

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI
IŞIĞINDA
ETKİN SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

Cem ŞENOL

YÜKSEK LİSANS TEZİ

KAMU HUKUKU BÖLÜMÜ

Yrd. Doç. Dr. B. Caner HACIOĞLU

2011

Her hakkı saklıdır

**ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

Cem ŞENOL

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI
IŞIĞINDA
ETKİN SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**TEZ YÖNETİCİSİ
Yrd. Doç. Dr. Burhan Caner HACIOĞLU**

ERZURUM-2011



T.C.
ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



TEZ BEYAN FORMU

..16/05/2011.

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

BİLDİRİM

Atatürk Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğine göre hazırlamış olduğum “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü” adlı tezin/raporun tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi taahhüt eder, tezimin/raporunun kağıt ve elektronik kopyalarının Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde aşağıda belirttiğim koşullarda saklanmasına izin verdiğimi onaylarım.

Lisansüstü Eğitim-Öğretim yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca gereğinin yapılmasını arz ederim.

Tezimin/Raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir.

Tezimin/Raporum sadece Atatürk Üniversitesi yerleşkelerinden erişime açılabilir.

Tezimin/Raporumun 3 yıl süreyle erişime açılmasını istemiyorum. Bu sürenin sonunda uzatma için başvuruda bulunmadığım takdirde, tezimin/raporunun tamamı her yerden erişime açılabilir.

16/05/2011

Cem ŞENOL



T.C.
ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



TEZ KABUL TUTANAĞI

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Doc. Dr. B. C. Hacıoğlu danışmanlığında, Cem Şenal tarafından hazırlanan bu çalışma 16 / 05 / 2011 tarihinde aşağıdaki jüri tarafından Kamu Hukuku Anabilim Dalı'nda Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan Prof. Dr. Fahrettin Kortmaz İmza: 

Jüri Üyesi Doc. Dr. M. Turgut Gülsöy İmza: 

Jüri Üyesi Yard. Doç. Dr. B. C. Hacıoğlu İmza: 

Yukarıdaki imzalar adı geçen öğretim üyelerine aittir. / /

Prof. Dr. Mustafa YILDIRIM
Enstitü Müdürü

İÇİNDEKİLER

ÖZET	VI
ABSTRACT	VII
KISALTMALAR	VIII
ÖNSÖZ	IX
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE DENETİM SİSTEMİ**

1.1. GENEL OLARAK	5
1.2. AİHS'NİN KAPSAMI	8
1.2.1. AİHS'nde Düzenlenen Hususlar	8
1.2.2. AİHS'nin Eki Olan Protokollerle Düzenlenmiş Hususlar	9
1.2.2.1. 1 No'lu Ek Protokol	9
1.2.2.2. 2 No'lu Ek Protokol	9
1.2.2.3. 3 No'lu Ek Protokol	9
1.2.2.4. 4 No'lu Ek Protokol	10
1.2.2.5. 5 No'lu Ek Protokol	10
1.2.2.6. 6 No'lu Ek Protokol	10
1.2.2.7. 7 No'lu Ek Protokol	10
1.2.2.8. 8 No'lu Ek Protokol	11
1.2.2.9. 9 No'lu Ek Protokol	11
1.2.2.10. 10 No'lu Ek Protokol	11
1.2.2.11. 11 Nolu Ek Protokol	11
1.2.2.12. 12 Nolu Ek Protokol	12
1.2.2.13. 13 Nolu Ek Protokol	12
1.2.2.14. 14 Nolu Ek Protokol	12
1.3. AİHS'NİN TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ	14
1.4. AİHS'NİN HUKUKİ NİTELİĞİ ve ÖZELLİKLERİ	16
1.4.1. Sözleşme'nin Hukuki Niteliği	16

1.4.2. Sözleşme'nin Özellikleri.....	17
1.4.2.1. Bireyi Uluslararası Hukukta Hak Sahibi Yapması.....	17
1.4.2.2. Bir Denetim Sistemi Kabul Etmiş Olması	18
1.5. AİHS'NİN YORUMLANMASI.....	21
1.5.1. Genel Prensipler	21
1.5.2. Otonom Kavramlar.....	22
1.5.3. Ulusal Takdir Marjı.....	23
1.6. SÖZLEŞME'NİN UYGULANMASINDA İSPAT YÜKÜMÜ	24
1.7. SÖZLEŞMENİN DENETİM ORGANI OLARAK AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ	26
1.7.1. Mahkeme'nin Yapısı	26
1.7.2. Mahkeme'nin Yargılama Yetkisi.....	28
1.7.2.1. Yer Bakımından Yetki.....	28
1.7.2.2. Kişi Bakımından Yetki	29
1.7.2.3. Konu Bakımından Yetki.....	29
1.7.3. Mahkeme'ye Başvuru Yapılması	30
1.7.3.1. İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi.....	31
1.7.3.2. Başvurunun 6 Aylık Hak Düşürücü Süre İçerisinde Yapılması.....	33
1.7.3.3. Başvurunun Sonuçlandırılması	33
1.7.4. Mahkeme Kararlarının Sonuçları ve Hukuki Niteliği.....	34
1.8. KONUSYA İLİŞKİN DİĞER ULUSLARARASI BELGELER	36
1.8.1. Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi	37
1.8.2. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı.....	38
1.8.3. Birleşmiş Milletler Otopsi Protokolü – Minnesota Protokolü.....	39
1.8.4. Birleşmiş Milletler İşkence Protokolü - İstanbul Protokolü.....	41

İKİNCİ BÖLÜM

ETKİN SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ: KAVRAM VE UNSURLAR

2.1. GENEL OLARAK	44
2.2. ETKİN SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN MADDİ ve HUKUKİ DAYANAKLARI	47
2.2.1. Genel Olarak	47

2.2.2. Pozitif Yükümlülükler Teorisi	49
2.2.2.1. Pozitif Yükümlülükler Teorisinin Hukuki Kaynakları.....	51
2.2.2.2. Pozitif Yükümlülüklerin Türleri.....	53
2.2.2.2.1. Usule İlişkin Pozitif Yükümlülükler	53
2.2.2.2.2. Esasa İlişkin Pozitif Yükümlülükler	54
2.2.3. Yaşama Hakkı ve Etkin Soruşturma Yükümlülüğü	54
2.2.3.1. Genel Olarak.....	54
2.2.3.2. Yaşama Hakkının Sözleşme’de Düzenlenişi	55
2.2.3.3. Hakkın Uygulama Alanı ve Kapsamı.....	56
2.2.3.3.1. Herkesin Yaşama Hakkının Koruma Altına Alınmış Olması	56
2.2.3.3.2. Hakkın Kanunla Korunması.....	57
2.2.3.3.3. Hakkın Dokunulmaz ve Geri Alnamaz Niteliği.....	57
2.2.3.3.4. Göz Altındaki Kayıplar ve Yaşama Hakkı.....	58
2.2.3.4. Devletlerin 2. Maddeden Kaynaklanan Yükümlülükleri.....	60
2.2.3.4.1. Negatif Yükümlülükler	60
2.2.3.4.2. Maddeden Kaynaklanan Pozitif Yükümlülükleri.....	60
2.2.3.4.2.1. Usule İlişkin Pozitif Yükümlülükler	61
2.2.3.4.2.2. Esasa İlişkin Pozitif Yükümlülükler.....	64
2.2.4. İşkence Yasağı ve Etkin Soruşturma Yükümlülüğü	67
2.2.4.1. Genel Olarak	67
2.2.4.2. İşkence Yasağının Sözleşme’de Düzenlenişi.....	68
2.2.4.3. Hakkın Uygulama Alanı ve Kapsamı	68
2.2.4.3.1. Asgari Eşik Kriteri.....	68
2.2.4.3.2. İhlal Kategorileri.....	69
2.2.4.3.2.1. İşkence Kavramı	70
2.2.4.3.2.2. İnsanlık Dışı Muamele veya Ceza	71
2.2.4.3.2.3. Onur Kırıcı Muamele veya Ceza	71
2.2.3.5. Devletlerin 3. Maddeden Kaynaklanan Yükümlülükleri	72
2.2.3.5.1. Maddeden Kaynaklanan Negatif Yükümlülükleri.....	73
2.2.3.5.2. Maddeden Kaynaklanan Pozitif Yükümlülükleri.....	73
2.2.3.5.2.1. Usule İlişkin Pozitif Yükümlülükleri.....	73
2.2.3.5.2.2. Esasa İlişkin Pozitif Yükümlülükleri.....	75

2.2.5. Etkin Soruşturma İlkesi ve Etkili Başvuru Hakkı	76
2.2.5.1. Maddede Düzenlenen Hakkın Niteliği	77
2.2.5.2. Maddenin Uygulanmasına İlişkin Mahkeme'nin Benimsediği İlkeler	78
2.2.5.3. Hakkın Kapsamı.....	80
2.2.5.4. Hakkın Etkin Soruşturma Yükümlülüğü İle İlişkisi.....	82
2.3. SORUŞTURMA'NIN ETKİNLİĞİNİ SAĞLAYAN HUSUSLAR	85
2.3.1. Soruşturmaya İpso Facto - Kendiliğinden Başlanmış Olması	85
2.3.2. Soruşturmaya İvedilikle Başlanması	89
2.3.3. Soruşturmanın Bağımsız Organlarca Yürütülmesi	91
2.3.4. Soruşturmanın Kamunun Denetimine Açık Olarak Yürütülmesi	94
2.3.5. Soruşturmanın Makul Bir Özen ve Hızla Yürütülmesi	96
2.3.5.1. Makul Özen Gerekliliği.....	96
2.3.5.2. Makul Süre Gerekliliği.....	97
2.3.6. Araçsal Bir Yükümlülük Olması	99

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ETKİN SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİ SAYILAN HALLER

3.1. GENEL OLARAK	101
3.2. SORUŞTURMA MAKAMLARINA İLİŞKİN İHLAL SEBEPLERİ	104
3.2.1. Türk Hukukunda Soruşturma Makamları	104
3.2.2. Soruşturmayı Yürüten Makamların Bağımsız Olmaması.....	106
3.2.3. Soruşturmayı Yürüten Makamların Tarafı ve Önyargılı Davranmaları.....	107
3.2.4. Soruşturmayı Kamunun Denetimine Açık Olarak Yürütmemeleri.....	110
3.2.5. Soruşturmayı Makul Sürede Bitirmemeleri.....	112
3.3. DELİLLERE YÖNELİK İHLAL SEBEPLERİ	113
3.3.1. Genel Olarak	113
3.3.2. Delillerin Toplanmasına İlişkin İhlal Sebepleri	115
3.3.3. Beyan Delillerine İlişkin İhlal Sebepleri.....	116
3.3.4. Belirti Delillerine İlişkin İhlal Sebepleri.....	120
3.3.4.1. Olay Yeri İncelemesi ve Keşfe İlişkin İhlal Sebepleri	121
3.3.4.1.1. Genel Olarak	121

3.3.4.1.2. AİHM'nin Konuya İlişkin Kararları.....	122
3.3.4.2. Balistik Delillere İlişkin İhlal Sebepleri.....	127
3.3.4.3. Tıbbi Delillere İlişkin İhlal Sebepleri	130
3.3.4.3.1. Sağlık Raporları.....	131
3.3.4.3.1.1. Genel Olarak	131
3.3.4.3.1.2. AİHM'nin Konuya İlişkin Kararları.....	132
3.3.4.3.2. Ölü Muayenesi ve Otopsi.....	136
3.3.4.3.2.1. Genel Olarak.....	136
3.3.4.3.2.2. AİHM'nin Konuya İlişkin Kararları	137
SONUÇ.....	145
KAYNAKÇA.....	156
EKLER.....	
Ek 1. Tezde Kullanılan Mahkeme Kararları Listesi	167
Ek 2. AİHM Karar İstatistikleri.....	170
ÖZGEÇMİŞ	171

ÖZET**YÜKSEK LİSANS TEZİ****AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI
IŞIĞINDA
ETKİN SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ****Cem ŞENOL****Danışman: Yrd. Doç. Dr. Burhan Caner HACIOĞLU****2010 – Sayfa: 171 + IX****Jüri : Yrd. Doç. Dr. B.Caner HACIOĞLU****Prof. Dr. Fahrettin KORKMAZ****Doç. Dr. M. Tefik GÜLSOY**

Etkin soruşturma yükümlülüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşme'sinin metninde yer almayıp Avrupa İnsan Hakları Mahkeme'sinin 1990'lı yılların ortalarından itibaren verdiği kararlar ile ortaya çıkmış bir yükümlülüktür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ilgili yükümlülüğe ilişkin verdiği kararlarda Türkiye aleyhine yapılan başvurular büyük bir yer tutmakta olup anılan yükümlülük, Mahkeme'nin Türkiye hakkında verdiği mahkumiyet kararlarının temel nedenlerinden birini oluşturmaktadır.

Bu çalışmanın amacı, etkin soruşturma yükümlülüğünün anlam ve kapsamını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararları ve ilgili uluslararası belgeler doğrultusunda incelemektir. Bu çerçevede içerisinde öncelikle çalışmanın birinci bölümünde yükümlülüğün oluşmasında teorik zemini oluşturan Avrupa İnsan Hakları Sözleşme'sinin kapsamı ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yapısı ve çalışma usulü incelenmiştir. Bu kısımda ayrıca konuya ilişkin diğer uluslararası belgelere de kısaca değinilmiştir.

Çalışma'nın ikinci bölümünde ise etkin soruşturma yükümlülüğünün kavramsal incelemesinin yapılmasına çalışılmıştır. Bu bölümde öncelikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları doğrultusunda yükümlülüğün tanımı üzerinde durulmuş daha sonraki kısımlarda ise yükümlülüğün hukuki dayanakları ele alınmıştır. Bu bölüm yükümlülüğün taraf devletlere bir ceza soruşturmasının yürütülmesine yönelik olarak yüklediği mükellefiyetlerin incelenmesi ile sona ermiştir. Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde ise yükümlülüğe aykırılık teşkil eden haller Avrupa İnsan Hakları Mahkeme'sinin konuya ilişkin içtihatları doğrultusunda incelenmiştir.

ABSTRACT

MASTER THESIS

**OBLIGATION OF THE EFFECTIVE INVESTIGATION
IN THE LIGHT OF THE DECISION EUROPEAN COURT OF
HUMAN RIGHTS**

Cem ŞENOL

Danışman: Yrd. Doç. Dr. B.Caner HACIOĞLU

2011 – Page: 171 + I X

Jüri : Yrd. Doç. Dr. B.Caner HACIOĞLU

Prof. Dr. Fahrettin KORKMAZ

Doç. Dr. M. Tefvik GÜLSOY

Obligation of the effective investigation is a liability which was not included in the text of European Convention on Human Rights and emerged with the decisions taken by the European Human Rights Court since the mid-1990s. In the decisions regarding the obligation of the European Court of Human Rights, the applications made against Turkey have a great place, aforementioned obligation constitutes one of the main reasons for judgments of conviction given by the Court on Turkey.

The purpose of this study is to investigate the meaning and scope of the effective investigation obligation in accordance with the relevant decision of European Human Rights Court and the international instruments. Within this framework, primarily in the first part of the study, the scope of the European Convention on Human Rights which forms the theoretical ground in the formation of obligation and structure and working procedure of the Human Rights Court were examined. In this section other international documents on the subject are also briefly mentioned.

In the second part of the work, conceptual review of the investigation is aimed to be an effective requirement. In this section definition of obligation according to the case law of European Court of Human Rights is primarily focused on, the legal basis of obligation is discussed in later sections. This section ends by examining the obligations which liability imposes on the contracting states for the conduct of a criminal investigation. In the third and final part of the study circumstances which constitute a violation of obligations were examined in accordance with the relevant case law of European Court of Human Rights.

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Ame.İ.H.S.	: Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi
Ame.İ.H.M.	: Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu
CD.	: Ceza Dairesi
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
eTCK	: Eski Türk Ceza Kanunu
mad.	: Madde
prg.	: Paragraf
PVSK	: Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu
s.	: Sayfa
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YGAİY	: Yakalama Göz altına Alma ve İfade Yönetmeliği
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

ÖNSÖZ

Etkin soruşturma yükümlülüğü, yaşama hakkı ile işkence yasağının ihlaline yönelik savunulabilir bir iddianın varlığı halinde iç hukuk organlarınca yürütülecek ceza soruşturmasının faillerin tespit edilip cezalandırılmasını mümkün kılacak şekilde etkili olmasını ifade etmektedir. Yükümlülük, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatları ile ortaya çıkmış ve verdiği kararlar ile gelişmiştir. Mahkemenin bu kararları içerisinde Türkiye hakkında verdiği kararlar büyük bir yere sahiptir.

Bu çalışmanın amacı, içtihatlar ile ortaya çıkan yükümlülüğü kavramsal açıdan değerlendirmek ve ihlal sebeplerini incelemektir. Bu amaç doğrultusunda çalışmada öncelikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve denetim organı olan Mahkemenin yapısı ana hatları ile ele alınmıştır. Bunun ardından yükümlülüğün maddi ve hukuki dayanakları ile unsurları incelenmiştir. Son olarak da Mahkeme'nin yükümlülüğün ihlali olarak kabul ettiği haller üzerinde durulmuştur. Çalışmanın yararlı olacağını ummaktayım.

Bu çalışmanın hazırlanması sürecinde tez konusunu öneren, çalışmam boyunca beni yönlendiren, teşvik ve bilgisini esirgemeyen hocam Sayın Doç. Dr. M. Tevfik GÜLSOY'a, yine tezin yazımına görüş ve tavsiyeleri ile katkıda bulunan Sayın Doç. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI'ya, yoğun programı içerisinde vakit ayırıp tez jürimde yer almayı kabul eden Sayın Prof.Dr. Fahrettin KORKMAZ'a ve tezin yazımında bilgi ve desteği ile katkıda bulunan danışman hocam Sayın Yrd.Doç. Dr. B.Caner HACIOĞLU'na teşekkür ederim. Ayrıca annem Türkan ve Babam Ercüment ŞENOL ile sevgili eşim Arş.Gör. H.Kübra ERCOŞKUN ŞENOL'a da verdikleri maddi ve manevi destek için sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, uluslararası insan hakları hukukunun en önemli belgelerinden biridir. Bu sözleşmeyi kendinden önceki insan haklarına ilişkin belgelerden ayıran en önemli özellikleri ise, bireyi uluslararası alanda hak sahibi yapması ve bir denetim mekanizması kurmuş olmasıdır.

Bu iki özelliği, Sözleşme'nin diğer insan hakları belgelerinin aksine zaman içerisinde kendini yenileyebilmesini, gelişmelere ayak uydurabilmesini mümkün kılmıştır. Bu gelişimin sağlanması, büyük ölçüde Sözleşme'nin denetim organı olarak görev yapan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları sayesinde olmuştur. Strasbourg Mahkemesi, kararlarında Sözleşme'yi yaşayan bir metin olarak ele almış, dinamik ve gelişmeci bir tarzda yorumlamıştır. Mahkeme'nin bu tavrı Sözleşme'nin uygulama alanını genişletmiş ve gelişmelere ayak uydurabilmesini mümkün kılmıştır.

Bu çerçevede, Mahkeme'nin içtihatlarıyla sözleşmenin uygulama alanına dâhil ettiği kavramların en önemlilerinden ikisi, “pozitif yükümlülükler” ve “etkin soruşturma yükümlülüğü” olmuştur. Pozitif yükümlülükler teorisinin Mahkeme uygulamasında ortaya çıkışı ilk olarak 1968 tarihli Belçika Dil Hakları davası ile olmuştur. Böylece AİHS ile koruma altına alınmış olan hakların, taraf devletlere sadece bu hakları ihlal etmemeye yönelik negatif yükümlülükler değil, aynı zamanda bu hakların ihlalini önlemeye ve ihlal edildikleri takdirde ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmaya yönelik esasa ve usule ilişkin pozitif yükümlülükler yüklediği kabul edilmeye başlanmıştır.

Teori, Sözleşme'nin uygulanma alanını ve dolayısıyla devletlerin yükümlülüklerini önemli ölçüde genişletmiştir. Çünkü pozitif yükümlülükler teorisi ile birlikte Sözleşme sadece devlet kaynaklı ihlaller açısından değil aynı zamanda birey kaynaklı ihlaller için de uygulanmaya başlanmıştır. Böylece Sözleşme dikey (devlet – birey) ilişkiler yanında yatay yani bireyler arası ilişkilere de uygulanmaya başlanmıştır. Hiç kuşkusuz bu durum, Sözleşme'nin koruma ve uygulanma alanını büyük ölçüde genişletmiştir. Anılan yükümlülük, devletlerin Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerini de büyük ölçüde genişletmiştir. Zira bu yükümlülükle birlikte, devletlere Sözleşme ile korunan haklara yönelik ihlalde bulunmama yükümlülüğünün yanında, bu hakları korumaya yönelik aktif davranışlarda bulunma görev ve sorumluluğu da yüklenmiştir.

Mahkeme'nin içtihatları ile birlikte ortaya çıkan diğer kavram olan "etkin soruşturma yükümlülüğü" ise, büyük ölçüde pozitif yükümlülükler teorisi çerçevesinde orta çıkmış bir kavramdır. Kavram, devletlerin Sözleşme'de düzenlenen haklardan birisine yönelik bir ihlalin varlığı halinde, ihlalin sorumlularını ortaya çıkarmaya ve cezalandırmaya elverişli bir soruşturma yürütme yükümlülüğü altında bulunduğunu ifade etmektedir. Dolayısıyla yükümlülüğün konusunu iç hukukta ihlalin araştırılması ve faillerinin cezalandırılması amacıyla yapılması gereken ceza soruşturmasının etkin olup olmadığı oluşturmaktadır.

Bu çalışmada devletlerin Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerinden kaynaklanan etkin soruşturma yükümlülüğü incelenecektir. Mahkeme, taraf devletlerin Sözleşme'nin 2. maddesi ile koruma altına alınan yaşama hakkı ve 3. maddesi ile korunan işkence yasağının ihlali halinde, failleri tespit edip cezalandırmaya yönelik olarak etkin bir soruşturma yürütme yükümlülüğü altında bulduklarına ilk olarak Mc Cann/Birleşik Krallık davasında karar vermiştir. Mahkeme bu yaklaşımını Aksoy/Türkiye ve Kaya/Türkiye kararlarında da sürdürerek kavrama süreklilik kazandırmıştır.

Yükümlülük, konuya ilişkin içtihatlarda, bazen Sözleşme'nin 13. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkının bir parçası olarak nitelendirilip hukuken anılan maddeyle temellendirilirken kimi kararlarda da Sözleşme'nin 2. veya 3. maddelerden kaynaklanan usule ilişkin pozitif yükümlülük olarak tanımlamıştır. Bu kararlarda yükümlülük hukuken, doğrudan anılan maddelere dayandırılmış ve böylece etkin soruşturma yükümlülüğü, Sözleşme'nin 1.maddesinden kaynaklanan pozitif yükümlülükler teorisi içerisinde ele alınmıştır.

Mahkeme'nin etkin soruşturma yükümlülüğüne ilişkin içtihadı ilk kararların verildiği 1990'lı yılların ortalarından itibaren hızla gelişmiştir. AİHM'nin 1959 – 2010 yılları arasında Sözleşme'nin 2., 3., ve 13. maddelerine ilişkin olarak sonuçlandırdığı davaları ilişkin istatistikî bilgiler, anılan yükümlülüğün Mahkeme'nin kararlarında hem nitelik, hem de nicelik olarak önemli bir yer tuttuğunu göstermektedir. Hiç kuşkusuz bu durum yükümlülüğün ve bunun dayanağı olan hakların Sözleşme'nin uygulanması açısından taşıdığı önemden kaynaklanmaktadır.

Anılan istatistiklere göre, Mahkeme anılan dönemde taraf devletler aleyhine 2. maddenin esasen ihlali gerekçesi ile 217 kez, 3. madde de düzenlenen işkence

yasağının ihlali gerekçesi ile 56 kez, insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele ya da ceza yasağının ihlali gerekçesi ile 607 kez mahkumiyet kararı vermiştir. Bu dönemde 2. maddeden kaynaklanan etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlali gerekçesi ile 304 kez, 3. maddeden kaynaklanan etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlali gerekçesiyle ise 190 kez mahkumiyet kararı verilmiştir. 13. maddeden dolayı verilen mahkumiyet kararlarının sayısı ise 1187'dir.

Mahkeme'nin anılan dönemde ilgili maddelere ilişkin Türkiye aleyhine verdiği mahkumiyet kararlarının sayısına baktığımızda ise, 2. maddenin esastan ihlali nedeniyle 76 kez, 3. maddedeki işkence yasağının ihlali nedeniyle 24 kez, insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele ya da ceza yasağının ihlali gerekçesi ile 175 kez mahkumiyet kararı verdiği görülmektedir. Anılan dönemde Türkiye hakkında 2. maddeden kaynaklanan etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle 129 kez, 3. maddeden kaynaklanan etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle ise 74 kez mahkumiyet kararı verilmiştir. Bu dönemde Türkiye aleyhine 13. maddeden verilen ihlal kararı sayısı ise 209'dur.

Görüldüğü üzere Mahkeme'nin Türkiye aleyhine verdiği kararlar içerisinde yükümlülüğünün ihlali nedeniyle verilen kararlar sayıca, hemen hemen anılan hakların doğrudan ihlaline ilişkin olarak verilen mahkumiyet kararları kadar ağırlığa sahiptir. Buna karşın yükümlülük bugüne kadar kapsamlı bir çalışmaya konu olmamıştır. Çalışma, bir nebze de olsa bu eksikliği giderebilmek için yapılmıştır.

Bu amaç doğrultusunda çalışmamızda konu üç bölümde ele alınmış ve tüketici bir biçimde incelenmeye çalışılmıştır. Çalışmanın birinci bölümde öncelikle yükümlülüğün normatif kaynağını oluşturan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Eki Protokollerde düzenlenen hususlar ile, Sözleşme'nin Türk hukukundaki yeri incelenecektir. Bu kısımda ayrıca Sözleşme'nin yorumlanmasında egemen olan ilkeler ele alınacaktır. Bunu takiben ilk bölümde, etkin soruşturma yükümlülüğünü içtihatları ile ortaya çıkaran Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yapısı da ana hatları ile açıklanmaya çalışılacaktır. Bu incelemede Mahkeme'nin kuruluşuna, teşkilatına ve çalışma biçimine ilişkin genel bilgilerle Mahkeme'nin yer, kişi ve konu bakımından uygulama alanı üzerinde ana hatları ile durulacaktır. Bunun dışında bu bölümde konuyla

yakın ilgisi bulunan, Amerika ve Afrika kıtasına İlişkin insan hakları sistemleri ile BM İşkence ve Otopsi Protokollerine de kısaca temas edilecektir.

Çalışmanın ikinci bölümde, etkin soruşturma yükümlülüğü kavramsal olarak ele alınacaktır. Bu kavramlaştırma içerisinde yükümlülüğün maddi ve hukuki dayanakları, Mahkemenin konuya ilişkin içtihatları temel alınarak açıklanmaya çalışılacaktır. Bu bağlamda öncelikle yükümlülüğün hukuki kaynaklarından birini oluşturan pozitif yükümlülükler teorisi ayrıntılı olarak incelenecektir. Bunun yanında yükümlülüğün maddi ve hukuki dayanaklarından yaşama hakkı ve işkence yasağının, Sözleşme'deki düzenlenmeleri de incelenecektir. Ayrıca bu kısımda devletlerin Sözleşmenin 2.ve 3. maddelerinden kaynaklanan negatif ve pozitif yükümlülükleri de ele alınmaktadır. Bu incelemenin ardından da, yükümlülüğün diğer hukuki dayanağını oluşturan Sözleşme'nin 13. maddesinde düzenlenen etkin başvuru hakkı ve etkin soruşturma yükümlülüğü ile ilişkisi değerlendirilecektir. İkinci bölümde son olarak, etkin soruşturma yükümlülüğünün unsurları Mahkeme içtihatlarından örnekler verilerek açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümündeyseniz, Mahkemenin etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlali olarak kabul ettiği haller tüketici bir biçimde ele alınacaktır. Bu kapsamda Sözleşme'yi yürüten makamların davranışlarından kaynaklanan ihlal sebepleri, beyan delilleri, olay yeri incelemesi, sağlık raporları ve otopsi gibi delillere ilişkin olarak ortaya çıkan ihlal halleri, Mahkeme'nin kararları doğrultusunda değerlendirilecektir. Ayrıca bu bölümde konu incelenirken iç hukukumuzda ceza muhakemesinin konuya ilişkin hükümleri de mukayeseli olarak incelenecektir.

Açıklanan çerçeve içerisinde gerçekleştirdiğimiz çalışmamıza “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü” adını verdik. Bu isimlendirmeyi yaparken İngilizcesi “lack of effective investigation” olan kavramı, Yargıtay'ın da verdiği kararlarda (Örn. CGK 22.01.2008 tarih ve 2008/3 sayılı kararı, YCGK'nun 03.07.2007 tarih ve 2007/167 sayılı kararı) etkin soruşturma kavramını kullanması nedeniyle Türkçe'ye bazı yazarların aksine “etkili” değil “etkin soruşturma yükümlülüğü” olarak çevirmeyi tercih ettik.

BİRİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE DENETİM SİSTEMİ

1.1. GENEL OLARAK

Avrupa’da Otuz yıl savaşlarının sonunda imzalanan 1648 tarihli Vestfalya anlaşması sonucunda, feodalitenin yıkılışının da etkisiyle, teritoryal esasa dayanan merkezî devlet yapısı Avrupa siyasi sisteminin temel siyasi aktörü haline gelmiştir¹. Kısaca Vestfalya sistemi olarak anılan bu sistem, Avrupa merkezli sömürgecilik faaliyetlerinin bir sonucu olarak bütün Dünya’ya yayılmıştır. Özellikle Fransız İhtilali ile birlikte ulus devletlerin yükselişinde bir sonucu olarak, toprak esasına dayanan merkezî devletler, uluslararası sistemin ana aktörü olmuşlardır².

Dünya bugün bile, büyük ölçüde Vestfalya antlaşmasının kurduğu uluslararası sistemin içinde yaşamaktadır. Ancak Avrupa merkezli bu düzen, yine Avrupa merkezli bir savaş olan II. Dünya savaşının Avrupa’da yarattığı yıkım nedeniyle büyük değişimler geçirmek zorunda kalmıştır. Bu değişimlerden birincisi Avrupa’nın Dünya siyasetindeki hâkim konumunu kaybetmesi nedeniyle yeni bir Avrupa inşa edilmesi zorunluluğu, ikincisi ise ulus devletlerin uluslararası sistemin tek aktörü olma vasfını kaybetmesidir³. Uluslararası sistemde meydana gelen bu iki değişim, birbirine zıt gibi görünen, ancak aslında birbirinden beslenen iki ayrı sonuç doğurmuştur: Ulus devlet üstü kurumların doğuşu ve bireylerin uluslararası sistemde hak sahibi olması⁴. II. Dünya

¹ Westfalya Anlaşması Avrupa’da mezhep savaşları olarak kabul edilen 30 yıl savaşlarına son vermek amacıyla o dönem kutsal Roma Germen imparatorluğunu temsil eden Habsburg hanedanının, Fransa ile Münster’de, İsveç ile Osnabrück’te imzaladığı anlaşmaların genel adıdır. Anlaşmalar, Osnabrück ve Münster’in Almanya’da bağlı bulunduğu bölge olan Westfalya’nın adı ile anılırlar. Bu anlaşma bazı tarihçiler ve uluslararası ilişkiler uzmanları tarafından Avrupa’da orta çağın bitişi ve yeniçağın başlangıcı olarak kabul edilir. Zira bu anlaşmalar ile Kutsal Roma Germen imparatorluğunun egemenliği altında bulunan devletlerin imparatorluğa bağlı olmadan kendi egemenlik haklarına sahip oldukları ve uyruklarını yönetebilecekleri kabul edilmiştir. Bu sebeple müstakil egemenliğe sahip devletlerden oluşan uluslararası sistemin temellerinin bu anlaşma ile atıldığı kabul edilmektedir. Anlaşmanın uluslararası sistemde bundan sonraki dönemlerde egemen olacak üç ilkenin temellerini attığı kabul edilmektedir. Bunlardan birincisi devletlerin egemenliği ve siyasal olarak kendi kaderini tayin hakkı, ikincisi devletlerin uluslararası ilişkilerde yasal eşitliği ve üçüncüsü devletlerin iç işlerine müdahale etmeme hakkıdır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Stephen J. Lee, *Avrupa Tarihinden Kesitler 1494-1789*, Dost Kitabevi, Ankara 2002, s.124 vd.; Bülent Yücel, “Westphalia Antlaşmasından Nice Antlaşmasına: Egemenlik Kavramının Tarihsel Seyri ve Bir Prototip Olarak Avrupa Birliği” *AÜEHFD*, C. X, Sayı 1-2, 2006, s. 169. Anlaşmanın metni için bkz. http://avalon.law.yale.edu/17th_century/westphal.asp

² Yücel, s.170

³ Oral Sander, *Siyasi Tarih 1918- 1994*, İmge Kitabevi, (7. Baskı), Ankara 1998, s.111,181; Fahir Armaoğlu, *20.yy Siyasî Tarihi*, Alkım Kitabevi, (17. Baskı), İstanbul 2010, s.511-514;

⁴ Dolayısıyla bu noktadan itibaren dış aktörlerin, devlete ülkesi içerisinde egemenliğini kullanırken müdahale edemedikleri Westfalyan tipi egemenlik aşınmaya başlamıştır. Artık egemenliğin ulus devletler ve uluslararası

Savaşı sırasında bütün Dünya’da vuku bulan insanlık dışı uygulamaların psikolojik etkisini de arkasına alan bu iki gelişme, insan haklarının evrenselleşmesi sürecini başlatmıştır⁵.

Bu dönemde insan haklarının evrenselleşmesine yönelik olarak yaşanan ilk gelişme 24 Ekim 1945’te Birleşmiş Milletlerin kurulması olmuş, bu gelişmeyi 10 Aralık 1948 tarihinde BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin kabul edilmesi izlemiştir. Söz konusu gelişmelerin Avrupa’daki ilk yansıması ise 5 Mayıs 1949’da Avrupa kıtasında yer alan 10 ülkenin⁶ Avrupa Konseyi adı altında ve merkezi Strasbourg’da olan uluslararası nitelikte bir örgüt kurmaları olmuştur⁷.

Avrupa Konseyi ile Türkiye arasındaki ilişkiler ise, Türkiye’nin Konsey’in kuruluş anlaşmasını 9 Ağustos 1949’da imzalaması ve anlaşmanın onay sürecinin tamamlanmasının ardından, 13 Nisan 1950’de Konsey’e üye olması ile başlamıştır⁸.

Ortak bir Avrupa düzeni kurulması perspektifinin ürünü olan Avrupa Konseyi, insan hak ve özgürlüklerinin korunmasını temel önceliklerinden birisi olarak benimsemiştir. Konsey bu amacı gerçekleştirmek için, ilk olarak ortak Avrupa kamu düzeninin temelini oluşturacak bir insan hakları sözleşmesi hazırlamıştır⁹.

Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan ve asıl adı “İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Sözleşme” olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi¹⁰, 4 Kasım 1950’de imzaya açılmış ve 3 Eylül 1952’de yürürlüğe girmiştir. AİHS’ne ek 11 nolu protokolün 1998 yılında yürürlüğe girmesine kadar geçen süreçte Sözleşme’nin denetim organı olarak ikili bir yapıda çalışan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu 18

örgütler tarafından birlikte paylaşmalı olarak kullanıldığı bir dönem başlamıştır. Bu bağlamda Avrupa Birliği paylaşmalı egemenlik kullanımının en tipik örneğidir. Egemenlik kavramındaki bu dönüşüm için bkz. Kemal Cebeci, Küreselleşme Bağlamında Ulus - Devletin Egemenlik Gücünün Dönüşümü, <http://www.sayistay.gov.tr/dergi/icerik/der71m2.pdf>; bireyin uluslar arası hukukta hakların sujesi olması için Bkz. A. Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s.13

⁵ Safa Reisoğlu, *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları*, Beta Yay., İstanbul 2001, s.6;

⁶ Avrupa konseyinin kuruluşunda yer alan bu on ülke Belçika, Danimarka, İtalya, Lüksembourg, Hollanda, Norveç, İsveç, İngiltere, İrlanda ve Fransa’dır

⁷ Şeref Ünal, *Avrupa Birliği Hukukuna Giriş*, Yetkin Yay., Ankara 2007, s.19; Şermin Birtane, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İdari Yargısına Etkisi* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2007, s.8

⁸ Özcan Özbey, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Yöntemleri*, Adalet Yay., Ankara 2008, s.14

⁹ Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 9; Ayrıca Sözleşme’nin ortak bir Avrupa düzeni kurmak yönündeki amacı için bkz. Ömer Madra, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı*, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yay., Ankara 1981, s.14

¹⁰ Bundan sonra metinde AİHS veya Sözleşme olarak anılacaktır.

Mayıs 1954’de, Avrupa İnsan Hakları Divanı ise 21 Ocak 1959’da çalışmalarına başlamıştır¹¹.

Türkiye, Avrupa Konseyi’ne üyeliğinin bir gereği olarak Sözleşme’yi 20 Mart 1950 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme’nin onaylanması TBMM’nin 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı kanunu ile uygun bulunmuş ve Sözleşme onay belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine depo edilerek onay prosedürünün tamamlanmasının ardından 18 Mayıs 1954 tarihinde Türkiye için yürürlüğe girmiştir¹².

Türkiye, Sözleşmeyi 1954 yılında onaylamasına rağmen, Komisyon’a bireysel başvuru hakkını ve Divanın yargı yetkisini çok uzun bir süre kabul etmemiş, bu nedenle yakın zamana kadar Sözleşme’nin denetim organları ile sınırlı olarak karşı karşıya gelmiştir¹³. Türkiye’nin Sözleşme’nin denetim organları ile ilk karşılaşması Kıbrıslı Rumların 1974 yılında Kıbrıs’a yapılan askeri müdahale nedeniyle Türkiye aleyhine yaptığı devlet başvuru ile olmuştur¹⁴. Bu başvurudan sonra Türkiye, Sözleşme organları ile ikinci kez 12 Eylül 1980 darbesinin ardından Fransa, Norveç, Danimarka, İsveç ve Hollanda tarafından Türkiye aleyhine yapılan devlet başvurusu nedeniyle karşı karşıya gelmiştir¹⁵.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin¹⁶ Türkiye’nin gündemine asıl girişi ise, Türkiye’nin 28 Ocak 1987 tarihinde Komisyon’a bireysel başvuru hakkını, 22 Ocak 1990 tarihinde ise Divan’ın yargı yetkisini kabul etmesiyle olmuştur. Bu tarihten itibaren Sözleşme ve organları gittikçe artan biçimde Türkiye üzerinde etkili olmaya başlarken, Sözleşme’nin denetim organlarının Türkiye’ye ilişkin davalarda verdiği kararlar, Mahkeme’nin Sözleşme’ye ilişkin içtihatlarının ortaya çıkmasında önemli bir yere sahip olmuştur¹⁷.

¹¹ Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Legal Yay., İstanbul 2007, s.965

¹² Yasemin Özdek, *İnsan Hakları Hukuku, Avrupa ve Türkiye*, Kırmızıkaşem Yay., İstanbul 2004, s.77

¹³ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.22

¹⁴ Özdek, s.106; Semih Gemalmaz, Genel Teori, s.996.

¹⁵ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.23

¹⁶ Bundan sonra AİHM ya da Mahkeme olarak anılacaktır.

¹⁷ Özdek, s.79, 81

1.2. AİHS'NİN KAPSAMI

AİHS'nin içeriğini Sözleşme ve sayıları ondördü bulan Ek Protokol'lerle yapılan düzenlemeler oluşturmaktadır¹⁸.

1.2.1. AİHS'nde Düzenlenen Hususlar

3 Eylül 1952'de yürürlüğe girmiş olan Sözleşme, bir giriş ve üç bölüm altında toplam 59 maddeden oluşmaktadır.

Sözleşme'nin giriş bölümü ile 1. maddesi başlangıç bölümünü oluşturmaktadır.

Sözleşme'nin I. Bölümü 18 maddeden oluşmaktadır. Bu bölümde Sözleşme ile koruma altına alınan hak ve özgürlükler 2 - 14. maddeler arasında düzenlenmiştir.

Sözleşme'nin ana metninde koruma altına alınan söz konusu haklar şunlardır:

- 1) Yaşama Hakkı (Söz.m.2 - Any.m.17)
- 2) İşkence, insanlık dışı ve onur kırıcı davranışta bulunma ve ceza verme yasağı (Söz.m.3 - Any.m.17/3)
- 3) Kölelik, kulluk, zorla çalıştırma ve angarya yasağı (Söz.m.4 - Any.m.18)
- 4) Kişi özgürlüğü ve güvenliği (Söz.m.5 - Any.m.19)
- 5) Adil Yargılanma (Söz.m.6 - Any.m.138, 140, 141)
- 6) Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi (Söz.m.7 - Any.m.38/1)
- 7) Özel hayata ve aile hayatına, konut ve haberleşme özgürlüğüne saygı (Söz.m.8- Any.m.20, 21, 22)
- 8) Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (Söz.m. 9 - Any.m.24, 25)
- 9) Düşünceyi açıklama özgürlüğü (Söz.m.10 - Any.m.26)
- 10) Toplantı ve örgütlenme özgürlüğü (Söz.m.11 - Any.m. 33, 34, 51)
- 11) Evlenme ve aile kurma hakkı (Söz.m.12 - Any.m. 41)
- 12) Hak arama özgürlüğü (Söz.m.13 – Any.m. 36, 40)

Sözleşme'nin I. Bölümünde bu haklar dışında 14. madde de ayrımcılık yasağı, 15. madde de hakların olağanüstü hallerde askıya alınması, 16. maddede yabancıların siyasal etkinliklerinin kısıtlanması, 17. madde de hakların kötüye kullanımının yasaklanması ve 18. maddede de hakların kısıtlanmasının sınırları düzenlenmiştir.

¹⁸ Sözleşme ve protokollerin Türkçe ve İngilizce tam metinleri için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Belgeleri Cilt I*, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2003.

Sözleşme'nin II. bölümünü oluşturan 19 - 51. maddeler arasında Mahkeme'nin yapısına, III. bölümünü oluşturan 52 - 59. maddeler arasında ise Sözleşme'nin uygulanmasına ilişkin hususlar düzenlenmiştir.

1.2.2. AİHS'nin Eki Olan Protokollerle Düzenlenmiş Hususlar

Sözleşme'nin kabulünden sonra değişen ve gelişen şartlar çerçevesinde kabul edilen ondört adet ek protokol ve bu protokoller ile düzenlenen hususlar ise şu şekildedir.

1.2.2.1. 1 No'lu Ek Protokol

20 Mart 1952 tarihinde imzalanan bu Protokol ile Sözleşme'nin ilk halinde düzenlenmeyen şu haklar Sözleşme'nin koruma alanına dahil edilmiştir:

- Mülkiyet Hakkı (Pro.m.1 - Any.m.35),
- Eğitim ve öğrenim hakkı (Pro.m.2 - Any.m.42),
- Milletvekillerinin gizli oy ve serbest seçimlerle belirlenmesi (Pro.m.3 – Any.m.67).

1.2.2.2. 2 No'lu Ek Protokol

06 Mayıs 1963 tarihli bu protokol ile Sözleşme hükümlerinin yorumu konusunda Divan'a (şimdi Mahkeme) belli koşullar altında istişari görüş bildirme yetkisi tanınmıştır.

1.2.2.3. 3 No'lu Ek Protokol

06 Mayıs 1963 tarihli 3 nolu Ek Protokol ile, daha sonra 11 nolu Ek Protokol ile kaldırılan Komisyon'un çalışma usulü yeniden düzenlenmiş ve bu amaçla Sözleşme'nin 29, 30 ve 34. maddeleri değiştirilmiştir.

1.2.2.4. 4 No'lu Ek Protokol

16 Eylül 1963 tarihinde imzalanan bu Protokol ile Sözleşme'nin ilk halinde düzenlenmeyen şu haklar Sözleşme'nin koruma alanına dahil edilmiştir.

- Sözleşmeden doğan bir borçtan dolayı kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılma yasağı, (Pro.m.1- Any m.38)
- Serbest dolaşım ya da seyahat özgürlüğü ve yerleşme hakkı (Pro.m.2 – Any. m.23),
- Vatandaşın sınır dışı edilmesi ülkeye girmelerinin engellenmesi yasağı (Pro.m.3 – Any.m.23/6),
- Yabancıların topluca sınır dışı edilmesi yasağıdır (Pro.m.4 – Any.m.16).

1.2.2.5. 5 No'lu Ek Protokol

20 Ocak 1966 tarihli bu Protokol ile Sözleşme'nin 22. ve 40. maddeleri değiştirilerek, Komisyon ile Divan üyelerinin seçim usulü yeniden düzenlenmiştir. Bu protokol 11 nolu Ek Protokolün kabulü ile birlikte yürürlükten kalkmıştır.

1.2.2.6. 6 No'lu Ek Protokol

28 Nisan 1983 tarihinde imzalanan protokol ile savaş ve yakın savaş tehlikesi halleri dışında, ölüm cezası kaldırılmıştır. Ancak Türkiye 6 nolu ek protokolü uzun süre imzalamamıştır. Bu nedenle protokol Türkiye açısından onay sürecinin tamamlandığı 26 Haziran 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

1.2.2.7. 7 No'lu Ek Protokol

22 Kasım 1984 tarihinde imzalanan Protokol ile Sözleşme'nin ilk halinde düzenlenmeyen şu haklar Sözleşme'nin koruma alanına dahil edilmiştir:

- Yabancıların sınır dışı edilmelerinin yasak olduğu haller (Pro.m.1 - Any.m.16),
- Cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı (Pro.m.2 - Any.m.154)
- Adli hata halinde tazminat hakkı (Pro.m.3),

- Aynı suçtan dolayı iki kez yargılanmama ve cezalandırılma hakkı (Pro.m.4),
- Evlilikte eşler arasında eşitlik (Pro.m.5 – Any.m.10).

1.2.2.8. 8 No’lu Ek Protokol

19 Mart 1985 tarihli bu Protokol ile yargılama usulünü hızlandırmak amacıyla Komisyonun daireler şeklinde yeniden örgütlenmesi kabul edilmiştir.

1.2.2.9. 9 No’lu Ek Protokol

06 Kasım 1990 tarihli bu Protokol ile Mahkeme’ye başvuru usulü yeniden düzenlenmiştir. Bu protokol 11 nolu Ek Protokolün kabulü ile birlikte yürürlükten kalkmıştır.

1.2.2.10. 10 No’lu Ek Protokol

25 Mart 1992 tarihli bu Protokol ile Avrupa Komisyonu Bakanlar Kurulu’nun karar alma yeter sayısı yeniden düzenlemiş ve kurulun basit çoğunluk ile karar alabilmesi kabul edilmiştir.

1.2.2.11. 11 Nolu Ek Protokol

1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren bu Protokol ile Sözleşme’nin ilk halinde belirlenen Komisyon ve Divandan oluşan hem idari hem de yargısal özellikler gösteren ikili denetim sistemi tamamen ortadan kaldırılmıştır. Bunun yerine denetim organı olarak bu iki organın görevlerini tek başına yerine getirecek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi adıyla, tamamen yargısal nitelikte ve tam zamanlı tek bir denetim organı kurulması benimsenmiştir. Yine bu Protokolle Sözleşme’nin tarafı olan devletlere Divan’ın yargı yetkisine ilişkin tanınan seçme hakkı ortadan kaldırılmıştır. Böylece Sözleşme’nin tarafı olan her devletin mecburi olarak Mahkeme’nin yargı yetkisini

tanınması prensibi benimsenmiştir¹⁹. Bu değişiklikle birlikte bireyler doğrudan divana başvurabilme imkanına kavuşmuştur²⁰.

Sözleşme'nin denetim sistemini tamamen değiştiren 11 nolu Protokolün geniş muhtevası nedeniyle bir ek protokol olmaktan ziyade Sözleşme'nin usule yönelik maddelerinin tamamını değiştiren bir değişiklik Protokolü niteliğinde olduğu kabul edilmektedir²¹.

1.2.2.12. 12 Nolu Ek Protokol

4 Haziran 2000 tarihli bu ek protokol ile Sözleşme'nin 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağı yeniden düzenlenmiş ve yasağın kapsamı genişletilmiştir.

1.2.2.13. 13 Nolu Ek Protokol

3 Mayıs 2002 tarihli bu protokol ile ölüm cezalarının uygulanmasına yönelik olarak 6 nolu Ek Protokol ile kabul edilmiş bulunan savaş ve yakın savaş tehlikesi haline ilişkin istisna kaldırılmış ve ölüm cezası tamamen yasaklanmıştır. Türkiye'de 6 ve 13. nolu protokoller çerçevesinde Anayasa'nın 38. maddesinde değişiklik yaparak ölüm cezasını yasaklamıştır.

1.2.2.14. 14 Nolu Ek Protokol

13 Mayıs 2004 yılında imzalanan 14 nolu Ek Protokol²², iş yükü giderek artan AİHM'nin daha etkin şekilde çalışmasına yönelik değişiklikler yapmak amacıyla hazırlanmıştır. Protokolle, davaların daha hızlı görülebilmesi amacıyla Mahkeme'nin yapısında değişiklik yapılmakta ve başvuruların ilk incelemesini yapacak tek yargıçlık

¹⁹ Semih Gemalmaz, Genel Teori, s.981

²⁰ Said Vakkas Gözlüğü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuzda Etkisi*, Yetkin Yay., Ankara 2002 s.403

²¹ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, TC Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı Yay., Ankara 2004, s.49

²² 14 nolu ek protokol ve protokolün öngördüğü yeni sistem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Faruk Bilir, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve 14 Nolu Protokol" <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2006-55-01/AUHF-2006-55-01-Bilir.pdf>; Serkan Cengiz, "14 Nolu Protokol ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Getirilecek Olan Değişiklikler", *TBB Dergisi*, Ocak Şubat 2005, s.341 vd.

sistemi getirilmektedir²³. Böylece Mahkeme bünyesinde Komiteler, Daireler ve Büyük Daireye ilaveten tek yargıçtan oluşacak ve yargılama yapma yetkisine sahip olacak bir yapıda oluşturulmaktadır. Bu değişikliğe paralel olarak da Komitelerin yetkisi artırılmakta ve Komitelere bazı şartlarla başvuruların esasını inceleyerek karar verme yetkisi tanınmaktadır²⁴.

14 nolu Ek Protokol ile yapılan en önemli değişiklik, Mahkeme'ye yapılan başvuruların kabul edilebilirlik koşullarına ilişkindir. Yapılan değişiklik ile Mahkeme'ye yapılacak ihlal başvurularının kabul edilebilirlik koşulları zorlaştırılmaktadır. Buna göre başvuru iç hukukta gerçekleştirilen işlem nedeniyle önemli bir zarara uğramadığı durumlarda Mahkeme'ye başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı verme yetkisi tanınmaktadır²⁵.

14 nolu Ek Protokol ile değişiklik yapılan bir diğer konu Sözleşme'nin 39. maddesinde düzenlenmiş bulunan dostane çözüm yoludur. Protokolün 15. maddesinde yapılan düzenleme ile mevcut düzenlemede sadece başvurunun kabulü ile esastan görüşülmesi arasındaki süreçte başvurulabilen bir çözüm yolu olan dostane çözüm Mahkeme önündeki yargılamanın her aşamasında başvurulabilen bir yol haline getirilmektedir²⁶.

Protokollün 16. maddesi ile Sözleşme'nin 46. maddesinde düzenlenmiş bulunan Mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ve uygulanması konularında da değişiklikler yapılmaktadır. Buna göre Bakanlar Komitesi kesin kararın yerine getirilmesinin Mahkeme'ce verilen kararın yorumundan kaynaklandığı kanaatindeyse yorum meselesi hakkında bir karar vermesi için konuyu Mahkeme'ye intikal ettirebilecek ve tavzih isteyebilecektir. Getirilen değişiklikle Bakanlar Komitesine ilgili ülkenin kesinleşmiş kararı yerine getirmediği kanaatindeyse durumu tespit etmesi için Mahkeme'ye gönderme yetkisi tanınmıştır. Bu durumda Mahkeme kararın yerine getirilip getirmediği hakkında bir karar verecek ve verdiği kararı Bakanlar Komitesine gönderecektir.

²³ 14 nolu Protokolün Mahkeme'nin yapısında yaptığı en önemli değişiklik Protokolün 6. maddesi ile Sözleşme'nin 27. Maddesinde yaptığı değişikliktir. Buna göre Mahkeme bünyesinde üç yargıçtan oluşan komiteler, yedi yargıçtan oluşan Daireler ve on yedi yargıçtan oluşan Büyük Dairelerin yanında tek bir yargıçtan oluşan yargılama makamı oluşturulmaktadır. Tek yargıçlar kendi seçtikleri ülkeye ilişkin başvurular dışında kalan bazı davaları tek başına karar bağlayabilecektir. Ayrıca düzenleme Bakanlar Komitesine Dairelerin üye sayısını yediden 5'e indirme yetkisi de vermektedir. Tek yargıç oluşumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, Genel Teori, s.1097 vd; Bilir, s.141

²⁴ Cengiz, 14 Nolu Protokol, s.343 - 344

²⁵ Semih Gemalmaz, Genel Teori, s.1101

²⁶ Bilir, s.151

Böylece kesinleşmiş bir kararın yerine getirilip getirilmediğinin denetimi noktasında Mahkeme'nin devreye sokulmasına imkan tanıyan bir düzenleme yapılmış olmaktadır²⁷.

Görüldüğü üzere AİHS, bilinen bütün hak ve özgürlükleri güvence altına alan bir metin değildir. Sözleşme ve Ek Protokolleri ile güvence altına alınmış olan hak ve özgürlükler, esasen birinci kuşak haklar olan kişisel ve siyasi haklardır. Sosyal ve ekonomik haklar ise Sözleşme ve Ek Protokollerde oldukça sınırlı biçimde düzenlenmiştir²⁸.

1.3. AİHS'NİN TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ

Uluslararası sözleşmelerin hukuk sistemindeki yeri konusunda başlıca iki sistem bulunmaktadır. Bunlardan birincisi tekçi – monist, ikincisi ise ikici-dualist sistemdir.

Tekçi sistemin özelliği hukuk düzenini ulusal ve uluslararası hukuk diye ikiye ayırmayıp tek bir bütünün parçaları olarak kabul etmesidir²⁹. Dolayısıyla bu sistemde uluslararası hukukta yaratılan bir kural, iç hukukta da etki doğurur ve normlar hiyerarşisinde yer alır. Bu kuralın normlar hiyerarşisindeki yeri ise Anayasa tarafından belirlenir. Hollanda, İsviçre, Fransa ve Belçika monist sistemi benimsemiş ülkelerdir³⁰.

İkici sistem ise uluslararası hukuk ile iç hukuk düzenlerini birbirlerinden ayrı ve bağımsız iki farklı hukuk sistemi olarak kabul etmektedir³¹. Dolayısıyla bu sistemde uluslararası antlaşmalar iç hukukta doğrudan ve kendiliğinden uygulanamamakta, o antlaşmanın ayrıca bir işlem ile iç hukuk sistemine dahil edilmesi gerekmektedir³². Uluslararası antlaşmanın iç hukuktaki yerini ise, bu iç hukuk işleminin hukuki niteliği belirleyecektir. İkici sistem genel olarak İngiltere ve Kuzey Avrupa ülkeleri tarafından benimsenmişlerdir³³.

Uluslararası sözleşmelerin iç hukukumuzdaki yeri 1982 Anayasasının 90. maddesinin 5. fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir: “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık*

²⁷ Bilir, s.152

²⁸ Mehmet Kaya, *İşkencenin Belgelemesine Dair İstanbul Protokolü*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008, s. 53

²⁹ Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s.19

³⁰ İlyas Doğan, *Devletler Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara 2008, s.74

³¹ Pazarcı s.18; Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, Beta Yay., İstanbul 2008, s.49

³² Sur, s.49

³³ Doğan, s.74

iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz". Madde metninde yer alan uluslararası antlaşmaların yasa gücünde olduğu ve uluslararası antlaşmaların Anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceği ifadeleri uluslararası antlaşmaların iç hukukumuzdaki yeri konusunda öğretide farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur.

Milletlerarası anlaşmaların iç hukukumuzdaki yerine ilişkin görüşlerden ilki, söz konusu antlaşmaların yasalarla eşdeğer olduğu görüşüdür. Anayasanın 90. maddesini lâfzi olarak yorumlayan yazarlarca savunulan bu görüşe göre, milletlerarası antlaşmalar ile kanunlar normlar hiyerarşisinde aynı basamakta bulunmakta ve bu nedenle yasalar ile uluslararası antlaşmalar arasında çıkacak çatışmaların önceki kanun sonraki kanun kuralına göre çözümlenmesi gerekmektedir³⁴.

Konuya ilişkin görüşlerden ikincisi, uluslararası antlaşmaların yasalardan üstün olduğu görüşüdür. Bu görüşe göre milletlerarası antlaşmaların kanunlardan üstün olması nedeniyle kanunlar ile milletlerarası antlaşmaların hükümleri arasında çatışma yaşanması durumunda öncelik milletlerarası antlaşma hükümlerindedir³⁵.

Konuya ilişkin görüşlerden sonuncusu ise, AİHS'nin farklı değerlendirilmesi görüşüdür. Söz konusu görüşe göre sui generis niteliğinden dolayı AİHS normlar hiyerarşisindeki yeri bakımından diğer uluslararası antlaşmalardan farklı bir değerlendirmeye tabi tutulmalı ve bu nedenle Türk hukukundaki yeri diğer uluslararası antlaşmalarından ayrı olarak ele alınmalıdır³⁶.

Kanun koyucu söz konusu görüş farklılıkları nedeniyle milletlerarası anlaşmaların iç hukukumuzdaki yeri ile alakalı belirsizliğe en azından temel hak ve özgürlüklere ilişkin anlaşmalar açısından son vermek amacıyla 2004 yılında Anayasamızın 90. maddesinin son fıkrasına bir cümle ilave etmiştir. Buna göre: *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır"*.

