

AİHM İÇTİHATLARI BAĞLAMINDA ETKİN SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Arş. Gör. Burak BİLGE*

ÖZET

Çalışmamızın konusu "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Bağlamında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü" dür. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin¹ en temel hükümlerinden biri olan yaşam hakkının ve demokratik bir toplumun vazgeçilmesi olan işkence yasağının ihlali halinde taraf devletlerin, söz konusu ihlalleri etkin şekilde soruşturma yükümlülükleri doğar. Etkin soruşturma yükümlülüğü daha çok Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerinde düzenlenen yaşam hakkı ve işkence yasağı ile ilgili olsa da; Sözleşme'nin diğer bazı maddelerinin ihlali de söz konusu olabilir. Ancak bunlar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi² kararlarında belirli bir yoğunluğa ulaşmadığından çalışmamızda inceleme konusu yapılmamıştır. Çalışmamızda ilk olarak AİHS ve soruşturma yükümlülüğüne ilişkin genel açıklamalar yapılmıştır. Ardından Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerinde yer alan yaşam hakkı ve işkence yasağı hakkında bilgiler verildikten sonra nihayet taraf devletlerin ihlal edilen bu haklara yönelik nasıl etkin soruşturma yürütmeleri gerektiği AİHM içtihatları bağlamından incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Etkin Soruşturma, AİHM, AİHS, Yaşam Hakkı, İşkence Yasağı

* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

¹ Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında "AİHS" veya "Sözleşme" olarak geçecektir.

² Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında "AİHM" veya "Mahkeme" olarak geçecektir.

Effektive Untersuchungs Haftung im Rahmen der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)

ZUSAMMENFASSUNG

Das Thema der Studie ist "Effektive Untersuchungs Haftung im Rahmen der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)". In der Verletzung des Rechts auf Leben und das Verbot der Folter, sind die Vertragsstaaten verpflichtet, eine effektive Untersuchung zu durchführen. Grundsätzlich, wurde eine effektive Untersuchungsverpflichtung für beider Rechtsfaelle akzeptiert. Auch für andere Faelle der Verletzung europaeischer Menschenrechtskonvention, wurde diese Vepflichtung übernommen, doch die Anzahl der Faelle, die zur Untersuchung führt war nicht ausreichend. In diesem Zusammenhang wurde allgemeine Erklärungen zur europäischen Menschenrechtskonvention und effektive Untersuchungs Haftung geleistet. Ausserdem hat man uns agesichts der Überarbeitung, der Paragraphen zwei (Recht auf Leben) und drei (Verbot der Folter) der Konvention in Kenntniss gesetzt . Schliesslich wurde die Frage "Wie wird die entsprechende (Paragraph zwei und drei der Konvention) Untersuchung durchgeführt" in der europaeischen Komission und den Vertragssaaten analysirt. Hier, wird der europaeische Gerichtshof für Menschenrechte die Rechtsprechung berücksichtigen.

Die Schlüsselwörter: Effektive Untersuchung, Europäischer Gerichtshofs für Menschenrechte, Europäische Menschenrechtskonvention, Rechts auf Leben, Verbot der Folter

I. GENEL OLARAK

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelen somut olaylar neticesinde geliştirdiği içtihatlar ile taraf devletlere bazı yükümlülükler yüklemektedir. Etkin soruşturma yükümlülüğü bu kapsamda Mahkeme'nin içtihatları ile belirlenmiş olan pozitif bir yükümlülük olarak karşımıza çıkar. Etkin soruşturma yükümlülüğünden maksat, AİHS'e dâhil

olan haklardan birinin ihlali halinde, iç hukuk kapsamında devletin yetkili makamlar tarafından gerekli incelemelerin ve araştırmaların yapılarak sorumluların tespit edilmesi, cezalandırılabilmeleri için adli makamlar önüne çıkartılmaları, yani etkin bir ceza soruşturmasının yapılmasıdır. Etkin soruşturma yükümlülüğü ile taraf devletlere ihlal edilen hakka ilişkin soruşturmanın nasıl, hangi şartlarda ve kimler tarafından yapılacağı gibi konularda yükümlülükler yüklenmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi özellikle Sözleşme'nin 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı ve 3. maddede yer alan işkence yasağına yönelik ihlal halinde etkin soruşturmadan bahsetmiştir. Gerçekten de Mahkeme'nin bu konuda vermiş olduğu birçok karar bulunmaktadır. Çalışmamız içerisinde bu kararlara değinilmiştir. Bununla birlikte hemen belirtelim ki etkin soruşturma yükümlülüğü Mahkemenin bazı kararlarında 13. maddede düzenlenen etkili başvuru hakkı kapsamında değerlendirilmiştir. Ancak bazı kararlarda da Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerinden kaynaklanan pozitif bir yükümlülük olarak izah edilmiştir³.

Yaşam hakkı ve işkence yasağı ulusal ve uluslararası birçok kanun ve sözleşme kapsamında düzenlenmiş ve koruma altına alınmıştır. Yaşam hakkının insanın sahip olduğu vazgeçilmez, devredilmez mutlak bir hak olması ve diğer hakların adeta temelini oluşturması, bununla bağlantılı olarak kişinin vücut tamlığıyla birlikte insanın onurunu koruyan işkence yasağında etkin soruşturmanın yapılması zorunluluğu devletin ihmal etmemesi ve özenle yürütmesi gereken sorumluluklardan biridir. İşte etkin soruşturma yükümlülüğünün önemi bizatihi bu hakların taşıdığı önemden kaynaklanmaktadır⁴.

II. KONUYA İLİŞKİN KAVRAMLARIN AÇIKLAMASI

Etkin soruşturma yükümlülüğünün kapsamını Sözleşme'de düzenlenmiş olan haklar oluşturmaktadır. Soruşturmanın usulü ise

³ ŞENOL, Cem; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, İstanbul 2013, s. 2-3.

⁴ AİHM, Akkoç/Türkiye Kararı, 10/10/2000 tarih, Başvuru No: 22947/93

Mahkeme'nin geliştirdiği içtihatlar ile belirlenmiştir. Sözleşme düzenlediği haklar bakımından âdete bir güvence teşkil etmektedir. Taraf devletler kendi iç hukuklarında benzer hakları düzenlerken Sözleşmeye aykırı düzenleme yapamazlar. Bu kapsamda Sözleşme bireylerin sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından garanti fonksiyonuna sahiptir. Nihayet Sözleşme diğer birçok uluslararası sözleşmeden farklı olarak hakların ihlali halinde bir denetim mekanizması olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurma imkânı sağlar.

Etkin soruşturma yükümlülüğünde soruşturmayı yürütecek olan makamlardan neyin anlaşılması gerektiği önemlidir. Esasen makamların neler olduğundan ziyade, etkili bir soruşturmanın yürütülmesi önceliklidir. Mahkeme içtihatları ve birtakım uluslararası prensipler ile etkili soruşturmayı yürütecek makamlardan bahsedilmiştir.

Daha öncede değindiğimiz gibi yaşam hakkı ve işkence yasağının ihlali etkili soruşturmanın temel dayanağını oluşturur. Bu kapsamda yaşam hakkı ve işkence yasağının izahatının yapılması gereklidir.

A. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

Esas itibarıyla bölgesel nitelikte olan Sözleşme, 4 Kasım 1950'de imzalanarak, 3 Eylül 1953'te yürürlüğe girmiştir. Sözleşme yürürlüğe girdiği tarihten bu yana, uluslararası yargı organları tarafından ve üye devletlerin ulusal mahkemeleri tarafından temel hak ve özgürlüklerin güvencesi olarak uygulanmıştır⁵. Bununla birlikte AİHS, kişilere doğrudan haklar tanıyan bir nitelik arz ederek, hak ve özgürlüklerin asgari standardını oluşturmuştur⁶.

AİHS hukuk tekniği açısından klasik anlamda bir uluslararası antlaşma niteliği taşır. Ancak, Avrupa genelinde hukuki bakımdan müşterek bir kamu düzeni oluşturmayı amaçlaması ve bu amaç için

⁵ ÜNAL, Şeref; Uluslararası Hukuk, Ankara 2005, s. 271.

⁶ Bkz AİHS m. 1; ŞAHBAZ, İbrahim; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Yargı Sistemindeki Yeri, TBB Dergisi, Sayı 54, Yıl 2004, s. 178; ERDEM, Ruhan Mustafa/KORKMAZ, Ömer; Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İhlali, DEÜSBED, Cilt 5, Sayı 2, Yıl 2003, s. 182.

devletlere birtakım yükümlülükler yükleyerek bu yükümlülüklere uyulmasını denetleyecek bir mekanizma oluşturması AİHS'i diğer uluslararası sözleşmelerden ayırmaktadır⁷. Sözleşme, yine farklı olarak bireylere, haklarını ihlal eden devletlere karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurabilme hakkı tanımaktadır⁸. Uluslararası sözleşmelerin uygulanmasında taraflar bazı şartlar/karşılıklılık (reciprocite) koyabilirler. AİHS bakımından ise bu mümkün değildir. Yani AİHS' nin uygulanmasında tarafların karşılıklılık aramamaları Sözleşmeyi diğer uluslararası antlaşmalardan ayıran bir özelliktir⁹. Bu anlamda sözleşme, nev'i şahsına münhasır bir metin olma özelliği taşır¹⁰.

AİHS'i onaylayan devletlerde Sözleşme, bir yandan uluslararası hukuk bakımından bir takım yasal yükümlülükler doğururken, bir yandan da iç hukukun ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir¹¹. İç hukuka göre yürütülen davalarda bireyler, AİHS metnini ve içtihadını ileri sürerek, Sözleşme' de tanınmış olan hak ve yetkileri kendi yargı makamları önünde koruyabilirler¹². AİHS 1. maddeye göre; AİHS'e taraf olan her devlet kendi yetki alanı içinde bulunan herkese AİHS'de tanımlanan hak ve özgürlükleri sağlamakla yükümlüdür. Dolayısıyla Sözleşmeyi onaylayan devletler, iç hukuk normlarını AİHS'e uyumlu hale getirmekle yükümlüdürler. İç hukuk normlarının Sözleşme ile uyumlu hale getirilmesiyle, AİHS'de tanınmış olan hak ve yetkilerin korunması da sağlanmış olacaktır. Nihayet taraf devletlerin her halde Sözleşme'ye uygun davranmak ödevi altında olduklarını söylemeliyiz.

⁷ ŞENOL, s. 23.

⁸ GÖZÜBÜYÜK A. Şeref /GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2009, s. 14.

⁹ AKILLIOĞLU, Tekin; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz, AİHS ve İç Hukuktaki Değeri Paneli Metni, AÜSBF İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, 1989 Ankara, s. 158.

¹⁰ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 22.

¹¹ REİDY, Aisling; İşkencenin Yasaklanması, AİHS'in 3. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No.6, TBB Yayınları: 92, s. 5.

¹² KOCABAŞ, Sadık; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler, SDÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi ABD Yüksek Lisans Tezi, Isparta 2009, s. 7; REİDY s. 5.

B. SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Soruşturma yükümlülüğü AİHS'in koruma alanına bir yükümlülük olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile dâhil edilmiştir. Mahkeme birçok kararında devletlerin etkin soruşturma yükümlülüğü altında olduğunu vurgulamıştır. İlk olarak Mc Cann/Birleşik Krallık kararında¹³ Sözleşme'nin tarafı olan devletlerin etkili soruşturma yükümlülüğü altında olduklarını ifade etmiştir¹⁴. Etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlal edilmesinden dolayı Devletlere mahkûmiyet kararı da vermiştir. Mahkemenin mahkûmiyet kararı verdiği ilk dava ise Aksoy/Türkiye davasıdır¹⁵.

Soruşturma yükümlülüğü esas olarak Mahkeme'nin içtihatları ile belirlenmiş olsa da diğer bazı uluslararası sözleşme ve protokollerde de soruşturma yükümlülüğünden bahsedilmiştir. "*İstanbul Protokolü*"¹⁶nde de işkenceye yönelik olaylarda soruşturma yükümlülüğüne dair hükümler düzenlenmiştir¹⁷. Benzeri yükümlülükler normatif olarak yer veren "İşkence ve Diğer Zalimane Gayrı İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi"nin 12. Maddesinde de işkenceye ihlaline yönelik etkin soruşturma yükümlülüğü kabul edilmiştir. Bunun dışında "*Minnesota Protokolü*"¹⁸nde yaşama hakkına yönelik vuku bulan olayların etkin soruşturulmasına yönelik hükümlere yer verilmiştir.

