

Kişilerin Yaşama Hakkı ve Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi: Anayasa Mahkemesi'nin TMK Ek Madde 2'yi İptal Kararına Farklı Bir Yaklaşım

M. Bedri Eryılmaz*

1. Giriş

Bu makalenin amacı, fertlerin yaşama hakkının sınırlarını Türk ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) Hukuku açısından belirlemektir. Bu yapılırken, esas amaç, kolluğun silah kullanmasını da içeren “kuvvet kullanma” yetkisinin icrasının hangi şartlarda yaşama hakkının ihlali anlamına gelip gelmeyeceğini belirleme olacaktır. Bu noktada, yakın geçmişte, Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği Terörle Mücadele Kanunu ek madde 2'nin iptal gerekçesi incelenecek ve fertlerin yaşama hakkının bittiği ve kolluğun silah kullanma yetkisinin başladığı nokta net olarak ortaya konmaya çalışılacaktır.

2. Yaşama Hakkının Niteliği

Yaşama hakkı, kişinin doğumla elde ettiği haklardan birisi olup kişisel hakların en önem-

lilerindedir. Bu nedenle, hem Anayasamızın hem de AİHS'de korunma altına alınmaya değer bulunan temel haklardan biri olarak, pozitif haklar arasında yerini almıştır. Arka-sındaki yasama gücü desteğinden dolayı da, her zaman, her yerde, kişilerin yapısal bütünlüğü koruma altındadır.

Bu hakkın savaş ve diğer olağanüstü hal-lerde dahi ihlâl edilmesi mümkün olmayan birkaç haktan birisi olması, bu hakkı diğerlerine göre biraz daha ön plana çıkarmaktadır (AİHS, mad. 15; Anayasa, mad. 15). Yine bu hakkın önemini vurgulamak için, aşağıda AİHS örneğinde de görüldüğü gibi, uluslararası belgeler, bu hakkın kişilere devletçe sonradan verildiği anlamına gelen ifadeler yerine, kişilerin bu hakka doğuştan sahip olduğunu vurgulayan hükümler içermektedir.

Yine bu önemin bir göstergesi olarak, eğer bu hak bir devlette sistematik olarak çiğneniyorsa ve devlet bu ihlallere resmi bir politika

* Yrd. Doç. Dr., Polis Akademisi Ceza Usul ve İnsan Hakları Hukuku Dersleri Öğretim Üyesi.

gereği destek veriyorsa, kişilerin, iç hukuk yollarını tüketmeden AİHS'nin koruma alanından istifade etmesi sağlanmaktadır.¹

AİHS, mad. 2'ye göre,

Herkesin yaşama hakkı kanunla korunur. Kanunun ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen cezanın yerine getirilmesi dışında, hiç kimse kasten öldürülemez.

Öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurunun kesin zorunluluk haline gelmesi sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlâli suretiyle yapılmış sayılmaz:

(a) Bir kimsenin kanun dışı şiddete karşı korunması;

(b) Kanuna uygun olarak yakalama yapılması veya kanuna uygun olarak yakalanan ve tutuklanan bir kişinin kaçmasının önlenmesi;

(c) Ayaklanma veya isyanın, kanuna uygun olarak bastırılması.

Anayasa mad.17'ye göre de,

Herkes, yaşama, ... hakkına sahiptir.

Mahkemelerce verilen ölüm cezalarının yerine getirilmesi hali ile meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili mercün verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.

Bu iki temel belgede de görüldüğü üzere, bu hak mutlak bir hak değildir. Bu nedenle, hem Anayasaya hem de AİHS'ye göre, bazı durumlarda kısıtlanması kabul edilmiştir. Bu sınırlama sebebi, özel kişiye ait bir menfaatin korunması olabileceği gibi (meşru müdafaa ha-

linde söz konusu olduğu gibi), toplumun menfaatlerinin korunması (ölüm cezasının uygulanması veya suç işleyen bir kimsenin kaçmasının önlenmesi örneğinde olduğu gibi) odaklı olabilir. Bu hakkın kullanılabilmesi için devletin bireyin yaşama hakkına müdahale etmemesi yeterlidir. Diğer bir ifade ile bu hakkın kullanılabilmesi için devletin üzerine düşen pozitif bir mükellefiyet yoktur. Bu anlamda bu hak, negatif bir haktır. Fakat, bir yerde, bu hakkın sistematik olarak ihlâl edildiği ve devletin bu hakkın ihlâlini ortadan kaldırmak için (faillerin yakalanması adına gerekli soruşturmayı başlatmak gibi) üzerine düşeni yerine getirmediği durumlarda, bu hak pozitif bir nitelik kazanabilir. Çünkü, bu durumda, o yerde, bu hakkın kullanılabilmesi için devletin desteğine, mükellefiyetlerini yerine getirmesine ihtiyaç vardır.²

3. Yaşama Hakkının Kapsamı

Bu hak bağlamında, devletlerin, kişilere, belirli kalitede bir yaşam sunma veya kişilerin yaşama kalitesini arttırma mükellefiyeti söz konusu değildir. Bu nedenle, örneğin, yolların daha güvenli hale getirilmesi, hava kirliliğinin giderilmesi, özürlü çocukların iyileştirilmesi veya hasta kimselerin çektiği ağrıların dindirilmesi yönünde devletin yapması gerekenler (ücretsiz tedavi, yiyecek ve barınacak yer sağlaması gibi) bu hakkın kapsamına girmez. Aynı şekilde, bu hak, fertler için tehlike teşkil eden veya fertlerin kendini tehlikede hissettiği durumlarda, devleti, kişilerin hayatını koruma yönünde, pozitif bir yükümlülük altına sokmamaktadır. Bu nedenle, hayatlarından endişe duyan şahıslar, bu hakka dayanarak devletin kendilerine koruma sağlama mecburiyeti olduğunu ileri süremezler.³

¹ İ. Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı*, 1999, s.176.

² *X v Ireland*, Başvuru No 6040/73, CD 44, s.121; 16 YB (1973) 388, s. 392.

¹ *Ireland v UK*, 41 CD 3 (1972).

Bununla beraber, terör olaylarının yoğun olarak cereyan ettiği bölgelerde, hayatları tehlikede olan vatandaşların yaşam hakkına yönelmiş tehdidin ortadan kaldırılması için makul sınırlar içerisinde gerekli ve etkili tedbirlerin alınması gerekir.⁴ Benzer şekilde, sağlık durumunun kötü olması sebebiyle evinden alınarak hastaneye veya suç işleyen bir kişinin işlediği suçtan dolayı mahkûm edilerek bir hapisaneye yerleştirilmesi örneğinde olduğu gibi, bir kanun veya hükümet programının uygulanması neticesinde, kişi, kendisini koruma imkânının olmamasından dolayı (örneğin hastane veya hapisanede şartların çok kötü olması sebebiyle) yaşama hakkını kaybetme tehlikesi ile karşı karşıya kalıyorsa bu hakkın ihlâli gündeme gelebilir.⁵ Yine, ücretsiz aşı kampanyası sırasında ihmal veya benzeri sebepler sonucu aşı yapılan bazı çocuklar ölürse, devletin sorumluluğu kaçınılmaz olur.⁶

Yine, bu hak, devlete, fertlerin genel yaşam süresini uzatma yönünde, vatandaşlara gerekli imkânları sağlama mecburiyeti getirmemektedir.

Yaşama hakkının korunması, gözaltında olan ölümler dahil, bütün şüpheli ölümlerin ve kaybolmaların araştırılmasını ve faileri olabilecek kamu görevlileri veya özel şahıslar hakkında aynı kurallar çerçevesinde kamu davası açılması gereğini de kapsar.⁷ AİHS'ye göre, bu haktan yararlanabilmek için sağ ve tam olarak doğmuş olmak gerekir. Dolayısıyla, bu hakka sahip olduğu belirtilen "herkes" kavramı, ana karındaki çocuğu (fötüsü) kapsamamaktadır.⁸

⁴ *Ibid.*

⁵ *X v Federal Republic of Germany*, Başvuru No 5207/71, CD 39, s. 99; *Simon-Herold v Austria*, Başvuru No 4340/69, CD 38, s. 18.

⁶ *X v UK*, Başvuru No 7154/75, 14 D&R (1978) 31, s. 32.

⁷ Harris, D. J., et al, *Law of the European Convention on Human Rights*, 1995, s. 39.

⁸ *X v. United Kingdom*, Başvuru No 8416/78, D&R 19, s. 244; *Paton v. United Kingdom*, (1980) 3 EHRR 408.

Bu nedenle, AİHS'e göre, bir annenin, kendi hayatının veya maddî veya manevî sağlığının tehlikede olması gibi geçerli bir sebebi olmasa bile ve hatta babasına rağmen, çocuğunu, kürtajla aldırması, bu hakkın ihlâli olarak kabul edilmemektedir. Zira, annenin mutluluğunun, kendi vücudu ve hayatı üzerindeki kontrol ve tasarruf hakkının, henüz doğmamış çocuğunun yaşama hakkından daha ağır bastığı kabul edilmektedir.

Fakat annenin kendi vücudu üzerindeki tasarruf hakkı, kendi sağlığı için tehlike teşkil eden fötüsü doktorların sezeryan ile almasını da engelleyecek kadar geniş değildir. Diğer bir ifadeyle, anne istemese de, hamileliğin annenin sağlığı için tehlike teşkil etmesi halinde, doğmamış çocuğun, doktorlarca alınması mümkündür. Bu da, yaşama hakkının ihlâli olarak kategorize edilemez.

Türk hukuku ise, Türk Ceza Kanunu (TCK) mad. 468-472 ile, çocuk düşürme ve düşürtme cürümleri başlığı altında, kendi menfaatlerini koruyacak ve anlayacak durumda olmayan ve geleceğin toplumunun bir bireyi olan fötüsü koruyan hükümler getirmek suretiyle, fötüye, AİHS'den daha iyi bir koruma alanı sağlamaktadır.

