

**T.C.
NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
İÇTİHADINDA KÖTÜ MUAMELE YASAĞININ ETKİLİ
SORUŞTURULMASI**

ŞEYMA KURT

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**DANIŞMAN:
DOÇ. DR. ABDULKADİR YILDIZ**

KONYA-2022



T.C.
NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



BİLİMSEL ETİK SAYFASI

Öğrencinin	Adı Soyadı	Şeyma KURT		
	Numarası	17812301013		
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Kamu Hukuku		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans	X	
		Doktora		
	Tezin Adı	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Kötü Muamele Yasağının Etkili Soruşturulması		

Bu tezin hazırlanmasında bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.

Şeyma KURT

	T.C. NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü	
---	---	---

ÖZET

Öğrencinin	Adı Soyadı	Şeyma KURT		
	Numarası	17812301013		
	Ana Bilim / Bilim	Kamu Hukuku		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans	X	
		Doktora		
	Tez Danışmanı	Doç. Dr. Abdulkadir YILDIZ		
Tezin Adı	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Kötü Muamele Yasağının Etkili Soruşturulması			

Kötü muamele yasağını etkin bir şekilde soruşturma yükümlülüğü net olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi metninde bulunmayan, Sözleşme'nin birinci, üçüncü ve on üçüncü maddeleri doğrultusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin gerçekleştirdiği tetkikler neticesinde meydana gelmiş bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüğün ihlal edildiğine dair Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne çok sayıda başvuru yapılmaktadır. Yöneltilen bu iddialarda Mahkeme, “dinamik yorum” ilkesine bağlı olarak, üzerindeki yükümlülüğü, vermiş olduğu farklı kararlarla açıklamıştır.

Çalışmanın ilk bölümünde, kötü muamele yasağı kavramına, uluslararası ve bölgesel düzeyde yasağın kapsadığı durumlar üzerinde gerçekleştirilmiş olan düzenlemelere ve bilhassa kötü muameleye uğramama hakkını muhafaza edecek sözleşmelere değinilmiş, bu bağlamda yasağın getirdiği koruma alanıyla normatif alanı belirlenmiştir. Akabinde kötü muamele yasağı kapsamında ortaya çıkan kavramların açıklamaları yapılarak yasağın teorik çerçevesi de çizilmeye çalışılmıştır.

Çalışmanın ikinci ve son bölümünde ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile çerçevesi oluşturulmuş koruma dinamiği ve bu koruma dinamiğini ortaya çıkaran kararlardan bahsedilmiş daha sonra ise detaylı bir şekilde kötü muamele yasağı ile yasaklanmış olan işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele veya ceza kavramları ele alınmış, bu yükümlülükle birlikte devletin yerine getirmeyi taahhüt ettiği yükümlülükler detaylıca açıklanmıştır. Kötü muamele yasağı kapsamında devletin yüklenmiş olduğu usuli yükümlülük yani kötü muameleyi etkili biçimde soruşturma

yükümlülüğü çalışmanın amacı bağlamında ayrıca incelenmiş, bu yükümlülük dahilinde devletin görevleri belirlenmiş ve ardından da bu yükümlülük doğrultusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları literatüre güncel bir bakış açısı kazandırarak değerlendirilmiştir.



 KONYA	T.C. NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü	 SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
--	---	---

ABSTRACT

Author' s	Name and Surname	Şeyma KURT		
	Student Number	17812301013		
	Department	Public Law		
	Study Programme	Master's Degree (M.A.)	X	
		Doctoral Degree (Ph.D.)		
	Supervisor	Assoc. Prof. Abdulkadir YILDIZ		
Title of the Thesis/Dissertation	The Effective Investigation of Ill-Treatment Prohibition Under The Case of Law European Court of Human Rights			

The obligation to effectively investigate the prohibition of ill-treatment is an obligation that is not clearly found in the text of the European Convention on Human Rights (ECHR), but emerged as a result of the examinations carried out by the European Court of Human Rights (ECtHR) in line with the first, third and thirteenth articles of the Convention. Numerous applications are made to the ECtHR regarding the violation of this obligation. In these allegations, the Court has explained the obligation on it with different decisions, depending on the principle of "dynamic interpretation".

In the first part of the study, the concept of the prohibition of ill-treatment, the regulations made on the situations covered by the ban at international and regional level, and especially the agreements that will preserve the privilege of not being ill-treated, have been mentioned, and in this context, the protection area and the normative area brought by the ban have been determined. After that, explanations of the concepts arising under the prohibition of ill-treatment were made and the theoretical framework of the prohibition was also tried to be drawn.

In the second and last part of the study, the dynamic of protection framed by the ECHR and the decisions that reveal this protection dynamic are mentioned, and then the concepts of torture, inhuman and degrading treatment, or punishment, which are prohibited with the prohibition of ill-treatment, are discussed in detail. The

obligations that it undertakes to fulfill are explained in detail. The procedural obligation of the state within the scope of the prohibition of ill-treatment, that is, the obligation to effectively investigate the ill-treatment, was also examined in the context of the purpose of the study, the duties of the state were determined within this obligation, and then the ECHR decisions were evaluated by giving a current perspective to the literature in line with this obligation.



İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT.....	iii
İÇİNDEKİLER	v
KISALTMALAR	vii
ÖNSÖZ	ix
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	4
KÖTÜ MUAMELE YASAĞININ KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ VE NORMATİF KAPSAMI	4
1.1. Kötü Muamele Yasağının Kavramsal Çerçevesi	4
1.1.1. İnsan Onuru Kavramı.....	4
1.1.2. Kötü Muamele Türleri	6
1.1.2.1.İşkence	9
1.1.2.2. İnsanlık Dışı Muamele.....	14
1.1.2.3. Aşağılayıcı Muamele	16
1.1.2.4.İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Ceza	19
1.1.3.Kötü Muamele Yasağının Diğer Haklarla İlişkisi.....	20
1.1.3.1. Adil Yargılanma Hakkı.....	20
1.1.3.2. Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması Hakkı	24
1.1.3.3. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı	27
1.1.3.4. Etkili Başvuru Hakkı.....	29
1.1.4.AİHM İçtihadı Bakımından Devletin Yükümlülükleri.....	33
1.1.4.1. Devletin Negatif Yükümlülükleri	33
1.1.4.2.Devletin Pozitif Yükümlülükleri.....	33
1.2.Kötü Muamele Yasağının Normatif Kapsamı	38
1.2.1. Uluslararası Belgelerde Kötü Muamele Yasağı.....	38
1.2.1.1. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi.....	39
1.2.1.2. BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ...	40
1.2.1.3. BM İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme	42
1.2.1.4. Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Sözleşme.....	44

1.2.1.5. Amerikalılar Arası İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi.....	45
1.2.1.6. BM İşkence ve Diğer Zalimane İnsanlık Dışı Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Kılavuzu.....	46
1.2.1.7. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.....	48
İKİNCİ BÖLÜM.....	50
AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHADINDA KÖTÜ MUAMELE YASAĞININ ETKİLİ SORUŞTURULMASI.....	50
2.1. Etkili Soruşturma Yükümlülüğünün Hukuki Dayanağı.....	50
2.2. Kötü Muamele Durumunda Soruşturma Yükümlülüğünün Temelleri	52
2.2.1. Kötü Muamele Yasağının Mutlak Niteliği.....	52
2.2.2. Kötü Muamele Durumunda Etkili Soruşturma Yükümlülüğü.....	55
2.3. Soruşturmanın Varlık Nedenleri ve Amaçları.....	56
2.3.1. Varlık Nedenleri.....	56
2.3.2. Temel Amaçları.....	58
2.4. Soruşturmanın Etkililiğini Belirleyen Kriterler	60
2.4.1. Bağımsızlık ve Tarafsızlık	60
2.4.2. Eksiksizlik.....	63
2.4.3. İvedilik	69
2.4.4. Yetki.....	71
2.4.5. Mağdurun Katılımı ve Kamu Denetimi	73
2.5. Soruşturma ve Ceza Türleri	74
2.5.1. Usuli Soruşturma Türleri	74
2.5.2. Soruşturma Sistemleri.....	77
2.6. Etkililiğin Sağlanması	78
2.7. Caydırma Yükümlülüğü.....	81
2.7.1. Yasal Çerçevesi.....	81
2.7.2. Cezaların Yeterliliği.....	82
SONUÇ	89
KAYNAKÇA.....	92

KISALTMALAR

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Ame.İHS	: İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
bkz.	: bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
B.N.	: Başvuru Numarası
C.	: Cilt
CAT	: Committee Against Torture
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CvGTİK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
Çev.	: Çeviren
Dan.	: Danıştay
DGM	: Devlet Güvenlik Mahkemesi
E.	: Esas
Ed.	: Editör
E.T.	: Erişim Tarihi
ETCK	: Eski Türk Ceza Kanunu
f.	: Fıkra
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Bildirisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
K.	: Karar
m.	: madde
NEÜ	: Necmettin Erbakan Üniversitesi
No.	: Numara
s.	: sayfa
S.	: Sayı

SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
SBF	: Siyasal Bilgiler Fakültesi
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TC	: Türkiye Cumhuriyeti
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı



ÖNSÖZ

Çalışmam boyunca ilgi ve desteğini esirgemeyen sayın hocam Doç. Dr. Abdulkadir YILDIZ'a ve akademik kariyerimi inşa eden,engin bilgi birikimi ve tecrübelerinden yararlandığım, eğitim hayatım boyunca her koşulda yanımda olan kıymetli hocam Doç. Dr. Hamdi Gökçe ZABUNOĞLU'na teşekkürü bir borç bilirim.

Tüm zorluklara direnme gücüm olan sevgili annem ve babama sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Şeyma KURT
Konya, 2022

GİRİŞ

Kötü muamele, kişilerin topluluk halinde hayatlarını sürdürdüğü ilk zamanlardan bu yana var olan ve uygulanmış olduğu zaman dilimleri içinde insanlık adına kötü bir deneyimin oluşmasına ve kapatılamaz izler bırakılmasına neden olan bir davranış biçimidir. Buna rağmen kötü muamele, çok uzun yıllar boyunca meşru bir davranış olarak benimsenmiş ve uygulanmıştır. Bu durum ise kötü muamele ile mücadelenin geç başlamasına neden olmuştur. Dolayısıyla, kötü muamele uygulamaları ne kadar eskiyse, mücadele politikalarının uygulanması da o kadar yenidir. Kötü muameleyle mücadele anlamına gelebilecek ulusal düzeydeki hareketlerin gerçekleşmesi ve kötü muamelenin yasaklanması ile uluslararası düzeyde de ilk olarak İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ne düzenleme getirilmiştir. Bildirinin ardından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3'üncü maddesinde kötü muamelenin yasak olduğu belirtilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi doğrultusunda kurulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de verdiği kararlar sonucunda ortaya konulan bu yasağın denetimini gerçekleştirmektedir.

Uluslararası hukukta kötü muameleye maruz kalmama ve bu nitelikte cezaya mahkum edilmeme hakkı mutlak olarak yasaklanmıştır. İnsan onurunun korunması bakımından oldukça önemsenen bu hak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alan halleri içeren maddesinde yer almamıştır. Yani bu hak, savaş halinde dahi ihlal edilemez. Ancak mutlaklığın belirliliği yanında kötü muamele eylemlerinin niteliği tartışma konusu olarak ortaya çıkmaktadır. Burada yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı ile oluşturulan "asgari eşik" kavramı ile yapılan muamelenin ağırlığı ölçülerek kötü muamele olup olmadığı, eğer kötü muamele ise hangi tür de bir kötü muamele olduğu belirlenmektedir. Yasağın uluslararası hukuk bağlamında mutlak olduğu göz önüne alındığında öncelikle maruz kalınan muamelenin ağırlık düzeyi ve bu ağırlık düzeyine göre eylemin kötü muamele olduğuna karar verilirse, hangi türde kötü muamele olduğunun nitelendirilmesi bakımından Mahkeme içtihadının incelenmesi ve insan haklarının gelişimi ile eş doğrultuda ilerleyen yorumunun irdelenmesi önem arz etmektedir.

Kötü muamele yasağı ile insanın vücut bütünlüğü ve onurunun korunması, bir başka deyişle maddi ve manevi bütünlüğünün korunması amaçlanmaktadır. Bu koruma ise Mahkeme içtihadında açıkça belirtildiği şekilde devletin yükümlülüğündedir. Mahkeme'nin verdiği kararlar incelendiğinde, Sözleşme'ye taraf devletlerin kötü muamele yasağı ile ilgili negatif ve pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Negatif yükümlülük, devletlerin Sözleşme'deki hakları ihlal etmekten kaçınma yükümlülüğüdür. Pozitif yükümlülük ise devletlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki hak ve özgürlükleri korumak için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğüdür. Pozitif yükümlülükler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni dinamik ve etkili bir biçimde yorumlaması sonucu geliştirilmiş bir kavramdır. Bütün pozitif yükümlülüklerin amacı, Sözleşmesi'nin etkili bir şekilde uygulanması ve güvence altına aldığı haklara etkililik kazandırılmasıdır. Bu anlamda pozitif yükümlülük ayrıca usuli bir boyutu da içermektedir. Son zamanlarda usule ilişkin yükümlülüğün de devletin üçüncü bir yükümlülüğü olarak adlandırıldığı belirtilmektedir. Ancak çalışma bağlamında usule ilişkin yükümlülük, başlı başına bir bölüm olsa da pozitif yükümlülüğün alt unsuru olarak incelenmektedir. Bu tercih, incelenen kararlarda Mahkeme'nin değerlendirme başlıklarında pozitif yükümlülükler ana başlığı altında esas yönünden ve usul yönünden şeklinde ikili bir ayrıma gitmesi nedeniyledir.

Bu bağlamda çalışmanın ilk bölümünde genel olarak kötü muamele yasağının felsefi temelini oluşturan kavramlardan, hangi davranışların kötü muamele yasağı kapsamında değerlendirileceğinden ve kötü muamele yasağının türleri ile bu türler arasındaki sınıflandırmadan bahsedilmiştir. Kötü muamele türleri arasındaki sınıflandırmada kullanılan sistemler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin değişen yorumları ile kademeli olarak incelenmiştir. Kavramın belirliliğinin akabinde kötü muamele yasağının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde bulunan diğer haklarla ilişkisi benzerlik ve farklılıkları bakımından incelenmiştir. Bu bölümde ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları doğrultusunda devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerine değinilmiştir. Son olarak ise kötü muamele yasağını içeren uluslararası belgelere yer verilerek ihlalin önemine dikkat çekilmiştir.

İkinci bölümde ise devletin usule ilişkin pozitif yükümlülüğünü oluşturan etkili soruşturma yükümlülüğünün hukuki dayanağı, temelleri ve varlık nedenleri açıklanmıştır. Bir soruşturmanın etkili sayılması için gereken kriterler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin zaman içerisinde değişen yorumları da belirtilerek anlatılmış ve hangi hallerin yasağın ihlali sonucunu doğurmayacağı belirtilmiştir. Etkili soruşturma yükümlülüğü kapsamında bulunan, faillerin ihlal ile orantılı ceza alması konusunda Mahkeme içtihatları ile detaylı bir inceleme yapılmış ve kamu güveninin sağlanması anlamında cezasızlığın önlenmesine ilişkin öneriler sunulmuştur. Çalışma kapsamında öncelikle teorik yaklaşım analiz edilip bu çerçevede somut olaylarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin uygulaması incelenmiş, bu inceleme sonunda verilen bulgular ile Mahkeme'nin güncel ilkeleri tespit edilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KÖTÜ MUAMELE YASAĞININ KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ VE NORMATİF KAPSAMI

1.1. Kötü Muamele Yasağının Kavramsal Çerçevesi

1.1.1. İnsan Onuru Kavramı

İnsanın maddi ve manevi kişiliğine saygının en anlamlı ifadelerinden olan insan onuru kavramı, insan haklarının temelini oluşturmakla birlikte, uzun tarihi olaylar neticesinde kazanılmıştır¹. İnsan onuru kavramı, genel özgürlük hakkı ya da genel eşitlik hakkı gibi temel münferit hakların aksine, sadece yaşamın belli ve somut bir alanını değil, yaşamın tümünü kapsamaktadır. Bu bakımdan insan onuru kavramı belli bir somut davranışa özgülünmüş değildir².

İnsan haklarının kaynağını, insanın ahlaki değerleri oluşturmakta, insan onuru ise bu ahlaki değerlerin ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmektedir³. Bu anlamda insan onuru, insan haklarının temelini oluşturmakla birlikte insanı insan yapan ve onu diğer canlılardan ayıran bir öz değerdir⁴.

İnsan onuru, düşünme yeteneğine sahip ve ahlaki değerleri olan insanın, bir diğerine göstermekle mükellef olduğu saygının temelini oluşturan kişisel değeri ifade eder. Bahse konu bu kişisel değer, insanın kendine duyduğu öz saygıdır. Bu değere saygı göstermek ve onu korumak da devletin görevleri arasındadır⁵. Başka bir deyişle, günümüz anlayışında, insan onuru kavramı kamu düzeninin bir unsuru olarak kabul

¹ İlyas Doğan, “Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 13, 2005, s. 53.

² Oğuz Şimşek, **Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 1999, s. 51.

³ Nihat Bulut, “Eski Yunan’dan Aydınlanma Çağı’na İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Bir Bakış”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XII, S. 3-4, 2008, s.2; Gökçe Gültekin Yılmaz, **İşkence ve Kötü Muamele Yasağında Cezasızlık Sorunu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 35.

⁴ Muhammet Fatih Kafadar, “Hukuk, Sivil Toplum ve Demokrasi: ‘İnsan Onuru’”, **Umut Vakfı Araştırma Merkezi, 3. Hukukun Gençleri Sempozyumu**, Antalya, 11-12 Ekim 2013, s. 2.

⁵ Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, Yenilenmiş 14. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021, s. 85.

edilmektedir. Bu nedenle kolluk makamları, insan onurunu korumak amacıyla kolluk işlemleri yapabilir⁶.

Hukuk devletinde insan onurunun dokunulmazlığı kuralı, suçlunun cezalandırılmaması pahasına korumayı gerektirmektedir. Öyle ki, hukuk devletinde insan onuruna aykırı, iradi karar verme hakkına ve verdiği karara uygun hareket edebilme kabiliyetine hâlel getirebilecek her türlü davranış ceza yargılamasında yasaktır⁷. Bu bakımdan devlet öncelikle insanın, insan olarak belli bir değere sahip olduğunu kabul etmeli ve bunun gereği olarak sahip olduğu hak ve özgürlükler ve bu hak ve özgürlüklerin kullanılabilmesi noktasında gerekli tüm çabayı göstermelidir⁸.

Konumuz özelinde değerlendirildiğinde, AİHS’te bulunan hakların temelinde yatan insan onuru kavramı, Sözleşme’nin 3. maddesindeki kötü muamele yasağında açıkça kendini göstermektedir. Sözleşmeye ilişkin literatürde bu maddenin insan onurunu korumaya yönelik olduğu belirtilir. Bunun yanı sıra AİHS’in başlangıç bölümünde, AİHS’in 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nde düzenlenen özgürlükleri somutlaştırmayı hedeflediği açıkça ifade edilmiştir. İHEB’in önsözünde ise insan onurundan söz edilmektedir. Aynı şekilde, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’ndeki özgürlükleri somutlaştırmak üzere hazırlanan Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin başlangıç metninin ilk cümlesi de insan onurundan bahsetmektedir⁹. Bu bakımdan insan onuru, Mahkeme için daha çok içtihatlarla ortaya çıkarılan bir özellik taşımaktadır. Bu durum ise kavramın normatif bir tanım üzerinden değil, hâkimlerin uygulamadaki ele alış şekli ile hukuki bir görünüm kazanmaktadır.

Mahkeme, istikrarlı kararlarında insan onurunun Sözleşme’nin özünü oluşturduğunu da açıkça ifade etmektedir. Bu bağlamda Bouyid/Belçika kararında *“‘Onur’ kavramı birçok uluslararası ve bölgesel metinlerde ve araçlarda*

⁶ Ayşen Seymen Çakar, “Hukuki Bir Kavram Olarak İnsan Onuru”, **Umut Vakfı Araştırma Merkezi, 3. Hukukun Gençleri Sempozyumu**, 11-12 Ekim 2013, Antalya, s. 3.

⁷ İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 128.

⁸ Çakar, s. 7.

⁹ Yüksel Metin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklendiği Pozitif Yükümlülükler”, **Uluslararası İlişkiler**, Cilt 7, Sayı 27, 2010, s. 117.

görülmektedir. Her ne kadar Sözleşme bu kavramdan bahsetmese de – yine de, her şartta ölüm cezasının lağvedilmesine ilişkin Sözleşme’ye Ek 13. Protokol’ün dibacesinde görülmektedir – Mahkeme, insan özgürlüğü ile birlikte, insan onuruna saygının Sözleşme’nin özünün bir parçasını teşkil ettiğini vurgulamıştır” şeklinde belirtilmiştir¹⁰.

AİHS’nin 3. maddesinin ihlali bakımından yapılan kötü muamelenin nitelendirmesinde Mahkeme, bu muamelenin insan onuruna saygıyı ne ölçüde ihlal ettiğine bakarak değerlendirmektedir. Bu hususu Gerçek ve Adıgüzel/Türkiye kararında “Özellikle özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere ilişkin olarak, Sözleşme’nin 3. maddesi, devlete, her tutuklunun insan onuruna saygıyla uyumlu koşullarda tutulmasını, tedbirin uygulanma koşullarının, ilgiliyi tutukluluğa ilişkin kaçınılmaz acı seviyesini aşan bir yoğunlukta sıkıntı veya ızdıraba maruz bırakmamasını ve tutukluluğun pratik gereklilikleri bakımından, tutuklunun sağlığının ve refahının, özellikle gereken tıbbi tedavilerin uygulanmasıyla, yeterli bir şekilde sağlanmasını temin etme yönünde pozitif yükümlülük getirmektedir” şeklinde ifade etmiştir¹¹.

1.1.2. Kötü Muamele Türleri

Kötü muamele, genel anlamda, bedence hissedilen, vücut dokunulmazlığı ve huzurunu ihlal eden davranışları ifade eder. Ancak kötü muamelenin gerçekleşmesi için doğrudan vücut dokunulmazlığının ihlali veya vücuda zarar verilmesi gerekli değildir. Başka bir deyişle, yalnızca vücut dokunulmazlığını ihlal eden davranışlar değil, akıl ve ruh sağlığına zarar veren bütün davranışlar kötü muamele kapsamındadır¹².

¹⁰ Bouyid/Belçika, B.N. 23380/09, 28.09.2015 tarihli karar, par. 89 için bkz. Web: [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22display%22:\[%220%22\],%22languageisocode%22:\[%22TUR%22\],%22appno%22:\[%2223380/09%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-163017%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22display%22:[%220%22],%22languageisocode%22:[%22TUR%22],%22appno%22:[%2223380/09%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-163017%22]}), (E.T. 03.03.2022).

¹¹ Gerçek ve Adıgüzel/Türkiye, B.N. 62114/11, 06.07.2021 tarihli karar, par. 65 için bkz. Web: <https://insanhaklari.gen.tr/MetinGoster.aspx?sr=1&nx=0&d=T>, (E.T. 10.02.2022).

¹² Üzülmüş, s. 130.

AIHS 3. maddesinin başlığı “*ışkence yasağı*”dır. Ancak içeriğinde ışkence ile insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele veya cezayı kapsayacak biçimde “*jenerik*” kavram olarak “*kötü muamele*” terimi kullanılmaktadır¹³. Bir eylemin, AIHS 3. maddede belirtilen yasağın asgari eşiğı aştığı belirlendiğinde, yani eylemin durumun mutlak surette gerekli kılmadığı şekilde gerçekleştiğı belirli ise, bu eylemin 3. madde kapsamında hangi kötü muamele türüne girmekte olduğı tespit edilir¹⁴. Bu durumda muamele hakkında AIHM’nin yerleşik içtihatlarında belirtilen ölçütlere göre bir nitelendirme yapılır.

İçtihat incelendiğinde¹⁵ AIHS 3. maddesi bakımından kötü muamele olarak dört tür yer almaktadır. Bunlar; ışkence, insanlık dışı muamele, aşağılayıcı muamele, insanlık dışı veya aşağılayıcı cezadır. Bir muamele, belirtilen bu ihlallerden birinin kapsamına girebileceğı gibi AIHM içtihadına göre genel anlamda doğrudan 3. madde ihlali olarak da değerlendirilebilmektedir¹⁶.

Çalışmanın ikinci kısmında incelenmekte olan normatif düzenlemelere bakıldığında, neredeyse hiçbirinde, kötü muamele olarak adlandırılan insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele yahut ceza eylemleri ayrı olarak tanımlanmamıştır. Bu tanımlara ve içeriklerine ortaya konulan içtihatlar ile AIHM kararlarında yer verilmektedir¹⁷. Bununla beraber ışkence ve diğer kötü muamele türleri arasında bulunan ayrımı kesin çizgilerle tespit etmek de zordur. Bu nedenle bir muamelenin ışkence yahut kötü muamele oluşturduğunun saptanabilmesi için benimsenmesi gereken yapısal ilişkiler mevcuttur¹⁸.

¹³ Osman Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda ışkence ve Kötü Muamele Yasağı**, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 1.

¹⁴ Abdulkadir Yıldız, **Kötü Muamele İddialarının Etkili Soruşturulması Yükümlülüğüne İlişkin Türk Mahkeme Kararları Kaynakçası**, 1. Baskı, Altan Özyurt Matbaacılık, Ankara, 2019, s. 18.

¹⁵ Kötü muamele türlerinin sıralandığı ve hepsinin tek tek tanımlandığı ilk karar Komisyon tarafından çözüme kavuşturulan Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda/Yunanistan başvurusudur. Başvurunun incelemesi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ışkencenin Önlenmesi**, 1. Basım, Amaç Yayınları, İstanbul, 1990, s. 82-86.

¹⁶ Yıldız, s. 18.

¹⁷ Bülent Algan, **ışkence ile Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu**, Ankara Üniversitesi Basım Evi, Ankara, 2011, s. 21.

¹⁸ H. Gökçe Zabunoğlu, “AIHM Kararlarında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı ve Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 66, S. 3, 2017, s. 646.

Bu ilişkilerden ilki acı ve ızdırabın yoğunluğuna¹⁹ bağlı dikey ilişkidir²⁰. Bu ilişkide eylem, yoğunluğuna göre aşağılayıcı muamele, insanlık dışı muamele yahut işkence olarak nitelendirilir. İkincisi, işkenceyi diğer kötü muamele türlerinden başka unsurlarla ayırmasıdır. Burada işkence, diğer kötü muamele türlerine nazaran verdiği daha yoğun acı ve ızdırapla değil, özel amaç olması nedeniyle ayrılır. Üçüncüsü ise, bahse konu iki ölçütün de dahil olduğu karma bir ilişkidir. Bu ilişkiye göre, bir eylemin işkence olup olmadığını anlamak için öncelikle yatay ilişki ölçütü ile amacına bakılmalı, amaç bakımından işkenceye varmayan bir durum ise insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele yahut ceza olduğu sonucuna varılmalıdır. Ancak amaç açısından işkence olduğu sonucuna varılıyorsa, bu kez dikey ilişki ölçütüne göre eylemin işkence sayılacak ölçüde yoğun olup olmadığına bakılmalı ve buna göre nitelendirme yapılmalıdır²¹.

Çalışmanın konusu doğrultusunda AİHM'in içtihadında kullandığı ölçüte bakıldığında, AİHM'in değişen bir anlayış sergilediği gözlemlenmektedir. Mahkeme, ilk olarak İrlanda/Birleşik Krallık kararında kötü muamele türleri arasındaki ayrımı yaparken işkence terimi için çok ağır ve zalimane acılara neden olan kasıtlı insanlık dışı muameleler tanımını yaparak “*özel bir damga*” ile nitelendirmiştir²². Mahkeme, Selmouni/Fransa kararından itibaren ise görüş değişikliğine giderek eylemin amacı ve mağdurun çaresizliğini de gözetmiştir. Ancak bu görüş değişikliğine rağmen acı ve ızdırabın yoğunluğunu ölçüt alan yeni kararları da mevcuttur²³. Bu nedenle belirtilmelidir ki AİHM, kötü muamele türlerini nitelendirirken, farklı davalarda

¹⁹ Nitekim AİHM, verdiği kararların bir kısmında 3. maddede belirtilen kavramları açıklarken “eğer bir ceza veya muamele, mağdurda korku, acizlik veya değersizlik duygusu uyandırıyor, onun onurunu zedeleyici ve küçük düşürücü nitelik taşıyorsa ‘*alçaltıcı*’; bedensel veya ruhsa yönden şiddetli acı meydana getiriyorsa ‘*insanlık dışı*’ sayılır. Buna karşılık ‘*işkence*’ her ikisinin nitelikli ve daha ağır biçimidir. Buradan hareketle, alçaltıcı ceza veya muamele AİHS’ne yönelik en hafif; işkence ise en ağır ihlal durumunu oluşturmaktadır” ifadeleriyle tanımlamasının acı ve ızdırabın yoğunluğuna bağlı olduğunu vurgulamıştır. Açıklama için bkz. İlyas Doğan ve Mehmet Kaya, **İstanbul Protokolü ve İşkencenin Önlenmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 85.

²⁰ “*Dikey*” ilişki ifadesini kullanan Malcolm Evans’tan aktaran Kerem Altıparmak, “Anayasa Mahkemesinin Zor Sorusu: İşkence ve Kötü Muamele, Ama Hangisi?”, **Anayasa Yargısı**, C. 31, S. 1, 2015, s. 160.

²¹ Zabunoğlu, s. 647. Aynı doğrultudaki Rodley’nin yorumu için bkz. aktaran Altıparmak, s. 165.

²² İrlanda/Birleşik Krallık, B.N. 5310/71, 18/01/1978 tarihli kararın ilgili paragrafı için bkz. Doğru, **İşkence**, s. 17.

²³ Altıparmak, s. 168. Benzer yöndeki kararlara örnek olarak Stefanou/Yunanistan, B.N. 2954/07, 22.04.2010; Saba/İtalya, B.N. 36629/10, 01.07.2014; Bouyid/Belçika, B.N. 23380/09, 28.09.2015; Dedovskiy ve Diğerleri/Rusya, B.N. 7178/03, 15.05.2008.

maruz kalınan muamelenin mahiyetine, amacına, şiddetine, hadisenin özelliği ve mağdurun kişiliğine göre farklı kararlar vermektedir²⁴.

Ancak belirtmek gerekir ki AİHM, kimi zaman kişinin maruz kaldığı muamele eğer işkence olarak değerlendirilemeyecek ağırlıkta ise diğer kötü muamele türlerinden hangisini ya da hangilerini oluşturduğuna dair bir atıfta bulunmadan doğrudan 3. maddenin ihlaline de hükmetmektedir²⁵.

1.1.2.1.İşkence

İşkence, Farsça kökenli bir sözcük olup kelime tanımı “düşüncelerini öğrenmek amacıyla birine uygulanan eziyet”²⁶ olarak belirtilmiştir. Hukuki anlamda ise işkencenin hangi unsurları içerdiği ve buna bağlı olarak tanımı konusunda yeknesak bir görüş bulunmamaktadır.

Bu bakımdan işkencenin geçmişten günümüze seyri incelendiğinde daha çok ikrar elde etmek için uygulandığı görülmektedir²⁷. Ancak beyanların verilmesinde gönüllülük esastır. Kimse zorbalıkla kendini suçlamaya zorlanamaz. Bu anlamda AİHM’in Sözleşme’nin 6. maddesine atıfla içtihaden oluşturmuş olduğu ve evrensel bir ilke haline gelen “kendini suçlayıcı delil sunmaya zorlanmama” yükümlülüğü mevcuttur²⁸. Tüm bu gerekçelerle işkencenin unsurlarının belirtilmesi önem arz etmektedir.

Sözleşme incelendiğinde 3. maddede açıkça yasaklanan ilk fiil işkencedir. Ancak işkencenin, Sözleşme metninde bir tanımı yapılmadığı gibi AİHM tarafından

²⁴ Doğan ve Kaya, s. 8.

²⁵ Ömer Anayurt, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 1, 2008, s. 428.

²⁶ <https://sozluk.gov.tr/>, (E.T. 04.03.2022).

²⁷ Kavramın kapsamı ve geçmişten bugüne seyrinin detaylı incelemesi için bkz. Güner Akyazı, “Adil Yargılanma Hakkı ve İşkence”, **Ankara Barosu İnsan Hakları Komisyonu Yayınları**, Ankara, 2001.

²⁸ Avrupa Konseyine üye devletler sanığın haklarını 7. Protokolde düzenlerken “*kendini suçlamaya zorlanamama hakkını*” da düzenlemeyi tartışmışlar fakat eklememişlerdir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihadı ile bu boşluk doldurulmuştur. Kendini suçlamaya zorlanamama hakkı, Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin 14/3-e maddesi ile açıkça güvence altına alınmıştır. Detaylı açıklamalar için bkz. Ali Tanju Sarıgül, “Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katılma Yükümlülüğüne Getirilen Sınır-Nemo Tenetur Seipsum Accusare İlkesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 153, 2021, s. 44.

da tam anlamıyla bir tanımı yapılmamış, sadece unsurları ortaya konulmuştur. Bu konuda AİHM, çalışmanın ilk bölümünde belirtilen 1987 yürürlük tarihli BM İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme metni 1. maddede bulunan tanımı²⁹ kısmi olarak benimsemiştir³⁰. Bu tanım “...bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözetken herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatıyla uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırap veren bir fiil anlamına gelir” şeklindedir³¹.

AİHM’in işkenceyle ilgili ilk olarak yaptığı inceleme, 1956 yılında Yunanistan’ın İngiltere’ye yönelik olarak, kolonisi olan Kıbrıs’ta uyguladığı kırbaç cezası ve diğer toplu cezalandırma yöntemleri nedeniyle yaptığı şikâyetidir. AİHM, 1969 yılında beş taraf ülkenin Yunanistan’ı şikâyeti ile ilk kez işkence ile insanlık dışı ve onur kırıcı muamele arasında bulunan farkları ortaya koymuştur³². AİHM içtihadında, işkence ile diğer kötü muamele türleri arasında mevcut olan ayrımın “yapılan eziyetin yoğunluğundaki fark” bağlamında yapılması gerektiği belirtilmiştir. Bu yoğunluk ise “süre, fiziksel ve zihinsel etkisi, mağdurun cinsiyeti, yaşı, sağlık durumu, muamelenin uygulanma şekli ve yöntemi” gibi kriterler etrafında belirlenebilir. Yani objektif olarak yeterli düzeyde acı veren ağırlığa ulaşan muameleler işkence olarak kabul edilmelidir³³. Önemli olan, eylemin mağdurda meydana getirdiği yoğun acı ve ızdıraptır. Bu nedenle uluslararası insan hakları hukukunda işkence için sistematiklik unsuru aranmamaktadır³⁴. Özetle, AİHM önce söz konusu eylemin insanlık dışı veya aşağılayıcı olup olmadığını değerlendirir ve sonra söz konusu eylemin işkence olarak nitelendirilecek kadar ağır olup olmadığını

²⁹ AİHM *Selmouni/Fransa* kararından itibaren bu tanımını kullanmaya başladığına dair görüşü için bkz. Altıparmak, s. 157.

³⁰ Yıldız, s. 18.

³¹ Web: <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/19895.pdf>, (E.T. 17.12.2021).

³² Algan, s. 21.

³³ Yıldız, s. 19.

³⁴ Anayurt, s. 434.

saptar³⁵.