¹³ AİHM, 27/09/1995 tarih, 18984/91 s. Karar için bkz. **DOĞRU**, Osman/**NALBANT** Atilla; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 1. Cilt, s. 101-114.

¹⁴ **ŞENOL**, s. 62.

¹⁵ AİHM, 18/12/1996 tarih, 21987/93 s. Karar için bkz. **DOĞRU/NALBANT**, s. 198-208.

¹⁶ İstanbul Protokolü, işkence ve kötü muamelenin soruşturması ve dokümantasyonu amacıyla oluşturulmuş ilk uluslararası tüzük veya kılavuzdur (İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi için El Kılavuzu, www.tbb.org.tr, Erişim Tarihi: 15.04.2014).

¹⁷ **DOĞRU/NALBANT**, s. 173; **ŞENOL**, s. 61-62.

¹⁸ Minnesota Protokolü'nün "*Hukuk Dışı, Keyfi ve Yargısız İnfazların Hukuki Açidan Soruşturulmasına İlişkin Model Protokol*" başlıklı III. Bölümünde yaşama hakkının soruşturulmasına yönelik bazı ilkelerden bahsedilmiştir (Minnesota Protokolü tam metni için bkz. www.atud.org.tr >kutuphane/minnesota.pdf, Erişim Tarihi:15.04.2014).

Soruşturmanın yapılmasının temel amacı bireylerin temel hak ve özgürlüklerini koruyan kanunların ihlal edilip edilmediğinin tespit edilmesidir. Soruşturmanın niteliği olaylara göre değişebilir ancak devletin görevlendirdiği yetkili kişi ve makamlar vuku bulan bir olayda derhal harekete geçmek zorundadırlar¹⁹. Soruşturmanın etkin olabilmesi için fiilin aydınlatılmasına yönelik hukuki açıdan gerekli olan tedbirlerin hepsi alınmalıdır.

Etkin bir soruşturmanın yapılabilmesi için, AİHM kararlarında birtakım kriterler belirtilmiştir. Bu kapsamda etkin bir soruşturmada söz edilebilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gerekir²⁰:

- Resmi bir soruşturmanın yapılması,
- Soruşturmanın suça karışanlardan bağımsız bir organ tarafından yürütülmesi,
- Soruşturmanın kamuoyunun izlemesine yeterli derecede imkân sağlanması,
- Soruşturmanın ihlali gerçekleştirenleri belirleyebilecek nitelikte olması, yani maddi deliller ve sorumluluğu tespit edebilecek nitelikte olması,
- Soruşmanın ivedilikle ve özenle gerçekleştirilmesi gerekir.

Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde etkin soruşturmaya yönelik ayrıntılı açıklamalar yapılmıştır. Ancak burada etkin soruşturma yükümlülüğünün koşullarından bahsetmekte fayda görülmektedir. Bu kapsamda etkin bir soruşturma için, soruşturmanın suça karışmış olma ihtimali olan kişilerden bağımsız olarak yürütülmesi, resmi bir soruşturmanın yapılması, soruşturmanın ivedilikle ve makul sürede yapılması ve soruşturmanın kamunun denetimine açık olması

¹⁹ **TANRIKULU**, Sezgin; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Etkili Başvuru Hakkı, Ankara 2012, s. 177.

²⁰ **GARLICKI**, Lech; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Yaşam Hakkı, Sempozyum, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı, İHUM, Ankara 2003, s. 85; **CENGİZ**, Serkan/**DEMİRAĞ**, Fahrettin/**ERGÜL**, Teoman/**McBRIDE**, Jeremy/**TEZCAN**, Durmuş; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlar Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara 2008, s. 10.

gerekmektedir²¹. Ayrıca AIHS'in 13. maddesinde²² düzenlenmiş olan etkili başvuru hakkının gereklerine uygun bir soruşturma yapılmış olmalıdır²³.

AIHM, Sözleşme'ye ilişkin çoğu yorumunda Sözleşme'nin amacının devletin keyfi müdahalelerine karşı bireyi korumak olduğunu ve hakların negatif statü hakları olduğunu ifade etmektedir. Ancak AIHM, özellikle Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerinin ihlali halinde kurumların etkin soruşturma (pozitif yükümlülük) yükümlülüğü altında olduklarını belirtmektedir²⁴. Etkin soruşturma yükümlülüğü özellikle Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerinin ihlali söz konusu olmaktadır. Diğer bir deyişle Mahkeme, etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediğini, genellikle 2. ve 3. maddelerde düzenlenen yaşama hakkı ve işkence yasağına yönelik ihlallerde incelemektedir²⁵.

C. ETKİN SORUŞTURMA YÜKÜMLÜSÜ OLARAK ULUSAL MAKAMLAR

Ulusal makamlardan anlaşılması gereken Sözleşme'de yer alan hakların ihlal edilmesi halinde etkin soruşturmayı yürütmekle görevli olan devletin görevlendirdiği makamlardır. Diğer bir söylemle maddi gerçeği ortaya çıkarmak ve ihlali gerçekleştirenlerin bulunmasını ve cezalandırılmasını sağlamakla yükümlü olan makamlardır. Soruşturma sürecinde görev alacak makamların neler olduğu doğrudan Mahkeme

²¹ Opuz/Türkiye kararı, 09/06/2009 tarih, 33501/02 s. Karar, (**DOĞRU/NALBANT**, s. 70-86); Güleç/Türkiye kararı, 27/07/1998 tarih, 21593/93 s. Karar.

²² AIHS m. 13 Etkili başvuru hakkı: "*Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir*".

²³ Mahkeme Aksoy/Türkiye davasında soruşturma yükümlülüğünü 13. maddede düzenlenen etkili başvuru hakkına dayandırmıştır. Aynı şekilde, Salman/Türkiye davasında Sözleşmenin 13. maddesinin tam ve etkili bir soruşturma yapılabilmesini gerektirdiğini vurgulamıştır (Salman/Türkiye 27.06.2000 tarih, 21986/93 s. Karar).

²⁴ **METİN**, Yüksel; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması İle İlgili olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler, Uluslararası İlişkiler Dergisi, Cilt:7, Sayı: 27, Yıl: Güz 2010, s. 120.

²⁵ **ŞENOL**, s. 64.

kararlarında belirtilmiş değildir. Gerçekten de Mahkeme taraf devletlere bu noktada bir takdir yetkisi tanımaktadır.

Diğer yandan insan haklarına yönelik ihlalleri araştıran makamların yargısal nitelikte olmaları da zorunlu değildir. Yani etkin soruşturma yükümlüsü makamlar yalnızca ceza muhakemesi sürecinde yer alan makamlar olarak kabul edilmemelidir. Yargılama makamı niteliği taşımayan ancak yargılama sürecine etki edecek olan çoğu idari organ da etkin soruşturma yükümlüsü makamlar arasındadır. Nitekim AİHM 13. maddenin gerektirdiği iç hukuk yolunun yargısal bir yol olması gerekmediğine yönelik kararlar vermektedir²⁶. Zira önemli olan etkili bir şekilde soruşturmanın yürütülmesidir. Diğer bir deyişle etkili olması kaydıyla, iç hukukun mutlaka mahkeme olması gerekmeyp, idari bir süreç de yeterli olabilir²⁷. Sözleşme'nin 13. maddesi esasen Sözleşmeci Devletlere bu maddeye göre üstlendikleri yükümlülüklerini yerine getirme tarzı bakımından belirli bir takdir alanı tanımış olmasına rağmen, "yetkili ulusal makam"ın hem Sözleşme'deki haklara dair şikâyetlerin esasını ele alabilmesine ve hem de uygun bir çözüm getirmesine imkân veren bir iç hukuk yolunu düzenlemesini gerektirir. Bu hukuk yolu, yasada olduğu kadar uygulamada da etkili olmalıdır; bu etkililik, bu yolun kullanılmasının özellikle davalı devlet makamlarının eylem ve ihmalleriyle haksız yere engellenmemesi anlamına gelir²⁸

Bununla birlikte Paris Prensipleri'ne²⁹ göre de, yargı gücü olsun-olmasın insan haklarının geliştirilmesi ve korunmasıyla yükümlü diğer organlarla (özellikle de ombudsman, arabulucu ve buna benzer organlarla) karşılıklı olarak danışma ilişkileri sürdürülmelidir.

Ulusal makamların insan haklarına yönelik ihlale sebep olan vakaları inceleme ve soruşturma yetkisini haiz olmaları gereklidir. Zira

²⁶ TANRIKULU, s. 140.

²⁷ TANRIKULU, s. 140.

²⁸ AİHM, *Menteş ve Diğerleri/Türkiye Kararı*, 28/11/1997 tarih, Başvuru No: 23186/94 (Karar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 20/07/2014).

²⁹ B.M. İnsan Hakları Komisyonu'nun 3 Mart 1992 tarihli 1992/54 sayılı ve B.M. Genel Kurulu'nun 20 Aralık 1993 tarihli 48/134 sayılı kararlarıyla kabul edilmiştir.

Paris Prensipleri ile ulusal makamlara söz konusu olaylara yönelik inceleme ve soruşturma yetkisi verilmiştir³⁰. Ancak Prensiplerde soruşturmanın kapsamı ile ilgili olarak sınırlı açıklamalara yer verilmiştir. Örneğin soruşturma ile ilgili olarak kişilerin dinlenilmesine ve bilgi-belge toplanmasına, şikâyetlerin dinlenmesine yönelik ifadelere yer verilmiştir. Kanaatimizce kısa açıklamalara yer verilmesinin sebebi, soruşturmanın kapsam ve sınırlarının belirlenmesinin devletlerin takdirine bırakılmasıdır³¹.

D. YAŞAM HAKKI ve İŞKENCE YASAĞI

Yaşam hakkı, ulusal ve uluslararası birçok belgede güvence altına alınan bir haktır. Yaşam hakkı kişinin hayat bütünlüğüne keyfi ya da hukuka aykırı bir şekilde müdahale edilemeyeceğini ifade eder³². Yaşam hakkı Sözleşme'nin en temel hükümlerinden biridir³³.

AİHS'in 2. maddesinde, bütün temel hak ve özgürlüklerin ön koşulu³⁴ olarak nitelendirilebilecek bir hak olan yaşam hakkı düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 2. maddesine göre yaşam hakkı; "(1) Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez. (2) Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz: a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması; b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme; c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması" şeklinde düzenlenmiştir. İlgili maddede yaşam

³⁰ **EREN**, Abdurrahman; Ulusal İnsan Hakları Kurumları Uluslararası Standartlara Uygunluğun Yorum İlkeleri, İstanbul 2012, s. 330.

³¹ Benzer düşünce için bkz. **EREN**, s. 330.

³² **THOMPSON**, Kate/**GIFFARD**, Camille; İnsan Hakları İhlali Olarak Öldürmenin Rapor Edilmesi (Çevirenler, Yahya BERMAN/Erdem AKTER), Diyarbakır 2006, s. 28.

³³ Bkz. Mc Cann ve diğerleri/Birleşik Krallık Kararı (Tarih: 27/09/1995, Karar Sayısı: 18984/91).

³⁴ **GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ**, s. 155.

hakkı güvence altına alınmakla birlikte, öldürmenin meşru sayıldığı durumlar da gösterilmektedir. Hemen belirtelim ki Sözleşme'ye Ek 6 No'lu Protokolün 1. maddesi ile ölüm cezası verilemeyeceği kabul edilmiştir. Buna göre ölüm cezası kaldırılmıştır ve hiç kimse bu cezaya çarptırılmaz ve idam edilemez.