Söz konusu düzenlemeyle sadece temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası antlaşmalar bakımından geçerli olmak üzere, normlar hiyerarşisinde Anayasa ile

³⁴ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yay., Ankara 2009, s.222; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yay., Bursa 2000, s.449

³⁵ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta Yay., İstanbul 2009, s.11

³⁶ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.21

yasalar arasında yeni bir basamak ihdas edilmiştir³⁷. Böylece temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmaların normlar hiyerarşisinde yasaların üstünde yer aldığı, dolayısıyla yasalar ile bu nitelikteki uluslararası antlaşmalar arasında bir çatışma ortaya çıkması halinde yargı mercilerinin doğrudan milletlerarası andlaşma hükümlerini uygulayacağı açıkça hükme bağlanmıştır³⁸. Bu nedenle söz konusu düzenlemeyle birlikte, en azından temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalar ile yasalar arasında ortaya çıkabilecek normlar çatışması sorunu, milletlerarası anlaşmalar lehine çözülmüştür.

Ancak yeni yapılan düzenlemenin temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile Anayasa hükümleri arasında ortaya çıkabilecek çatışmaların çözümü açısından herhangi bir yenilik getirmediğini de belirtmek gerekir. Bu nedenle, mevcut durumda Anayasa hükümlerinin normlar hiyerarşisindeki üstün norm olduğu, bu nedenle söz konusu uluslararası andlaşmalar ile Anayasa hükümleri arasında bir çatışma yaşanması durumunda Anayasa hükümlerinin esas alınacağını söylemek doğru olacaktır. Ancak AİHS'nin kendine özgü niteliği ve siyasi ağırlığı sebebiyle, Sözleşme hükümleri ile Anayasa arasında bir çatışma çıkmasının mümkün olmadığı, bu nedenle Sözleşme'nin iç hukuktaki yeri konusundaki tartışmanın sadece teorik olduğu ve pratik açıdan bir anlam taşımadığı haklı olarak ifade edilmektedir³⁹.

1.4. AİHS'NİN HUKUKİ NİTELİĞİ ve ÖZELLİKLERİ

1.4.1. Sözleşme'nin Hukuki Niteliği

AİHS, hukuk tekniği açısından klasik bir uluslararası antlaşma niteliğinde olsa da ortak bir Avrupa kamu düzeni kurmayı amaçlamış olması, bu amaca ulaşmak için taraf devletlere nesnel yükümlülükler yüklemesi ve bu yükümlülüklere uyulup uyulmadığını denetleyecek etkin bir denetim mekanizmasının varlığını kabul etmesi gibi özellikleri nedeniyle diğer uluslararası sözleşmelerden ayrılır⁴⁰. Bu nedenle Sözleşme, akit taraflara karşılıklı yükümlülükler yükleyen ve akit tarafların menfaatleri arasında uzlaşma sağlamayı amaçlayan klasik iki taraflı sözleşmelerden farklı, nev'i

³⁷ Özbudun, s.223; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Yay., Bursa 2010, s.280

³⁸ Teziç, s.12; Gözler, *Dersler*, s.280

³⁹ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.22

⁴⁰ Gözlügül, s.137

şahsına münhasır bir uluslararası sözleşmedir⁴¹. Bu özelliğinden dolayı, Sözleşme ortak bir Avrupa kamu düzeni oluşturmayı amaçlayan ve doğrudan doğruya uygulanabilme güç ve yeteneğine sahip bir “Yasa Sözleşme” olarak tanımlanmaktadır⁴².

AİHS'nin en önemli özelliği olarak, koruma altına aldığı temel hak ve özgürlükleri kapsamlı olarak düzenlemiş olması, bu temel hak ve özgürlüklerin hangi koşullarla ve ne şekilde sınırlanabileceğinin ölçütlerinin konulmuş olması ve sözleşmenin etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak için bir denetim ve yaptırım mekanizması kurmuş olması gösterilmektedir⁴³.

1.4.2. Sözleşme'nin Özellikleri

14.2.1. Bireyi Uluslararası Hukukta Hak Sahibi Yapması

Sözleşme'nin diğer bir önemli özelliği ise bireyi uluslararası alanda hak sahibi yapmış olmasıdır⁴⁴. Böylece birey ulusal hukukun yanı sıra uluslararası hukukta da hakların öznesi haline gelmiştir. Sözleşme'nin en önemli özelliklerinden biri olan bu husus normatif dayanağını AİHS'nin 1. maddesindeki “*Yüksek sözleşen Taraflar, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar*” ifadesinde bulmaktadır. Zira maddede yer alan “*tanırlar*” ifadesiyle akit devletler Sözleşme ve Ek Protokollerinde düzenlenmiş bulunan hak ve özgürlükleri, yetki alanlarında yaşayan herkese⁴⁵ tanımayı kabul etmişlerdir. Sözleşme, bu hususun denetimi içinde bireylere Sözleşme'nin denetim organlarına doğrudan başvuru hakkı tanımıştır. Böylece bireylerin uluslararası alanda hak sahibi olabilmesinin önü açılmış ve bu durum yargısal güvenceye kavuşturulmuştur⁴⁶.

⁴¹ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.22; Şeref Ünal, *Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku*, Yetkin Yay., Ankara 1997., s.147

⁴² Kaya, s.51

⁴³ Bülent Doğan ve Huriye Seven, “İnsan Hakları Sorunu Olarak İşkence”, *Türk İdare Dergisi*, Sayı 438, Mart 2003, s. 101.

⁴⁴ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.13; Ayhan Döner, *İnsan Haklarının Uluslar arası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi*, Seçkin Yay., Ankara 2003, s.32

⁴⁵ Madde metninde yer alan “herkes” ifadesi Sözleşme'nin kişisel başvuruyu düzenleyen 34. madde hükmü göz önüne tutularak anlamlandırılmalıdır. Sözleşme'nin 34. maddesi hak ihlali nedeniyle kişisel başvuru yapabilecekleri “her gerçek kişi, hükümet dışı her kuruluş veya kişi grupları” olarak saymıştır. Bu nedenle Sözleşme'nin koruması kapsamına giren herkesten kasıt yaşına, milliyetine, dinine bakılmaksızın her gerçek kişi, tüzel kişiler (dernek, vakıf, siyasi parti, sendika vb), tüzel kişiliği bulunmayan hukuksal varlıklar ve kişi gruplarıdır. Bu kişilerin Sözleşme'nin korumasından yararlanmaları için ise Sözleşme'nin tarafı olan bir ülkenin yetki alanı içerisinde bulunması yeterlidir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gilles Dutertre, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2007, s.21

⁴⁶ Özdek, s.28; Özbey, s.20.

1.4.2.2. Bir Denetim Sistemi Kabul Etmis Olması

Sözleşme, bireyi uluslararası alanda hak sahibi olan bir hukuk sujesi olarak tanınmasının yanı sıra, tanımış olduğu bu hakların uluslararası alanda da korunmasını benimsemiş, koruma altına aldığı hak ve özgürlükler açısından bireye uluslararası güvence sağlamıştır⁴⁷. Bu durumun bir sonucu olarak, Sözleşme iç hukuktaki ihlal iddialarının incelenebilmesi amacıyla o tarihe kadar kabul edilen diğer insan hakları belgelerinden farklı olarak etkin bir denetim sisteminin kurulmasını benimsemiştir. Anlaşılacağı üzere Sözleşme ile bir denetim mekanizmasının kurulmuş olması bireyin uluslararası hukukta hakların sujesi olarak kabul edilmesinin doğal bir sonucudur. Ayrıca kurulan bu denetim mekanizmasının Sözleşme'nin ortak bir Avrupa kamu düzeni tesis etmeye dönük temel hedefinin en önemli aracı olması da amaçlanmıştır. Belirtmek gerekir ki, etkin bir denetim sistemi öngörmüş olması AİHS'ni kendinden önce kabul edilen insan hakları belgelerinden ayıran en önemli özelliğidir⁴⁸.

AİHS'nin ilk halinde kabul edilen denetim sistemi zaman içerisinde değişikliğe uğramıştır. Sözleşme'nin ilk halinde benimsenen ve 11 nolu Ek Protokolün yürürlüğe girdiği 01 Kasım 1998 tarihine kadar geçerli olan denetim sistemi, Komisyon ve Divan şeklinde ikili bir yapıdan oluşmaktaydı⁴⁹. Bu yapı içerisinde denetim mekanizmasının birinci basamağını oluşturan Komisyon, başvurunun kabul edilebilir olup olmadığı hakkında inceleme yapmakta ve Divan ancak Komisyon'un hakkında kabul edilebilirlik kararı verdiği başvuruları nihai yargılama makamı olarak inceleyebilmekteydi⁵⁰.

01 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 nolu Ek Protokol ise, Komisyon ve Divanı birleştirerek AİHM adı altında yargısal nitelikte tekli bir denetim mekanizması kurmuştur. Bu değişiklikle yapılacak başvuruların incelenmesi ve yargılanmasının tek bir kurul tarafından yapılması suretiyle yargılamaya hız kazandırılması amaçlanmıştır⁵¹.

⁴⁷ Birtane, s.15

⁴⁸ Yaşar Çor, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sözleşme Kapsamında İşkence Görmeme Hakkına Bakış Açısı", *TBB Dergisi*, Sayı 75; 2008, s.64

⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, Genel Teori, s.978; Ergin Ergül, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Yargı Yay., Ankara 2003, s.9

⁵⁰ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.24

⁵¹ Semih Gemalmaz, Genel Teori, s.984; Özdek, s.44

Mahkeme kararlarının yerine getirilip getirilmediğinin denetim yetkisi ise, eskisi gibi Bakanlar Komitesinin yetkisinde bırakılmıştır⁵².

Uluslararası hukukun ikincil niteliği gereğince, haklarının ihlal edildiği iddiasında olan bireylerin uluslararası korunma mekanizmalarından yararlanabilmesi için öncelikle iç hukuk yollarını tüketmiş olmaları gerekir⁵³. AİHS bu durumu 35. maddesinin 1.fikrasında “uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen prensiplerine göre, ancak iç başvuru yollarının tüketilmesinden sonra ve kesin karardan itibaren altı aylık süre içinde Mahkeme’ye başvurabilirler” şeklinde açıkça düzenlemiştir. Bu nedenle bir hak ihlali nedeniyle Sözleşme organlarının devreye girmesi, ancak sözleşme ile güvence altına alınmış bulunan bir hakkın ulusal mercilerden çıkan bir kararla zedelenmemesi ve bu hak ihlalinin iç hukuk organları tarafından giderilmemiş olması halinde söz konusu olabilmektedir⁵⁴.

Hiçbir Mahkeme bir hukuki uyuşmazlık karşısında re’sen harekete geçmez⁵⁵. Hukuk sistemleri mahkemeleri harekete geçiren mekanizmaları kendileri belirlerler. AİHS sisteminde de hak ihlallerinin Sözleşme’nin denetim organları tarafından incelenmesi, Mahkeme’ye başvuruda bulunulmuş olmasına bağlanmıştır. Bu başvuruların usulüne ilişkin olarak ise Sözleşme’de iki ayrı yöntem kabul edilmiştir: Bireysel başvuru ve devlet başvurusu⁵⁶.

Bu yöntemlerden ilki olan bireysel başvuru usulü Sözleşme’nin 34. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre bir kişi, hükümet dışı örgüt veya birey grubu tarafından Sözleşme ile koruma altına alınmış olan haklarından birisinin ihlal edildiği gerekçesiyle akit devletlerden biri aleyhine yapılan başvuruya bireysel başvuru denir⁵⁷. Bireysel başvuru yöntemi, Sözleşme’nin öngördüğü denetim ve yaptırım sistemine işlerlik

⁵² AİHS m. 46: “Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, taraf oldukları davalarda Mahkemenin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler. Mahkemenin kesinleşmiş kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesine gönderilir.”

⁵³ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s.59; Gözlügül, s.279.

⁵⁴ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.15

⁵⁵ Mehmet Tevfik Gülsoy, *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Yetkin Yay., Ankara 2007, s.190

⁵⁶ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s.56 vd; Özdek, s.50 vd.

⁵⁷ Semih Gemalmaz, Genel Teori, s.987; Naz Çavuşoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku’nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine*, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yay., Ankara 1994, s.57

kazandırılmasında en çok başvurulan yöntem olması nedeniyle, Sözleşme'nin getirdiği denetim sisteminin temelini oluşturmaktadır⁵⁸.

Sözleşme'de kabul edilen diğer başvuru şekli olan devlet başvurusu ise Sözleşme'nin 33. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, bir taraf devletin Sözleşme hükümlerini ihlal ettiğinden bahisle bir diğer taraf devlet aleyhine AİHM'ye yaptığı başvuruya devlet başvurusu denir⁵⁹. Belirtmek gerekir ki devlet başvurusu, Sözleşme'nin ortak bir Avrupa kamu düzeni kurma amacının gereği olarak kabul edilmiş bir başvuru usulüdür⁶⁰. Sözleşme, devlet başvurusu usulünü kabul ederek ortak bir Avrupa kamu düzeninin kurulması hedefine ilişkin olarak, her bir akit devlete sorumluluklar yüklemiş, taraf devletleri Sözleşme ile düzenlenen hak ve özgürlüklerin korunmasından ayrı ayrı sorumlu tutmuştur. Bu nedenle Sözleşme sisteminde her akit devlet, diğer taraf devletlerin Sözleşme'ye saygılı olup olmadığını denetleme yükümlülüğü altındadır⁶¹.

Devlet başvurusu usulünün kendine özgü niteliği gereği, bu tip başvurularda başvuruyu yapan devlet ya da vatandaşlarına yönelik bir hak ihlalinin varlığı aranmamaktadır. Dolayısıyla, başvuru devlet kendi vatandaşı olmayan kişilere yönelik hak ihlalleri nedeniyle Sözleşme'nin tarafı olan diğer bir devleti şikayet edebilmektedir⁶². Bu özelliklerinden ötürü devlet başvurusu, Avrupa kamu düzeninin korunması için bütün akit taraflara tanınmış, hem bir hak hem de bir yükümlülüktür⁶³.

Sözleşme'nin uygulanmasında devlet başvurusu, bireysel başvuruya göre istisnai olarak başvurulan bir yöntem durumundadır⁶⁴. Mahkeme'ye bugüne kadar yapılan başvurular incelendiğinde, çok az sayıda devlet başvurusu yapıldığı ve bunların da genellikle aleyhine başvuru yapılan ülkelerde yoğun insan hakları ihlallerinin yaşandığı dönemler olduğu görülmektedir⁶⁵.

Sözleşme'ye ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir diğer nokta ise Sözleşme'nin uygulama alanıdır. Sözleşme hükümlerinin yer bakımından uygulama

⁵⁸ Konuya ilişkin istatistikî bilgiler için bkz. Gözübüyük ve Gölcüklü, s.35

⁵⁹ Semih Gemalmaz, Genel Teori, s.992

⁶⁰ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.14; Özbey, s.95

⁶¹ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.31; Birtane, s.16

⁶² Özbey, s.95; Ergül, s.29

⁶³ Gözlügöl, s.329

⁶⁴ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.32

⁶⁵ Özdek, s.50; Semih Gemalmaz, Genel Teori, s.992

alanı, Sözleşme'nin 1. ve 56. maddeleri çerçevesinde belirlenmektedir. Sözleşme'nin 1. maddesi gereğince akit devletlerin yetki alanları içerisinde bulunan herkes gerek Sözleşme ve gerekse de Ek Protokollerde düzenlenmiş bulunan hak ve özgürlüklerden yararlanabilecektir. Buna göre, Sözleşme'nin tarafı olan ülkelerde yaşayan yabancılar da dahil herkes, hem Sözleşme'de düzenlenmiş hak ve özgürlüklerden, hem de bunlara ilişkin olarak Sözleşme'nin sağladığı koruma yollarından yararlanırlar⁶⁶. Dolayısıyla Sözleşme'nin yer bakımından uygulanması açısından şahsilik değil, mülkiyet ilkesini benimsediği söylenebilir. Ancak sömürgeleler maddesi olarak da anılan 56. madde gereğince, akit devletlerin Sözleşme'nin uluslararası ilişkilerinden sorumlu oldukları ülkelere hangilerine uygulanacağını belirleme yetkileri bulunmaktadır. Dolayısıyla akit tarafların Sözleşme'nin uygulama alanını daraltma olanağı bulunmaktadır⁶⁷.

İnsan hakları alanında önemli bir dönüm noktası teşkil eden AİHS, anılan özellikleri nedeniyle kendisinden sonra yapılan insan hakları belgelerine, özellikle Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi ile İnsan ve Halkların Haklarına Dair Afrika Şart'ına model olmuştur⁶⁸.

1.5. AİHS'İN YORUMLANMASI

Bir hukuk normunun somut olaya uygulanması sırasında kuralın anlam, kapsam ve sınırlarını belirlemek için yapılan fikri faaliyete “yorum” denir⁶⁹. Her hukuk normu gibi Sözleşme hükümlerinin de, ihlal iddialarına temel oluşturan olaylara uygulanırken yorumlanması gerekmektedir. Bu bölümde AİHM'nin Sözleşme'yi yorumlarken başvurduğu ilkeleri ana hatları ile inceleyeceğiz.

1.5.1. Genel Prensipler

Sözleşme hükümlerini resmi olarak yorumlama yetkisi, Sözleşme'nin denetim organı olan AİHM'nin tekelindedir. Mahkeme'nin bu yetkisini kullanırken başvurduğu

⁶⁶ Enver Bozkurt, *İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü*, Nobel Yay., Ankara 2003, s.206; Madra, s.103

⁶⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için çalışmanın 28. sayfasına bakınız.

⁶⁸ Özdek, s.329

⁶⁹ M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s.161; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Yenerer Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yay., İstanbul 2008., s.84; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay., Ankara 2007, s.117

araçların başında ise, 22 Mayıs 1969 tarihli Antlaşmalar Hukukuna İlişkin Viyana Sözleşmesi gelmektedir⁷⁰. Nitekim Mahkeme, verdiği kararlarda AİHS'nin yorumlanmasında Viyana Sözleşmesi ile belirlenen prensiplerin göz önünde tutulacağını belirtmektedir⁷¹. Mahkeme'nin bu tutumunun temelinde ise AİHS'ni parçası olduğu uluslararası hukukun diğer ilkeleri ile uyum içerisinde yorumlama çabası yatmaktadır⁷².

Mahkeme'nin Sözleşme hükümlerinin yorumu konusundaki temel hareket noktasını, Sözleşme'nin yaşayan bir metin olduğu ve bu nedenle günümüz koşullarına uygun olarak yorumlanması gerektiği düşüncesi oluşturmaktadır. Bu esastan hareket eden Mahkeme, Sözleşme hükümlerini yorumlarken hukuk kurallarının yorumlanmasında kullanılan farklı yorum tekniklerini bir arada ya da ayrı ayrı kullanmaktadır⁷³. Bu bağlamda Mahkeme, Sözleşme hükümlerini, hükümlerin lafzından hareketle ancak yeri geldiğinde tarihi, dinamik, amaçsal, özerk, karşılaştırmalı, daraltıcı, genişletici yorum tekniklerinin hepsini kullanarak, Sözleşmenin özel niteliğini, amacını, konusunu ve günün koşullarını göz önünde tutarak gelişmeci ve ileri götürücü bir yöntemle yorumlamaktadır⁷⁴.

1.5.2. Otonom (Özerk) Kavramlar

AİHM'nin Sözleşme hükümlerini yorumlarken kullandığı tekniklerden birisi de otonom kavramlar doktrindir. Doktrin, Mahkeme'nin Sözleşme'de yer alan hükümlerin içerik ve kapsamalarını belirlerken, bu kavramları ulusal hukuk metinlerinde kullanıldığı anlamlarından bağımsız olarak yorumlamasını ifade etmektedir⁷⁵. Dolayısıyla otonom kavramlar doktrini çerçevesinde Sözleşme'de yer alan kavramları özerk bir biçimde yorumlayan Mahkeme, Sözleşme'nin uygulanmasına ilişkin ortak bir Avrupa standardı

⁷⁰ Sözleşme'nin tam metni için bkz. <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/altipar/Okuma/Viyana%20Andlasmalar%20Hukuku%2069.pdf>

⁷¹ Jean-Pierre Marguenaud, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yorum Yöntemleri", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı*, TBB Yay., Ankara 2004, s.46; Gözübüyük ve Gölcüklü, s.139; Gözlügöl, s.302

⁷² Marguenaud, s.46

⁷³ Özbey, s.23; Ali Rıza Çoban, "Strasbourg'da Herküllere İhtiyacımız Var mı ? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi" <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhf-arsiv/AUHF-2008-57-03/AUHF-2008-57-03-coban.pdf>, s.189.

⁷⁴ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.142; Gözlügöl, s.303; Marguenaud, s.47 vd.

⁷⁵ Kaboğlu, İbrahim, "AİHM'nin Yorum Yöntemleri", *İnsan Hakları Konferansları*, (s.311-336), Ankara Barosu Yay., Ankara 2006, s.315; Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, Beta Yay., İstanbul 2009, s.125

oluşturmak amacıyla, taraf devletlerin iç hukuklarından bağımsız olarak hareket etmekte ve Sözleşme’de yer alan kavramları, ülkelerin iç hukuklarındaki anlamlarından bağımsız olarak ele almaktadır⁷⁶.

1.5.3. Ulusal Takdir Marjı

Mahkeme’nin Sözleşme’yi yorumlarken kullandığı yöntemlerden birisi de, “ulusal takdir marjı” kavramıdır. Kavram, Sözleşme’de düzenlenmiş bir hakkın içeriğinin ve iç hukukta ne şekilde düzenleneceğinin belirlenmesinde devletlerin belirli bir takdir hakkına sahip oldukları anlamına gelmektedir⁷⁷. Buna göre Mahkeme, bir hakkın iç hukukta korunup korunmadığını incelerken, korumanın ne şekilde gerçekleştirildiği ile ilgilenmemekte, sadece hakkın Sözleşme’nin kapsamında yer alan bireylere fiilen tanınıp tanınmadığı ile ilgilenmektedir. Bu nedenle, taraf devletlerin, Sözleşme ile güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerle, bunların korunması ve Mahkeme tarafından verilmiş kararların ne şekilde hayata geçirileceği hususunda takdir hakkı bulunmaktadır⁷⁸.

Belirtmek gerekir ki, Mahkeme’nin Sözleşme’nin yorumlanması açısından geliştirdiği kavramlardan biri olan “ulusal takdir marjı”, uluslararası hukukun iç hukuka göre ikincil nitelikte olmasının bir sonucu olarak doğmuştur⁷⁹. İç hukukun uluslararası hukuka göre öncelikli olması nedeniyle⁸⁰ Sözleşme hazırlanırken bütün ülkeler için geçerli olacak tek tip kurallar konulması yerine, herkesin uyması gereken genel prensipler belirlenmiş, bu genel prensiplerin iç hukukta ne şekilde hayata geçirileceği hususunda ise taraf devletlere takdir hakkı tanınmıştır. Bu nedenle de, Sözleşme’nin insan hakları alanında belirlediği standartların hayata geçirilmesinde, her ülkenin kendi hukuki, sosyal ve siyasi şartları doğrultusunda takdir hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir⁸¹.

⁷⁶ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s.96; Çoban, s.195

⁷⁷ Çoban, s.189; Kaboğlu, s.323

⁷⁸ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s.313; Özbey, s.127

⁷⁹ Kaboğlu, s.324; Çoban, s.192.

⁸⁰ Necmi Yüzbaşıoğlu, “İnsan Haklarının Ulusal Düzeyde Korunması”, *İnsan Hakları*, (ss.397-406), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000, s.397; Kaboğlu, s.324

⁸¹ Birtane, s.18; Çoban, s.194 – 195. Mahkeme’nin ulusal takdir marjı yaklaşımının eleştirisi için bkz. Marguenaud, s.52.

1.6. SÖZLEŞME'NİN UYGULANMASINDA İSPAT YÜKÜMÜ

AIHM'ye yapılacak başvurularda yer alacak ihlal iddialarının hangi ispat kural ve standartlarına tabi olacağı konusunda Sözleşme'de herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Mahkeme, ispat kurallarına ilişkin olarak Sözleşme'de yer alan boşluğu, içtihatları ile doldurmuştur⁸².

AIHM, kendisine yapılan başvurularda ispat standardı olarak “*makul şüpheye yer bırakmayacak*” her türlü şüpheden uzak bir ispatın varlığını aramaktadır⁸³. Bu nitelikteki bir ispat ise yeterince ciddi, açık ve belirgin emareler ile çürütülmemiş karinelere dönüşen ispat olarak tanımlanmaktadır⁸⁴. Mahkeme bu yaklaşımını Labita/İtalya kararında şu şekilde belirtmiştir: “*Mahkeme bir delilin değerlendirilmesinde “makul kuşkuya yer kalmayacak” şeklindeki kanıtlanma standardını kabul etmektedir; ancak Mahkeme böyle bir kanıtlamaya yeterince güçlü, açık ve tutarlı çıkarsamalardan veya aynı biçimde çürütülemediği karinelere dönüşebileceğini eklemektedir (bk. 18.01.1978 tarihli İrlanda - Birleşik Krallık kararı, prg.161)*”⁸⁵.

Mahkeme, ispat külfeti konusunda ise iddia sahibinin iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğu kuralından hareket etmektedir. Bu nedenle Mahkeme'ye yapılan başvurularda ispat külfeti kuralı olarak ihlal iddiasında bulunan başvuru sahibinin üzerindedir⁸⁶. Ancak, Mahkeme ispat konusunda belirlediği standarda devletin denetimindeki bilgiler ve olaylar, özellikle de işkence iddiaları açısından bir istisna getirmiştir. Mahkeme, işkence iddialarından kaynaklanan davalarda verdiği kararlarda,

⁸² Gözübüyük ve Gölcüklü, s.150.

⁸³ Osman Doğru, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, Legal Yay., Mart 2006, s.7; Gözübüyük ve Gölcüklü, s.152. Mahkeme'nin ispat standardını oluşturduğu ilk kararı 18 Ocak 1978 tarihli İrlanda/Birleşik Krallık kararıdır. İrlanda/Birleşik Krallık kararı, prg.161. Karar için bkz. Osman Doğru, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Cilt 1*, Legal Yay., İstanbul 2008., s.193.

⁸⁴ R.Murat Önok, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Seçkin Yay., Ankara 2006, s.179; Bu konuda ayrıca bkz.18 Ocak 1978 tarihli İrlanda/Birleşik Krallık kararı, prg.161; 18 Mayıs 1999 tarihli Velikova/Bulgaristan kararı, prg.70; 27 Haziran 2000 tarihli Salman/Türkiye kararı, prg.100.

⁸⁵ 06 Nisan 2000 tarihli Labita/İtalya kararı, prg.121. Karar için bkz. Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Cilt 4*, Legal Yay., İstanbul 2008, s.161; Mahkeme ispat standardına ilişkin yaklaşımını Salman/Türkiye kararının 100. paragrafında şu şekilde belirtmiştir: “*Mahkeme, delilleri değerlendirirken ispat standardını genellikle “makul şüphenin ötesinde” olarak uygulamıştır (bkz. İrlanda–Birleşik Krallık davası kararı, 18 Ocak 1978, Seri A No. 25, s. 64-65, paragraf 161). Ne var ki bu ispat, yeterince güçlü, açık ve tutarlı çıkarımların aynı anda bulunması ya da aksi ispatlanamayan bazı karinelere dönüşebilir.*” Karar için bkz. Doğru, Cilt 4, s.208. Bu konuda ayrıca bkz. 21 Aralık 2000 tarihli Büyükdağ/Türkiye kararı, prg.46.

⁸⁶ Ömer Anayurt, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, İlyas Doğan (Ed.), *İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü*, (ss. 213-279), Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı, Ankara 2009, s.276. Ancak belirtmek gerekir ki Mahkeme uygulamasında bu kuralın bazı istisnaları bulunmaktadır. Bu kuralın Mahkeme uygulamasındaki istisnalarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Önok, s.180

sağlıklı bir biçimde gözaltına alınan veya tutuklanan ancak salıverildikten sonra vücudunda şiddet uygulandığına dair çeşitli fiziksel emareler tespit edilen kimselere, gözetim altında buldukları süre içerisinde ne olduğunu açıklamanın devletin görevi olduğunu belirtmiştir: *“AİHM, gözetim altındaki kişilerin savunmasız bir durumda bulunduğunu ve bu kişileri korumanın yetkili makamların görevleri arasında yer aldığını hatırlar. Daha önce AİHM, polis gözetimi altına alındığında sağlıklı iken, serbest bırakıldığında yaralı olduğu anlaşılan kişilere ilişkin olarak, Devlet’in bu yaralanmaların nasıl oluştuğu hakkında mantıklı bir açıklama yapmak zorunda olduğu hükmüne varmıştır (diğerlerinin yanı sıra bkz. Selmouni/Fransa [BD], sayı 25803/94, § 87, AİHM 1999-V). Yetkili makamların, gözetim altındaki bir kişiye yapılan muameleyi açıklama sorumluluğu, sözkonusu kişinin ölmesi halinde, bilhassa önem kazanmaktadır (bkz. yukarıda anılan Salman, § 99). AİHM, Devletlerin, yalnızca gözetim altında değil, Devlet makamlarının inhisari denetime sahip olduğu alanlarda meydana gelen yaralanma ve ölüm olaylarını da açıklama yükümlülüğü taşıdığını, zira her iki durumda da sözkonusu olayların tamamen ya da büyük oranda yetkililerin inhisari bilgisi dahilinde meydana geldiğini hatırlar”*⁸⁷. Bu bağlamda Mahkeme’nin sağlıklı olarak gözaltına alındıktan sonra serbest bırakıldığında üzerlerinde fiziksel darp izleri bulunan kişiler açısından devlet aleyhine bir suçluluk karinesi belirlediğini söylemek mümkündür. Bu nedenle anılan durumlarda devlet yaşanan olayları her türlü şüpheyi ortadan kaldıracak biçimde çürütmedikçe 3. maddeyi ihlalden sorumlu olacaktır⁸⁸. Söz konusu içtihat zamanla daha da genişlemiş ve 25 Mart 2005 tarihli Akkum/Türkiye kararından başlanarak sadece gözaltında meydana gelen olaylarda değil güvenlik güçlerinin silah kullandığı durumlar ile askeri bölgeler, cezaevleri ve gibi mutlak olarak devletin denetimi altında meydana gelen olaylarda da devletin açıklama yükümlülüğü bulunduğu karar verilmeye başlanmıştır. Mahkeme’nin anılan kararında bu hususu *“AİHM, sağlıklarından Devlet’in sorumlu olduğu, gözaltında tutulan kişilerin durumları ile, Devlet makamlarının denetiminde olan bölgelerde yaralı veya ölü bulunan kişilerin durumları arasında bir paralellik görmenin meşru olduğu*

⁸⁷ 31 Mayıs 2005 tarihli Yasin Ateş/Türkiye kararı, prg.93, 94. Ayrıca aynı yönde bkz. Mahkeme’nin 18 Mayıs 1999 tarihli Velikova/Bulgaristan kararı, prg.70.