AİHS, kişilere, hayatta kalmasını sağlamak üzere tehlikede olanlara, yardım etme mecburiyeti de yüklememektedir. Bununla beraber, TCK mad. 476, tehlikede bulunanları kendi haline terk etmeyi suç sayarak, para cezası yaptırımını ile de olsa, bu kişilere yardım etme mecburiyeti getirmektedir.

Ötenazi uygulaması bir kişinin hayatının kasıtlı olarak sona erdirilmesini gerektirdiğinden ve AİHS mad. 2 hayatın kasten sona erdirilmesini düzenlemediğinden ve kasti olmayan hayatın sona erdirilmesine izin verdiği haller arasında da ötenazi sayılmadığından, ötenazi uygulaması AİHS'ye aykırıdır. Bu nedenle, AİHS'ye göre, hiçbir devlet

mağdurun isteği doğrultusunda veya isteği dışında ötenazi uygulamasına izin veremez.

Türkiye’de, ötenazi, TCK mad. 448’de tanımlanan kasten adam öldürme suçunu oluşturmaktadır. Bu konuda mağdurun rızasının olup olmaması da bir önem arz etmemektedir. Bu nedenle, tedavisi olmayan bir hastalığa yakalanan bir kimse, acılarına bir an önce son vermek istiyorsa, kendi hayatını kendisi sona erdirmelidir. Amacına ulaşamaması halinde, intihar, suç kabul edilmediğinden, bu kişiye, teşebbüs hükümlerini uygulayarak ceza verilmesi de mümkün olmayacaktır.

Ancak, intihar etmeye teşvik ve yardım TCK mad. 454’e göre suç olduğundan intihar etmek isteyeneye yapılacak maddî ve manevî destek filleri suç teşkil edebilecektir. Bu fiillerden dolayı failin cezalandırılması mağdurun ölmesi şartına bağlandığından, mağdurun ölmemesi intihara teşvik ve yardım edenin cezalandırılmasına engel teşkil edecektir. Devletlerin, açlık grevine giden şüpheli, tutuklu ve mahkûmların zorla beslenmesini sağlamak için ekstra efor sarf etmesine gerek yoktur. Yaşama hakkına duyulan saygının ifadesi için greve giden kişilere gerekli gıdanın sağlanması yeterlidir. Kişilerin bu yiyecekleri yiyip yememeleri kendi bileceği bir iştir. Yememeleri halinde devletin bu kişilere bu yiyeceği zorla yedirme uğraşı içerisine girmesi gerekmediği gibi bu tip bir uygulama, AİHS mad. 3’te belirtilen, işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele sayılarak devletin sorumluluğunu bile gerektirebilir.

4. Yaşama Hakkının Korunması

Hem AİHS hem de Anayasa, diğer birçok hak için geçerli olduğu gibi, bu hakkın nasıl korunacağı ve hangi hallerde sınırlandırılması gerektiği hususunda ortak bir strateji belirlemiştir.

Anayasamız, herkesin önceden bu hakka sahip olmadığı varsayımından hareketle, kişilere bu hakkı vermekte iken; AİHS, herkesin

bu hakka zaten sahip olduğu varsayımıyla, doğrudan, kişilerin sahip olduğu bu hakkın nasıl korunması gerektiğini belirtme ihtiyacı hissetmiştir.

Uluslararası sözleşmelerdeki taahhütleri doğrultusunda, devletler kendi yazılı hukuklarında da kişinin yaşama hakkının keyfî bir şekilde sona erdirmeyeceklerini taahhüt etmekte ve bu amaçla, bu hakkın devlet adına yetki kullanan kamu görevlilerinden ve sıradan kişilerden kaynaklanabilecek keyfî saldırılara karşı korunması için hukukî alt yapıyı hazırlamaktadır.

Bu hak, pratikte, devletlerce, genelde, iki şekilde korunmaktadır:

Birincisi, iç hukukta, bir kişinin yaşama hakkını sona erdirmeye yönelik eylemler suç kabul edilmekte ve bu suçun faili kanunda öngörülen bir ceza ile cezalandırılmaktadır. Kişi kendi rızası ile kendi yaşam hakkını sona erdirmek istese bile, devlet, kişinin bu tercihini yanlış bulmakta ve bu nedenle bu yöndeki irade beyanına herhangi bir saygı duymamakta, hayatta kalması için sağlık personeli başta olmak üzere herkesi yardım etmeye mecbur tutmaktadır(TCK mad. 476/2). Bu kişi, akıl hastası olsa ve dolayısıyla yaşamdan diğer hemcinsleri gibi aynı şekilde istifade edemese bile durum değişmemektedir.

İkinci olarak, iç hukukta, bir kişiyi öldürerek yaşama hakkını kasten veya taksirle sona erdiren kişiler aleyhine mağdurun yakınlarıca tazminat davası açma hakkı tanınmaktadır.

5. Yaşama Hakkının Sınırlanması

Her Anayasaya hem de AİHS’ye göre, bu hakkı sınırlamanın mümkün olduğu iki temel durum kabul edilmiştir:

Birinci durum, adli bir kurum olan bir mahkemenin kararını müteakiben kişilerin yaşama hakkının sınırlandırılmasıdır.

İkinci durum ise, herhangi bir adli organın kararına gerek duyulmadan belirli hallerde kişilerin yaşama hakkının sınırlandırılmasıdır.

Burada belirtilen sınırlama sebepleri sınırlı olarak sayıldığından yorum yoluyla genişletilemez.⁹

Buna göre,

(1) Kanunun ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen cezanın yerine getirilmesi hali, yaşama hakkının ihlali sayılmamaktadır.¹⁰

Ölüm cezasına, AİHS 2. maddede izin verilmiş, ancak daha sonra 6. Protokol ile birlikte yasaklanmıştır. AİHS'nin yürürlüğü girdiği tarihten bu yana üye ülkelerde meydana gelen değişiklikler ölüm cezasını istisna haline getirmiştir. Ölüm cezası olan ülkelerde de bu ceza uygulanmamaktadır. Bu nedenle, ölüm cezasını yasaklayan yeni bir protokol zorunlu hale gelmiştir.

Fakat Türkiye, henüz bu protokolü imzalamadığı için söz konusu protokolün Türkiye açısından bir bağlayıcılığı yoktur. Bu nedenle, Anayasanın bu hükmü ile AİHS arasında bir uyumsuzluk söz konusu olmayıp idam cezası, TCK mad. 11'de mahkemelerce verilecek cezalar arasında yerini muhafaza etmeye devam etmektedir.

Bununla beraber, Sözleşmenin ölüm cezasına izin vermesi, üye ülkelerin her suç için

ölüm cezası öngörebileceği anlamına gelmez. İşlenen suç ile verilen ceza arasında bir oran bulunması gerekir.

Her ne kadar, AİHS mad. 2, ölüm cezasının uygulanmasını yaşama hakkının ihlali olarak kabul etmese de, AİHS mahkemesi, suç işleyen bir kimsenin suç işlediği ülkeye iade edilmesi ve orada ölüm cezasına çarptırılma riskinin olması halinde, suçluyu iade eden ülkenin AİHS'nin 3. maddesinde belirtilen işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele yaşatmış olacağını kabul etmektedir.¹¹ Dolayısıyla, ülkesinde idam cezası yürürlükte olan Türkiye'ye suç işleyenleri iade eden ülkeler, AİHS mad. 3'ü ihlal etme tehlikesi ile karşı karşıya kalacağından istediği suçluları Türkiye'ye iade etmeyebilecektir.

(2) Öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurmanın *kesin sorumluluk* haline gelmesi sonucunda meydana gelmişse, yine, yaşama hakkının ihlali söz konusu olmaz:

(a) Bir kimsenin kanun dışı şiddete karşı korunması (meşru müdafaa hali), (b) Yakalama işleminin ve tutuklama kararının yerine getirilmesi, (c) Bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, (d) Bir ayaklanma veya isyanın bastırılması.

Bu sayılan dört durumda da, devletin, güvenlik güçleri vasıtası ile kişilerin hayatına son verme hakkı vardır. Bu nedenle, özel şahısların bir kişinin yaşama hakkını sona erdirmesi, devletin sorumluluğunu gerektirmez.¹²

⁹ *Stewart v UK*, Başvuru No 10044/82, 39 D & R (1984) 162, s. 169.

¹⁰ AİHS, devletlerin, bu hakkı nasıl koruması gerektiği konusunda üye devletlere bir takdir alanı bırakmakla birlikte, bu paragrafta belirtilen bu istisna dışında, hiç bir kimsenin hayatının kural olarak kasten sona erdiremeyeceğini vurgulayarak, kasten kişinin hayatına son vermeye yönelik haksız eylemlerin suç olarak kabul edilmemesinin devlerin ferdin yaşama hakkına saygı duymaması anlamına geleceğini belirtmektedir. Fakat, bu anlamda, bugün Avrupa Konseyi üyeleri arasında, kasten adam öldürmenin cezalandırılmadığı ve dolayısıyla 2. madde de belirtilen bu yükümlülüğü yerine getirmeyen bir devlet yoktur.

¹¹ *Soering v. UK*, 7 Temmuz 1989 Kararı, Ser A No 161, 11 EHRR 439, Söz konusu olayda, idam cezası ile yargılanacak olana bir Alman vatandaşının İngiltere tarafından ABD'ye iadesinin AİHS mad. 3'ü ihlal ettiğine karar verilmiştir. Olayda, çok genç bir sanığın, idam cezası infaz edilmeye kadar ölüm hücresinde geçireceği uzun ve korkulu günlerin (ölüm hücresi sendromu) üzerinde bırakacağı korku ve endişeyi insanlık dışı muamele olarak kabul etmiştir.