Bu konuda AİHM'in işkenceyi ilk defa tanımladığı İrlanda / Birleşik Krallık kararı aydınlatıcı konumdadır. Şöyle ki: *“Beş tekniğin³⁶ işkence olarak nitelendirilmesi gerekip gerekmediğini belirlemek için Mahkemenin 3. maddedeki bu kavram ile insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele kavramı arasındaki ayırımı gözetmesi gerekmektedir. Mahkemeye göre bu ayırım özellikle çekilen acının yoğunluğundan kaynaklanmaktadır. Aslında Mahkeme, bir yandan hem ahlaki bakımdan hem de sözleşmecî devletlerin ulusal hukuk sistemlerinde mahkûm edilen fakat Sözleşmenin 3. maddesi kapsamına girmeyen şiddetin mevcut olması halinde, sözleşmenin amacının, ‘işkence’ ve ‘insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele’ arasındaki ayırımda, birinci ifade ile çok ciddi ve zalimane ıstıraba sebebiyet veren kasti olarak yapılan insanlık dışı muameleye vurgu yapmak olduğu anlaşılmalıdır. Bununla birlikte, ‘işkenceyi, kasten yapılan ve acımasız, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ya da cezadır’” şeklinde tanımlayan Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 9 Aralık 1975 tarihli ve 3452 (XXX) sayılı Tavsiye Kararının 1. maddesinin altında yatan düşünce budur. Birlikte uygulanan beş tekniğin hiç şüphesiz, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele oluşturmuş olmasına, amaçlarının itiraf, başkalarının isimlerini elde etme olmasına ve sistematik olarak uygulanmış olmalarına rağmen, bunların, işkence kelimesinin içerdiği özel yoğunluk ve zalimlikteki acıya neden olmadıkları görülmektedir”³⁷. Sonuç olarak işkencenin, diğer kötü muamele türlerinden ayrımı yapılırken, yoğun bir acı içermesi, kasten yapılması ve özel bir amaç uğruna yapılması özellikleri aranmaktadır.*

Ancak AİHM'in bu unsurları aramadığı kararları da vardır. Örneğin, yakalama sırasında kullanılan şiddetin ağırlığı nedeniyle işkence sonucuna vardığı İlhan/Türkiye

³⁵ Gilles Dutertre, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar**, Avrupa Konseyi Yayınları, 2003, s. 58.

³⁶ “Bahsedilen beş teknik: 1) Duvar dibine dikme, 2) Başlık geçirme, 3) Sürekli ve şiddetli bir şekilde gürültü verme, 4) Uyumtama, 5) Yiyecek ve içecek vermeme şeklinde mağdurlardan ifade almak amacıyla uzun süreli uygulanan muameleleri ifade etmektedir” açıklaması için bkz. M. Aydoğan Özman, “Avrupa İnsan Hakları Divanının 1978 Yılında Verdiği Kararlar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 35, S. 1, Ankara, 1978, s. 200.

³⁷ İrlanda / Birleşik Krallık, B.N. 5310/71, 18.01.1978 tarihli karar için bkz. Tuğçe Duygu Köksal, **Kötü Muamele İddialarının Etkili Soruşturulmasına İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kaynakçası**, 1. Baskı, Altan Özyurt Matbaacılık, Ankara, 2019, s. 30.

kararında kast unsurunu değerlendirmeye almamıştır. Karara konu hadisede, 26 Aralık 1992’de Mardin Aytepe köyüne yaklaşmakta olan güvenlik güçlerinden saklanmaya çalışan Abdullatif İlhan’ın jandarmalar tarafından kafasına vurulması sonucu beyni hasar görmüştür³⁸. AİHM, hükümetin, yakalama sırasında başvurusunun kaçarken düşerek yaralandığı yolundaki savunmasını ikna edici bulmamıştır. AİHM verdiği kararda fiilin ağırlığını dikkate alarak ve kast unsuru üzerinde durmayarak başvurucuya uygulanan muameleyi işkence kapsamında değerlendirmiştir.

AİHM’in gözetiminde işkence yapıldığına dair verdiği ilk karar olan ve başvurusunun maruz kaldığı muamelenin ancak işkence olarak sınıflandırılabilceği karar, Aksoy/Türkiye kararıdır. PKK’ya yardım ve yataklık suçundan Mardin Kızıltepe ilçesinde gözetimine alınan ve Mardin Emniyet Müdürlüğü’nde 14 gün gözetiminde tutulan Zeki Aksoy’un, gözetiminde “Filistin askısına” tabi tutulduğunu, başka bir deyişle çırılçıplak soyularak, elleri arkadan bağlı bir biçimde kollarından asıldığına tespit edildiğini hatırlatan Mahkeme, yapılan muamelenin işkence olarak nitelendirilebilecek kadar ağır ve zalimce bir muamele olduğunu kabul etmektedir³⁹.

Ancak AİHM bu karardan sonra vermiş olduğu Selmouni/Fransa kararından itibaren içtihadını değiştirmiş ve geliştirmiştir⁴⁰. Kararda “...bu davada Bay Selmouni’ye uygulanan “acı veya ezanın” BM Sözleşmesi’nin 1. Maddesi anlamı çerçevesinde “ağır” olarak tanımlanıp tanımlanmayacağını belirlenmesi gerekmektedir. Mahkeme, bu “ağır” olmak koşulunun da aynen 3. Madde’nin uygulanabilmesi için gerekli olan “asgari ağırlık” koşulu gibi, eşyanın tabiatı itibarıyla göreceli olduğu ve uygulamanın süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ve bazı durumlarda mağdurun cinsiyeti, yaşı ve genel sağlık durumu vb. gibi davanın tüm koşullarına bağlı olduğu görüşündedir. Mahkeme, daha önceleri ancak işkence olarak

³⁸ İlhan/Türkiye kararı, B.N. 22277/93, 27.06.2000 tarihli karar için bkz. Dutertre, s. 33.

³⁹ Aksoy/Türkiye, B.N. 21987/93, 18.12.1996 tarihli karar ve “Mahkeme’nin görüşüne göre, bu muamele ancak kasıtlı olabilirdi; gerçekten de bu uygulama için belli bir hazırlık ve çaba gerekliydi. Bu muamelenin uygulanma amacının, başvurusundan bilgi almak veya kendisini itirafa zorlamak olduğu düşünülebilir. O anda yol açtığı şiddetli acının yanı sıra, gerçekleştirilen uygulama tıbbi delillere göre de her iki kolda belli bir süre devam eden felce sebep olmuştur. Mahkeme’nin görüşüne göre, bu muamele o kadar ciddi ve zalimaneydi ki ancak ve ancak işkence olarak tanımlanabilirdi” çevirisi için bkz. Dutertre, s. 58.

⁴⁰ Altıparmak, s. 157.

tanımlanabilecek muamelenin uygulandığını saptadığı davalara bakmıştır. Ancak, Sözleşme'nin "bugünün koşullarına göre yorumlanması gereken yaşayan bir belge" olduğu dikkate alındığında, Mahkeme geçmişte "işkence" yerine "insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele" olarak tanımlanmış olan bazı eylemlerin gelecekte farklı şekilde tanımlanabileceğini düşünmektedir. Mahkeme'nin görüşüne göre, insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması alanında giderek daha yüksek standartların gerekli hale gelmesi, demokratik toplumların temel değerlerini ihlâl eden eylemlerin değerlendirilmesinde kaçınılmaz olarak daha kesin bir kararlılığı gerekli kılmaktadır"⁴¹.

AIHM'in hangi muameleleri işkence kapsamında değerlendirdiğine ilişkin içtihadı incelendiğinde, Aydın/Türkiye kararında, başvuranın çırılçıplak soyularak dövülmesi, bir tekerleğin içine oturtularak döndürülmesi, üzerine tazyikli su sıkılması ve ardından tecavüz edilmesi iddialarını⁴²; Dikme/Türkiye kararında kendisinden işlediği şüphelenilen suçlar hakkında ikrar yahut bilgi elde etmek amaçlı olarak art arda çeşitli kereler darp ve cebir kullanılması, tamamen izolasyon içerisinde tutulması ve ek bir etken olarak da sorgulama sırasında gözlerinin uzun süreli bağlanması⁴³; Akkoç/Türkiye kararında, vücudun değişik bölgelerine özellikle cinsel organlara yönelik elektrik şoku uygulama, çırılçıplak soyarak polisler karşısında yürümeye zorlama ve zaman zaman cinsel tacize uğrama, çıplak fotoğrafının çekilmesi, tazyikli su sıkılması, vücudunun bazı bölgelerine darp, kapıya kelepçeyle iki gün boyunca bağlı tutma, çocuklarına kötü muamelede bulunacağına dair tehditleri⁴⁴; Elçi ve Diğerleri/Türkiye kararında, terör örgütü PKK'ya bağlantılı olduğu gerekçesiyle gözaltında sorguları sırasında bilgi edinmek amacıyla ağır hakaret, darp, çırılçıplak soyulup dondurucu tazyikli su dökülmesi⁴⁵ eylemlerini işkence olarak nitelendirmiştir.

⁴¹ Selmouni/Fransa, B.N. 25803/94, 28.06.1999 tarihli karar par. 87 için bkz. Dutertre, s. 60. Benzer nitelikte tanımlı içeren kararlar için bkz. Salman/Türkiye, B.N. 21986/93, 27.06.2000; Dikme/Türkiye, B.N. 20869/92, 11.07.2000.

⁴² Aydın/Türkiye, B.N. 23178/94, 25.09.1997.

⁴³ Dikme/Türkiye, B.N. 22947/93, 10.10.2000.

⁴⁴ Doğan ve Kaya, s. 84

⁴⁵ Elçi ve Diğerleri/Türkiye, B.N. 23145/93, 13.11.2003 tarihli karar ve "Dikey formülün Selmouni kararı sonrasında hala kötü muamele türlerini ayırmak için kullanıldığı örneklerden biridir" yorumu için bkz. Anayurt, s. 433.

Somut olaya özgü bu değerlendirmeler sonucu belirtmek gerekir ki AİHM, işkencenin kapsamı hususunda da “dinamik yorum” ilkesini kullanmakta ve bir davranışın maddede anılan kötü muamele türlerinden hangisi olduğunu “günün koşulları ışığında” incelemektedir. AİHM, bu hususta 25 Nisan 1978 tarihinde verdiği çocuk suçluya uygulanan üç sopa darbesi şeklindeki fiziksel cezayı içerir Tyrer/Birleşik Krallık kararında “AİHS’in günümüz koşulları ışığında yorumlanması gereken canlı bir enstrüman olduğuna işaret ederek, çocuk suçlulara yargı yoluyla dayak cezası verilmesinin, 1956 yılında kabul edilebilir olmasına rağmen, 1978’deki AİHS standartları uyarınca artık kabul edilemez olduğu”nu belirterek değişen sosyal değerlere ve standartlara cevap vereceğini vurgulamıştır⁴⁶. Bu nedenle daha önce 3. maddeye aykırı bulunmayan bir muamele ya da ceza daha sonra insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ya da ceza olarak değerlendirilebilmektedir⁴⁷. Başka bir deyişle AİHM bunu Selmouni/Fransa kararında “...kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasında benimsenmesi gereken standartların oldukça yüksek olması gerekir. Demokratik toplumun temel değerlerinin çiğnenmesi karşısında oldukça sağlam bir tavır sergilenmelidir” şeklinde görüş belirterek insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele olarak değerlendirilen bazı muamelelerin zamanla işkence olarak nitelendirilebileceğine işaret etmiştir⁴⁸.

1.1.2.2. İnsanlık Dışı Muamele

İnsanlık, başkalarına duyulan saygıyı, iyilik severliği, insana yaraşır yaşama ve düşünme ilkesini ifade eder⁴⁹. İnsanlık dışı muamele ise, kişiliği önemli derecede zedeleyen, insanca olmayan ve insana yakışmayan her türlü fiili ifade eder. Bunları, kişinin insan olmasından kaynaklı haklarına saldırı niteliğindeki muameleler olarak tanımlamak da mümkündür⁵⁰.

Bu kötü muamele türü, mağdurun aşırı sıkıntı yaşamasına sebep olup üzüntü ve ıstırap veren ve kasıtlı olarak uygulanan bir eylemdir. Danimarka, Norveç, İsveç ve

⁴⁶ Yaşar Çor, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Sözleşme Kapsamında İşkence Görmeme Hakkına Bakış Açısı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 75, 2008, s. 87.

⁴⁷ Anayurt, s. 428.

⁴⁸ Doğan ve Kaya, s. 8.

⁴⁹ Web: <https://sozluk.gov.tr/>, (E.T. 14.03.2021).

⁵⁰ Üzülmüş, s. 115.

Hollanda/Yunanistan kararında Komisyon, insanlık dışı muamele kavramını, isteyerek yapılmış, kasti olarak şiddetli fiziksel veya ruhsal eziyet veren gayri meşru muamele olarak tanımlamıştır⁵¹. AİHM tarafından insanlık dışı olarak kabulünün sebebi ise kasıt içermesi, kesintisiz ve uzunca bir süre uygulanması, bedensel yaralanma yahut ruhsal eziyete neden olmasıdır. Burada mağdurlar şiddetli kötü muameleye maruz kalmakla birlikte, uygulanan muamelenin yoğunluğu işkence sınıflandırmasına varacak düzeyde değildir⁵².

Ruhsal eziyete neden olan insanlık dışı muamelenin somutlaştırılması bakımından AİHM'in Kurt/Türkiye kararında başvuran, oğlunun devlet yetkililerinin elinde kaybolmasından dolayı kendisinin, insanlık dışı ve kötü muamele mağduru olduğunu ileri sürmüş ve sonuçta oğlunun tutuklandığından haberdar olduğu belirlenmişse de daha sonraki durumuna ilişkin olarak uzun bir süre boyunca hiçbir resmi bilgi sahibi olamama endişesi içinde bırakılmıştır⁵³. Bu konuda AİHM, *“Yukarıda betimlenen koşullar ve şikâyetçinin bir insan hakları ihlali mağdurunun annesi ve endişe ve sıkıntıları karşısında makamların duyarsızlığının mağduru olduğu dikkate alındığında, Mahkeme, savunmacı devletin, bu başvuran bakımından 3. maddeyi ihlal etmiş olduğu sonucuna ulaşmaktadır”*⁵⁴.

AİHM'e göre, mağdura verilen fiziksel veya ruhsal acı ve ıstırap *“özel olarak ağır nitelikte”* değilse, kastı ne olursa olsun, işkence kapsamında değil insanlık dışı muamele kapsamındadır. AİHM'in işkence ile insanlık dışı muamelenin ayırımında kullandığı temel ölçüt budur. Nitekim AİHM, Elçi ve Diğerleri/Türkiye kararında gözüaltındaki bazı başvuruçular açısından işkence, bazı başvuruçular açısından ise *“özel olarak ağırlık”* kategorisine erişmediğinden insanlık dışı muamele ihlali kararı vermiştir⁵⁵.

⁵¹ Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda/Yunanistan başvurusu metni için bkz. Gemalmaz, **İşkence**, s. 82-86.

⁵² Yıldız, s. 19.

⁵³ Köksal, s. 39.

⁵⁴ Kurt/Türkiye, B. N. 24276/94, 25.05.1998 tarihli karar, par. 116-117.

⁵⁵ Anayurt, s. 432. Ayrıca Elçi ve Diğerleri/Türkiye, B.N. 23145193, 13.11.2003 tarihli karar için bkz. Cengiz/Demirağ/Ergül/McBride/Tezcan, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Şen Matbaa, Ankara, 2008, s. 35.

Ayrıca AİHM; asgari eşik ilkesi gereği, somut olayın özelliklerine göre, kuvvet kullanmayı bireyin kendi hareketlerinin zaruri bir sonucu olarak meydana gelmesi halinde AİHS 3. madde ihlali olarak görmeyebilir. Fakat Ali Güneş/Türkiye kararında, NATO’yu protesto eylemi sırasında gözaltına alınırken iki polis memuru tarafından kollarından tutulduğu ve bu polis memurlarından biri tarafından, yakın mesafeden ağzına ve burnuna biber gazı sıkıldığı iddiası ile ilgili olarak bu gaz sıkma eyleminin, gazın ortaya çıkardığı etkiler ve potansiyel sağlık riskleri dikkate alınarak başvurucuda yoğun fiziksel ve ruhsal acıya yol açtığını ve başvurucuyu küçük düşürecek ve alçaltacak korku, elem ve aşağılama duygularına neden olduğuna karar vermiştir⁵⁶. Dolayısıyla başvurucuya gaz sıkılmasını dahi, durumun özelliği nedeniyle AİHS madde 3 anlamında insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olarak nitelendirmiştir.

Sonuç olarak bir muamelenin insanlık dışı olduğunu belirlemek için, kötü muamele niyeti, fiziksel veya ruhsal ciddi acı ve bu acı için haklı bir gerekçenin bulunması gerekmektedir⁵⁷.

1.1.2.3. Aşağılayıcı Muamele

Aşağılamak; küçültücü davranışlarda bulunmak, hor görmek⁵⁸, onurunu kırmak ve saygınlığını sarsmaktır. Aşağılayıcı muamele ise kişinin itibar, onur ve şerefini zedeleyen davranışları ifade etmektedir. Kişinin nerede ve ne şartta olursa olsun sırf insan olmasından kazandığı değeri yok sayan her hareket aşağılayıcı muameledir⁵⁹.

Bu kötü muamele türü de mağdurda korku, keder ve aşağılanma hisleri uyandırıp onurlarını kırma ve küçük düşürmeye yönelik eylemleri içerir. Bu kapsamda, mağdurun fiziksel ve zihinsel olarak direncini kırmak, mağduru iradesi

⁵⁶ Ali Güneş/Türkiye, B.N. 9892/07, 10.04.2012.

⁵⁷ Sabahattin Nal, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İşkence ve İnsanlık Dışı Muamele veya Küçültücü Muamele veya Ceza”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 19, S. 1-2, s. 532.

⁵⁸ Web: <https://sozluk.gov.tr/>, (E.T. 14.03.2021).

⁵⁹ Haysiyet kırıcı, aşağılayıcı ve küçültücü muameleler aynı değeri korumaktadır. Kısaca, bu ifadeler arasında herhangi bir anlam farklılığı bulunmamaktadır. Değerlendirmesi için bkz. Üzülmüş, s. 120.

dışında hareket etmeye yöneltmek eylemleri de vardır⁶⁰.

AIHM, böbrek yetmezliği de dahil olmak üzere birçok sağlık sorunu olan başvurana karşı, hukuk davası sırasında mahkemeye hakaret suçunu işlediğinden hâkim tarafından yedi gün tutuklanmasına karar verilmesine ilişkin Price/Birleşik Krallık kararında aşağılayıcı muamele ve unsurlarını şu şekilde açıklığa kavuşturmuştur: “*Mahkeme, 3. madde kapsamına girmesi için, kötü muamelenin asgari bir ağırlık düzeyine ulaşmış olması gerektiğini hatırlatmaktadır. Bu asgari düzeyin değerlendirilmesi görecelidir ve muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ve bazı durumlarda mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi davanın tüm koşullarına bağlıdır. Bir muamelenin, 3. madde bağlamında ‘aşağılayıcı’ olup olmadığını değerlendirirken Mahkemenin dikkate alacağı faktörlerden biri de amacının ilgili kişiyi rencide etme ve aşağılama olup olmadığıdır. Bununla birlikte, böyle bir amacın bulunmaması, 3. maddenin ihlali sonucunu devre dışı bırakmaz*”⁶¹.

Yine AIHM tarafından verilen çarpıcı bir karar olan Elberte/Letonya kararı başvurucunun bilgisi veya onayı alınmadan, eşinin vefatı sonrasında adli tıp uzmanlarınca, eşinin vücudundan bazı dokuların alınması ile alakalıdır. Başvuran, devlet onaylı sözleşme gereğince, eşine gerçekleştirilmiş olan otopside sonradokunun alınması ile ilgili olarak Almanya’da bulunan bir ilaç şirketine biyoimplantların meydana getirilmesi için gönderildiğine dair herhangi bir bilgi sahibi değildir. Başvuran, eşi vefat ettikten yaklaşık 2 sene sonra, kadavra içerisinden eşinin organ ve dokularının büyük ölçüde yasal olmayan yollardan alınmış olması iddialarına yönelik Letonya’da ceza soruşturması başlatıldığında, yaşanan bu durumun farkına varmıştır. Fakat, yetkili merciler suç unsuruna rastlanılmadığını belirtmişlerdir. Başvuran, bilhassa eşinin vücudundan dokuların alınmasından, ilk olarak rızasının bulunmadığını belirtmiş ve şikâyetinde bulunmuştur. Kendisi, bununla birlikte, otopside sonradokularının birbirine bağlı bir biçimde kendisine geri verilmesi, eşinden dokuların alınması bakımından belirli olmayan bir durum içerisine sokulduğundan ruhsal manada acı duymasından şikâyetçi olmuştur. Bu konuda AIHM,

⁶⁰ Yıldız, s.19.

⁶¹ Price/Birleşik Krallık, B.N. 33394/96, 10.07.2001 tarihli karar, par. 24-30.

“... insan saygınlığına itibar gösterilmesi Sözleşmenin en temel parçasıdır; diğerlerinin yanı sıra Sözleşmenin 3. maddesi uyarınca da küçültücü kabul edilen bir muamele bir bireyi küçük düşürmekte ve insan saygınlığına saygı duyulmadığını göstermektedir. Başvurucunun ıstırabı yalnızca en yakın akraba olmasından doğan haklarının ihlal edilmesiyle ve Adli Tabiplikte tam olarak ne gibi işlemler yapıldığına dair kanıtlanmış belirsizliklerle bağlantılı olmayıp, ayrıca ölmüş eşinin vücuduna yapılan işlemlerin izinsiz olmasından ve bu konuyla ilgili en yakın akraba olarak çektiği acıdan da kaynaklanmıştır. Mevcut davada Mahkeme; başvurucunun maruz kaldığı ıstırabın hiç şüphesiz aşağılayıcı muamele sayılacağını ve Sözleşmenin 3. maddesine aykırı olduğunu”⁶² belirtmiştir.

AİHM’e göre bir davranışın aşağılayıcı muamele olması, yakalama esnasında, kişinin gereksiz yere kelepçelenmesi, yasal bir karar olmadan uygulanması, kişinin teşhir edilmesi ve şartların makul olarak gerekli kılacağı düzeyi aşan şekilde kuvvet kullanılmış olması durumunda meydana gelir. Bir kişinin herkesin gözü önünde kelepçelenmesine ilişkin olayın değerlendirildiği Raninen/Finlandiya kararında AİHM’in yorumu, burada değerlendirilmesi gereken hususun, eylemin o kişinin şahsiyetine bir saygı eksikliğini ortaya koyup koymadığı ve diğer amaçlar yanında ya da dışında, o kişiyi rezil etmeye yahut küçük düşürmeye yönelik olup olmadığıdır⁶³. Nitekim Erdoğan Yağız/Türkiye kararında başvurucu, oturduğu semtte ve ailesinin gözleri önünde, iş yerinde eli kelepçeli olarak halka teşhir edilmiştir. AİHM, bu durumu haklı kılan hiçbir koşulun bulunmaması nedeniyle, bu davanın koşulları içerisinde başvuranın kelepçeli olarak teşhirinin kendi evinde korku, panik ortamı oluşturmak ve onurunu zedelemek, aşağılamak ve muhtemelen öz güvenini kırmak amacını güttüğüne karar vermiştir⁶⁴.

Bir muamelenin aşağılayıcı olması için bu konuda başkalarının kanaat getirmesine gerek yoktur. Mağdurun kendi gözünde aşağılanması da Mahkeme için yeterlidir. Bu hususu polis memurlarının kendilerine tokat atması nedeniyle AİHS 3.

⁶² Elberte/Letonya, B.N. 61243/08, 13.01.2015 tarihli karar, par. 38 için bkz. Web: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Health_TUR.pdf, (E.T. 20.12.2020).

⁶³ Raninen/Finlandiya, B.N. 20972/92, 16.12.1997 tarihli karar için bkz. Dutertre, s. 218.

⁶⁴ Yağız/Türkiye, B.N. 27473/02, 06.03.2007 tarihli karar için bkz. Cengiz/Demirağ/Ergül/McBride/Tezcan, s. 23.

maddesinin ihlal edildiği başvurusunda bulunan Bouyid/Belçika kararında AİHM *“Asgari ciddiye seviyesine ulaşan kötü muamele genellikle fiilen mevcut olan cismani bir yaralanmayı veya yoğun fiziksel veya zihinsel acıyı içerir. Öte yandan, bunların söz konusu olmadığı halde dahi, muamelenin bireyi aşağılayan veya küçük düşüren, insan onuruna saygısızlık gösteren veya insan onurunu zedeleyen, veya korku, endişe veya aşağılık duygusu uyandıran nitelikte kişinin fiziksel ve duygusal direncini kırarak kabiliyette olması halinde, muamele aşağılayıcı olarak nitelenebilir ve 3. maddede düzenlenen yasağın kapsamına girebilir. Ayrıca vurgulanmalıdır ki mağdurun, başkalarının gözünde değil, kendi gözünde küçük düşürülmüş olması bile yeterli olabilir”* şeklinde ifade ederek maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır⁶⁵.

AİHM, İrlanda/Birleşik Krallık kararında, işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele kavramlarını tanımlarken ilke olarak eylem sonucu oluşan acının yoğunluğunu dikkate almıştır⁶⁶. Bu durumda aşağılayıcı muamele, AİHS 3. maddesinde belirtilen kötü muamelelerin en hafif basamağı⁶⁷ olmaktadır.

1.1.2.4. İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Ceza

AİHM’e göre, bir cezanın insanlık dışı veya aşağılayıcı ceza olarak nitelendirilmesi için, meşru bir cezadan farklı şekilde ve cezanın doğasında var olandan daha yoğun bir şekilde utanma ve ıstıraba yol açması gerekmektedir⁶⁸.

AİHM’in 25 Nisan 1978 tarihli Tyrer/Birleşik Krallık kararına konu olayda, başvuran 15 yaşında bir öğrenci olup Birleşik Krallık vatandaşıdır. Başvuran ve arkadaşları gittikleri okula alkol soktukları gerekçesiyle başka bir öğrenci tarafından okul yönetimine şikâyetle bulunulmuştur. Okul idarecileri bu olaydan dolayı başvuran ve arkadaşlarını kamışla darp etmiştir. Ardından başvuran arkadaşlarıyla birlikte

⁶⁵ Bouyid/Belçika, B.N. 23380/09, 28.09.2015 tarihli karar, par. 87.

⁶⁶ İrlanda/Birleşik Krallık, B.N. 5310/71, 18.01.1978 tarihli karar için bkz. Dutertre, s. 65; Özman, s. 201.

⁶⁷ Bu husus aşağılayıcı muamele kavramının azımsanması anlamını taşımamaktadır. Öyle ki, Komisyon Doğu Afrikalı Asyalılar/Birleşik Krallık kararında aşağılayıcı muamele yasağının genel amacının, insan onuruna yönelen, özellikle ciddi derecedeki müdahalelerin önlenmesi olduğunu belirtir. Bu anlamda örneğin, kişiyi rütbe, konum ya da şöhret bakımından alçaltıcı ya da bulunduğu grupta ırk temelli farklı muameleye tabi tutulması aşağılayıcı muamele kapsamına girmektedir. Karar ve değerlendirmesi için bkz. Gemalmaz, s. 97.

⁶⁸ Yıldız, s. 20.

şikâyetinde bulunan çocuğu darp etmişlerdir. Bu olaydan sonra çocuk mahkemesi, başvuranı, aynı okuldaki bir öğrenci arkadaşına müessir fiili gerçekleştirmekten dolayı suçlu bulup, kaba etine üç kez sopayla vurulması hakkında karar vermiştir⁶⁹. AİHM kararında, mezkûr cezanın işkence kavramına varan acı seviyesine ulaşmadığını ve yine bu cezanın insanlık dışı ceza olarak kabul edilebilmesi için çekilen acının belirli bir seviyede bulunması gerektiğini, ancak dayak cezasının bu düzeye ulaşmadığını, fakat “3. maddenin korumayı amaçladığı insan onuruna ve insanın fiziksel bütünlüğüne açık bir saldırı oluşturduğuna” karar vermiştir⁷⁰. “Mahkeme ceza yargılaması sonucunda bir kişinin ceza almasının onu küçültücü olabileceğini belirtir. Fakat, 3. madde açısından önem kazanan kişinin sadece ceza alması nedeniyle küçüldüğünü hissetmesi değil; ama cezasının icrası nedeniyle aşağılanmasıdır” denilmekle insanlık dışı veya aşağılayıcı cezanın mağdur açısından taşıdığı küçültme unsurundan daha yoğun bir ağırlık taşıması gerektiğini vurgulamıştır⁷¹.

Dolayısıyla kişinin vücut bütünlüğüne yönelik her türlü bedensel nitelikteki ceza, insanlık dışı ve aşağılayıcı cezadır. İnsanlık dışı ve aşağılayıcı kavramları arasındaki fark, cezanın mağdurdaki etkisinin yoğunluğundan kaynaklanmaktadır⁷². Bu bakımdan Komisyon’un yerleşik olan ve Mahkemece de benimsenen görüşü, “insanlık dışı” teriminin kullanılmasını haklı kılacak cezalar, “aşağılayıcı” teriminin kullanılabileceği cezalardan daha kötü olanlardır⁷³.

1.1.3.Kötü Muamele Yasağının Diğer Haklarla İlişkisi

1.1.3.1. Adil Yargılanma Hakkı

Adil yargılanma hakkı, AİHS’in 6. maddesinde düzenlenmiş olup temel, yerleşik ve evrensel bir insan hakkıdır. Adil yargılanma hakkı, temel ve evrensel bir

⁶⁹ Tyrer/Birleşik Krallık, Seri A No. 26, 25.04.1978 tarihli karar için bkz. Dutertre, s. 73. Bu kararda Komisyon cezanın aşağılayıcı olma unsurunun bedensel cezanın içinde mündemik olduğunu belirtmiş ve sıralamıştır. Komisyon’a göre yoğun ve acı veren bir ceza olmasa bile yetkililer eliyle verilen; infazı esnasında yargısal ve tıbbi güvenceler olmayan; kamuya açık olarak infaz edilen; suçu ile orantılı olmayan; kişiyi medeni haklarından yoksun bırakan cezalar kişiyi utanca boğacağından aşağılayıcı ceza özelliği taşır şeklindeki yorumu için bkz. Gemalmaz, s. 100.

⁷⁰ Çor, s. 88.

⁷¹ Doğru, s. 21.

⁷² Yıldız, s. 20.

⁷³ Gemalmaz, s. 100.

haktır. Çünkü gerek bölgesel düzlemde gerekse uluslararası alanda yapılmış birden çok Sözleşme’de düzenlenmiş bir haktır. Maddenin birçok düzenlemeye yer alması bakımından önemli olmasının nedenlerinden ilki AİHM’in önüne gelen davaların büyük çoğunluğunun adil yargılanma hakkı ihlalinin kaynaklanmasıdır. Diğer neden ise adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS’in 6. maddesinin, Sözleşme’nin en kapsamlı maddelerinden olmasıdır⁷⁴.

Devlet, adaletin tesisi adına gerekli tüm önlemleri almak pozitif yükümlülüğü altındadır⁷⁵. AİHS’e taraf olmuş devletlerin yargı sistemlerinin, Sözleşme’nin 6. maddesinin gerektirdiği uygulamaları yerine getirecek, uygun vasıtaları tercih etmesi bakımından geniş bir takdir yetkisinin bulunduğu bilinmektedir. AİHM’in görevi ise burada tercih edilen yöntemlerin meydana getirdiği neticelerin Sözleşme’ye uyup uymadığını belirlemektir⁷⁶. AİHM sıklıkla; geliştirdiği pozitif yükümlülükler kuramına başvurarak, özellikle adil yargılanma hakkı bakımından devletin pek çok yapma yükümlülüğü olduğunu ifade etmektedir⁷⁷. Bu yükümlülükler; kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılama, makul sürede yargılama, kamuya açık ve aleni bir yargılama, masumiyet karinesinden yararlanma, kendisine suç isnat edilen kişiye savunma ve müdafiden yararlanma haklarının tanınması yükümlülükleridir⁷⁸.

AİHM, Yiğitdoğan/Türkiye kararında, başvuranın işkence gördüğüne dair inandırıcı iddiaları karşısında derhal soruşturma başlatılmamış ve harekete geçilmemiş olmasını 3. maddenin usuli yönden ihlali olarak kabul etmişken; yargılama süresinin uzun olmasına ve avukat yardımından faydalanma hakkının sınırlandırılması

⁷⁴ Hüseyin Turan, “Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesindeki Yeri ve Önemi”, **TBB Dergisi**, S. 84, 2009, s. 213.

⁷⁵ Jean Francois Renucci, “Droit Europeen des Droits de l’Homme”, **Recueil Dalloz**, S. 2, 2012, s. 430.

⁷⁶ İbrahim Kaboğlu, **AİHM’nin Yorum Yöntemleri**, Ankara Barosu İnsan Hakları Sempozyum Kitabı, Ankara, 2007, s. 312.

⁷⁷ Muhammet Özkes, **Medeni Usul Hakkında Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 19.

⁷⁸ Sibel İnceoğlu, **Adil Yargılanma Hakkı**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 4, MRK Baskı, Ankara, 2018, s. 67 vd.

nedeniyle savunma hakkının kısıtlanmasına ilişkin ihlal iddialarını ise AİHS madde 6/1'in ihlali olarak kabul etmiştir⁷⁹.

Biyan/Türkiye kararında ise AİHM, başvuranın işkence gördüğüne ilişkin iddialarının bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanması yükümlülüğüne karşın Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde incelenmesi nedeniyle AİHS madde 6/1'in ihlal edildiği sonucuna varmıştır⁸⁰. Burada dikkat çeken husus, kötü muamele iddialarının bağımsız ve tarafsız yargı organlarınca yürütülmesi ilkesinin hem AİHS 3. madde ile 1. maddenin yorumundan doğan usuli yükümlülük hem de 13. maddedeki etkili başvuru hakkı bağlamında korunuyor olmasına rağmen 6. maddenin ihlalinin yeterli görülmesidir⁸¹.

Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında incelendiğinde, adil yargılanma hakkında delilin hukuka aykırılığı, hukuka aykırılığın hükme etkisi ve hukuka aykırı delillere dayanılıp dayanılamayacağı gibi hususlar AİHM tarafından geliştirilen içtihatlarla ortaya konulmaktadır. AİHS, hukuka aykırı herhangi bir delilin AİHS kapsamındaki bir hakkı ihlal etmesi durumunda dahi, bu delilin ceza yargılamasında kullanılıp kullanılmayacağı konusunda herhangi bir hüküm ihtiva etmemektedir⁸². Ancak Mahkeme, içtihadında istikrarlı bir şekilde hukuka aykırı delilin kullanılamayacağını belirtmektedir. Nitekim Örs ve Diğerleri/Türkiye kararında AİHM, kollukta kötü muamele sonucu alınmış ifadelerin delil olarak kullanılmasının adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir. Bu kararda Hükümetin savunması, kötü muamele sonucu alınmış olan ifadelerin dava dosyasında yer almakla birlikte, hükme esas alınmadığını, mahkemenin kararını dosyadaki diğer delillere dayanarak verdiğini belirtmişse de Mahkeme, hükümetin bu savunmasına itibar etmemiş, bu ifadelerin dosya içerisinde bulundurulmasının dahi adil yargılanma hakkını ihlal edeceğini belirtmiştir⁸³.

⁷⁹ Yiğitdoğan/Türkiye, B.N. 72174/10, 03.06.2014.

⁸⁰ Biyan/Türkiye, B.N. 56363/00, 03.02.2005.

⁸¹ Gizem Dursun, **İşkence Yasağı ve İşkenceyi Etkili Biçimde Soruşturma Yükümlülüğü**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 148.

⁸² Jason Coppel, **The Human Rights Act 1998: Enforcing the European Convention in the Domestic Courts**, John Wiley & Sons, 1999 s. 211.

⁸³ Örs ve Diğerleri/Türkiye, B.N. 46213/99, 20.06.2006.

İncelenen kararlar bakımından AİHS'in 3. ve 6. maddeye ilişkin değerlendirmeleri hakkında iki ayrı tespit yapmak mümkündür. İlki, kötü muameleye ilişkin inandırıcı ve savunulabilir bir iddia bulunmasına rağmen yetkili makamlar soruşturmaya başlamak için ivedi şekilde harekete geçmezse AİHM bu durumda 3. maddenin ihlali yönünde karar vermektedir. İkinci olarak ise kötü muamele yapıldığına dair soruşturma başlatılmış, ancak kanuna aykırı şekilde ilerlerse 6. maddenin ihlali yönünde karar vermektedir⁸⁴. Yukarıda detaylıca zikredilen delil yasaklarının ihlali hallerinde ise 3. ve 6. maddenin bir arada ihlal edildiği yönünde karar vermektedir.