Yaşama hakkını güvence altına alan ve hangi durumlarda yaşamdan yoksun bırakmanın haklı kılınabileceğini gösteren Sözleşme'nin 2. maddesi, Sözleşme'nin en temel maddeleri arasında yer almakta olup, hiçbir şekilde askıya alınmasına izin verilmemektedir. Bu madde, Sözleşme'nin 3. maddesiyle birlikte Avrupa Konseyini oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden birini oluşturur³⁵. Demokratik bir toplumun temel unsurlarından biri olan yaşam hakkına yönelik ihlaller gerek soruşturmacı makamlar gerekse Mahkeme tarafından çok dikkatli bir şekilde incelemeye tabi tutulmalıdır.

AİHS'in 3. maddesinde işkence yasağı düzenlenmiştir. Buna göre; "*Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz*". Sözleşme'nin 3. maddesinin amacı bireyin beden bütünlüğünü ve insanlık onurunu korumaktır³⁶. Gerçekten de işkence edilen kişi üzerinde çok ciddi ve zalimce eylemler neticesinde acılara neden olunmaktadır. Böylece insanlık dışı bir muameleye maruz kalan kişinin beden bütünlüğünde ve ruh âleminde ciddi zararlar meydana getirilmektedir. Özellikle insan haysiyetinin tecavüzlerden korunması için³⁷, ihlal edilen bu hak etkili bir şekilde soruşturulmalı ve işkence teşkil eden fiiller cezasız kalmamalıdır. Bu nedenle Sözleşme işkenceyi ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezayı mutlak terimlerle yasaklamaktadır. Sözleşme'nin 3. maddesinde hiç bir istisna hükmü

³⁵ AİHM, Salman/Türkiye kararı, 27/06/2000 tarih, Başvuru No: 21986/93; Soering/Birleşik Krallık kararı, 07/07/1989 tarih, Başvuru No: 14038/88 (Kararlar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>) (Erişim Tarihi: 12/12/2014).

³⁶ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 198.

³⁷ ÖZGENÇ, İzzet/ŞAHİN, Cumhuriyet, İşkence Suçu, GÜHFD, Sayı: 1-2, Yıl: 2000, s. 185.

yoktur. Bir Devlet, ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü hallerde bile, 3. maddeye ilişkin yükümlülüklerinde azaltma yapamaz³⁸.

İşkence veya insanlık dışı muamele ya da aşağılayıcı muamelenin yasaklanmasındaki amaç aynı olmakla birlikte bunların farklı şeyler olduğu AİHM kararlarında ifade edilmektedir. (Bu konu üzerinde ileriki bölümlerde ayrıntılı olarak durulmuştur). Sözleşme'nin 3. maddesindeki kavramların genişliği ve soyutluğu sebebiyle Sözleşme Mahkeme kararlarıyla somutlaştırılmıştır. Bu bağlamda özellikle insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele kavramları Avrupa kamu düzeninde geçerli olan ortak standartlara göre yorumlanmalıdır³⁹. Ancak bu noktada şunu ifade edelim ki, işkence her halde insanlık dışı ve alçaltıcı bir muameledir. Gerçekten de Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Yunanistan aleyhine vermiş olduğu bir kararda bundan açıkça bahsetmiştir⁴⁰.

Hem yaşam hakkı hem de işkence yasağı bakımından, Sözleşme ile belirlenmiş olan yasaklar mutlak olarak uygulanmaktadır. Yani hiç bir şekilde bu haklara istisna getirilemez. Sözleşme'nin 15. maddesi⁴¹ aracılığıyla da istisna getirilemez ve askıya alınamaz.

III. YAŞAM HAKKI ve SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Yaşam hakkının kapsamını, ilk olarak insanın fiziksel-biyolojik varlığını sürdürürebilmek için sağlıklı ve bir bütünlük içinde doğmasıyla birlikte varlığını sosyal hayatta belirli standartlarda gelişim olanakları

³⁸ AİHM, İrlanda/Birleşik Krallık kararı, 18/01/1978 tarih, Başvuru No: 5310/71 (Karar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 10/11/2014).

³⁹ ÖZTÜRK, Bahri; Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı (Yasak Sorgu Metodları), İKÜHFD, Yıl: 2003 Aralık, s. 41.

⁴⁰ ÖZTÜRK, s. 41.

⁴¹ AİHS m. 15: "1. Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme'de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir. 2. Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda mey- dana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye, 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ile 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez. 3. Aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı ve Sözleşme hükümlerinin tekrar tamamen geçerli olduğu tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirir".

dâhilinde sürdürebilmesi ve nihayet doğal sınırlamalar hariç yok edilememesi oluşturur⁴². Yaşam hakkı esasen öldürülmeme hakkı olarak yorumlanabilir. Bu kapsamda temel bir hak olan yaşam hakkı mutlak olarak korunma altına alınmalıdır. Öldürülmeme hakkından hareketle kişi kendisine karşı bile korunmalıdır. Yaşam hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması ve hakkın kullanılması için herhangi bir onaya veya karara gerek olmamasından hareketle kişinin yaşama hakkı bakımından kendine karşı korunmasının kabul edilmemesi⁴³ şeklindeki görüşlere katılmamaktayız. Çünkü yaşam hakkı kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir değer değildir. Her ne kadar bu, kişinin hür iradesi olsa da yaşamı sonlandırma noktasında bir hakkı olduğu anlamına gelmez. Gerçekten de yaşam hakkına sahip olan kişi ölme hakkına sahip değildir. Nitekim bir hakkın pozitifinin olması her zaman o hakkın negatifinin olduğu anlamına gelmez. Bunun dışında bireyin sahip olduğu yaşam hakkı 3. kişilere karşı ve devletin müdahalelerine karşı da korunmalıdır.

Yaşam hakkının öneminden hareketle bu hakka yönelik gerçekleştirilen ihlallerin devletin yetkili makamları tarafından demokratik usullere uygun olarak etkili bir şekilde soruşturulması gerekir. Zira bir hukuk devletinde ve demokratik bir toplumda kişilerin yaşam haklarının korunduğundan emin olarak güven içinde yaşamaları önemlidir. Bu noktada yaşam hakkının korunması için etkili bir hukuk düzeni oluşturulmalı ve ihlale yönelik bir tehlike vuku bulduğunda gerekli tedbirler alınmalıdır. İhlal gerçekleştiğinde de sorumluların yakalanarak cezalandırılmalarına yönelik bir soruşturmanın yürütülmesi gereklidir.

A. YAŞAM HAKKININ KAPSAMI

AİHS' in 2. maddesinde yaşam hakkının düzenlenmiş olduğunu yukarıda ifade etmiştik. Burada yaşam hakkının kapsamı ve yaşam hakkının ihlal edilmesi sonucunda devletin pozitif yükümlülüklerinden biri olan etkin soruşturma yükümlülüğü üzerinde durulacaktır.

⁴² ÖZTÜRK, s. 50.

⁴³ ÖZTÜRK, s. 51.

Yaşama hakkı AİHS' de düzenlenen ve güvence altına alınan ilk maddi haktır. Herkes yaşama hakkının korunmasını isteme hakkına sahiptir. Zira yaşama hakkı diğer bütün hakların var olmasının bir sebebidir. Yaşama hakkının hukuken güvence altına alınmadığı bir toplumun demokratik nitelik taşıdığından bahsedilemez. AİHM birçok kararında demokratik bir toplumun temeli olarak yaşam hakkını göstermektedir⁴⁴.

Sözleşme'nin 2. maddesindeki korumadan, Sözleşme'nin 1. maddesi⁴⁵ gereği devletin egemenliği altında bulunan herkes faydalanır⁴⁶. Tüm bireyler bu kapsamda olduğuna göre, devletin egemenliği altında bulunan yabancı bir birey de bu koruma kapsamındadır. Burada bahsedilmesi gereken mevzu ötenazinin yaşama hakkını ihlal edip etmeyeceğidir. Ötenazinin yaşam hakkı çerçevesinde nasıl değerlendirileceği meselesi tartışmalıdır. Kişinin yaşam hakkı üzerinde tasarrufta bulunup bulunamayacağı, bu kapsamda yaşam hakkını sınırlayıp sınırlamayacağı tartışılmaktadır. Ötenazi Yunanca "eu" iyi, güzel, "thanatos" ölüm, kelimelerinin birleşmesiyle meydana gelir⁴⁷. Türkçe, iyi ölüm, güzel ölüm, ıstıraplı ölüm anlamlarına gelmektedir. Ötenazi, iyileşmez bir hastalığa yakalanmış kimsenin istemi üzerine, hekim tarafından kişinin hayatına son verilmesidir⁴⁸. Burada ötenaziye ilişkin ayrıntılı açıklamaya girilmeden, AİHM kararları bağlamında ötenazi incelenecektir.

⁴⁴ Bkz. Salman/Türkiye kararı, 27/06/2000 tarih, Başvuru No: 21986/93, Mc Cann ve Diğerleri/Birleşik Krallık Kararı, 27/09/1995 tarih, Başvuru No: 18984/91 (Karar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 08/07/2014).

⁴⁵ AİHS m. 1: "*Yüksek Sözleşmeciler Tarafından Kendi Yetki Alanları İçinde Bulunan Herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar*".

⁴⁶ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu bu madde ile ilgili olarak önüne gelen bir kısım şikayette hayat deyiminin cenini de kapsayıp kapsamadığına dolaylı olarak değinmiştir. Ceninin "herkes" deyimini içine girip girmediğine yönelik tartışma için bkz. **GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ**, s. 155-156.

⁴⁷ www.wikipedia.org (Erişim Tarihi: 18.04.2014).

⁴⁸ **ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM Ruhan Mustafa**; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2005, s. 161.

AİHM verdiği kararlarda devletin görevinin yaşamı korumak olduğunu, bu bakımdan Sözleşme'nin 2. maddesi ile güvence altına alınan bu hakkın tersi yönünde yorumlanamayacağı üzerinde durmaktadır⁴⁹. Diğer bir deyişle, Sözleşme'nin 2. maddesi herkese ölümü seçmek gibi yaşamını belirleme hakkı verileceği şeklinde yorumlanamaz⁵⁰. Bu bakımdan, Mahkeme, yaşama hakkının mutlak bir hak olduğunu ve kişinin bir başkasının vasıtasıyla ölme hakkına sahip olmadığını ifade etmektedir⁵¹.

Yaşam hakkının Sözleşme ile koruma altına alınmasından çıkarılacak diğer bir sonuç ise, ölüm yasağıdır⁵². Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilememesi şeklinde hükmü Sözleşme'nin ek 6 No'lu protokolünün 1. maddesi ile kaldırılmıştır. Buna göre, "Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse ölüm cezasına mahkûm edilemez ve verilen ölüm cezası infaz edilemez". 6 No'lu Protokol'ün 2. maddesi ise şu şekildedir: "Bir Devlet, savaş zamanında ve çok yakın bir savaş tehlikesi olduğu zamanlarda işlenen fiillerle ilgili olarak, ceza yasasına ölüm cezası öngören hükümler koyabilir. Ölüm cezası, sadece yasada belirtilen durumlarda ve bu yasa hükümlerine uygun olarak verilebilir. Bu Devlet, söz konusu yasanın ilgili hükümlerini Avrupa Konseyi Genel Sekreterine bildirir".

Bir kimsenin yaşamına kasten son verilememesi ve Devletin hayat hakkını yasalarla koruma yükümlülüğü maddenin özünü oluşturmaktadır⁵³. Ancak istisnai hallerde öldürme eylemi haklı gösterilebilmektedir;

⁴⁹ Bkz. Birleşik Krallık/Dianne Pretty kararı, 26/04/2002 tarih, Başvuru No: 2346/02 (Karar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>) (Erişim Tarihi: 10/06/2014).

⁵⁰ **BAHADIR**, Oktay; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Yaşama Hakkı, Ankara 2009, s. 15-16.

⁵¹ Karar için bkz. 49 No'lu dipnot.

⁵² **GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ**, s. 156.

⁵³ **GARLICKİ**, s. 80.