¹² *X V Belgium*, Başvuru No 2758/66, 12 YB 174 (1969); *Stewart v UK*, Başvuru No 10044/82, 39 D&R (1984) 162 *X v UK*, Başvuru No, 4203/69, 34 CD 48 (1970).

Burada daha önemli olan ve vurgulanması gereken nokta şudur. Bu sayılan durumlarda amaca ulaşmak için olaya müdahale edip devlet adına bir yetki kullanarak öldürme fiiline neden olan güvenlik görevlisinin amacı, öldürmek değildir. Ölüm, yukarıda sayılan dört amaca ulaşmak için zorunluluk sonucu kullanılan kuvvetin istenmeyen sonucudur.

Diğer bir ifadeyle, kuvvet kullanan kolluk görevlisi,

(a) kendisine veya başkasına yönelmiş olan haksız şiddeti önlemek veya

(b) yakalama yetkisine dayanarak yakalama işlemini gerçekleştirmek veya bu yetkisini kullanarak gözaltına aldığı kişinin kaçmasını önlemek veya

(c) bir ayaklanma veya isyanı bastırmak için bir olaya müdahale etmiş ve amacına ulaşmak için durumun gerektirdiği ölçüde kuvvet kullanmak zorunda kalmış ve neticede, saldıran, kaçmak isteyen, ayaklanma veya isyan çıkarıcı kişi ölmüştür.

Olayda kullanılan kuvvetin kesin zorunluluk sonucu kullanılıp kullanılmadığının kararlaştırılmasında, olayın şartları yanında, elde edilmek istenen amaç, hayata yönelmiş tehlikenin niteliği ve kullanılan kuvvetin orantılılık prensibine uygun olup olmadığı hususları araştırılır.¹³

Yine bir olayda kuvvetin kesin zorunluluk sonucu kullanılıp kullanılmadığının kararlaştırılmasında, kuvvet kullanan kolluk görevlisinin kuvvet kullanmaya karar verdiği andaki şartlar ve bu şartların kolluk görevlilerince algılanış şekli esas alınır. Diğer bir ifade ile, kuvvet kullanması sonrası ortaya çıkan gerçekler bu değerlendirmede esas alınmaz. Örneğin, bir kişinin geceleyin devriye gezen bir

kolluk görevlisinin arkasından yaklaşmış sırtına bir silah dayayarak tehdit etmesi ve silahını istemesi durumunda kolluk görevlisi daha hızlı davranarak saldırganı yaralayarak veya öldürerek etkisiz hale getirmesi durumunda kolluk görevlisinin kuvvet kullanmasında mutlak zorunluluk olup olmadığına olay anındaki şartlar ve bu şartların kolluk görevlisince algılanması dikkate alınarak karar verilir. Olay sonrası ortaya çıkan, saldırganın kullandığı silahın oyuncak silah olduğu veya içinin boş olduğu gibi gerçekler bu değerlendirmede esas alınmaz. Çünkü, orta zekada makul düşünen bir kolluk görevlisi, içinde bulunduğu anda, bunu düşünebilecek ve bilebilecek konumda ve durumda değildir.

Kuvvete başvurmak için kuvvet kullanma söz konusu olayda *gerekli* olmalıdır.¹⁴ Amaca ulaşıldığında ise kuvvet kullanımı sona erdirilmelidir. Kişi etkisiz hale geldikten sonra kuvvet kullanma işleminde devam edilmesinin hukukî bir dayanağı yoktur.

Yakalanması gereken kişiyi etkisiz hale getirmeye yetecek miktarın dışında kuvvet kullanılamaz. Diğer bir ifadeyle elde edilmek istenen amaçla kullanılan kuvvet arasında bir oran bulunmalıdır.¹⁵

Bir olayda kuvvetin *hemen* kullanılması gerekmektedir. Olayın şartlarına göre hemen kuvvet kullanılması gerekmiyorsa, kuvvet kullanmaya gerek kalmayabilir düşüncesi ile kuvvet kullanma mümkün mertebe geciktirilmelidir.¹⁶ Gerekirse bu arada kuvvet kullanmayı gereksiz kılacak tedbirler alınmalıdır.¹⁷

Örneğin, bir terör örgütü evinin basılması sırasında polis kuvvet ve kuvvetin bir par-

¹⁴ *Ibid.*, s. 170.

¹⁵ *McCann v UK*, 27 Eylül 1995 Kararı, Ser A No 324 (1997) 21 EHRR 97, para. 147, s. 160.

¹⁶ E. Castberg, *The European Convention on Human Rights*, 1974, s. 82.

¹⁷ *Ibid.*, para. 194, s. 172.

¹³ *Stewart v UK*, Başvuru No 10044/82, 39 D&R 162 (1984), s. 171.

çası olarak silah kullanmamak için her yolu deneyecektir. İlgili evdekiler uyarılacak ve teslim ol çağrısı yapılacaktır. Şahısların kaldığı yerin elektriği, suyu kesilerek ve aç bırakılarak teslim olmaya zorlanacaktır. Gerekirse evin etrafında saatlerce nöbet tutulacak yakalanması gereken kişilerin teslim olması bekleneyecektir. Şahısların silahla karşılık vermesi sonucu üçüncü şahısların veya kolluk görevlilerinin hayatının tehlikeye atılması söz konusu ise veya evin ateşe verilerek başkalarının veya kolluk görevlilerinin hayatı tehlikeye atılma ihtimalinin söz konusu olması durumunda masum kişinin hayatı yakalanması gereken kişinin hayatına tercih edilebilecek ve meşru müdafaa sınırları içerisinde yakalanması gereken kişiyi yakalamak için gerekirse yaralanması veya öldürülmesi göze alınabilecektir.¹⁸ Kolluk, ancak kendi veya başkasının hayatının ciddi tehlike altında olması halinde yakalanması gereken kişiye etkisiz hale getirmek için ateş edebilir.

Olayın geçeceği tahmin edilen yerde gerekli donanımın yeterli sayıda kolluk görevlisinin bulundurulması, yakalanmaya karşı koyacak kişilerde kuvvet kullanma fikrini yok edebileceğinden, gereksiz kuvvet kullanmanın önüne geçilmesinde etkili olabilir.¹⁹ Özellikle, toplumsal olaylarda, olaya yetersiz elemanla müdahale, kalabalıklarda kolluğa rahatça zarar verebileceği düşüncesi oluşturacağı için, kolluğa saldırıya zemin hazırlayabilir. Kolluk da, kendisini savunmak için gereksiz yere kuvvet kullanmak zorunda kalabilir.

Bu bağlamda yine hatırlanması gerekir ki, yakalanan kişinin taşınması sırasında yakalanan kişi reaksiyon göstererek kaçmaya yeltenebilir. Bu da kolluğun gücünü ve yetkisini

sergileme için fırsat doğurabilir. Bu nedenle, lüzumsuz kuvvet kullanmasına mahal vermemek için kolluğun yakalanan şahsı en az iki kişi taşıması gerekir. Yakalanan kişi taşınırken, kolluk, ayrıca, yakaladığı kişiye karşı kuvvet kullanarak ikinci bir ceza verme yoluna gitmemeli, işlenen bir suç varsa, cezanın niteliğinin ve miktarının yargı makamlarınca verileceği unutulmamalıdır.

Kuvvet kullanımında seçilen metotla yakalanması gereken kişiye ve etrafına en az zarar verilmesi amaçlanmalıdır. Ayrıca, kolluk, kuvvet kullanmadan önce, gereksiz kuvvet kullanmayı lüzumsuz kılacak ve üçüncü kişilerin zarar görmesini engelleyici her türlü tedbiri almalıdır.²⁰

Silah en son çare olarak ve sadece yakalanacak olan kişiyi etkisiz hale getirmek amacıyla kullanılmalıdır. Örneğin, havaya veya kaçan kişinin ayağına ateş edilerek istenilen amaca ulaşılabilecek şüpheli veya sanığın vücudunun hayatı tehlike arz eden bölgelerine ateş açılmaz. Şüpheli veya sanığın kaçmasını engellemek için öldürme amacıyla ateş açılmaz.²¹

Kolluk, bir olaya müdahale ederken mutlak surette şüphelileri veya sanıkları öldürme ön düşüncesi ve planı ile hareket edemez ve kolluğa, çok tehlikeli bir terörist örgüt ile mücadele ederken bile, şüpheli veya sanık ölüncüye kadar ateş etmeye devam edilecek şekilde bir eğitim verilemez.²²

Şüphelinin veya sanığın etkisiz kaldığı apaçık belli iken, şüphelinin veya sanığın etkisiz kaldığından emin olmak için ateş etmeye devam edilemez. Terör suçlularının (teröristlerin) de suç işlememiş sıradan kişiler gibi adil yargılanmaya hakkı vardır. Bu noktada, kolluğun yaralama veya öldürme yoluyla bir

¹⁸ *Ibid.*, para. 199-200, s. 227.

¹⁹ M. B. Eryılmaz, *Arrest and Detention Powers in English and Turkish Law and Practice in the Light of the European Convention on Human Rights*, 1999, s. 249.

²⁰ *Ibid.*, para. 150, 194, s. 161, 172.

²¹ *Ibid.*, para. 200, s.173.

²² *Ibid.*, para. 212, s. 176.

ceza takdir etme yetkisi yoktur. Suç işleyen kişiye verilmesi gereken bir ceza varsa, bu yetki, bütün demokratik ülkelerde olduğu gibi, mahkemelere verilmiştir.

Kolluk, mümkünse, silah kullanacağı hususunda ilgili kişileri önceden uymalıdır.