Burada kötü muamele yasağının adil yargılanma hakkı ile ilişkisi bağlamında önemli tespitleri içeren Gäfgen/Almanya kararının da incelenmesi gerekmektedir⁸⁵. Karara konu olayda başvuru, 1 Ekim 2002 tarihinde polisler tarafından sorgulanırken; Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanan muamelelere tabi tutulduğunu ve sırf cezai soruşturmayı ilerletmek amacıyla AİHS 3. maddesi aleyhine kendini suçlandırmaya zorlandığını iddia etmiştir. Ayrıca başvuru delillerin toplanma tarzı nedeniyle ceza muhakemesinin devam etmemesini amaçlayan çok geniş bir başvuruda bulunarak adil yargılanma hakkını içeren AİHS madde 6'ya aykırı davranıldığını da belirtmiştir⁸⁶.

AİHM değerlendirmesinde, Sözleşme'nin 19. maddesi gereğince kendi görevinin, Sözleşmeciler devletlerin Sözleşme'ye karşı üstlendikleri taahhütleri yerine getirmelerini sağlamak olduğunu ve bu nedenle ulusal mahkeme tarafından yapıldığı

⁸⁴ Dursun, s. 149.

⁸⁵ Gäfgen/Almanya, B.N. 22978/05, 01.06.2010 tarihli karar için bkz. Web: https://www.anayasa.gov.tr/media/3572/1_gafgen-almanya.pdf, (E.T. 12.04.2020). Karara konu olayda; “Başvurucu 27 Eylül 2002 tarihinde, o tarihte on bir yaşında olan J.'ye ablasının ceketini kendisinin evinde unuttuğunu söyleyerek kandırması ve evine götürmüştür. Başvurucu daha sonra J.'yi boğarak öldürmüştür. Başvurucu daha sonra J.'nin anne babasının evine fidye isteyen bir not bırakmış, bu notta J.'nin kaçırıldığını ve kaçırılanlar tarafından bir milyon Euro istendiğini belirtmiştir. Bu notta ayrıca, çocuğu kaçırılanların bir milyon Euro'yu aldıktan ve ülkeden ayrıldıktan sonra, ailenin çocuğu yeniden görebilecekleri yazılmıştır. Başvurucu daha sonra J.'nin cesedini arabayla Frankfurt'tan yaklaşık bir saat uzaklıktaki Birstein yakınlarında bulunan ve özel bir mülk olan bir gölete götürmüş, burada iskelenin altına bırakmıştır. Başvurucu 30 Eylül 2002 gecesi 01:00 sularında fidyeyi tramvay istasyonundan almıştır. Bu andan itibaren polis başvurucağı izlemiştir. Başvurucu paranın bir kısmını bankadaki hesabına yatırmış ve bir kısmını da evde gizlemiştir. Aynı gün öğleden sonra Frankfurt havaalanında polis tarafından yüzükoyun yere yapıştırılarak yakalanmıştır”.

⁸⁶ Gäfgen/Almanya, B.N. 22978/05, 01.06.2010 tarihli karar için bkz. Web: https://www.anayasa.gov.tr/media/3572/1_gafgen-almanya.pdf, (E.T. 12.04.2020).

iddia edilen maddi veya hukuki hataların, Sözleşme'nin koruduğu hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olmadığı müddetçe incelemek görevinde olmadığını belirtir. Bu anlamda Sözleşme'nin 6. maddesini yorumlayan AİHM, maddenin adil muhakeme hakkını güvence altına almakla birlikte delillerin kabul edilebilirliği konusunda bir hüküm getirmediğini, bu nedenle konunun öncelikle ulusal hukuktaki düzenlemelerle çözülmesi gerektiğini belirtmiştir⁸⁷. Ayrıca Mahkeme, hadisede Bölge Mahkemesinin başvuru tarafından işlenen suçun işleniş biçimiyle ilgili olaylara dair tespitlerini, açıkça başvuru duruşma sırasında verdiği yeni ve tam ikrara dayandığını; dolayısıyla bu tespitlerin, başvuru kaçırma ve öldürme suçlarından mahkum edilmesinde belirleyici olduğunu dikkate almıştır. Belirtmek gerekir ki, duruşma sırasında ikinci ikrardan önce başvurucuya susma hakkının olduğu açıklanmış ve daha önce toplanan delillerin aleyhine kullanılmayacağı da vurgulanmıştır. Böylece Mahkeme, başvuru açısından bu durumun AİHS 3. madde ihlal edilmeden önceki haline döndüğüne kanaat getirmiştir⁸⁸. Hülasa AİHM, başvuruyla ilgili olayın özel koşulları içinde, kötü muamele uygulanarak toplanan söz konusu maddi delillerin dışlanması talebinin reddedilmesinin, başvuru mahkumiyeti ve cezası üzerinde bir etkisi bulunmadığından ve başvuru sanık haklarına ve kendini suçlamama hakkına da saygı gösterildiğinden, yargılamanın bir bütün olarak adil olduğunu kabul ederek AİHS'nin 6/1 ve 6/3 fıkralarının ihlal edilmediğine karar vermiştir⁸⁹.

1.1.3.2. Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması Hakkı

AİHS'nin 8/1 maddesine göre “*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir*”. Bu hüküm ile kişinin özel hayatı, aile hayatı, konut dokunulmazlığı ve haberleşme özgürlüğü güvence altına alınmaktadır. Devlet bu alana, aynı maddenin 2. fıkrasında belirtilen istisnai durumlar

⁸⁷ Gäfgen/Almanya, B.N. 22978/05, 01.06.2010 tarihli karar, par. 162 vd.

⁸⁸ Gäfgen/Almanya, B.N. 22978/05, 01.06.2010 tarihli karar, par. 179 vd.

⁸⁹ Murat Volkan Dülger, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Gäfgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi ile Elde Edilen Delillerin Kullanım Sorunu”, **TBB Dergisi**, S. 111, 2014, s. 391. Ayrıca detaylı başka bir inceleme için bkz. Pınar Palabıyık, “İşkence Tehdidi ile Ulaşılan Maddi Bulguların Delil Olarak Değerlendirilmesine İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Karar Tahlili (Gäfgen v. Almanya)”, **İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 2, 2016, 173 vd.

dışında, dokunamamakla yükümlü olduğu gibi bu alana yapılabilecek müdahaleleri önlemek için gerekli tedbirleri almakla da yükümlüdür.

AIHS'nin 8/1 maddesinde düzenlenen özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkının sınırları, aynı maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir⁹⁰.

Özel hayatın bir alt unsuru olan maddi ve manevi bütünlük AIHM kararlarında, fiziksel saldırıyı, tıbbi müdahaleyi, çevreden kaynaklanan gürültü ve koku gibi faktörleri kapsayabilmektedir. Kapsamı belirtilen bu kavramlar bakımından, hangi müdahalelerin Sözleşmenin 8. maddesinin ihlali olduğuna ilişkin Mahkeme kararlarının incelenmesi gerekmektedir⁹¹. Sözleşmenin hem 3. maddesi, hem de 8. maddesi tarafından korunan kişinin maddi ve manevi bütünlüğü konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi iki temel yaklaşım ortaya koymaktadır. Bunlardan ilki, asgari şiddet düzeyi aranan yaklaşımdır. Bu yaklaşıma bireyin maddi ve manevi bütünlüğünü ihlal eden bir muamele asgari şiddet düzeyine ulaşmamışsa, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılır. Örneğin Wainwright/Birleşik Krallık kararına konu olayda; bir yakınına ziyarete giden, ancak cezaevine uyuşturucu sokmaya çalıştığı iddia edilen başvurucu çıplak ve rektal aramaya maruz kalmıştır. Ancak AIHM, başvurucunun bu arama nedeniyle girdiği bunalımın yeterli şiddet düzeyine ulaşmadığından bahisle AIHS 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁹². İkinci yaklaşımda ise bireyin maddi ve manevi bütünlüğünü ihlal eden muamele belli bir asgari şiddet düzeyini geçmiştir. Ancak burada somut olayın koşullarına göre yalnızca 3. madde ihlalinden karar verilebileceği gibi⁹³ özellikle 2003 sonrası içtihat incelendiğinde hem 3. madde hem de 8. madde

⁹⁰ Ersan Şen, "Avrupa İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerine Dair Sözleşme'de Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı ve Türk Hukuku", *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 0, S. 3-4-5, 2012, s. 144.

⁹¹ Yaşar Salihpaşaoğlu, "Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 17, 2013, s. 235.

⁹² Wainwright/Birleşik Krallık, B.N. 12350/04, 26.09.2006 tarihli karar ve değerlendirmesi için bkz. Web: <https://www.drgokhangunes.com/genel/aihmin-cioplak-aramaya-bakisi/>, (E.T. 10.03.2021). Benzer nitelikteki karar için bkz. Juhnke/Türkiye, B.N. 52515/99, 13.05.2008.

⁹³ Bkz. Yazgül Yılmaz/Türkiye, B.N. 36369/06, 01.02.2011 tarihli karara konu olayda "Başvuran, tıbbi raporların düzenlenme şekline itiraz etmekte ve gözaltı sırasında kendi rızası alınmadan jinekolojik

ihlaline karar verilmektedir. Bu bağlamdaki ilk inceleme 1995 yılında henüz 14 yaşındayken iki kişi tarafından tecavüze uğrayan başvurunun, iç hukukta başlattığı soruşturmanın kadının cinsel ilişkiye zorlandığına yönelik yetersiz kanıt olması sonucuna binaen yapılan 04.12.2003 tarih ve 339272/98 başvuru numarasıyla M.C./Bulgaristan hakkındaki karardır⁹⁴. AİHM kararında, başvurunun, cinsel istismar ve tecavüze karşı yeteri derecede korunmaması nedeniyle Sözleşmenin 3 ve 8. maddelerinin birlikte ihlal edildiğine karar vermiştir⁹⁵.

Benzer sonuçlara E.S. ve Diğerleri hakkında verilen kararda da ulaşılmaktadır. Başvurucu, eşini, devletin vermiş olduğu konuttan çıkartma adına gerekli olan kararın çıkarılmasının imkânsız olduğundan yola çıkarak şikâyetle bulunmuştur. Konutun kullanımının müşterek bir şekilde olduğu ve sadece boşanma işleminin gerçekleştirilmesinden sonra olabileceği ulusal yargı mercilerindeki kararda açıklanmıştır. Bu süreçte başvuru, yalnızca eşini uygunsuz hareketinden menetme kararının alınması adına başvuru gerçekleştirebilirdi⁹⁶. Fakat bu sırada başvuru, bulundukları konuttan, yakınlarından ve komşularından ayrılmak, çocuklardan ikisi de gittikleri okuldan ayrılmak zorunda kalmışlardır. Boşanma davası sonuçlandıktan ve kötü muamele ve istismar iddialarının yöneltilmesinden sadece bir yıl sonra başvuru, kiracılık ilişkisinin bitirilmesi adına başvuruyu gerçekleştirebilecek duruma gelmiştir. Mahkeme, Slovak hükümetince sunulan alternatif tedbirin (başvurucunun eski eşini uygunsuz davranıştan menetme kararı) başvuru, eşi ve babasına karşı yeterli düzeyde korumayı gerçekleştiremeyeceği ve bu nedenle bunun etkili bir iç hukuk yolu olarak görülmediğini belirtmiştir. Mahkeme'nin görüşüne göre, iddiaların niteliği ve

muayeneye tabi tutulduğundan şikâyetçi olmaktadır". Burada AİHM somut olayın özelliklerini göz önüne alarak "Küçük yaşı ve refakatçi olmadan gerçekleştirilmesi dikkate alındığında, bu muayenenin söz konusu kişi üzerinde aşırı bir tedirginlik yaratması kaçınılmaz olduğundan, aşağılayıcı muamele sınırına ulaştığı söylenebilir" değerlendirmesi ile AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Karar için bkz. Web: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-125352&filename=CASE%20OF%20YAZG%DCL%20YILMAZ%20v.%20TURKEY%20-%20%5BTurkish%20Translation%5D%20summary%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Foreign%20Affairs.pdf>, (E.T. 10.03.2021).

⁹⁴ M.C./Bulgaristan, B.N. 339272/98, 04.12.2003 tarihli karar için bkz. Web: <https://www.izmirbarosu.org.tr/Upload/files/Sayfalar/merkezler/mc-bulgaristan-karari.pdf>, (E.T. 10.03.2021). Benzer nitelikteki kararlar için bkz. Kıbrıs/Türkiye, B.N. 25781/94, 10.05.2001 tarihli karar, Yöyler/Türkiye, B.N. 26973/95, 24.04.2003 tarihli karar.

⁹⁵ Salihpaşaoğlu, s. 250.

⁹⁶ İlyas Doğan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Ankara, Astana Yayınları, 2019, s. 47.

ağırlığı, hükümet tarafından kabul edilen, başvuru ve çocukların acilen korunmasını gerektirmekteydi. Fakat bu vakitli bir biçimde yerine getirilememiştir⁹⁷. Çocuklar açısından ise Mahkeme, yerel mahkemelerce ihlal bulunmuş olmasının, onların uğramış oldukları zararları tazmin edecek makul bir yol teşkil etmediğini bununla birlikte ifade etmiştir. Sonuçta, Slovakya'nın tüm başvuru sahiplerinin, kötü muameleden koruma yükümlülüğünü, 3'üncü ve 8'inci maddelere aykırı biçimde yerine getiremediğine karar verilmiştir⁹⁸.

Buradan çıkarılabilecek sonuç, her muamelenin kendine özgü koşullarının bir bütün olarak ve günün koşulları ışığında dikkate alınması gerekliliğidir. AİHM ilkesel olarak muamelenin süresi, objektif olarak maddi ve manevi etkileri ile mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu, muamele veya cezanın niteliği, bağlamı ve uygulandığı koşullar gibi faktörleri önemsemektedir⁹⁹.

1.1.3.3. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı

AİHS'in 11. maddesinde toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı "*Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir*" şeklindedir. Toplanma ve dernek kurma hakkının bir arada düzenlemesindeki amacın, her iki hakkın da bireylerin demokratik tepkilerini duyurabilecekleri toplumsal alanları oluşturmak olduğu anlaşılmaktadır¹⁰⁰. AİHS'nin 11. maddesi yalnızca barışçıl amaçlarla yapılan, şiddet içermeyen toplantıları koruma altına alır. Başka bir deyişle, toplantı yahut gösteri yürüyüşü barışçıl değilse ve şiddet içeriyor ise AİHM burada artık toplantı ve gösteri yürüyüşünün kısıtlanmasının AİHS'e uygunluğunu denetlemez. Yalnızca barışçıl olan toplantı ve gösteri yürüyüşü

⁹⁷ Dilara Yüzer Eltimur, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 51.

⁹⁸ E.S. ve Diğerleri/Slovakya, B.N. 8227/04, 15.09.2009 tarihli karar için bkz. Gülay Arslan Öncü, **Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8, Epamat Basım, Ankara, 2019, s.40.

⁹⁹ Eltimur, s. 83.

¹⁰⁰ Rıdvan Değirmenci, "Ölçülülük İlkesi Bağlamında Kolluğun Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına Müdahalesi: AİHM İçtihatları ve Ombudsman Kararları Çerçevesinde Bir Analiz", **Ombudsman Akademik Dergisi**, S. 2, 2015, s. 112.

bulunması durumunda, getirilen kısıtlamanın AIHS 11. maddesinin ikinci paragrafına göre demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığının incelemesine geçilir¹⁰¹.

Konu bakımından incelendiğinde, kötü muamelede aranan kasıt unsuru aynı zamanda kötü muamelenin amaç unsurudur. Kötü muamelenin amaç unsurunu ise genelde ceza soruşturmasıyla ilgili konular oluşturmaktadır. Ancak uygulamada kötü muamelenin, hükümetlerin kendine muhalif olanları cezalandırmak için bir araç olarak kullandığı olaylarda gerçek amacın sadece bir ceza muhakemesi aracı olmadığı da bilinmektedir. Buradan hareketle belli bir siyasi görüşü, etnik veya dinsel grubu cezalandırmak amacıyla polisin toplumsal olaylara müdahalesinde aşırı güç kullanmasında amaç unsurunun gerçekleştiği öne sürülebilir¹⁰².

Örneğin İzci/Türkiye kararına konu olayda başvuru, Dünya Kadınlar Gününü kutlamak üzere düzenlenen ve polis ile göstericiler arasında çatışmalarla sonuçlanan bir gösteriye katılmıştır. Olaylara ilişkin video kamera kayıtları, polis memurlarını çok sayıda göstericiye copları ile vururken ve göz yaşartıcı gaz sıkarken görüntülemiştir. Mağazalara sığınan kadınlar, polis tarafından sürüklenerek dışarı çıkarılmış ve dövülmüştür. Kararda kolluk kuvvetlerinin güç kullanımına başvurmalarının, kamu düzenini sağlama amacı ile orantılı olması gerektiği belirtilerek Sözleşme'nin 3. maddesinin, bir kimsenin vücut bütünlüğünün korunması ile kamu düzeninin sağlanması amacı arasında dengeleyici bir uygulamaya imkan vermediğinden bahisle AIHM¹⁰³, orantısız güç kullanımı ve etkili bir soruşturma bulunmayışı nedeniyle 3. maddesinin ve başvuranın toplantı özgürlüğüne saygı duyulmaması nedeniyle 11. maddesinin ihlâl edildiğine karar vermiştir¹⁰⁴.

Yine toplantı veya gösteri yürüyüşü hakkını kullananlara kötü muamelede bulunan kamu görevlilerinin durumu hakkında bir örnek olarak İzmir'de İşçi Bayramını kutlamak üzere düzenlenen gösteriye katılan başvuruçuların bir polis

¹⁰¹ Ziya Çağa Tanyar, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 60, S. 3, 2011, s. 607.

¹⁰² Zabunoğlu, s. 648.

¹⁰³ Kararın ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. Hüseyin İnce, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Altında Barışçıl Gösterilerde Orantısız Güç Kullanılması", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 5, 2015, s. 22.

¹⁰⁴ İzci/Türkiye, B.N. 42606/05, 23.07.2013.

kuvveti olan çevik kuvvet görevlileri tarafından gösteri boyunca saldırıya uğradıklarını iddia ettikleri Subaşı ve Çoban/Türkiye kararında AİHM, polis güçlerinin hazırlıksız olmadığı ve müdahalelerinin göstericilerin yaralanması riskini azaltacak şekilde olmadığı gerekçesiyle 3. maddeyi esas yönünden; savcının zamanında, yeterli delilleri toplayıp değerlendirmedikten bahisle de yine 3. maddeyi usul yönünden ihlal ettiğine karar vermiştir¹⁰⁵.

1.1.3.4. Etkili Başvuru Hakkı

İlk kez 1948 senesinde Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesinde geçen etkili başvuru hakkı, hukuk devleti prensibinin, hakkaniyete ulaşma fikrinin bir yansımasıdır. Hakkaniyete ulaşma fikrinden kasıt, maddi gerçekliğe ulaşmada hukuk devletinin bir gereği olarak başvurulacak yolların etkili olmasıdır. Bu bakımdan herhangi bir hak ve özgürlüğü ihlal edilmiş bireyler, ihlal iddialarını öncelikle iç hukuk makamları önünde ileri sürmek zorundadırlar. Bu sebeple insan hakları alanında ulusal hukukun ulus üstü hukuka nazaran üstün konumda bulunması, devletlere birtakım ödevler yüklemektedir. Bu kapsamda bir devletin en önemli yükümlülüklerinden biri de bireylere, haklarının zedelenmesi durumunda başvurabilecekleri etkili bir hukuk düzeni sağlayabilmektedir¹⁰⁶. Bu prensibe pek çok insan hakları belgesi yer verdiği gibi AİHS de madde 13'te “...*bu Sözleşme’de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal eden herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kimseler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış olsa da, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir*” şeklinde belirtilmiştir¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Subaşı ve Çoban/Türkiye, B.N. 20129/07, 09.07.2013. Benzer nitelikteki kararlar için bkz. Ali Güneş/Türkiye, B.N. 9829/07, 10.04.2012 tarihli karar, Ataykaya/Türkiye, B.N. 50275/08, 22.07.2014 tarihli karar, Çelik ve İmret/Türkiye, B.N. 44093/98, 26.10.2004 tarihli karar, Orhan Kur/Türkiye, B.N. 32577/02, 03.06.2008 tarihli karar, Abdülsamet Yaman/Türkiye, B.N. 32446/96, 02.11.2004 tarihli karar.

¹⁰⁶ Cem Şenol, “Etkin Soruşturma Yükümlülüğü ve Etkili Başvuru Hakkı”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, 2011, s. 40 vd.

¹⁰⁷ AİHM’e göre etkili başvuru hakkı maddi bir haktır. Mahkeme bu görüşünü Klass/Almanya, B.N. 5029/71, 06.09.1978 tarihli kararında “Sözleşme’nin 13. maddesi, Sözleşme’deki hak ve özgürlükleri “ihlal edilen” bir kimsenin, “ihlal fiili” resmi sıfatlarıyla hareket edenlerden başka kişiler tarafından “işlenmiş” olsa bile, ulusal bir makam önünde etkili bir hukuki yola başvurma hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Bu hüküm lafzıyla okunduğunda, bir kimsenin ancak bir “ihlal” meydana gelmişse iç hukuk yollarına başvurma hakkına sahip olduğu sanılır. Ancak bir kimse ulusal bir makama şikayette

Madde metni taraf ülkelerin AİHS'deki haklardan herhangi birinin ihlal edildiğini iddia eden bireyin, ihlal edilen bu hakkının ulusal hukukta düzeltilebileceği özelliklerde bir başvuru yolunu elinde bulundurması gerekliliğini ifade etmektedir. Ulusal hukukta bir başvuru yolunun etkili olarak ifade edilebilmesi için gerek kuramsal boyutta gerekse de uygulama boyutunda verimli, yeterli ve erişilebilir olması gerekmektedir¹⁰⁸.

Etkili başvuru hakkı, ülkelere, hâkimiyetleri altında yer alan kişilere işlemekte olan bir hukuk düzeni imkânı sunma zorunluluğu yüklemektedir. Bunun sonucunda etkili başvuru hakkı, bireylerin haklarının muhafazasında ilk derece yetkisi olan ulus devletlerin verilen bu hakkını yasalara aykırı kullanmanın sonucunda doğabilecek olumsuzluklara engel olunmasının ülkelerin bu haklarını kullanırken küresel hukuk ve birey hakları prensiplerine uygun davranıp davranmadığının kontrol edilmesini mümkün kılmaktadır¹⁰⁹. Bu sebeple AİHM, ülkelerin kendi hukuklarında bulunan bir başvurunun etkili kabul edilebilmesi için hukuk düzeninde kuramsal olarak bulunmasını yeterli bulmamakta, yargılama sürecinin uygulamada da etkili bir şekilde kullanılabilir ve netice alınabilir özellikte olması gerektiğini belirtmektedir. Etkili başvuru hakkı, iddia edilen ihlale karşı yeterli bir çözüm bulunabilmesini, başka bir deyişle ihlalin oluşmasına engel olma ya da engel olamasa bile ihlalin sürmesinin engellenebilmesi veya başvuru yolunun ihlalin giderilmesi yolunda memnun ayrılmasını ifade etmektedir¹¹⁰.

Sonuç olarak AİHM'in Sözleşme'nin 13. maddesi bakımından aradığı koşullar; bireylerin haklarına yönelik ihlalleri şikâyet edebilecekleri etkili bir sistemin kurulmuş

bulunmadıkça, bu makam önünde "ihlal"ın varlığını ortaya koyamaz. Sonuç olarak, Komisyon azınlığının da ifade ettiği gibi, Sözleşme'nin gerçekten ihlal edilmiş olması, 13. maddenin uygulanması için bir önkoşul olamaz. Mahkeme'nin görüşüne göre 13. madde, Sözleşme'ye aykırılığı iddia edilen bir tasarruftan kendisinin zarar gördüğünü düşünen bir kişinin, hem iddiaları hakkında karar verilmesini ve hem de mümkünse bir karşılık ödenmesini sağlamak için ulusal bir makam önünde hukuki bir yola başvurma hakkını gerektirmektedir. Böylece 13. madde, Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini "iddia eden" herkesin, "ulusal bir makam önünde etkili bir hukuki yola başvurma hakkı"nı güvence altına alacak biçimde yorumlanmalıdır" şeklinde belirtmiştir. Karar metni için bkz. Web: <http://insanhaklari.gen.tr/MetinGoster.aspx?id=727&d=T>, (E.T. 13.02.2021).

¹⁰⁸ Melek Acu, "Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Haklar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 110, 2014, s. 403 vd.

¹⁰⁹ Şenol, s. 40 vd.

¹¹⁰ Acu, s. 403 vd.

olması, bu iddiaları inceleyecek makamların bağımsız ve tarafsız olması, ayrıca bu makamın işin esasını da inceleyecek yetkisinin olması ve ilgili makamın, tespit ettiği ihlali giderme yönünde karar alma ve uygulama yetkisinin olmasıdır¹¹¹.

Sözleşme'nin 3. maddesindeki soruşturma yükümlülüğü ile 13. maddesindeki etkili başvuru yolunun öngördüğü soruşturma yükümlülüğü arasında sıkı bir bağlantı bulunmaktadır. Özellikle AİHS 3. maddenin usul yönünden ihlaline yönelik verilen kararlarda aynı zamanda AİHS 13. maddenin de ihlal edildiği iddiası ile başvurular yapılmaktadır¹¹².

Mahkeme'nin etkili soruşturma yükümlülüğüne ilişkin içtihadı henüz oluşum aşamasındadır. Burada AİHM'in üç farklı yaklaşım izlediği söylenebilir. İlki, soruşturmanın etkililiğinin yalnızca 13. madde bakımından değerlendirilmesidir¹¹³. Örnek vermek gerekirse Aksoy/Türkiye kararında AİHM “Sözleşme'nin 3. maddesinde güvence altına alınan hakkın özelliği, 13. madde bakımından sonuçlar doğurmaktadır. İşkence yasağının büyük önemi ve özellikle işkence mağdurlarının korunmasız durumu düşünüldüğünde, Sözleşme'nin 13. maddesinin, iç hukukta kullanılabilir diğer haklar saklı kalmak kaydıyla, devletlere işkence olayları hakkında tam ve etkili bir soruşturma yapma yükümlülüğü yüklediği görülür. Buna göre, bir kimsenin devlet görevlileri tarafından kendisine işkence yapıldığına dair savunulabilir bir iddiası bulunması halinde, Sözleşme'nin 13. maddesine göre ‘etkili hukuk yolu’ kavramı, uygun bir tazminatın ödenmesinin yanı sıra, işkenceden sorumlu olanların belirlenmelerini ve cezalandırılmalarını amaçlayan ve şikayetçinin etkili bir biçimde katılmasını içeren bir usulle, tam ve etkili bir soruşturma yapılmasını gerektirir”¹¹⁴.

¹¹¹ Dursun, s. 152.

¹¹² Batuhan Hoşgöl, **Etkin Soruşturma Yükümlülüğü**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 102.

¹¹³ Bu yaklaşımın temelindeki düşünce, AİHS 13'te yüklenen yükümlülüğün, AİHS 2 ve 3. maddelerindeki yükümlülüklerden daha ağır olduğudur. Bu bakış açısı İkincisoy/Türkiye kararında “Mahkeme, 13. maddenin yüklediği sorumluluğun 2 ve 3. maddelerin gereklerinden daha ağır olduğunu belirtmektedir” şeklinde ifade edilmektedir. İkincisoy/Türkiye, B.N. 26144/95, 27.07.2004 tarihli karar ve değerlendirmesi için bkz. H. Mehmet Gündül, **Anayasa Mahkemesi Kararları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Doğrultusunda Terörle Mücadele**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Adana, 2007, s. 207.

¹¹⁴ Aksoy/Türkiye, B.N. 21987/93, 18.12.1996 tarihli karar, par. 68-70 için bkz. Dutertre, s. 58. Benzer nitelikteki kararlar için bkz. Keenan/Birleşik Krallık, B.N. 27229/95, 15.11.1996 tarihli karar, Aydın/Türkiye, 25.09.1997 tarihli karar, Tekin/Türkiye, 09.06.1998 tarihli karar, Eğmez/Kıbrıs, B.N. 30873/96, 21.12.2000 tarihli karar, Büyükdağ/Türkiye, B.N. 28340/95, 21.12.2000 tarihli karar.

İkinci yaklaşım ise soruşturma yükümlülüğünü 3. maddeden kaynaklanan usule ilişkin pozitif yükümlülük olarak belirtmektedir. Örneğin Labita/İtalya kararında “*Mahkeme, bir kişi tarafından polis veya benzeri devlet görevlilerinin elinde 3. maddeyi ihlal edici muameleye maruz kaldığına dair savunulabilir bir iddiada bulunulması durumunda, bu hükmün Sözleşme’nin 1. Maddesi’nde yer alan “kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanıma” konusunda devletin üstlendiği genel görev ile birlikte okunduğunda, etkin bir soruşturma yapılmasını zımnen gerektirdiği görüşündedir. 2. Madde uyarınca yapılacak soruşturmada olduğu gibi, bu soruşturmanın da sorumluların tespiti ve cezalandırılmasını sağlayıcı yeterlilikte olması gerekir. Aksi takdirde, bütün temel önemine rağmen, işkence veya insanlık dışı veya onur kırıcı muamele ve cezanın uygulanmasına ilişkin genel hukuki yasak uygulamada etkisiz kalır ve bazı durumlarda devlet görevlilerinin denetimleri altında bulundurdıkları kişilerin haklarını neredeyse tam bir cezai dokunulmazlık içinde istismar etmeleri mümkün olur*”¹¹⁵ şeklinde belirterek Sözleşme’nin 1. maddesine atıfla 3. maddede bu usuli pozitif yükümlülüğün olduğunu belirtir. Üçüncü yaklaşım ise devletin kötü muamele yapmama ile etkili soruşturma yükümlülüğünü birlikte ihlal ettiği durumlardır. Bu durumlarda Mahkeme maddi yükümlülüğün ihlal edildiği sonucuna varması durumunda bu yükümlülüğün ihlali bakımından 3. maddeyi, soruşturma yükümlülüğünün ihlali bakımından ise 13. maddeyi incelemektedir. Örneğin Aktaş/Türkiye kararında AİHM, gözetiminde kötü muameleye maruz kaldığını iddia eden başvuru hakkında hem usul hem de esas yönünden 3. maddenin ihlal edildiği, aynı zamanda etkili başvuru yapılmaması yönünden 13. madde yönünden ihlal edildiği sonucuna varmıştır¹¹⁶.

Sonuç olarak, AİHM’nin etkili soruşturma hakkı kavramı açısından 3. madde ve 13. madde hakkındaki içtihadı değişen bir seyirle oluşum halindedir.

¹¹⁵ Labita/İtalya, B.N. 26772/95, 06.04.2000 tarihli karar, par. 201-203 için bkz. Dutertre, s. 45.

¹¹⁶ Aktaş/Türkiye, B.N. 24351/94, 24.04.2003.

1.1.4. AİHM İctihadı Bakımından Devletin Yükümlülükleri

1.1.4.1. Devletin Negatif Yükümlülükleri

Negatif yükümlülüğün anlamı, devletin hiç kimseyi organları ve görevlileri vasıtasıyla işkenceye, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya tabi tutmaması demektir¹¹⁷. Bu açıdan negatif yükümlülükler, AİHS ile koruma altına alınan hakların devlet tarafından ihlal edilmemesini ifade etmektedir. Devletin AİHS'nin 3. maddesi bakımından negatif yükümlülüğü ise hiç kimseyi işkence, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutmamasıdır¹¹⁸.

Başka bir deyişle, AİHS madde 3 ile devletlerin gerçekleştirmeyi taahhüt ettikleri asıl yükümlülük, negatif yükümlülüktür. Bu yükümlülük, devlet tarafından veya devlet yetkililerinin bilgisi ya da rızası dahilinde bireylerin kötü muameleye maruz bırakılmamasını ifade etmektedir¹¹⁹. Maddenin kenar başlığında ve metninde açıkça belirtildiği üzere yasak bir “*yapmama*” yükümlülüğünü içermektedir¹²⁰.

Bu yükümlülük bakımından, devlet organlarının ve kamu görevlisi sıfatı olmayan üçüncü kişilerin¹²¹ bireylere kötü muamele uygulamaması gerekmektedir. Esasen AİHM'nin AİHS madde 3'ün ihlali kapsamında değerlendirdiği eylemlerin büyük çoğunluğunun negatif yükümlülüğü ihlal ettiği söylenebilir¹²².

1.1.4.2. Devletin Pozitif Yükümlülükleri

AİHS'i kendinden önceki sözleşmelerden ayıran en önemli özelliği, korumaya aldığı haklara ilişkin denetim mekanizması kurmuş olmasıdır. Korumaya aldığı haklar

¹¹⁷ Abdulkadir Yıldız, **Din ve Vicdan Özgürlüğü**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 89.

¹¹⁸ Hakan Taşdemir ve Fatma Taşdemir, “Aşağılayıcı Muamele ve Ceza Yasağı”, **Akademik Hassasiyetler**, C. 2, S. 4, 2015 s. 70.

¹¹⁹ Ramadan Sanıvar, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 3. Maddesinde Düzenlenen İşkence Yasağı Hakkındaki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İctihatları ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Mevzuatının Değerlendirilmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, s. 753.

¹²⁰ Anayurt, s. 445.

¹²¹ Ali Emrah Bozbayındır, “İşkence ve Kötü Muamele Yasağının Yatay Etkisi (Drittwirkung)”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 13, S. 145, 2018, s. 47.

¹²² Kübra Kuzucu, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İşkence Yasağı ve Yasağın Türkiye’de Uygulanması**, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019, s. 79.

bakımından yeni tarihli metinlere kıyasla geride kalan AİHS, kurduğu denetim organı sayesinde günün şartlarına uyarlanabilmektedir. Bu nedenle AİHS'in metninde yer almayan birçok kavram, hak ve yükümlülük AİHM içtihatlarıyla Sözleşme metninin koruma alanına dâhil edilmiştir. “*Pozitif yükümlülükler*” ve “*etkili soruşturma yükümlülüğü*” de içtihatla koruma alanına dâhil edilen haklardandır¹²³.

Kavramın seyri incelendiğinde, insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması için öncelikle negatif yükümlülükler yeterli görülmüştür. Bu görüşe göre devlet, bireyi hak ve özgürlük alanı içinde serbest bırakacak ve bireye müdahale etmeyecektir. Ancak zaman içerisinde karşılaşılan uyuşmazlıklarda Mahkeme'nin AİHS'i somut olayın özelliklerine ve günün koşullarına göre yorumlaması sonucu, bu negatif yükümlülüklerle ek pozitif yükümlülükler de oluşturulmuştur. Buna göre devlet, bireylerin hak ve özgürlük alanına müdahale etmeyeceği gibi, bireylerin hak ve özgürlük alanlarını korumak için de gerekli tedbirleri almalıdır¹²⁴.

AİHM içtihadı doğrultusunda tanımlanacak olursa devletin pozitif yükümlülükleri, temel hakka yapılan ya da yapılması muhtemel müdahalenin ya da muamelenin devlet tarafından öncelikle önlenmesi ve akabinde bu iddia ile ilgili etkili soruşturma yapması, yani devletin aktif bir çaba içinde olması yükümlülüğüdür. Pozitif yükümlülükler, AİHM'in AİHS'i dinamik bir şekilde yorumlaması ile geliştirilmiş bir kavramdır. Öyle ki pozitif yükümlülükler içtihadının temelini AİHS madde 1'de bulunan “*Yüksek Sözleşmeciler Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar*” hükmü oluşturmaktadır¹²⁵. AİHM'e göre bu madde ile taraf devletlere, tanıma yükümü sonucunda bahse konu hakların aktif şekilde kullanılmasını sağlamak için koruma görevi de yüklenmiştir¹²⁶. Bütün pozitif yükümlülüklerin amacı, Sözleşme'nin etkili bir şekilde uygulanması ve güvence altına aldığı haklara etkililik kazandırılmasıdır¹²⁷. AİHM'e göre pozitif yükümlülük iki

¹²³ Şenol, s. 61.

¹²⁴ Batuhan Hoşgöl, “Ceza Muhakemesinde Deliller Bakımından Etkin Soruşturma Yükümlülüğü”, **Legal Hukuk Dergisi**, S. 196, 2019, s. 1681.

¹²⁵ Doğru, s. 22.

¹²⁶ Şenol, s. 71.

¹²⁷ Sadık Kocabaş, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2009, s. 2.

açıdan değerlendirilmektedir: İlki, iç hukuk sisteminin bireyi hem devletten hem de üçüncü kişilerden gelecek kötü muamelelere karşı koruması gerekliliğidir. İkincisi de meydana gelen kötü muamelenin etkili soruşturulmasıdır. İlki maddi, ikincisi ise usuli yükümlülüktür¹²⁸. Bu bölümde devletin esasa ilişkin pozitif yükümlülüklerinden bahsedilmektedir. Usule ilişkin pozitif yükümlülükler ise, bir sonraki bölümde ayrıntılı bir şekilde aktarılmıştır.