- a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması için,
- b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için,
- c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması amacıyla,

Yaşam hakkına istisnalar getirilmiştir. Yukarıda belirtilenler, korunması gereken çok daha üstün menfaatler olarak değerlendirildiği için, Sözleşme'nin 2. maddesine istisna getirilmiştir⁵⁴. Ancak bu istisnaların uygulanmasına "zorunlu ve gerekli" olan hallerde "orantılı" olarak başvurulmalıdır⁵⁵. Diğer bir deyişle, yaşam hakkının ihlal edilmesine sebep olan söz konusu istisnaların uygulanmasına, "son çare" olarak ve "mutlak bir zorunluluk" halinde başvurulmalıdır⁵⁶.

Yaşama hakkının ihlali sonucunu doğuran ve tartışılması gereken diğer bir konu ise, gözaltına alındıktan sonra kendisinden haber alınamayan kişilerin durumudur⁵⁷. Bu kapsamda güvenlik güçleri tarafından gözaltına alınan kişilerden bir daha haber alınamaması halinde Sözleşme'nin 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkının mı yoksa 5. maddede düzenlenmiş olan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının mı ihlal edildiği tartışılmaktadır⁵⁸.

⁵⁴ ŞENOL, s. 79.

⁵⁵ "Ancak, kuvvet kullanımı a, b, c, bentlerinde zikredilen maksatlardan birine ulaşılması için kesinlikle zorunlu olan dereceyi aşmamalıdır... Bu açıdan madde 2/2 de "kesinlikle gerekli" ifadesine yer verilmesi, Devletin eylemde bulunmasının Sözleşmenin 8 ila 11. maddelerinin 2. fıkrasında kaydedildiği üzere demokratik bir toplumda zorunlu olup olmadığının tespitinde normal olarak tatbik edilen sınamadan daha kesin ve daha zorlayıcı bir gereklilik sınaması kullanılması zaruretine işaret etmektedir. Özellikle, kullanılan kuvvet 2. maddenin a, b ve c bentlerinde kaydedilen maksatlarla mutlaka orantılı olmalıdır". Bkz. Oğur/Türkiye kararı, 20/05/1999 tarih, Başvuru No: 21594/93, GARLİCKİ, s. 81.

⁵⁶ ÖZEN, Muharrem; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Bağlamında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağına İlişkin İç Hukuktaki Düzenlemeler ve Uygulamadaki Sorunlar, İnsan Hakları ve Adli Yargı, Ankara 2004, s. 129.

⁵⁷ ŞENOL, s. 81.

⁵⁸ ŞENOL, s. 81.

Kurt/Türkiye davasında, davacı oğlunun güvenlik güçleri tarafından götürülmesi üzerine dört yıl geçtiğini ve kendisinden haber alınmadığını; oğlunun güvenlik güçleri tarafından öldürülmüş olabileceğini ileri sürmüştür. Komisyon ve mahkeme, bu davada güvenlik güçlerince götürülen kişinin, güvenlik güçleri tarafından öldürüldüğüne yönelik makul şüpheye mahal vermeyecek şekilde kanıtlanamamasından ötürü, Sözleşme'nin 5. maddesinde düzenlenen kişi özgürlüğü ve güvenliğinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır⁵⁹. Aynı şekilde Timurtaş/Türkiye kararında Komisyon, 5. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Ancak bu karardan sonra gözaltındaki kayıplara ilişkin davalarda, kaybolma süresinin uzun olması halinde fiili bir ölüm karinesinin varlığı kabul edilmeye başlanmıştır⁶⁰. Dolayısıyla gözaltı kapsamında kaybolma süresinin uzun olması halinde Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine yönelik kararlar verilmektedir⁶¹.

Özet olarak, AİHM, Sözleşme'nin 2. maddesi ile devletlere üç tür yükümlülük yüklemektedir⁶². Bunlar:

- Devletin bireyi öldürmeme yükümlülüğü
- Yaşamı koruma yükümlülüğü
- Ölümü soruşturma yükümlülüğüdür.

Bu yükümlülüklerle aykırı davranılması 2. maddenin ihlali sonucunu doğurur.

B. ETKİN SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

AİHM, 2. madde kapsamında düzenlenen yaşama hakkına ilişkin devletlere birtakım negatif ve pozitif yükümlülükler yüklemektedir. Etkin soruşturma yükümlülüğü devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında değerlendirilmektedir. Bu kapsamda yaşama hakkının ihlali halinde ihlal

⁵⁹ Kurt/Türkiye kararı, 25/05/1998 tarih, No: 24276/94 (Karar için bkz. ÇALIŞKAN, Bilal; İnsan Hakları Soruşturmalarında Cumhuriyet Savcılarımızın Dikkat Edecekleri Hususlar ve Hak Arama Hakkı, Adalet Dergisi, Sayı:16, Yıl: Temmuz 2003, s. 14-15).

⁶⁰ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 158.

⁶¹ Bkz. Taş /Türkiye kararı, 14/11/2000 tarih, Başvuru No: 24396/94 (Karar için bkz. ÇALIŞKAN, s. 20)

⁶² DOĞRU/NALBANT, s. 9.

iddiasına yönelik etkili bir soruşturma yapma yükümlülüğü devletlerin pozitif yükümlülüklerindedir.

İlk olarak, devletlere böyle bir yükümlülüğün verilmesindeki amacın ne olduğu tespit edilmelidir. Kişilerin ölümü üzerine etkili bir soruşturma yapılmasının temel amacı, yaşama hakkına ilişkin ulusal yasaların etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamakla birlikte, yaşam hakkını ihlal eden kişilerin veya devlet organlarının karıştığı olaylarda bu kimselerin sorumluluğunu temin etmektir⁶³.

Yaşam hakkı bakımından etkin bir soruşturma yürütülmesi, tüm delillerin toplanması ve elde edilen deliller neticesinde sorumluların tespiti ile cezalandırılmasını sağlayacak nitelikte olmasına bağlıdır⁶⁴. AİHM Ataman/Türkiye kararında⁶⁵ "*Yetkili mercilerin, olaylara ilişkin delillerin, özellikle de görgü tanıklarının ifadelerinin, polislerin elde ettiği bilimsel ve teknik verilerin, gerektiğinde maktulün vücudundaki zedelenmeleri tam ve belirgin bir şekilde gösterecek bir otopsi sonucunun ve hastanede yapılan gözlemlerin nesnel bir değerlendirmesinin toplanabilmesi için makul olarak kendilerine açık olan tedbirleri almaları gerekmektedir*" diyerek delillerin teslimi, toplanması ve muhafaza edilmesinin önemini vurgulamıştır.

Soruşturma makamlarının, etkin soruşturma yürütülmesi bakımından bir takım ek yükümlülüklerinin olduğunu da belirtmek gerekir. Bu ek yükümlülük, uluslararası toplum bakımından oldukça büyük öneme sahip olan "ırkçı" söylemlere ilişkindir. Gerçekten de, somut olayda bu yönde bir iddia söz konusu ise, ırkçı bir amacın bulunup bulunmadığının ortaya çıkarılması gerekir⁶⁶. AİHM *Nachova ve*

⁶³ **TANRIKULU**, s. 177.

⁶⁴ **DEVECİ** Ali; Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı İhlallerinde Etkin Soruşturma Yapma Yükümlülüğü, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ABD. Yüksek Lisans Tezi, Kayseri 2014, s. 63.

⁶⁵ Ataman/Türkiye, Başvuru No: 46252/99, 05/12/2006 tarihli karar, (Karar için bkz. **DEVECİ**, s. 63).

⁶⁶ **DEVECİ**, s. 64.

*Diğerleri/Bulgaristan*⁶⁷ ve *Dink/Türkiye*⁶⁸ kararlarında bu husus üzerinde önemle durmuştur.

Ölüm olayının öğrenilmesiyle birlikte yetkili kişiler, soruşturma için derhal harekete geçmeli ve ölenin yakınlarının herhangi bir resmi şikâyetini veya soruşturmaya dâhil olmalarını beklememelidirler⁶⁹. Gerçekten de doğal olmayan ölüm olaylarında etkin bir soruşturma, soruşturma makamlarının derhal harekete geçmesini gerektirir. AİHM kararlarına göre de, ölüm ile sonuçlanan güç vakalarında, yetkililerin ivedilikle hareket etmeleri, herhangi bir hileye ya da kanunsuz eyleme hoşgörü gösterilmesinin engellenmesi, kamuoyunun hukuk devletine bağlılığın sağlamak ve güvenini sürdürmek için temel unsurdur⁷⁰.

AİHM içtihatlarına göre, devletin ölümü soruşturma yükümlülüğü usule ilişkin pozitif yükümlülük kapsamındadır⁷¹. Bu kapsamda, devletlerin yaşam hakkını ihlalden kaynaklanan usule ilişkin pozitif yükümlülüğü, gerek devlet organlarının kendi sorumlulukları neticesinde gerçekleşen⁷² ölüm olaylarında ve gerekse yaşam hakkını ihlal eden tüm olaylarda suç faillerinin bulunması için tüm imkânları seferber ederek etkin bir soruşturma yapması şeklinde tanımlanabilir⁷³.

Devletler iç hukukunda etkin soruşturma için gerekli olan şartları oluşturmakla yükümlüdürler. Yani soruşturma nasıl yapılacak olursa olsun, devletler iç hukuklarında yaşam hakkını ihlal eden olaya yönelik, doğru tespitler yapmalı, olası sorumluların belirlenmesi ve gerekli yaptırımların uygulanması için hızlı, etkili, bağımsız, kamuya açık bir

⁶⁷ 06/08/2005 tarih, Başvuru No: 43577/98 ve 43579/98.

⁶⁸ 14/09/2010 tarih, Başvuru No: 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/05.

⁶⁹ **DEVECİ**, s. 52.

⁷⁰ **DEVECİ**, s. 53

⁷¹ **DOĞRU/NALBANT**, s. 21.

⁷² Mahkeme Ergi/Türkiye kararında, pozitif yükümlülüğün, adam öldürmeye bir devlet yetkilisinin yol açığının tespit edilmesi halinde de mutlak olarak yerine getirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

⁷³ **GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ**, s. 160-161; **ÇAKMAK**, Seyfullah; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Yaşama Hakkı, Adalet Dergisi, Sayı:19, Yıl:Mayıs-2004, s. 157

soruşturma mekanizması oluşturmalarıdır⁷⁴. AİHM'in yaşam hakkının ihlal edilmesi neticesinde yapılacak olan etkin soruşturmaya yönelik kararlarından temel ilkeler ortaya konulmuştur:

Kaya/Türkiye kararında⁷⁵, ölen şahsa yönelik yapılan otopsinin yetersizliğini soruşturmanın asgari gereklerinin sağlanmaması nedeniyle eleştirmiştir. Formalite gereği yapılan otopsinin birçok soruyu aydınlatmayacağı, bu nedenle etkili bir soruşturmanın gerçekleştirilemeyeceğini ifade etmiştir.

Ergi/Türkiye kararında⁷⁶, yetkili makamların Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlalinden haberdar olur olmaz, re'sen harekete geçmeleri gerektiğini vurgulamıştır. Bu kapsamda Mahkeme *Aktaş/Türkiye* kararında⁷⁷, jandarmaların gözetiminde bulunan şahsın ölümünü adli makamlara bildirmemelerini ve soruşturmanın ölen kişinin yakınlarının savcılığa şikâyetinden sonra başlamasını soruşturma yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir.

Mahkeme gözetimine alınan ve daha sonrasında kendilerinden haber alınamayan şahıslara yönelik soruşturmanın olaydan 1,5 yıl sonra başlatıldığı, Cumhuriyet savcılığınca 3,5 yıl sonra sorgulandığı *Çiçek/Türkiye* kararında⁷⁸, soruşturmada 2. maddeyi ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Mahkeme, birçok kararında etkin bir soruşturma için, Sözleşme'nin 13. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkına riayet edilmesi gerektiğini de ifade etmiştir. Bu kapsamda 2. maddenin etkin soruşturma yükümlülüğü kapsamında ihlal edildiği bazı hallerde, 13. maddenin ihlal edildiğini hükme bağlamıştır. *Mahmut Kaya/Türkiye* kararında⁷⁹, hızlı ve etkin bir soruşturma yapılmadığından bahisle, Sözleşme'nin 13.

⁷⁴ DOĞRU/NALBANT, s. 22-23.

⁷⁵ 19/2/1998 tarih, Başvuru No: 22729/93.