⁸⁸ Anayurt, AİHS İşkence, s.277; Doğru, İşkence, s.8. Mahkeme’nin bu konudaki uygulamasına ilişkin örnek kararlar için bkz. 27 Ağustos 1992 tarihli Tomasi/Fransa kararı, prg. 108, 28 Temmuz 1999 tarihli Selmouni/Fransa kararı, prg.87, 27 Haziran 2000 tarihli Salman/Türkiye kararı, prg.100; 4 Aralık 1995 tarihli Ribitsch/Avusturya kararı, prg.34, 22 Temmuz 2004 tarihli Mehmet Emin Yüksel/Türkiye kararı, prg.31, 1 Mart 2001 tarihli Berktaş-Türkiye kararı, prg.167

kanısındadır. Bu tür bir paralellik, her iki durumun da tamamen veya büyük bir kısmının, makamların bilgisi dahilinde olduğu gerçeğine dayandırılmıştır. Dolayısıyla, bu tür davalarda olduğu gibi başka davalarda da, Hükümet'in elinde bulunan kritik belgeleri sunmadığı ki bunun da AİHM'nin olayları kesin olarak belirlemesini engellediği durumlarda, bu belgelerin neden başvuruların iddialarını doğrulamada faydası olmadığına veya söz konusu olayların nasıl meydana geldiğine dair tatmin edici ve inandırıcı bir açıklama getirmek görevi Hükümet'e düşmektedir, aksi ise AİHS'nin 2. ve/veya 3. maddesi bağlamında bir problem ortaya koyacaktır.⁸⁹” şeklinde gerekçelendirmiştir. Dolayısıyla, Mahkeme uygulamasında münhasıran devletin yetki alanı içerisinde gerçekleşen ve bu nedenle sadece devletin meydana geliş şartlarını açıklayabileceği olaylarda, ispat yükümünün taraf devletlere ait olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu yükümün devlet tarafından yerine getirilmemesi ise devletin 2. veya 3. maddeyi ihlalden sorumluluğunu gündeme getirmektedir.

1.7. SÖZLEŞMENİN DENETİM ORGANI OLARAK AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

1.7.1. Mahkeme'nin Yapısı

11 nolu Ek Protokolün yürürlüğe girmesi ile birlikte, Sözleşme'nin öngördüğü denetim sistemi tamamen yargısal bir nitelik kazanmış; Mahkeme Sözleşme hükümlerinin denetimi açısından tek yetkili organ haline gelmiştir. Bu Mahkeme'nin yapısı ve yargılama usulüne ilişkin hükümler ise, Sözleşme'nin 19 - 51. maddeleri arasında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

AİHM'de her akit devletten birer hakim görev yapmaktadır. Ancak hakimler üye devletler tarafından seçilmemektedir. Hakimlerin seçiminde taraf devletler üçer hâkim aday göstermekte ancak üye hakim, bu üç aday hakim arasından Avrupa Konseyi

⁸⁹ 25 Mart 2005 tarihli Akkum/Türkiye kararı. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır. Mahkeme devletlerin askeri operasyonlar neticesinde meydana gelen ölümlere ilişkin ispat yükümüne 20 Nisan 2010 tarihli Özcan ve diğerleri/Türkiye kararında “... öldürme olayı tamamen yetkililerin bilgisi dahilinde gerçekleşmiştir ve dolayısıyla savunmacı Hükümet öldürme olayının nasıl meydana geldiğine tatmin ve ikna edici bir açıklama getirme yükümlülüğü altındadır. Aksi takdirde AİHS'nin 2. maddesi bağlamında bir sorun ortaya çıkacaktır.” ifadeleri ile dikkat çekmiştir. Yine kışlada meydana gelen ölüm olayının incelendiği 24 Mart 2009 tarihli Beker/Türkiye kararında da “Mahkeme Akkum ve Diğerleri/Türkiye davasında benimsenen karardan bu yana, yukarıda kaydedilen yükümlülük, yalnızca gözaltı durumlarda değil, aynı zamanda Hükümet yetkililerinin özel kontrolünde bulunan bölgelerde de geçerlidir, çünkü her iki durumda da olayların tamamı ya da büyük bölümü münhasıran yetkili makamların bilgisi dahilinde meydana gelmiştir” diyerek aynı hususa dikkat çekmiştir. Her iki kararda Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

Parlamente Meclisi tarafından seçilmektedir. (m. 20 ve 22). Bu nedenle de seçilen hâkimler seçildikleri devlet adına değil kendi adlarına görev yapmaktadırlar (m.21/2). Hâkimlerin görev süreleri 6 yıldır ve bir hâkimin bu süre sonunda yeniden seçilmesi mümkündür (m.23).

Mahkeme'nin bünyesinde Komiteler, Daireler, Büyük Daire ve Genel Kurul adında dört farklı kurul bulunmaktadır. Bunlardan Genel Kurul idari, diğerleri ise yargısal nitelikte kurullardır⁹⁰.

Komiteler, üç asıl ve bir yedek hâkimden oluşan ve şikayet başvurularının kabul edilebilirlik şartlarını taşıyıp taşımadığını incelemekle görevli olan kurullardır. Bu inceleme sonucunda Komitelerin kabul edilemezlik kararı verdiği başvurular kayıttan düşülmekte ve bu başvurular hakkında yargılama yapılmamaktadır (m.28).

İç Tüzük'te bölüm ismi ile de anılmakta olan Daireler ise haklarında komitelerce kabul edilemezlik kararı verilmemiş olan başvuruların kabul edilebilirliğine ilişkin olarak karar veren ve başvuruyu esastan inceleyen kurullardır. AİHM'de her birinin bünyesinde yedi hâkimin görev yaptığı dört Daire bulunmaktadır⁹¹.

AİHM bünyesinde yer alan yargısal nitelikteki son kurul ise Büyük Daire'dir. Büyük Daire, Mahkeme Başkanı, Başkan Yardımcıları, Daire Başkanları ve Mahkeme İçtüzüğüne göre seçilen hâkimlerin oluşturduğu, toplam 17 asıl ve 3 yedek üyenin görev yaptığı bir kuruldur. Büyük Daire'nin üç görevi bulunmaktadır. Bu görevlerden birincisi, Bakanlar Komitesinin 47. madde çerçevesinde yaptığı istişari mütalaa taleplerine cevap vermek, ikincisi, 30. madde gereğince Dairelerden birinin Büyük Daire lehine yetkisinden vazgeçtiği hallerde yargılama yapmak, üçüncüsü ise 43. madde gereğince Dairelerin temyize götürülen kararlarını incelemektir (m.31).

Temyiz istemi ile Büyük Daire önüne getirilen başvuruların incelenmesi sırasında, kararı veren Daire'nin hakimleri, Başkan ve aleyhine başvuru yapılan devlet adına Mahkeme'de görev yapan hakim dışında Büyük Daire'deki yargılamada yer almazlar (m.27/3).

⁹⁰ Ergül, s.19 vd. Ancak daha öncede ifade ettiğimiz gibi bu yapı 14 nolu protokolün yürürlüğe girmesi ile birlikte değişecektir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için çalışmanın 13.sayfasına bakılabilir.

⁹¹ Özbey, s.87

1.7.2. Mahkeme'nin Yargılama Yetkisi

1.7.2.1. Yer Bakımından Yetki

Mahkeme'nin yer bakımından yargılama yetkisini Sözleşme'nin yer bakımından uygulama alanı belirler. Sözleşme'nin yer bakımından uygulanma alanı ise 1 ve 56. maddelerinde düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 1. maddesi gereğince taraf devletler, Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlükleri "*kendi yetki alanları içinde bulunan herkese*" tanıma yükümlülüğü altındadırlar. Sözleşme'de kullanılan "*yetki alanları*" ifadesi ile taraf devletlerin hukuken egemenliği altında bulunan her yer, öncelikle de bir ülkenin ana egemenlik alanını oluşturan kara ve deniz ülkesi ile bunların üzerinde yer alan hava sahası ifade edilmektedir⁹².

Ancak belirtmek gerekir ki Mahkeme verdiği kararlarla söz konusu alanı genişletmiş, taraf devletlerin ülke sınırları dışında olsa bile, organları vasıtasıyla fiilen egemenlik yetkilerini kullandığı yerlerde de Sözleşme'nin uygulama alanı bulacağını belirtmiştir⁹³. Bu nedenle söz konusu yerlerde gerçekleşen ve Sözleşme'nin ihlali anlamına gelen olaylar da, Mahkeme'nin yargı yetkisinin kapsamına girmektedir. Dolayısıyla Mahkeme'nin yer bakımından yargı yetkisinin akit devletin başta gerçek ülkesi olmak üzere, hukuken egemenliği altında bulunan her yeri kapsadığı gibi fiili egemenlik alanlarını da kapsadığı söylenebilir⁹⁴.

Mahkeme'nin yer bakımından yargılama yetkisine ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir diğer nokta ise, sömürgeler maddesi olarak da adlandırılan Sözleşme'nin 56. maddesidir. Zira madde, akit devletlere egemenlikleri altında bulunan bazı ülkeleri Mahkeme'nin yer bakımından uygulama alanının dışında bırakma imkanı

⁹² Ceza hukukunda gerçek ülke olarak isimlendirilen bu alan hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Genel Hükümler, s.260 vd.; Koca ve Üzülmöz, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay., Ankara 2009, s.75

⁹³ AIHM'nin 23 Mart 1995 tarihinde Loizidou/Türkiye davasında ilk itirazlara yönelik verdiği kararın 62. paragrafında konuya ilişkin olarak şu saptamada bulunmuştur: "... (AİHS) Madde 1, her ne kadar Sözleşme'nin uygulanma alanına sınırlar getirmekteyse de, Mahkeme, bu hüküm doğrultusunda "yargı yetkisi" kavramının, sadece Taraf Devletlerin ulusal toprakları ile sınırlı olmadığına dikkati çekmektedir... Buna ek olarak, Sözleşmeciler Taraf Devletlerin ulusal sınırlarının içinde ya da dışında icra edilmiş olsun, kendi kamusal makamlarınca gerçekleştirilen ve kendi ülkesinin/topraklarının dışında etkiler doğuran tasarruflardan dolayı da söz konusu olabilir... Sözleşme'nin konusu ve amacı göz önüne alındığında, bir Taraf Devletin, hukuki/yasal olsun ya da olmasın, askeri bir hareketin sonucu olarak kendi ulusal sınırlarının dışında kalan bir alanda fiili/(etkili şekilde) denetimi elinde tutması/(uygulaması) halinde de sorumluluğu ortaya çıkabilir. Sözleşme'de düzenlenen hakların ve özgürlüklerin böyle bir bölgede güvence altına alınması yükümlülüğü, kendi silahlı kuvvetleri aracılığı ile doğrudan ya da bağımlı bir yerel yönetim aracılığı ile uygulandığı bu tür bir denetimin bizzat varlığından kaynaklanır". Karar, Semih Gemalmaz, Genel Teori, s.989'dan alınmıştır.

⁹⁴ Semih Gemalmaz, Genel Teori, s.989; Gözlüçöl, s.154; Cüneyt Er, "Sözleşme'nin 1. Maddesi: İnsan Haklarına Saygı Yükümlülüğü ve Sözleşme'nin Uygulanması" *TBB Dergisi*, Sayı 53, 2004, s.52

tanımaktadır⁹⁵. Sözleşme'nin 56. maddesi şu şekildedir: “*Her devlet, tasdik esnasında veya daha sonra her hangi bir zaman Avrupa Konseyi Genel Sekreterine göndereceği bir bildirimle bu Sözleşmenin uluslararası ilişkilerinden sorumlu bulunduğu bütün ülkelere veya bunlardan her hangi birine işbu maddenin 4. fıkrası saklı kalmak kaydıyla, uygulanacağını beyan edebilir.*” Dolayısıyla, bu madde ile akit taraflar Sözleşme'nin tarafı olan bazı devletlerin sömürgeci geçmişleri nedeniyle kendi ülkeleri dışında kalan çeşitli coğrafya parçaları üzerinde de egemenlik yetkilerini kullandıkları göz önüne alarak, bu devletlere Sözleşme'nin kendileri açısından geçerli olacağı alanı belirleme yetkisi tanımlanmıştır⁹⁶. Böylece taraf devletler, maddenin kendilerine sağladığı yetkiye dayanarak, uluslararası ilişkilerinden sorumlu oldukları ülkelere istediklerini Sözleşme hükümlerinin uygulama alanı dışında tutabilme imkanına kavuşmuşlardır.

1.7.2.2. Kişi Bakımından Yetki

Yer bakımından uygulama konusunda mülklik prensibinin benimsenmiş olmasının bir sonucu olarak, taraf devletlerin yetki alanında bulunan vatandaş veya yabancı herkes Sözleşme'nin sağladığı haklardan yararlanır⁹⁷. Dolayısıyla taraf devletlerin yetki alanında bulunan vatandaş veya yabancı herkes bu arada gerçek kişiler kadar, özel hukuk tüzel kişileri, hükümet dışı kuruluşlar ve kişi grupları da Mahkeme'ye Sözleşme ile korunan bir hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle başvurabilmektedir⁹⁸.

1.7.2.3. Konu Bakımından Yetki

Sözleşme ve Ek Protokollerin yorumu ve bunlara yönelik ihlal iddialarına ilişkin yargılama yapmak Mahkeme'nin yetkisindedir. Bu nedenle Mahkeme'nin konu bakımından yetkisini Sözleşme ve Ek Protokollerde hüküm altına alınmış olan hak ve özgürlükler oluşturur⁹⁹. Dolayısıyla bunlar dışında kalan hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasıyla Mahkeme'ye başvuruda bulunulamaz¹⁰⁰.

⁹⁵ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.53; Özdek, s.36

⁹⁶ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.53; Bozkurt, s.207; Özdek, s.36

⁹⁷ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s.33

⁹⁸ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s.32; Er, s.51-52

⁹⁹ Özdek, s.37; Özbey, s.89

¹⁰⁰ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.49

Mahkeme'nin konu bakımından yetkisini Sözleşme ve Ek Protokollerle koruma altına alınan haklar oluştursa da yetkinin kapsamının taraf devletler açısından belirlenmesinde Sözleşme'nin 57. maddesinden kaynaklanabilecek istisnalar da göz önünde bulundurulmalıdır. Sözleşme'nin 57. maddesi taraf devletlere, uluslararası bir antlaşma niteliğinde olan AİHS'ye ve yasaklanmadığı sürece Ek Protokollerine çekince koyma hakkı vermektedir¹⁰¹. Bu nedenle Mahkeme'nin konu bakımından yetkisi taraf devletler açısından farklılıklar gösterebilmektedir.

1.7.3. Mahkeme'ye Başvuru Yapılması

AİHM, uluslararası kurumların yargı yetkisinin iç hukuka göre tali nitelikte olması nedeniyle, bir hak ihlali söz konusu olduğunda bu hak ihlalini kendiliğinden inceleyememekte, yargı yetkisinin doğması için Mahkeme'ye başvuruda bulunulması gerekmektedir¹⁰². Bu nedenle iç hukukta gerçekleşen bir hak ihlalinin Mahkeme tarafından incelenebilmesi, ancak ihlal iddiasının Mahkeme önüne götürülmesi, diğer bir deyişle hak ihlaline uğradığını iddia eden kişinin Mahkeme'ye bir başvuruda bulunması ile mümkün olmaktadır.

AİHS, Mahkeme'ye yapılacak başvurular için iki farklı başvuru usulü belirlemiştir. Sözleşme ile düzenlenen başvuru usullerinden birincisi olan Devlet başvurusu, taraf devletlerden birisinin münferit veya sistematik bir ihlal iddiası ile bir başka taraf devlet aleyhine Mahkeme'ye başvuru yapmasıdır (m.33). Sözleşme ile düzenlenen başvuru usullerinin ikincisi ise, Sözleşme ile güvence altına alınmış bir hakkının ihlal edildiğini iddia eden kimseler tarafından taraf devletler aleyhine yapılan bireysel başvurulardır (m.34). Bir hakkın ihlali iddiasıyla Mahkeme'ye bireysel ya da devlet başvurusu yapılması ise bazı koşulların gerçekleşmiş olmasına bağlıdır.

¹⁰¹ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s.28. Örneğin Türkiye 57. maddenin verdiği hakkı kullanarak 1 nolu Ek Protokole Tevhidi Tedrisat Kanunu çerçevesinde çekince koymuştur. Bu konuda bkz. Gözübüyük ve Gölcüklü, s.11; Türkiye'nin koyduğu çekinceler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gözlügöl, s.160

¹⁰² Özdek, s.49

1.7.3.1. İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi

Mahkeme'ye yapılan bir başvurunun kabul edilerek esastan görüşülmesi için, söz konusu ihlal iddiasına ilişkin olarak iç hukuk yollarının tüketilmiş olması gerekir¹⁰³. İç hukuk yollarının tüketilmiş olması, Sözleşme'ye genel aykırılık iddiasına dayanan devlet başvuruları dışında hem bireysel başvurularda, hem de devlet başvurularında aranır¹⁰⁴. Mahkeme'ye göre iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının hukuki dayanağı, Sözleşme ile güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerin korunmasının birinci derecede devletlerin sorumluluğunda bulunması, diğer bir deyişle insan hakları alanında ulusal korumanın birincil, uluslararası koruma yollarının ise ikincil nitelikte olmasındandır¹⁰⁵. Uluslararası koruma mekanizmalarının ikincil niteliği nedeniyle, uluslararası koruma mekanizmalarına başvuracak kişilerin öncelikle ihlalin gerçekleştiği devletin iç hukuk yollarını tüketmesi gerekmektedir.

Başvurucunun iç hukuk yollarını tüketmiş sayılması için, fiilen ulaşılabılır nitelikte olan ve yapılan ihlalin sonuçlarını ortadan kaldıracabilecek kararlar alma yetkisine sahip, Sözleşme'nin 13. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkının gereklerini karşılayabilen hukuk yollarını tüketmiş olması gerekir¹⁰⁶. İç hukukta başvurulacak makamın sorunu çözme yetkisine sahip olması ve sorunu çözenin kurumun takdirine bırakılmamış olması, yani başvuru üzerine kurumun ilgili sorunu görevi gereği zorunlu olarak çözmek zorunda olması, iç hukuk yolunun etkili olarak nitelenmesi için gereklidir¹⁰⁷. İç hukuk yollarının tüketilmesi zorunluluğu açısından kabul edilmiş olan hukuk yolunun yargısal, idari veya siyasi nitelikte olması ise önem taşımaz¹⁰⁸.

Başvurucunun bir hukuk yolunu tüketmiş sayılması için, o hukuk yolunu hem usulden, hem de esastan tüketmiş olması gerekir¹⁰⁹. İç hukuk yolunun usulden tüketilmesi, söz konusu hukuk yolunun süre ve yöntem olarak tüketilmesidir¹¹⁰. Bu nedenle iç hukukta belirlenen sürelerle uyulmadığı için başvurunun yapılamadığı veya

¹⁰³ Semih Gemalmaz, Genel Teori, s.988; Çavuşoğlu, s.59

¹⁰⁴ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s.60; Özbey, s.98

¹⁰⁵ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s.59. Mahkeme'nin konuya ilişkin yaklaşımı için bkz. 7 Aralık 1976 tarihli Handyside/İngiltere kararı, prg.48. Karar için bkz. Doğru, Cilt 1, s.160.

¹⁰⁶ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.64

¹⁰⁷ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.64

¹⁰⁸ Semih Gemalmaz, Genel Teori, s.988; Bozkurt, s.232

¹⁰⁹ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.68; Bozkurt, s.233

¹¹⁰ Bozkurt, s.233

yapılan başvurunun reddedildiği durumlarda, iç hukuk yolu tüketilmiş sayılmaz. Yine o hukuk yoluna ilişkin olarak iç hukukta belirlenen bütün aşamaların (temyiz – karar düzeltme vb) tüketilmediği durumlarda da, başvurunun iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulunu yerine getirmediği kabul edilmektedir¹¹¹.

İç hukuk yollarının esastan tüketilmesi için ise, başvurunun ihlal edildiği ileri sürülen hakkı, öncelikle iç hukuk organları önünde ileri sürmüş olması gerekir¹¹². Bu nedenle, iç hukuk organları önünde ileri sürülmeyip, doğrudan doğruya AİHM'ye yapılan başvuruda gündeme getirilen bir hak ihlali bakımından, iç hukuk yolları esastan tüketilmemiş sayılacaktır. Konuyu bir örnekle açıklarsak, Sözleşme'nin 5. maddesi ile koruma altına alınan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yönelik bir ihlal iddiasıyla AİHM'ye başvuruda bulunan kişi, bu iddiasını iç hukuk organları önünde usulüne uygun olarak öne sürmemişse, iç hukuk yollarını esastan tüketmediği gerekçesiyle reddedilecektir.

AİHM'nin iç hukuk yollarının tüketilmesi zorunluluğunu düzenleyen 35. maddeyi amaca göre yorumladığını, iç hukuk yollarının fiilen etkili bir başvuru hakkı sağlamadığı durumlarda, başvurunun kabulü için başvurunun iç hukuk yollarını tüketmiş olmasını aramadığını belirtmek gerekir¹¹³. Bu nedenle hak ihlaline karşı başvuru yolunun

- Kanun ile kapatıldığı durumlar.
- İçtihadı Birleştirme Kararı gibi yargı yerlerince uyulması zorunlu olan içtihatlar nedeniyle iç hukuk yolunun etkisiz kaldığı,
- Yerleşik idari uygulamalar nedeniyle iç hukuk yoluna başvurunun fiilen etkisiz kaldığı durumlar.
- Davanın makul sürede bitirilmeyerek sürüncemede bırakıldığı durumlar,

Mahkeme tarafından iç hukuk yollarının tüketilmesine gerek bulunmayan durumlar olarak belirlenmiştir¹¹⁴.

¹¹¹ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.68.

¹¹² Ergül, s.38; Özdek, s.58

¹¹³ Özdek, s.58; Madra, s.183. Nitekim Mahkeme, Türkiye ile ilgili bazı kararlarında iç hukuk yollarının etkisizliğini gerekçe göstererek kuralı uygulama dışı bırakmıştır. Mahkeme'nin Türkiye'ye yönelik bu uygulaması ve gerekçeleri için bkz. 1 Nisan 1998 tarihli Akdivar ve diğerleri/Türkiye kararı, prg.65 vd; 18 Aralık 1996 tarihli Aksoy/Türkiye kararı, prg.51 vd; 24 Nisan 1998 tarihli Selçuk ve Asker/Türkiye kararları.

¹¹⁴ Semih Gemalmaz, *Genel Teori*, s.988; Bozkurt, s.233; Ergül, s.41

1.7.3.2. Başvurunun 6 Aylık Hak Düşürücü Süre İçerisinde Yapılması

Sözleşme'nin Mahkeme'ye başvuru konusunda belirlediği ikinci koşul, başvurunun altı aylık hak düşürücü süre içerisinde yapılmış olmasıdır¹¹⁵. Kural olarak altı aylık bu süre, iç hukuk yollarını tüketen son kesinleşmiş kararın tebliğ veya tefhimle öğrenilmesinden itibaren işlemeye başlar¹¹⁶. Ancak iç hukukta başvurulacak bir hukuk yolu bulunmadığı için iç hukuk yollarının tüketilmesinin gerekmediği durumlarda, altı aylık süre ihlale sebebiyet veren işlemin yapıldığı ya da olayın bitiş tarihinden itibaren işlemeye başlar¹¹⁷. Son olarak belirtmek gerekir ki, bu süre hukuken hak düşürücü nitelikte bir süre olduğundan, süreye uyulmaması başvuru hakkının düşmesine neden olur¹¹⁸.

Süre koşulu, hem bireysel başvurularda hem de devletlerin birey yerine münferit bir olay hakkında devlet başvurusu yaptığı durumlarda da geçerlidir. Ancak devletlerin Sözleşme'ye yönelik sistematik ve sürekli bir ihlal iddiasıyla başka bir devlet aleyhine yaptığı devlet başvurularında süre koşulu aranmaz¹¹⁹. İç hukuk yollarının etkisiz olması nedeniyle tüketilmediği gerekçesiyle doğrudan AIHM'ye başvuru yapılan durumlarda ise, 6 aylık süre, olayın meydana geldiği tarihte işlemeye başlar¹²⁰.

1.7.3.3. Başvurunun Sonuçlandırılması

Mahkeme'ye yapılan bir ihlal başvurusu öncelikle kabul edilebilirlik koşulları bakımından incelenmektedir. Mahkeme başvurunun; imzasız olması, 6 aylık süre koşuluna uyulmamış bulunması, açıkça dayanaktan yoksun bulunması, başvuru hakkının kötüye kullanılıyor olması, başvurunun hakkında daha önce başvuru yapılmış bir konuya ilişkin olması, iç hukuk yolları tüketilmeden yapılmış olması hallerinde başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı vermektedir¹²¹.

Mahkeme, yapılan başvurunun 35. maddede düzenlenen kabul edilebilirlik şartlarını taşıdığı kanaatine varırsa, ikinci safha olan soruşturma safhasına geçer.

¹¹⁵ Çavuşoğlu, s.59; Semih Gemalmaz, *Genel Teori*, s.989

¹¹⁶ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s.62; Karen Reid, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı Birinci Kitap*, s.19

¹¹⁷ Reid, s.20; Özdek, s.59

¹¹⁸ Semih Gemalmaz, *Genel Teori*, s.989

¹¹⁹ Özbey, s.99

¹²⁰ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.88

¹²¹ Ergül, s.48 vd.; Gözlügül, s.331; Ünal, *Temel Haklar*, s.181

Mahkeme bu safhada başvuruya temel teşkil eden maddi olayları inceler (m.38). Bütün bu süreç içerisinde davanın tarafları arasında dostane bir çözüme varılamamışsa (m.39), dava yargılama ve karar safhasına geçecektir. Bu safhada Mahkeme, ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda esastan bir karar vererek başvuruyu sonuçlandırır. Mahkeme yaptığı inceleme sonucunda bir ihlalin varlığını tespit edemediği durumlarda sadece başvurunun reddine karar vermekle yetinmektedir. Mahkeme, bir ihlalin gerçekleştiğinin tespit edildiği durumlarda ise, ihlalin varlığına ilişkin bir tespit kararı vermekle yetinebileceği gibi, bu tespit kararına ilave olarak zarar gören tarafa hakkaniyete uygun bir tazminat ödenmesine de karar verebilmektedir (m.41).

1.7.4. Mahkeme Kararlarının Sonuçları ve Hukuki Niteliği

Mahkeme, hakkında kabul edilebilirlik kararı verdiği ve dostane çözüme ulaşamayan bir ihlal başvurusunu, Sözleşme hükümlerinin ihlal edilip edilmediğini tespit eden esasa dair bir hükümle sonuçlandırır¹²². Mahkeme'nin Sözleşme hükümlerinin ihlal edilip edilmediğini belirlemeye yönelik bu kararı, niteliği itibari ile bir "tespit kararı"dır¹²³. Mahkeme bir ihlalin varlığını tespit ettiği durumlarda, tespit kararının yanında bu ihlalin başvuran açısından bir zarara yol açtığı kanaatine varmışsa, tespit kararının yanında başvurana tazminat ödenmesine yönelik bir "eda kararı" da verebilmektedir¹²⁴.

Mahkeme'nin önüne gelen ihlal iddialarına ilişkin olarak verdiği mahkumiyet kararları, ya iç hukuk organlarının somut olayda Sözleşme hükümlerine aykırı hareket etmelerinden ya da konuya ilişkin olarak iç hukukta hukuki boşluk bulunması veyahut da Sözleşme hükümleri ile çatışan normlar bulunmasından kaynaklanmaktadır¹²⁵.

Hak ihlalinin iç hukuk organlarının uygulamalarından kaynaklandığı birinci durumda, iç hukukta yasal bir eksiklik bulunmamakta, sadece ülkenin idari veya adli organlarının somut bir olaydaki uygulamaları Sözleşme hükümlerini ihlal edici bir sonuç ortaya çıkarmaktadır. Söz konusu ülkenin hukuk sisteminin işleyişine ilişkin

¹²² Özdek, s.66; Özbey, s.121

¹²³ Bozkurt, s.240; Reisoğlu, s.183

¹²⁴ Reisoğlu, s.184

¹²⁵ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.126

istisnai nitelikteki bu gibi durumlarda verilen ihlal kararları, sadece davanın tarafları açısından hüküm doğurmaktadır¹²⁶.