6. Yaşama Hakkı ve Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi

Kanunilik ilkesinin tabii bir neticesi olarak, AİHS, kuvvet kullanan kolluk görevlisinin kuvvet kullanmasını gerektiren durumlarda, hangi şartların gerçekleşmesi halinde kullanılan kuvvetin "kesin zorunluluk" olarak kabul edileceğinin, iç hukukta, açık ve net olarak belirtilmesini öngörmektedir. Çünkü, kolluk görevlilerinin kişilere karşı hangi durumlarda kuvvet kullanma yetkisine sahip olduğunu bilebilmesinin yanında, toplumu oluşturan kişilerin de, kolluk görevlilerinin kendilerine karşı, hangi durumlarda, ne dereceye kadar kuvvet kullanabileceğini (en azından bir avukatın yardımıyla) bilebilmesi ve anlayabilmesi gerekir.²³

Türk hukukunda, bir kolluk görevlisinin hangi durumlarda kuvvet kullanabileceğini düzenleyen temel madde Polis Vazife ve Selâhiyetleri Kanunu (PVSK) ek madde 6/1 ve 6/2'dir. Bu maddeye göre,

Polis yakalanması gerekli kişi veya dağıtılması gereken topluluğun direnmesi, saldırıya yeltenmesi veya saldırıda bulunması hallerinde, bu fiilleri etkisiz hale getirmek için zor kullanılabilir.

Zor kullanma, direnme ve saldırının mahiyetine ve derecesine göre etkisiz hale getirilecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedenî kuvvet, maddî güç ve kanunî şartları gerçekleştirdiğinde her çeşit silah kullanma yetkilerini ifade eder.

Madde, ikinci fıkrasında kuvvet kullanmanın ne anlama geldiğini ifade etmektedir. Maddeye göre, kuvvet kullanmadan

(a) Bedenî kuvvet kullanımı,

(b) Maddî güç kullanımı ve

(c) Kanunî şartları gerçekleştirdiğinde her çeşit silah kullanma anlaşılmalıdır.

Kanun koyucu, kolluğun kuvvet kullanmasının genel şartlarını bu maddede düzenlenmişken, başka maddelerde silah kullanma ile ilgili ilâve şartlar getirmiştir. Buna göre; kolluğun kuvvet kullanabilmesi için (a) Yakalanması gerekli bir kişi veya (b) Dağıtılması gereken bir topluluğun direnmesi, saldırıya yeltenmesi veya saldırıda bulunması gerekir.

İkinci durumda da esasen dağıtılması gereken bir topluluk varsa, yasa dışı bir toplantı veya gösteri vardır veya yasal olan bir toplantı veya gösteri yasa dışı hale dönüşmüştür. Yasa dışı bir toplantıya katılmak veya yasa dışı hale dönüşen bir toplantıda dağılın emrinin gereğini yerine getirmemek ise Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanuna göre suçtur (mad. 23, 24). Her suç işleyen kişi gibi, bu suçu da işleyen kişilerin de yakalanması gerekir. Bu durumda, kanun koyucunun birinci durumu maddede belirtmişken, ikinci durumda dağıtılması gereken bir topluluktan bahsetmesi gereksizdir. Bu nedenle, madde, şu şekilde yeniden formüle edilebilir;

Polis, yakalanması gerekli bir kişinin direnmesi, saldırıya yeltenmesi veya saldırıda bulunması hallerinde, bu fiilleri etkisiz hale getirmek için zor kullanılabilir.

Bu durumda, kolluğun kuvvet kullanmasının şartlarının doğması için, öncelikle yakalamanın şartlarının doğması gerekir. Bununla beraber, maddeye göre, kuvvet kullanma, yakalamanın otomatik neticesi değildir. Kuvvet kullanma ihtiyacının ortaya çıkabilmesi için, ikinci bir şart olarak, yakalama işlemine karşı

²³ *The Sunday Times v UK*, 26 Nisan 1979 Kararı, Ser A No 30,(1979-80) 2 EHRR 245, para. 49.

bir direnme, saldırma veya saldırıya yeltenme olması gerekir. Bu direnme veya saldırma, bedeni kuvvet kullanma yolu ile olabileceği gibi taş, sopa, silah gibi bazı maddi varlığı olan cisimlerden faydalanma yolu ile de olabilir.

Maddeye göre, kuvvet kullanmanın üçüncü şartı, kuvvet ancak yakalanması gereken kişiyi etkisiz hale getirmek için ve etkisiz hale getirecek derecede kullanılabilir. Diğer bir ifade ile, kuvvet kullanmanın amacı hiçbir zaman yakalanan kişiye herhangi bir ceza vermek olamayacağı gibi, yakalamayı gerçekleştirmek için kullanılan kuvvet saldırıyı gerçekleştirmek için kullanılan kuvvete göre orantısız olamaz. Daha basit bir ifade ile, kişi etkisiz hale getirildikten sonra kuvvet kullanma işlemi sona erdirilecektir.

Madde ikinci fıkrada etkisiz hale getirmek için kullanılması gereken kuvvetin nasıl kullanılacağı konusunda açıklayıcı bir hüküm de içermektedir. Buna göre, kullanılan kuvvetin kademeli olarak arttırılması gerekir ve her aşamada karşı tarafı etkisiz hale getirme amacına ulaşıp ulaşılmadığı kontrol edilmelidir. Etkisiz hale getirme işlemi hangi aşamada tamamlanmışsa, kuvvet kullanma işlemi de o aşamada sona erdirilmelidir.

Kuvvet kullanma ihtiyacının silah kullanma olarak ortaya çıkması halinde PVSK mad. 16'nın da dikkate alınması gerekir. Çünkü, PVSK mad. 16, silah kullanmanın mümkün olduğu halleri tek tek saymanın yanında, silah kullanma için ilâve şartlar da getirmektedir. Bu maddeye göre, kolluğun silah kullanabilmesi için,

(1) Aşağıdaki hallerden birinin gerçekleşmiş olması gerekir:

(a) Meşru müdafaa hali;²⁴

(b) Ağır cezayı gerektiren bir meşhut cürümden dolayı yakalanması gereken bir kişinin yakalanmamak için kaçması hali;

(c) Ağır cezayı gerektiren bir suçtan dolayı yakalanıp gözaltında bulunan bir kişinin kaçması veya kaçmak için kolluğa saldırıda bulunması hali;

(d) Herhangi bir suçtan dolayı mahkûm veya tutuklu olan bir kişinin kaçması veya kaçmak için kolluğa saldırıda bulunması hali;

(e) Kolluğun korumakla yükümlü olduğu bir yere, kişilere veya elindeki silaha karşı bir saldırı gerçekleştirilmiş olması hali;

(f) Kolluğa karşı görevi sırasında kullanılacak silahların teslimi istenip de teslim edilmemesi veya teslim edilmiş silahların zorla tekrar geri alınmak istenmesi hali;

(g) Kolluğun görevini yapmasına fiili mukavemette bulunularak engel olunması hali.

Fakat, maddedeki (c), (d), (e) ve (f) bentlerinden sayılan hallerden birinin gerçekleşmiş olması otomatik olarak kolluğa silah kullanma yetkisi vermemektedir. Madde, bu hallerde, silah kullanma yetkisinin varlığını 2 şartın daha gerçekleşmesine bağlamıştır:

(2) Silah kullanmadan önce, kolluğun silah kullanacağı kişileri, önceden uyarması gerekir;

(3) Silah kullanma, amaca ulaşmak için en son çare olmalıdır.

Yukarıda da belirtildiği gibi, silah kullanma, kuvvet kullanmanın özel bir çeşidi olduğundan dolayı, silah kullanma yetkisini düzenleyen PVSK'daki bu özel maddenin (özellikle maddenin (g), (h) ve (i) bentlerinin) PVSK'daki genel bir madde olan ek madde 6 ile birlikte yorumlanması gerekir. Diğer bir ifade ile, bir olayda kolluğun silah kullanmasının sınırlarını belirlemede, PVSK mad. 16'yı PVSK ek madde 6'daki diğer kuvvet kullanma şartları ile birlikte değerlendirmek gerekir.

²⁴ Bu bent, esasen, TCK mad. 49'da sayılan meşru müdafaa'nın bir tekrarıdır. Bu maddedeki şartlar, aynen burada da geçerlidir.

Bu durumda, ek maddedeki

(1) kuvvet kullanmak için, yakalama işlemine karşı bir direnme, saldırma veya saldırıya yeltenme olması,

(2) kuvvetin, ancak yakalanması gereken kişiyi etkisiz hale getirmek için ve etkisiz hale getirecek derecede kullanılabilmesi,

(3) kullanılan kuvvetin kademeli olarak arttırılarak kullanılması

şartları bu madde için de geçerlidir.

Bu şartlar çerçevesinde kanunun kuvvet kullanma emrini yerine getiren bir kolluk görevlisinin eylemi TCK anlamında bir suç kalıbının bütün unsurlarını içerse bile TCK mad. 49 gereği sorumlu olmayacaktır. Kanunun emri yerine getirilirken kanunun çizdiği sınırların dışına çıkılması halinde ise fail, TCK mad. 50 çerçevesinde cezalandırılacaktır.²⁵

7. Terörle Mücadele Kanun Ek Madde 2 ve Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı

Silah kullanma ile ilgili diğer bir düzenleme olan Terörle Mücadele Kanunu (TMK) ek madde 2 ise Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir.

Söz konusu ek madde 2'ye göre,

Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda teslim ol emrine itaat edilmeyecek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde, kolluk kuvveti görevlileri, failleri etkisiz kılmak amacıyla doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silah kullanmaya yetkilidirler.

Anayasa mahkemesi iptal kararında, aşağıdaki gerekçeyi kararına esas almıştır:²⁶

Bu madde, kolluğa failleri etkisiz kılmak amacıyla doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı

ateşli silah kullanabilme, yani öldürme kastı ile ateş etmek yetkisi vermektedir.