⁷⁶ 28/7/1998 tarih, Başvuru No: 23818/94.

⁷⁷ 24/04/2003 tarih, Başvuru No: 24351/94.

⁷⁸ 27/2/2001 tarih, No: 25704/94 (Karar için bkz. ÇALIŞKAN, s. 23-24).

⁷⁹ 28/3/2000 tarih, Başvuru No: 229535/93; Benzer bir karar için bkz. Salman/Türkiye kararı, 27/6/2000 tarih, Başvuru No: 21986/93

maddesinin ihlal edildiğini hükme bağlamıştır. Benzer şekilde, *Berktaş/Türkiye* kararında⁸⁰, sanık polislerin eylemleri ile mağdurun vücudundaki yaralar arasında bir bağlantı kurulması noktasında bir açıklama yapmadan sadece üç polisin ifadesine dayanarak beraat hükmü kurulmasını, ağır ceza mahkemesinin polislerin hata yaptıklarını ikna edecek bir soruşturma yürütülmediğinden, 13. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Tanlı/Türkiye kararında⁸¹ Mahkeme, gözaltında öldüğü iddia edilen kişi hakkında işkence neticesinde ölümün gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin tam ve doğru otopsi yani objektif bir analiz yapılmadığını ve Cumhuriyet savcısının bu durumlarda daha detaylı bir inceleme yapması gerektiği, ancak iddianamede, bunu destekleyecek herhangi bir tıbbi rapor veya uzman raporu olmadan ölümün korku nedeniyle gerçekleştiğinin belirtildiğinden hareketle, yetersiz adli soruşturma sonucu yapılan kovuşturmada, polis memurlarının delil yetersizliğinden serbest bırakıldığı olayda, 2. maddenin ihlaline hükmetmiş ve 2. madde kapsamında yapılması gerekli olan soruşturmanın 13. madde gereğince daha kapsamlı yapılması gerektiği ancak yapılmadığını bu nedenle de 13. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Soruşturma ihlale sebep olan sorumluların belirlenmesi bakımından hızlı, etkili ve yeterli şekilde yapılmalıdır. Bu husus aynı zamanda sorumluların cezalandırılabilmeleri için şarttır. Bu bakımdan sorumluların belirlenmesine ve olayın aydınlatılmasına yönelik olan bütün delillerin toplanması gerektiği *Salman/Türkiye*⁸² ve *Gül/Türkiye*⁸³ kararlarında mahkeme tarafından ifade edilmiştir.

Mahkeme *Avşar/Türkiye* kararında⁸⁴, 2. madde kapsamında soruşturmanın hızlı yürütülmesi gerekirken bunun yapılmamasını, haklarında olaya karıştığına ilişkin iddialar bulunan jandarma komutanı

⁸⁰ 01/03/2001 tarih, Başvuru No: 22493/93.

⁸¹ 10/04/2011 tarih, Başvuru No: 26129/95 (Karar için bkz. ÇALIŞKAN, 24-26).

⁸² 27/6/2000 tarih, Başvuru No:21986/93.

⁸³ 14/12/2000 tarih, Başvuru No: 22676/93.

⁸⁴ 10/07/2001 tarih, Başvuru no: 23954/94 (Karar için bkz. ÇALIŞKAN, s. 25-26).

tarafından yürütülmesini, soruşturmada ciddi eksiklik olarak nitelendirerek 13. maddenin ihlaline karar vermiştir.

Hemen belirtelim ki Mahkeme, ölümle sonuçlanan olayların sayısının fazla olmasını ve delillerin araştırılmasında yaşanan yerel zorlukların devletin etkili soruşturma yapma yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağını karara bağlamıştır⁸⁵. *Kaya/Türkiye* kararında⁸⁶ Türkiye'nin güneydoğusunda yaşam kaybının trajik ve sıklıkla gerçekleştiğini tespit ettikten sonra bunun Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamında etkili ve bağımsız bir soruşturma yapılması gerekliliğini ortadan kaldırmayacağını ifade etmiştir. Diğer yandan *Tanrıkulu/Türkiye* kararında⁸⁷ aynı bölgede sıklıkla yaşanan ölümlerin delillerin belirlenmesi bakımından devletin etkin soruşturma yapma yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir.

Devletin yaşam hakkının ihlaline yönelik etkin soruşturma yapma usuli pozitif yükümlülüğünün içeriği ve bu kapsamda yukarıda ifade etmeye çalıştığımız mevzuların özeti anlamında *Hugh Jordan/Birleşik Krallık* kararında⁸⁸ mahkeme şunlardan bahsetmektedir: Sözleşme'nin 1. maddesi gereğince devletin yetki alanındaki herkesin 2. maddede düzenlenen yaşama hakkını koruma yükümlülüğü vardır. Yaşam hakkının ihlal edildiği durumlarda ise etkili bir resmi soruşturmanın yapılması zorunludur⁸⁹. Etkili bir soruşturmanın amacı ise, iç hukukun etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak ve ihlalden sorumlu olan kişilerin hesap verebilirliklerini sağlamaktır. Bununla birlikte ihlalden haberi olan makamlar haberdar olur olmaz kendiliğinden harekete geçmelidirler. Mağdurun yakınlarına suç duyurusunda bulunma ya da sorumluluğun üstlenilmesi gibi yükümlülükler yüklenemez⁹⁰.

⁸⁵ **DUTERTRE**, Gilles; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Ankara 2007, s. 46.

⁸⁶ 19/2/1998 tarih, Başvuru No: 22729/93 (Karar için bkz. <http://aih.m.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 12/07/2014).

⁸⁷ 8/8/1999 tarih, Başvuru No: 23763/94.

⁸⁸ 4/5/2001 tarih, Başvuru No: 247446/94 (Karar için bkz. **DUTERTRE**, s. 48-49).

⁸⁹ *Mc Cann ve Diğerleri/Birleşik Krallık* kararı, 27/09/1995 tarih, Başvuru No: 18984/91.

⁹⁰ *İlhan/Türkiye* kararı, 27/06/2000 tarih, Başvuru No: 22277/93.

Yaşam hakkını ihlal eden olayı devlet görevlilerinin gerçekleştirdiği iddia ediliyorsa, olaya karıştığı iddia edilen kişilerin soruşturmaya katılmamaları etkin ve bağımsız bir soruşturma için önemlidir⁹¹. Yine soruşturmanın, delilleri ortaya koyacak ve sorumluları tespit edecek nitelikte olmalıdır⁹². Makamlar delilleri toplamak için her türlü makul adımı atmalı ve başvurulacak yöntemleri sonuca ulaşmak bakımından azami derecede kullanmalıdırlar. Bu bağlamda ilgili makamlar olayın niteliğine göre makul bir hızla soruşturmayı yürütmelidir.

Hesap verilebilirlik ilkesi bağlamında halkın soruşturma üzerinde belli bir denetim yetkisine sahip olması gerekir. Maktulün en yakın akrabasının ise bu sürece gerektiğince katılması önem arz eder⁹³.

IV. İŞKENCE YASAĞI VE SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

İşkence bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan, bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlardır⁹⁴. Yapılan tanımdan hareketle, işkence yasağı ile kişinin vücut bütünlüğü, ruh ve beden sağlığı, onuru, şeref ve haysiyeti ve hatta yaşama hakkı korunmaktadır. İşkence suçu kamu görevlisi tarafından işlenebilmektedir. İşkence suçunun kamu görevlisi tarafından işlenmesinden hareketle, kamu görevlisinin hukuka aykırı hareketi vatandaşın devlete olan güvenini azaltacaktır. Ayrıca kamu görevlisinin devlete olan sadakat yükümlülüğünü de ihlal edecektir. Bu nedenle işkence neticesinde kamu idaresine, devlete ait yararların da ihlal edildiğini söyleyebiliriz⁹⁵.

İşkence suçu uluslararası birçok sözleşmede düzenlenmiştir. AİHS ile birlikte, "İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi", "İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı

⁹¹ Güleç/Türkiye kararı, 27/07/1998 tarih, Başvuru No: 21593/93.

⁹² Oğur/Türkiye kararı, 25/05/1999 tarih, Başvuru No: 21594/93.

⁹³ Güleç/Türkiye kararı, 27/07/1998 tarih, Başvuru No: 21593/93.

⁹⁴ ARTUK, Emin M./GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner A.; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2014, s. 170.

⁹⁵ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 171.

Birleşmiş Milletler Sözleşmesi", "İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza ve Muamelelerin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi" işkencenin düzenlendiği uluslararası belgelerdendir.

Demokratik bir toplumun vazgeçilmesi olan işkence yasağının koruduğu değerler ve hakkın bizatihi sahip olduğu özel önem dolayısıyla, yasağa aykırı fiillerin cezalandırılması gerekmektedir. Bu da devletin makamlarının yapacağı etkin bir soruşturma ile mümkündür.

A. İŞKENCE YASAĞININ KAPSAMI

İşkence yasağı uluslararası toplumun üzerinde sürekli düzenlemeler yaptığı, birçok sözleşmede yer alan, istisna getirilemeyen mutlak bir hak olma özelliğine sahiptir. İşkence yasağı uluslararası hukukta emredici nitelikte olup, olağan ve olağanüstü durumlarda hiçbir istisna getirilemeyecek devletler hukuku kuralıdır⁹⁶. Nitekim Mahkeme *İrlanda / Birleşik Krallık* kararında⁹⁷, Sözleşme'nin (AİHS m.3) işkenceyi mutlak surette yasakladığını ifade etmiştir⁹⁸.

İşkence yasağın amacı kamu görevlilerinin kamu gücünü kullanarak kişiler üzerinde çeşitli bilgilerin alınması amacıyla kasıtlı olarak uyguladıkları vücut ve ruh bütünlüğünü ihlal edici davranışlara karşı kişinin söz konusu bütünlüğünü ve onurunu korumaktır⁹⁹.

⁹⁶ DOĞAN, İlyas/AKIL, Abdülkadir; İstanbul Protokolü İlkeleri Işığında İşkencenin Soruşturulması, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, Ankara 2009, s. 47; ŞENOL, s. 94.

⁹⁷ 18/01/1978 tarih, No: 5310/71 (Karar için bkz. DOĞRU/NALBANT, s. 184).

⁹⁸ DUTERTRE, s. 57.

⁹⁹ İşkence suçu 5237 sayılı TCK'nın 94. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre işkence suçu kamu görevlileri tarafından işlenebilen bir özgü suçtur. Bu suç ancak kasten işlenebilir. Bu bakımdan 5237 sayılı kanun ile 765 sayılı ETCK arasında fark vardır. Suçun özel kastla işlenebileceğini öngören eski kanunun aksine, işkence suçu yeni TCK bakımından genel kastla işlenebilmektedir. Eski kanunun 243. maddesine göre özel kastı oluşturan saik, sanığın cürümlerini söyletmek, mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple hareket etmiş olmasıdır. Eski kanunun aksine yeni TCK'da işkence suçunun genel kastla işlenebileceğinin düzenlenmiş olması hatalıdır. Bu da suçun düzenlenme amacıyla bağdaşmamaktadır. Zira işkence kamu görevlisinin işlediği kasten yaralamadan öte, nitelik olarak farklı bir kavramdır. İşte bu

AİHS'in 3. maddesinde işkence yasağı ile birlikte, insanlık dışı ve onur kırıcı davranışlarda yasaklanmıştır. Her ne kadar madde başlığı "*işkence yasağı*" olarak adlandırılmışsa da, üst başlığın altında üç farklı eylem yasaklanmıştır¹⁰⁰. Bu bağlamda işkencenin, insanlık dışı ve onur kırıcı davranışlardan ayırt edilmesi gerekir. İnsanlık dışı muamele ile işkence yoğunluk ve ağırlık bakımından birbirlerinden farklıdır.