Devletin pozitif yükümlülüklerinin kapsamı hem devlet yetkililerinin eylemlerinden hem de üçüncü kişilerin müdahalelerinden korumayı kapsamaktadır¹²⁹. Bu hususta AİHM'in Z. ve Diğerleri/Birleşik Krallık kararında "*Mahkeme, 3. maddenin demokratik toplumların en temel değerlerinden birini içerdiğini tekrarlamaktadır. Mahkeme, işkence veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleyi mutlak ifadelerle yasaklamaktadır. Yüksek sözleşmecî devletlerin, Sözleşmenin 1. Maddesi bağlamında yetki alanlarında bulunan herkese, Sözleşmede tanımlanan hak ve özgürlükleri sağlama yükümlülüğü 3. maddeyle birlikte okunduğunda, devletlerin, yetki alanlarındaki bireylerin, diğer bireyler tarafından yapılabilecek olanlar da dahil olmak üzere, işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye maruz kalmamalarını sağlamalarını gerektirmektedir. Bu tedbirlerin, özellikle de çocuk ve diğer mağdur olabilecek kişilere koruma sağlaması ve makamların bilgisi dâhilinde olabilecek veya olması gereken kötü muameleyi önlemeye yönelik makul adımları içermesi gerekmektedir*"¹³⁰.

Özetle devlet, kendisinden ya da bireyler tarafından meydana getirilen kötü muamelenin ortaya çıkmasını önlemek ve kötü muameleye karşı koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Bu tedbirler, bireyi korumayı ve kötü muamele gerçekleştiğinde bireyin hakkını aramasına imkân veren düzenlemelerin bulunmasını ve bunların etkili şekilde uygulanmasını kapsamalıdır¹³¹. Bu yükümlülük kapsamında somut olaya göre devletin bireyi, kendi eylemlerinden dahi koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu

¹²⁸ Yıldız, s. 23.

¹²⁹ Jean-François Akandji-Kombe, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler**, Avrupa Konseyi Yayınları, Belçika, 2008, s. 15.

¹³⁰ Z. ve Diğerleri/Birleşik Krallık, B.N. 29392/95, 10.05.2001 tarihli karar, par. 73-74 için bkz. Dutertre, s. 83.

¹³¹ Yıldız, s. 23.

konuda AİHM, haklarındaki ceza yargılamasını protesto etmek amacıyla açlık grevine giren Ünsal ve Timtik/Türkiye olayında verdiği kararda “*Kendi hayatlarını gönüllü olarak riske atan tutuklulara ilişkin özel durumla ilgili olarak, Mahkeme, yetkililere yönelik baskı eylemlerinin yol açtığı olayların, bu yetkililerin durumu usulüne uygun olarak incelemeleri ve yönetmeleri koşuluyla, Sözleşme’nin ihlaline neden olamayacağını yinelemektedir. Bu, özellikle, açlık grevindeki bir tutuklunun, sağlık durumu hayatını tehdit edecek olsa bile, herhangi bir müdahaleyi açıkça reddettiği durumlarda geçerlidir*” diyerek kişiyi gerekli yasal zaruretler değerlendirilerek kendi eylemlerinden dahi korumak gerektiğini belirtmiştir¹³².

Devletin esasa ilişkin pozitif yükümlülüğünü kötü muameleyi önlemek amacıyla etkili bir hukuk sistemi kurmak, önleyici tedbirler alarak bireyleri kötü muamele fiillerinden korumak ve uğradıkları hak kayıplarını telafi etmek olarak sıralamak mümkündür¹³³.

“Kovuşturma ve cezalandırma” ve “giderim” konularındaki ilerleme ne kadar detaylı olursa olsun, bunlar ihlal sonrası devreye giren, bastırıcı nitelikteki denetim mekanizmalarıdır. İhlalin gerçekleşmesi sonrası delillere ulaşmak, sorumluları bulmak ve cezalandırmak oldukça zorlaşmaktadır. Bu nedenle kötü muameleye maruz kalmadan önlenmesine ilişkin bir mekanizmanın geliştirilmesi gerekmektedir¹³⁴.

Bu hususu AİHM, Opuz/Türkiye kararında “*Devlet’in devlet dışı aktörler tarafından kişilere uygulanan kötü muameleden ötürü 3. madde kapsamında sorumlu tutulup tutulamayacağı sorusuna ilişkin olarak, Mahkeme Sözleşme’nin 1. maddesi kapsamında yer alan Yüksek Sözleşmeciler Tarafından kendi yargılama alanları içerisinde herkes açısından Sözleşme’de tanımlanan hak ve özgürlükleri güvence altına alma yükümlülüğünün, 3. madde ile birlikte ele alındığında, devletlerin kendi yargılama alanları içerisindeki kişilerin işkenceye veya insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele veya cezalandırmaya, özel şahıslar tarafından gerçekleştirilen*

¹³² Ünsal ve Timtik/Türkiye, B.N. 36331/20, 08.06.2021 tarihli karar, par. 37 için bkz. Web: <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2122021114735%C3%9CNSAL%20AND%20TIMTIK%20KARARI.pdf>, (E.T. 10.02.2022).

¹³³ Şenol, s. 105.

¹³⁴ Yılmaz, s. 71.

böylesi kötü muameleler de dahil olmak üzere, maruz bırakılmamasını sağlamak için tasarlanmış tedbirler almasını gerektirdiğini hatırlatmaktadır. ... Özellikle çocuklar ve diğer savunmasız kişiler, kişisel bütünlüklerine yönelik böylesi ciddi ihlallere karşı etkili caydırıcılık biçimindeki devlet korumasından yararlanma hakkına sahiptir”¹³⁵ şeklinde ifade etmiştir.

Devletin esasa ilişkin pozitif yükümlülüğünün en önemlisi, vatandaşını koruma yükümlülüğüdür. AİHS 3. maddesinin, 1. maddesindeki devlete yüklediği genel sorumlulukla birlikte yorumlanması sonucu devlet, özel kişilerin kötü muameleleri dâhil, bireyin herhangi bir şekilde kötü muamele veya cezaya tabi tutulmasını önleyecek tedbirleri almalıdır¹³⁶. Başka bir deyişle devlet, kamu görevlilerinin kötü muamele fiillerini engellemekle yükümlü olduğu gibi bildiği yahut bilebilecek durumda olduğu bireyler arası kötü muameleyi engellemek için de makul önleyici tedbirleri almalıdır¹³⁷. İnsan hakları öğretisi bakımından vücut tamlığına dokunulmazlık kuralı, üçüncü kişilere karşı da işletilmelidir¹³⁸.

Bu bakımdan AİHM’in O’Keeffe/İrlanda kararına konu olayda, 1973 yılında bir okulda kız öğrencinin cinsel tacize uğraması ile ilgili olarak “1971 yılında yapılmış şikayete ilişkin gerçekleştirilen eylemin yeterli nitelikte olması halinde, başvuranın iki yıl sonra aynı okuldaki aynı öğretmen tarafından taciz edilmesine engel olmuş olması beklenmektedir. Bunun yerine, meydana gelmekte olan cinsel taciz vakalarına ilişkin bilinen risklere karşı etkili bir devlet denetiminin olmaması, devletten bağımsız görevlendirilmiş müdürün daha önce yapılmış cinsel taciz şikayetlerine, başvuranın bu şikayetler sonrasında dahi LH tarafından taciz edilmesine ve, daha geniş anlamda, LH’nin aynı Ulusal Okula giden çok sayıda başka öğrenciye karşı uzun süreli ve ciddi nitelikli cinsel tacizde bulunması konularına ilişkin herhangi bir eylemde bulunmamasıyla sonuçlanmıştır. Devlet, bu nedenle, başvurunu cinsel tacize karşı

¹³⁵ Opuz/Türkiye, B.N. 33401/02, 09.06.2009 tarihli karar, par. 159 için bkz. Web: <https://www.izmirbarosu.org.tr/Upload/files/Sayfalar/merkezler/opuz-turkiye-davasi-aihm.pdf>, (E.T. 24.04.2021).

¹³⁶ Doğru, s. 22.

¹³⁷ Şenol, s. 105.

¹³⁸ Yılmaz, s. 72.

korumaya ilişkin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemiştir”¹³⁹ şeklinde beyan ederek devletin, kız öğrenciyi pozitif yükümlülük kapsamında koruyamaması nedeniyle esastan ihlal kararı vermiştir.

Devletin pozitif yükümlülüğüne ilişkin olarak AİHM kararı üzerinden bir başka örnek vermek gerekirse Totolici/Romanya kararında AİHM, “*Mahpusların bakımının üstlenilmesine ilişkin cezaevi otoritelerine yüklenen yükümlülük onları kendilerine zarar verebilecek diğer mahpuslardan koruma sorumluluğunu da kapsamaktadır*”¹⁴⁰ diyerek Jilava cezaevinde tutukluluk hali devam eden başvuruçunun, tehlikeli mahkûmlarla bir arada tutulduğunu, bu durum karşısında şiddete maruz kaldığını ve tutulma şartlarının bu durumla birlikte değerlendirilmesi neticesinde, ihlalin gerçekleştiğine hükmetmiştir.

1.2.Kötü Muamele Yasağının Normatif Kapsamı

1.2.1. Uluslararası Belgelerde Kötü Muamele Yasağı

İkinci Dünya Savaşına kadar kötü muameleler devletlerin takdir marjı alanında kabul edilmiştir. Ancak, İkinci Dünya Savaşı esnasında yapılan muameleler, insan haklarını ulusal düzeyde korumanın yeterli olmayacağını ortaya çıkarmıştır. Neticesinde insan hakları ve bu kapsamda kötü muamele yasağı ulusal bir konu olmaktan çıkarılıp uluslararası koruma kapsamına alınmıştır¹⁴¹. Bu kapsamda çeşitli uluslararası sözleşmeler imzalanmıştır. İmzalanan sözleşmelerin yanında, kötü muamele yasağı, uluslararası teamül hukukunda da üstün bir konumda yer almakta ve *jus cogens* olarak nitelendirilmektedir¹⁴². Çalışmanın bu kısmında, normatif kapsamın belirliliği göz önüne alınarak kötü muamele yasağına özgülenen ve kötü muamele yasağını içeren uluslararası belgeler incelenmektedir.

¹³⁹ O’Keeffe/İrlanda, B.N. 35810/09, 28.01.2014 tarihli karar için bkz. Web: https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2014_01_170_TUR.pdf, (E.T. 24.04.2021).

¹⁴⁰ Totolici/Romanya, B.N. 26576/10, 14.01.2014 tarihli karar için bkz. Köksal, s. 110.

¹⁴¹ Üzülmüş, s. 212.

¹⁴² Yıldız, s. 13.

1.2.1.1. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi

Toplumların *sine qua non* unsuru olan insan onurunun ve haklarının korunması, İkinci Dünya Savaşı sonrasında ulusal düzenlemelerden ziyade, uluslararası boyutuyla ilk defa Birleşmiş Milletler Örgütü tarafından insan haklarını daha ileriye taşımak amacıyla gerçekleştirilmiştir. BM Şartı'nda insan haklarının korunması amacıyla üç aşamalı bir plan öngörülmüştür; bildirge sunulmalı, sözleşmeler hazırlanmalı ve hakları koruma altına alacak koruyucu mekanizmalar oluşturulmalıdır¹⁴³. Bu üç aşamalı planın gerçekleşmesi için öncelikle, BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi tarafından 1946'da konu hakkında çalışma yapması için BM İnsan Hakları Komisyonu kurulmuştur. Bu Komisyon ise 1948'de konuya ilişkin hazırlık çalışmalarını tamamlamış ve tasarısını BM Genel Kurulu'na iletmıştır. İnsan onuru ve değeri, insan hakları, kişiler arası eşitliğin sağlanması konularında daha ileri standartlara ulaşılabilmesi için, insanların direnmesine gerek kalmadan onları koruyacak bir hukuk mekanizmasının sağlanması amacıyla harekete geçen BM Genel Kurulu, 10 Aralık 1948 tarih ve 217/A (III) sayılı kararı ile İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ni kabul ve ilan etmiştir¹⁴⁴.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Türkiye tarafından 6 Nisan 1949 tarih ve 9119 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile onaylanmıştır. Bakanlar Kurulu mezkûr kararı 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 sayılı Resmî Gazete'de yayınlamıştır¹⁴⁵.

Bildirinin 5. maddesi, “*Hiç kimseye işkence ya da zalimce, insanlık dışı ya da onur kırıcı davranış ya da ceza uygulanamaz.*” ifadesiyle kötü muameleyi açıkça yasaklamaktadır. İHEB, yalnızca insan onuruna aykırı davranışlar içeren kötü muameleleri değil, bununla birlikte meşru yargılama sonucunda verilmiş olsa dahi insanlık dışı veya aşağılayıcı cezaları da yasaklamıştır¹⁴⁶.

Evrensel ilkeleri haiz olsa da İHEB'in hukuki açıdan bağlayıcılığı sorgulanmaktadır. Ancak insan hakları konusundaki siyasal, hukuksal ve ahlaki

¹⁴³ Gemalmaz, s. 46.

¹⁴⁴ Dursun, s. 78-79.

¹⁴⁵ Doğan ve Kaya, s. 35.

¹⁴⁶ Yılmaz, s. 6.

noktada etkisi ve ağırlığı herkes tarafından kabul edilmektedir¹⁴⁷.

1.2.1.2. BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

BM İnsan Hakları Komisyonu, 1949’da başladığı çalışmalar sonucu, “İkiz Sözleşmeler” olarak anılan ve farklı hak gruplarını koruyan, BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme Tasarısı ile BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşme Tasarısını Genel Kurul’a sunmuştur¹⁴⁸.

İnsan Hakları Komisyonu tarafından hazırlanan ve kötü muamele yasağı açısından önem arz eden Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, BM Genel Kurulu’nun 16 Aralık 1966 tarih ve 2200/A (XXI) sayılı Kararıyla kabul edilip, 23 Mart 1976’da yeterli çoğunlukta devletin onaylaması sonucu yürürlüğe girmiştir¹⁴⁹.

Türkiye, Sözleşmeyi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamış ve TBMM’nin 04 Haziran 2003 tarih ve 4868 sayılı uygun bulma Yasası¹⁵⁰ ile onaylanmasını uygun bulmuş, Bakanlar Kurulunun 7 Temmuz 2003 tarih ve 2003/5851 sayılı kararıyla da yürürlüğe girmiştir¹⁵¹. Bununla birlikte Sözleşmeye Ek Protokol de 03 Şubat 2004 tarihinde imzalanmış ve Bakanlar Kurulunun 29 Haziran 2006 tarihli kararıyla onaylanmasının uygun bulunduğu karar verilmiştir¹⁵².

Sözleşme’nin çalışma açısından önem arz eden maddesi “Hiç kimse işkenceye ya da zalimane, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele ya da cezalandırmaya maruz bırakılamaz. Özellikle, hiç kimse kendi özgür rızası olmadan tıbbi ya da bilimsel deneylere tabi tutulamaz.” ifadesiyle 7. maddedir¹⁵³. BM İnsan Hakları Komitesi, bu maddeyi yorumlarken, işkence ya da zalimane, insanlık dışı veya küçük düşürücü

¹⁴⁷ Gemalmaz, s. 169.

¹⁴⁸ Dursun, s. 81.

¹⁴⁹ Gemalmaz, s.170.

¹⁵⁰ R.G., 18 Haziran 2003, No: 25142, Web: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/06/20030618.htm#3>, (Erişim Tarihi: 05.05.2021).

¹⁵¹ Doğan ve Kaya, s. 39.

¹⁵² R.G., 05 Ağustos 2006, No: 26250, Web: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/08/20060805-1.htm>, (Erişim Tarihi: 05.05.2021).

¹⁵³ Sözleşme’nin hazırlık evresinde kötü muamelelerin nitelendirilmesi hususunda çok sayıda görüş ileri sürülmüştür. Uzun süren bu görüş evresi neticesinde Sözleşme ’de mevcut olan tanım, en geniş anlamda ele alınmış ve böylece koruma alanının da geniş olması hedeflenmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Gemalmaz, s. 171-172.

muamele yahut ceza yasağının amacının, kişinin bütünlüğü ve onurunun korunması olduğunu belirtmiştir¹⁵⁴.

Sözleşme, yorumladığı amaç doğrultusunda ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin izinde, işkence ile insanlık dışı ya da küçük düşürücü muameleler yanında insanlık dışı ve aşağılayıcı cezayı da meşru makamlarca verilmiş olsa dahi, kötü muamele yasağı kapsamına almıştır. Ayrıca İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ne ilaveten, hiçbir bireyin özgür iradesi dışında, zorlanarak tıbbi veya bilimsel deneylerde kullanılamayacağı da belirtmiştir. Bu yönüyle kötü muamele yasağını genişlettiği söylenebilir¹⁵⁵.

Ek olarak Sözleşme'nin 10. maddesinin 1. fıkrasında “*Özgürlüğünden yoksun bırakılmış olan herkese insanca ve kişiliğinin niteliğinden gelen onuruna saygı gösterilerek davranılır.*” hükmüne yer vererek yakalama, gözaltına alma, tutuklama, hapis cezasının infazı ya da birtakım idari tedbirler nedeniyle özgürlüğünden yoksun kalan kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayacak şekilde davranmayı yasaklamaktadır. Sözleşme'nin 14/3-g maddesinde de kimsenin “*kendi aleyhinde tanıklıkta bulunmaya ya da suç itirafına zorlanmaması*” yönünde bir ifadeye yer verilmiştir. Burada bulunan “*zorlanmama*” ifadesi ile itiraf ve bilgi almak amacıyla kötü muamelede bulunmamak kastedilmektedir ve bu hüküm kötü muamele yasağının ihlali bakımından önem arz etmektedir¹⁵⁶.

Sözleşmenin 28. maddesi ile bir yenilik sağlanmış olup, taraf devletlerin üyelerinden oluşan ve bu devletlerin Sözleşme'de bulunan insan haklarına saygı gösterip göstermediklerini denetleyen bir İnsan Hakları Komitesi kurulmuştur. Komite, sözleşmede bulunan hakları koruma altına almak için dönem içi raporlara ve devletlerarası yakınmalara dayalı bir denetim mekanizmasıdır ve bu yetkileri aracılığıyla sözleşmeye aykırılık iddialarını değerlendirmektedir¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Üzülmaz, s. 66.

¹⁵⁵ Yılmaz, s. 7.

¹⁵⁶ Dursun, s. 82.

¹⁵⁷ Doğan ve Kaya, s. 42.

1.2.1.3. BM İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme

Sözleşmenin temelini esasen, BM Genel Kurulunun 9 Aralık 1975 tarihli ve 3452 (XXX) sayılı kararıyla kabul edilen “*Herkesin İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Korunmasına Dair Bildiri*” oluşturmaktadır¹⁵⁸.

BM Genel Kurulu, bildiride belirtilen kuralların etkili biçimde hayata geçirilmesi ve ihlallere ilişkin denetimin yapılmasını sağlamak amacıyla İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşmeyi 10 Aralık 1984 tarih ve 39/46 sayılı kararı ile kabul etmiş ve Sözleşme 26 Haziran 1987’de yürürlüğe girmiştir. Türkiye tarafından 21 Nisan 1988 tarihinde onaylanan Sözleşme, 10 Ağustos 1988 tarihinde Resmî Gazete ’de yayımlanmış ve 27/2 maddesi gereğince katılma belgesinin verilmesinin ardından geçmesi gereken 30 günlük süre sonunda 1 Eylül 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁵⁹.

Sözleşme, kötü muamele yasağına ilişkin hususları daha ayrıntılı şekilde ele almış ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde benimsendiği şekliyle kötü muamele yasağına ilişkin devletlerin negatif, pozitif ve usuli yükümlülüklerine açıklık getirmiştir.

Toplam 33 maddeden oluşan Sözleşme ile kötü muamelenin önlenmesinde önemli güvenceler sağlanmıştır. Sözleşme’nin ilk maddesinde işkencenin tanımı yapılmış, 2-16. maddeler arasında taraf devletlerin üstlenmesi gereken yükümlülükler sıralanmış, 16. maddede işkenceye varmayan kötü muamele ve ceza yasağına yer verilmiş, 17-24. maddelerde ise koruma ve denetim mekanizmaları düzenlenmiştir¹⁶⁰.

Sözleşme, kötü muamele yasağına özgü olup işkence ve diğer muameleler kapsamlı bir şekilde ayrı ayrı maddelerde düzenlenmiştir. Sözleşmede yalnızca kötü

¹⁵⁸ Dursun, s. 83.

¹⁵⁹ Doğan ve Kaya, s. 47.

¹⁶⁰ İbrahim Şirin, *İşkence ve Kötü Muamele ile Mücadelede Yeni İlkeler*, Cinius Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2018, s. 117.

muamele ve kötü muamelenin önlenmesi mekanizmalarına yer verilmesi, çalışma dahilinde Sözleşme'nin bir bütün halinde incelenmesini zorunlu kılmaktadır¹⁶¹. Ayrıca Sözleşme, bir insanlık suçuna karşı yüz otuz altı taraf devletin birlikte ortak bir paydaya varmış olması bakımından oldukça önemlidir¹⁶².

Sözleşme'nin 1. maddesi “*Sözleşme amaçlarına göre, “İşkence” terimi, bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözetken herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatiyle uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ıstırap veren bir fiil anlamına gelir. Bu yalnızca yasal müeyyidelerin uygulanmasından doğan, tabiatında olan veya arızı olarak husule gelen acı ve ıstırapı içermez*”¹⁶³” diyerek uluslararası belgeler arasında ilk olarak işkenceyi tanımlamış ve diğer kötü muamele türlerinden ayırt edici unsurlarına yer vermiştir. Bu tanım Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da referans alınmaktadır¹⁶⁴.

Tanım doğrultusunda işkencenin beş temel unsuru çıkarılabilir. Şöyle ki; ilki mağdura yönelik bir eylem bulunması, ikincisi bu eylemin fiziksel ya da ruhsal şiddetli acı ve ıstırapa yol açması, üçüncüsü eylemin kasıtlı ve bilinçli olarak uygulanması, dördüncüsü bu eylemler icra edilirken bilgi almak, cezalandırmak veya sindirmek gibi amaçların izlenmesi, beşincisi ise fiilin kamu görevlisi ya da onun teşviki yahut rızası neticesinde üçüncü şahıs tarafından uygulanmasıdır¹⁶⁵.

Sözleşme'nin 16. maddesi 1. fıkrasında, “*ışkence derecesine varmayan diğer zalimane, gayriinsani veya küçültücü muamele ve ceza gibi fiillerin...*” de önlenmesini Sözleşmeye taraf devletlerin yükümlülüğü olarak belirlenmiştir. Böylece yeterli

¹⁶¹ Doğan ve Kaya, s. 47.

¹⁶² Cüneyd Er, “İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, **TBB Dergisi**, C. 18, s. 60, 2005, s. 187.

¹⁶³ Maddede işkence geniş bir şekilde tanımlanmış ve 2. fıkrasında “*bu madde, konu hakkında daha geniş uygulama hükümleri ihtiva eden herhangi uluslararası bir belge veya milli mevzuata hâlel getirmez*” hükmü ile anılan Sözleşme'den daha kapsamlı düzenlemede bulunan Sözleşme ve iç hukuk kurallarını da geçerli hale getirmiştir. Böylece daha dar kapsama sahip işkence ve diğer kötü muamele tanımları da ortadan kalkmıştır. Değerlendirmesi için bkz. Eralp Özgen, “İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması”, **TBB Dergisi**, s. 2, 1988, s. 214-215.

¹⁶⁴ Yılmaz, s. 8.

¹⁶⁵ Gemalmaz, s. 303.

ağırlık düzeyine ulaşmamış veya belirli nedenlerle gerçekleştirilmemiş olan fiiller, 1. maddede düzenlenen işkence yasağı kapsamında değil, 16. madde kapsamında değerlendirilmektedir¹⁶⁶. Başka bir ifadeyle, zalimane, gayriinsani veya küçültücü muamele ağır derecede ise işkence olarak nitelendirilmektedir¹⁶⁷.

Sözleşme, 1. maddesi ve 16. maddesindeki düzenlemelerle kötü muameleyi oluşturan eylemlerin Sözleşme 'de anılanlar ile sınırlı olmadığını ortaya koyarak kötü muameleden korunma hakkını oldukça genişletmiştir¹⁶⁸.

1.2.1.4. Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Sözleşme

Avrupa Konseyi 1987 yılında “Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Sözleşme”yi kabul etmiş ve bu Sözleşme 1 Şubat 1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye ise Sözleşmeyi, 11 Ocak 1988 tarihinde imzalamıştır. Sözleşmenin onaylandığı tarih ise, 26 Şubat 1988’dir. Türkiye, bu Sözleşmeyi ilk onaylayan devlettir¹⁶⁹.

Sözleşme, işkence ve diğer kötü muameleler ile mücadele kapsamında önemi haiz bölgesel sözleşmelerin başında gelmektedir. Ancak Sözleşme, kötü muamele mağduruna, muameleyi tespit edecek ve bireysel başvurma imkânı sağlayacak bir mekanizmaya sahip değildir. Sözleşme gereğince denetim amacıyla kurulan Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi (CPT), Sözleşmeye taraf olan devletlere belli aralıklarla ziyaretler gerçekleştirip bu ziyaretler neticesinde hazırlanan raporlarla ihlallerin önüne geçmeyi ilke edinmiştir¹⁷⁰.

CPT, yaptığı ziyaretler sonucunda, gözetiminde bulunan bireylere muamelenin genel kıstaslarını tespit eden bir dizi kriter geliştirmekle beraber¹⁷¹, CPT’nin kötü

¹⁶⁶ Mahym Orazmyradova, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde İşkence Yasağı**, Yakın Doğu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Lefkoşa, 2019, s. 43.

¹⁶⁷ Üzülmüş, s. 96.

¹⁶⁸ Yılmaz, s. 10.

¹⁶⁹ Gemalmaz, s. 353.

¹⁷⁰ Berk Yalçın, “Avrupa İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi Bağlamında Ülke Ziyaretleri ve Türkiye”, **Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu Dicle Adalet Dergisi**, C. 1, S. 2, 2017, s.62.

¹⁷¹ Şirin, s. 119.

muamele ile mücadeleye kayda değer bir diğer katkısı ise, kötü muamelenin önlenmesi için ortaya koyduğu standartların, başta AİHM olmak üzere uluslararası insan hakları mekanizmaları tarafından referans kabul edilmesidir¹⁷².

1.2.1.5. Amerikalılar Arası İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi

Amerikalılar Arası İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi, Amerikan Devletler Örgütü tarafından 15. Olağan Dönem Toplantısı'nda, 9 Aralık 1985 tarihinde kabul edilmiş ve 28 Şubat 1987 tarihinden beri yürürlüktedir¹⁷³.

Bölgesel nitelikte¹⁷⁴ ve 24 maddeden oluşan Sözleşme'nin 2. maddesinde işkence tanımına yer verilmiştir. Şöyle ki: *“Bu Sözleşmenin amaçları bakımından işkence, suç soruşturması amacıyla bir kimseyi yıldırmanın, onu kişisel olarak cezalandırmanın bir yöntemi olarak ya da engelleyici nitelikteki tedbir veya doğrudan bir ceza uygulaması olarak yahut herhangi bir başka amaç güderek, o kişi üzerinde kasıtlı olarak yapılan ve bedensel ya da manevi acı yahut elem veren herhangi bir eylem olarak anlaşılabacaktır. Ayrıca, bir kişi üzerinde gerçekleştirilen yöntemler, bedensel acıya veya manevi şiddetli ıstıraba yol açmasa bile mağdurun kişiliğini yok etmek yahut onu bedensel ya da zihinsel olarak zayıflatmak kastıyla uygulandığında da işkence olarak anlaşılabacaktır.*

İşkence kavramı, bu maddede atıfta bulunulan eylemlerin icra edilmesini ya da yöntemlerin kullanılmasını içermemesi koşuluyla, hukuka uygun yöntemlerin sadece bir yansıması olarak veya onlara yerleşik biçimde açığa çıkan bedensel yahut manevi acıyı ya da elemi içermez”.

Madde tanımı incelendiğinde, işkence niteliğine varmayan kötü muamelelerin açıklanmadığı belirlidir. İşkence dışında kalan diğer zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ya da cezalar konusuna sadece madde 6 ve 7’de gönderme

¹⁷² Yılmaz, s. 11.

¹⁷³ Gemalmaz, s. 400.

¹⁷⁴ Bölgesel nitelikte olan diğer Sözleşmeler olan Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı da kötü muamele yasağına ilişkin hükümler içermekte ise de çalışmanın kapsamı açısından yasağı özgülenmiş bulunan Sözleşmelerden bahsedilmektedir.

yapılmıştır. Ancak tanımda işkencenin tanımına “Ayrıca, bir kişi üzerinde gerçekleştirilen yöntemler, bedensel acıya veya manevi şiddetli ıstıraba yol açmasa bile mağdurun kişiliğini yok etmek yahut onu bedensel ya da zihinsel olarak zayıflatmak kastıyla uygulandığında da işkence olarak anlaşılabacaktır.” hükmü eklenerek mağdurun zihinsel ve ruhsal yeteneğinin bozulmasına yol açacak uygulamaları da yasaklamış ve işkencenin kapsamını genişletmiştir¹⁷⁵.

Bu Sözleşme’nin, BM İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme ’den farkı, bir fiilin işkence olarak kabul edilebilmesi için ortaya çıkardığı acının “ağır” olması koşulunun aranmamasıdır. Bir diğer fark ise, mağdura yönelik olarak gerçekleşen davranışların işkence olarak kabul edilebilmesi için, failin özel kastının bulunmasının aranmamasıdır. Bu farklar, Amerikalılar Arası İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi’nin koruma alanının diğer sözleşmelere nazaran genişlemesini sağlamıştır¹⁷⁶.

1.2.1.6. BM İşkence ve Diğer Zalimane İnsanlık Dışı Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Kılavuzu

Kötü muamele ile mücadelede, çabaların yetersiz kalması sonucu uluslararası örgüt ve kuruluşlar tarafından yeni çalışmalar yapılmış ve bu çalışmalar sonucunda İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Kılavuzu (İstanbul Protokolü) hazırlanmıştır. İstanbul Protokolü olarak anılan Kılavuz, BM Genel Kurulu’nun A/RES/55/89 sayılı 30 maddeden oluşan kararının 3. maddesinde, BM İnsan Hakları Komisyonunun “İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Muamele veya Ceza” isimli 2000/43 sayılı kararına ve bu kararın 5. maddesinde bulunan “İşkence ve Diğer İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele ve Cezanın Etkili Soruşturulması ve Belgelendirilmesi Prensipleri ”ne yer verilmesi ile birlikte Birleşmiş Milletler belgesi olarak kabul edilmiş ve BM Genel Kurulu’nun 2000/43 sayılı kararı

¹⁷⁵ Gemalmaz, s. 403.

¹⁷⁶ Dursun, s. 91.

ile oylanmaksızın benimsenmiştir¹⁷⁷.

İstanbul Protokolü, tavsiye niteliğinde düzenlemeler içeren bir belge olmasına rağmen, kötü muamele iddialarının delille ispat edilmesinde izlenecek yöntemleri ayrıntılı şekilde ortaya koyarak mezkûr iddiaların etkili bir şekilde soruşturulmasına ilişkin birçok ilkeye açıklık getirmiştir ve bu ilkeler AİHM tarafından ölçü norm¹⁷⁸ olarak dikkate alınmaktadır¹⁷⁹.

İstanbul Protokolü'ne göre kötü muamelenin etkili soruşturulması ve belgelendirilmesinin hedefleri şunlardır: “(a) *Bulguların açıklığa kavuşturulması ve işkence görenler ve aileleri için, işkence olayına karışan bireylerin ve Devlet'in sorumluluğunun saptanması ve kabul edilmesi*; (b) *Olayın tekrarlanmasını önlemek için gerekli önlemlerin belirlenmesi*; (c) *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 tazminatı ve koşullarda iyileştirmenin gerektiğinin gösterilmesi*”¹⁸⁰.

Protokol'de belirtildiği üzere, kötü muamelenin etkili biçimde soruşturulmasından bahsedebilmesi adına ilk önce iddiada bulunulan kötü muamelenin hakikaten yaşanıp yaşanmadığı, tıbbi dayanaklar, tanık ifadeleri,

¹⁷⁷ Doğan ve Kaya, s. 118.

¹⁷⁸ İstanbul Protokolü'nün ölçü norm olarak kullanıldığı karara örnek olarak Batı ve Diğerleri/Türkiye, B.N. 33097/96 ve 57834/00, 3 Haziran 2004. Bir diğer örnek olarak ise Dilek Aslan/Türkiye kararında AİHM, tutuklu yakınlarına destek amaçlı bildiri dağıtımı yaparken yakalanan ve bu esnada polis tarafından güç kullanıldığını, vücudunun farklı kesimlerine temasın gerçekleştirildiğini ve içerisinde cinsellik bulunan yorumlar yapıldığını ve mezkur kötü muamelelerin polis merkezinde de devam ettiğini ve tecavüz ile tehdit edildiğini iddia eden başvurucuya yönelik etkili soruşturma yapılmamış olması nedeniyle AİHS m.3'ün ihlal edildiğine karar verilmiştir. Bu kararda “*Diğer yandan Mahkeme, başvuranın darp, cinsel saldırı ve tehdit iddialarını hem ulusal makamlar hem de Mahkeme önünde ileri sürdüğünü; Mahkeme'ye sunulan tıbbi raporların ayrıntılı olmadığını ve kötü muameleyle ilişkin davaları incelerken Mahkeme tarafından sürekli dikkate alınan Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi (CPT) tarafından tavsiye edilen standartlar ve “İstanbul Protokolünde belirtilen ana esaslar bakımından yetersiz olduğunu gözlemlemektedir. Bu itibarla Mahkeme, başvuranın kötü muamele iddialarının kanıtlanması veya çürütülmesi için söz konusu tıbbi raporlara delil olarak dayanılamayacağını değerlendirmektedir”* ifadeleriyle açıkça belirttiği üzere İstanbul Protokolü'nü kötü muamele ile mücadelede ölçü norm olarak dikkate alıp değerlendirmesini bu hususta yapmaktadır. Detaylı değerlendirme için bkz. Köksal, s. 48.

¹⁷⁹ Yılmaz, s. 13.

¹⁸⁰ İstanbul Protokolü, s. 58.

yakalama ve gözaltı şeklindeki işlemlere dair kayıtlar, fotoğraflar, tutanaklar, mağdur ve şüpheli beyanlarıyla desteklenmiş ve kanıtlanmış olmalıdır. Kötü muamelenin varlığı durumunda ise sorumlu kişilerin tespiti ile yargılamasının yapılmış olması ve mağdurların mağduriyetinin giderilmesi gerekir. Tüm bu hususlardan bir tanesi dahi eksik ise, kötü muamele soruşturması amacına ulaşamamış ve etkililiği sağlanamamıştır¹⁸¹.

Devletin en temel yükümlülüklerinden olan kötü muamelenin hangi şartlarda gerçekleştiği ve failinin tespiti ile bu kişilerin yaptırımsız kalmasını engellemeye elverişli bir etkili soruşturma yapma yükümlülüğünün eksiksiz şekilde yerine getirilmesi açısından Protokol ile getirilmiş olan ölçütler büyük önem taşımaktadır¹⁸².

1.2.1.7. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa Konseyi tarafından meydana getirilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 4 Kasım 1950 tarihinde İtalya'nın Roma kentinde imzalanmış ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁸³. AİHS'i önemli kılan, koruması altındaki temel hak ve özgürlükleri kapsamlı düzenlemesi, hangi şart altında ve ne şekilde sınırlandıracağını belirtmesi ve işlevselliğini sağlamak amacıyla denetim organı kurmasıdır. Böylece birey, uluslararası alanda söz sahibi olmaktadır¹⁸⁴.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin çalışmaya konu 3. maddesi “*Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.*” biçiminde kötü muamele yasağını belirtmektedir. Bu maddeyle, kişinin vücut bütünlüğü ve insanlık onuru korunmakta ve bu kapsamda bazı uygulamalar yasaklanmaktadır¹⁸⁵. İşkence yasağı başlıklı anılan maddede AİHS, işkence ve diğer kötü muameleleri aynı metinde anmış ancak herhangi bir tanım ya da ölçüte yer vermemiştir. Bu durum, bireyin maddede sayılmış olan işlemlerden herhangi birine tabi tutulması durumunda sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucunu ortaya

¹⁸¹ Doğan ve Kaya, s. 121.