İhlalin iç hukukta boşluk bulunmasından ya da mevcut bir hukuk kuralının Sözleşme hükümleri ile çatışmasından kaynaklandığı ikinci durumda ise, ihlal hukuk kuralının yanlış uygulanmasından değil, doğrudan hukuk sisteminin kendisinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca bu durumda, devletin etkili bir hukuk sistemi kurma “pozitif yükümlülüğü”nü ihlali söz konusu olmaktadır¹²⁷. Bu nedenle Mahkeme tarafından verilen kararlar kural olarak sadece davanın tarafları hakkında sonuç doğursa da, hukuk sistemindeki eksikliklerin giderilmemesi, ilgili devlet aleyhine sürekli olarak yeni ihlal iddialarının ve mahkûmiyet kararlarının gündeme gelmesine sebep olacağı için, bu tür davalarda verilen kararlar davanın taraflarını aşan bir etkiye sahip olmaktadır¹²⁸. Dolayısıyla anılan kararlar, ilgili devlet açısından hukuk düzenine ilişkin eksiklikleri giderme ve bunun için gerekli yasal düzenlemeleri yapma gerekliliği doğurmaktadır. Yine söz konusu kararlar, Sözleşme’nin ortak bir Avrupa kamu düzeni oluşturma amacı dolayısıyla sadece ilgili devlet değil, Sözleşme’nin tarafı olan ve söz konusu hukuki eksiklik veya boşluk kendi hukuk sisteminde bulunan diğer devletler açısından da bağlayıcı sonuçlar doğurmaktadır¹²⁹.

Mahkeme’nin verdiği kararlar, Sözleşme’nin 46. maddesi gereğince bağlayıcı niteliktedir. Bu nedenle taraf devletler Mahkeme’nin esasa ilişkin kesinleşmiş kararlarını yerine getirmek zorundadırlar¹³⁰. Sözleşme, Mahkeme’nin kesinleşmiş kararlarının yerine getirilip getirilmediğini denetleme yetkisini Bakanlar Komitesine vermiştir (m.46).

Mahkeme’nin kararlarına ilişkin dikkat edilmesi gereken bir husus da, Mahkeme kararlarının davanın tarafları hakkında hüküm doğurmasına karşın, bu kararların iç hukukta doğrudan doğruya sonuç doğurmadığıdır. Mahkeme, iç hukukta alınan kararlara karşı başvurulmuş temyiz mercii niteliğinde bir organ olmadığı için,

¹²⁶ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.126

¹²⁷ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.126 - 127

¹²⁸ Ergül, s.72

¹²⁹ Bozkurt, s.241

¹³⁰ Özbey, s.126; Gözlügül, s.335; Ergül, s.71

Mahkeme'nin kararları iç hukuk organlarının kararları üzerinde kendiliğinden "iptal", "değiştirme" ya da "bozma" şeklinde bir etki doğurmamaktadır¹³¹.

Mahkeme'nin ihlal başvurusu sonucunda esasa ilişkin olarak verdiği kararlar, taraf devlete üç farklı ödev yüklemektedir¹³².

- 1) Eğer ilgili devlet aleyhine tazminata hükmedilmişse bu miktarın ödenmesi,
- 2) İhlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için bireysel önlemlerin alınması,
- 3) Benzer yeni ihlalleri önleme için genel önlemlerin alınması.

Ancak Mahkeme'nin tespit niteliğindeki ihlal kararlarında, söz konusu kararın iç hukukta ne şekilde uygulanacağı, yani ihlal ve sonuçlarının ne şekilde ortadan kaldırılacağı, Mahkeme'nin kararlarının iç hukukta doğrudan etki doğurmaması nedeniyle doğal olarak belirtilmemektedir¹³³. Bu nedenle Sözleşme'nin mevcut sisteminde, Mahkeme'nin ihlalin varlığına ilişkin tespit niteliğindeki kararlarının iç hukukta ne şekilde yerine getirileceği hususunun taraf devletlerin takdirine bırakıldığı söylenebilir¹³⁴. Bu bağlamda Mahkeme kararlarının uygulanması konusunda ilgili devletten beklenen, hangi yöntemi kullanırsa kullansın, ihlali ortadan kaldırması, ihlalin ortaya çıkardığı olumsuz sonuçları gidermesi ve mümkünse ihlalden önceki durumu yeniden tesis etmesidir¹³⁵.

1.8. KONUYA İLİŞKİN DİĞER ULUSLARARASI BELGELER

Etkin soruşturma yükümlülüğü ülkemiz açısından Avrupa insan hakları sistemi çerçevesinde gündeme gelmiş bir kavram olsa da, yükümlülüğün doğrudan veya dolaylı olarak bağlantılı olduğu başka uluslararası belgeler de bulunmaktadır. Çalışmamızın bu bölümünde söz konusu belgeleri ana hatları ile inceleyeceğiz.

¹³¹ Bozkurt, s.241; Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s.68

¹³² Özdek, s.74

¹³³ Özdek, s.73

¹³⁴ Semih Gemalmaz, *Genel Teori*, s.1009; Ünal, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara 2001, s.407

¹³⁵ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s.68

1.8.1. Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi

II. Dünya savaşından sonra Dünya'nın diğer bölgelerinde olduğu gibi, Amerika kıtasında da insan hakları alanında çalışmalar yapılmaya başlanmıştır. Bu çalışmalar sonucu Amerika kıtasında insan hakları alanında kabul edilen ilk belge, 2 Mayıs 1948 tarihli Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi olmuştur¹³⁶. Ancak Kıta'da insan haklarına ilişkin olarak yapılan çalışmalar, hukuki bağlayıcılığı tartışılan bu bildirinin kabulü ile sona ermemiştir. 1959 yılında Amerikan Devletler Örgütü bünyesinde bir Amerikan İnsan Hakları Komisyonu kurulmasıyla da, Kıta'da insan hakları alanındaki ilk kurumsal yapılanma gerçekleştirilmiştir¹³⁷.

Amerika kıtasında insan hakları alanında atılan bu ilk adımları, 22 Kasım 1969 tarihinde imzalanan ve 1978 tarihinde yürürlüğe giren Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi takip etmiştir¹³⁸. Şimdiye kadar Sözleşme'ye, onay işlemlerini henüz tamamlamamış olan ABD ve Kanada dışında, 24 kıta ülkesi taraf olmuştur¹³⁹.

Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi, AİHS'si örnek alınarak oluşturulmuş uluslararası bir sözleşmedir. AİHS'nin Latin Amerika koşullarına uyarlanmış hali olduğu da ifade edilen¹⁴⁰ Sözleşme'nin 1. maddesi, AİHS'nin 1. maddesine paralel bir şekilde, kişi güvenliği hakkını düzenlemektedir¹⁴¹. Yine konumuz bakımından önem taşıyan yaşama hakkı, Sözleşme'nin 4. maddesi ile koruma altına alınmıştır. Buna karşın işkence yasağı Sözleşme'de müstakil bir madde ile düzenlenmemiş, yasağa Sözleşme'nin 25. ve 26. maddelerinde kısmen yer yerilmiştir¹⁴². Sözleşme'nin işkence yasağına ilişkin bu eksikliği, Amerika Devletler Örgütü tarafından 1985 yılında kabul edilen Amerikalılararası İşkencenin Önlenmesi ve

¹³⁶ Bozkurt, s.89; Önok, s.14. Bildirinin metni için bkz. [http://www.canaktan.org/hukuk/insan_haklari/ yirminci-yuzyilda/amerikan-insan-haklari.htm](http://www.canaktan.org/hukuk/insan_haklari/yirminci-yuzyilda/amerikan-insan-haklari.htm). Amerika Kıtasına İlişkin İnsan Hakları Belgelerinin Türkçe ve İngilizce tam metinleri için ayrıca bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Belgeleri Cilt III*, Boğaziçi Üniversitesi Yayinevi, İstanbul 2003

¹³⁷ Semih Gemalmaz, Genel Teori, s.1254

¹³⁸ Döner, s.130; Gözlügöl, s.125. Sözleşme'nin metni için bkz.[http://www.hrcr.org/docs/American_Convention /oashr.html](http://www.hrcr.org/docs/American_Convention/oashr.html)

¹³⁹ Bozkurt, s.91

¹⁴⁰ Anayurt, Ömer, “İnsan Hakları Bölgesel Koruma Sistemlerinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”,

İlyas Doğan (Ed.), *İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü*, (ss. 181-213), Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı, Ankara 2009, s.187; Gözlügöl, s.125

¹⁴¹ Döner, s.130

¹⁴² Semih Gemalmaz, Genel Teori, s.1268; Önok, s.142

Cezalandırılması Sözleşmesi ile giderilmiştir¹⁴³. Böylece işkence, Amerikan insan hakları sisteminde müstakil bir sözleşme ile düzenleme altına alınmıştır¹⁴⁴.

Amerika kıtasının insan hakları sistemi, Komisyon ve Mahkeme'den oluşan ikili bir denetim mekanizmasına sahiptir. Denetim mekanizmalarından ilki, bildirgenin denetim organı olarak 1959 yılında Amerikan Devletler Örgütü bünyesinde kurulmuş olan Amerikan İnsan Hakları Komisyonudur. Yedi bağımsız uzmandan oluşan Komisyon'un kararları bağlayıcı değildir. Bu açıdan Komisyon, sadece yapılan ihlal başvurularına ilişkin olarak raporlar hazırlamak ve bunu kamuoyuyla paylaşmak gibi yarı yargısal yetkilere sahip bir organdır¹⁴⁵.

Denetim mekanizmalarının ikincisi, Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde 1979 yılında kurulan Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesidir¹⁴⁶. Yedi bağımsız uzman hâkimden oluşan Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi Komisyon'un aksine, önüne getirilen davalar hakkında hukuken bağlayıcı karar verme yetkisine sahip yargısal bir organdır¹⁴⁷. Bunun yanısıra Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin de AİHM gibi istişari mütalaa verme yetkisi bulunmaktadır¹⁴⁸.

Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel ve devlet başvurusu şeklinde iki farklı şekilde başvuru yapılabilmektedir. Ancak sistem içerisinde bireysel başvuru zorunlu iken devlet başvurusu yapılabilmesi, aleyhine devlet başvurusu yapılacak devletin Mahkeme'nin bu konudaki yetkisini ayrıca tanımış olmasına bağlıdır¹⁴⁹.

1.8.2. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı

İnsan haklarına ilişkin olarak Afrika kıtasında hazırlanan en önemli belge, 27.06.1981 tarihinde imzalanıp 21.10.1986 tarihinde yürürlüğe giren Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı (Afrika Şartı) dır¹⁵⁰.

¹⁴³ Sözleşme'nin metni için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Belgeleri Cilt III*, Boğaziçi Üniversitesi Yayinevi, İstanbul 2003

¹⁴⁴ Bozkurt, s.93

¹⁴⁵ Semih Gemalmaz, Genel Teori, s.1255 vd.

¹⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, *Genel Teori*, s.1275 vd.; Önok, s.142, 144

¹⁴⁷ Halil Kalabalık,, *İnsan Hakları Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara 2009, s.437

¹⁴⁸ Önok, s.145; Kalabalık, s.437

¹⁴⁹ Döner, s.131

¹⁵⁰ Semih Gemalmaz, Genel Teori, s.1355; Bozkurt, s.99. Şartın metni için bkz. http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/ayrimcilik_yasaginin_kapsami/ayrimcilik_yasagi_afrika_insan_ve_halklarin_

Afrika Şartı da, benzer nitelikteki insan hakları belgeleri gibi, birçok hak ve özgürlüğü koruma kapsamına aldığı gibi, diğer belgelerden farklı olarak insanların hakları dışında halkların haklarını da koruma altına almıştır¹⁵¹. Bu bağlamda konumuz açısından önem taşıyan yaşama hakkı, Şart'ın üçüncü, işkence yasağı ise beşinci maddesinde düzenlemiştir¹⁵².

Şart, koruma altına aldığı hakların etkin bir biçimde korunmanın sağlanması için bir de denetim mekanizması getirmiştir. Bu amaçla, ilk olarak Şart'ın denetim organı olarak Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu adı ile yargısal nitelik taşımayan bir komisyonun kurulması kabul edilmiştir¹⁵³. Onbir uzmandan oluşan Komisyon'a Afrika kıtasında insan hakları bilincinin gelişmesi için faaliyette bulunma, Şart'ın hükümlerini yorumlama, bireysel ve devlet başvurularını inceleme gibi yetkiler tanınmış olsa da, hukuken bağlayıcı yargısal karar verme yetkisi tanınmamıştır¹⁵⁴. Bu durum Komisyonun sağladığı yarı yargısal nitelikteki denetim mekanizmasının yetersizliğinin zaman içerisinde ortaya çıkmasına sebep olmuş ve Afrika Birliği Örgütü tarafından 1998 yılında kabul edilen ek bir protokol ile yargısal nitelikte bir denetim mekanizmasının oluşturulmasına karar verilmiştir. Bu çerçevede Şart'ın hükümlerinin denetimini yapması amacıyla, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi adıyla yargısal nitelikte bir denetim organı kurulmuştur. Bu Mahkeme Ek Protokolün yürürlüğü girdiği 15.01.2004 tarihi itibarıyla faaliyetlerine başlamıştır¹⁵⁵. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi muadilleri olan Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi ve AIHM gibi hem istişari hem de yargısal yetkilere sahip bir mahkemedir¹⁵⁶.

1.8.3. Birleşmiş Milletler Otopsi Protokolü – Minnesota Protokolü

Tam adı “*Yasadışı, keyfi ve yargısız infazların yasal soruşturulması için model protokol (United Nations Manual on the Effective Prevention and Investigation of Extra-Legal, Arbitrary and Summary Executions)*” olan protokol, ölümler üzerindeki

haklari_sarti.pdf. Ayrıca Afrika Kıtasına İlişkin İnsan Hakları Belgelerinin Türkçe ve İngilizce tam metinleri için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Belgeleri Cilt III*, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2003

¹⁵¹ Melike Batur Yamaner, Uluslararası İnsan Hakları Ve İnsancıl Hukuk İlişkisi, *Erdoğan Teziç'e Armağan*, s.139; Döner s.133

¹⁵² Bozkurt s.99; Önok, s.148

¹⁵³ Semih Gemalmaz, Genel Teori, s.1360; Döner, s.133

¹⁵⁴ Önok, s.149

¹⁵⁵ Semih Gemalmaz, Genel Teori, s.1383 vd.; Kalabalık, s.443

¹⁵⁶ Kalabalık, s.444

işkencenin tespitini sağlamak amacıyla Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilmiş bulunan bir model otopsi protokolüdür¹⁵⁷.

Bütün Dünya’da uygulanabilecek bir model otopsi protokolü hazırlama düşüncesi ilk olarak 1970’li yıllarda ortaya çıkmıştır. Soğuk Savaşın hüküm sürdüğü bu yıllarda politik cinayetler ile yasadışı, keyfi ve yargısız infazlarda yaşanan artışa rağmen bu ölümlerin belgelendirilmesinde birtakım zorluklarla karşılaşılması bir otopsi protokolünün hazırlanması düşüncesinin temelini oluşturmuştur. 1978 -1986 yılları arasında BM tarafından konuya ilişkin olarak bir dizi tavsiye kararı alınması da protokolün hazırlanması açısından itici bir güç oluşturmuştur¹⁵⁸.

Model otopsi protokolünün hazırlanmasına yönelik ilk çalışmalara Latin Amerika kökenli yasadışı göçmenlere yönelik faili meçhul cinayetlerin sıklıkla görüldüğü Minnesota’da, 1980’li yıllarda başlanmıştır. Protokol’ün hazırlıkları adli tıp uzmanları, avukatlar ve insan hakları savunucularının katılımıyla sürdürülen bu çalışmaların sonucunda birkaç yıl içerisinde tamamlanmıştır¹⁵⁹.

Minnesota’da hazırlandığı için Minnesota protokolü olarak da anılan protokol, BM Suçla Mücadele ve Kontrol Komitesi tarafından benimsenmesinin ardından 24 Mayıs 1989’da BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi, 15 Aralık 1989’da BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir. Böylece BM belgesi haline gelen Protokol, 1991 yılında yürürlüğe girmiştir¹⁶⁰.

Protokol¹⁶¹; soruşturmanın amacı, soruşturmanın yöntemleri (olay yeri incelemesi, kanıtların düzenlenmesi, araştırma alanları, kişisel tanıklıklar) ve soruşturma komisyonu gibi alt bölümlerden oluşmaktadır. Bu alt başlıklardan başka, şüpheli ölümlerinde otopsinin ne şekilde yapılması gerektiğini anlatan bir model otopsi rehberi de protokol metninde bulunmaktadır. “Soruşturmanın amacı” başlıklı B bölümünde ise belgenin hazırlanma amacı, şüpheli bir ölümün ardındaki maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için gerekli olan delillerin elde edilmesinin belli bir standarda bağlanması olarak belirtmiştir¹⁶².

¹⁵⁷ Protokol hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Esin Akgül, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı İhlali Olgularının Adli Tıp Boyutu, Adli Tıp Kurumu Başkanlığı, İstanbul, 2002, s.21 vd.; Turan Güzeloğlu, “Birleşmiş Milletler Otopsi Protokolü (Minnesota Otopsi Protokolü)”, (Erişim Tarihi 08.02.2010) <http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/32say%C4%B1.pdf>

¹⁵⁸ <http://www1.umn.edu/humanrts/instreet/executioninvestigation-91.html>

¹⁵⁹ Lawson ve Bertucci, s.486 vd.

¹⁶⁰ Turan Güzeloğlu, Otopsi Protokolü; Lawson ve Bertucci, s.486

¹⁶¹ Protokolün metni için bkz. <http://www1.umn.edu/humanrts/instreet/executioninvestigation-91.html>.

¹⁶² Bu konuda ayrıntılı bilgi için protokolün “soruşturmanın amacı” başlıklı B bölümüne bakılabilir.

Minnesota Protokolü de, aşağıda ele alacağımız İstanbul Protokolü gibi, bir uluslararası hukuk sözleşmesi değil, temelde bağlayıcılığı olmayan, tavsiye niteliğinde uluslararası hukuk metnidir. Ancak AİHM'nin verdiği kararlarda, Protokole uygulanması gereken bir belge olarak atıf yaptığı da görülmektedir¹⁶³. Örneğin Mahkeme, 10 Nisan 2001 tarihli Tanlı/Türkiye davasında BM Otopsi Protokolüne atıf yaparak Protokolün uygulanması gereken bağlayıcı bir belge olduğunu “*Birleşmiş Milletler tarafından 1991 yılında kabul edilen Yasadışı, Keyfi ve Kısa İnfazların Önlenmesi ve Araştırılması Hakkındaki Kılavuz, savcılar ve tıbbi personel tarafından yürütülen otopsiler için bir rehber oluşturması için bir Otopsi Protokol Modeli içermektedir*” şeklinde ifade etmiştir¹⁶⁴. Bu nedenle, Protokol’ün AİHS’ne taraf olan devletler açısından otopsi işlemlerine ilişkin olarak uyulması gerekli, bağlayıcı bir belge olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

1.8.4. Birleşmiş Milletler İşkence Protokolü - İstanbul Protokolü

AİHS'nin 3. maddesinde düzenlenmiş bulunan işkence yasağı, koruduğu değerlerin niteliği açısından, emredici nitelikte (jus cogens) kabul edilen bir uluslararası hukuk kuralıdır¹⁶⁵. İşkence yasağı, bu hukuki niteliği nedeniyle birçok uluslararası insan hakları belgesinde düzenlenmiştir. Ancak yasağın emredici nitelikte bir uluslararası hukuk kuralı olması ve yasağa birçok uluslararası hukuk belgesinde yer verilmiş olması işkence vakıalarının bütün Dünya’da yaygın olarak yaşanmasına engel olmamıştır¹⁶⁶. Bu durum, işkencenin sadece hukuki düzenlemelerle önlenemeyeceğini, işkencenin önlenemesinin uluslararası ölçekte etkin bir biçimde mücadele edilmesine bağlı olduğunu göstermiştir.

¹⁶³ Güzeleğlü, Otopsi Protokolü; Cengiz Başak, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Göz Altında İnsan Hakları İhlalleri” <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/284/2591.pdf>, s.47. Ayrıca bkz. 31 Mart 2005 tarihli Adalı/Türkiye kararı, prg.232.

¹⁶⁴ 10 Nisan 2001 tarihli Tanlı/Türkiye kararı, prg.107. <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/aihmktliste.asp>. Mahkeme, 1 Temmuz 2003 tarihli Finucane/Birleşik Krallık kararının 56-59. paragraflarında da BM otopsi protokolüne uyulması gereken bağlayıcı bir belge olarak atıf yapmıştır. Kararın İngilizce tam metnine <http://www.patfinucanecentre.org/pf/echr0307.html> ulaşılabilir. Mahkeme’nin anılan protokole atıf yaptığı bir diğer kararı ise 04 Mayıs 2001 tarihli Hugh Jordan/Birleşik Krallık kararıdır. Mahkeme söz konusu kararın 90-92. paragraflarında Minnesota protokolünün etkin soruşturmaya ilişkin hükümlerine atıf yaparak söz konusu belgenin akit devletler açısından etkin soruşturma yükümlülüğü açısından dikkate alınması gereken bağlayıcı bir belge olduğunu göstermiştir. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

¹⁶⁵ Önok, s.60

¹⁶⁶ Şebnem Korur Fincancı, “İstanbul Protokolü” *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı*, TBB Yay., Ankara 2004, s.161

İşkence olayları ile etkin bir biçimde mücadele edilebilmesinin başta kamu görevlileri olmak üzere, toplumu oluşturan herkesin işkence karşıtı bir tavır sergilemesine bağlı olduğu kuşkusuzdur. Ancak bu hususun tek başına yeterli olmayacağı da açıktır. İşkence ile etkin bir biçimde mücadele edilebilmesi açısından en önemli husus ihlal iddialarının etkin bir biçimde soruşturulması ve ihlal tespit edilmişse faillerin cezalandırılmasıdır. İşkence iddialarına yönelik bir soruşturmada maddi gerçeğin tespiti ise ancak olaya ilişkin tıbbi delillerin sağlıklı bir biçimde toplanabilmesi durumunda mümkün olacaktır¹⁶⁷.

İşkence iddialarının hızlı, tarafsız ve bilimsel olarak soruşturulması ve belgelendirilmesi konusunda uluslararası alanda yeknesaklığı sağlayacak bir protokolün hazırlanmasını sağlama düşüncesi, ilk olarak 1996 yılının Mart ayında Adana’da yapılan bir uluslararası toplantıda kararlaştırılmıştır. Bu karar doğrultusunda, Adana toplantısından sonra aralarında Türkiye’nin de bulunduğu 15 ülkeden uzmanların katılımı ile gerçekleştirilen 3 yıllık bir hazırlık çalışması sonunda Protokolün ilk taslağı hazırlanmıştır. Protokol’e son şekli ise, 1999 yılının Mart ayında İstanbul’da gerçekleştirilen uluslararası bir çalıştay da verilmiştir¹⁶⁸.

Tam adı “*İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi için El Klavuzu (The Manual on Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)*” olan ancak İstanbul’da hazırlandığı için kısaca İstanbul Protokolü olarak da anılan protokol, 20 Nisan 2000 tarihinde BM İnsan Hakları Komisyon’unda, 4 Aralık 2000 tarihinde de BM Genel Kurul’unda kabul edilmiş ve BM belgesi haline gelmiştir¹⁶⁹.

İstanbul Protokolü, hukuki açıdan bir uluslararası hukuk sözleşmesi değil, BM Genel Kurul kararlarının hukuken tavsiye niteliğinde olması nedeniyle, tavsiye gücünde

¹⁶⁷ Kök, A.Nezih, “İstanbul Protokolü Bağlamında Hekime Ulaşma Hakkı ve Hekimin Uymakla Yükümlü Olduğu Etik İlkeler”, İlyas Doğan (Ed.), *İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü*, (ss.65 -74) Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı, Ankara 2009, s.67; Fincancı, Şebnem Korur, “İşkence ve hekimin sorumluluğu” <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/dkaynak/dkaynak.htm>

¹⁶⁸ Tarihsel süreç hakkında bkz.Fincancı, s.160; Ayrıca protokolün tam metni için bkz. [http:// www.tb.org.tr/eweb/istanbul_prot/ist_protokolu.html](http://www.tb.org.tr/eweb/istanbul_prot/ist_protokolu.html)

¹⁶⁹ Kaya, s.78

bir rehber belgedir¹⁷⁰. Ancak AİHM'nin verdiği kararlarda Protokol'ü uygulanması gereken bağlayıcı bir belge olarak kabul ettiğini görmekteyiz¹⁷¹. Örneğin 3 Haziran 2004 tarihli Batı ve diğerleri/Türkiye davasında Mahkeme çalışma konumuz olan etkin soruşturma kavramına ilişkin olarak İstanbul Protokol'ünden alıntılar yapmış bu yaklaşımını müteakip kararlarında da sürdürmüştür¹⁷². Bu nedenle protokolün Sözleşme'ye taraf olan devletler açısından uyulması gerekli, bağlayıcı bir belge olduğu söylenebilir.

¹⁷⁰ Eren, Abdurrahman, "Birleşmiş Milletler Sisteminde İşkence Yasağı ve Koruma Mekanizmaları", İlyas Doğan (Ed.), *İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü*, (ss.119 -180) Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı, Ankara 2009, s.130

¹⁷¹ Doğru, İşkence, s.171

¹⁷² 3 Haziran 2004 Tarihli Batı/Türkiye kararı, prg.100. Aynı yönde 20 Ekim 2004 tarihli Mehmet Emin Yüksel/Türkiye kararı, prg.29

İKİNCİ BÖLÜM

ETKİN SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ: KAVRAM VE UNSURLAR

2.1. GENEL OLARAK

AİHS'yi kendisinden önceki insan hakları belgelerinden ayıran en önemli özelliği, koruma altına aldığı haklara yönelik ihlal iddialarını incelemek için bir denetim mekanizması kurmuş olmasıdır. Koruma altına aldığı haklar bakımından daha yeni tarihli insan hakları belgelerinin gerisinde kalan Sözleşme, bu özelliği sayesinde denetim organı tarafından verilen kararlarla günün şartlarına uyarlanabilmektedir. Bu nedenle AİHS'nin koruma alanı denetim organlarının verdiği kararlarla zaman içerisinde genişlemiş ve Sözleşme'nin metninde yer almayan birçok kavram ve yükümlülük Sözleşme'nin koruma alanına dâhil edilmiştir¹⁷³. “Etkin soruşturma yükümlülüğü” de, Sözleşme'nin metninde yer almayıp, Mahkeme'nin içtihatlarıyla Sözleşme'nin koruma alanına dâhil ettiği kavram ve yükümlülüklerden birisidir^{174,175}.

Etkin soruşturma yükümlülüğü Sözleşme'nin 2. veya 3. maddelerinden birinin ihlaline bağlı olarak ortaya çıkan bir yükümlülüktür. Dolayısıyla yükümlülüğün maddi

¹⁷³ Er, s.46; Özdek, s.336

¹⁷⁴ Etkin soruşturma yükümlülüğü ve diğer pozitif yükümlülükler AİHS'nin koruma alanına Mahkeme'nin içtihatları ile dahil edilmiş olsa da benzeri yükümlülükleri normatif olarak düzenleyen metinlerde bulunmaktadır. Bunlardan birincisi 10 Aralık 1984 tarihli “İşkence ve Diğer Zalimane Gayrıinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”dir. Anılan Sözleşme'nin 12. maddesinde “*her taraf devlet, yetkisi altındaki ülkelerde bir işkence eyleminin işlendiğine inanmak için ciddi sebeplerin bulunduğu her halde, yetkili mercilerin derhal ve tarafsız soruşturma yürütmelerini sağlayacaktır.*” ifadeleri ile işkence vakıalarına yönelik olarak bir soruşturma yükümlülüğü öngörülmüştür. Yine her ne kadar tavsiye niteliğinde bir belge olsa da İstanbul Protokolünün IV. bölümünün C bendi işkence vakıalarının etkin soruşturulmasını düzenlemektedir. Yine konuya ilişkin bir başka uluslararası metin olan Minnesota Protokolünün III. Bölümünün B kısmında yaşama hakkına yönelik ihlallerinin etkin soruşturulmasına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Bu nedenle Mahkeme'nin anılan yaklaşımının 1950'li yıllarda kabul edilen ve hazırlandığı dönemin insan hakları anlayışını yansıtan AİHS'yi günümüz insan hakları standartlarına uyarlama çabasının bir sonucu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim benzer bir yaklaşım Ame.İ.H.M. tarafından da sergilenmiştir. Ame.İ.H.M., 1988 yılında verdiği Velasquez Rodriguez/Honduras kararı ile devletlerin hem bireyleri korumaya yönelik özen yükümlülüğünün varlığına hem de ihlaller karşısında etkin soruşturma yükümlülüğünün varlığına karar vermiştir. Ame.İ.H.M.'nin anılan kararı uluslararası hukukta bir Mahkeme'nin etkin soruşturma yükümlülüğüne ilişkin olarak verdiği ilk karar niteliğindedir. Karar hakkında bilgi için bkz. İlyas Doğan ve Abdülkadir Akıl, “İstanbul Protokolü İlkeleri Işığında İşkence'nin Soruşturulması”, İlyas Doğan (Ed.), *İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü*, (ss.47 -64) Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı, Ankara 2009, s.55. Işıl Karakaş, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yaşam Hakkı:Mc Cann'dan Kaya ve Ötesine” *GÜHFD Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan*, 2002/1, Ocak 2002, s.60'da 10 nolu dipnot.