Kamu görevlisi tarafından kasten gerçekleştirilen eylemin sebebiyet verdiği acı ve ıstırap işkencedeki kadar ağır değilse veya işkencedeki gibi ağır veya ıstırap doğurduğu halde acı ve ıstırap verme "*kastı*" yoksa insanlık dışı muamele olarak nitelendirilir¹⁰¹. Örneğin; Mahkeme, İrlanda/Birleşik Krallık kararında, "*duvar dibine dikme, kafaya başlık geçirme, ısıklık veya düdüğü sesi verme, uyutmama ve yiyecek-içecek vermeme*" eylemlerini insanlık dışı muamele olarak nitelendirmiştir¹⁰². Mahkeme, *Tyrer/Birleşik Krallık* kararında¹⁰³ onur kırıcı muamele ve

farklılığı meydana getiren ise failin saikidir. Gerçekten de ağır acı ve ızdıraba yol açan fiilin kasten işlenmesinin yanında bilgi elde etmek veya bir suçu itiraf ettirmek amacıyla yapılmış olması gerekmektedir. Çünkü işkence eylemi söz konusu amaçlar için kullanılmaktadır. AİHM de bir kararında (Corsacov/Moldova kararı, Başvuru No: 18944/02, Tarihi:04/04/2006) "*işkence, kişiden bilgi elde etmek, cezalandırmak veya onu sindirmek niyetiyle gerçekleştirilen kötü muamelelerin en menfur şeklini oluşturur*" diyerek buna açıkça vurgu yapmaktadır. Ancak AİHM içtihatlarında her ne kadar bu yönde bir vurgu yapılsa da, Mahkeme işkenceyi tarif etmede bu hususu olmazsa olmaz bir şart olarak kabul etmemektedir. Sadece destekleyici bir unsur olarak kullanılmaktadır. Ancak biz TCK m. 94 kapsamında yapılan işkence düzenlemesinin belirtilen özel saikin bulunmamasının diğer suçlardan ayırt edilmesi bakımından olması gerektiği kanaatindeyiz. Netice olarak yeni düzenlemede bu husus göz ardı edilmiştir. (TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Ruhan Mustafa/ÖNOK, Murat R.; Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncellenmiş 11. Baskı, Ankara 2014, s. 263; ÖZBEK, Özer Veli/KANBUR, Nihat Mehmet/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncellenmiş 4. Baskı, Buca 2012, s. 282; DEVECİ, s. 29).

¹⁰⁰ TAHTALI, Murat Buğra; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında İşkence ve Kötü Muamele Yasağının Türkiye'deki Yansımaları, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı: 4, s. 4.

¹⁰¹ DOĞRU/NALBANT, s. 139.

¹⁰² İrlanda/Birleşik Krallık kararı, 18/01/1978 tarih, Başvuru No: 5310/71 (Karar için bkz. DOĞRU/NALBANT, s. 184).

¹⁰³ 25/04/1978 tarih, Başvuru No: 5856/72 (Karar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 06/12/2014).

cezayı bireyi başkalarının ya da kendi gözünde küçük düşüren muamele olarak tanımlamıştır¹⁰⁴. Daha somut bir açıklama ile bir fiilin işkence olarak nitelendirilmesi için:

- Kişi üzerinde bedensel veya ruhsal olarak kuvvetli bir şekilde acı veyahut ıstıraba yol açması,
- Fiilin kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmesi veya resmi sıfatla hareket eden bir kişinin üçüncü bir kişiyi kullanmak suretiyle dolaylı olarak hareket etmesi,
- Kişinin bedensel veya ruhsal olarak acı veya ızdırap çekmesine sebep olan eylemin, kişiyi itirafa zorlama, kişiden bilgi alma veya suçu aydınlatma gibi amaçlar yönelik yapılması gerekir¹⁰⁵.

Mahkeme *Aksoy/Türkiye* kararında¹⁰⁶, başvuranın Filistin askısına konularak soyulup çıplak bir şekilde elleri arkadan bağlanmış şekilde bırakılmasını işkence olarak değerlendirmiştir. Yine Mahkeme, *Aydın/Türkiye* kararında¹⁰⁷, gözaltında gerçekleşen tecavüz fiilini de işkence kapsamında değerlendirerek 3. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir.

Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin belirlenebilmesi için, şikâyet edilen eylemin 3. maddenin koruma alanına girip girmediği tespit edildikten sonra, uygun delillerin bulunup bulunmadığının tespiti gerekir. Burada ispat yükü devlete aittir. Esasen Mahkeme önüne gelen bir davada kural iddia edenin bunu ispatla yükümlü olmasıdır. Ancak Mahkeme Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında gözaltı ve cezaevinde kalanlar bakımından ispata ilişkin bir

¹⁰⁴ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 199.

¹⁰⁵ ÖNOK, Murat; Uluslararası Boyutlarıyla İşkence Suçu, Ankara 2006, s. 30.

¹⁰⁶ 18/12/1996 tarih, Başvuru No: 21987/93 (Karar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 1.5.2014).

¹⁰⁷ 25/09/1997 tarih, Başvuru No: 23178/94 (Karar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 1.5.2014).

karine getirerek, devlete ispat külfeti yüklemiştir¹⁰⁸. Mahkeme bir çok kararında, aleyhine başvuru yapılan devletlerden, başvurucaya karşı, iddia edildiği gibi işkencenin veya kötü muameleinin yapılmadığının ispatına ilişkin delil sunmasını istemiştir¹⁰⁹. Örneğin *Gafgen/Almanya* kararında¹¹⁰, bir kimsenin sağlığı iyi durumdayken gözaltına alındığı halde salıverildiği zaman yaralanmış olduğunun görülmesi halinde, bu yaraların nasıl oluştuğuna dair aklın alabileceği şekilde açıklama yapmanın devlete düşüğüne, devletin bunu yapmamasının Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından açık bir mesele doğuracağı üzerinde durulmuştur. Mahkeme bunu belirtmekle birlikte olayda Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı pratiklerin bulunup bulunmadığı konusunda ikna olabilmek için, ispat külfetinin sadece bir Hükümetin üzerinde olduğu düşüncesine dayanmadığını da ifade etmektedir¹¹¹. Ayrıca Mahkeme önüne gelen davalarda, ister Komisyon'dan ister taraflardan, isterse başka kaynaklardan gelsin, önündeki bütün materyallere dayanır; gerekirse kendisi materyal toplar. Sonuç olarak Mahkeme'nin önündeki deliller, başvuruca'nın Sözleşme'nin 3. maddesinin kapsamına girecek yeterli ağırlıkta bir muameleye tabi tutulduğunu hiçbir makul kuşku kalmayacak şekilde tespitini mümkün kılsa Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği kararı verilir. Nihayet delilleri ile kanıtlanan eylemin maddedeki hangi yasak kapsamına girdiğinin belirlenmesi gerekir¹¹². Bunlar sırasıyla "*uygulanabilirlik sorunu*", "*kanıtlama sorunu*" ve "*nitelendirme sorunu*" olarak adlandırılmaktadır¹¹³.

¹⁰⁸ **ANAYURT**, Ömer; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İşkence ve Kötü Muamele Yasası, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü (Editör: Prof. Dr. İlyas DOĞAN), Ankara 2009, s. 275.

¹⁰⁹ Bkz. AİHM, Labita/İtalya kararı, 06/04/2000 tarih, Başvuru No:26772/95; Çakıcı/Türkiye kararı, 08/07/1999 tarih, Başvuru No: 23657/94 (Kararlar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 12/12/2014).

¹¹⁰ 01/06/2010 tarih, Başvuru No: 22978/05 (Karar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 16/12/2014).

¹¹¹ AİHM, İrlanda/Birleşik Krallık kararı, 18/01/1978 tarih, Başvuru No: 5310/71 (Karar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 16/12/2014).

¹¹² Bkz. 109 No'lu dipnot.

¹¹³ **DOĞRU/NALBANT**, s. 126.

Son olarak yaşam hakkında olduğu gibi Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında da devletlerin birtakım pozitif ve negatif yükümlülükleri vardır. Devletin 3. madde kapsamında negatif yükümlülüğü resmi hizmeti ifa edenlerin ilgili madde kapsamında yasaklanan eylemleri yapmaktan kaçınmalarıdır. Pozitif yükümlülükleri ise özgürlükleri belirli sebeplerden ötürü tahdit edilen kişilerin korunması için özen göstermek, kötü muamelelerden korumak¹¹⁴ ve nihayet açıklayacağımız ihlal iddialarını etkili biçimde soruşturma yükümlülüğüdür¹¹⁵.

B. SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Sözleşme'nin 2. maddesinde olduğu gibi, 3. maddesinin ihlal edilmesi halinde de devlet ihlali etkin şekilde soruşturma yükümlülüğü altındadır. Devletin işkence ve kötü muameleyi soruşturma yükümlülüğü pozitif nitelikte bir usul yükümlülüğüdür. Devletin bu yükümlülüğü AİHM'in içtihatlarından çıkarılmaktadır. Devletin bu kapsamda etkin soruşturma yapma yükümlülüğü AİHS'de düzenlenmemiştir. Bununla birlikte Mahkeme 3. maddeyi bazı kararlarında 1. madde ile birlikte¹¹⁶, diğer bazı kararlarında ise 13. madde ile birlikte¹¹⁷ yorumlayarak devletin soruşturma yükümlülüğünü içtihadı olarak tayin etmiştir¹¹⁸. Hemen belirtelim ki BM İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin 12. maddesinde "*Her bir Taraf Devlet kendi egemenliği altındaki bir ülkede bir işkence fiilinin işlendiğine inanmak için makul sebepler bulunması halinde, yetkili makamlar tarafından derhal ve tarafsız bir soruşturma yapılmasını sağlar*" denilmek suretiyle, devletin bu soruşturma yükümlülüğü tayin edilmiştir.

¹¹⁴ AİHM, Z. ve Diğerleri/Birleşik Krallık kararı, 10/05/2001 tarih, Başvuru No: 29392/95 (Karar için bkz. **DOĞRU/NALBANT**).

¹¹⁵ **KOCABAŞ**, s. 80

¹¹⁶ Bkz. AİHM, Assenov ve Diğerleri/Bulgaristan kararı, 28/10/1998 tarih, Başvuru No: 24760/94.

¹¹⁷ Bkz. AİHM, Aksoy/Türkiye, 18/12/1996 tarih, Başvuru No: 21987/93 (Karar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 15/03/2014).

¹¹⁸ **DOĞRU/NALBANT**, s. 172.

"İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi için El Kılavuzu" olarak nitelendirilen "İstanbul Protokolü"nde de konuya ilişkin bazı kriterler belirlenmiştir. İstanbul Protokolüne göre devletin, işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı eylemlere karşı etkin bir soruşturma yapmasının amacı şu şekildedir¹¹⁹:

- Bulguların açıklığa kavuşturulması ve işkence görenler ve aileleri için, işkence olayına karışan bireylerin ve Devletin sorumluluğunun saptanması ve kabul edilmesi,
- Olayın tekrarlanmasını önlemek için gerekli önlemlerin belirlenmesi,
- Soruşturma sonucunda işkence veya kötü muameleden sorumlu olduğu düşünülen kişilerin yargılanmalarının ve/veya uygun disiplin cezalarına çarptırılmalarının temin edilmesi,
- Devlet'in adil ve yeterli maddi tazminat ile tıbbi bakım ve rehabilitasyon olanaklarını sağlaması da dahil olmak üzere, tam bir tazminatın ve koşullarda iyileştirmenin gerektiğinin gösterilmesi.

Soruşturmayı yürütenlerin yukarıda sayılan amaçları gerçekleştirmek için birtakım hususları yerine getirmeleri gerektiği ise yine ilgili Protokol'ün IV. bölümünde ifade edilmiştir. Buna göre; İşkence gördüğü iddia edilen kişinin ve tanıkların ifadesi alınmalı, sorumlular hakkında kovuşturma yürütülebilmesi için gerekli tıbbi delillerde dahil olmak üzere her türlü delili ortaya çıkarılmalı ve muhafaza edilmeli, iddia edilen işkence olayının ne zaman, nasıl nerede gerçekleştirildiği ile birlikte belli bir model veya uygulama biçimine uyup uymadığı tespit edilmelidir.