Madde bu şekli ile, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olarak sınırlandırılmış; kolluğa, ölçüsüz ve bir zorunluluk olmadan "öldürme yetkisi" vererek "yaşam hakkı"nın "özü"ne dokunmuştur. Bu tür bir silah kullanma yetkisi, "olağanüstü hal rejimleri"nde bile hukuki olarak değerlendirilemez. Çünkü silah kullanılabilen durumlar somutlaştırılmamış ve belirlenmemiştir.

"Olağanüstü yönetim" biçimleri, belirli koşullarla, Anayasanın aradığı organlar tarafından uygulamaya konulabilir ve bu durumlarda "olağanüstü kural"lar uygulanabilir.

İptali istenen hüküm, "Olağanüstü Hal Kanunu"ndan alınmıştır ve "olağanüstü" bir uygulamaya, "olağan" dönemde de geçerlilik kazandırmayı amaçlamaktadır.

Tasarının TBMM görüşmeleri sırasında milletvekilleri tarafından da samimi bir şekilde dile getirildiği gibi, maddenin amacı, insan hakları literatüründe "yargısız infaz (summary execution)" olarak adlandırılan, tü-müyle hukuk dışı ve insan haklarına aykırı olan insan yaşamına yargı kararı olmadan güvenlik güçlerince denetimsiz, hatta keyfi biçimde son verme uygulamasını yasallaştırmaktadır.

Yaşam hakkı Anayasanın 17. maddesinde düzenlenmiştir. "Herkes yaşama... hakkına sahiptir." 17. maddenin son fıkrası ile de, bu hakkın hangi durumlarda sınırlandırabileceği belirlenmiştir:

(a) Mahkemelerce verilen ölüm cezalarının yerine getirilmesi hali;

(b) Meşru müdafaa hali;

(c) Yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi;

(d) Bir ayaklanma veya isyanın bastırılması;

²⁵ Z. Hafızoğulları, "Polisin Zor Kullanma Görevi ve Yetkisi", (1995) 4 İHMD 14, s. 15, 17.

²⁶ E.S., 1996/68, K.S.1999/1, Karar Günü, 6.1.1999, Resmî Gazete, 19 Ocak 2001, Sayı: 24292.

(c) Sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması.

Ancak bu durumlarda ve yasa ile izin verilmiş olması koşuluyla, yaşam hakkı sınırlanabilir.

Anayasa, olağan dönemlerde yaşam hakkının kısıtlanmasını istisnai olarak belirli durumlarda sınırlandırmış; olağanüstü dönemlerde yetkili merciin emrini genişletmekle birlikte, her iki durumdaki sınırlamalar için "zorunlu olma" koşulunu getirmiştir.

Ayrıca, Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde sınırlandırılmasını düzenleyen sınırlandırmasını düzenleyen 13. maddesinde de "...savaş hukukuna uygun filler sonucu meydana gelen ölümler ile ölüm cezalarının infazı dışında kişinin yaşama hakkına maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulmaması" hükmüne bağlanmıştır.

Getirilen düzenlemede ise, Anayasanın aradığı "belirlilik" ve zorunluluk yoktur.

Anayasa Mahkemesi, 26.11.1986 tarih ve 1985/8 esas numaralı kararında "kamu düzenini sağlamakla yükümlü polis, olayı başka türlü engelleme olanağı kalmadığında, son çare olarak zora başvurması Anayasa madde 17'ye aykırı değildir" diyerek kademelilik ve zorunluluk ölçütlerini kabul etmiştir.

Yaşama hakkı, Türkiye'nin taraf olduğu ve Anayasa Mahkemesi kararlarıyla Anayasal Denetimin ölçü normları arasına giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 2. maddesinde de düzenlenmiştir.

AİHS'nin öngördüğü istisnalar ile 1982 Anayasası düzenlemesi benzer niteliktedir. Maddenin 2. fıkrasında istisnalar düzenlenmiştir: "2. Fıkrafta yer alan bir anlamda hukuka uygunluk hallerinden devletlerin yararlanabilmeleri için şiddet ve fülü kuvvete başvurunun "mutlak zorunlu" olması gerekir (Komisyon Kararı, Farrell v. İngiltere, 11.12.1982, No. 9013/80,

DR 30, s. 96)." Aynı zamanda alınan önlem ile ulaşılmak istenen sonuç arasında "tam bir orantı" bulunması gerekir.

Bu orantı koşulu aranırken, güdülen amacın niteliği, somut durumun insan hayatı ve beden bütünlüğü için oluşturduğu tehlike ve kuvvet kullanımından doğan ölüm riskinin derecesi göz önünde tutulacak; diğer bir deyimle başvurulan önlem somut durumun gerektirdiği yoğunluğu aşmayacaktır (Komisyon Kararı, Steward v İngiltere, 10.7.1984, No. 10044/82, DR 39, s. 162).

İptali istenen düzenlemede Anayasa'nın ve AİHS'nin aradığı "zorunluluk ve orantılılık", kısaca bir bütün olarak "ölçülülük" koşulu yoktur. Madde ile "doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silah kullanma" yetkisi verilerken, silah kullanılacak durumlarda, yoğunluk derecesi de, tamamen kolluk kuvvetlerinin takdirine bırakılmış; durumun gereğine uygun ateşli silah dışında farklı araçlar kullanma mecburiyeti olmadan doğrudan öldürme amacıyla, "zorunluluk" yerini "keyfiliğe bırakmıştır.

Bir yasada "somut" durumları dikkate almanın imkansızlığı açıktır; ancak, bunun sakıncaları, uygar ulusların ve TC. Anayasası'nın keşfettiği "zorunluluk ve orantılılık" koşullarına yasal düzenlemede yer verilerek giderilmeye çalışılabilir.

Öncelikle kolluk kuvvetleri, silahı "en son çare" olarak kullanabilmelidir. Ancak diğer zorlama tedbirlerinin kolluğun kendisine verilen görevleri yerine getirmesinde yetersiz kalması ve son çare olarak silah kullanılmasının zorunlu olduğunun "açıkça anlaşılması durumunda", yani "kademeli" olarak silah kullanılabilirdir.

Ancak bu da yetemez. Bu koşulların oluşması durumunda silah kullanılabilirse de, bu yetkinin kullanılmasında da "ölçülü" olunmalı ve mukavemet ve tehdidin gerektirdiği ölçüde silah kullanılmalıdır. Hafif bir yaralama, örneğin ayağa ya da ele ateş açılarak etkisiz bırakılabilecek fail ya da şüphelinin yaşamsal organlarına a-

teş edilmemelidir. Bu anlamda da bir "kademelik" demokratik hukuk devletinin gereğidir.

Kesine yakın bir ihtimalle ölüme neden olunması sonucunu doğuracak biçimde silah kullanılabilmesi için, o sırada mevcut bir yaşamsal tehlikenin veya vücut bütünlüğüne yönelik ağır bir tehlikenin ortadan kaldırılmasının tek aracı olması şarttır. Kişilere karşı silah kullanımı, olayla ilgisi olmayan kişileri de tehlikeye düşürebilir. Bu gibi durumlarda silah kullanılmaması konusu da açıkça hükme bağlanmalıdır.

Bu anlamda, yasa metninde yer alan "teşebbüs" ifadesi çok geniş bir kavramdır. Bir fiilin icrasına ne zaman başlandığının saptanması kolay değildir. Bir kişi silah kullanmaya ne zaman teşebbüs etmiş sayılacaktır? Bu noktada "teşebbüs" deyiminin seçilmesi isabetsiz olmuştur. "Teşebbüs" gibi son derece tartışmalı bir ölçü yerine, yukarıda nakledildiği anlamda bir zorunluluğu koşul olarak hükme bağlamak, yaşama hakkının teminatı olacak, öte yandan kolluğun görevinin infaz değil önleme ve adaleti yerine getirmeye yetkili organların bu işlevlerini yerine getirmelerine yardımcı olmak olduğu vurgulanacaktır.

Öte yandan, silah kullanma yetkisi, çağdaş hukuk düzenlerinde, başka bazı sınırlamalara da tâbi kılınmalıdır. Bu anlamda, gençlere, küçüklere ve insan topluluğuna karşı silah kullanımı bakımından sınırlamalar söz konusu olmalıdır. Alman Polis Kanunu Tasarısı, 21 yaşın altında gençler bakımından ancak bazı şartlarda, örneğin genç hakkında hürriyeti bağlayıcı ceza uygulanabilecek hallerde ve ölçülü olarak silah kullanılabilmesini öngörmektedir.

Öğretide de, ceza ehliyetine sahip bulunmayan küçüklere karşı kural olarak silah kullanılmaması görüşü egemendir. İnsan topluluğuna karşı silah kullanılması durumunda, olaylara katılmayan kimselerin de zarar görmesi mümkün olduğundan, bu konu da dikkate alınmalı, topluluk içindeki kimselere a-teş edilmesi kural

olarak kabul edilmemelidir. Ancak, hayata yönelik ve başka türlü bertaraf edilmesi mümkün olmayan ağır ve yakın tehlike durumunda tehlikenin kaynağı ile sınırlı olarak silah kullanılabilir. Çağdaş öğretisi ve kanunlar böylesine ayrıntılı ve titiz ayrımları benimserken, zorunluluk ve kademelik ölçütleri dikkate alınmayarak duraksamadan ve doğruca hedefe ateş edebilme yetkisinin verilmesi, Anayasa'da ifadesini ve güvencesini bulan yaşam hakkının baksız surette ihlâlini oluşturur.