¹⁸² Yılmaz, s. 14.

¹⁸³ Gemalmaz, s. 175.

¹⁸⁴ Çor, s. 64.

¹⁸⁵ Yıldız, s. 13.

çıkarmaktadır¹⁸⁶.

İşkence, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezanın tanımı ve aralarındaki farklılıkların ortaya çıkarılması uygulayıcıya bırakılmıştır. Bu durum, insan hakları hukukunun sözleşmelere dayanması ve özünde “*vak’a hukuku*” özelliğini taşıması bakımından isabetlidir. Zira AİHS 3. maddeye aykırılık iddiası durumunda Mahkeme, her olayın kendine özgü şartlarını dikkate alarak, yaşam ve düşünce şartlarındaki değişim ile Avrupa Konseyi üyesi devletlerin ortak hukuk standartlarındaki gelişmeler doğrultusunda zamanın şartlarına uygun yorum yöntemiyle mevcut iddiayı çözümlemektedir¹⁸⁷.

Çalışmanın temel dayanağını oluşturan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve belirtilmiş olan 3. maddesi ikinci bölümde detaylı şekilde incelenmiştir.

¹⁸⁶Anayurt, s. 427.

¹⁸⁷Üzülmez, s. 96.

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHADINDA KÖTÜ MUAMELE YASAĞININ ETKİLİ SORUŞTURULMASI

2.1. Etkili Soruşturma Yükümlülüğünün Hukuki Dayanağı

İlk bölümde detaylı şekilde belirtildiği üzere, AİHS metninde açıkça yazmasa da devlet, kötü muamele ile karşılaştığı bir durumda etkili şekilde soruşturma yapmakla yükümlüdür. Bu yükümlülük içtihat sonucu ortaya çıkmış olup bu içtihadın oluşmasında kullanılan dayanak Sözleşme maddelerinin bilinmesi, yükümlülüğün amacının anlaşılması bakımından önem taşımaktadır.

Bu konuda AİHM kararlarında iki farklı yaklaşım izlenmektedir. Bunlardan ilki yükümlülüğün hukuki dayanağının doğrudan 13. maddede yer alan etkili başvuru hakkından almasıdır¹⁸⁸. Yükümlülüğün AİHS madde 13'e dayandığı içtihat yaklaşımında, AİHS'de bulunan başka bir maddeye dayanma ihtiyacı bulunmamıştır. Yükümlülüğün madde metni içinde zımnen bulunduğu belirtilmiştir¹⁸⁹.

AİHM, Klass/Almanya kararında “Sözleşme’nin gerçekten ihlal edilmiş olması, 13. maddenin uygulanması için bir önkoşul olamaz. Mahkeme’nin görüşüne göre 13. madde, Sözleşme’ye aykırılığı iddia edilen bir tasarruftan kendisinin zarar gördüğünü düşünen bir kişinin, hem iddiaları hakkında karar verilmesini ve hem de mümkünse bir karşılık ödenmesini sağlamak için ulusal bir makam önünde hukuki bir yola başvurma hakkını gerektirmektedir. Böylece 13. madde, Sözleşme’deki hak ve

¹⁸⁸ Mahkeme, İlhan/Türkiye kararından itibaren bu yaklaşımı benimsemişse de Assenov ve Diğerleri/Bulgaristan kararından sonra ikinci yaklaşımı benimsemiştir. Ancak halen somut olayın özelliklerine göre farklı kararlar verebilmektedir.

İlk yaklaşıma ilişkin ise Aksoy/Türkiye kararında AİHM “Sözleşme’nin 3. maddesinde güvence altına alınan hakkın özelliği, 13. madde bakımından sonuçlar doğurmaktadır. İşkence yasağının büyük önemi ve özellikle işkence mağdurlarının korunmasız durumu düşünüldüğünde, Sözleşme’nin 13. maddesinin, iç hukukta kullanılabilir diğer haklar saklı kalmak kaydıyla, Devletlere işkence olayları hakkında tam ve etkili bir soruşturma yapma yükümlülüğü yüklediği görülür. Buna göre, bir kimsenin Devlet görevlileri tarafından kendisine işkence yapıldığına dair savunulabilir bir iddiası bulunması halinde, Sözleşme’nin 13. maddesine göre ‘etkili hukuk yolu’ kavramı, uygun bir tazminatın ödenmesinin yanı sıra, işkenceden sorumlu olanların belirlenmelerini ve cezalandırılmalarını amaçlayan ve şikayetçinin etkili bir biçimde katılmasını içeren bir usulle, tam ve etkili bir soruşturma yapılmasını gerektirir” çevirisi için bkz. Dutertre, s. 58.

¹⁸⁹ Şenol, s. 67.

özgürlüklerinin ihlal edildiğini “iddia eden” herkesin, “ulusal bir makam önünde etkili bir hukuki yola başvurma hakkı”nı güvence altına alacak biçimde yorumlanmalıdır”¹⁹⁰. Yani Mahkeme, Sözleşme’de tanınmış bir temel hakkının ihlal edildiğine dair savunulabilir bir iddia ileri süren herkesin etkili başvuru hakkı bulunduğunu kabul etmektedir.

Yükümlülüğün dayanağına ilişkin Mahkemenin ikinci yaklaşımı ise, birincisine göre daha karmaşıktır. Bu yaklaşıma göre yükümlülüğün hukuki dayanağını AİHS madde 1’de yer alan hüküm ile somut olaya göre AİHS madde 2 veya 3 oluşturmaktadır¹⁹¹. AİHM bu hususu Sevtap Veznedaroğlu/Türkiye kararında “Mahkeme, bir birey, polis ya da diğer devlet görevlilerince hukuk dışı ve 3.maddeye aykırı bir muameleye tabi tutulduğunu iddia ettiğinde –ki bu hüküm Sözleşme’nin 1.maddesinde öngörülen devletin ‘kendi yetki alanı içinde bulunan herkese Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlükleri tanıma’ yükümüyle birleşince- bu iddia zımnen, sorumluların belirlenmesi ve cezalandırılmasıyla sonuçlanan etkili bir soruşturmayı zorunlu kıldığını tekrarlar (bkz. 28 Eylül 1998 tarihli Assenov-Bulgaristan kararı, RD 1998-VII, s.3290 §102)” şeklinde belirtir¹⁹².

Mahkeme, bu yükümlülüğün hukuki dayanağının, tamamen davaya konu olayların işleyişine bağlı olduğunu belirterek, incelenen kararlarda görüldüğü üzere son dönem içtihadında daha çok AİHS’in 3. maddesi aracılığıyla bir yaklaşımda bulunmaktadır ¹⁹³ . Sonuç olarak hukuki dayanak hususunda yapılan bu

¹⁹⁰ Klass ve Diğerleri/Almanya, B.N. 5029/71, 06.09.1978 tarihli karar, par. 63.

¹⁹¹ Bu hususu Mahkeme Bekos ve Koutropoulos/Yunanistan kararında “Mahkeme, bu koşullarda, bir kişinin, polisin veya devletin başka ilgili birimlerinin nezaretinde bulunduğu sırada Sözleşme’nin 3. Maddesine aykırı olan ve yasaklanan ağır kötü muameleye maruz kaldığını savunabilir şekilde ileri sürmesi durumunda Sözleşmenin 1. Maddesinin Devletlere getirdiği ‘(...) kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlamasına ilişkin genel yükümlülük ile birlikte bu hükmün, resmi etkili bir soruşturma gerektirdiğini ima ettiği kanaatindedir. (...) Aksi takdirde, işkence ve insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele veya cezaların hukuki açıdan genel olarak yasaklanması, temel önemine rağmen, uygulamada etkisiz olacaktır. Bazı durumlarda devlet yetkililerinin, cezasız kalarak denetimleri altındaki kişilerin haklarını kötüye kullanmaları mümkün olacaktır” demek suretiyle detaylıca açıklamıştır. Kararın ilgili 53. paragrafı için bkz. Erik Svanidze, **Kötü Muamelenin Etkili Soruşturulması (Avrupa Normlarına Dayanan Kılavuz İlkeler)**, Epamat Basım, Ankara, 2019, s. 25.

¹⁹² Sevtap Veznedaroğlu/Türkiye, B.N. 32357/96, 11.04.2000 tarihli karar, par. 32.

¹⁹³ Svanidze, s. 21.

sınıflandırmanın yükümlülüklerin özü bakımından etkisi yoktur.

2.2. Kötü Muamele Durumunda Soruşturma Yükümlülüğünün Temelleri

2.2.1. Kötü Muamele Yasağının Mutlak Niteliği

İnsan onurunun korunması, Sözleşme'nin ortaya çıkış nedenidir. İşkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ya da ceza doğrudan insan onurunu zedelemeyi hedef alan eylemler olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle, mezkûr eylemlere maruz kalmamak AİHS ile mutlak koruma altına alınmış ve devlete ölçülülük gibi bir test imkânı ya da takdir marjı hakkı tanınmamıştır. Bu mutlak koruma uluslararası toplumun temel normlarından birini oluşturmaktadır¹⁹⁴. Başka deyişle, kötü muamele yasağının mutlak niteliği, kötü muameleyi meşru kılacak hiçbir haklı nedenin kabul edilmemesi anlamına gelir¹⁹⁵. Bunun nedeni, kötü muamele olgusunun hem etik olarak hem hukuk olarak meşru sayılacağı bir durum bulunmamasıdır¹⁹⁶.

Ancak her ne kadar mutlak bir koruma altına alınmışsa da hangi muamelenin işkence hangi muamelelerin insanlık dışı ya da aşağılayıcı olduğunun belirlenmesi noktasında bir fikir birliği yoktur¹⁹⁷. Yani kural mutlak olsa da sınırları muğlaktır¹⁹⁸.

AİHM içtihatlarında istikrarlı şekilde belirtildiği üzere madde 3 “*demokratik toplumların en temel değerlerinden birini içermekte olup, bireyin beden bütünlüğünü ve kişilik onurunu mutlak surette korumayı amaçlamaktadır*”¹⁹⁹. Bu doğrultuda kötü muamele yasağının mutlak nitelikte oluşunun anlamı; mağdurun durumu, davranışı ya da işlediği iddia edilen suçun niteliği, suçun devletin güvenliğine karşı işlenmiş olması ya da terör suçu olması gibi herhangi bir gerekçeyle istisnalarının getirilmesi söz konusu değildir. Ayrıca bu mutlaklık, devletin yetki alanındaki herkes için geçerlidir. Herkesten kasıt, yabancı veya vatandaş gibi bir ayırımın yapılmamasıdır. Mahkeme bu

¹⁹⁴ Anayurt, s. 454.

¹⁹⁵ Doğan ve Kaya, s. 10.

¹⁹⁶ Bülent Algan, **İşkence ile Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu**, Ankara Üniversitesi Basım Evi, Ankara, 2011, s. 4.

¹⁹⁷ Bu konuda, bir eylemin kötü muamele olup olmadığının tespitinde Devlete takdir marjı tanındığı hakkındaki görüş için bkz. D.J Harris/M.O'Boyle/E.P Bates/C.M Buckley, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Şen Matbaa, Ankara, 2013, s. 7 vd.

¹⁹⁸ Altıparmak, s. 146.

¹⁹⁹ Aksoy/Türkiye, B.N. 21987/93, 18.12.1996 tarihli karar ve çevirisi için bkz. Dutertre, s. 58.

husustaki birçok kararında, mağdurun eylemlerinin yasaklanmış olan muameleye başvurulması için gerekçe olamayacağını belirtmektedir²⁰⁰.

Sözleşmenin 3. maddesinin içerdiği mutlak nitelik, savaş halinde dahi bu yasaktan feragat edilemeyeceği anlamını taşır. Bu çerçevede olağanüstü hallerde yükümlülüklerin askıya alınmasını düzenleyen AİHS 15. madde şu şekildedir: “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 sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir. 2. Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye, 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ile 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez”²⁰¹. Maddede açıkça belirtildiği üzere, AİHS ve Ek Protokolleri tarafından koruma altına alınan bazı haklar açısından korumaya istisna getirilebilirken AİHS 3. madde kapsamında kötü muamele yasağı savaş halinde dahi istisna içermez. Yani kötü muamele yasağının mutlak niteliği koşullardan bağımsız olduğu gibi mağdurun statüsü, zanlı durumunda olup olmaması veya işlediği suçun önemi gibi bütün hal ve şartlara rağmen işlemeye devam etmektedir²⁰².

Bu bakımdan belirtmek gerekir ki AİHM, suçla mücadelenin, özel olarak çocuk kaçırma, organize suçlarla mücadele, örgütlü suç ve terörle mücadelenin zorluklarla dolu olduğunu kabul etmekte ve bunların araştırılması gerektiğini de belirtmektedir. Ancak bu zorlukların kötü muamele yasağının mutlaklığını hiçbir şekilde kısıtlamayacağını Zelilof/Yunanistan kararında “Mahkeme’nin birçok kez belirttiği gibi, Sözleşme’nin 3. Maddesi, demokratik toplumun en temel değerlerinden birini barındırmaktadır. Terörle ve organize suçlarla mücadele gibi Devletin mevcudiyetini tehdit eden acil bir durumda bile, Sözleşme, işkenceyi veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezayı mutlak surette yasaklar. Sözleşme’nin 3.maddesi, Sözleşmeyle birlikte 1 ve 4 numaralı Protokolleri’nin normatif şartlarının birçoğundan farklı olarak, herhangi bir istisna öngörmez ve 15. Maddenin 2. Fıkrası

²⁰⁰ Yıldız, s. 14-15.

²⁰¹ https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf, (E.T. 16.12.2020), s. 12-13.

²⁰² Doğan ve Kaya, s. 86.

uyarınca ulusun varlığını tehdit eden bir durumda dahi kısıtlanamaz”²⁰³ şeklinde beyan etmiştir. Bu beyana göre her ne kadar devletin varlığına kastı içeren terör örgütü faaliyetine yönelik bir sorgu ve ifade alma olsa da bu sırada dahi kötü muameleye başvurulması ve kötü muamele uygulanarak elde edilen delillerin kullanılması mutlak olarak yasaktır²⁰⁴.

Ancak bu açıklamalara rağmen, kolluk kuvvetlerinin, ilgilinin davranışları nedeniyle zor kullanmaya mecbur kaldıkları durumlar da vardır. Bu durumlarda Mahkeme, AİHS madde 2’deki kıstasları bu hüküm bakımından da uygular. Bu kıstaslardan ilki ilgilinin, davranışlarıyla güç kullanımının mecburi hale gelmesi; ikinci kıstas ise kullanılan gücün, amaçla orantılı olmasıdır²⁰⁵. Bu durum da tıpkı kavramların muğlaklığı gibi, aslında yasağın mutlaklığının bir istisnası niteliğindedir.

Oysa içtihat incelendiğinde, AİHS 3. maddesi mutlaklık anlamında koruma alanını genişleterek, AİHS’e taraf bir devletin sınırları dışında ve taraf devlete bağlı olmayan üçüncü kişilerce kötü muameleye tabi tutulmaktan da korur²⁰⁶. Bu madde bireylerin bir ülkeden başka bir ülkeye geri gönderilmesi, iade ya da sınır dışı edilmesi halinde kötü muameleye maruz kalma ihtimali bulunması durumlarında da uygulanmakta hatta geri gönderilmeme ilkesi çerçevesinde yapılan değerlendirme ile AİHM’in İç Tüzük 39. maddesi gereğince geçici tedbir kararları verilebilmektedir²⁰⁷. Bu konuyu AİHM Ahmed/Avusturya kararında “*Yabancı uyruklu bir kişinin bir Sözleşmecî Devlet tarafından sınır dışı edilmesi, eğer bu şahsın sınır dışı edildiği takdirde gideceği ülkede 3. maddeye aykırı bir muameleye maruz kalmak konusunda gerçek bir risk ile karşılaşacağı sağlam ve inandırıcı verilerle saptanmışsa, 3. madde*

²⁰³ Zelilof/Yunanistan kararı, B.N. 17060/03, 24.05.2004 tarihli karar, par. 42.

Ayrıca belirtmek gerekir ki Mahkeme kararın 42. Paragrafının son kısmında, konu hakkında içtihadın oluşmasını sağlayan ilk karar olan Chahal/Birleşik Krallık kararına atıf yapmıştır. Atfa konu metin “*Mahkeme, modern zamanlarda Devletlerin kendi toplumlarını terör faaliyetlerinden korunmak için karşılaştıkları büyük güçlüklerin farkındadır. Ancak bu koşullarda bile Sözleşme, mağdurun eylemi ne olursa olsun, işkenceyi ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleyi mutlak bir ifadeyle yasaklamaktadır*” olup içeriği için bkz. Doğru, s. 2.

²⁰⁴ Yıldız, s. 15.

²⁰⁵ Hasan Mutaş, “Kötü Muamele Yasağının Kapsamı ve İkincillik İlkesi”, **Anayasa Yargısı**, C. 37, S. 1, 2020, s. 252 vd. Bu konudaki kararlardan bazıları Ataykaya/Türkiye, B.N. 50275/08, 22.07.2014 tarihli karar, Rehbock/Slovenya, B N. 29462/95, 28.11.2000 tarihli karar.

²⁰⁶ Yıldız, s. 16.

²⁰⁷ Köksal, s. 14.

çerçevesinde bir sorun oluşturabilir ve şahsı sınır dışı eden Sözleşmecî Devlet'in sorumluluğu doğabilir. Bu koşullarda, 3. madde zımnen, söz konusu şahsın o ülkeye gönderilmemesi yükümlülüğünü getirir"²⁰⁸ şeklinde belirtmiştir.

Kötü muamele yasağını askıya alınamayacağını belirten uluslararası hukuk, kötü muameleye karşı güvence sağlayan usul hükümlerinin de askıya alınamayacağını öngörmektedir. Aksi durum, kötü muamele yasağının mutlaklığını geçersiz kılacaktır²⁰⁹.

2.2.2. Kötü Muamele Durumunda Etkili Soruşturma Yükümlülüğü

Uluslararası belgeler, kötü muamele yasağının etkili bir şekilde soruşturulması yükümlülüğünün pek çok unsurunu gözetmektedirler. Bu belgeler öncelikle uygun soruşturma açma gerekliliğini belirtmekte ve bununla birlikte bu uygun soruşturmanın açılabilmesi ve neticede kötü muamele faillerinin cezalandırılabilmesi kanallara erişimi güvence altına alan tedbirler öngörmektedirler. Tüm bu hususlar sonucunda kötü muamele failinin cezasız kalmasının bertaraf edilmesi amaçlanmaktadır²¹⁰.

Sözleşme'nin 1. maddesi bakımından, söz konusu norm ve güvencelerden ilgili devletlerin yargı yetkisine giren herkes daha geniş bir anlamda faydalanmalıdır. Başka bir deyişle, bu güvencelerin bütün kötü muamele mağdurlarına uygulanması gerekmektedir²¹¹. Böyle bir soruşturmanın temel amacı, yaşama hakkını koruyan ulusal kanunların etkili uygulanmasını, devlet organlarının karıştığı olaylarda da onların hesap verebilirliklerini temin etmektir. Soruşturmanın şekli somut olaya göre değişebilmektedir. Ancak bu şekil ne olursa olsun devlet yetkililerinin kendilerine ihbar edilen bir olayda harekete geçmek zorunda olduğunu ifade etmektedir²¹².

²⁰⁸ Ahmed/Avusturya, B.N. 25964/94, 17.12.1996 tarihli karar için bkz. Dutertre, s. 84. Benzer nitelikteki kararlar bkz. Cruz Varas/İsveç, B.N. 15576/89, 20.03.1991 tarihli karar, D/Birleşik Krallık, B.N. 30240/96, 02.05.1997 tarihli karar. Farklı görüşü içeren Bensaid/Birleşik Krallık, B.N. 44599/98, 06.02.2001 tarihli kararda Mahkeme 3.maddenin ihlal edilmeyeceği sonucuna varmıştır.

²⁰⁹ Doğan ve Kaya, s. 13.

²¹⁰ Svanidze, s. 26.

²¹¹ Doğru, s. 22.

²¹² Sezgin Tanrıkulu, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Etkili Başvuru Hakkı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 41.

2.3. Soruşturmanın Varlık Nedenleri ve Amaçları

2.3.1. Varlık Nedenleri

Etkili soruşturma yükümlülüğü bakımından devletin pozitif yükümlülüğünün usule ilişkin kısmını maddi haklardan birinin ihlali halinde bireylere etkili bir iç hukuk yolu sağlaması oluşturmaktadır²¹³. Başka bir deyişle, bireylere AİHS ile koruma altına alınmış haklarına yönelik bir ihlalin varlığı halinde oluşan mağduriyetin giderilmesi için başvurabilecekleri fiilen etkili hukuk yollarının sunulmasını ifade eder.

Soruşturma açma yükümlülüğü, yetkili makamların, kötü muamelenin varlığını kanıtlayan yeterince açık bulgulardan veya makul bir iddiadan haberdar olduğu andan itibaren başlar. Böylece açık bir şikâyet bulunmasa bile yetkili makamlarca soruşturmanın başlatılması gerekir. AİHM bu konudaki tespitini El-Masri/Kuzey Makedonya kararında “*Mahkeme bir kişinin savunulabilir bir şekilde polis ya da Devletin benzer teşkilatlarından 3. maddeye aykırı bir muamele gördüğünü ileri sürmesi durumunda, bu maddenin Sözleşme’nin 1. maddesinin Devlete yüklediği kendi yetki alanı içinde bulunan herkese bu Sözleşme’de açıklanan hak ve özgürlükleri tanıyacaklarına ilişkin genel ödev ile birlikte değerlendirilmesinin sonuç olarak etkili resmi bir soruşturma yapılmasını gerektirdiğini hatırlatır*”²¹⁴ şeklinde yinelemiştir.

AİHM, önceki içtihadında, sorumluların ortaya çıkabilmesi için kötü muameleye maruz kalan kişinin, bu durumu “makul bir şekilde” ortaya çıkarabilmesi gerektiğini belirtmiştir²¹⁵. Ancak geçen zaman içerisinde birçok dava ve farklı koşullar değerlendirildikten sonra AİHM, resmi bir şikâyet bulunmasa dahi AİHS 3. maddesi bakımından bir soruşturma başlatılması gerektiği görüşünü benimsemiştir. AİHM’nin yeni içtihadına göre bir kötü muamele durumunda soruşturma açma yükümlülüğü, kötü muamelenin yapılmış olabileceğine dair “yeterince açık bulguların” bulunmasından itibaren başlatılmalıdır²¹⁶. AİHM bu durumu Batı ve Diğerleri/Türkiye kararında “*Ancak soruşturma yöntemi ne olursa olsun, resmi bir şikâyet yapılı*

²¹³ Şenol, s. 74.

²¹⁴ El-Masri/Kuzey Makedonya, B.N. 39630/09, 13.12.2012 tarihli karar, par. 182.

²¹⁵ Svanidze, s. 42.

²¹⁶ Svanidze, s. 42.

yapılmaz yetkililer harekete geçmelidirler. Dar anlamda bir şikayette bulunulmamış olsa bile, işkence veya kötü muamele yapıldığına dair yeterince açık belirtilerin mevcut olması durumunda, soruşturma başlatılmalıdır”²¹⁷ şeklinde açıkça belirtmiştir.

Yetkili makamlar bakımından makul olan bu iddiaların değerlendirilmesi, asgari eşiğin tanımlanması ve kötü muamelenin türünün belirlenmesi anlamında zordur. Bu hususu Mahkeme Soering/Birleşik Krallık kararında “*Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarında görüldüğü üzere, ceza dahil, bir kötü muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesinin kapsamına girebilmesi için, asgari bir ağırlık düzeyine ulaşması gerekir. Bu asgari düzeyin değerlendirilmesi, işin doğası gereği görecelidir; muamelenin veya cezasının niteliği ve bağlamı, bunların icra edilme tarzı ve yöntemi, süresi, doğurduğu maddi veya manevi sonuçları ve bazı olaylarda mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi olayın bütün koşullarına dayanır*”²¹⁸ şeklinde belirtmiştir. Bir başka deyişle, her somut olayın kendi fiziksel ve ruhsal şartları ayrı ayrı değerlendirmeye alınacağından göreceli ve zordur.

Belirtilmelidir ki bu yükümlülük, öncelikle fiziksel veya psikolojik şiddet, güç kullanımı, saldırı veya başka kasıtlı kötü muamele şekillerinin bulunması durumunda meydana gelmektedir. Aslında kötü muamele yasağının maddi kapsamı genişledikçe soruşturma yükümlülüğünün kapsamı da genişlemektedir. AİHM'nin içtihadı ise soruşturma yükümlülüğüne götürülecek temel senaryoları²¹⁹ eksiksiz şekilde

²¹⁷ Batı ve Diğerleri/Türkiye, B.N. 33097/96, 03.06.2004.

²¹⁸ Soering/Birleşik Krallık, B.N. 14038/88, 07.07.1989.

²¹⁹ Örneğin Altun/Türkiye kararında evin ya da diğer mülklerin kasıtlı bir şekilde tahrip edilmesinde “*Bir kişinin, devlet temsilcileri tarafından kasıtlı olarak evinin veya mülklerinin yıkıldığını inandırıcı bir şekilde ileri sürmesi halinde, Sözleşme'nin 13. Maddesi, bir tazminatın ödenmesinin yanı sıra, gerekli olduğu takdirde, sorumluların tespit edilmesi ve cezalandırılmasına imkan sağlayan ayrıntılı ve etkili bir soruşturmanın başlatılması ile şikayetçinin soruşturma işlemine ekili bir şekilde katılmasını gerektirmektedir*” demekle spesifik olan bu alanda dahi etkili soruşturma yükümlülüğünü öngörmüştür. Altun/Türkiye, B.N. 24561/94, 01.06.2004.

Yine bir diğer örnek ise Cobzaru/Romanya kararıdır. AİHM, bu kararda toplum ya da devlet bünyesinde belirli bir ayrımcılık bulunması halinde, ilgili makamların bilgili olduğunu varsayarak soruşturma yükümlülükleri olduğu belirtmiştir. Şöyle ki; “*Şüphesiz, bu olaylar, en üst düzey Romen yetkililer tarafından Romanlara karşı ayrımcılıkla mücadele etmek amacıyla kabul edilen politikalar gibi söz konusu davada soruşturma makamları tarafından biliniyor ya da bilinmesi gerekiyordu ve bu nedenle, şiddetin arkasındaki olası ırkçı saikler soruşturmada özellikle dikkate alınmalıydı*”. Cobzaru/Romanya, B.N. 48254/99, 26.07.2007.

belirtmektedir²²⁰.

2.3.2. Temel Amaçları

Mahkeme'ye göre etkili bir soruşturmanın amacı, kötü muameleden sorumlu olanların belirlenmelerini ve cezalandırılmalarını sağlamak ve gerektiğinde mağdura tazminat ödenmesine imkân sağlamaktır²²¹. Bu nedenle belirtilmelidir ki yalnızca mağdura tazminat ödenmesini sağlayan ancak sorumluların ortaya çıkarılmalarına ve cezalandırılmalarına elverişli olmayan bir soruşturma etkili bir soruşturma niteliği kazanmayacaktır²²².

AİHM'in birçok kararında atıf yaparak ilkelerini benimsediği İstanbul Protokolü'nde soruşturmanın amaçları daha geniş şekilde belirtilmiştir. İstanbul Protokolü I. Ek madde 1'e göre kötü muamele iddialarının etkili bir biçimde soruşturulmasının amacı: *"a) eldeki bilgilerin açıklığa kavuşturulması, mağdurlar ve aileleri için bireylerin ve Devletin sorumluluğunun ortaya konması ve sorumluluğun*

²²⁰ Svanidze, s. 44.

²²¹ Konu ile ilgili olarak, AİHM'nin 03.06.2004 tarih ve 33097/96 başvuru numaralı Batı ve Diğerleri/Türkiye kararında, *"Mahkeme, önündeki delillere dayanarak, başvuru sahiplerine yapılan işkenceden davalı devletin Sözleşme'nin 3. maddesine göre sorumlu olduğu sonucuna varmıştır. Buna göre başvuru sahiplerinin şikâyetleri Sözleşme'nin 13. maddesi bakımından 'savunulabilir' niteliktedir. Dolayısıyla yetkili makamlar yukarıdaki şartları taşıyan etkili bir soruşturma açma ve yürütme yükümlülüğü altındadırlar. Mahkeme, başvuru sahiplerinin şikâyetinin soruşturulduğunu ve halen Yargıtay önünde bulunan ceza davasının açıldığını kaydeder. O halde Mahkeme'nin görevi, soruşturmanın ve devam eden ceza davasının özenle ve 'etkili bir şekilde' yürütülüp yürütülmediğini belirlemektir"* şeklinde belirterek etkili soruşturmaya ilişkin amacı ifade etmiştir. Bir başka karar ise, 20.07.2004 tarih ve 40154/98 başvuru numaralı Mehmet Emin Yüksel/Türkiye Kararıdır. İlgili kararda *"Başvurucu, gözaltında kötü muameleden sorumlu olan kişilerin belirlenmeleri ve cezalandırılmalarına yol açabilecek derin ve etkili bir soruşturma yapılmadığını; Diyarbakır İl İdare Kurulu kararının kendisinin polis aleyhine hukuk davası açmayı imkânsız kıldığını; memurlardan oluşan bu kurulun bağımsız bir organ sayılamayacağını ileri sürmüştür. Hükümet ise, kötü muamele mağdurunun, cezai soruşturmanın yanında, maddi ve manevi tazminat talebiyle hukuk davası veya idari dava açabileceğini savunmuştur. Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinde güvence altına alınan hakkın özelliğinin, 13. madde üzerinde sonuçlar doğurduğunu hatırlatır. Bir kimsenin devlet görevlileri tarafından kendisine işkence yapıldığına dair savunulabilir bir iddiası varsa, Sözleşme'nin 13. maddesi bakımından 'etkili hukuk yolu' kavramı, uygun bir tazminatın ödenmesinin yanı sıra, işkenceden sorumlu olanların belirlenmelerini ve cezalandırılmalarını sağlayabilen ve şikâyetçinin etkili bir biçimde katılmasını içeren bir usulle, tam ve etkili bir soruşturma yapılmasını gerektirir"* şeklinde ifade etmiştir. Mehmet Emin Yüksel/Türkiye, B.N. 40154/98, 20.07.2004.

²²² Doğru, *İşkence*, s. 170. Bu durum Yeter/Türkiye kararında *"Tazminat talep etme ve tazminat alma imkanının, Devlet görevlilerinin kasıtlı kötü muamelelerinden kaynaklanan ölümleri telafi edecek tedbirlerin yalnızca bir kısmını teşkil ettiği açıktır. Öyleyse AİHM polis memurları hakkındaki cezai yargılamanın etkinliğini de incelemelidir"* şeklinde ifade edilmiştir. Yeter/Türkiye, B.N. 33750/03, 13.01.2009.

kabul edilmesi, b) bu tür olayların tekrarını önlemek için alınması gereken önlemlerin belirlenmesi, c) soruşturma sonucunda sorumlu olduğu belirlenenler için cezai ve/veya uygun disiplin cezası işlemlerinin başlatılması, yeterli ve makul miktarda maddi tazminatı tıbbi tedavi ve rehabilitasyon hizmetlerinin temini de dahil olmak üzere Devletin durumu tazmin etmesi ve düzeltmesi” yolunda çalışmaktır²²³.

Soruşturmanın amacını detaylıca açıklayan bu ilkeler doğrultusunda olayların tespit edilmesinin her zaman mümkün olmadığı ve delillerin, kötü muamele faillerinin sorumluluklarını belirlemek için yeterli olmadığı kabul edilmektedir. Nitekim AİHM bu hususu Barabanshchikov/Rusya kararında “*Bu bağlamda, soruşturma yükümlülüğü ‘sonuç yükümlülüğü değil, araç yükümlülüğüdür’.* Her soruşturmanın başarılı olması veya başvurunun olayları dile getirdiği şekliyle bağdaşan bir sonuca varması gerekli değildir. Fakat soruşturma, prensip olarak davanın olaylarını tespit etmeye ve iddiaların kanıtlanması halinde, sorumluların kimliklerinin tespit edilmesine ve cezalandırılmasına imkân tanımalıdır. Böylelikle ağır kötü muamele iddialarına ilişkin soruşturmalar, eksiksiz bir şekilde yürütülmelidir. Başka bir ifadeyle, makamlar, gerçekte ne olduğunu bulmak için her zaman çaba sarf etmelidirler ve soruşturmayı sona erdirirken veya kararlarını verirken şüpheli ve acele yapılan tespitlere dayanmamalıdır²²⁴.

Sonuç olarak Mahkeme, pozitif yükümlülüklerin usuli boyutu bakımından inceleme yaparken AİHS’deki hakların iç hukukta etkili bir şekilde korunmasını sağlayan bir soruşturmanın yapıp yapılmadığını inceler²²⁵.

Ayrıca belirtmek gerekir ki AİHM’nin ilkelerini benimsediği İstanbul Protokolü’nde de belirtildiği üzere soruşturmadan sorumlu makamlar, kötü muamelenin tekraren yaşanmaması için gerekli önlemleri almak ve uygulamakla da görevlidirler²²⁶. Buna ilişkin görevli makamlar bulunsa da özellikle soruşturmadan

²²³ İstanbul Protokolü, s. 58.

²²⁴ Barabanshchikov/Rusya, B.N. 36220/02, 08.01.2009 tarihli karar, par. 54.

²²⁵ Doğru, **İşkence**, s. 170.

²²⁶ Bu husus İstanbul Protokolü’nün işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezanın etkili soruşturulması ve belgelendirilmesine ilişkin ilkeler başlıklı maddesinin b bendinde “*Olayın tekrarlanmasını önlemek için gerekli önlemlerin belirlenmesi*” şeklinde beyan edilmektedir. Metin için bkz. İstanbul Protokolü, s. 17.

sorumlu olanlar, kötü muamelenin tekrarının önlenmesi için tedbirleri belirlemede daha iyi konumdadırlar.

2.4. Soruşturmanın Etkililiğini Belirleyen Kriterler

Her ne kadar AİHM içtihadı ile benimsenen ilkeler zamanla değişebilir ise de belirleyici kriterler aynıdır. Soruşturma makamları eylemin kötü muamele olduğunu tespit ettikten sonra bu kriterleri uygulayarak soruşturmasını gerçekleştirdiğinde üzerine düşen sorumluluğu yerine getirmiş olmaktadır.

2.4.1. Bağımsızlık ve Tarafsızlık

Devlet görevlileri tarafından kötü muamele yapıldığı iddiasının bulunması halinde, soruşturma bağımsız organlar tarafından yapılmalıdır. Bu bağlamda anlatılmak istenen, soruşturmanın yürütülmesinden veya kararın verilmesinden sorumlu olan memurlar ile maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında etkili olan herkesin, soruşturmanın konusu olan kişilerden bağımsız olması gerekliliğidir²²⁷. Mahkeme Batı ve Diğerleri/Türkiye kararında bu konuyu “*Devlet görevlileri tarafından yapılan bir işkence veya kötü muamele soruşturmasının etkili sayılabilmesi için araştırma yapmakla ve soruşturmayı yürütmekle görevli kişilerin, olaya karışmış olabilecek kişilerden bağımsız olmaları gerekir. Bu demektir ki, soruşturmacı ile soruşturulan kişi arasında sadece hiyerarşik ve kurumsal bir bağ bulunmaması yetmez; aynı zamanda soruşturmacıların pratikte de bağımsız olmaları gerekir*” şeklinde ifade etmiştir²²⁸.

Bu durum İstanbul Protokolü’nün I. Eki madde 2’de “*Soruşturmayı yürütenler, bu tür olayların faili olduğundan şüphelenilen kişiler ve onların hizmet ettiği kurum ve kuruluşlardan bağımsız, soruşturma yürütebilecek vasıfta, tarafsız kişiler olmalıdır. Bu kişilerin tarafsız tıp uzmanlarına veya konuyla ilgili diğer uzmanlara erişim veya bu tür uzmanları çağırma yetkileri olmalıdır*” şeklinde ifade edilerek hem soruşturma yapan organların hem de maddi gerçeği ortaya çıkarmak için çalışan herkesin bağımsız

²²⁷ Svanidze, s. 48.