İstanbul Protokolü ile birlikte AİHM içtihatları ile birlikte konuya ilişkin soruşturma ilkeleri belirlenmiştir. AİHM de içtihatlarını belirlerken

¹¹⁹ İstanbul Protokolü Ek-I Madde-1

özellikle İstanbul Protokolü'nü göz önüne almaktadır¹²⁰. Etkin bir soruşturma yapılabilmesi için gerekli olan ilkeleri izah etmeden önce bir noktayı belirtmekte fayda vardır. Şöyle ki, 3. maddenin ihlaline ilişkin yerel mahkemeler önünde açılmış bir dava esnasında da mahkeme soruşturmanın etkin olarak yürütülüp yürütülmediğini incelemelidir. Yani mahkeme önüne gelen bir davada hüküm vermeden önce işkence olayına ilişkin soruşturmanın düzgün ve yeterli ölçüde yapılıp yapılmadığını belirlemelidir¹²¹. Diğer yandan buradaki soruşturma kavramının geniş kapsamda anlaşılması gerekir. Cezai soruşturma, kovuşturma dışında idari anlamdaki disiplin soruşturmaları ve tazminat davaları da bu kapsamda değerlendirilmelidir.

İşkence suçunun soruşturulması bakımından re'sen harekete geçme ilkesi geçerlidir. Yani ilgili makamlar Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal eden bir eylemin haberini aldıkları anda harekete geçmelidirler. Herhangi bir şikâyet veya izin şartı¹²² gerekmemektedir¹²³. Mahkeme *Batı ve*

¹²⁰ AİHM, *Batı ve Diğerleri kararı*, 03/06/2004 tarih, Başvuru No: 33097/96 (Karar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 4.5.2014).

¹²¹ DOĞRU/NALBANT, s. 173.

¹²² Bilindiği gibi Türk hukukunda memurların yargılanması özel yargılama usulüne tabidir. Bir kamu görevlisinin görevi ile ilgili bir suç işlediği iddiası söz konusu ise savcı CMK'da belirtilen prosedürden farklı bir yol izler. Cumhuriyet savcısı ivedilikle kaybolması muhtemel olan veya risk teşkil eden delilleri topladıktan sonra, CMK' da öngörülen prosedürden farklı olarak, şüpheliyi sorgulayamaz, gözaltına alamaz, tutuklama isteminde bulunamaz. Sadece ilgili kamu görevlisinin idari amirinden soruşturma için "izin" ister. İdari amir de ya bizzat kendisi ya da görevlendireceği bir muhakkik aracılığı ile ön incelemede bulunur. Bu inceleme sonucunda soruşturma izni verilirse ancak o zaman savcı CMK' da öngörülen soruşturma işlemlerine devam edebilir. İşkence suçu ise, bu durumun istisnasını teşkil eder (**TAHTALI**, s. 28).

¹²³ Bu durum 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un Kapsam başlıklı 2. maddesinin 5. fıkrasında "765 sayılı TCK'nun 243 ve 245. maddeleri... kapsamında açılacak soruşturma ve kovuşturmalarda bu kanun hükümleri uygulanmaz", ifadesi ile hüküm altına alınmıştır. Burada atf yapılan suçlar işkence ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence suçlarıdır. 765 sayılı kanun, 5237 sayılı yeni TCK ile yürürlükten kaldırıldığından, bu hükümden anlaşılması gereken 5237 sayılı kanunun bu suçlara tekabül eden 94 ve 95. maddeleri kapsamında işlenen soruşturmalarda, 4483 sayılı kanunda belirtilen izin prosedürünün uygulanmayacağıdır. Ayrıca CMK m. 161/5 hükmünde "Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu

*Diğerleri/Türkiye kararında*¹²⁴, İstanbul Protokolü'nde düzenlenen "Açık bir şekilde şikâyetin olmadığı durumlarda bile işkence yapıldığına dair belirtiler varsa soruşturma yapılır" ifadesine atıf yaparak, suça ilişkin belirtilerin olduğu durumlarda soruşturmanın başlatılması gerektiğini belirtmiştir.

Soruşturmanın derhal başlatılması ve süratle yürütülmesi, soruşturmadan netice alınabilmesi, faillerin tespit edilip cezalandırılabilmesi ve özellikle delillerin kaybolmadan ve işlevini yitirmeden kullanılabilmesi bakımından önem arz eder¹²⁵. Diğer yandan, derhal harekete geçme, soruşturmayı yürütmekle görevli olanların, ihlali gerçekleştiren kişileri tespit etme noktasındaki niyetlerinin de bir göstergesidir¹²⁶. Ceza muhakemesi bakımından ise maddi gerçeğe ulaşma bakımından oldukça önemlidir.

*Sevtap Veznedaroğlu/Türkiye kararı*¹²⁷ 3. madde kapsamında yapılması gereken soruşturmanın ihlaline yönelik verilmiş kararlardan biridir. Olaya göre, başvurunun polisler tarafından gözaltında tutulduğu sırada işkence yapıldığı adli tıp raporu ile tespit edilmiştir. Rapora göre başvurunun vücudunda berelerin varlığı tespit edilmiştir. Başvurucu Cumhuriyet savcısına verdiği ifadede kendisine işkence sonucu bazı belgelerin imzalatıldığını ifade etmiştir. Gerekli adli raporların olmasına rağmen, savcı tarafından bu şikâyet soruşturulmamıştır. Başvurucunun iddialarına ve yetkililerin önüne sunulan dosyalarda ilgili raporların varlığına rağmen olayın soruşturulmaması 3. maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir.

görevlileri... hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır" ifade yer almaktadır. Bu hüküm karşısında 4483 sayılı kanunun kapsamı dışında bırakılmamış olsa dahi işkence ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence suçları kendilerine isnat edilen kolluk görevlileri hakkında izin prosedürünün uygulanmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

¹²⁴ 03/06/2004 tarih, Başvuru No: 33097/96 (Karar için bkz. <http://aih.m.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 30/04/2014).

¹²⁵ DEVECİ, s. 53.

¹²⁶ DEVECİ, s. 54.

¹²⁷ 11/04/2000 tarih, Başvuru No: 32357/96 (Karar için bkz. <http://aih.m.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 30/04/2014).

Soruşturma organlarının bağımsız olması etkin bir soruşturma için gerekli koşullardan biridir. Bu cümleden hareketle, işkence iddialarını soruşturan kurumların, olayda sorumluluğu söz konusu olabilecek kişi ve kurumlardan bağımsız olarak yapılması gerekir¹²⁸. Mahkeme *Talat Tepe/Türkiye*¹²⁹, *Zülcihan Şahin ve Diğerleri/Türkiye*¹³⁰, kararlarında, işkence ve kötü muameleyi soruşturan kişi ve kurumların bağımsız olmaması nedeniyle Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiğini karara bağlamıştır.

Mahkeme, gözaltında tecavüz ve kötü muameleler ile ilgili *Aydın/Türkiye* kararında¹³¹, savcının başvuruçunun ifadelerinin doğru olup olmadığını tespit etmemesini, faillerin kovuşturulmaları ve mahkûm edilmeleri için yeterli araştırma yapılmamasını, kendi girişimleriyle görgü tanıklarını tespit etmemesini ve olay hakkında bilgi toplamak için anlatılan yere gitmemesini ve soruşturmanın başlangıç aşamasında hiç bir görevlinin ifadesinin alınmamasını güvenlik güçlerine karşı boyun eğme tutumu olarak değerlendirerek soruşturmada ağır kusur olarak nitelendirmiştir.

Buraya kadar işkence ve kötü muamelenin soruşturulması ile ilgili re'sen harekete geçme ve bağımsız soruşturmacıların gerekli olduğunu ifade ettik. Ancak bunların varlığı yeterli olmayıp soruşturmanın etkili olması da gerekir. Yani işkence ve kötü muamelenin ortaya çıkarılması, sorumluların cezalandırılabilmesi için delillerin toplanması ve muhafaza edilmesidir. Bu kapsamda delillerin elde edilmesi, korunması hususunda soruşturmacılara yetkiler tanınmalı bununla birlikte gerekli teknik imkânların ve bütçe kaynaklarının soruşturmacılar tarafından

¹²⁸ KOÇ, Aysun/ÜÇPINAR, Hülya/SAKALLI, Nazan; İşkenceye Açık Kapılar-Mevzuat ve Uygulama Çerçevesinde Cezasızlık Olgusunun Değerlendirilmesi, İzmir 2009, s. 211.

¹²⁹ 21/12/2004 tarih, Başvuru No: 31247/96 (Karar için bkz. <http://aih.m.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 30/04/2014).

¹³⁰ 03/02/2005 tarih, Başvuru No: 53147/99 (Karar için bkz. <http://aih.m.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 30/04/2014).

¹³¹ 25/09/1997 tarih, Başvuru No: 23178/94 (Karar için bkz. <http://aih.m.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 30/04/2014).

kullanılabilmesi de sağlanmalıdır¹³². Mahkeme *Erdoğan/Türkiye* kararında, soruşturmanın olayın gerçekleştiğini ispat edecek delillerin ortaya çıkarılmasına ve sorumluların cezalandırılmasına imkan sağlayacak ölçüde olması gerektiğini vurgulamış ve bunun bir sonuç yükümlülüğü değil, araç yükümlülüğü olduğunu ifade etmiştir. Yine aynı kararda mahkeme, her türlü delilin korunması için gerekli önlemlerin yetkililer tarafından alınması şeklinde değerlendirme yapmıştır¹³³.

Mahkeme'nin delillerin ve korunmasının önemini vurguladığı bir diğer dava ise *Batı ve Diğerleri/Türkiye* kararıdır¹³⁴. Buna göre yetkililer, olayla ilgili delilleri korumak için alabilecekleri her türlü makul tedbiri almalıdır. Bu tedbirler arasında, diğer tedbirlere ek olarak, iddiada bulunan mağdurun iddialarıyla ilgili ayrıntılı ifadesinin alınması, görgü tanıklarının beyanlarının alınması, adli tıp delillerinin toplanması, ayrıca uygun olduğu taktirde yaraların tam ve doğru bir şekilde kaydedilmesini sağlamak amacıyla ilave tıbbi belgelerin alınması ve tıbbi bulguların özellikle de yaraların sebebine ilişkin objektif bir analizinin yaptırılması yer almaktadır. Ayrıca Mahkeme, iddiacının iddiaları ile tıbbi bulguların uyumlu olmasının zorunluluğuna işaret etmektedir¹³⁵. *Gafgen/Almanya* kararında¹³⁶ Mahkeme, başvurusunun aldığı tıbbi belgelerin, yaraların muhtemel sebebine ilişkin bir işaretle bulunmadığını ifade etmiştir. *Martinez Sala ve Diğerleri/İspanya* kararında¹³⁷ ise 15 başvurusunun gözaltında darp edildikleri, uykusuz ve aç bırakıldıkları, bazılarının başlarına plastik torba geçirildiği şeklinde işkence gördükleri şikâyetiyle savcılığa yaptıkları başvurunun doktor raporlarına göre delil bulunmaması nedeniyle takipsizlik kararı verilmesi, başvuruçuların kötü muamele

¹³² İstanbul Protokolü, Ek-I, m. 3.

¹³³ AİHM, *Erdoğan/Türkiye* kararı, 20/06/2002 tarih, Başvuru No: 26337/95 (Karar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 15/12/2014).

¹³⁴ Karar için bkz. 120 no'lu dipnot.

¹³⁵ AİHM, *Tomasi/Fransa* kararı, 27/08/1992 tarih, Başvuru No: 12850/87 (Karar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 17/12/2014).

¹³⁶ Bkz. 110 No'lu dipnot.

¹³⁷ 02/11/2014 tarih, Başvuru No: 58438/00 (Karar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 16/12/2014).

gördüklerine dair makul kuşkuya yer bırakmayacak şekilde delil bulunmaması sebebiyle Sözleşme'nin 3. maddesine göre ihlal olmadığı şeklinde karar verilmiştir. Yine bir diğer kararda, başvurunun gözü altında işkence gördüğü şikâyetine rağmen başvurunun sunduğu doktor raporunda sağlık kurumunun adının, doktorun diploma numarasının, başvurunun gerçekten muayene edilip edilmediğinin, nasıl ve ne zaman muayene edildiğinin bildirilmemesi, başvurunun bu raporu her hangi bir ulusal makama sunmamış ve savcılığa veya mahkemeye verilmemiş olması, başvurunun kötü muamele gördüğüne dair hiçbir makul kuşkuya yer bırakmayacak bir sonuca ulaşmasına imkân vermemesi sebebiyle Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında bir ihlalin gerçekleşmediği hüküm altına alınmıştır¹³⁸.