Kolluk kuvvetlerinin silah kullanarak yaşam haklarını kısıtlayabileceği kişilerin kim olduğu da tamamen kolluk güçlerinin takdirine bırakılmıştır. Yasa, "terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlar"dan söz etmektedir. Terör örgütü, Terörle Mücadele Yasasının 1. maddesinin 2. fıkrasında tanımlanmıştır: "Bu kanunda yazılı olan örgüt, iki veya daha fazla kimse- nin aynı amaç etrafında birleşmesiyle meydana gelmiş sayılır."

Bu tanımın belirsizliğinin yarattığı ve kolluğa tanınan yeni yetkiler nedeniyle yaratacağı büyük sakıncaları açıktır.

Güvenlik kuvvetleri, kimin terörist olduğunu kendisi belirleyecek ve failleri etkisiz kılmak amacıyla doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateş edecektir.

Demokratik hukuk devleti, yurttaşlarının öncelikle can güvenliğini sağlamakla görevlidir. Muğlak tanımlar, bu görevi daha da zorlaştırır ve devlet ile yurttaşı karşı karşıya getirir.

Bu nedenle, yapılan düzenleme, Anayasanın 2. maddesindeki demokratik hukuk devleti ilkesine, 17. ve 13. maddelerine, bu konuda usulüne göre yürürlüğü konulmuş uluslararası sözleşmelerdeki güvenceleri ortadan kaldırdığı için de Anayasanın 90. maddesine aykırıdır.

Anayasa Mahkemesinin maddeye yaklaşımında temel hata, ek madde 2'yi kuvvet kullanmayı düzenleyen genel bir madde olan

PVSK ek madde 6 dan bağımsız olarak ele almasıdır. Oysa, özel bir madde olan ek madde 2'nin PVSK ek madde 6 çerçevesinde ele alınması gerekirdi. Dolayısı ile ek madde 6'nın gerektirdiği, (a) kuvvet kullanmak için, yakalama işlemine karşı bir direnme, saldırma veya saldırıya yeltenme olması, (b) kuvvetin, ancak yakalanması gereken kişiyi etkisiz hale getirmek için ve etkisiz hale getirecek derecede kullanılabilmesi, (c) kullanılan kuvvetin kademeli olarak arttırılarak kullanılması şartları

TMK ek madde 2 için de geçerlidir. Maddeye bu açıdan bakıldığında, Anayasa Mahkemesinin iptal kararının gerekçesinde referansta bulunduğu, 26.11.1986 tarih ve 1985/8 esas numaralı kararı ile zor kullanma için getirilen kademelilik ve zorunluluk ölçütlerinin bu madde için de geçerli olduğu görülecektir.

Mahkemenin bu yaklaşımı kabul edildiği takdirde, gelecekteki bir Anayasaya aykırılık iddiasında, silah kullanmayı düzenleyen yukarıda aktarılan PVSK m.16'nın ve

Dur ihtarına riayet etmeyen şahıslar hakkında evvelâ havaya ateş etmek suretiyle bu ihtar tekrar edilir. Bu ihtara da riayet edilmezse salâhiyetli memurlar silah kullanmaya yetkilidir. Ancak silahla mukabeleye yeltenmesi veya meşru müdafaa durumuna düşülmesi veya Bakanlar Kurulunca ihdas edilen emniyet bölgelerinde dur ihtarına itaat edilmemesi hallerinde salâhiyetli memurlar doğruca hedefe ateş edebilirler”.

hükmünü içeren 1918 Sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibi Hakkındaki Kanun (KMTHK)-un 11/3. maddesinin de iptali gerekir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, PVSK mad. 16 ile, kolluğa, örneğin, kolluğa tecavüz kalkışma veya fiili mukavemette bulunulması halinde, herhangi başka bir şartın varlığı aranmadan silah kullanma izni verilmektedir. PVSK mad. 16'da sayılan bu hallerin birisin-

de kolluk, kişiyi yakalamak için silah kullansa ve kendisine karşı silah kullanılan kişi ölse, kolluk görevlisinin sorumlu olmaması gerekir. Aynı şekilde, KMTHK mad. 11/3'e göre de, kolluk, kaçakçılık ile mücadele ederken, dur ihtarına uyulmaması ve silahla mukabeleye yeltenilmesi halinde, doğruca hedefe ateş etme yetkisine sahiptir. Böyle bir durumda da ölümüne neden olan kolluk görevlisinin sorumlu olmaması gerekir.

Çünkü, bu maddeler de, Anayasa Mahkemesinin, silah kullanmanın bir şartı olarak, TMK ek madde 2'de arayıp da bulamadığı, ne orantılık ne de kademeli olarak kullanılacak kuvvetin arttırılması şartları ön görülmemektedir. Oysa bu şartları PVSK mad. 16'da ve KMTHK mad. 11/3'de aramanın bir anlamı yoktur. Bu şartlar daha genel bir hüküm olan PVSK ek madde 6'dadır ve kolluk bu maddedeki şartlar gerçekleşmeden daha özel maddelerde yer alan silah kullanma yetkisini kullanamaz.

Dolayısı ile, TMK ek madde 2'nin, PVSK ek madde 6'nın çizdiği genel çerçevenin dışında tutularak Türk hukukunda bu konuyu düzenleyen ve dolayısı ile kolluğu silah kullanma konusunda yönlendiren tek bir madde gibi ele alınması yanlıştır.

Anayasa Mahkemesinin maddeye yaklaşımındaki bu temel hata görmemezlikten gelinse ve bu madde tek başına kolluğu silah kullanma konusunda yönlendiren bir madde olarak ele alınsa bile, iptal gerekçesinin yaklaşımında, diğer bir mantık hatası daha göze çarpmaktadır.

Anayasa mahkemesi, kolluğa doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı silah kullanma yetkisi verilmesini öldürme kastı ile ateş etme yetkisi verilmesine eşit/denk tutmaktadır. Halbuki, hedefe durmadan ve duraksamadan ateş etmenin ölümü netice vermesi vücutta seçilen hedefin ölüm tehlikesi içeren bir bölge olması ile yakından alakalıdır.

Kaldı ki, maddede verilen doğrudan ve duraksamadan ateş etme yetkisinin öldürmek için değil, hedefi etkisiz hale getirmek için öngörüldüğü maddede açıkça belirtilmektedir.

Anayasa Mahkemesinin yaşama hakkını koruma hususundaki hassasiyeti, iptal gerekçesinin tamamında, maddedeki durmadan ve duraksamadan hedefe ateş etme yetkisinin karşı tarafı *etkisiz kılmak* amacı ile verildiğini görmemezlikten gelmesini netice vermiştir. Oysa, öldürmek karşı tarafı etkisiz getirmenin en iyi yolu olmakla birlikte, karşı tarafı etkisiz hale getirmek, her zaman için, belki de olayların çoğunda, karşı tarafın öldürülmesi ile elde edilecek bir sonuç değildir. Kurşun, hedefteki vücudun ölümcül olmayan değişik bölgelerine isabet ettirilerek de kişi etkisiz hale getirilebilir. Ki, kanun koyucunun, maddede, esas kolluğun ateş etmesini istediği yerler kişinin bu bölgeleridir. Bu nedenle maddede “öldürmek için” yerine “etkisiz hale getirmek için” kelimeleri tercih edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin de kararında belirttiği gibi, etkisiz hale getirmek için yerecekse, kolluk görevlisi, hafif bir yaralama, örneğin ayağa ya da ele ateş açılarak, etkisiz bırakılabilecek fail ya da şüphelinin yaşamsal organlarına ateş etmeyecektir.

Her ne kadar kanun koyucu amacını anlatmak için “doğrudan ve duraksamadan” kelimelerinin yerine daha iyi kelimeler seçebilirdi ise de, maddeye göre, kolluğun ateş etmedeki amacı karşı tarafı etkisiz hale getirmek olacaktır. Kanun koyucunun istediği, bu “etkisiz hale getirme” hedefine ne zaman ulaşılacağı kolluk görevlisinin takdirine bırakılmıştır. Anayasa Mahkemesinin eleştirisinin aksine, kanun koyucunun, bunu, kolluğun takdir yetkisine bırakmasının dışında başka bir alternatifi yoktur.

Etkisiz hale getirmek için yapılan durmadan ve duraksamadan yapılan bir atışta

hedefteki kişi hayatını kaybederse bu, silah kullanmanın (etkisiz hale getirmek için ateş açılmasının) istenmeyen sonucudur. Kaldı ki, bazen, öldürmek, hedefteki kişiyi etkisiz hale getirmek için gerekli, en uygun ve tek yoldur. Bu durumda yargı makamları karşı taraftaki kişiyi etkisiz hale getirmenin gerekli, en uygun ve tek yolunun onu öldürmek olup olmadığını araştırarak, olayda takdir yetkisinin kollukça keyfi olarak kullanılmış olmasının söz konusu olması durumunda, kolluk görevlisi suçun niteliğine göre TCK mad. 50 çerçevesinde ceza alacaktır.

Dolayısı ile, bize göre, maddede yer alan “etkisiz hale getirme” kelimeleri, Anayasa Mahkemesinin iddiasının aksine silah kullanma açısından “ölçülülük” ve “zorunluluk” unsurlarını içermektedir.

Çünkü, maddenin tamamı hatırlanırsa silah kullanmadan önce, hedefteki kişi önce uyarılacaktır. Uyarılmasına rağmen, bu kişi silah kullanmaya teşebbüs ederse, kolluk silahını kullanabilecektir.

Böyle bir durum ile karşı karşıya kalan bir kolluk görevlisi için, Anayasa mahkemesinin gerekçesinde kullandığı, “*durumun gereğine uygun ateşli silah dışında farklı araçlar kullanma mecburiyeti olmadan doğrudan öldürme amacıyla ateşli silah kullanma imkânı tanınmıştır*” cümleleri, Mahkemenin, maddenin ilk yarısını unutup/atlayıp diğer ikinci yarısına konsantre olduğu izlenimi vermektedir.