¹⁷⁵ Nitekim AİHM'nin içtihatları ile Sözleşme'nin koruma alanını genişletmesinde daha yeni tarihli insan hakları belgelerini referans aldığı 18 Aralık 1996 tarihli Aksoy/Türkiye davasındaki şu ifadelerinde açıkça görülmektedir (prg.98): “... Bir işkence fiilinin işlendiğine inanmak için makul nedenler bulunduğu takdirde, ‘derhal ve tarafsız’ bir soruşturma yapma yükümlülüğü yükleyen İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Onur Kırıcı Muamele ve Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 12. maddesindeki gibi bir hükmün, bu Sözleşme'de bulunmadığı açıktır. Ancak Mahkeme'nin görüşüne göre böyle bir gereklilik, Sözleşme'nin 13. maddesindeki ‘etkili hukuk yolu’ kavramının içinde zımnen yer alır (bk. yukarıda belirtilen Soering kararı, parag. 88)”.

haklar bağlamında dayanağını Sözleşme'nin 2 ve 3. maddeleri oluşturmaktadır. Ancak yükümlülük her ne kadar Sözleşme'nin 2. veya 3. maddelerinde düzenlenen haklardan birinin ihlaline bağlı olarak ortaya çıksa da, Mahkeme'nin yükümlülüğün hukuki dayanağına ilişkin içtihadı parçalı bir görünüm arz etmektedir. Bugün itibarıyla, Mahkeme uygulamasında yükümlülüğün hukuki dayanaklarının ikili bir görünüme sahip olduğu söylenebilir.

Yükümlülüğün hukuki kaynaklarından birincisini müstakil olarak Sözleşme'nin 13. maddesi ve maddede düzenlenen etkili başvuru hakkı oluşturmaktadır. Yükümlülüğün hukuki kaynakların ikincisi ise, birincisine göre daha parçalı bir yapıdadır: Bu, duruma göre Sözleşme'nin 2 veya 3. maddesi ile birlikte 1. maddesi ve büyük ölçüde anılan maddeden doğan pozitif yükümlülükler teorisi. Mahkeme, yükümlülüğü hukuken bu şekilde temellendirdiği içtihatlarında ayrıca 13. maddeye dayanma ihtiyacı duymamakta ve yükümlülüğü doğrudan 2. veya 3. maddeden doğan usuli bir pozitif yükümlülük olarak nitelendirmektedir¹⁷⁶.

Mahkeme tarafların etkin soruşturma yükümlülüğü altında bulunduğu ilişkin ilk kararını 27 Eylül 1995 tarihli *Mc Cann/Birleşik Krallık* davasında vermiştir¹⁷⁷. Etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle mahkumiyet kararı verilen ilk dava ise 18 Aralık 1996 tarihli *Aksoy/Türkiye* davası olmuştur¹⁷⁸. Ancak Mahkeme anılan karardan bu yana konuya ilişkin olarak zengin bir içtihadî birikim oluşturmaya rağmen bu güne kadar yükümlülüğün genel bir tanımını vermediği gibi, yükümlülüğün bir ceza soruşturmasının yürütülmesine yönelik olarak taraf devletlere yüklediği mükellefiyetleri de tahdidi olarak saymamıştır¹⁷⁹. Bu nedenle devletlerin etkin soruşturma yükümlülüklerinin önceden tayin edilmiş kapsam ve sınırları bulunmadığını, soruşturmanın etkinliğinin derecesi ve eşliğinin her dava için farklı olduğunu¹⁸⁰ söylemek gerekir. Yinede verilen kararlarda yükümlülüğe ilişkin olarak bazı temel

¹⁷⁶ Durmuş Tezcan, M.Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Murat Önok, *İnsan Hakları El Kitabı*, Seçkin Yay., Ankara 2006, s.69; Douwe Korff, *İnsan Hakları El Kitapları, No.8: Yaşam Hakkı, Avrupa Konseyi Yay.*, Brüksel 2006, s.35 vd.

¹⁷⁷ 27 Eylül 1995 tarihli *Mc Cann/Birleşik Krallık* kararı, prg.161.

¹⁷⁸ Doğru, *İşkence*, s.166. Mahkeme'nin Sözleşmenin tarafı olan devletlerin etkin soruşturma yükümlülüğü altında bulunduğu dair ilk kararı 27 Eylül 1995 tarihli *Mc Cann/Birleşik Krallık* kararıdır. Ancak Mahkeme Sözleşmenin 2. maddesinin esastan ihlal edildiği sonucuna vardığı bu davada yükümlülüğün bahsetmesine karşın davayı bu açıdan incelememiştir. Mahkeme'nin etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle bir devlet hakkında mahkumiyet kararı verdiği ilk dava ise işkence yasağının ihlaline ilişkin 18 Aralık 1996 tarihli *Aksoy/Türkiye* davası olmuştur. Bunu 2. maddenin ihlaline ilişkin 19 Şubat 1998 tarihli *A. Kaya/Türkiye* davası izlemiştir.

¹⁷⁹ 18 Mayıs 1999 tarihli *Velikova/Bulgaristan* kararı, prg.80; 17 Mart 2005 *Gezici/Türkiye* kararı, prg.57

¹⁸⁰ 20 Nisan 2004 tarihli *Buldan/Türkiye* kararı.

ilkeleri istikrarlı bir biçimde vurgulamaktadır: “*Ana ilkeler itibari ile etkili ve eksiksiz bir soruşturmadan söz edilebilmesi için soruşturmanın suça karışanlardan bağımsız bir organ tarafından, başvuranların katılımı sağlanarak yürütülmesi, eksiksiz ve titiz bir şekilde yapılması, kamu denetimine açık olması, ihlalden sorumlu olanların belirlenmesi ve cezalandırılması konularında sonuca götürülebilecek nitelikte olması gereklidir. Ayrıca kamuoyunun güvenini korumak ve yasadışı eylemlere göre her türlü hoşgörü ya da suç ortaklığı izleniminden kaçınmak amacıyla soruşturmada gerekli olan ivedilik ve özen gösterilmelidir*”¹⁸¹.

Buna göre bir soruşturmanın etkin sayılması için suça karışmış olma ihtimali bulunan kişilerden bağımsız olarak yürütülmesi, ivedilikle başlanmış, titizlikle yürütülmüş ve makul süre içerisinde bitirilmiş olması ve 13. maddede düzenlenmiş bulunan etkin başvuru hakkının gereklerini karşılayan bir soruşturma olması gerekmektedir. Dolayısıyla Mahkeme'nin belirlediği bu ilkeler çerçevesinde kavram; AİHS'nin 2. ve 3. maddelerinde düzenlenmiş haklardan birinin ihlal edildiğine dair “*savunulabilir bir iddianın*” varlığı veya bu hakları ihlal şüphesinin yetkili mercilerce kendiliğinden öğrenilmesi halinde, olayları tespit ve faillerini cezalandırmaya yönelik, ivedilikle başlanıp makul süre içerisinde bitirilmiş, bağımsız organlarca ve kamunun denetimine açık bir biçimde yürütülen ipso facto, araçsal bir yükümlülük olarak tanımlanabilir.

AİHM 01 Temmuz 2003 tarihli Finucane/Birleşik Krallık davasında da yükümlülüğün gereklerini resmi bir soruşturmanın yapılması, soruşturmayı olaylara karışanlardan ayrı bağımsız kişilerin yürütmesi, soruşturmanın olayları ve sorumlularını ortaya çıkarmaya muktedir olması, soruşturmanın ivedilikle yapılması, makul hızla yürütülmesi ve soruşturmanın kamunun denetimine açık olması ya da en azından mağdurun veya yakın akrabalarının sürece müdahil olmasına imkan vermesi olarak belirtmiştir¹⁸².

¹⁸¹ Cengiz, Serkan, Fahrettin Demirağ, Teoman Ergül, Jeremy Mc Bride ve Durmuş Tezcan, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*, TBB Yayınları, Ankara 2008, s.10; Nitekim İstanbul Protokolü'nde konuyu düzenleyen III. bölümünün C bendinde etkin soruşturma yükümlülüğü açısından benzeri unsurlara yer vermiştir.

¹⁸² 1 Temmuz 2003 tarihli Finucane/Birleşik Krallık kararı, prg. 67. Kararın bu yönüne ilişkin olarak bkz. Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok, s.78. Kararın konuya ilişkin kısmının metni için bkz. Lech Garlicki, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Yaşam Hakkı” *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı*, TBB Yay.,Ankara 2004, s.85-87. Kararın İngilizce tam metnine <http://www.patfinucanecentre.org/pf/echr0307.html> adresinden ulaşılabilir. Mahkeme'nin etkin soruşturma yükümlülüğü konusundaki bir başka emsal içtihatı için ise bkz. 4 Mayıs 2001 tarihli Hugh Jordan/Birleşik Krallık kararı (prg.105 vd) dır. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

Bu sebeple etkin soruşturma yükümlülüğünün kavramsal açıdan inceleneceği çalışmanın bu İkinci Bölümünde öncelikle yükümlülüğün maddi ve hukuki dayanaklarını oluşturan Mahkeme'nin pozitif yükümlülükler teorisi ile Sözleşme'nin 2, 3 ve 13. maddeleri incelenecektir. Bunu takiben de etkin soruşturma yükümlülüğünün gerekleri bağlamında bir ceza soruşturmasında bulunması gereken temel unsurların neler olduğu ele alınacaktır.

2.2. ETKİN SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN MADDİ ve HUKUKİ DAYANAKLARI

2.2.1. Genel Olarak

Etkin soruşturma yükümlülüğü Sözleşme'de açıkça düzenlenmemiş olup AİHM'nin içtihatları ile ortaya çıkmış bir yükümlülüktür. Mahkeme, 2. veya 3. maddeye yönelik ihlal iddialarına ilişkin olarak, Sözleşme'nin tarafı olan devletlerin etkin bir soruşturma yürütme yükümlülüğü altında bulunduğu 1990'lı yılların ikinci yarısında sonuçlandığı bir dizi davada karar vermiştir.

Sözleşme'nin tarafı olan devletlerin böylesi bir yükümlülük altında bulunduğu ilk olarak, 2. maddeye ilişkin *Mc Cann/İngiltere*¹⁸³ ve *Kaya/Türkiye* davaları¹⁸⁴ ile 3. maddeye ilişkin *Aksoy/Türkiye*¹⁸⁵ ve *Assenov/Bulgaristan*¹⁸⁶ davalarında karar verilmiştir. Anılan kararlar ile birlikte Sözleşme'nin tarafı olan devletlerin 2. ve 3. maddelerine yönelik bir ihlal iddiasının varlığı halinde, bu iddiaya yönelik olarak etkin bir resmi soruşturma yürütme yükümlülüğü altında bulunduğu ortaya çıkmıştır¹⁸⁷. Bu yaklaşım Mahkeme'nin 2. ve 3. maddelere yönelik müteakip kararlar ile de sürmüştür.

Mahkeme'nin konuya ilişkin içtihatları doğrultusunda yükümlülüğün maddi dayanağını Sözleşme'nin 2. maddesi ile koruma altına alınmış olan yaşama hakkı ile 3. maddesiyle koruma altına alınmış olan işkence ve kötü muamele yasağı oluşturmaktadır. Bu bağlamda önemli bir husus da, yükümlülüğün maddi dayanağına ilişkin içtihadının bu güne kadar değişmediğidir.

¹⁸³ *Mc Cann ve Diğerleri/Birleşik Krallık* kararı. Karar için bkz. Doğru, Cilt 3, s.474

¹⁸⁴ 19 Şubat 1998 tarihli *A. Kaya/Türkiye* kararı. Karar için bkz. Doğru, Cilt 4, s.1

¹⁸⁵ 18 Aralık 1996 tarihli *Aksoy/Türkiye* kararı prg.98. Karar için bkz. Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Cilt 3*, Legal Yay., İstanbul 2008, s.596

¹⁸⁶ 28 Ekim 1998 tarihli *Assenov/Bulgaristan* kararı. Karar için bkz. Doğru, İşkence, s.168

¹⁸⁷ Doğru, İşkence, s.166 vd.

AİHM'nin yükümlülüğün hukuki dayanaklarına ilişkin yaklaşımı ise, maddi dayanaklara göre daha karmaşıktır. Zira konuya ilişkin kararlarında yükümlülüğün hukuki dayanaklarının somut olayın özelliklerine göre farklılaşma gösterdiği görülmektedir. Bununla birlikte Mahkeme'nin uygulamasında yükümlülüğün hukuki dayanaklarının ikili bir görünüme sahip olduğu söylenebilir.

Yükümlülüğün hukuki kaynaklarından birincisini, müstakil olarak Sözleşme'nin 13. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkı oluşturmaktadır. Mahkeme konuya etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle mahkumiyet kararı verdiği ilk dava olan Aksoy/Türkiye kararında, yükümlülüğün hukuki dayanağı olarak Sözleşme'nin 13. maddesine işaret etmiş ve bu yaklaşımını müteakip kararları ile bu güne kadar devam ettirmiştir¹⁸⁸. Yükümlülüğün Sözleşme'nin 13. maddesine dayandırıldığı içtihatlarda başkaca bir maddeye dayanma ihtiyacı duyulmamış yükümlülüğün maddede zımnen yer aldığı belirtilmiştir. Dolayısıyla Sözleşme'nin 2. veya 3. maddelerinden birisine yönelik bir ihlal iddiasının varlığı halinde taraf devletlerin 13. madde çerçevesinde etkin soruşturma yürütme yükümlülükleri bulunmaktadır.

Yükümlülüğün hukuki kaynaklarından ikincisi, birincisine göre daha karmaşıktır. Buna göre yükümlülüğün hukuki dayanağını, somut olaya göre Sözleşme'nin 2. veya 3. maddesi ile birlikte büyük ölçüde 1. maddeden doğmuş olan pozitif yükümlülükler teorisi oluşturmaktadır. Örneğin Aksoy/Türkiye davasından sonra hükme bağlanan 2. maddeye ilişkin Mc Cann/İngiltere, Kurt/Türkiye ve 3. maddeye ilişkin Assenov/Bulgaristan kararlarında, yükümlülüğün doğrudan 2. veya 3. maddelerden kaynaklanan bir yükümlülük olduğu ifade edilmiştir¹⁸⁹. Mahkeme bu kararlarında, Sözleşme'nin "*insan haklarına saygı yükümlülüğü*" üst başlığını taşıyan 1. maddesini de bir nevi destek ölçü norm olarak kullanmıştır¹⁹⁰. Mahkeme, konuyu pozitif yükümlülükler teorisi çerçevesinde ele aldığı bu içtihatlarında, etkin soruşturma yükümlülüğünün 2. veya 3. maddelerin içerisinde zımnen yer alan usulî bir pozitif yükümlülük olduğuna karar vermiştir¹⁹¹.

¹⁸⁸ Bu konu daha ayrıntılı bilgi için çalışmanın 83. sayfasına bakılabilir.

¹⁸⁹ Bu konu daha ayrıntılı bilgi için çalışmanın 61. ve 73. sayfalarına bakılabilir.

¹⁹⁰ Doğru, s.166; Gözübüyük ve Gölçüklü, s.167

¹⁹¹ Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/İşkence Yasağı) Analizi*, Ankara Barosu Yay., Ankara 2007, s.233; Özdek, s.134; Korff, s.36. Ayrıca bkz. 17 Şubat 2004 tarihli İpek/Türkiye kararı prg.169: "*Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesindeki yaşamın korunması yükümlülüğünün, Sözleşme'nin 1. maddesindeki "kendi yetki alanları içinde bulunan herkes için bu Sözleşme'de tanımlanan hak ve özgürlükleri güvence altına alma" hükmü ile birlikte okunduğunda, güç kullanılması sonucu bireylerin öldürülmesi durumunda, bir biçimde etkili bir resmi soruşturmanın yapılmasını zımnen gerektireceğini hatırlatmaktadır (McCann ve Diğerleri v. Birleşik Krallık kararı, prg. 161 ve Kaya v. Türkiye kararı, 19 Şubat 1998, prg. 105)*". Karar Sinerji içtihat ve mevzuat programından alınmıştır.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, etkin soruşturma yükümlülüğünün hukuki dayanağına ilişkin içtihatların tam olarak istikrar kazanmadığını, daha henüz oluşum aşamasında olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır¹⁹². Dolayısıyla Mahkeme'nin konuya ilişkin olarak dinamik bir yaklaşım sergilediği söylenebilir.

2.2.2. Pozitif Yükümlülükler Teorisi

İnsan hakları teorisi, devletin temel hak ve özgürlüklere yönelik olarak üç farklı yükümlülük altında bulunduğu kabul etmektedir. Bunlar:

- a) Hakka yönelik ihlalde bulunulmamasını gerektiren “saygı yükümlülüğü”,
- b) Hak sahiplerini 3. kişilerin müdahalesinden korumaya yönelik “koruma yükümlülüğü” ve
- c) Hakkın sözde kalmaması, tam olarak gerçekleştirilebilmesi için pozitif tedbirler alınmasını gerektiren “uygulama yükümlülüğü”dür¹⁹³.

AİHM ise, insan hakları teorisindeki bu klasik ayırmadan ayrılarak, taraf devletlerin Sözleşme ile koruma altına alınmış olan haklardan kaynaklanan yükümlülüklerini ikiye ayırmıştır: Negatif ve Pozitif yükümlülükler¹⁹⁴. Dolayısıyla bugün itibariyle Mahkeme uygulamasında Sözleşme’de düzenlenmiş olan maddi hakların taraf devletlere

- Hakkı ihlal etmemeye yönelik negatif (pasif kalma),
- Hakkı korumaya yönelik pozitif (aktif davranma)

olmak üzere iki farklı yükümlülük yüklediği kabul edilmektedir¹⁹⁵.

Negatif yükümlülükler, Sözleşme ile koruma altına alınan bir hakkın devlet tarafından ihlal edilmemesine ilişkindir. Bu yükümlülüğün temelinde, koruma altına alınmış bir hakka yönelik ihlalde bulunmaması gerekliliğini ifade eden “saygı

¹⁹² Doğru, İşkence, s.169

¹⁹³ Jean François Akandji – Kombe, *İnsan Hakları El Kitapları, No.7: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler*, Avrupa Konseyi Yay., Brüksel 2008, s.5

¹⁹⁴ Akandji – Kombe, s.5; Hasan Bakırcı, “AİHS’ne Üye Devletlerin Sözleşmeden Kaynaklanan Pozitif Yükümlülükleri”, Ahmet Taşkın (Ed.), *50.Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye Sempozyumu:4 Aralık 2009 – Ankara: Bildiriler*, s.31; Burak Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, s.409; Jellinek’in insan haklarına ilişkin olarak yaptığı ayırma dayanan bu görüşün ayrıntıları için bkz. Ünal, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, s.3; Ayrıca Oktay Uygun, *İnsan Hakları Kuramı*, “*İnsan Hakları*”, (ss.397-406), YKY, İstanbul 2000, s.33-34

¹⁹⁵ Akandji – Kombe, s.5

yükümlülüğü” bulunmaktadır¹⁹⁶. Devletler, saygı yükümlülüğünün bir gereği olarak Sözleşme ile koruma altına alınmış olan haklara yönelik olarak pasif davranma, yani söz konusu hakkı ihlal etmeme mükellefiyeti altındadırlar¹⁹⁷. Dolayısıyla bir devletin hak ve özgürlüklere yönelik negatif yükümlülüğü, organları ve görevlileri aracılığıyla o hak ve özgürlüğe müdahalede bulunmaması, yani pasif kalmasından ibarettir. Bu nedenle devletin organ ve görevlilerinin pasif kalmaları gereken hallerde aktif bir eylemde bulunarak belli bir hakkı ihlal ettiği durumlarda negatif yükümlülük ihlalli söz konusu olmaktadır¹⁹⁸. Örneğin, Sözleşme’nin 2. maddesi bireylerin yaşama hakkını koruma altına almış ve hiç kimsenin kasten öldürülemeyeceğini hükme bağlanmıştır. Sözleşme ile koruma altına alınan diğer haklar gibi, kişilerin yaşama hakkının ihlal edilmemesinin de yasağının da asıl muhatabı devletlerdir. Böylece, devletlerin bu haktan kaynaklanan negatif yükümlülüğü, maddede sayılan istisnalar dışında hiç kimsenin devlet görevlileri tarafından kasten öldürülmemesi ile sınırlıdır¹⁹⁹. Bu nedenle devlet görevlilerinin maddede düzenlenen istisnai haller dışında bir kimseyi kasten öldürmesi durumunda, devlet yaşama hakkına yönelik negatif yükümlülüğünü ihlal etmiş olmaktadır²⁰⁰. Ancak Sözleşme’de düzenlenen haklara yönelik “saygı yükümlülüğünün” muhatabı devlet olduğundan, bireyler arası yaşanan öldürme olayları 2. maddeden kaynaklanan negatif yükümlülüğün ihlali anlamına gelmemektedir.

Sözleşme’nin yatay etkisi olarak da adlandırılan pozitif yükümlülükler devletin belli bir hakkı korumaya yönelik olarak aktif bir çaba içerisinde olmasını gerektiren yükümlülükler şeklinde tanımlanmaktadır²⁰¹. Bu yükümlülükler açısından devletin sorumluluğunun kaynağını, bir hakkın ihlalini önlemeye yönelik olarak aktif bir çaba içerisinde olması gerektiği durumlarda pasif kalmış olması; ihlalin oluşmasını engellemeye yönelik koruma yükümlülüğü çerçevesinde gerekli adımları atmamış ve gereken önlemleri almamış olması oluşturmaktadır²⁰².

¹⁹⁶ Bakırcı, s.32

¹⁹⁷ Elisabet Fura, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulamasında Aile İçi Şiddet”, Ahmet Taşkın (Ed.), *50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye Sempozyumu: 4 Aralık 2009 – Ankara: Bildiriler*, s.72; Bakırcı, s.32

¹⁹⁸ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.156; Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok, s.68

¹⁹⁹ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.156; Özbey, s.134

²⁰⁰ Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok, s.69

²⁰¹ Fura, s.72; Akandji – Kombe, s.11. Yatay etki ifadesi ile Sözleşme’nin sağladığı güvencelerin özel hukuk kişileri arasındaki ilişkileri de kapsayacak şekilde genişletilmesi kastedilmektedir. Bu konuda bkz. Akandji – Kombe, s.14; Gemalmaz, İşkence Yasağı, s.224 vd. Mahkeme’nin Sözleşme’nin yatay ilişkiler hakkında da uygulanması yönündeki genişletici içtihadının Alman Anayasa hukukunun “Ditvirkung” ilkesinden esinlediği de belirtilmiştir. Bkz. Kaboğlu, s.319

²⁰² Akandji – Kombe, s.7, 12, 15; Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok, s.66, Bakırcı, s.32

Pozitif yükümlülükler, negatif yükümlülüklerin aksine, esasen Sözleşme metninde açıkça düzenlenmemiş olup, uygulama sürecinde Divan ve Komisyon'un kararlarıyla ortaya çıkmış yükümlülüklerdir²⁰³. Mahkeme pozitif yükümlülükler teorisini Sözleşme'nin uygulaması içine dahil ederken, Sözleşme ile güvence altına alınan hakların sözde kalmamasını ve fiiliyatta da etkili bir biçimde kullanılabilmesini güvence altına almayı amaçlamıştır²⁰⁴.

Sözleşme'de düzenlenen hakların taraf devletlere negatif yükümlülükler yanında bazı pozitif yükümlülükler de yüklediğine, ilk olarak 1968 tarihli Belçika Dil Hakları Davası'nda karar verilmiştir²⁰⁵. Pozitif yükümlülüklerle ilişkin bu içtihadın kapsamı, müteakip kararlarla da geliştirmiştir. Ancak AİHM, konuya ilişkin olarak bu güne kadar verdiği kararlarda pozitif yükümlülüklerin genel bir tanımını yapmadığı gibi, yükümlülüklerin kapsamını da tahdidi olarak belirlememiştir²⁰⁶. Bunun yerine, pozitif yükümlülükler konusundaki içtihadını Sözleşme'nin yaşayan bir metin olduğu gerçeğinden hareketle ve esnek bir yaklaşımla oluşturmayı tercih etmektedir. Bu nedenle devletlerin Sözleşme'den kaynaklanan pozitif yükümlülüklerinin kapsamı, verilen kararlarla sürekli olarak genişlemektedir²⁰⁷.

2.2.2.1. Pozitif Yükümlülükler Teorisinin Hukuki Kaynakları

AİHM'nin pozitif yükümlülükler konusundaki içtihatlarının temelini Sözleşme'nin 1. maddesi oluşturmaktadır²⁰⁸. Anılan madde, taraf devletlere Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri yetki alanlarında bulunan herkese tanıma yükümü getirmektedir. Dolayısıyla madde ile düzenlenen tanıma yükümü, hakların teoride kalmaması açısından taraf devletlere bir koruma görevi de yüklemektedir²⁰⁹. Bu nedenle Mahkeme'ye göre pozitif yükümlülükler,

²⁰³ Burak Gemalmaz, *Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması*, Legal Yay., İstanbul 2005., s.93; Bakırcı; s.31; Akandji – Kombe, s.5, 8. Mahkeme bu içtihatları Sözleşme'nin uygulanması ve yorumlanması konusunda kabul ettiği etkililik prensibinin bir sonucudur. Ancak az sayıda da olsa Sözleşme'nin metninden kaynaklanan pozitif yükümlülüklerde bulunduğu ifade edilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Burak Gemalmaz, *Bedensel Ceza*, s.101

²⁰⁴ Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok, s.66

²⁰⁵ Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok, s.66; Akandji – Kombe, s.6

²⁰⁶ Bakırcı, s.31; Akandji – Kombe, s.7

²⁰⁷ Françoise Tulkens, "Genel Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması", Ahmet Taşkın (Ed.), *50.Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye Sempozyumu:4 Aralık 2009 – Ankara: Bildiriler* s.12

²⁰⁸ Bakırcı, s.31; Akandji – Kombe, s.8

²⁰⁹ Bakırcı, s.31; Semih Gemalmaz, *İşkence Yasağı*, s.233

Sözleşme'nin 1. maddesinden kaynaklanan devletin egemenliği altında bulunan kişileri koruma görevinin tabii bir sonucudur²¹⁰.

AİHM'ye göre, pozitif yükümlülükler Sözleşme'nin 1. maddesinde yer alan tanıma yükümlülüğünün doğal bir sonucu olarak 2 - 12. maddeler arasında düzenlenmiş olan maddi nitelikteki hakların içerisinde zımnen yer alan yükümlülüklerdir²¹¹. Dolayısıyla 1. madde, pozitif yükümlülüklerle tek başına kaynaklık etmemekte ve Mahkeme bir haktan kaynaklanan pozitif yükümlülüğün varlığına hükmederken, 1. maddeyi 2 - 12. maddelerle birlikte kullanmaktadır²¹².

Pozitif yükümlülükler hukuken kaynaklık eden ikili yapı, Mahkeme tarafından Türkoğlu/Türkiye kararında şu şekilde ifade edilmiştir: *“AİHM içtihadına göre, 2. madde kapsamındaki yaşam hakkının korunması yükümlülüğü, Devlet'in 1. madde kapsamında genel görevi olan “kendi sınırları kapsamındaki herkese AİHS’de tanımlanan hak ve özgürlükleri tanıması” bağlamında yorumlandığında, bireylerin kuvvet kullanılması sonucunda öldürüldüğü durumlarda, etkili bir resmi soruşturma yapılmasını gerektirir. Bu yükümlülük, öldürme eyleminin bir Devlet görevlisi tarafından gerçekleştirildiğinin kesinleştiği davalarla sınırlı değildir”*²¹³.

Karardan da anlaşıldığı üzere, pozitif yükümlülüklerin ihlali ancak Sözleşme ile güvence altına alınmış maddi haklardan herhangi birine yönelik bir ihlal iddiasının varlığı halinde söz konusu olmaktadır. Bu nedenle, örneğin devletin 2. madde de düzenlenmiş olan yaşama hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerini ihlal edip etmediği ancak yaşama hakkına yönelik bir ihlal veya ihlal iddiasının varlığına bağlı olarak gündeme gelebilmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da, pozitif yükümlülükler aykırılığın sadece devlet organlarının eylemlerinden doğan negatif yükümlülük ihlallerinin varlığı halinde değil, ilgili hakkın üçüncü kişiler tarafından ihlal edildiği durumlarda da ileri sürülebilmesidir. Dolayısıyla devletin söz konusu hakka yönelik pozitif yükümlülüklerini ihlal ettiğinin öne sürülebilmesi için, ihlalin devlet organları tarafından gerçekleştirilmiş olması da gerekmez.

²¹⁰ Akandji – Kombe, s.8

²¹¹ Akandji – Kombe, s.8

²¹² Akandji – Kombe, s.8

²¹³ 17 Mart 2005 tarihli Türkoğlu/Türkiye kararı, prg.119. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat bankasından alınmıştır.