²²⁸ Batı ve Diğerleri/Türkiye, B.N. 33097/96, 03.06.2004 tarihli karar, par. 135. Taraburca/Moldova, B.N. 18919/10, 06.12.2011.

olması gerektiği vurgulanmaktadır²²⁹.

AİHM, kararlarının çoğunda soruşturmada sorumlu olan kurumlar bünyesindeki hiyerarşiyi inceleyerek bağımsızlık sorununu değerlendirmiştir²³⁰. Bu konuyu AİHM, 12 yaşında olan ve polis kontrolünde yakalanıp göz altına alınan Cığırhun Öner/Türkiye başvurusunda “*Mahkeme, sanıklarla ilgili suçlamaların ciddiyetinin polis olmaları göz önüne alınarak doğru bir şekilde değerlendirilmediği kanaatinde*” olduğunu belirtmiş ve sanıkların polis olması nedeniyle haklarında ceza erteleme kararı verildiğini belirterek sonuçta Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır²³¹.

Benzer nitelikteki mağdurun darp edilmesinden sorumlu olanların tespiti görevinin, sorumluların çalıştığı birime verildiği Najafli/Azerbaycan başvurusunda Mahkeme “*Mahkeme, resmi olarak bağımsız bir soruşturma makamı olan ve mevcut davada soruşturmayı yürüten Sabail Bölge Savcılığının, kötü muameleye maruz kaldığı iddia edilen kişileri tespit etmek amacıyla Sabail İlçe Polis Departmanından bir soruşturma yürütmesini talep ettiğini kaydeder*” tespitini yaparak “*Bu, yalnızca olaylara dahil olan kişilerle hiyerarşik veya kurumsal bir bağlantı olmaması gerektiği değil, aynı zamanda pratik anlamda da bağımsızlığın olması gerektiği anlamına geldiğinden*” Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır²³².

Ayrıca AİHM, içtihadında yalnızca hiyerarşik ya da kurumsal bağlantının bulunmamasını değil, fiili anlamda da bağımsızlığı incelemiştir²³³. Bu bakımdan Mahkeme’nin Türkiye aleyhine özellikle 2013 yılı öncesinde birçok ihlal kararı verdiği söylenebilir. Örneğin Ergi/Türkiye kararında “*Komisyon başvuranın Derik jandarma bölüğünde ve Derinsu jandarma karakolunda bulunduğu sürede işkenceye maruz kaldığını ve Derik Cumhuriyet Savcısı bay Altun’a bu konuda şikâyetle bulunduğunu, fakat bu şikâyetle ilgili bay Altun’un işlem yapmadığını tartışmasız*

²²⁹ İstanbul Protokolü, s. 58.

²³⁰ Kadri İnce, “İşkence Suçunun TCK, AİHS ve AİHM Kararları Işığında Ele Alınması”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, s. 3423.

²³¹ Cığırhun Öner/Türkiye, B.N. 2858/07, 23.11.2010 tarihli karar, s. 12.

²³² Najafli/Azerbaycan, B.N. 2594/07, 02.10.2012 tarihli karar, par. 52.

²³³ Şenol, s. 129.

olarak kabul etmektedir. Yine kabul etmektedir ki, daha sonra başvuranın iddiaları için başlayan soruşturma yetersiz ve her halükârda başlangıçtaki hareketsizliği telafi edemez. Davayla ilgili savcılık delillerinin yokluğu ve mevcut belgelere göre başvuranın işkence iddialarının soruşturması o derece yetersizdir ki Komisyon etkili bir hukuk yolu bulunmadığı görüşüne varmıştır” denilmekle fiilen bağımsızlığın önemi vurgulanmıştır²³⁴.

Burada önemle belirtilmesi gereken, kolluk kuvvetlerinin zamanında ve doğru ihbarıdır. Bu konuda AİHM’nin Güleç/Türkiye kararındaki “Mahkeme, Şırnak İl İdare Meclisi’nin 18 Ekim 1991 tarihinde, "dava dosyasında yer alan kanıtlar temelinde maktulleri öldüren ve yaralayan kişileri belirlemenin imkansız olduğu" görüşüne dayanarak davayı ağır ceza mahkemesine ilemediğine dikkat çeker (bkz. yukarıda Madde 28). Böyle bir sonuç kabul edilemez çünkü soruşturma görevlisi Sn. Kurt tamamen sübjektif davranmıştır ve İl valisi (soruşturma görevlilerini atayan ve jandarmadan sorumlu olan) veya yardımcısının başkanlık ettiği ve yerel temsilcilerden oluşan (Kamu Sağlığı Müdürü ve Tarım Müdürü gibi) ilgili idari kurumun yapısı duruma uygun değildir. Bunun sonrasında, 13 Kasım 1991 tarihinde, Yüksek İdari Mahkeme, İdari Meclisin durdurma kararı aldığına işaret etmiştir. Sonuç olarak, "ölüm ve yaralanmalardan sorumlu olan kişiler bilinmediği için", "mahkemenin davaya bakması ve bir karara varması mümkün değildir” değerlendirmesi dikkat çekicidir. Netice olarak AİHM kararın devamında “Durum böyle olduğu için, Mahkeme, Komisyon gibi, soruşturmanın tam olmadığı ve bağımsız yetkililer tarafından yürütülmediği sonucuna varmıştır” denilmektedir²³⁵. Bu bağlamda belirtilmelidir ki, memurlar ve kurumlar arasındaki ilişki karışıklık içerebilmekte olup her somut olay bakımından incelenmesi gerekmektedir.

Soruşturmanın yürütülmesine veya kararın verilmesine katılan memurlar, bağımsız olmaları gerektiği kadar tarafsız da olmalıdırlar. AİHM, tarafsızlığın mutlak bulunması gerektiğinden üstünde detaylı durmasa da içtihadından açıkça

²³⁴ Ergi/Türkiye, B.N. 23818/94, 28.07.1998 tarihli karar, par. 69.

²³⁵ Güleç/Türkiye, B.N. 21593/93, 27.07.1998 tarihli karar, par. 76.

anlaşılmaktadır²³⁶.

Tarafsızlık, soruşturmayı yürüten organların, hadiseye ve taraflara önyargıdan uzak, nesnel bir bakış açısıyla değerlendirmesidir²³⁷. Mahkeme ise tarafsızlığın, biri objektif diğeri sübjektif olmak üzere iki boyutu olduğunu belirtmiştir. Buna ilişkin yukarıda sözü edilen Güleç/Türkiye kararında AİHM “*Mevcut davada, Mahkeme içtihatlarında tanımlanan objektif tarafsızlık söz konusu değildir, sübjektif bir tarafsızlık vardır. Müfettiş Sn. Kurt'un raporunda yer alan bazı cümleler, başvuranın "sadece emirleri yerine getiren Binbaşı Mustafa Karatan aleyhinde keyfi ve asılsız suçlamalar yaptığı ve "binbaşının suçlamaların hedefi haline getirilmesinin ideolojik bir bakış açısı taşıdığı ve nesnellikten uzak olduğu" gibi cümleler, jandarmaların aleyhindeki suçlamaların ciddi olarak soruşturulması adına nesnel bir tavır ve kararlılık taşımamaktadır*” denilmekle açıklamıştır²³⁸. Bu açıklama doğrultusunda denilebilir ki objektif tarafsızlık, soruşturma organlarının muhakeme işlemlerini yerine getirme şekilleri ile ilgilidir. Sübjektif tarafsızlık ise, soruşturmada görev alan kişilerin birey olarak bağımsız hareket etmesidir²³⁹.

2.4.2. Eksiksizlik

Kötü muamele yasağına ilişkin bir soruşturmanın etkili olabilmesi için söz konusu hadise hakkındaki delillerin toplanmasında makul olarak gerekli görünen tüm aşamalar izlenmelidir. AİHM, eksiksizlik kriterine uyulması bakımından “bütün makul tedbirleri alınması ve gereken bütün çabaların gösterilmesini” zorunlu kılarak genel bir standart belirlemiştir²⁴⁰. AİHM, kararlarında devamlı olarak eksiksiz olmayan tedbirlere atıfta bulunarak alınması gereken tedbirleri belirlemiştir. Barabanschchikov/Rusya kararında bu hususu detaylıca belirtmiştir: “*Makamların, bu*

²³⁶ Barabanschchikov/Rusya kararında “9 Ağustos 2001 tarihinde gerçekleştirilen bilirkişi raporunun, başvuru, yakalanmasından sonra sorguya çeken ve ileri sürülen şiddet olaylarına tanıklık etmiş olan aynı soruşturmacı polis olan Bayan Z. Tarafından düzenlendiğini tespit ediyor olmaktan çok şaşkıncıdır” demekle memurların tarafsız olması gerekliliğini vurgulamıştır. Karar için bkz. Svanidze, s. 51.

²³⁷ Şenol, s. 130.

²³⁸ Güleç/Türkiye, B.N. 54/1997/838/1044, 27.07.1998 tarihli karar için bkz. Web: <https://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11874.htm>, (E.T. 22.03.2022).

²³⁹ Şenol, s. 131.

²⁴⁰ Svanidze, s. 51.

iddialar hakkında varsayılan mağdurun ayrıntılı ifadesi, görgü tanıklarının ifadeleri, adli tıp delilleri ve gerektiği takdirde yaralanmaların eksiksiz ve doğru bir şekilde rapor edilmesini sağlamak için ek sağlık raporları ile tıbbi tespitler ve özellikle yaralanmaların nedeni için objektif analiz de dahil olmak üzere, eksiksiz ve söz konusu olaylara ilişkin delillerin toplanması için makul olarak sahip oldukları tedbirleri almış olmaları gerekmektedir. Yaralanmaları nedeni veya sorumlulukları belirleme ihtimalini azaltan soruşturmanın her türlü eksikliği bu norma riayet edilmemesine yol açmaktadır”²⁴¹.

AIHM’in değerlendirdiği somut olay incelemelerine göre soruşturmanın etkili olması için alınması gereken tedbirler ve toplanması gereken deliller aşağıda büyük çoğunlukla sıralanmıştır.

Kötü muameleye maruz kaldığı iddia edilen kişilerin gerekli tüm önlemler alınarak ve durumlarına göre gereken hassasiyet²⁴² gösterilerek ayrıntılı ve eksiksiz ifadelerinin alınması gerekmektedir²⁴³. AIHM, çoğunlukla mağdurların ifadelerinin alınmadığı yahut bu ifadelerin yeterli olmadığını belirtmektedir. Cobzaru/Romanya kararında “Ayrıca, ekimozlarının nedenine ilişkin olarak, ne kendisini darp edenin Crinel M. Olduğuna ilişkin iddialar ileri sürüldüğünde ne de emniyet güçleri tarafından kötü muamele görmüş olduğuna ilişkin olarak savcılık nezdinde şikâyetle bulunulmasından sonra başvurunun ifadesine başvurulmaması dikkat çekicidir. Aynı şekilde, başvurunun polis karakoluna geldiğinde yaralarının olduğunu beyan eden polis memurlarının hiçbirine, başvurunun karakola geldiği 4 Temmuz 1997 tarihinde ya da daha sonra, başvurunun hastaneye kaldırıldığını öğrendiklerinde başvurunun yaralarının kaynağı hakkında soru sorulmamıştır. Crinel M. Tarafından darp edildiği iddiasının soruşturulmasına karşı neden hiçbir adım atılmadığına dair yetkililer tarafından bir açıklama yapılmamıştır”²⁴⁴.

²⁴¹ Barabanschchikov/Rusya, B.N. 36220/02, 08.01.2009.

²⁴² Bu husus İstanbul Protokolü Ek 1’de “işkence ve kötü muamele kurbanı oldukları iddia edilen kişiler, tanıklar, soruşturmayı yürüten kişiler ve bunların aileleri soruşturma esnasında veya sonrasında şiddet, şiddet tehdidi ve her türlü göz dağına karşı korunmalıdırlar” şeklinde ifade etmiştir. İstanbul Protokolü, s. 58.

²⁴³ Svanidze, s. 52.

²⁴⁴ Cobzaru/Romanya, B.N. 48254/99, 26.07.2007 tarihli karar, par. 71.

Kötü muamele faillerinin tespit edilmesi ve sorgulanması için gerçek çabalar gösterilmelidir. AİHM, Labita/İtalya kararında “*Mahkeme, başvurucunun 9 Mart 1995’te söz konusu infaz koruma memurlarını şahsen görmesi halinde tanıyabileceğini tekrarlamasına rağmen, bunun için herhangi bir şey yapılmamış olmasını ve bundan sadece dokuz gün sonra sorumlular teşhis edilemediği için iddiaların temelsiz olduğu gerekçesiyle savcının takipsizlik kararı verilmesini istemiş olmasını ve bu kararın verilmiş olmasını, çok çarpıcı bulmaktadır*”²⁴⁵.

Mağdurların tutuldukları yerlere ve sağlık hizmetlerine ilişkin kayıtlar ile diğer tıbbi kayıtlarının toplanması gerekmektedir. Ayrıca mağdur sayılan kişilerin gizli ve eksiksiz fiziki muayenesi ile psikolojik değerlendirmesi yapılmalıdır. Bu değerlendirmeler, yaralanmaların nedeni ve soruşturmaya konu iddialar ile lezyonlar arasındaki illiyet bağıını tespit edebilecek olan, gerekli eğitimi almış ve bağımsız kişiler tarafından yapılmalıdır²⁴⁶. Kötü muamele iddialarının en önemli bilimsel delili olan muayene ve raporlar, usulüne ve soruşturmanın niteliğine uygun yapılmalıdır. AİHM, Barabanschchikov/Rusya kararında “*Ayrıca Mahkeme, uygun tıbbi muayenelerin kötü muameleler bakımından özel bir güvence teşkil ettiğini hatırlatmaktadır. Adli tabip, tamamen resmi ve fiili bir bağımsızlıktan yararlanmalıdır; adli tabip özel bir eğitim almalıdır ve mümkün olduğunca geniş bir yetkiye sahip olmalıdır. Bir doktorun, kötü muamele mağduru olan bir kişinin sağlık muayenesinin ardından bir rapor düzenledikten sonra, tespit ettiği lezyonlar ile kötü muamelenin geçmişi arasındaki tutarlılık derecesini belirtmesi oldukça önemlidir*”²⁴⁷. Daha yeni tarihli B.S./İspanya kararında ise bu görüşü devam ettirmiştir: “*Öte yandan Mahkeme, başvuran tarafından sunulan sağlık raporlarında ilk muayene sonucunda sol elde bir hematoma ve enflamasyon bulunduğunu ve 23 Temmuz 2005 tarihinde meydana gelen olaylar ile ilgili olarak, el ve dizde bir kontüzyon ve karın bölgesinde ağrı bulunduğunu kaydetmiştir. 9 ve 11 Nolu soruşturma hakimleri ve Audiencia Provincial, bu raporların lezyonların nedeniyle ilgili olarak ikna edici olmadıkları veya tarihlerinin belirtilmediği gerekçesiyle, bu raporların bertaraf edilmesiyle sınırlı kalmış ve bu*

²⁴⁵ Labita/İtalya, B.N. 26772/95, 06.04.2000 tarihli karar, par. 134.

²⁴⁶ Svanidze, s. 53.

²⁴⁷ Barabanschchikov/Rusya, B.N. 36220/02, 08.01.2009.

*noktada hiçbir soruşturma yapmamışlardır. Mahkeme, bu raporlardaki unsurların adli makamlar tarafından soruşturma işlemlerinin gerçekleştirilmesini gerektirdiğini değerlendirmektedir*²⁴⁸.

Kötü muameleler, niteliği gereği gizli yerlerde gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle soruşturmalarda söz konusu eylemin tanığı olabilecek kişilerin ifadesi alınması gereklidir²⁴⁹. AİHM bu hususu Mikheyev/Rusya kararında “*Soruşturmacı, 10 ve 19 Eylül 1998 tarihleri arasında Bogorodsk ve de Leninsky Polis Karakolu’nda başvuru ile birlikte gözaltında bulunan ve başvuru kişinin intihar girişiminden önceki davranış hakkında gerekli bilgilere sahip olabilecek kişileri bulmaya ve sorgulamaya çalışmamıştır. Ayrıca başvuru kişinin arkadaşı olan V’nin soruşturmacı tarafından sorgulanıp sorgulanmadığı belli değildir*”²⁵⁰.

Kötü muamelelerin yapılması için kullanılan araçlar, parmak izleri, beden sıvıları, saç, kas ve doku örnekleri dâhil olmak üzere maddi delillerin araştırılmasına ilişkin olay yeri ayrıntılı şekilde incelenmelidir. Bu inceleme uzmanlar tarafından yapılmalı ve söz konusu olaylar yeniden kurgulanarak krokileri çizilmelidir. Bu hususta eylemin askeri mahalde gerçekleştiği iddiası olan durumlarda arama ve delil toplama işlemlerinde mevzuattan kaynaklanan sorunlar olabilmektedir. İltümür Ozan ve Diğerleri/Türkiye kararında AİHM, “*...kendisine sunulan çelişkili delil unsurlarını ve bilhassa başvuru ve polisler ile ilgili tıbbi raporları göz önünde bulundurarak, Mahkeme, başvuru kişinin vücudundaki lezyonların, gerekli veya orantılı olmayan güç kullanımı neticesinde meydana gelip gelmediğini makul bir şüphenin ötesinde tespit edecek bir durumda olduğunu*” düşünmemektedir²⁵¹.

Ayrıca hadiseye ilişkin gözaltı kayıtları, kararlar, dosyalar ve diğer belgeler detaylıca incelenmelidir²⁵². Bazı hadiseler bakımından, olayın gerçekleştiğinin iddia edildiği alanlarda güvenlik kamerası kaydı sistemi bulunmamakta veya varsa da olay

²⁴⁸ B.S./İspanya, B.N. 47159/08, 24.07.2012 tarihli karar, par. 44.

²⁴⁹ Bu konu İstanbul Protokolü’nde “*Soruşturulan binalarda veya alanda bulunan herkesten, iddia edilen işkence olaylarına tanık olup olmadıklarına dair bilgi alınmalıdır*” şeklinde belirtilmiştir. İstanbul Protokolü, s. 22.

²⁵⁰ Mikheyev/Rusya, B.N. 77617/01, 26.01.2006 tarihli karar, par. 112.

²⁵¹ İltümür Ozan ve Diğerleri/Türkiye, B.N. 38949/09, 16.02.2021 tarihli karar, par. 35.

²⁵² Svanidze, s. 56.

saatinde devre dışı kalabilmektedir. A.Ş./Türkiye kararında, *“Hükümetin, cezaevindeki ortak alanların güvenlik kameralarıyla kontrol altında tutulduğunu buna karşın, tutukluların mahremiyetinin korunması amacıyla oda, duş ve tuvaletlere kamera yerleştirilmediğini ifade ettiğini, başvuranın ise tutuklu kaldığı hapishanede cinsel ve fiziksel şiddete maruz kaldığını, Sözleşme’nin 3. Maddesinin üye devletleri, özellikle cezai alanda hükümler getirerek ve bu hükümleri etkin bir şekilde uygulayarak kişilerin söz konusu hükme aykırı muamelelerden yeteri kadar korunmasını sağlayacak yasal bir çerçeve oluşturmaya zorunlu tuttuğunu”* hatırlatmaktadır²⁵³.

Toplanan deliller ve belgeler bir araya getirilerek soruşturma iç hukuktaki usul hukukuna göre yürütülmelidir. Soruşturmanın yürütülmesi esnasında tespit edilen her türlü eksiklik ve delilleri kullanılamaz hale getirecek her türlü davranış etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlalini oluşturmaktadır ²⁵⁴ . Maslova ve Nalbandov/Rusya kararında Mahkeme, *“...oluşturulan bireysel başvuru sisteminin etkin bir şekilde işlemesi için Devletlerin başvuruların uygun ve etkili bir şekilde incelenmesini mümkün kılmak için gerekli tüm kolaylıkları sağlamalarının son derece önemli olduğunu yinelemekte, bu yükümlülüğün Sözleşmeciler Devletlerin, ister bir olgu tespit soruşturması yürütmesi esnasında, isterse başvuruların incelenmesine ilişkin genel görevlerini yerine getirirken, Mahkemeye gerekli tüm kolaylıkları sağlaması gerektiğini”* belirtmektedir. Ayrıca Mahkeme, *“Bir Hükümetin elinde bulunan bu tür bilgileri tatmin edici bir açıklama olmaksızın sunmamasının, yalnızca başvuranın iddialarının sağlam temelli olduğu konusunda çıkarımlarda bulunulmasına yol açmakla kalmayacağını, aynı zamanda, Davalı Devletin Sözleşme yükümlülüklerine uymadığını”* belirtmektedir²⁵⁵. Yukarıda değinilen benzer nitelikteki Mikheyev/Rusya kararında ise Mahkeme, *“Hükümetin, aranan materyallerin açıklanmasının soruşturmanın veya ilgili kişilerin çıkarları için nasıl zararlı olabileceğini açıklamadan bunu yapmayı reddettiğini, açıkça ellerinde olan ilgili belge ve bilgileri ibraz etmedikleri için başka herhangi bir makul açıklama da ileri sürmediklerini, bu*

²⁵³ A.Ş./Türkiye, B.N. 58271/10, 13.09.2016 tarihli karar, par. 45.

²⁵⁴ Şenol, s. 136.

²⁵⁵ Maslova ve Nalbandov/Rusya, B.N. 839/02, 24.01.2008 tarihli karar, par. 128.

nedenle Hükümet'in davranışından çıkarımlarda bulunabileceğini ve başvuranın iddialarına ve dosyadaki mevcut unsurlara ve Bölge Mahkemesinin 30 Kasım 2005 tarihli duruşmasında sunulan kanıtlara dayanarak davanın esasını inceleyebileceğini değerlendirmiş ve madde 3 kapsamında ihlalin söz konusu olduğunu" belirtmiştir²⁵⁶.

Soruşturmalar eksiksiz, tutarlı ve tarafsız bir şekilde yürütülmelidir. Eksiksizlik kavramı AİHM'in ele aldığı Barabanschchikov/Rusya kararında daha açık şekilde ele alınmıştır: "*Soruşturmacı, polis memurları tarafından sunulan tanık ifadelerinin bir savunma stratejisinin sonucu olabileceğine ve başvurunun güvenilirliğini zedeleme amacı taşımasına rağmen, bu tanık ifadelerinin güvenilir olduğu kanaatine varmıştır. Mahkeme'ye göre, soruşturma makamları tarafından başlatılan soruşturmanın, başvurunun ifadesinin tamamen sübjektif olarak kabul edilmesi nedeniyle tanık ifadelerinin değerinin değerlendirilmesi için farklı normlar kullandıkları kanaatine varmaktadır. Ayrıca bu ifadelerin güvenilirliği, yalnızca savcılık tarafından açılan soruşturmanın söz konusu memurlarının disiplin cezası almalarının mümkün olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğinden veya cezai sorumluluklarının devreye girip giremeyeceğinin belirlenmesi için söz konusu edilmeliydi*"²⁵⁷. Bir başka karar ise Ognyanova ve Choban/Bulgaristan kararıdır. Bu kararda Mahkeme, "...tanık ifadelerinin güvenilirliğine ilişkin çekincelerinin olduğunu, özellikle, yetkililerin, Teğmen IC'den farklı beyanlarındaki tutarsızlıkları netleştirmesini hiçbir zaman talep etmediğini, ayrıca soruşturmada ciddi eksikliklerin olduğunu, özellikle, olay mahallinin, incelemenden önce orijinal haliyle korunmadığını, yetkililerin, Bay Stefanov'un yaralanmalarının olası kaynağına ilişkin diğer hipotezleri araştırmak için hiçbir çaba göstermediğini, Teğmen IC'nin, olaydan bir yıl sonra ilk kez ve diğer polis memurlarının yaklaşık üç yıl sonra sorgulandığını, özetle, gerekli nesnellik ve titizlikten yoksunluğun bulunduğunu, etkili bir soruşturma yürütülmediğini" belirtmektedir²⁵⁸.

Birbirine bağlı olaylarla ilgili soruşturmalar da özveri ile ve eksiksiz şekilde yürütülmelidir. Bu olaylara örnek olarak polis operasyonu, ayrımcılık gerekçeleri olan

²⁵⁶ Mikheyev/Rusya, B.N. 77617/01, 26.01.2006.

²⁵⁷ Barabanschchikov/Rusya, B.N. 36220/02, 08.01.2009, par. 48. Karar için bkz. Svanidze, s. 58.

²⁵⁸ Ognyanova ve Choban/Bulgaristan, B.N. 46317/99, 23.02.2006 tarihli karar, par. 114.

durumlar veya mülklerin zarar verilmesi gösterilebilir ²⁵⁹ . Mahkeme'nin Tzekov/Bulgaristan kararı polis operasyonu sonucu madde 3'ün ihlaline ilişkindir. Bahse konu kararda Mahkeme “...kişilerin fiziksel bütünlüğünü korumaya yönelik yasal ve idari çerçevenin yetersiz doğasına ek olarak, mevcut davada güvenlik güçlerinin (polisin) kesinlikle gerekli olmayan ve meşru amaçla orantılı olmayan güç kullandığını ve Sözleşme'nin 3.maddesinin ihlalinin gerçekleştiğini” belirtmiştir²⁶⁰. Benzer bir karar, asker firari iki Roman kökenli silahsız gencin, sıkıştırıldıkları akraba evinden kaçarken kendilerini yakalamak için gönderilen otomatik silahlı askeri timin komutanı tarafından öldürülmeleri şeklinde gerçekleşen Nachova ve Diğerleri/Bulgaristan kararıdır. Mahkeme ilgili kararda “...yetkililerin, devlet görevlilerinin şiddet eylemlerinin soruşturulmasında gerekli araştırma çizgisini izlemediklerini ve ayrımcılık ihtimaliyle ilgili delilleri görmezden geldiklerini, bu takdirde, devletin aleyhine olumsuz bir çıkarsamada bulunmak gerektiğini ve kanıtlama yükümlülüğünün de davalı Hükümet'in olduğunu...” ifade etmiştir²⁶¹.

2.4.3. İvedilik

Kötü muamele yasağının ihlali halinde, soruşturulmasına makul bir özen ve ivedilikle başlanmalı ve aynı doğrultuda yürütülmelidir. AİHM, Mikheev/Rusya kararındaki daha ayrıntılı söyleminde “Soruşturma ivedilikle yürütülmelidir. Sözleşmenin 2. ve 3. maddeleri bağlamında incelenen davalarda ve resmi soruşturmanın etkililiği söz konusu olduğunda Mahkeme, makamların ileri sürülen şikayetlere uygun zamanda ivedi bir şekilde bakıp-bakmadıkları hususunu incelemiştir. Ayrıca Mahkeme, soruşturmanın ne zaman başladığı, ifadelerin toplanmasında olası gecikmelerin ve soruşturmanın başlamasından itibaren geçen zaman üzerinde durmuştur”²⁶².

AİHM'in de sürekli vurguladığı gibi zaman etkeni tıbbi incelemelerin aktivitesini de tanık ifadelerinin güvenilirliğini de etkilemektedir. Nitekim içtihadın

²⁵⁹ Svanidze, s. 59.

²⁶⁰ Tzekov/Bulgaristan, B.N. 45500/99, 23.02.2006 tarihli karar için bkz. Ergin Ergül, **Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması**, Yargı Yayınevi, Ankara, 2012, s. 179.

²⁶¹ Nachova ve Diğerleri/Türkiye, B.N. 43577/98, 06.07.2005 tarihli karar, par. 129-159.

²⁶² Mikheyev/Rusya, B.N. 77617/01, 26.01.2006 tarihli karar, par. 109.

oluşması bakımından kilit karar olan Mikheyev/Rusya kararından devam edecek olursak “Üçüncü olarak, çok fazla gecikmeyle bir dizi soruşturma tedbiri alınmıştır. Dolayısıyla, örneğin başvurunun adli tıp muayenesini takiben hazırlanan tutanaklar 26 Ekim 1998 tarihlidir. Yani başvurucuya kötü muamelenin yapıldığı iddia edilen tarihten yaklaşık beş hafta sonra hazırlanmışlardır. Kötü muamelede bulunduklarından şüphe duyulan polis memurları, yalnızca olaylardan iki yıl sonra kimliklerinin belirlenmesi için başvurunun karşısına çıkarılmışlardır. Başvurucunun annesi ancak 2000 yılında sorgulanmıştır ve 33 no.lu hastanenin doktoru olan Dr. M, kazadan sonra başvurucuyu gören ilk tanıklar arasında olmasına rağmen 2001 yılından önce sorgulanmamıştır. Soruşturma yapan kişi, 2000 yılının Ocak ayına kadar 39 no.lu hastanenin personelini ya da hastalarını sorgulamamıştır. Son olarak, başvurunun psikiyatrik muayenesi, ruh sağlığının ilgilinin intihar teşebbüsünü açıklamak için makamlar tarafından öne sürülmüş olmasına ve kovuşturmayla yer olmadığı kararı verilmesini sağlamış olmasına rağmen, 2001 yılında yapılmıştır”²⁶³.

Mahkeme ihlal bulunmadığına hükmettiği Dumlu/Türkiye kararında “Polis memurlarının ihmali iddiasına ilişkin olarak, Mahkeme, temasa geçildikten sonra polis memurlarının hızla başvuranın saldırıya uğradığı sokağa vardığını gözlemlemektedir. Polis memurları başvuranın tarif ettiği kişiyi yakalamak için hemen mahallede arama başlatmıştır. Aynı zamanda, polis memurları başvurunu bir hastaneye sevk etmişlerdir. İlk sağlık raporunun gelme zamanı olaylardan yaklaşık iki saat sonra olduğundan ve bu arada yapılan radyolojik tetkikler ışığında, Mahkeme, başvuranla hızlı ve uygun şekilde ilgilenildiği sonucuna varmıştır” şeklinde ifade ederek ivedilik kriterinin somut incelemesini ortaya koymuştur²⁶⁴.

AİHM, ivedilik kriterini yalnızca soruşturmanın yürütülmesi anlamında değerlendirmemekte, soruşturma sonrasında yapılması muhtemel adli yargılamalar arasında geçen sürenin en aza indirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu konuda

²⁶³ Mikheyev/Rusya, B.N. 77617/01, 26.01.2006 tarihli karar, par. 113.

²⁶⁴ Dumlu/Türkiye, B.N. 65159/17, 20.04.2021 tarihli karar, par. 22.

Wemholf/Almanya kararında “*Mahkemenin AİHS’nin 5. maddesinin 3. fıkrasının*²⁶⁵ yorumlanması konusundaki yaklaşımından ilham almalıdır. Bu bakımdan Mahkeme, ‘makul süre’ kavramının ‘özel’ bir ‘özen’ ve ‘ivedilik’ gerektirdiği anlamına geldiği kanaatindedir”²⁶⁶.

AİHM, kararlarında defaatle ivedilik kriterinin gerçekleştirilmesinin kamuoyu güveninin sağlanması için belirleyici unsur olduğunu belirtmektedir. Bu konuda verdiği ilk karar olan Batı ve Diğerleri kararında “*Şüphesiz ivedilik ve makul özen zarurietti bu bağlamda açık değildir. Kötü muameleye ilişkin şikayetler hakkında yapılan soruşturma söz konusu olduğunda yetkililerin hızlı davranması eşitlik ilkesine göre kamunun güvenliğini korumak ve yasadışı eylemler konusunda suç ortaklığını veya hoşgörülüğün bulunduğu kanısının oluşmasını engellemek için genel olarak zaruri kabul edilebilir*”.²⁶⁷ Benzer nitelikte Amine Güzel/Türkiye kararında Mahkeme “*Mevcut davanın AİHM tarafından davalı Hükümet’e iletilmesinin ardından başvuranın iddialarına yönelik olarak başlatılan yeni soruşturmanın etkinliğinin muhtemel olmasına karşın; başvuranın kötü muameleye maruz kaldığını öne sürerek Diyarbakır Cumhuriyet Savcılığı’na suç duyurusunda bulunmasından bu yana beş yıldan fazla zaman geçmesi nedeniyle, yetkililerin kısa süre içerisinde bir yanıt veremediği kanaatine varmıştır. AİHM, başvuranın yakalandığı sırada ve gözaltında tutulduğu süre içerisinde kötü muameleye maruz kaldığına ilişkin iddiasının, özenli ve hızlı şekilde soruşturulmadığı sonucuna varmıştır. Bu nedenle 2011’de yeni bir soruşturma açılmasına kadar, başvuranın iddialarına yönelik olarak yürütülen soruşturma, etkin olarak değerlendirilemez*” şeklinde ifade etmiştir²⁶⁸.

2.4.4. Yetki

Soruşturma yapmakla yükümlü olan makamlar, soruşturmaya konu hadisenin

²⁶⁵ AİHS 3. maddesinin 5. fıkrası şu şekildedir: “*İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir*”.

²⁶⁶ Wemholf/Almanya, B.N. 2122/64, 27.06.1968 tarihli karar, par. 22.

²⁶⁷ Batı ve Diğerleri/Türkiye, B.N. 33097/96, 03.06.2004 tarihli karar, s. 13.

²⁶⁸ Amine Güzel/Türkiye, B.N. 41844/09, 17.09.2013 tarihli karar, par. 42-43.

tespiti ve gerektiği takdirde eylemin faillerinin tespit ve cezalandırılması için tam yetkiye sahip olmalıdırlar. Soruşturmalar hem hukuken hem pratikte hiçbir engelle takılmamalıdır²⁶⁹. AİHM’in Hugh Jordan/Birleşik Krallık kararında, “*Bazı durumlarda bir soruşturmanın ilerlemesini önleyen güçlüklerin veya engellerin bulunabileceğini, ancak öldürücü güç kullanılmasıyla ilgili bir soruşturmada yetkililerin çabuk hareket etmeleri, halkın hukukun üstünlüğüne olan bağlılığını sürdürmesi ve hukuka aykırı eylemlere hoşgörü ve işbirliği görüntüsü verilmemesi için esaslı bir unsur olduğu, aynı gerekçelerle, teoride olduğu gibi pratikte de hesap verilebilirliği sağlamak için, soruşturmanın veya sonuçlarının kamusal denetime açıklığı (aleniyeti) için yeterli unsurun bulunması gerektiği...*” belirtilmiştir²⁷⁰.

AİHM’e göre soruşturma yapmakla yükümlü olan makamlar, kötü muamele mağduru olduğu iddia edilen kişiler ile soruşturma gidişatına etki eden tanık, adli tabip ve sair dâhil olan diğer kişilerin soruşturmaya katılmaktan imtina etmediklerinden emin olmak için hakkında soruşturma yürütülen kişilerin görevlerinden uzaklaştırılmaları için bütün yetkiye sahip olmalıdır²⁷¹. Abdülsamet Yaman/Türkiye kararında “*Bunun ötesinde, AİHM, bir Devlet görevlisinin işkence veya kötü muameleyle suçlandığı durumlarda “etkili başvuru”nun amaçları çerçevesinde, cezai işlemlerin ve hüküm verme sürecinin zaman aşımına uğramamasının ve genel af veya affın mümkün kılınmamasının büyük önem taşıdığına işaret etmiştir. Ayrıca, AİHM, soruşturması veya davası süren görevlinin görevinin askıya alınmasının ve şayet hüküm alırsa meslekten menedilmesinin önemine dikkat çekmiştir*” şeklinde beyan

²⁶⁹ Svanidze, s. 63.

²⁷⁰ Hugh Jordan/Birleşik Krallık, B.N. 24746/94, 04.05.2001 tarihli karar, par. 105-109.

²⁷¹ İlgili konu ile ilgili olarak İstanbul Protokolü’nde, “*Soruşturma için gerekli tüm bilgilere ulaşmak, soruşturmayı yürütecek yetkililerin yetkileri ve görevleri dahilinde olmalıdır. Etkili bir soruşturma için, gerekli her tür maddi ve teknik kaynak soruşturmayı yapan kişilerin kullanımına sunulmalıdır. Ayrıca bu kişilerin, işkence ya da kötü muameleyle karıştığı iddia edilen ve resmi görevli olarak hareket eden herkesi ortaya çıkıp, ifade vermeye zorlama yetkileri de olmalıdır. Bu yetki herhangi bir tanık için de geçerlidir. Bu amaçla, soruşturma yapan yetkili, işkenceye karıştığı iddia edilen herhangi bir yetkili de dâhil olmak üzere tüm tanıklara celp göndermeye ve delillerin sunulmasını istemeye de yetkili olmalıdır. İşkence ya da kötü muamele gördüğü iddia edilen kişiler, tanıklar, soruşturmayı yürütenler ve bunların aileleri, soruşturmanın ardından gelebilecek her tür şiddete, şiddet tehdidine ya da herhangi bir göz dağına karşı korunmalıdır. Doğrudan veya dolaylı olarak işkence ya da kötü muameleyle karışmış olma ihtimali bulunanlar, şikâyetçiler, tanıklar ve aileleri üzerinde kontrol veya güç sağlayabilecekleri her tür konumdan uzaklaştırılmalıdırlar*” şeklinde belirtilmiştir. Metin için bkz. Web: <https://tihv.org.tr/wp-content/uploads/2020/04/istanbul-protokolu.pdf>, (E.T. 17.12.2020).

ederek bu hususu vurgulamıştır²⁷².