Gerçekten, kişilerin tehlikeliliğinin son derece açık olduğu bir terör operasyonunda, teslim ol uyarısına silahla karşılık verilmesinin seçilmesi halinde, herhalde, Anayasa Mahkemesi, kolluk görevlilerinin operasyona son vererek kaçmasını veya silaha, taşla veya sopa ile karşılık vermesini öngörmemektedir. Kolluk, teslim ol emrine silahla karşılık verildiğinin ortaya konması halinde, zorunlu olarak silahını kullanacaktır.

Hiçbir demokratik ülke, silah kullanan terör örgütü üyelerine karşı silahın dışında bir vasıta ile karşılık verme şartı getirmediği gibi, kolluk görevlilerinin silah kullanması için önce karşı tarafın silahını ateşlemesini beklemeyi kendi görevlilerinden bekleyemez ve beklememektedir. Çünkü, devleti ve kamuyu temsil eden bir kolluk görevlisinin hayatı (yaşama hakkı), iradesi ile suç işlemeyi tercih eden bir kişinin hayatından daha az önemli olamaz. Bu nedenle, kolluk görevlisinin ateş etmeden önce karşı tarafın ateş etmesini beklemesi beklenemez.

Maddeye göre, karşı tarafın ateşine ateşle cevap verilirken de, amaç, o kişiyi etkisiz hale getirmektir. Haliyle, silah kullanmanın eğitimini alan bir kişi olarak, kolluk görevlisi, hedefi etkisiz hale getirmek için hedefteki vücudun ölümcül olmayan noktalarını seçecektir. Karşı taraf buna rağmen ateş etmeye devam ediyorsa, kolluk görevlileri de doğrudan ve duraksamadan ateş etmeye devam edecektir. Çünkü, çoğu zaman durmak veya duraksamak, özellikle hedefte birden fazla kişi varsa, kolluğun yaşama hakkının tehlikeye girmesi anlamına gelecektir. Ama burada yine kolluğun amacı hedefteki kişiyi öldürmek değildir ve olamaz. Neticede ölüm meydana gelirse, bu, etkisiz hale getirmenin istenmeyen sonucudur. Bu durumda da, kolluk, ateş ederken amacının ne olduğu konusunda yargı önünde sorgulanacak, mağdur daha değişik bir şekilde etkisiz hale getirilemez miydi/doğruca ve duraksamadan silah kullanımı etkisiz hale getirmek için zorunlu muydu sorusunun cevabını yargı önünde verecektir.

İlginçtir, aslında, Anayasa Mahkemesi de *“diğer zorlama tedbirlerinin kolluğun kendisine verilen görevleri yerine getirmesinde yetersiz kalması ve son çare olarak silah kullanılmasının zorunlu olduğunun ‘açıkça anlaşılması durumunda’ silah kullanılabilirdir”* diyerek kanun koyucunun maddede anlatmak istediği,

kolluğun bu anlamda silah kullanmasını bir yönü ile onaylamaktadır.

Acaba, Anayasa Mahkemesine göre, terör örgütlerine karşı icra edilecek bir operasyonda teslim ol emrine itaat edilmemesi, tam tersine silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde, kolluk görevlileri, failleri etkisiz kılmak amacıyla hedefe doğruca ve duraksamadan ateşli silah kullanma dışında, silahın en son çare olduğunu göstermek için hangi zorlama tedbirlerini kullanmalıdır? Devamlı durmadan ve duraksamadan ateşe maruz kalması an meselesi olan kolluk görevlilerinin durarak ve hedefte olması gereken kişilerin üzerine değil de sağına veya soluna mı ateş açmalıdır? Maddede, doğrudan ve duraksamadan da olsa, faili etkisiz bırakmak amacı ile kolluğa ateş etme yetkisinin verilmiş olması, Mahkemenin aradığı, “mukavemet ve tehdidin gerektirdiği ölçüde silah kullanılmalı” anlamının dışında başka ne anlamda kullanılmış olabilir?

Acaba, failerin, kolluğun teslim ol emri üzerine silah kullanmaya teşebbüs etmesi halinde, kolluk görevlilerinin kesine yakın bir ihtimalle ölümüne neden olunması ihtimali söz konusu değil midir?

Böyle bir durumda, kolluğa yönelik mevcut bir yaşamsal tehlikenin veya kolluğun vücut bütünlüğüne yönelik ağır bir tehlikenin varlığından söz edilebilir mi? Böyle bir tehlikeye varsa, kolluk için bunun ortadan kaldırılmasının tek aracı silah kullanmadan başka ne olabilir? Üstelik bu silah, failleri etkisiz hale getirmek için kullanılacak olan bir silahtır.

Kolluk, silah kullanırken kendilerini sınırlayan hukuk kuralları çerçevesinde terör örgütü üyelerini etkisiz kılmayı amaçlarken, kendilerine karşı silah kullanılan terör örgütü üyelerinin amacı kolluk görevlilerini öldürmek olacaktır. Bu da dikkate alındığında, aynen kolluğun faillere karşı silah kullanması halinde olabileceği

gibi, faillerin kolluğa karşı silah kullanması halinde de olayla ilgisi olmayan kişilerin de yaşama hakkını tehlikeye düşmesi söz konusu olamaz mı?

Bu iki durumda (kolluğun kendisine ve üçüncü kişilere karşı yönelen bir şiddeti önlemek için) kolluğun zaten PVSK mad. 16/1 (a) ve (b) bentlerine göre silah kullanma yetkisi yok mudur?

Hal böyle iken Anayasa Mahkemesi, “kesine yakın bir ihtimalle ölüme neden olunması sonucunu doğuracak biçimde silah kullanılabilmesi için, o sırada mevcut bir yaşamsal tehlikenin veya vücut bütünlüğüne yönelik ağır bir tehlikenin ortadan kaldırılmasının tek aracı olması şarttır. Kişilere karşı silah kullanımı, olayla ilgisi olmayan kişileri de tehlikeye düşürebilir. Bu gibi durumlarda *silah kullanılmaması* konusu da açıkça hükme bağlanmalıdır” ifadeleri ile ne anlatılmak istenmektedir?

Anayasa Mahkemesi, iptal edilen yasa metninde yer alan “teşebbüs” ifadesini, çok geniş bir kavram olarak görmektedir. Mahkemenin de belirttiği gibi, bir fiilin icrasına ne zaman başlandığının saptanması kolay değildir. Bir kişinin silah kullanmaya ne zaman teşebbüs etmiş sayılacağını kolluk kendi hukuk bilgisi ile karar verecektir. Bu değerlendirmeyi yanlış yapması halinde ise neticesine katlanacaktır.

Ancak, kendisine karşı silah kullanılması planlanan kolluk görevlisinin en azından savunma amaçlı silah kullanması için karşı tarafın icra hareketlerini bitirmesi veya icra hareketlerinin başladığından emin olunması için bir el ateş etmesi beklenemez. Beklenmesi, kolluğun yaşama hakkını yitirmesi anlamına gelebilir. Bu durumda cevaplanması gereken soru şudur: Bir suçun failinin yaşama hakkını suçları önlemekle ve suçluları yakalamakla görevlendirilen kolluk görevlilerinin yaşama hakkından daha değerli kılan nedir? Bu noktada, Anayasa Mahkemesinin iddiasının aksine, “teşebbüs” deyiminden seçilecek daha iyi bir kelime yoktur.

Kaldı ki, kolluğun iç hukukta PVSK mad. 17/3'den uluslararası hukukta da AİHS mad.

5/1(c) den kaynaklanan (teşebbüs aşamasındaki) suçları önleme görevi vardır. Kolluğun konusu suç teşkil eden bir eylem ile karşı karşıya kalması halinde, “eylem icra aşamasında” ve “bu aşamayı belirlemek de zor” bu nedenle de “eyleme müdahale etmeyeyim” deme lüksü yoktur. Diğer bir ifade ile, kolluk bir olaya müdahale etmek için suçun tamamlanmasını beklemek zorunda olmadığı gibi icra hareketleri başlatılan bir eyleme müdahale etmek ile görevlidir.

Aynı şekilde, Anayasa Mahkemesi, kolluk kuvvetlerinin silah kullanarak yaşam haklarını kısıtlayabileceği kişilerin kim olduğunun belirlenmesinde kolluk güçlerine bırakılan takdir yetkisinin çok geniş olduğunu belirtmektedir. Çünkü, “terör örgütü” tanımı TMK'da net olarak yapılmamıştır. Bu belirsizlik de hangi örgütün “terör” örgütü sayılacağını belirlemede yanlış yorum yapmayı kolaylaştırmaktadır. Her ne kadar, aslında, bu belirsizlik TMK mad. 1/2'deki “terör örgütü” tanımından çok TMK mad. 1/1'deki “terör”ün tanımından kaynaklanıyor olsa da, Anayasa Mahkemesi bu eleştirisinde haklıdır. Fakat bu tespit, TMK'daki ek madde 2'nin iptali için geçerli bir mazeret olmaz. Yapılması gereken TMK'daki, terör, terörist ve terör örgütü kavramlarını daha net bir şekilde yeniden tanımlamaktır.