Pozitif yükümlülükler teorisine ilişkin içtihatlar ile birlikte Sözleşme'nin doğrudan bir hakkı düzenlemeyen 1. maddesi Mahkeme'nin Sözleşme'nin uygulanması açısından büyük önem kazanmıştır. Öyle ki maddenin Sözleşme'nin omurgası haline geldiği ifade edilmeye başlanmıştır²¹⁴.

2.2.2.2. Pozitif Yükümlülüklerin Türleri

Mahkeme, Sözleşme ile koruma altına alınmış olan haklardan kaynaklanan pozitif yükümlülükleri, esasa ve usule ilişkin pozitif yükümlülükler olmak üzere ikiye ayırmaktadır²¹⁵.

2.2.2.2.1. Usule İlişkin Pozitif Yükümlülükler

Etkin soruşturma yükümlülüğü bağlamında devletin pozitif yükümlülüğünün usule ilişkin kısmını herhangi bir hak ihlali karşısında bireylere etkili bir iç hukuk yolu sağlaması oluşturmaktadır²¹⁶. Bundan kasıt, kişilere Sözleşme ile koruma altına alınmış haklarına yönelik bir ihlalin varlığı halinde ortaya çıkan mağduriyetlerinin giderilmesi için, başvurabilecekleri “fiilen etkili” olan iç hukuk yollarının sunulmasıdır²¹⁷. Hiç kuşkusuz bu yükümlülük, Sözleşme'nin 13. maddesinde düzenlenen etkiyi başvuru hakkı ile önemli ölçüde paralellik arz etmektedir. Dolayısıyla Mahkeme'nin usulî pozitif yükümlülüklerin varlığını kabul ederek Sözleşme'nin 2-12. maddeleri arasında düzenlenen maddi hakların, taraf devletlere 13. maddeden bağımsız olarak usule ilişkin yükümlülükler yüklediğini kabul ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır²¹⁸. Bu usulî yükümlülük, 2. ve 3. maddeler bağlamında etkin soruşturma yükümlülüğü olarak ortaya çıkmaktadır.

²¹⁴ Er, s.46; Akandji – Kombe, s.9

²¹⁵ Akandji – Kombe, s.8

²¹⁶ Akandji – Kombe, s.13; Korff, s.63

²¹⁷ 18 Aralık 1996 tarihli Aksoy/Türkiye kararı, prg.95: “... Sözleşme'nin 13. Maddesinin bulunmasının gerektirdiği hukuk yol, hukuken olduğu kadar uygulamada da etkili olan bir hukuki yoldur; hukuki yolun etkili olabilmesi için, bu hukuki yolun kullanımının özellikle devlet görevlilerini eylemleri veya ihmalleriyle haksız yere engellenmemesi gerekir.”. Karar için bkz. Doğru, Cilt 3, s.596

²¹⁸ Akandji – Kombe, s.6

2.2.2.2.2. Esasa İlişkin Pozitif Yükümlülükler

Devletlerin pozitif yükümlülüklerinin kapsamı, ilgili hakka göre değişiklikler göstermektedir. Buna karşılık devletlerin Sözleşme'nin geneline ilişkin pozitif yükümlülüklerinin esasa ilişkin kısmını;

- a) Sözleşme'de düzenlenmiş bulunan hakların fiilen de kullanılabilmesi için etkin bir hukuk sistemi kurmak,
- b) Hakların kullanılmasına yönelik gerekli tedbirleri almak ve
- c) Hak sahiplerini üçüncü kişilerin müdahalelerinden korumak oluşturmaktadır²¹⁹.

Bu çerçevede devletin esasa ilişkin pozitif yükümlülüklerin en önemlisi, vatandaşını koruma yükümlülüğüdür²²⁰. Koruma yükümlülüğü, devletleri yetki alanlarında bulunan kişileri hak ihlaline uğratmamanın yanısıra, bireyler arasında meydana gelebilecek hak ihlallerine karşıda koruma mükellefiyeti altına sokan bir yükümlülüktür. Bu nedenle devletler kendi görevlilerince gerçekleştirilen ihlaller kadar, belirli koşullar altında bireyler tarafından gerçekleştirilen ihlallerden de sorumlu hale gelmiştir²²¹.

2.2.3. Yaşama Hakkı ve Etkin Soruşturma Yükümlülüğü

2.2.3.1. Genel Olarak

Yaşama hakkı, geri alınamaz nitelikte olan, kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüklerini koruyabilmesi ve devam ettirebilmesi, varlığının dışarıdan yapılacak müdahaleler ile ortadan kaldırılmasının engellenmesi yükümlülüklerini içinde

²¹⁹ Akandji – Kombe, s.16

²²⁰ Koruma yükümlülüğü gereğince Devletler egemenlikleri altında bulunan bireyleri sadece kendi ajanlarının değil kamu ajanı olmayan kişilerin saldırılarına karşı da korumak zorundadırlar. Hiç kuşkusuz her pozitif yükümlülük gibi bu yükümlülüğün de bir sınırı bulunmaktadır. Bu sınır devletin tehlikeyi bilmesi veya bilebilecek durumda olmasıdır. Yine devletin bu yükümlülüğü aşırı derecede geniş yorumlanmayacaktır. Koruma yükümlülüğü çerçevesine devletler her türlü önlemden değil alabileceği makul önlemleri almamaktan dolayı sorumlu tutulabilecektir. Mahkeme Devletlerin koruma yükümlülüğünün varlığına ilk olarak 28 Ekim 1998 tarihli Osman/Birleşik Krallık davasının 115-116. paragraflarında değinmiştir. Söz konusu kararın ayrıntıları için bkz. Semih Gemalmaz, İşkence Yasağı, s.227. Ayrıca Dutertre, s.31 vd.

²²¹ Burak Gemalmaz, Çocukun Koruması, s.100

barındıran temel bir kişilik hakkıdır²²². Yaşama hakkı bu özellikleri nedeniyle, diğer bütün hakların ona dayandığı varsayılan bir hak olarak ifade edilmiştir²²³.

Yaşama hakkının diğer tüm hakların temeli olduğunun kabulü, bu hakka diğer haklara nazaran bazı ilave özellikler kazandırmıştır. Bu özelliklerinin en önemlisi yaşama hakkının dokunulmaz ve geri alınamaz bir hak olması nedeniyle hakkın hem bireyin kendisine, hem üçüncü kişilere, hem topluma ve hem de devlete karşı korunması zorunluluğudur²²⁴. Bu nedenle de devletlerin bireylerin yaşama hakkını korumak için gerekli hukuki ve fiili önlemleri alma yönünde olumlu yükümlülüğü bulunmaktadır.

Yaşama hakkının dokunulmaz niteliğinin bir başka sonucu ise, hakkın olağanüstü hallerde dahi askıya alınmamasıdır. Yaşama hakkının özünün, hakkın kendisinden ayrılamaz bir nitelik taşımasının sonucu olan bu özelliği nedeniyle Sözleşme' ile koruma altına alınmış olan hakların olağanüstü hallerde askıya alınmasını düzenleyen 15. maddesi meşru savaş fiilleri dışında meydana gelen ölüm hali dışında yaşama hakkının sınırlandırılması için uygulanamaz²²⁵.

2.2.3.2. Yaşama Hakkının Sözleşme'de Düzenlenişi

AİHS'nin 2. maddesinde düzenlenmiş olan yaşama hakkı, Sözleşme ile güvence altına alınmış olan maddi hakların da ilkidir. Sözleşme'nin koruma altına aldığı ilk maddi hakkın yaşama hakkı olması, bu hakkın diğer bütün hakların temelini oluşturması, insanın sahip olduğu diğer hakların ancak yaşama hakkının varlığı halinde bir anlam taşımasıyla izah edilmektedir²²⁶.

Sözleşme yaşama hakkını 2. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: *“Herkesin yaşam hakkı yasanın korunması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez”*.

²²² Kudret Güven, *Kişilik Hakları ve Ötenazi*, Nobel Yay., Ankara 2000, s.94

²²³ Muharrem Özen, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Bağlamında Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağına İlişkin İç Hukuktaki Düzenlemeler ve Uygulamadaki Sorunlar”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı*, TBB Yay., Ankara 2004, s.119; Çavuşoğlu, Temel Haklar, s.9; Güven, s.106; Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok, s.68

²²⁴ Özen, s.128; Güven, s.99; Oktay Bahadır, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Yaşama Hakkı*, Adalet Yay., Ankara 2009, s.3; Korff, s.6

²²⁵ Bahadır, s.3; Korff, s.6. Bu konuda ayrıca bkz. AİHS madde 15/2.

²²⁶ Karakaş, Yaşam Hakkı s.58; Korff, s.6

Ancak Sözleşme, işkence yasağının aksine, yaşama hakkına ilişkin madde de bazı istisnalara da yer vermiştir. Dolayısıyla demokratik toplumun temel değerlerinden birisini oluşturan sert çekirdekli bir hak olan yaşama hakkının ihlali istisnai bazı durumlarda mazur görülebilmektedir. Bu haller Sözleşme'nin 2. maddesinin 2. fıkrasında şu şekilde sayılmıştır:

“Öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurmanın mutlak zorunluluk haline gelmesi sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış sayılmaz;

a) Bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması için;

b) Usulüne uygun olarak yakalamak için veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için;

c) Ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması için.”

Sözleşme'nin 2. maddesi ile koruma altına alınan yaşama hakkı Mahkeme'nin içtihatlarında hem nicelik hem de nitelik olarak önemli bir yere sahiptir. Bunun dışında Mahkeme, konuya ilişkin içtihatlarında yaşama hakkını demokratik bir toplumun temel değeri olarak nitelendirerek hakka verdiği önemi de ayrıca göstermiştir²²⁷.

2.2.3.3. Hakkın Uygulama Alanı ve Kapsamı

2.2.3.3.1. Herkesin Yaşama Hakkının Koruma Altına Alınmış Olması

AİHS'nin 2. maddesi “herkesin” yaşama hakkını güvence altına almaktadır. Maddede geçen “herkes” ifadesi ile, yaşayan bütün insanlar kastedilmektedir. Bu nedenle farazi kişilikler olan tüzel kişiler, hayvanlar veya bitkiler maddenin koruması altında değildir²²⁸. Yine Sözleşme'nin 2. maddesini 1. ve 56. maddeler ile birlikte değerlendirdiğimizde, Sözleşme'nin tarafı olan devletlerin yetki alanında bulunması kaydıyla, vatandaş veya yabancı her gerçek kişinin yaşama hakkının korumak zorunda olduğu söylenebilir²²⁹. Bu bakımdan Sözleşme, “herkesin” yaşama hakkını koruma altına alırken, bu konuda vatandaşlar ile yabancılar arasında herhangi bir ayırım yapmamıştır.

²²⁷ Karakaş, Yaşam Hakkı, s.70; 27 Eylül 1995 tarihli Mc Cann ve Diğerleri/Birleşik Krallık kararı, prg.147

²²⁸ Korff, s.8

²²⁹ Özbey, s.134; Herkes kavramının içerisine yaşayan kişilerin girmesine rağmen “cenin” in girip girmediği tartışma konusu olmuştur. Bu konudaki tartışmalar için Gözübüyük ve Gölcüklü, s.155.

2.2.3.3.2. Hakkın Kanunla Korunması

Yaşama hakkının Sözleşme sistematüğinde gösterdiği özelliklerden birisi de kanunla korunacağıının kabul edilmiş olmasıdır²³⁰. Sözleşme’de düzenlenmiş olan diğer haklar açısından böyle bir hükme yer verilmemiş olması, hakkın öneminden kaynaklanmaktadır²³¹.

Yaşama hakkının kanunla korunmasının öngörölmüş olması, akit devletlerin bu hakka yönelik esasa ilişkin pozitif yükümlölükleri açısından önem taşımaktadır. Zira hakkın bu özelliğı gereğince akit devletler bu hakka yönelik olarak, hem hakkın ihlalini cezai bir hükümle cezalandırmak hem de maddenin 2. fıkrasında düzenlenen hakkın istisnalarını oluşturan hususları da kanunla düzenlemek zorundadır²³². Bu durum devletler açısından yaşama hakkına ilişkin pozitif bir yükümlölük oluşturmaktadır.

2.2.3.3.3. Hakkın Dokunulmaz ve Geri Alnamaz Niteliğı

Yaşama hakkının bir diğer özelliğı de, dokunulmaz ve geri alnamaz nitelikte oluşudur. Hakkın bu özelliğı kişiye sıkı sıkıya bağılı olan, özü varlığından ayrılamayan niteliğinin bir sonucudur²³³. Hakka ilişkin istisnalar düzenlenirken hakkın bu özelliğı dikkate alınmış, ancak korunması gereken çok daha üstün bir menfaatin bulunduğu durumlarla sınırlı olarak hakka istisnalar getirmiştir. Hakka ilişkin bu istisnalar 2. maddenin 2. fıkrasında üç bent halinde sayılmıştır. Bu nedenle yaşama hakkının madde de düzenlenen istisnai hallerde ortadan kalkmış olması durumunda, madde ihlal edilmiş olmamaktadır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, yaşama hakkının anılan hallerde sona ermesi durumunda maddenin ihlali meşru hale getirmediğı, sadece ilgili devlet hakkında ihlal kararı verilmesine engel olduğudur²³⁴.

²³⁰ Korff, s.7; Gözübüyük ve Gölcüklü, s.155 – 156.

²³¹ Korff, s.7;

²³² Ergül, s.94; Alan Simmons, (çev. Defne Orhun), *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne Başvuru*, Legal Yay., İstanbul 2005, s.74; Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok, s.107

²³³ Korff, s.6; Güven, s.96

²³⁴ Korff, s.23; Özen, s.129; Ahmet Kılınc, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İçin Yaşama Hakkı Yargısı” *Kazancı Hukuk Dergisi*, Sayı 39-4, s.93

Belirtmek gerekir ki somut olayda yaşama hakkına yönelik ihlalin 2. maddenin istisnaları kapsamında sayılabilmesi için madde ile belirtilen hallerin varlığı yetmez. Olay esnasında kuvvet kullanımında “mutlak zorunluluk” bulunması da gerekir. Zira Sözleşme 2. maddenin 2. fıkrasındaki hallerde somut olayda yaşama hakkına son verebilecek kuvvete başvurulmasını “mutlak zorunluluk” bulunması koşulu ile sınırlamıştır²³⁵. Bu nedenle istisnai hallerde kuvvet kullanımına, mutlak zorunluluk bulunması durumunda, orantılı bir şekilde ve son çare olarak başvurulmalıdır²³⁶. Mutlak zorunluluk kavramı ile kastedilen ise, somut olayda kuvvete başvurmak dışında başka türlü davranma olanağının kalmamış olmasıdır²³⁷. Bir ihlal iddiasının varlığı halinde, ihlale konu olan olayda güvenlik güçlerince öldürücü kuvvete başvurulmasının mutlak zorunlu olup olmadığı ise, yetkili makamlarca yürütülecek etkin bir soruşturmanın sonucunda olayın somut vakianın şartları çerçevesinde değerlendirilmesi ile anlaşılacaktır.

2.2.3.3.4. Göz Altındaki Kayıplar ve Yaşama Hakkı

Yaşama hakkı ve etkin soruşturma yükümlülüğü konusunda üzerinden durulması gereken bir diğer nokta ise gözaltına alındıktan sonra bir daha kendisinden haber alınamayan kişilerdir. Bilindiği üzere Sözleşme'nin 2. maddesi ile yaşamın kendisinin değil “yaşama hakkının” korunmaktadır²³⁸. Bu durumun sonucu olarak Mahkeme, kişinin yaşamın sona ermediği ancak tehlike altına girdiği, ciddi ölüm riskinin ortaya çıktığı hallerde de 2. maddenin ihlali edildiğine karar vermektedir²³⁹. Bu noktada

²³⁵ Garlicki, s.81; Dutertre, s.51; Gözübüyük ve Gölcüklü, s.165. Mahkeme bu durumu 20 Mayıs 1999 Oğur/Türkiye kararının 78. Paragrafında şu şekilde belirtmiştir: “... Ancak, kuvvet kullanımı (a), (b) veya (c) bentlerinde zikredilen maksatlardan birine ulaşılması için “kesinlikle zorunlu olan dereceyi aşmamalıdır. Bu açıdan, 2. maddenin 2. fıkrasında “kesinlikle gerekli” ifadesine yer verilmesi, Devletin eylemde bulunmasının Sözleşme'nin 8 ila 11. maddelerinin 2. fıkrasında kaydedildiği üzere “demokratik bir toplumda zorunlu olup olmadığının tespitinde normal olarak tatbik edilen sınamadan daha kesin ve daha zorlayıcı bir gereklilik sınaması kullanılması zaruretine işaret etmektedir. Özellikle, kullanılan kuvvet, 2. maddenin 2(a), (b) ve (c) bentlerinde kaydedilen maksatlarla mutlaka orantılı olmalıdır. Bu hükmün demokratik bir toplumda taşıdığı önem doğrultusunda, Mahkeme değerlendirmesini yaparken can alma eylemlerini özellikle öldürücü kuvvetin bilerek kullanıldığı hallerde azami dikkatle incelemeli; ve sadece kuvveti bilfiil uygulayan devlet temsilcilerinin eylemlerini değil, incelenen eylemlerin planlama ve kontrolü de dahil olmak üzere, vakayla ilgili bütün şartları dikkate almalıdır”. Karar için bkz. Garlicki, s.81

²³⁶ Özen, s.129

²³⁷ Özdek, s.132.

²³⁸ Tezcan, Erdem ve Önok, s.115; Karakaş, Yaşam Hakkı, s.59'da 6 nolu dipnot.

²³⁹ Işıl Karakaş, “Son Dönemde Türkiye Hakkında Verilen Önemli Kararlar”, Ahmet Taşkın (Ed.), 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye Sempozyumu:4 Aralık 2009 – Ankara: Bildiriler, s.23.; Örneğin Mahkeme 20 Aralık 2004 tarihli Matzarakis/Yunanistan kararında başvuran polislerin açtığı ateş sonucunda ölmemiş olmasına rağmen arabada balistik rapor incelemesine göre, sürücünün bel seviyesine paralel hizada ya da bunun

yaşama hakkına ilişkin olarak üzerinde durulması gereken önemli bir hususu da kayıp kişiler konusu oluşturmaktadır.

Güvenlik güçleri tarafından gözaltına alındıktan sonra kendisinden bir daha haber alınamayan bir kimseye ilişkin olarak yapılan başvurularda, Sözleşme'nin 2. maddesindeki yaşama hakkının mı, yoksa 5. maddesindeki kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının mı ihlal edilmiş olacağı Mahkeme'nin içtihatlarında tartışma konusu olmuş bir husustur.

Mahkeme konuyu ele aldığı ilk dava olan Kurt/Türkiye davasında, gözaltında kayıp kişinin öldüğü konusunda makul şüpheye yer bırakmayan bir ispatın gerçekleşmediğinden bahisle olayda 2. değil 5. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır²⁴⁰. Ancak Timurtaş/Türkiye davasından başlayarak gözaltındaki kayıplara ilişkin davalarda, kayıp süresinin uzun olması kaydıyla fiili bir ölüm karinesinin varlığını kabul etmeye başlamıştır²⁴¹. Bu nedenle Mahkeme'nin gözaltında kayıp vakıalarını somut olayın özelliklerinin fiili bir ölüm karinesinin varlığını kabule imkan veren durumlarda 2. maddede düzenlenen yaşama hakkı kapsamında incelemeye başladığını belirtmek gerekir²⁴². Dolayısıyla anılan nitelikteki kayıp vakıaları da etkin soruşturma yükümlülüğünün kapsamına girmektedir.

yukarısına doğru sıkılmış kurşunların yol açtığı 16 delik bulunmuş olduğunu göz önünde tutarak Yunanistan'ı 2. maddede ihlalden mahkum etmiştir. Bu durumun gerekçesi ise ilgili kararın 51. paragrafında şu şekilde ifade edilmiştir: “*ikinci maddenin hedefi ve güttüğü amaç dikkate alındığında, belirli bir durumda devlet organlarının eylemleri sonucunda meydana gelen yaralanmalar ölüme yol açacak düzeye varmamışsa, bu durum yinede 2. madde çerçevesinde tanınan koruma kapsamında ele alınıp alınmayacağı, kullanılan kuvvetin derecesi ve türü ve bunun arkasında yatan kasıt ya da amaç gibi çeşitli faktörler dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Somut olayda, polislerin kasıtlı başvurucağı öldürmek olmasa da neticede kişinin ölmemiş olması tesadüfi olmuştur.*” Karar için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, s.115-116; Korff, s.26 vd.

²⁴⁰ Faruk Turhan, “AİHM Kararları Işığında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği”, http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/4_10.pdf, s.13-14. Ayrıca Kurt/Türkiye kararına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gözübüyük ve Gölcüklü, s.179; Turhan, s.12

²⁴¹ 13 Haziran 2000 tarihli Timurtaş/Türkiye kararı, prg.82-90. AİHM, Timurtaş/Türkiye davasından önce 08 Temmuz 1999 tarihli Çakıcı/Türkiye davasında da Sözleşme'nin 5. değil 2. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Ancak Mahkeme'nin bu davada 2. maddenin ihlal edildiğine karar vermesinde gözaltında kaybolduğu iddia edilen Ahmet Çakıcı'ya ilişkin cesedin sonradan bulunmuş olması etkili olmuştur. Timurtaş/Türkiye davasında ise Kaya/Türkiye gibi ceset bulunamamış ancak mahkeme Abdulvahap Timurtaş'tan 6.5 yıl gibi uzun bir süre haber alınamamış olmasını göz önünde bulundurarak ceset bulunamamış olsa da fiili ölüm karinesinin varlığını kabul etmiştir. Bu nedenle Timurtaş/Türkiye kararı bu konudaki ilk karardır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Turhan, s.14-18.

²⁴² Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok, s.74; Gözübüyük ve Gölcüklü, s.158. Mahkeme, devletlerin gözaltında kayıplara ilişkin vakılarda her halükarda etkin soruşturma yürütme yükümlülüğü altında buldukları kanaatindedir. Mahkeme bu kanaatini 08 Ocak 2008 tarihli Enzile Özdemir/Türkiye davasında şu şekilde ifade etmiştir: “*2. maddenin usul hukuku ile ilgili yükümlülükleri, aynı zamanda bir kişinin yaşamı tehdit eden koşullarda kaybolduğu ve bu kişiden haber alınamadığı davalara da uygulanmaktadır (bkz, örneğin, Kaya ve Diğerleri / Türkiye, no. 4451/02)*” www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/enzileozdemir10032008.doc

2.2.3.4. Devletlerin 2. Maddeden Kaynaklanan Yükümlülükleri

AİHM gerek 2. maddede düzenlenen yaşama hakkı, gerekse 3. maddede düzenlenen işkence yasağının taraf devletlere hem bir negatif yükümlülük hem de usule ve esasa ilişkin boyutları olan pozitif yükümlülük olmak üzere iki ayrı yükümlülük yüklediği konusunda yerleşik bir içtihadı sahiptir.

2.2.3.4.1. Negatif Yükümlülükler

Sözleşme'nin 2. maddesinin taraf devletlere yüklediği negatif yükümlülüğü öldürmeme yasağı oluşturmaktadır²⁴³. Sözleşme'nin 2. maddesi ile taraf devletlere yüklenen bu negatif yükümün normatif dayanağını ise, 2. maddenin 1. fıkrasındaki “*hiç kimse kasten öldürülemez*” ifadesi oluşturmaktadır. Maddede düzenlenen öldürmeme negatif yükümlülüğünün muhatabı, kural olarak Sözleşme'nin tarafı olan devletlerdir. Dolayısıyla 2. madde aslen devlet kaynaklı öldürme fiillerini yasaklamakta; bireyler arasında yaşanan öldürme fiilleri ise kural olarak maddenin koruma kapsamına girmemektedir²⁴⁴. Ancak Mahkeme'nin 2. maddede düzenlenen yaşama hakkının taraf devletlere negatif yükümlülük yanında, usule ve esasa ilişkin pozitif bir yükümlülük yüklediği konusunda geliştirmiş olduğu yerleşik içtihat, devletlerin bireyler arasında meydana gelen kasti ve hatta taksirli öldürme eylemlerinden sorumlu olması sonucunu doğurmuştur²⁴⁵.

2.2.3.4.2. Maddeden Kaynaklanan Pozitif Yükümlülükleri

AİHM, Sözleşme'nin 2. maddesinin sadece bir “*öldürme*” yasağını düzenlemediği, bu yasağın fiilen bir anlam taşıması için devletlere bir “*koruma*” görevi de yüklediği kanaatindedir²⁴⁶. Mahkeme bu noktadan hareketle, Sözleşme'nin 2. maddesinin taraf devletlere, yaşama hakkının ihlali halinde ihlal iddiasının etkin bir biçimde soruşturulmasına yönelik usule ve yaşama hakkını olası ihlallere karşı

²⁴³ Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok, s.69; Özbey, s.141

²⁴⁴ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.157; Korff, s.23

²⁴⁵ Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok, s.69; Korff, s.23

²⁴⁶ Garlicki, s.83; Özbey, s.134; Özdek, s.149

korumaya yönelik esasa ilişkin iki boyutlu pozitif yükümlülük yüklediği konusunda yerleşik bir içtihat geliştirmiştir²⁴⁷.

2.2.3.4.2.1. Usule İlişkin Pozitif Yükümlülükler

AİHM'ye göre devletlerin yaşama hakkından kaynaklanan usule ilişkin pozitif yükümlülüğünü, bir ihlal iddiasının varlığı halinde devletin ihlalin tespiti ve failerin cezalandırılmasına yönelik etkin bir soruşturma yürütmesi gerekliliği oluşturmaktadır²⁴⁸. Devletlerin yaşama hakkına yönelik bu usulî pozitif yükümlülüğü, diğer pozitif yükümlülükler gibi Mahkeme'nin içtihatları ile ortaya çıkmıştır.

Mahkeme'nin akit devletlerin ihlal iddiaları karşısında etkin soruşturma yürütme yükümlülüğü altında bulduklarını kabul ettiği ilk dava, 27.09.1995 tarihli *Mc Cann ve diğerleri/Birleşik Krallık* davasıdır²⁴⁹. Dava, Birleşik Krallık toprağı olan Cebelitark'ta bulunan bir İngiliz askeri üssüne bombalı araç ile saldırı yapacakları istihbaratı alınan üç IRA militanının, İngiliz Özel Kuvvetler (SAS) komandolarınca gerçekleştirilen bir operasyon sonucunda ölümüne dayanmaktadır. Söz konusu davada başvuruçular militanların gizlendikleri yerde bomba ve ateşleme düzenekleri bulunmasına rağmen vuruldukları anda silahsız oldukları ve araçta da bomba bulunmadığına dikkat çekerek olayda güç kullanımına ilişkin mutlak zorunluluk şartına uyulmadığı iddiasını dile getirmişlerdir. İngiliz hükümeti ise, savunmasında teröristlerin bombayı patlatmak üzere iken öldürüldüklerini ve bu nedenle de olayın 2. maddenin istisnaları kapsamına girdiğini, dolayısıyla da olayda yaşama hakkının ihlal edilmediğini savunmuştur.

Davanın görüldüğü tarihte faaliyetlerini sürdürmekte olan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, olaya ilişkin ilk incelemesinde, güvenlik kuvvetlerinin silahlı kuvvet kullanımının mutlak zorunluluk çerçevesinde gerçekleştiği, yetkili makamların operasyon sırasında gerekli önlemleri aldıkları gibi gerekçelerle olayda yaşama hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Buna karşın Divan, özellikle yürütülen

²⁴⁷ Özdek, s.134,149; Bahadır, s.37

²⁴⁸ Özdek, s.134; Gözübüyük ve Gölcüklü, s.160; Özbey, s.141

²⁴⁹ Kararın tam metni için bkz. Doğru, İHAM Cilt 3, s. 474 vd.; Ayrıca davaya ilişkin ayrıntılı bilgi için Karakaş, Yaşam Hakkı, s.61; Ergül, s.95

operasyonun organizasyonu ve kontrolündeki özen eksikliğini gerekçe göstererek İngiltere devletinin Sözleşme'nin 2. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

Mahkeme'nin 2. maddenin istisnalarını ele aldığı ve güvenlik güçlerinin bu istisnalara yönelik kuvvet kullanımının şartlarını irdelediği bu davada konuya ilişkin olarak belirlediği esaslar yaşama hakkından kaynaklanan sonraki kararlarına da emsal oluşturmuştur. Anılan davada yaşama hakkına ilişkin olarak şu hususların altı çizilmiştir:

- Bir davada, güvenlik görevlilerinin kuvvet kullanmaları sonucunda herhangi bir ölüm vakasının meydana gelmesi halinde, devletler ihlale yönelik etkin bir resmi soruşturma yürütmedikleri takdirde, devletlerin 2. maddeden kaynaklanan koruma yükümlülükleri fiiliyatta hiçbir anlam taşımayacağından, devletler bu gibi durumlarda ihlale yönelik etkin bir resmi soruşturma yürütmek zorundadır²⁵⁰.