Yetki bağlamında belirtmek gerekir ki, uygulamada kolluk görevlileri dışında bilirkişiliğinden faydalanabilecek yeterli uzman personel bulunmamakta bu nedenle yetki alanı itirazları yaşanabilmektedir²⁷³.

2.4.5. Mağdurun Katılımı ve Kamu Denetimi

Kötü muamele mağduru olduğu iddia edilen kişiler ya da onların temsilcileri, çıkarlarının gerektirdiği ölçüde soruşturma aşamasına dâhil olmalıdırlar. Mağdurlar, belirli başvurularda bulunmak ve gerektiğinde belirli soruşturma aşamalarına geçilmesi için talepte bulunmak anlamında yetkilendirilmelidirler²⁷⁴. Ayrıca mağdurlar, soruşturmanın ilerleyişi ve soruşturma hakkında alınan tüm kararlar bakımından düzenli olarak bilgilendirilmelidirler. Mağdurlar, gerekirse adli yardımdan faydalanmalı ve soruşturma makamlarının ihlali bulunması halinde bunu kamuya açık bir biçimde adli yargılama süreci içinde sorgulayabilmelidirler²⁷⁵.

Soruşturmanın şeffaflığı bağlamında Batı ve Diğerleri/Türkiye kararında AİHM “*hesap vermeyi teoride olduğu gibi pratikte de sağlamak için, soruşturma ve soruşturmanın sonuçları kamu tarafından yeterince denetlenebilmelidir*” şeklinde açıklanmıştır²⁷⁶.

Soruşturmanın mağdur ve yakınlarına açık olarak iletilmesi hususunda da AİHM, Ognyanova ve Choban/Bulgaristan kararında “*Son olarak, soruşturmaya yakınları dahil etmek hususu ile ilgili olarak, avukatlarının bilgi taleplerinde bulunmalarına rağmen, başvuruçuların soruşturmanın ilerleme sürecinden sistematik olarak haberdar edilmediklerine dikkat çekilmektedir*”²⁷⁷. Yine Chitayev ve Chitayev/Rusya kararında da “*Ayrıca başvuruçuların veya temsilcilerinin soruşturma esnasında elde edilen bilgilere erişimleri olmadığı ve 7 Ocak 2002 tarihli kararın bir*

²⁷² Abdülsamet Yaman/Türkiye, B.N. 32446/96, 02.11.2004 tarihli karar, par. 55.

²⁷³ Svanidze, s. 64.

²⁷⁴ Köksal, s. 24.

²⁷⁵ Şenol, s. 132.

²⁷⁶ Batı ve Diğerleri/Türkiye, B.N. 33097/96, 03.06.2004 tarihli karar, s. 14.

²⁷⁷ Ognyanova ve Choban/Bulgaristan, B.N. 46317/99, 23.02.2006 tarihli karar, par. 115.

nüshasının kendilerine iletilmediği gözlemlenmektedir”²⁷⁸ denilmekle mağdura bilgi verme hususu vurgulanmıştır.

Soruşturmanın kamusal denetiminin önemi Mahkeme’nin çeşitli kararlarında vurgulanmışsa da karşılaşılan her olayın özelliğine göre kamusal denetimin boyutu değişmektedir. Mahkeme bu durumu Anık ve Diğerleri/Türkiye kararında “Sorumluların teoride olduğu gibi pratikte de sorumluluk almalarını sağlamak için soruşturmada veya soruşturma sonuçlarında yeterli kamu kontrolünün olması gerekir” şeklinde açıkça beyan etmiştir²⁷⁹. Bu bağlamda mutlak bir ölçüt bulunmamakta olup Mahkeme içtihadında yalnızca asgari bir ölçüt belirlenmiştir²⁸⁰. Bu ölçüt Kişmir/Türkiye kararında “AİHM, içtihadının anlamı dahilinde bir ölüme yönelik soruşturmanın etkili olarak görülebilmesi için, kurbanın en yakın akrabasının, yasal çıkarlarını korumak için, gerekli olduğu sürece, işlemlere dahil olmasının şart olduğu” şeklindedir²⁸¹. Karardan da görüleceği üzere, bir soruşturmanın kamu denetimine açık olarak yürütüldüğünün göstergesi, tüm aşamaların kamuya açık hale getirilmesi demek olmayıp yalnızca mağdur ve yakınlarına erişim sağlanması ile mümkündür²⁸².

Bu bağlamda belirtilmelidir ki, kötü muamele mağdurları ya da yakınlarının, şikayetlerine ilişkin soruşturmalara katılması yükümlülüğü, bu kişilerin bütün başvurularının olumlu değerlendirilmesi anlamına gelmemektedir. Soruşturmaya yetkili makamlar, gerekçesini belirterek bahse konu başvuruları değerlendirmede bu durum yükümlülüğün ihlali sonucunu doğurmaz²⁸³.

2.5. Soruşturma ve Ceza Türleri

2.5.1. Usuli Soruşturma Türleri

Soruşturma usulleri, her davanın kendine özgü şartlarına dayanmaktadır. Bu

²⁷⁸ Chitayev ve Chitayev/Rusya, B.N. 59334/00, 18.01.2007 tarihli karar, par. 165.

²⁷⁹ Anık ve Diğerleri/Türkiye, B.N. 63758/00, 05.06.2007 tarihli karar, s. 12.

²⁸⁰ Şenol, s. 133.

²⁸¹ Kişmir/Türkiye, B.N. 27306/95, 31.05.2005 tarihli karar, par. 118.

²⁸² Svanidze, s. 65.

²⁸³ Köksal, s. 89.

usuller ceza, disiplin ve idari işlemleri de kapsayabilir. Uygun usuller devletin iç hukukuna göre değişmekte olup bu bağlamda her devletin kendi “takdir yetkisine” bağlıdır. Burada önemle belirtilmesi gereken konu, bu değişen usullerin “etkili” olmasıdır. Mahkemenin tüm kararlarında aradığı nokta budur²⁸⁴. İpek/Türkiye kararında Mahkeme “13. maddenin Sözleşme hak ve özgürlüklerinin ulusal düzeyde korunmasını sağlamak için bir iç hukuk yolunun varlığını gerekli kıldığını hatırlatmıştır. Sözleşmeciler Devletler’in Sözleşme’den kaynaklanan sorumluluklarına ne şekilde uyacakları konusunda takdir yetkisine sahip olmasına rağmen, 13. maddenin Sözleşmeye dayalı şikâyet konusu ile ilgilenmek ve uygun çözümüne kavuşturmak amacını taşıyan ulusal bir iç hukuk yolunun varlığını gerekli” kıldığını belirtmiştir²⁸⁵.

Soruşturmanın etkili olması için seçilecek yöntemin belirlenmesinde, iddia edilen kötü muamelenin önemi bakımından uygun olan yaptırım türü de cezasızlığın önlenmesi bakımından önem arz eder. Mahkeme için önemli olan kötü muamele faillerinin cezai sorumluluğunun uygulanması ve cezalandırılmasıdır²⁸⁶. Batı ve Diğerleri/Türkiye ve Mikheyev/Rusya kararlarında Mahkeme “...işkencenin, faillerin cezai sorumluluğunun uygulanmasına ve cezalandırılmalarına yol açmasını gerektirdiğini ve bu durumun genel olarak kabul edilmesi gerektiğini...” belirtmektedir²⁸⁷.

İstikrarlı kararlarında AIHM, devlete, kötü muamelede bulunduğu iddia edilen memurlarına karşı cezai yaptırım uygulamakla yükümlü olduklarını bildirmektedir. Krastanov/Bulgaristan kararında bu durumu şöyle ifade eder: “Bu bağlamda, Mahkeme, başvuruçunun polis memurları tarafından dövülmesi hususunun, zarar verilmesi durumunda devletlerin sorumluluk yasası uyarınca açılan tazminat davası kapsamında kesin olarak belirlendiğini tespit etmektedir. Belirlenmesi gereken tek husus, haklarında ceza soruşturması başlatılması için, dayak atan polis memurlarının

²⁸⁴ Svanidze, s. 66.

²⁸⁵ İpek/Türkiye, B.N. 25760/94, 17.02.2004 tarihli karar, par. 197.

²⁸⁶ Svanidze, s. 66.

²⁸⁷ Batı ve Diğerleri/Türkiye, B.N. 33097/96, 03.06.2004 tarihli karar, s. 13 ve yine Mikheyev/Rusya, B.N. 77617/01, 26.01.2006 tarihli karar, par. 122.

kimliklerinin tespit edilmesidir”²⁸⁸. Tüm bu incelemeler sonucu denilebilir ki, Mahkeme içtihadı uyarınca, kötü muamele ile karşılaşılması durumunda, hadisenin ağırlığına göre, uygulanacak soruşturma yönteminin belirlenmesinde etkililik ve cezai yaptırıma müsait olma kriterleri önem arz etmektedir.

Bu bağlamda, daha hafif olan diğer ihlaller bakımından, kötü muamelenin cezasız kalmasını önlemek amacıyla, ilgili devletin iç hukuk usulleri uyarınca disiplin, idari veya hukuki soruşturma yapılmalıdır²⁸⁹.

Tüm bunlara ek olarak kötü muamele iddiası bulunduğu yetkili makamlar, şikâyet yapılmasını beklemeden hukuki yargılama başlatma hakkına sahip olmalıdırlar. Mahkeme bu hususa Zelilof/Yunanistan kararında şöyle dikkat çekmiştir: *“Son olarak, başvuru, polis memurları hakkında suç duyurusunda bulunduktan sonra başlatılan adli yargılamalarla ilgili olarak, Mahkeme, öncelikle adli soruşturmanın yetkili makamlarca re’sen başlatılmadığını ve yalnızca başvuru cezaî bir şikâyetle bulunmasından sonra başlatıldığına dikkat çekmektedir”²⁹⁰*.

Kendiliğinden ya da şikâyet üzerine başlayan bir kötü muamele soruşturması, mağdurun aslen bulunduğu davada incelenerek, mağdurun beyanlarının esas alınmasında dikkat edilmelidir. Mahkeme bu konuyu Lakatos ve Diğerleri/Sırbistan kararında *“Bir başvuru, kötü muamelede bulunmakla suçladığı memurlar hakkında dava açar ve duruşma yapılmasını sağlarsa, bu yargılama davanın bir parçası haline gelir ve dikkate alınması gerekir”²⁹¹* şeklinde ifade etmiştir.

Adli yargılamalar, kötü muamele sorumlusu kişilerin cezalandırılmasından ziyade tazminat ödemesi ile sonuçlandırılırsa, bu durum, kötü muamelenin etkili şekilde soruşturulduğunu göstermez²⁹².

²⁸⁸ Krastanov/Bulgaristan, B.N. 50222/99, 30.09.2004 tarihli karar, par. 59.

²⁸⁹ Svanidze, s. 67.

²⁹⁰ Zelilof/Yunanistan, B.N. 17060/03, 24.05.2007 tarihli karar, par. 42.

²⁹¹ Lakatos ve Diğerleri/Sırbistan, B.N. 3363/08, 07.01.2014.

²⁹² Svanidze, s. 68.

2.5.2. Soruşturma Sistemleri

Devletlerin çoğunda cezai, idari ve disiplin soruşturmaları farklı yasal çerçevede ve ayrı makamlar tarafından yürütülmektedir. Kötü muameleye ilişkin iddiaların soruşturulması ise iddiaya konu eylemin önemi düşünüldüğünde, tüm bu soruşturma kollarının önemli ölçüde beraberliğini gerektirmektedir. Ali ve Ayşe Duran/Türkiye kararında AİHM bu hususu “*Mahkeme, ne cezai kovuşturma sırasında ne dava sonuçlandığında polis memurları hakkında herhangi bir disiplin tedbiri alınmadığını tespit etmektedir*”²⁹³. İlgili konuya ilişkin bir başka karar olan Okkalı/Türkiye kararında Mahkeme “*Hükümetin, disiplin cezası ile ilgili olarak polis memurlarının geçici olarak görevden alındığını, fakat bununla ilgili olarak herhangi bir belge sunmadığını, Polis memurlarının geçici olarak görevden alındığı varsayılsa bile, bu kişiler aleyhinde verilen mahkûmiyet kararının özgürlükten yoksun bırakan cezaların yanı sıra disiplin tedbirlerini de kapsadığı halde hiçbir zaman bir disiplin davası ve/ya da bir disiplin cezasına konu edilmediğini*” belirtmiştir²⁹⁴.

Mahkeme, ceza soruşturmasına başvurmamak için diğer idari ve disiplin soruşturmalarına başvurmanın soruşturmanın etkililiğini zarara uğratacağını belirtmektedir. Nitekim Gharibashvili/Gürcistan kararında “*Yukarıda belirtilen görüşler ışığında, Mahkeme, yetkili makamların, başvuranın gözaltında kötü muamele gördüğü iddiasıyla ilgili olarak ceza mahkemesine başvurmamak için dayandıkları soruşturmaların, açıkça gerekli bağımsızlık ve bütünlükten yoksun oldukları kanaatindedir*”²⁹⁵.

Her ne kadar AİHM kararlarında yalnızca görüş olarak ifade edilmiş olsa da polis hakkında yapılan suç duyurularının kabulü ile görevli, bağımsız soruşturma mekanizmalarının oluşturulması gerektiği diğer birçok uluslararası metinlerde ifade edilmiştir. En detaylı şekilde İstanbul Protokolü’nde “*İşkence vakasına kamu görevlilerinin de karıştığı şüphesinin olduğu durumlarda (bunun içine bakanların, bakan yardımcılarının, bakanların bilgisiyle hareket eden memurların, Devlet*

²⁹³ Ali ve Ayşe Duran/Türkiye, B.N. 42942/02, 08.04.2008 tarihli karar, s. 7.

²⁹⁴ Okkalı/Türkiye, B.N. 52067/99, 17.10.2006 tarihli karar, s. 8.

²⁹⁵ Gharibashvili/Gürcistan, B.N. 11830/03, 29.07.2008.

bakanlıklarındaki kıdemli memurların, kıdemli askeri liderlerin işkence uygulanması yönünde verdikleri olası emirler veya bu gibi kişilerin işkenceye göz yumması da girer) özel bir soruşturma komisyonu kurulmadan nesnel ve tarafsız bir soruşturma yapmak mümkün olmayabilir. Soruşturmacıların uzmanlıklarının ya da tarafsızlıklarının sorgulandığı durumlarda da soruşturma komisyonu gerekli olabilir”²⁹⁶ şeklinde ifadesini bulmuştur.

Bahse konu uluslararası metinleri referans alan birçok ülkede kötü muamele ve ağır insan hakları ihlallerine ilişkin soruşturmaların bağımsızlığı hakkındaki şüpheleri kaldırmak için özel, bağımsız kurullar kurulmuştur. Örneğin İngiltere ve Galler’deki Bağımsız Şikayet Komisyonu, Kuzey İrlanda Polis Ombudsmanlığı, Macaristan Bağımsız Kolluk Şikayet Kurulu, Norveç Polis İşlerini Soruşturma Bürosu, Belçika Polis Komisyonu ve birçok benzer kuruluşlar, soruşturma organlarının bağımsızlığını ve tarafsızlığını güçlendirmek için kurumsal güvenceler oluşturma amacı adına kurulmuştur²⁹⁷.

2.6. Etkililiğin Sağlanması

Soruşturmanın etkililiğinden anlaşılması gereken, savunulabilir bir iddianın varlığı halinde, soruşturmanın bu hususları ortaya çıkarmaya elverişli şekilde yürütülmesidir. Mahkeme kararlarında bu husus “amaç değil araç yükümlülüğü” olduğu şeklinde ifade edilmektedir²⁹⁸. Bu bağlamda anlatılmak istenen, soruşturmadan sonuç alınamasa bile, etkililiğin gerekleri yerine getirilmişse devlet, yükümlülüğünden kurtulmuş olur²⁹⁹. Bu hususta Güngör/Türkiye kararında Mahkeme “Yürütülen soruşturma, sorumluların tespit edilmesi ve cezalandırılmasını sağlayabilmesi için etkin olmak durumundadır. Davanın sonuçlanmasından daha önemlisi bir sonuca ulaşmak için tüm yolları kullanmak hükümlülüğü bulunmaktadır” şeklinde beyanda bulunmuştur³⁰⁰.

Netice almaya elverişli, etkili bir soruşturma için soruşturmaya yetkili

²⁹⁶ İstanbul Protokolü, s. 19.

²⁹⁷ Svanidze, s. 71.

²⁹⁸ Yıldız, s. 22.

²⁹⁹ Şenol, s. 140.

³⁰⁰ Güngör/Türkiye, B.N. 28290/95, 22.03.2005 tarihli karar, s. 6.

makamlar hukuk, tıp ve diğer alanlarda eğitilmiş ve uzmanlığı onaylanmış bilirkişilere sahip olmalıdırlar. Ayrıca mezkur makamların uygun teknik ve finansal kaynakları da bulunmalıdır. Bu konu İstanbul Protokolü'nde *“Etkili bir soruşturma için, gerekli her tür maddi ve teknik kaynak soruşturmayı yapan kişilerin kullanımına sunulmalıdır”*³⁰¹ beyanıyla net şekilde ifadesini bulmuştur³⁰².

Bu konuyu Mahkeme Aydın/Türkiye kararında *“Savcının birbiri ardına üç tıbbi muayene istemesindeki öncelikli kaygının, başvurucunun bekaretini kaybedip kaybetmediğini belirlemek olduğu anlaşılmaktadır. Oysa muayenelerin odak noktası, başvurucunun şikayetinin esasını oluşturan bir tecavüzün mağduru olup olmadığı sorunu olmalıydı. Bu bağlamda Dr. Akkuş'un veya Dr. Çetin'in tecavüz mağdurlarını muayene konusunda herhangi bir tecrübeleri olmadığı kaydedilmelidir. Bu doktorlar tarafından düzenlenen kısa raporlarda, başvurucudan ne olduğunu anlatmasının veya bacak aralarındaki kızarıkları açıklamasının istenip istenmediği belirtilmemiştir. Doktorlardan hiçbiri, kızarıklıkların gayri iradi bir cinsel ilişki iddiası ile tutarlı olup olmadığı konusunda görüş belirtmeye gerek görmemişlerdir. Bundan başka doktorlar, başvurucunun tutum ve davranışlarının, tecavüz mağdurlarının tutum ve davranışlarıyla psikolojik açıdan uyumlu olup olmadığını değerlendirme girişiminde bulunmamışlardır. Mahkeme'ye göre devlet görevlilerinin elindeyken gözaltı sırasında tecavüz edildiği iddiası hakkında yapılacak tam ve etkili bir soruşturma, tam bir duyarlılık gösterilerek, bu alanda uzmanlığı bulunan ve bağımsızlıkları savcılık makamının muayene kapsamına dair talimatlarıyla kısıtlanmamış doktorlar tarafından muayene yapılmasını gerektirir. Savcı tarafından yapılması istenen tıbbi muayenenin bu gereği yerine getirdiği sonucuna varılamaz”* şeklinde net şekilde

³⁰¹ İstanbul Protokolü, s. 18.

³⁰² Ayrıca İşkencenin Önlenmesine Dair BM Sözleşmesi'nin 10. maddesinde de bu durum *“Her Taraf Devlet, işkencenin yasaklanmasına dair eğitim ve bilginin kanun uygulayıcı personel, sivil veya askeri, tıbbi personel, kamu görevlileri ve herhangi bir şekilde tutuklanan, nezarete alınan veya hapsedilen (cezaevine konulan) herhangi bir şahsın tutuklanması, sorgulanması veya muamelesiyle ilgilenebilecek diğer şahısların eğitim programına dahil edilmesini sağlayacaktır”* şeklinde ifade edilmiştir. Sözleşme'ye göre devlet, işkencenin soruşturulması bakımından görevlilerine eğitim vermeli ve görevlilerini denetlemelidir. Sözleşme metni için bkz. Web: <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/IskenceninOnlenmesineDairBMSozlesmesi.pdf>, (E.T. 23.03.2022).

beyan etmiştir³⁰³. Bu bağlamda anlaşılmaktadır ki, somut olayın özelliği ve şikayetin konusuna göre donanımlı olan bilirkişilerce iddianın araştırılması gerekmektedir. Aksi halde yapılacak olan inceleme, etkililiği sağlamadığından yükümlülüğün ihlali sonucunu değiştirmeyecektir.

Mahkeme, etkililiğin sağlanması konusunda çok sayıda ihlal kararı vererek yükümlülüğün aktivitesi anlamında kapsamını belirlemiştir. Örneğin Dikme/Türkiye kararında “*Mahkeme, birinci başvurunun on altı gün gözaltında tutulduğunu ve bu süre boyunca kendisine bir avukatla, doktorla, bir yakını veya bir arkadaşıyla görüşme ve ayrıca soruşturma makamları kararına kadar da bir mahkeme önüne çıkarılma imkanı verilmediğini kaydeder. Mahkeme, bu süreç zarfında Dikme’nin, sadece kişi özgürlüğüne müdahalelere karşı değil, fakat aynı zamanda kendisini gözaltında tutan görevlilerin ve kendisini sorgulamakla görevli polislerin cezalandırılabilir nitelikte, daha da önemlisi, işlendiği kabul edilen fiziksel işkence eylemlerine karşı da tamamen korunmasız (vulnerable) bırakıldığını re’sen gözlemlediği*” belirtilmişse de “*Başvurunun şikayetinden itibaren 8 yıl geçmesine rağmen, olay hakkında kayda değer bir sonuç elde edilememiştir. Başvurucuyu nezarete tutmakla görevli olup kötü muameleden sorumlu bulunan polislerin kimliği belirlenemediğinden*” devletin 3. madde kapsamında yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır³⁰⁴.

Bahsedilen kararlardan da anlaşılacağı üzere kötü muamele iddiası ile karşılaşıldığında etkili soruşturma yapma yükümlülüğü bir araç yükümlülüğüdür. Başka bir deyişle, soruşturmanın etkililiğini sağlayan, ulaşılan sonuç değil, sonuca giderken yapılan işlemlerin niteliğidir. Bu nedenle bir soruşturma asgari düzeyde dahi olsa etkililik kriterlerini taşıyorsa, o soruşturmanın etkili olduğu sonucuna varılmaktadır³⁰⁵. Nitekim Ay/Türkiye kararında Mahkeme bu durumu şöyle ifade etmiştir: “*Mahkeme’ye göre, soruşturma sırasında yetkililerin bazı kusurları bulunmakla birlikte soruşturmanın etkisiz kalmasının en büyük nedeni, başvurunun*

³⁰³ Aydın/Türkiye, B.N. 23178/94, 25.09.1997 tarihli karar, par. 107. Benzer niteliketi karar için bkz. Salmanoğlu ve Polattaş/Türkiye, B.N. 15828/03, 17.03.2009.

³⁰⁴ Dikme/Türkiye, B.N. 20869/92, 11.07.2000 tarihli karar, par. 82. Benzer nitelikteki kararlar için bkz. Sadık Önder/Türkiye, B.N. 28520/95, 08.01.2004; Assenov ve Diğerleri, B.N. 24760/94, 28.10.1998; Özalp Ulusoy/Türkiye, B.N. 9049/06, 04.06.2013; Athan/Türkiye, B.N. 36144/09, 03.09.2013.

³⁰⁵ Dursun, s. 140.

keşfe katılmaması ve güvenlik mensuplarının fotoğraflarını incelemeye gelmemesidir. Başvurucu, götürüldüğü yeri tanıyabileceğini ve kendisini kaçıranlardan en az iki kişiyi teşhis edebileceğini iddia ettiği için, bu soruşturma işlemleri önemlidir. Başvurucunun ve avukatının gerçeğin ortaya çıkarılması için daha fazla yardım etmemeleri nedeniyle, soruşturmadan daha olumlu bir sonuç beklenmesi mümkün değildir. Bu nedenle usul yönünden Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmemiştir”³⁰⁶. Ancak burada belirtmek gerekir ki asgari de olsa aranan şartların eksiksiz şekilde yerine getirilmesi gerekmektedir. Nitekim Bouyid/Belçika kararında AIHM “Başvurucuların katılan müşteki taraf olarak başvurularının alınması, şikayetlerinin detaylarının ortaya çıkarılması için ifadelerinin alınması, Bouyid ailesinin tutumu hakkında bir rapor hazırlanması, onlara karşı açılan davaların ve onların bulunduğu şikayetlerin bir listesinin yapılması ve bu çerçevede hangi adımların atıldığının açıklanması. Söz konusu polis memurları ile başvurucuları yüzleştirmede, bir yüzleştirme organize etmedi veya başvurucuların sunduğu sağlık raporlarını veren doktorları veya memur A.Z. birinci başvurucuyu 8 Aralık 2003'te sokakta durdurup sorguladığı zaman onun yanında olan arkadaşını veya 23 Şubat 2004'te Saint-Josseten-Noode karakolundan çıktıktan kısa süre sonra ikinci başvurunun evinde onunla görüşen polis şefi K. 'yı sorgulamadı veya sorgulanmasını emretmedi. Oysa bu tip tedbirler olayların tespitine yardımcı olabilirdi” diyerek aranan asgari şartların dahi belli bir seçici düzeyde olması gerektiğini vurgulayarak 3. maddenin usuli yönden ihlal edildiği sonucuna varmıştır³⁰⁷.

2.7. Caydırma Yükümlülüğü

2.7.1. Yasal Çerçevesi

Devletler, kötü muamele çeşitlerini suç olarak nitelendirmek ve bu suçlar için sorumluluklar oluşturmak için özellikle ceza alanında, kanunlar çıkarmalıdır.

Kötü muameleleri önlemek için çıkarılan bu yasalarda ilgili muamelenin ağırlığına uygun bir ağırlıkta yaptırımlar da belirlenmelidir. Böylece yasaların önleyici

³⁰⁶ Ay/Türkiye, B.N. 30951/96, 22.03.2005 tarihli karar, par. 59-69.

³⁰⁷ Bouyid/Belçika, B.N. 23380/09, 28.09.2015 tarihli karar, par. 128.

etkisi sayesinde kötü muameleleri önleme hedefi gerçekleştirilmiş olmaktadır³⁰⁸.

Yaptırımın varlığı yükümlülüğün ihlalini önlemede yeterli değildir. Soruşturmanın etkililiğini sağlamak için yaptırımın gerekli şekilde uygulanması önem arz etmektedir. Caydırma yükümlülüğünün yasal çerçevesini çizmek adına Mahkeme tarafından verilen ihlal kararları incelendiğinde, ihlale yönelik ağırlığın cezasızlıkla sonuçlanan soruşturmalar olduğu belirtilmelidir. Bu bağlamda cezasızlık kavramını açıklamak gerekmektedir. Cezasızlığın tanımı konusunda temel çıkış noktası olarak genellikle Birleşmiş Milletler Azınlıkların Korunması ve Ayrımcılığın Önlenmesi Alt Komisyonu’nun 1996 yılındaki raporundaki belirlemeler kullanılmaktadır. Bu rapordaki cezasızlık tanımı “*İnsan hakkı ihlallerinin faillerinden, suçlanmalarına, tutulmalarına, yargılanmalarına ve eğer suçlu bulunursa mahkûm edilmelerine yol açacak -cezaî, medeni, idari veya disiplin usulünde- soruşturma yapılmadığı için de facto veya de jure olarak hesap sorulmasının olanaksızlığı*” olarak ifade edilmektedir³⁰⁹.

Bir başka tanım ise Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Avrupa Konseyi Rehber İlkelerinde “*Cezasızlık, ciddi insan hakları ihlallerine neden olan eylemlerden sorumlu olan kişilerin sorumlu tutulmaması halinde ortaya çıkar*” şeklindedir³¹⁰.

2.7.2. Cezaların Yeterliliği

Devlet, mağdurlar bakımından adaletin sağlanması için sorumluların, yaptıkları muameleler karşısında hesap vermemesi durumunda ortaya çıkacak olan cezasızlıklarla mücadele etmeli ve işlenecek olan kötü muamelelerden, bu muamelelerin sorumlularını caydırmalıdır. Böylece devlet, kamuoyunun hukuk sistemine ve hukuk devletine olan güvenini korumak yükümlülüğünü yerine getirmiş

³⁰⁸ Svanidze, s. 73.

³⁰⁹ Tolga Şirin, “Türkiye’de Cezasızlık Sorunu ve Anayasa Mahkemesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan**, C. 21, Özel S., s. 1579.

³¹⁰ Ağır İnsan Hakları İhlalleri İçin Çözüm (Başvuru) ve Telafi Hakkı, kaynak için bkz. Web: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2020/04/Universal-Right-to-a-Remedy-Publications-Reports-Practitioners-Guides-2018-TR-1.pdf>, (E.T. 23.03.2022).

olur³¹¹. Aslında kötü muamelenin cezalandırılması ile adli fonksiyonun norma ve adalete uygun gerçekleştirilmesi, adli işlemlerin tarafsız, sürekli, isabetli ve adil yürütülmesi konusunda topluma ve devlete ait yararlar korunmaktadır³¹².

AİHS 3. maddenin mutlak niteliği gereği, kötü muamele yasağının ihlalinin cezasız kalması yönünde bir bakış açısı oluşturulması hatalı olacaktır. Bir başka deyişle, hakkın mutlak niteliği ve devletin temelini teşkil etmesi hususları, hak ihlali meydana geldiğinde cezasız kalmaması ile anamlanacaktır. Ayrıca yasağın anlamlandırılabilmesi için kamuoyunda, sadece yasal temelde değil, gerçek anlamda da cezalandırıldığı kanaatinin oluşması gerekmektedir³¹³.

AİHM; içtihadında, etkili soruşturmaya dair pozitif yükümlülüğün cezasızlıkla mücadelesi için, hukuki, usuli ve diğer tedbirlerin alınması gerektiğini kabul etmektedir. Bu tedbirlerin alınmaması ve sorumluların cezasız kalması AİHS madde 3 kapsamında usuli pozitif yükümlülüğün ihlalini oluşturmaktadır. Bu konuyu Mahkeme Bekos ve Koutropulos/Yunanistan kararında “*Mevcut davaya ilişkin olarak Mahkeme, hem olayla ilgili yürütülen idari soruşturma hem de takip eden adli işlemler sırasında, başvuranların gözaltındayken kötü muameleyle maruz kaldıklarının birçok kez kabul edildiğini kaydeder. Bununla birlikte, hiçbir polis memuru, başvuranlara kötü muamelede bulunduğu için ne cezai kovuşturma ne de iç polis disiplin prosedürü kapsamında cezalandırılmamıştır. Bu bağlamda Mahkeme, Bay Tsikrikas'a verilen 59 avronun altındaki para cezasının, başvuranlara kötü muamelede bulunması nedeniyle değil, astları tarafından kötü muamelenin meydana gelmesini engellemediği gerekçesiyle verildiğini kaydeder. Ayrıca ne Bay Tsikrikas ne de Bay Avgeris'in hiçbir zaman hizmetten uzaklaştırılmadığı kaydedilmiştir. Sonuç olarak, yerel mahkeme, başvuranların tutuklanmaları sırasında yaralanmalarının nedeninin hafif kıyafetleri olduğu konusunda tatmin olmuştur. Bu nedenle, soruşturma somut bir sonuç vermemiş gibi görünmektedir ve başvuranlar şikayetleri için herhangi bir tazminat almamıştır*” şeklinde ifade ederek AİHS 3. maddesinin usul yönünden ihlal edildiği sonucuna

³¹¹ Svanidze, s. 24.

³¹² Üzülmüş, s. 68.

³¹³ Yıldız, s. 24.

varmıştır³¹⁴.

AİHM, cezasızlıkla mücadele yükümlülüğünün, cezasızlığı önlenmenin bir ön koşulu olduğunu vurgulamaktadır. Üç polis memuru tarafından kötü muameleye maruz kalınan ve fail olan polis memurlarının soruşturulmasının dört yıl sürdüğü, sonuç olarak memurlara en asgari cezanın verildiği Nicolae Rosca/Moldova kararında Mahkeme, *“başvuranların kötü muamelesine ilişkin soruşturmanın Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında “hızlı” olmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme ayrıca, verilen cezanın hafifliği ve işkence sorununu çözmek için özel olarak çıkarılan yasal hükümler uyarınca kovuşturma yapılmaması da dahil olmak üzere, üç polis memuru aleyhindeki yargılamaların, bu tür fiilleri önlemek için yeterli bir caydırıcı etki sağlamadığını tespit etmiştir”*³¹⁵.

Yine Paduret/Moldova kararında *“Mahkeme, Hükümet'in Moldova'da işkencenin daha ciddi suç biçimlerinden ayırt edilmesi ve dolayısıyla cezaların indirilmesini gerektiren “orta düzey bir suç” olarak kabul edildiği yönündeki iddiasını büyük bir endişeyle kaydeder. Böyle bir pozisyon, işkence suçunun aşırı ciddiyeti dikkate alındığında, Sözleşme'nin 3. maddesinden kaynaklanan yükümlülüklerle kesinlikle bağdaşmaz”* diyerek *“Yetkililerin, kötü muamelesini makul bir süre içinde düzgün bir şekilde soruşturmayarak ve önleyici tedbiri sağlamayarak yeterli tazminat sağlayamadıklarını tespit ettiğinden”* 3. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir³¹⁶.

Bir soruşturma ne kadar etkili olursa olsun, kötü muamele için uygulanan yaptırımın uygun olmaması halinde, soruşturma etkisiz kalacaktır. AİHM bu durumu Ali ve Ayşe Duran/Türkiye kararında şöyle ifade etmiştir: *“Mahkeme devlet memurlarının kötü muamelede bulundukları ve cinayet işledikleri durumlarda, uygun yaptırımların seçimini ulusal mahkemelere bırakmalıdır. Bununla birlikte Mahkeme, yine de belirli bir denetim gücü kullanmalıdır ve suç teşkil eden eylemin ağırlığı ile uygulanan ceza arasında açıkça orantısızlık olması durumunda müdahale*

³¹⁴ Bekos ve Koutropoulos/Yunanistan, B.N. 15250/02, 13.12.2005 tarihli karar, par. 54.

³¹⁵ Valeriu ve Nicolae Rosca/Moldova, B.N. 41704/02, 20.10.2009 tarihli karar, par. 76.

³¹⁶ Paduret/Moldova, B.N. 33134/03, 05.01.2010 tarihli karar, par. 77.

edilmelidir”³¹⁷.

Zamanaşımı süresinin dolması, fiil ile orantısız ceza verilmesi, para cezasına çevirme, erteleme, kamu görevlisine disiplin soruşturması açmama, görevden almama yahut af çıkartılması gibi durumlar cezasızlık sorununu ortaya çıkarmaktadır³¹⁸.

AIHM, zamanaşımı gerekçesiyle cezasız bırakılmaya ilişkin olarak, yakınlarının durumunu öğrenmek üzere karakola gelen ve yakalama sırasında kötü muameleye maruz kaldıkları başvurusunu içeren Güngör/Türkiye kararında ulusal makamların “*olayların işkence olarak nitelendirilebileceği varsayılsa bile; zamanaşımına uğradığı kanısına varılması*” nedeniyle düşme kararına karşılık olarak “*Mahkeme, bir devlet memurunun Sözleşme’nin 3. maddesine aykırı eylemler nedeniyle suçlanması durumunda, yargılamanın ya da mahkûmiyet kararının zamanaşımı, af, bağışlama ya da cezanın infazının ertelenmesi yoluyla hükümsüz kılınamayacağını daha önce ifade etmiş olduğunu hatırlatmaktadır. Dolayısıyla, ulusal makamların olayların seyrini aydınlatmak, yüklenen sorumlulukları tespit etmek ve yetkililer tarafından kullanılan gücün orantılılığını değerlendirmek amacıyla, yeterli bir ivedilikle ve makul bir özenle hareket ederek, gereken bütün pozitif tedbirleri almaları gerekirdi. Soruşturmanın yürütülmesinde meydana gelen bu eksiklik nedeniyle, başvuranlara uygulanan şiddet eylemleri gerçekleştirdiği iddia edilen failler olan güvenlik gücü görevlilerinin neredeyse cezasız kalmalarına ve başvuranların suç duyurularının sonuçsuz kalmasına yol açmıştır*” diyerek Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir³¹⁹.