Kanun koyucunun, silah kullanma konusundaki iptal edilen bu ek maddedeki düzenlenmesi, Anayasa Mahkemesinin de belirttiği gibi daha net olabilirdi. Fakat, birçok ülke, bütün özel durumları kapsayacak özel maddelerin oluşturulmasındaki zorluktan dolayı, mevzuatlarında bu konuları genel maddelerle düzenlemekte, maddelerin içeriklerinin doldurulmasını ise yargı kararlarına ve öğretiyeye bırakmaktadır. Örneğin, İngiliz Polis Mevzuatına göre,²⁷ silah kullanmayı da içeren kuvvet kullanma noktasında kolluğu yönlendiren tek bir madde ve bu madde de tek bir kelime “makullük (*reasonableness*)” yer almaktadır. Kolluğu yönlendi-

²⁷ *Police and Criminal Evidence Act* (Polis ve Adli Delil Kanunu), m. 117.

ren bu maddeye göre, kolluk görevlileri görevini yerine getirirken “makul ölçüde” kuvvet kullanabilir. Bunun dışında, bu konuda herhangi bir kanun maddesi olmadığı gibi, var olan ilgili kanun maddesi “makûllük” dışında herhangi açıklayıcı başka bir ifade de içermemektedir. “Makullük” kriterinin, hem kademeli güç kullanımını, hem gereklilik ve orantılık prensiplerini içerdiği öğretide kabul edilmektedir.²⁸ Hiçbir kurum ve kuruluşta bu madde ile, kolluk kuvvetlerine, olağanüstü dönemler için geçerli olabilecek, ölçüsüz ve zorunluluk sınırların aşarak öldürme yetkisinin verildiğini iddia etmemektedir.

Kaldı ki, Anayasa Mahkemesinin kararına esas aldığı Anayasanın 19. maddesi, aynı zamanda iptal edilen ek madde 2'nin konuluş amacı olan “yakalama ...kararlarının yerine getirilmesi...” amacı ile yaşama hakkının sınırlanacağını kabul etmektedir. Aynı şekilde iptal kararına esas alınan AİHS mad. 2'de de, “mutlak zorunluluk” şartına bağlı olarak “kanuna uygun olarak yakalanması gereken bir kişinin yakalanması veya kaçmasının önlenmesi” için silah kullanmayı da içeren kuvvet kullanma ve yaşama hakkının sınırlandırılması kabul edilmektedir. Fakat, bu belgelerde yer alan bu maddelerde de, yaşama hakkının kuvvet kullanma yolu ile sınırlandırılması için getirilen tek standart sırası ile “zorunluluk”²⁹ ve “mutlak zorunluluk”tur. Bu kelimelerden ne anlaşılması gerektiğinin yorumu ise yargısal ve bilimsel içtihatlarla bırakılmıştır.

Ayrıca, Alman Polis Tasarısındaki 21 yaş altındaki kişilere silah kullanılabilmesini, ancak bu gençler hakkında hürriyeti bağlayıcı ceza şartına bağlanmış olmasından bahsedilmesinin bir anlamı yoktur. Zira, TMK ek madde 2'ye göre gerçekleştirilecek terör operasyonunda, bu kişiler herhangi başka bir suç işlememiş olmasa bile

terör üyesi olacak ve karşılığında en az TMK mad. 7/1'e göre 3 ile 5 yıl arası hapis cezasına çarptırılacaktır.

Aynı şekilde, ceza ehliyetine sahip olmayan kişiler açısından silah kullanılmamasını savunan öğretiyeye yapılan referansın da çok fazla bir anlamı yoktur. Zira, bir terör operasyonunda teslim ol emrine silahla karşılık verecek olan ceza ehliyetine sahip olmayan bir örgüt elemanı ile karşılaşma çok istisna olacaktır.

Yine, ek madde 2'nin silah kullanılmasını ön gördüğü topluluk, bir operasyondaki topluluktur. Yoksa, maddeye göre, sıradan topluluklara karşı silah kullanılması öngörülmemektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin topluluk içindeki kimselere ateş edilmemelidir yaklaşımı da maddenin amacının Mahkemece anlaşıldığı noktasında ciddi endişelere sevk edecek niteliktedir.

Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararına rağmen, bize göre, kolluğun ek maddenin öngördüğü durumlarla ilgili olarak silah kullanması açısından değişen bir şey yoktur. Çünkü, daha önce olduğu gibi, şimdi de, kolluk görevlilerinin, PVSK ek madde 6'ya göre, terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda, teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde, kolluk görevlileri, failleri etkisiz kılma amacıyla, gerekirse, doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silah kullanabileceklerdir. Failleri etkisiz hale getirmek için kullanılan kuvvetin gerekli olup olmadığı ile faillerin başka türlü etkisiz hale getirmenin mümkün olup olmadığı ise olayın şartlarına göre savcılıkça ve gerekirse mahkemece araştırılacaktır. Durumu takdirde yapılacak bir hata ise kolluğun TCK 50 anlamında sorumlu tutulması anlamına gelecektir.

8. Sonuç

Gerçekten yaşama hakkı, olağanüstü dönemlerde bile kullanımı askıya alınamayacak kişilerin önemli haklarından biridir. Bu önemine rağmen, bu hak, ne Anayasamız ne de AİHS'ye göre mutlak bir hak olarak kabul edilmemiştir. Her iki belgeye göre de, bu hak, iki durumda sınırlanabilir:

²⁸ J. C. Smith ve B. Hogan, *Criminal Law: Cases and Materials*, 1990, s. 236-237.

²⁹ Anayasa Mahkemesinin gerekçesinde belirttiğinin aksine Anayasa mad. 17'de orantılılık ilkesi kuvvet kullanmanın bir şartı olarak belirtilmemektedir. Muhtemelen, Mahkeme, orantılılık ilkesinin, zorunluluk ilkesinin içinde, ayrılmaz bir parça olarak kabul etmektedir.

Birinci durum, adli bir kurum olan bir mahkemenin kararını müteakiben verilen ölüm cezasının yerine getirilmesi için yaşama hakkının sınırlandırılmasıdır.

İkinci durum ise, herhangi bir adli organın kararına gerek duyulmadan belirli hallerde (meşru müdafaa, yakalama ve tutuklama kararının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi ve bir ayaklanma veya isyanın bastırılması gibi) kişilerin yaşama hakkının sınırlandırılmasıdır. Fakat, bu durumda da, belirtilen amaçlara ulaşmak için olaya müdahale edip devlet adına bir yetki kullanılarak öldürme fiiline neden olan güvenlik görevlisinin amacı, öldürmek değildir. Ölüm, amaca ulaşmak için zorunluluk sonucu kullanılan kuvvetin istenmeyen sonucudur.

Olayda kullanılan kuvvetin kesin zorunluluk sonucu kullanılıp kullanılmadığının kararlaştırılmasında, olayın meydana geldiği andaki şartlar yanında, elde edilmek istenen amaç, hayata yönelmiş tehlikenin niteliği ve kullanılan kuvvetin orantılılık prensibine uygun olup olmadığı hususları araştırılır.

Bir olayda kullanılan kuvvetin kesin zorunluluk sonucu kullanıldığı sonucuna varmak için, ayrıca, kuvvete başvurmak için kuvvet kullanmanın kademeli olarak arttırarak kullanıldığının ve kuvvet kullanmanın söz konusu olayda gerekli olduğunun, yakalanması gereken kişiyi etkisiz hale getirmeye yetecek miktarın dışında kuvvet kullanılmadığının, kuvvetin hemen kullanılmasının gerektiğinin, kuvvet kullanmayı gereksiz kılacak tedbirlerin önceden alındığının, olayın geçeceği tahmin edilen yerde gerekli donanımla yeterli sayıda kolluk görevlisinin bulunduğunun, kuvvet kullanımında seçilen metotla yakalanması gereken kişiye ve etrafına en az zarar verilmesinin amaçlandığının, kuvvet kullanmadan önce gereksiz kuvvet kullanmayı lüzumsuz kılacak ve üçüncü kişilerin zarar görmesini engelleyici her türlü tedbirin alındığının, silahın en son çare olarak ve sadece yakalanacak olan kişiyi etkisiz hale getirmek amacıyla kullanıldığının, olaya müda-

hale ederken mutlak surette şüphelileri veya sanıkları öldürme ön düşüncesi ve planı ile hareket edilmediğinin, şüphelinin veya sanığın etkisiz kaldığı apaçık belli iken şüphelinin veya sanığın etkisiz kaldığından emin olmak için ateş etmeye devam edilmediğinin, mümkünse, silah kullanılacağı hususunda ilgili kişilerin önceden uyarıldığıının ortaya konması gerekir.

Türk hukukunda, kolluk görevlisinin gerek PVSK gerekse diğer özel bir kanuna göre kuvvet kullanırken bu prensiplere uygun olarak kuvvet kullanması gerekir.

Esasen Anayasa Mahkemesi de, TMK ek madde 2'yi iptal ederken bu prensipleri maddeye uygulamak istemiş ve maddeyi iptal etme gereği duymuştur.

Mahkemenin yaşama hakkını yaşatmak ve yargısız infazları önlemek için gösterdiği hassasiyeti anlamak mümkün olmakla birlikte, iptal gerekçesinde, kolluğun pratik ihtiyaçlarının unutulduğu söylenebilir.

Kolluk görevlilerinin, terör örgütlerine karşı icra edilecek bir operasyonda, teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde, failleri etkisiz kılmak amacıyla, gerekirse, doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silah kullanmaktan başka alternatifini olamaz. Bunu daha iyi anlamak için, olayı değerlendiren hakimin, kendisini böyle bir durumla karşı karşıya kalan kolluk görevlisinin yerine koyması ve "bu durumda ben olsam ne yapardım?" sorusunu sorması yeterlidir.

Hiçbir kanun koyucu ve kanunların uygulanmasını yargısal açıdan denetleyen bir hakim de, böyle bir durumda, kolluk görevlilerinin hedefin dışında bir yere veya durarak ateş etmesini bekleyemez. Aksi tutum, kolluk görevlilerinin yaşama hakkının sonu anlamına gelecektir.

Bir terörist adayının yaşama hakkını, bir kolluk görevlisinin yaşama hakkından daha üstün veya kutsal kabul etmek için ise bir sebep yoktur.