Yine Mahkeme'ye göre, bir soruşturma, hukukta olduğu gibi pratikte de etkili olmalı ve davalı devletin yetkili makamlarının eylemleri veya ihmalleriyle haksız bir şekilde engellenmemelidir. Soruşturma, sorumluların belirlenmelerine (identification) ve cezalandırılmalarına (punishment) yol açabilecek nitelikte olmalıdır. Aksi takdirde, işkence ve insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ve cezanın hukuken genel biçimde yasaklanmış olması büyük bir öneme sahip olmasına rağmen, bu yasak pratikte etkisiz kalacak ve bazı hallerde devlet görevlilerinin fiili cezasızlıktan yararlanarak, kontrolü altında tuttıkları kişilerin haklarını istismar etmelerini mümkün kılacaktır¹³⁹.

Soruşturmanın etkin olabilmesi bakımından işkence ve kötü muamele mağduruna yapılacak olan tıbbi müdahalenin, kamu görevlilerinin ve polislerin bulunmadığı bir ortamda yapılması önem arz eder¹⁴⁰. Mahkeme bu şekilde yapılacak bir adli muayenenin soruşturmanın etkinliğine şüphe düşüreceği kanaatine varmıştır.

¹³⁸ AİHM, Talat Tepe/Türkiye kararı, 21/12/2004 tarih, Başvuru No: 31247/96 (Karar için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>), (Erişim Tarihi: 16/12/2014).

¹³⁹ Aksoy/Türkiye kararı, karar için bkz. 117 no'lu dipnot; Batı ve Diğerleri/Türkiye kararı, karar için bkz. 120 no'lu dipnot.

¹⁴⁰ Lopata/Rusya kararı, 13/07/2010 tarih, Başvuru No: 72250/01, Karar için bkz. **DOĞRU/NALBANT**, s. 178.

Mahkeme, sanığın mağdurun huzurunda dinlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. *Batu ve Diğerleri/Türkiye* kararında Mahkeme, işkence yaptığı gerekçesiyle suçlanan polislerin ifadelerinin talimatla alındığını ve sanıkların İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi önüne çıkarılmadıklarını kaydetmiş, bu bağlamda şüphelilerin, aslında yargılama sırasında mağdurlarla karşılaşmasına imkânı verilmediği halde teşhis edilemediği gerekçesiyle beraat ettirilmesini anlaşılabilir bir durum olarak niteleyerek, bu durumun soruşturmanın etkililiğini zayıflattığını ifade etmiştir.

Son olarak, soruşturmanın makul bir özen ve hızla yapılması gerekmektedir. Mahkeme, *Batu ve Diğerleri/Türkiye* kararında bu konuda açıklama getirmiştir. Buna göre, makul bir özen ve hızlilik şartının bu bağlamda zımnen yer aldığından kuşku yoktur. Kötü muamele iddialarını soruşturan yetkililer tarafından bu iddialara hızla bir cevap verilmesi, halkın hukukun üstünlüğüne bağlılık duygusunun sürdürülmesinde ve hukuka aykırı eylemlere karşı hoşgörü ve işbirliği görüntüsünün engellenmesinde genellikle esaslı bir unsur olarak görülmelidir. Bir soruşturmada belirli bir durumda soruşturmada ilerleme sağlanmasını önleyen engeller veya güçlükler bulunabilir; ancak halkın hukukun üstünlüğüne bağlılık duygusunu sürdürmek ve hukuka aykırı eylemlere karşı hoşgörü veya işbirliği görüntüsünü engellemek için yetkililerin derhal bir soruşturma başlatmaları çok önemli bir unsur olarak kabul edilmelidir.

Nihayet, işkence veya kötü muamele ile suçlanan kamu görevlilerinin hakkında disiplin soruşturması açılması da gerekmektedir. Mahkeme *Fazıl Ahmet Tamer ve Diğerleri/Türkiye* kararında¹⁴¹, ciddi bir şekilde işkence yaptıkları iddiası ile yargılanan polisler hakkında idari disiplin soruşturması açılmamasını hayret verici olarak nitelendirmiştir¹⁴².

İşkence suçuna ilişkin önemli bir mesele hapis cezasının verilmiş olmasına rağmen, fiilen infazına gidilememiş olması halleridir. Ertelenme bu hallerden biri olup, işkence suçu bakımından uygulanıp

¹⁴¹ 24/07/2007 tarih, Başvuru no: 1902802.

¹⁴² DOĞRU/NALBANT, s. 183.

uygulanmayacağı önemli bir meseledir. Bilindiği gibi hapis cezasının ertelenmesi TCK m. 51/1 hükmünde " İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır" şeklinde düzenlenmiştir. İşkence suçu için verilecek cezanın alt sınırı üç yıldır. İşkence suçunu işleyen bir fail için bu alt sınırdan hapis cezasının verilmiş olması ve bu hapis cezasına bir takım indirim sebepleri uygulanarak iki yıla indirilmesi, suçun teşebbüs aşamasında kalması, suçun olası kastla işlenmesi veya işkence suçunu işleyen kamu görevlisinin 65 yaşını doldurmuş olması gibi durumlarda hapis cezasının ertelenmesi mümkün hale gelebilmektedir¹⁴³. Görüldüğü gibi işkence suçunun cezası için belirlenen alt sınırın az olması, bu suçta ertelemeyi mümkün hale getirmektedir. Ancak bu durum doğrudan 3. maddenin devlete yüklediği pozitif yükümlülüklerin gereği gibi yapılmadığı sonucunu doğurur¹⁴⁴. Mahkeme *Ali ve Ayşe Duran/Türkiye* kararında¹⁴⁵, polislere verilen cezanın infazının ertelenmesi konusundaki ceza hukuku sisteminin, mevcut olayda uygulandığı şekliyle sert olmaktan çok uzak olduğu ve başvuruçuların şikâyet ettikleri eylemler gibi hukuka aykırı eylemlerin etkili bir biçimde önlenmesinde caydırıcı bir etkiye sahip olmadığını beyan etmiştir.

İşkence suçu bakımından haksız tahrik hükümlerinin de uygulanmaması gerektiği kanaatindeyiz. Zira işkenceye sebep olacak fiil ne kadar ağır olursa olsun, tepki orantısız olduğundan, haksız tahrik hükümleri uygulanmamalıdır¹⁴⁶. Örneğin bir ifade sırasında kamu görevlisine ağır hakaretlerde bulunulması halinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi düşünülebilir ise de bunun işkence

¹⁴³ **BAKIM**, Sevi; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, İstanbul 2008, s. 196.

¹⁴⁴ **ANAYURT**, s. 275.

¹⁴⁵ 08/04/2008 tarih, Başvuru No: 42942/02; (Karar için bkz. <http://aih.m.anadolu.edu.tr/>) (Erişim Tarihi: 17/12/2014); Benzer düşüncedeki bir karar için bkz. Atalay/Türkiye kararı, 18/09/2008 tarih, Başvuru No: 1249/03, (**ANAYURT**, s. 276).

¹⁴⁶ **HAKERİ**, Hakan; Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü (Editör: Prof. Dr. İlyas DOĞAN), Ankara 2009, s. 356.

suçunun işlenmesine sebep olmaması gerekir. Ağır hakaretler neticesinde atılacak bir kaç hafif nitelikli tokat ise zaten işkence suçunun kapsamına dâhil olmadığından (kanaatimizce yaralama kapsamındadır) haksız tahrik hükümleri uygulanabilir. Mahkeme *Atalay/Türkiye* kararında¹⁴⁷, kötü muameleden dolayı polis memurlarının mahkum edilmelerine rağmen infaz kanunu hükümlerine göre son derece düşük bir cezaya tabi tutulmaları....., üstelik suçun niteliği ile bağdaşmayacak tahrik hükümlerinden faydalandırılmasının işlenen suçla verilen ceza arasında önemli ölçüde orantısızlık oluşturduğuna vurgu yapmaktadır.

KAYNAKÇA

- ANAYURT**, Ömer; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü (Editör: Prof. Dr. İlyas DOĞAN), Ankara 2009.
- ARTUK**, Emin M./**GÖKCEN**, Ahmet/**YENİDÜNYA**, Caner A.; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2014.
- BAHADIR**, Oktay; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Yaşama Hakkı, Ankara 2009.
- BAKIM**, Sevi; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, İstanbul 2008.
- CENGİZ**, Serkan/**DEMİRAĞ**, Fahrettin/**ERGÜL**, Teoman/**McBRIDE**, Jeremy/**TEZCAN**, Durmuş; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlar Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara 2008.
- ÇAKMAK**, Seyfullah; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Yaşama Hakkı, Adalet Dergisi, Sayı:19, Yıl:Mayıs-2004.

¹⁴⁷ Karar için bkz. 134 No'lu dipnot.

- ÇALIŞKAN**, Bilal; İnsan Hakları Soruşturmalarında Cumhuriyet Savcılarımızın Dikkat Edecekleri Hususlar ve Hak Arama Hakkı, Adalet Dergisi, Sayı:16, Yıl: Temmuz 2003.
- DOĞAN**, İlyas/**AKIL**, Abdülkadir; İstanbul Protokolü İlkeleri Işığında İşkencenin Soruşturulması, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, Ankara 2009.
- DEVECİ** Ali; Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı İhlallerinde Etkin Soruşturma Yapma Yükümlülüğü, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ABD. Yüksek Lisans Tezi, Kayseri 2014.
- DUTERTRE**, Gilles; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Ankara 2007.
- EREN**, Abdurrahman; Ulusal İnsan Hakları Kurumları Uluslararası Standartlara Uygunluğun Yorum İlkeleri, İstanbul 2012.
- GARLİCKİ**, Lech; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Yaşam Hakkı, Sempozyum, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı, İHUM, Ankara 2003.
- HAKERİ**, Hakan; Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü (Editör: Prof. Dr. İlyas DOĞAN), Ankara 2009.
- KOÇ**, Aysun/**ÜÇPINAR**, Hülya/**SAKALLI**, Nazan; İşkenceye Açık Kapılar-Mevzuat ve Uygulama Çerçevesinde Cezasızlık Olgusunun Değerlendirilmesi, İzmir 2009.
- METİN**, Yüksel; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması İle İlgili olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler, Uluslararası İlişkiler Dergisi, Cilt:7, Sayı: 27, Yıl: Güz 2010.
- ÖNOK**, Murat; Uluslararası Boyutlarıyla İşkence Suçu, Ankara 2006.

- ÖZBEK**, Özer Veli/**KANBUR**, Nihat Mehmet/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar/**TEPE**, İlker; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncellenmiş 4. Baskı, Buca 2012.
- ÖZEN**, Muharrem; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Bağlamında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağına İlişkin İç Hukuktaki Düzenlemeler ve Uygulamadaki Sorunlar, İnsan Hakları ve Adli Yargı, Ankara 2004.
- ÖZGENÇ**, İzzet/**ŞAHİN**, Cumhur; İşkence Suçu, GÜHFD, Sayı: 1-2, Yıl: 2000.
- ÖZTÜRK**, Bahri/**ERDEM** Ruhan Mustafa; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2005.
- ÖZTÜRK**, Bahri; Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı (Yasak Sorgu Metodları), İKÜHFD, Yıl: 2003 Aralık.
- TAHTALI**, Murat Buğra; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında İşkence ve Kötü Muamele Yasağının Türkiye'deki Yansımaları, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı: 4.
- TANRIKULU**, Sezgin; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Etkili Başvuru Hakkı, Ankara 2012.
- TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM**, Ruhan Mustafa/**ÖNOK**, Murat R.; Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncellenmiş 11. Baskı, Ankara 2014.
- THOMPSON**, Kate/**GİFFARD**, Camille; İnsan Hakları İhlali Olarak Öldürmenin Rapor Edilmesi (Çevirenler, Yahya BERMAN/Erdem AKTER), Diyarbakır 2006.