Ayrıca AIHM, yükümlülüğün ihlalinde hukuki ve idari yolla tazminat ödenmesini, AIHS 3. maddeye göre usuli yükümlülüğün dışında kaldığı kanaatindedir. Mahkeme, bu yolu AIHS 13. maddeye göre bir yükümlülük olarak kabul etse de faydası konusunda Cobzaru/Romanya kararında “*Yukarıda açıklanan gerekçelerle, Sözleşme’nin 3. maddesiyle öngörülen soruşturma yükümlülüğünden daha katı gereklilikleri olan Sözleşme’nin 13. maddesine uygun olarak hiçbir etkili ceza*

³¹⁷ Ali ve Ayşe Duran/Türkiye, B.N. 42942/02, 08.04.2008 tarihli karar, s. 7.

³¹⁸ Yıldız, s. 26.

³¹⁹ Güngör/Türkiye, B.N. 24451/12, 23.11.2018.

soruşturması açılmadığı kanaatine varılmaktadır. Sonuç olarak, tazminat talebi de dâhil olmak üzere müştekinin kullanımına sunulan diğer bütün başvuru yollarının, çok az başarı şansı vardır ve tamamen şekli olduklarının ve başvurucunun şikâyetine çare olmadıklarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Hukuk mahkemelerinin olayları bağımsız olarak değerlendirme imkânları bulunsa da uygulamada, daha önce yapılmış olan ceza soruşturmasına verilen ağırlık o kadar önemlidir ki, başvuru tarafından sonuçlara itiraz etmek için sunulabilecek en ikna edici deliller bile, bu başvuru yolu tarafından reddedilebilir ve bu durumda bu yol tamamen şekli ve aldatıcı bir yol olarak görülebilir. Dolayısıyla Mahkeme, davanın kendine özgü koşullarında güvenlik güçlerine karşı tazminat davası açma imkânının tamamen şekli olduğu sonucuna varmıştır “şeklinde belirterek polise tazminat davası açmanın etkili bir hukuk yolu olmadığı sonucuna varmıştır³²⁰.”

Ayrıca AİHM, kötü muamele eylemini gerçekleştirmek konusunda şüpheli olan memura, ceza ve disiplin yaptırımlarının orantılı şekilde uygulanmasını belirtmiştir. Yine Okkalı/Türkiye kararında “Görevlerinden uzaklaştırıldıklarını varsaysak bile, gerçek şu ki, ilgililer hakkında verilen hükümlerin hapis cezası ve görevlerinden uzaklaştırılmasına ilişkin disiplin tedbirleri içermesine rağmen, daha önce söz konusu memurlar hakkında, hiçbir şekilde disiplin yargılaması başlatılmamış ve disiplin cezasına çarptırılmamışlardır. Verilen cezaların ağırlığına ilişkin olarak, yalnızca polis memurlarına asgari cezalar vererek, mahkemelerin, Türk hukuku uyarınca dikkate almaları gereken bir dizi faktörü göz önünde bulundurmadıkları söylenebilir”³²¹.

Kötü muamele failleri hakkında ivedilikle soruşturma başlatılması ve faillerin cezalandırılmalarını engelleyecek genel af, Cumhurbaşkanı affı, bağışlama veya merhamet barındıran herhangi bir tedbir, özellikle gerçeklerin ortaya çıkmasına veya faillerin pişmanlığına ilişkin yasal hükümler temelinde sorumluluklarından muaf tutulmaları, etkili soruşturma yürütmenin ve cezasızlıkla mücadelenin amacına aykırıdır. Dolayısıyla bu tür durumların bertaraf edilmesi gerekmektedir. AİHM’nin

³²⁰ Cobzaru/Romanya, B.N. 48254/99, 26.07.2007 tarihli karar, par. 83.

³²¹ Okkalı/Türkiye, B.N. 52067/99, 17.10.2006 tarihli karar, s. 8.

Abdülsamet Yaman/Türkiye kararında “*Mahkeme’ye göre ayrıca, bir devlet görevlisinin kötü muamele veya işkence gibi suçlarla suçlanması halinde, ceza davasının ve verilen cezanın zamanaşımına uğramaması, ‘etkili hukuk yolu’ bakımından çok büyük önem taşır; genel af veya kişiye özel af çıkarılmamalıdır. Mahkeme ayrıca, soruşturmaya tabi tutulan veya yargılanan görevlinin görevinden alınmasının ve mahkum olması halinde meslekten çıkarılmasının önemini vurgular*”³²² beyanıyla açıkça belirtmiştir.

Ayrıca Mahkeme Canan/Türkiye kararında “*Sözleşme’nin 3. maddesinin usuli yönüyle ilgili olarak, davanın veya Sözleşme’nin 3. maddesine aykırı olan eylemler nedeniyle, bir devlet memurunun cezalandırılmasının, örneğin af, bağışlama, cezanın infazının ertelenmesi veya somut olayda olduğu gibi hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi tedbirlerin uygulanmasıyla hükümsüz kılınamayacağını hatırlatmaktadır. Mahkeme özellikle, ulusal makamların hiçbir şekilde bu türden bir muamelenin cezasız kalmasına imkân vermeye hazır oldukları izlenimini vermemeleri gerektiğini değerlendirmektedir*” şeklinde ifade etmiřtir³²³.

Yine yeni tarihli ve af nedeniyle mahkumun ülkeyi terk etmesine olanak sağlayarak cezasız kalmasına neden olan hadiseye ilişkin E.G./Moldova kararında “*AİHM, devlet görevlilerince işlenen işkence veya kötü muamele olaylarında genel ve özel aflara müsamaha gösterilmemesi gerektiğine hükmettiğine dikkat çekmektedir. Bu ilkenin özel kişilerce işlenen şiddet eylemlerine de uygulanacağı teyit edilmiştir. Bununla birlikte, genel ve özel afların esasen ye devletlerin iç hukuklarını ilgilendiren bir mesele olduğunu ve temel insan haklarının ağır ihlallerini oluşturan eylemlere ilişkin olmadıkları sürece, uluslararası hukukla kural olarak elişmediklerini yinelemektedir. Ancak başvurana karşı işlenen cinsel saldırı, bedensel zarardan ve zihni ıstıraptan korunma hakkının ağır bir ihlalini oluşturmuştur ve bu saldırının faillerinden birine af tanınması, davanın kendine özgü koşullarında, devletin Sözleşme’nin 3 ve 8. maddeleri altındaki yükümlülüklerine ters düşmektedir*”

³²² Abdülsamet Yaman/Türkiye, B.N. 32446/96, 02.11.2004 tarihli karar, par. 55.

³²³ Canan/Türkiye, B.N. 29443/14, 14.12.2021 tarihli karar, par. 12.

şeklinde ifade etmiştir³²⁴.



³²⁴ E.G./Moldova, B.N. 37882/13, 13.04.2021 tarihli karar, par. 43.

SONUÇ

İnsanlığın tarihsel gelişim sürecinde elde edilen en önemli kazanımlarından biri hiç kuşkusuz hukuk içerisinde bir yaşam sürmektir. Bu bağlamda bireyler arası ve birey-devlet ilişkilerinin, diğer yandan da devlet iktidarının oluşum ve işleyişinin hukuk tarafından düzenlenmesi, insanlık tarihi açısından ulaşılan önemli bir aşamayı temsil etmektedir. Kısaca hukuk ile bağlı devlet olarak tanımlanabilecek olan hukuk devleti kavramı, son derece şaşırtıcı ve paradoksal bir içeriğe sahiptir. 20. yüzyılın sonlarında uygar toplumlarda kabul gören çağdaş hukuksal anlayış, bireyin hukuk güvenliğini her düşüncenin önünde tutan ve bireyler ile toplulukların temel haklarını en geniş sosyal ve adil imkânlar içerisinde gerçekleştirebilmeleri bakımından gerekli her türlü hukuki zemini hazırlayan ve bu yöndeki çabaları destekleyen ve koruyan bir devlet yapısı öngörmektedir. Bu açıdan hukuk devleti olmanın gereği olarak insan haklarına saygı duyma ve insan haklarını koruma hukuk devletinin ilk önceliğidir.

İnsan hakları, insanın sadece insan olması sebebiyle onurlu bir hayata sahip olması için sahip olduğu asgari haklar olarak kabul edilmektedir. Günümüzde insan haklarına ilişkin kurallar, evrensel bir norm olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak insan haklarının neleri kapsadığı konusu üzerinde bir fikir birliği bulunmamaktadır. Bunun bir sonucu olarak insan hakları, temel hak ve hürriyetler, kamu hürriyetleri gibi terimler iç içe geçmiştir. Avrupa Konseyi'nin bir organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin varlık amacı, insan haklarını korumak ve geliştirmektir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi metnine bakıldığında, insan haklarına saygı yükümlülüğünden bahsedildikten sonra yaşam hakkı, daha sonra da işkence yasağı ele alınmaktadır. Bu da göstermektedir ki, insanın yaşamı ile maddi ve manevi bütünlüğünün korunması, insan hakları içerisinde kabul edilen temel haklardandır. Dikkat edilirse, işkence yasağı yaşam hakkı ile birlikte anılmıştır. İşkence, bireye bedeni ya da ruhi zarar veya tehlike meydana getiren ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan her türlü maddi ve manevi kötü muameledir. Avrupa Konseyi tarafından 4 Kasım 1950 tarihinde kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3'üncü maddesine göre "*Hiç kimseye işkence ya da insanlık dışı ya da onur kırıcı bir davranış ya da ceza uygulanamaz*" denilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, terörizm veya suçla mücadele gibi en zor koşullarda bile, Sözleşme'nin "işkenceyi veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezayı mutlak surette yasakladığını" ve felsefi temelini 3'üncü madde kapsamındaki hakkın mutlak niteliğini desteklemek olduğunu, herhangi bir istisna içermeksizin belirtmektedir. Sözleşme'nin 3'üncü maddesi mutlak olduğundan, uygulanması yalnızca bir kapsam meselesidir. Sözleşme maddelerinin çoğundan farklı olarak 3'üncü madde, Mahkeme'nin önce hakkın müdahale edilip edilmediğini belirlediği, ardından bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerektiği gibi haklı gösterilip gösterilmeyeceğini belirlediği iki aşamalı bir insan hakları yargılama modeline uymamaktadır. Bunun yerine, uygulanması yalnızca belirli bir eşğin karşılanmasını gerektirmektedir. Bir başka deyişle Mahkeme, yasağın ihlali ile karşılaştığı bir durumda meydana gelen ihlalin savunulabilir bir iddiadan ibaret olup olmadığını incelemekte ve buna göre karar vermektedir.

Kötü muameleye ilişkin olarak devletlerin bazı yükümlülükleri bulunmaktadır. Bunlar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin benimsediği şekilde pozitif ve negatif yükümlülükler şeklindedir. Bu yükümlülükler devlete belirli eylemlerden kaçınmanın yanı sıra kişilerin haklarını güvence altına alma ve yasaklanmış muamelelere karşı onları koruma yükümlülüğü getirmiştir. Mahkeme, devlete kişilere karşı Sözleşme'nin 3. maddesi ile yasaklanan eylem ve davranışların mağduru olmasını önlemek için önlemler alma yükümlülüğü yani pozitif yükümlülük, kötü muamele yapma yasağı yani negatif yükümlülük ve devletin genel koruma yükümlülüğüne bağlı olarak kötü muameleleri etkili bir biçimde soruşturma ve kovuşturma yükümlülüğü yani etkili soruşturma yükümlülüğü yüklemektedir.

Uluslararası ve ulusal belgeler ile devlete yüklenen kötü muameleyi önleme yükümlülüğünün gereği olarak devlet yasal, idari ve yargısal birtakım önlemler almak zorundadır. Yasal yükümlülüklerin başında ulusal mevzuatın uluslararası standarda uygun hale getirilmesi ve kanunlarda kötü muamele fiillerinin suç olarak düzenlenmesi, bu muamelelerin önlenmesi için gerekli yasal düzenlemelerin yapılması gelmektedir. İdari yükümlülükler ise soruşturma, kovuşturma ve infaz süreçlerinde görevli olanların yasal düzenlemelere göre eğitim görmelerinin sağlanması, bu

doğrultuda gerekli denetimlerin yapılmasıdır. Yargısal yükümlülükler uyarınca ise devlet, kötü muamele mağduru olduğunu iddia eden kimselerin, iddiaları hakkında etkili soruşturma ve kovuşturma yapmak zorundadır. Yapılacak adil bir yargılama sonucunda devlet, ihlali açığa çıkarıp faili belirlemekle ve cezalandırmakla yükümlüdür. Bu doğrultuda yetkili makamların hangi amaçla olursa olsun kişilere uygulanan kötü muameleyi göz ardı etmemesi gerekmektedir. Kötü muamelenin önlenmesi açısından ulusal mevzuattaki öngörülen cezanın ağırlığından daha önemli olan bir husus ise yapılacak yargılama sonucunda failin tespit edileceği ve cezalandırılacağı mutlak olması hususudur.

Devlet, bireyin kötü muamele içeren bir davranışa maruz kaldığını öğrendiğinde derhal ve etkin bir şekilde soruşturmanın gerçekleştirilmesini sağlamalıdır. Bu durum, devletin sorumluluğu altında ve ödevi konumundadır. Alenen bir şikâyetin bulunmadığı hallerde dahi, kötü muameleye ilişkin şüphelerin ya da belirtilerin olması durumunda derhal soruşturmayı gerçekleştirmelidir. Kötü muamele ile ilgili soruşturma yürütücüleri, bu minvaldeki olayların şüphelileri, şüphelilerin çalıştıkları kurum ve kuruluşlardan bağımsız ve tarafsız olarak, soruşturmanın yürütülmesinde yetkin ve bağımsız olmalıdırlar. Bununla birlikte, soruşturmanın yürütülmesi esnasında, Sözleşme'nin gerekliliklerini yerine getirmelidirler. Soruşturmalar, kabul edilebilir bir süre içerisinde gerekli özen gösterilerek gerçekleştirilmelidir. Son olarak, soruşturmalarda şeffaflık ve denetim mekanizması iyi bir şekilde çalışmalıdır. Kamu denetimine açık olması gereken bu soruşturmalar sonucunda faillerin gereken cezayı alması gerekmektedir. Aksi durum yükümlülüğün ihlalini oluşturmaktadır. Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak kötü muamele failleri her ne kadar büyük çoğunlukla kamu görevlisi olsa da yaptıkları ihlal ile orantılı şekilde cezalandırılmalıdır.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

ACU, Melek, “Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Haklar”, **TBB Dergisi**, S. 110, 2014, s. 403-434.

AKANDJI-KOMBE, Jean-François, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler**, Avrupa Konseyi Yayınları, Belçika, 2008.

AKGÜL, Aydın, “İşkence Nedeniyle Açılan Tam Yargı Davalarında Danıştay Ölçütleri”, **TBB Dergisi**, S. 112, 2014, s. 189-237.

AKILLIOĞLU, Tekin, “İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi”, **İnsan Hakları Yıllığı**, C. 1, S. 10-11, 1989, s. 17-64.

AKKAYA, Hikmet Murat, **Vücut Bütünlüğüne Yönelik Rıza Aranmadan Gerçekleştirilen Müdahaleler**, Kırımızı Kedi Kitap, İstanbul, 2019.

AKYAZI, Güner, “Adil Yargılanma Hakkı ve İşkence”, **Ankara Barosu İnsan Hakları Komisyonu Yayınları**, Ankara, 2001.

AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Yenilenmiş 14. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021.

ALGAN, Bülent, **İşkence ile Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu**, Ankara Üniversitesi Basım Evi, Ankara, 2011.

ALTIPARMAK, Kerem, “Anayasa Mahkemesinin Zor Sorusu: İşkence ve Kötü Muamele, Ama Hangisi?”, **Anayasa Yargısı**, C. 31, S. 1, 2015, s. 145-184.

ALTIPARMAK, Kerem; “İşkenceyi Nasıl Bilirsiniz? Türkiye’de Orantısız Güç Kullanma Sorunu”, **Toplum ve Bilim**, sayı 115.

ANAYURT, Ömer, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 1, 2008, s. 421-460.

ATAMAN, Hakan, “Türkiye’de İşkence, Kötü Muamele ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Ceza Sorunu ve Çözüm Önerileri”, **İşkencenin Haritalanması**, Tetra İletişim Hizmetleri, İstanbul, 2008, s. 35-83.

BAŞAK, Cengiz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Gözaltında İnsan Hakları İhlalleri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 51, S. 4, Ankara, 2002, s. 41-72.

BİÇER, Ümit, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve İstanbul Protokolü**, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları, Ankara, 2017.

BİRTEK, Fatih, **Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

BİLGE, Burak, “AİHM İçtihatları Bağlamında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 2, Malatya, 2014, s. 367-406.

BİLGİN, Hüseyin, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İdari Yargısına Yansımaları**, Adalet Yayınları, Ankara, 2014.

BOZBAYINDIR, Ali Emrah, “İşkence ve Kötü Muamele Yasağının Yatay Etkisi (Drittwirkung)”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 13, S. 145, 2018, s. 45-60.

BULUT, Nihat, “Eski Yunan’dan Aydınlanma Çağı’na İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Bir Bakış”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 3-4, 2008, s. 1-12.

CENGİZ, Serkan/**DEMİRAĞ**, Fahrettin/**ERGÜL**, Teoman/**McBride**, Jeremy/**TEZCAN**, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Şen Matbaa, Ankara, 2008.

ÇAKAR, Ayşen Seymen, “Hukuki Bir Kavram Olarak İnsan Onuru”, **Umut Vakfı Araştırma Merkezi, 3. Hukukun Gençleri Sempozyumu**, 11-12 Ekim 2013, Antalya.

ÇELİK, Elif, “İnsan Hakları Hukukunda İnsan Haklarının Yeri ve Rolü”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 2, 2019, s. 282-301.

COPPEL, Jason, **The Human Rights Act 1998: Enforcing The European Convention In The Domestic Courts**. John Wiley & Sons, 1999.

ÇOR, Yaşar, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Sözleşme Kapsamında İşkence Görmeme Hakkına Bakış Açısı”, **TBB Dergisi**, S. 75, 2008, s. 63-93.

DEĞİRMENCİ, Rıdvan, “Ölçülülük İlkesi Bağlamında Kolluğun Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına Müdahalesi: AİHM İçtihatları ve Ombudsman Kararları Çerçevesinde Bir Analiz”, **Ombudsman Akademik Dergisi**, S. 2, 2015, s. 103-120.

DEMİRBAŞ, Timur, **İşkence Suçu**. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

DEVECİ, Ali, **Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı İhlallerinde Etkin Soruşturma Yapma Yükümlülüğü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2014.

DOĞAN, İlyas, “Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 13, 2005, s. 51-59.

DOĞAN, İlyas/**KAYA**, Mehmet, **İstanbul Protokolü ve İşkencenin Önlenmesi**, 1. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2010.

DOĞAN, İlyas, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Astana Yayınları, Ankara, 2019.

DOĞRU, Osman/**NALBANT**, Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklamalar Kararlar**, 1. Cilt, Ankara, 2012.

DOĞRU, Osman, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı**, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006.

DONAY, Süheyl, **Türk Ceza İnfaz Hukuku**, Beta Basım Yayın, Ankara, 2014.

DURSUN, Gizem, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İşkence Yasağı ve İşkenceyi Etkili Biçimde Soruşturma Yükümlülüğü**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

DUTERTRE, Gilles, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar**, Avrupa Konseyi Yayınları, 2003.

ELTİMUR, Dilara Yüzer, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

ER, Cüneyd, “İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, **TBB Dergisi**, C. 18, S. 60, 2005, s. 169-188.

ERGÜL, Ergin, **Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması**, Yargı Yayınevi, Ankara, 2012.

GEMALMAZ, M. Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda İşkencenin Önlenmesi**, 1. Baskı, Amaç Yayıncılık, İstanbul, 1990.

GEMALMAZ, M. Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı**, 1. Baskı, Kavram Yayınları, İstanbul, 1993.

GÜDÜL, H. Mehmet, **Anayasa Mahkemesi Kararları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Doğrultusunda Terörle Mücadele**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Adana, 2007.

HARRIS, D.J/O'BOYLE, M./BATES, E.P/BUCKLEY, C.M, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Şen Matbaa, Ankara, 2013.

HOŞGÜL, Batuhan, “Ceza Muhakemesinde Deliller Bakımından Etkin Soruşturma Yükümlülüğü”, **Legal Hukuk Dergisi**, S. 196, 2019, s. 1677-1716.

HOŞGÜL, Batuhan, **Etkin Soruşturma Yükümlülüğü**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019.

İNCE, Hüseyin, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Altında Barışçıl Gösterilerde Orantısız Güç Kullanılması”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 5, 2015, s. 1-38.

İNCE, Kadri, “İşkence Suçunun TCK, AIHS ve AIHM Kararları Işığında Ele Alınması”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, s. 3393-3427.

İNCEOĞLU, Sibel, **Adil Yargılanma Hakkı**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 4, MRK Baskı, Ankara, 2018.

KABOĞLU, İbrahim, **AİHM'nin Yorum Yöntemleri**, Ankara Barosu İnsan Hakları Sempozyum Kitabı, Ankara, 2007.

KAFADAR, Muhammet Fatih, "Hukuk, Sivil Toplum ve Demokrasi: 'İnsan Onuru'", **Umut Vakfı Araştırma Merkezi**, 3. Hukukun Gençleri Sempozyumu, Antalya, 11-12 Ekim 2013.

KAPANI, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, Yetki Yayıncılık, Ankara, 1997.

KILINÇ, Ümit, "Barışçıl Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Yapma Hakkı ve Devletin Yükümlülükleri", **TBB Dergisi**, C. 26, S. 110, 2014, s. 281-304.

KİTAPÇIOĞLU, Tülay Yüksel, "Arama Kararının Hukuka Aykırı Şekilde İcrasından Elde Edilen Delilin Hükme Esas Alınması Sorunu Üzerine Karar İncelemesi", **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 76, S. 1, 2018, s. 109-131.

KOCABAŞ, Sadık, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2009.

KÖKSAL, Tuğçe Duygu, **Kötü Muamele İddialarının Etkili Soruşturulması Yükümlülüğüne İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kaynakçası**, 1. Baskı, Altan Özyurt Matbaacılık, Ankara, 2019.

KUZUCU, Kübra, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İşkence Yasağı ve Yasağın Türkiye'de Uygulanması**, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019.

MUTAF, Hasan, "Kötü Muamele Yasağının Kapsamı ve İkincilik İlkesi", **Anayasa Yargısı**, C. 37, S. 1, 2020, s. 237-279.

NAL, Sabahattin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İşkence ve İnsanlık Dışı Muamele veya Küçültücü Muamele veya Ceza", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 19, S. 1-2, s. 529-554.

ORAZMYRADOVA, Mahym, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde İşkence Yasağı**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Lefkoşa, 2019.

ÖNCÜ, Gülay Arslan, **Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8, Epamat Basım, Ankara, 2019.

ÖZGEN, Eralp, "İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması", **TBB Dergisi**, s. 2, 1988, s. 208-233.

ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hakkında Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara, 2003.

ÖZMAN, M. Aydoğan, "Avrupa İnsan Hakları Divanının 1978 Yılında Verdiği Kararlar", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 35, S. 1, Ankara, 1978, s. 5-218.

PALABIYIK, Pınar, “İşkence Tehdidi ile Ulaşılan Maddi Bulguların Delil Olarak Değerlendirilmesine İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Karar Tahlili (Gäfgen v. Almanya)”, **İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 2, 2016, s. 173-197.

POLAT, Oğuz, **Şiddet**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

RENUCCI, Jean Francois, “Droit Europeen des Droits de l’Homme”, **Recueil Dalloz**, S. 2, 2012.

SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar, “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 3, 2013, s. 227-266.

SANIVAR, Ramadan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 3. Maddesinde Düzenlenen İşkence Yasağı Hakkındaki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Mevzuatının Değerlendirilmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, s. 751-812.

SARIGÜL, Ali Tanju, “Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğüne Getirilen Sınır-Nemo Tenetur Seipsum Accusare İlkesi”, **TBB Dergisi**, S. 153, 2021, s. 39-64.

SVANİDZE, Erik, **Kötü Muamelenin Etkili Soruşturulması (Avrupa Normlarına Dayanan Kılavuz İlkeler)**, Epamat Basım, Eylül, 2019.

ŞEN, Ersan, “Avrupa İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerine Dair Sözleşme’de Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı ve Türk Hukuku”, **İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 0, S. 3-4-5, 2012, s. 141-172.

ŞENOL, Cem, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü (CMK M. 172/3)**, 1. Baskı, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2013.

ŞENOL, Cem, “Etkin Soruşturma Yükümlülüğü ve Etkili Başvuru Hakkı”, **Akdeniz Üniversitesi hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, 2011, s.35-53.

ŞİMŞEK, Oğuz, **Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 1999.

ŞİRİN, İbrahim, **İşkence ve Kötü Muamele ile Mücadelede Yeni İlkeler**, Cinius Yayınları, İstanbul, 2018.

ŞİRİN, Tolga, “Türkiye’de Cezasızlık Sorunu ve Anayasa Mahkemesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, Özel S., s. 1577-1607.

TANÖR, Bülent, **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, C.I, 1994.

TANRIKULU, Sezgin, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Etkili Başvuru**

Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

TANYAR, Ziya Çağa, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 60, S. 3, 2011, s. 593-634.

TAŞDEMİR, Hakan/**TAŞDEMİR**, Fatma, “Aşağılayıcı Muamele ve Ceza Yasağı / The Prohibition of Degrading Treatment and Punishment”, **Akademik Hassasiyetler**, C. 2, S. 4, 2014, s.73-82.

TEZCAN, Durmuş/**ERDEM**, M. Ruhan/**SANCAKDAR**, Oğuz/**ÖNOK**, R. Murat, **İnsan Hakları El Kitabı**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

TEZCAN, Durmuş, **AİHM İçtihatları Işığında İnfaz Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

TURAN, Hüseyin, “Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesindeki Yeri ve Önemi”, **TBB Dergisi**, S. 84, 2009, s. 213-230.

TURHAN, Faruk, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararları Işığında Kişi Özgürlüğü ve Türkiye/Gözetiminde Kayıplar, Hâkim Önüne Çıkarma ve Gözetim Süreleri”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 2, 2000.

ÜNAL, Şeref, **Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku**, Yetki Yayıncılık, Ankara, 1997.

ÜNVER, Yener, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

YALÇIN, Berk, “Avrupa İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi Bağlamında Ülke Ziyaretleri ve Türkiye”, **Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu Dicle Adalet Dergisi**, C. 1, S. 2, 2017, s. 60-68.

YILDIZ, Abdulkadir, **Din ve Vicdan Özgürlüğü**, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.

YILDIZ, Abdulkadir, **Kötü Muamele İddialarının Etkili Soruşturulması Yükümlülüğüne İlişkin Türk Mahkeme Kararları Kaynakçası**, 1. Baskı, Altan Özyurt Matbaacılık, Ankara, 2019.

YILMAZ, Gökçe Gültekin, **İşkence ve Kötü Muamele Yasağında Cezasızlık Sorunu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

YÜKSEL, Metin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklendiği Pozitif Yükümlülükler”, **Uluslararası İlişkiler**, Cilt 7, Sayı 27, 2010, s. 111-132.

ZABUNOĞLU, H. Gökçe, “AİHM Kararlarında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı ve Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 66, S. 3, 2017, s. 627-658.

İnternet Siteleri

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, Web: https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf, (E.T. 10.02.2021).

“BM İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme”, Web: <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/19895.pdf>, (E.T. 17.12.2021).

“İstanbul Protokolü”, <https://tihv.org.tr/wp-content/uploads/2020/04/istanbul-protokolu.pdf>, (E.T. 05.05.2021).

<https://www.anayasa.gov.tr/>.

<https://www.drgokhangunes.com/>.

<https://www.echr.coe.int/>.

<https://inhak.adalet.gov.tr/>.

<https://insanhaklari.gen.tr/>.

<https://www.izmirbarosu.org.tr/>.

<https://www.kararara.com/>.

<https://legalbank.net/>.

<https://www.resmigazete.gov.tr/>.

<https://sozluk.gov.tr/>.

AİHM Kararları

A.Ş./Türkiye, B.N. 58271/10, 13.09.2016.

Abdülşamet Yaman/Türkiye, B.N. 32446/96, 02.11.2004.

Ahmed/Avusturya, B.N. 25964/94, 17.12.1996.

Aksoy/Türkiye, B.N. 21987/93, 18.12.1996.

Aktaş/Türkiye, B.N. 24351/94, 24.04.2003.

Ali Güneş/Türkiye, B.N. 9892/07, 10.04.2012.

Ali ve Ayşe Duran/Türkiye, B.N. 42942/02, 08.04.2008.

- Altun/Türkiye, B.N. 24561/94, 01.06.2004.*
- Amine Güzel/Türkiye, B.N. 41844/09, 17.09.2013.*
- Anık ve Diğerleri/Türkiye, B.N. 63758/00, 05.06.2007.*
- Ataykaya/Türkiye, B.N. 50275/08, 22.07.2014.*
- Athan/Türkiye, B.N. 36144/09, 03.09.2013.*
- Barabanshchikov/Rusya, B.N. 36220/02, 08.01.2009.*
- Batı ve Diğerleri/Türkiye, B.N. 33097/96, 03.06.2004.*
- Bekos ve Koutropoulos/Yunanistan, B.N. 15250/02, 13.12.2005.*
- Bensaid/Birleşik Krallık, B.N. 44599/98, 06.02.2001.*
- Biyani/Türkiye, B.N. 56363/00, 03.02.2005.*
- Bouyid/Belçika, B.N. 23380/09, 28.09.2015.*
- Büyükdağ/Türkiye, B.N. 28340/95, 21.12.2000.*
- Canan/Türkiye, B.N. 29443/14, 14.12.2021.*
- Chitayev ve Chitayev/Rusya, B.N. 59334/00, 18.01.2007.*
- Ciğerhun Öner/Türkiye, B.N. 2858/07, 23.11.2010.*
- Cobzaru/Romanya, B.N. 48254/99, 26.07.2007.*
- Cruz Varas/İsveç, B.N. 15576/89, 20.03.1991.*
- Çelik ve İmret/Türkiye, B.N. 44093/98, 26.10.2004.*
- D/Birleşik Krallık, B.N. 30240/96, 02.05.1997.*
- Dedovskiy ve Diğerleri/Rusya, B.N. 7178/03, 15.05.2008.*
- Dikme/Türkiye, B.N. 20869/92, 11.07.2000.*
- Dumlu/Türkiye, B.N. 65159/17, 20.04.2021.*
- Eğmez/Kıbrıs, B.N. 30873/96, 21.12.2000.*

- Ergi/Türkiye, B.N. 52/1997/836/1042, 28.07.1998.*
- El-Masri/Kuzey Makedonya, B.N. 39630/09, 13.12.2012.*
- Elberte/Letonya, B.N. 61243/08, 13.01.2015.*
- Elçi ve Diğerleri/Türkiye, B.N. 23145/93, 13.11.2003.*
- Gäfgen/Almanya, B.N. 22978/05, 01.06.2010.*
- Gerçek ve Adıgüzel/Türkiye, B.N. 62114/11, 06.07.2021.*
- Güleç/Türkiye, B.N. 54/1997/838/1044, 27.07.1998.*
- Güngör/Türkiye, B.N. 28290/95, 22.03.2005.*
- Hugh Jordan/Birleşik Krallık, B.N. 24746/94, 04.05.2001.*
- İkincisoy/Türkiye, B.N. 26144/95, 27.07.2004.*
- İlhan/Türkiye kararı, B.N. 22277/93, 27.06.2000.*
- İltümür Ozan ve Diğerleri/Türkiye, B.N. 38949/09, 16.02.2021.*
- İpek/Türkiye, B.N. 25760/94, 17.02.2004.*
- İrlanda/Birleşik Krallık, B.N. 5310/71, 18/01/1978.*
- İzci/Türkiye, B.N. 42606/05, 23.07.2013.*
- Juhnke/Türkiye, B.N. 52515/99, 13.05.2008.*
- Keenan/Birleşik Krallık, B.N. 27229/95, 15.11.1996.*
- Kıbrıs/Türkiye, B.N. 25781/94, 10.05.2001.*
- Kışmir/Türkiye, B.N. 27306/95, 31.05.2005.*
- Klass ve Diğerleri/Almanya, B.N. 5029/71, 06.09.1978.*
- Krastanov/Bulgaristan, B.N. 50222/99, 30.09.2004.*
- Labita/İtalya, B.N. 26772/95, 06.04.2000.*
- Lakatos ve Diğerleri/Sırbistan, B.N. 3363/09, 07.01.2014.*

- M.C./Bulgaristan, B.N. 339272/98, 04.12.2003.*
- Maslova ve Nalbandov/Rusya, B.N. 839/02, 24.01.2008.*
- Nachova ve Diğerleri/Türkiye, B.N. 43577/98, 06.07.2005.*
- Najaflı/Azerbaycan, B.N. 2594/07, 02.10.2012.*
- O'Keeffe/İrlanda, B.N. 35810/09, 28.01.2014.*
- Ognyanova ve Choban/Bulgaristan, B.N. 46317/99, 23.02.2006.*
- Okkalı/Türkiye, B.N. 52067/99, 17.10.2006.*
- Opuz/Türkiye, B.N. 33401/02, 09.06.2009.*
- Orhan Kur/Türkiye, B.N. 32577/02, 03.06.2008.*
- Örs ve Diğerleri/Türkiye, B.N. 46213/99, 20.06.2006.*
- Özalp Ulusoy/Türkiye, B.N. 9049/06, 04.06.2013.*
- Paduret/Moldova, B.N. 33134/03, 05.01.2010.*
- Price/Birleşik Krallık, B.N. 33394/96, 10.07.2001.*
- Raninen/Finlandiya, B.N. 20972/92, 16.12.1997.*
- Rehbock/Slovenya, B N. 29462/95, 28.11.2000.*
- Saba/İtalya, B.N. 36629/10, 01.07.2014.*
- Sadık Önder/Türkiye, B.N. 28520/95, 08.01.2004.*
- Salman/Türkiye, B.N. 21986/93, 27.06.2000.*
- Salmanoğlu ve Polattaş/Türkiye, B.N. 15828/03, 17.03.2009.*
- Selmouni/Fransa, B.N. 25803/94, 28.06.1999.*
- Sevtap Veznedaroğlu/Türkiye, B.N. 32357/96, 11.04.2000.*
- Soering/Birleşik Krallık, B.N. 14038/88, 07.07.1989.*
- Stefanou/Yunanistan, B.N. 2954/07, 22.04.2010.*

Subaşı ve Çoban/Türkiye, B.N. 20129/07, 09.07.2013.

Taraburca/Moldova, B.N. 18919/10, 06.12.2011.

Totolici/Romanya, B.N. 26576/10, 14.01.2014.

Tyrer/Birleşik Krallık, Seri A No. 26, 25.04.1978.

Tzekov/Bulgaristan, B.N. 45500/99, 23.02.2006.

Ünsal ve Timtik/Türkiye, B.N. 36331/20, 08.06.2021.

Valeriu ve Nicolae Rosca/Moldova, B.N. 41704/02, 20.10.2009.

Wainwright/Birleşik Krallık, B.N. 12350/04, 26.09.2006.

Wemholf/Almanya, B.N. 2122/64, 27.06.1968.

Yağız/Türkiye, B.N. 27473/02, 06.03.2007.

Yaman/Türkiye, B.N. 32446/96, 02.11.2004.

Yazgül Yılmaz/Türkiye, B.N. 36369/06, 01.02.2011.

Yeter/Türkiye, B.N. 33750/03, 13.01.2009.

Yiğitdoğan/Türkiye, B.N. 72174/10, 03.06.2014.

Yöyler/Türkiye, B.N. 26973/95, 24.04.2003.

Z. ve Diğerleri/Birleşik Krallık, B.N. 29392/95, 10.05.2001.

Zelilof/Yunanistan, B.N. 17060/03, 24.05.2004.