- Bir soruşturma sırasında sadece güvenlik güçlerinin silah kullandığı andaki eylemleri açısından bir inceleme yapılması yeterli olmayacaktır. Yapılan operasyon bir bütün olarak değerlendirilerek, operasyonun kuvvet kullanılması ihtiyacını asgariye indirecek şekilde hazırlanıp hazırlanmadığı, devletin silahlı güç kullanma yetkisine sahip olan güvenlik güçlerine gerekli eğitim, talimat ve operasyon bilgisini verip vermediği gibi hususların da incelenmesi gerekmektedir²⁵¹. Dolayısıyla Mahkeme'ye göre 2. madde devletlere, silahlı operasyonların, teröristler de dahil olmak üzere operasyonun gerçekleşme alanında bulunan kişilerin yaşamlarının korunmasını sağlayacak şekilde planlanması hususunda katı bir özen yükümlülüğü yüklemektedir²⁵².

- Demokratik bir toplumda Sözleşme'nin 2. maddesinde belirtilen istisnalar çerçevesinde kuvvet kullanılması, ancak somut olayda başka türlü davranma olanağının kalmaması durumunda; yani "*mutlak zorunluluk*" söz konusu ise mümkün olacaktır. Buna göre somut olayda kuvvet kullanımının "*mutlak zorunluluk*" kriterini karşılayıp karşılamadığı incelenirken, olayı çevreleyen tüm koşulların dikkate alınması ve "*mutlak zorunluluk*" kriterinin dar anlamda yorumlanması gerekmektedir²⁵³. Bu çerçevede, Mahkeme "*orantılılık*" yerine "*makul güç*", "*mutlak zorunluluk*" yerine

²⁵⁰ 27 Eylül 1995 tarihli Mc Cann ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı, Prg. 161

²⁵¹ 27 Eylül 1995 tarihli Mc Cann ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı, Prg.151

²⁵² Korff, s.32

²⁵³ 27 Eylül 1995 tarihli Mc Cann ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı, prg.150; Karakaş, Yaşam Hakkı, s. 62

“makul gereklilik” ölçütlerinin uygulanmasının 2. madde açısından yeterli olmayacağını belirtmiştir²⁵⁴.

Mc Cann ve diğ erleri/Birleş ik Krallık davası özellikle 2. maddede yer alan istisnaların yorumlad ığı bir dava niteliğindedir²⁵⁵. Mahkeme anılan davada devletlerin yaşama hakkı ihlalleri karşısında etkin bir soruşturma yürütme yükümlülüğ ü altında bulunduğ u tespitini yapmasına rağmen, olayı bu konu açısından incelememiştir²⁵⁶. Ancak Mahkeme'nin anılan davada etkin soruşturma yürütme yükümlülüğ üne ilişkin yapt ığı tespitler, 2. maddeye ilişkin sonraki kararları etkilemiştir.

Bu etki çerçevesinde Mahkeme yaşama hakkından doğ an etkin soruşturma yükümlülüğ ünün ihlal edildiğ i gerekçesiyle ilk mahkumiyet kararını, Mahkeme'nin yaşama hakkını ihlal ettiğ i gerekçesiyle Türkiye'yi mahkum ettiğ i ilk dava da olan, 19 Şubat 1998 tarihli Kaya/Türkiye davasında vermiştir²⁵⁷.

Mahkeme söz konusu davada başvuruçuların 2. maddeye ilişkin negatif yükümlülüğ ün devlet tarafından ihlal edildiğ i yönündeki iddiasını, eldeki delillerden hareketle başvuruçunun kardeşinin güvenlik güçleri tarafından bilerek ve istenerek öldürülmüş olduğ u sonucuna varmanın mümkün olamayacağını belirterek reddetmiştir. Ancak Mahkeme söz konusu davada, Türkiye'yi yaşama hakkına ilişkin “*etkin soruşturma yükümlülüğ ünü*” yerine getirmediğ i gerekçesi ile 2. maddeyi ihlalden mahkum etmiştir²⁵⁸. Mahkeme kararın gerekçesinde 2. maddeden kaynaklanan etkin soruşturma usulî pozitif yükümlülüğ ünün hukuki dayanağ ını şu şekilde açıklamıştır²⁵⁹:

“Mahkeme, kamu görevlilerinin keyfi bir biçimde adam öldürmelerinin Sözleşme'nin 2. maddesinde yasaklanmasının, uygulamada kamu makamlarının kullandıkları şiddetin hukuksallığını denetleyecek bir makamın bulunmaması durumunda bir anlamı olmayacağını tespit eder. 2. maddedeki yaşama hakkı, 1. maddede devletin genel ödevini düzenleyen, “kendi yetki alanı içindeki herkese bu Sözleşmenin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanımak (bunları güvence

²⁵⁴ 27 Eylül 1995 tarihli Mc Cann ve diğ erleri/Birleş ik Krallık kararı, prg.166; Özdek, s.132 vd; Korff, s.25

²⁵⁵ Karakaş, Yaşam Hakkı, s.60

²⁵⁶ Karakaş, Yaşam Hakkı, s.60 - 61

²⁵⁷ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.168 vd., Korff, s.36

²⁵⁸ 19 Şubat 1998 tarihli Kaya/Türkiye kararı prg.78. Karar için bkz. Doğ ru İHAM Cilt 4, s.1; Bülent Çiçekli, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye Kararlarının Analizi (2002-2005) ve Ceza Muhakemesine Yansımaları”, *CHD*, Sayı 1, 2006,, s.239

²⁵⁹ 19 Şubat 1998 tarihli Kaya/Türkiye kararı, prg.86. Karar için bkz. Doğ ru, Cilt 4, s.1

altında bulundurmak)” hükmüyle birlikte okunduğunda, bireyler kamu görevlilerinin eylemleri sonucu öldürüldükleri zaman etkili bir araştırmanın yapılmasını gerektirir (bkz. yukarıda sözü edilen Mc Cann ve diğerleri kararı, s. 48)”.

Mahkeme, bu karardan itibaren 2. maddeye ilişkin olarak yapılan başvuruları, Mc Cann/Birleşik Krallık ve Kaya/Türkiye davalarında belirlediği temel prensipler doğrultusunda incelemiş, verdiği her yeni kararlar, taraf devletlerin maddeden kaynaklanan etkin soruşturma usulî pozitif yükümlülüğüne ilişkin içtihadını önemli ölçüde zenginleştirmiştir.

2.2.3.4.2.2. Esasa İlişkin Pozitif Yükümlülükler

Devletlerin yaşama hakkına yönelik esasa ilişkin pozitif yükümlülükleri genel olarak üç kısımdan oluşmaktadır. Yükümlülüğün birinci kısmını devletin yaşama hakkını korumak üzere etkili bir hukuk sistemi tesis etme zorunluluğu oluşturmaktadır²⁶⁰. Bu çerçevede devletin yaşam hakkı ihlali ortaya çıkmadan önce, bireylerin yaşama hakkını korumak için gerekli hukuki düzenlemeleri yaparak, yaşama hakkına yönelik etkili bir yasal çerçeve tesis etmesi ve etkin bir yargı sistemi kurması gerekliliği, devletlerin yaşama hakkına yönelik pozitif yükümlülüklerinin birinci kısmını oluşturmaktadır²⁶¹. Devletlerin bu yükümlülüğü Kılıç/Türkiye kararının 62. paragrafında *“Mahkeme, 2. maddenin 1. fıkrasının Devleti sadece kasten veya yasadışı can almaktan kaçınmakla değil, aynı zamanda kendi yetki alanı içindekilerin yaşamlarını korumak için uygun tedbirler almakla görevlendirdiğine dikkat çeker. (Bkz.:L.C.B. – İngiltere kararı, 9 Haziran 1998, prg.36). Bu görev icabı devlet esas olarak, bireyi hedef alan suçlara karşı caydırıcı ve etkili ceza hukuku hükümleri koymak suretiyle yaşam hakkını emniyet altına almak ve bunu desteklemek üzere de bu hükümlerin ihlalinin önlenmesi, bastırılması ve cezalandırılmasına yönelik bir kanun yürütme mekanizması oluşturmak zorundadır²⁶²”* şeklinde ifade edilmiştir.

Devletin yaşama hakkına ilişkin pozitif yükümlülüğün ikinci kısmını ise, bir ihlal olasılığının ortaya çıktığı durumlarda bu tehlikeye karşı önleyici tedbir alma yani

²⁶⁰ Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok, s.69; Kılınc, s.100; Bahadır, s.37

²⁶¹ Karakaş, Yaşam Hakkı, s.60; Garlicki, s.84.

²⁶² Kılıç/Türkiye kararı için bkz. Garlicki, s.83

yaşama hakkını koruma yükümlülüğü oluşturmaktadır²⁶³. Devletlerin yaşama hakkına yönelik etkili yasal çerçeve oluşturma yükümlerinin bir tamamlayıcısı olan koruma yükümü Mahkeme tarafından Naddaf/Almanya kararında²⁶⁴ “*devlet öldürme fiilini gerçekleştiren kişileri cezalandırma yanında, bu tür eylemleri önleyici tedbirler almakla da yükümlüdür*” şeklinde ifade edilmiştir. Yine Mahkeme, W./Birleşik Krallık kararında da, devletin yaşama hakkına yönelik koruyucu tedbirler alma yükümlülüğü altında olduğunu belirtmiştir²⁶⁵.

Mahkeme'nin devletlerin bireylerin yaşama hakkını korumaya yönelik esasa ilişkin pozitif yükümlülükleri bulunduğu yönündeki içtihadı, devletlerin yaşama hakkından kaynaklanan sorumluluk alanını oldukça genişletmiştir. Bu bağlamda devletler, yaşama hakkına ilişkin esasa ilişkin pozitif yükümlülüklerin bir sonucu olarak, doğrudan kendilerinden kaynaklanmayan bireyler arası çatışmalar²⁶⁶ ya da terörist saldırılar sonucunda meydana gelen ölümler, cezaevi²⁶⁷ veya kışlada²⁶⁸ meydana gelen ölümler, çöplüğün patlaması nedeniyle meydana gelen ölümler²⁶⁹, taksirle işlenen suçlardan kaynaklanan ölümler ve hatta sağlık hizmetlerinin işleyişi sırasında gerçekleşen ölümlerden sorumlu hale gelmiştir²⁷⁰. Ancak Devletlerin yaşama hakkına

²⁶³ Ergül, s.94; Korff, s.59 vd. Mahkeme'nin devletlerin yaşama hakkını korumaya yönelik bir yüküm altında bulunduğuna ilişkin ilk içtihadı 9 Haziran 1998 tarihli L.C.B./Birleşik Krallık kararıdır.

²⁶⁴ Naddaf/Almanya kararı için bkz. Gözübüyük ve Gölcüklü, s.160. Mahkeme 28 Mart 2000 tarihli Kılınç/Türkiye kararında da benzer bir yaklaşımla devletin koruma yükümlülüğünü yaşama hakkına yönelik etkin bir yasal çerçeve tesis etme yükümlülüğünün bir tamamlayıcısı olduğunu şu şekilde ifade etmiştir: “... *Bu görevin uzantısı olarak, yetkililer gereken şartlarda, ölüm tehdidi altında bulunan bir şahsı veya şahısları başka bir şahsın sözü konusu öldürme tehdidini yaratan suç eylemlerinden korumak için operasyon niteliğinde önleyici tedbirler alma gibi bir olumlu yükümlülük altındadırlar.*” şeklinde ifade etmiştir. Karar için bkz. Garlicki, s.83.

²⁶⁵ Karakaş, Yaşam Hakkı, s.59; Gözübüyük ve Gölcüklü, s.161; Semih Gemalmaz, İşkence Yasağı, s.233; Garlicki, s.84.

²⁶⁶ 14 Eylül 2010 tarihli Dink/Türkiye kararı, prg.64 vd. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

²⁶⁷ Örneğin Mahkeme 11 Nisan 2006 tarihli Uçar/Türkiye davasında tutuklu iken intihar eden Cemal Uçar isimli kişinin yaşamının korunmasına ilişkin olarak devletin gerekli koruma önlemlerinin alınmadığı iddiasıyla açılan davada konuyu incelemiş ancak cezaevi yetkililerinin, Cemal Uçar'ın akli durumunun kendi yaşamına karşı olası bir tehlike oluşturacak durumda olduğunu bildikleri konusunda yeterli delil olmadığı gerekçesi ile mahkumiyet kararı vermemiştir. Bu konuda ayrıca bkz. 14 Mart 2002 tarihli Edwards/Birleşik Krallık kararı, prg.56; 16 Kasım 200 tarihli Tanrıbilir/Türkiye kararı.

²⁶⁸ Koruma yükümünün zorunlu askerlik hizmetini yapan kişileri intihar ve kaza neticesinde meydana gelebilecek ölümlere karşı korumayı da içerdiğine ilişkin olarak Bkz. 13 Ocak 2009 Yeter/Türkiye kararı.

²⁶⁹ Mahkeme'nin devletlerin yaşama hakkını koruma yükümlülüğüne ilişkin içtihadına ilişkin önemli bir örnek de 30 Kasım 2004 tarihli Öneriyıldız/Türkiye davasıdır. Mahkeme anılan davada Türkiye'yi Ümraniye çöplüğünde meydana gelen patlamadan kaynaklanan yaşam kayıplarından sorumlu olduğuna karar verirken Sözleşme'nin 2. maddesinin devletlere bazı pozitif yükümler yüklediğini belirterek, Devletin, yetkililerin Ümraniye çöplüğü çevresinde yaşayanların yaşamlarına yönelik “gerçek bir tehlike”nin varlığını bildiği veya bilmesinin gerektiği bu durumda tehlikeyi önlemek için hiçbir önlem alınmaması nedeniyle ortaya çıkan yaşama hakkı ihlalden sorumlu olduğuna karar vermiştir. Kararın değerlendirmesi için bkz. Özdek, s.156. Kararın tam metni için bkz. Doğru, İHAM Cilt 4, s.560.

²⁷⁰ Korff, s.76; Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s.110; Gözübüyük ve Gölcüklü, s.160. Mahkeme'nin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan ölümlerini 2. madde bağlamında değerlendirdiği içtihatları için bkz. Garlicki, s.84, 85.

yönelik koruma yükümlülüğünün varlığı bu yükümlülüğün sınırsız olduğu anlamına gelmemektedir.

Mahkeme'nin uygulamasında koruma yükümünün iki sınırı bulunmaktadır. Devletin koruma yükümlülüğünün ilk sınırı yükümlülüğün doğuşuna ilişkindir. Buna göre bir devletin yaşama hakkına yönelik koruma yükümünden bahsedilebilmesi için devletin tehlikeyi bilmesi veya bilebilecek durumda olması gerekir. Mahkeme bu hususu Mastermatteo/İtalya kararında şu şekilde belirtmiştir: “...varlığı iddia edilen her ölüm tehdidi, Sözleşme uyarınca yetkililerin o tehdidin gerçekleşmesini önlemek için operasyonel tedbirler almasını gerektirmez. Mahkemenin kanaatince olumlu yükümlülük, yetkililerin bir şahsın veya şahısların hayatına karşı bir üçüncü şahsın suç eylemlerinden kaynaklanan hakiki ve yakın bir tehdidin var olduğunu o anda bildiklerini veya bilmeleri gerektiğinin ve buna rağmen yetkileri dahilinde olan ve makul bir değerlendirmeye göre söz konusu tehdidi bertaraf etmesi beklenebilecek olan önlemleri almadıklarının sabit olması halinde ortaya çıkar”²⁷¹. Dolayısıyla devletin bireylerin yaşama hakkını, bilmediği veya bilemeyeceği nitelikteki tehlikelere karşı koruma yükümü bulunmamakta, diğer bir deyişle devletin koruma yükümü yaşama hakkına yönelik tehlikeyi bilmesi veya bilebileceği bir tehlikenin varlığına bağlı olarak ortaya çıkmaktadır.

Mahkeme'nin koruma yükümüne ilişkin olarak belirlediği ikinci sınır ise yükümlülüğün icrasına ilişkindir. Buna göre devletin bireylerin yaşama hakkını korumaya ilişkin yükümü sadece alınması beklenebilecek makul önlemleri almakla sınırlıdır. Bu nedenle bu yüküm devletin olası bütün tehditlere karşı her türlü önlemin alınması gibi devletlere aşırı ve dayanılmaz bir yük getirecek şekilde yorumlanamaz. Mahkeme bu hususu Yürekli/Türkiye kararında şu şekilde ifade etmiştir: “*Bununla birlikte, günümüz toplumlarında, polisin görevini yerine getirirken karşılaştığı zorlukları, insan davranışlarının öngörülemezliği ve öncelikler ile kaynaklar açısından yapılması gereken işlevsel seçimleri göz önüne alarak, bu pozitif yükümlülük, yetkili makamlara yüklenecek dayanılmaz ve aşırı bir yük getirmeyecek biçiminde yorumlanmalıdır. AİHS bakımından yetkililer, insan yaşamına yönelik olası her hayati*

²⁷¹ Mastermatteo/İtalya kararı, prg. 68. Karar için Karar için bkz. Garlicki, s.84. Bu konuda ayrıca bkz. 9 Haziran 1998 tarihli L.C.B./Birleşik Krallık kararı, prg.36

tehdidin ortadan kalkması için somut önlemler almakla yükümlü değildir (Bkz mutatis mutandis Osman-Birleşik Krallık, 28 Ekim 1998 tarihli karar).²⁷²”

Taraf devletlerin 2. maddeden kaynaklanan esasa ilişkin pozitif yükümlülüklerinin üçüncü ve son kısmını ise, yaşama hakkına yönelik bir ihlalin varlığı halinde kişilerin başta tazminat olmak üzere uğradıkları hak kayıplarının telafi edilmesi oluşturmaktadır²⁷³.

2.2.4. İşkence Yasağı ve Etkin Soruşturma Yükümlülüğü

2.2.4.1. Genel Olarak

İşkence yasağı, 2. Dünya Savaşından sonra kabul edilen insan hakları belgelerinin büyük çoğunluğunda olduğu gibi, AİHS’nde de düzenlenmiştir. Ancak işkence, sadece çeşitli insan hakları belgeleri ile düzenlenmiş bir yasak olmayıp aynı zamanda jus cogens (emredici kural) niteliğinde bir uluslararası hukuk kuralıdır²⁷⁴.

İşkence yasağı ile kamu görevlilerinin kamu erkini kullanarak kişilerin rızası dışında vücut ve ruh bütünlüğünü ihlal edici davranışlarda bulunmalarına engel olunacak, kişilerin beden bütünlüğü, ruh sağlığı, şeref ve haysiyetinin korunması amaçlanmıştır²⁷⁵. Bu bağlamda işkence yasağı ile korunan haklar sert çekirdekli mutlak kişilik hakları niteliğindeki haklardır²⁷⁶. Nitekim AİHM de çeşitli kararlarında demokratik toplumun temel değeri olarak tanımladığı işkence yasağının, Sözleşme’nin 15. maddesinde düzenlenen savaş ve olağanüstü hal durumunda bile sınırlanamayan hatta kişinin kendisinin bile vazgeçemediği bir hak olduğunu belirtmiştir²⁷⁷.

²⁷² 17 Temmuz 2008 tarihli Yürekli/Türkiye kararı, Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

²⁷³ Mahkeme 2. maddenin ihlalden kaynaklanan tazminat yükümlülüğüne 13.madde çerçevesinde değinmektedir. Bu çerçevede sorumluların tam olarak belirlenememesi nedeniyle yaşama hakkı ihlalden kaynaklanan tazminat sorumluluğunun tam olarak yerine getirilmemesini 13. maddeden kaynaklanan etkili başvuru hakkının ihlali saymaktadır. 14 Eylül 2010 tarihli Dink/Türkiye kararı, prg.144. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

²⁷⁴ Doğan ve Akıl, s.47; Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok, s.100

²⁷⁵ M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve A.Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s.139; Tezcan, Erdem ve Önok, s.226; Hakan Hakeri “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, İlyas Doğan (Ed.), *İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü*, (ss.341-374) Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı, Ankara 2009, s.343

²⁷⁶ Anayurt, s.214; Semih Gemalmaz, Genel Teori, s.1453; Çavuşoğlu, Temel Haklar, s.11

²⁷⁷ 07 Temmuz 1989 tarihli Soering/Birleşik Krallık kararı, prg.88: “Sözleşme’nin 3.maddesinde bir istisna hükmü bulunmamakta ve bu maddeden savaş veya olağanüstü durumlarda 15. maddeye göre yükümlülük azaltmaya izin verilmemektedir. Sözleşme hükümlerinde işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezanın mutlak bir biçimde yasaklanmış olması, Avrupa Konseyini oluşturan demokratik toplumların en temel değerlerinden birini yansıtmaktadır”. Kararın tam metni için bkz. Doğru, İHAM Cilt 3, s.115. Bu konuda ayrıca bkz. 19 Ocak 1978 tarihli İrlanda/Birleşik Krallık kararı, prg.163; 15 Kasım 1996 tarihli Chahal/Birleşik Krallık kararı, prg.79; 18 Aralık 1996 tarihli Aksoy/Türkiye kararı, prg.62; 11 Nisan 2000 tarihli Veznedaroğlu/Türkiye kararı prg. 28.

2.2.4.2. İşkence Yasağının Sözleşme’de Düzenlenişi

İşkence yasağı korumayı amaçladığı hakların önemine uygun olarak A.İ.H.S.’nde, yaşama hakkını düzenleyen 2. maddenin hemen ardından, 3. maddede düzenlenmiştir. Madde şu şekildedir: “*Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulamaz*”.

Maddeye ilişkin olarak dikkat çeken ilk husus, maddenin ondört kelimelik metniyle Sözleşme’nin en kısa maddesi olması ve başta yaşama hakkı olmak üzere Sözleşme’de düzenlenen diğer hakların aksine, hiçbir istisnaya yer verilmemiş olmasıdır. Kuşkusuz bu durum yasağın dokunulmaz, devredilmez, sert çekirdekli bir hakkı düzenlemesinin bir sonucudur²⁷⁸.

Metinde dikkat çeken ikinci husus ise, maddenin işkence yasağını üç kategori halinde düzenlenmiş olduğudur: İşkence, insanlık dışı ceza veya muamele, onur kırıcı ceza veya muamele²⁷⁹.

2.2.4.3. Hakkın Uygulama Alanı ve Kapsamı

Maddedeki yasağın kapsamına giren eylemler, işkence sayılan fiiller, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezalardır. Ancak gerek madde ile korunan hakkın niteliğinden, gerekse de madde ile düzenlenen ihlal kategorilerinin genişliğinden dolayı, maddenin uygulama kapsamına girecek kötü muamele teşkil eden fiillerin tespiti gerekmiştir²⁸⁰.

2.2.4.3.1. Asgari Eşik Kriteri

Mahkeme, üçüncü madde kapsamında değerlendirilebilecek kötü muamele teşkil eden fiilleri, maddenin kapsamı dışında kalan ve kötü muamele teşkil eden diğer fiillerden ayırmak için, “*asgari eşik*” (de minimis) adını verdiği bir kriteri

²⁷⁸ Aisling Reidy, *İnsan Hakları El Kitapları, No. 6: İşkencenin Yasaklanması*, TBB Yay., Ankara 2005, s.7; Eren, s.133

²⁷⁹ Semih Gemalmaz, *İşkence Yasağı*, s.190; Nur Centel, “Adli Tıp Bilimleri ve İnsan Hakları” *AÜEHFD*, C.IV.S. 1-2, s.9; Önok, s.169

²⁸⁰ Reidy, s.9

uygulamaktadır²⁸¹. Buna göre, bireye uygulanan acı ve sıkıntı veren, ahlaka ve hukuka aykırı her fiili doğrudan işkence yasağının ihlali olarak görülmemektedir. Anılan nitelikteki fiiller ancak belli bir yoğunluğa ulaşırsa işkence yasağını ihlal ettiği kabul edilmektedir²⁸². Dolayısıyla asgari eşik kriteri, 3. maddenin ihlali için kötü muamelenin belli bir yoğunlukta olması gerekliliğini ifade eden bir kavramdır.

Asgari eşik kriteri, hukuka ve ahlaka aykırı olan ve kişilere acı ve sıkıntı veren bir fiilin 3. maddeyi ihlal edip etmediğini tespitinde kullanıldığı için madde ile düzenlenmiş olan her üç ihlal kategorisi açısından da geçerli bir kriterdir²⁸³. Mahkeme somut bir olayda asgari şiddet eşığının aşılmış aşılmadığının belirlenmesinde, kişiye uygulanan muamelenin süresi, muamelenin kişide meydana getirdiği fiziksel ve ruhsal etkiler, mağdurun yaşı, cinsiyeti ve sağlık durumu gibi etkenlere bağlı olarak değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiştir²⁸⁴.

2.2.4.3.2. İhlal Kategorileri

Sözleşme'nin 3. maddesinin kapsamının belirlenmesi açısından üzerinde durulması gereken bir diğer husus da, madde ile düzenlenen üç ayrı ihlal kategorisinin birbirleri ile olan farklılıkları ve ilişkileridir. Mahkeme'de, bir işkence iddiasını ele aldığı ilk dava olan Yunan davasında²⁸⁵ bu konuya dikkat çekmiştir: *"Bu tanımların tamamına uyan muameleler olabileceği açıktır, çünkü her işkence olayı insanlık dışı ve*

²⁸¹ Semih Gemalmaz, İşkence Yasağı, s.217; Önok, s. 175; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Özel Hükümler, s.126; Anayurt, s.219. Mahkeme 3. maddenin ihlali açısından asgari eşik kriterinin aşılmış olması gerekliliğini 19 Ocak 1978 tarihli İrlanda/Birleşik Krallık kararının 162. Paragrafında ise şu şekilde belirtmiştir: *"Bir kötü muamelenin üçüncü maddenin kapsamına girmesi için asgari düzeyde bir şiddetin bulunması gerekir."* Karar için bkz. Doğru, İHAM Cilt 1, s.193

²⁸² Mehmet Emin Artuk, "İşkence Suçu", *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı 7, Ağustos 2008, (ss. 5-40), s.6; Önok, s.176; Gemalmaz, İşkence, s.217.

²⁸³ Önok, s.175

²⁸⁴ Mahkeme asgari eşik kriterinin anlam ve kapsamını Veznedaroğlu/Türkiye kararının 29. paragrafında şu şekilde açıklamıştır: *"Mahkeme, bir durumun, Sözleşme'nin 3.maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi için kötü muamelenin asgari düzeyde sertliğe varması gerektiği hususunu hatırlatır. Bu asgari düzeyin değerlendirilmesi izafidir; olayın şartlarına bağlı olabileceği gibi, muamelenin süresine, fiziksel ve ruhsal etkilerine ve bazı durumlarda da cinsiyet, yaş ve mağdurun sağlık durumuna bağlı olabilmektedir. Özgürlüğünden mahrum bırakılan bireyin durumunda ise, kendi eylem ve tavırları mutlaka kuvvet kullanılmamasını gerektirmedikçe, zora başvurmak, insan onurunu zedelemekte ve ilke olarak 3. maddede öngörülen hakkın ihlal edilmesi anlamına gelmektedir."* http://www.tohav.org/aihm/ sevtap_veznedaroglu.pdf. Kararın tam metni için ayrıca bkz. Doğru, İHAM Cilt 4, s.198. Bu konuda ayrıca bkz. İrlanda/Birleşik Krallık kararı, prg.162; Tyrer/Birleşik Krallık kararı prg.30; Soering/Birleşik Krallık kararı, prg.100; Tekin/Türkiye kararı, prg.52; Tomasi/Fransa kararı prg.114.

²⁸⁵ 05 Kasım 1969 tarihli Yunan davası, Danimarka, Fransa, Norveç, İsveç ve Hollanda'nın Yunanistan'da 1967 -1974 yılları arasında devam eden ve albaylar cuntası olarak anılan dönemde yaşanan yoğun insan hakları ihlalleri nedeniyle yaptığı devlet başvurusuna ilişkin davanın genel adıdır. Söz konusu dava Mahkeme'nin üçüncü maddede düzenlenen üç farklı ihlal kategorisine ilişkin ayrıma gittiği ilk dava olması hasebiyle önem taşımaktadır. Davaya ilişkin açıklayıcı bilgi için bkz. Önok, s.170-171; Reidy, s.19.

*küçük düşürücüdür; ve her insanlık dışı muamele de aynı zamanda küçük düşürücüdür*²⁸⁶.”

2.2.4.3.2.1. İşkence Kavramı

Madde ile yasaklanmış ilk fiil işkencedir. Ancak madde işkencenin tanımını vermemiştir. İşkence, BM Genel Kurulu'nun 9 Aralık 1975 tarihli bildirisinde “... *bir kamu görevlisi tarafından bizzat veya onun teşvikiyle bir kimseye, kendisinden bir itiraf almak veya üçüncü bir kişi hakkında bilgi elde etmek, işlediği veya işlediğinden kuşkulanan bir suçtan ötürü kendisini cezalandırmak, kendisinin veya başkalarının gözünü korkutmak gibi amaçlarla, fiziksel veya ruhsal olarak ağır veya ıstırap veren herhangi bir fiildir*” şeklinde tanımlanmıştır²⁸⁷.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu da Yunan davasına ilişkin raporunda işkenceyi, “*itiraf ya da bilgi elde etmek veya kişiyi cezalandırmak gibi spesifik bir amaca yönelik olarak kasten yapılan, ve genellikle insanlık dışı muamelenin ağırlaşmış halini oluşturan bir olgu olarak*” tanımlamıştır²⁸⁸. Tanımlar çerçevesinde, işkencenin çekilen ızdırabın yoğunluğu, kast ve özel bir amaç için uygulanmış olma gibi üç ayırıcı özelliğinin bulunduğu söylenebilir.

İşkencenin maddede düzenlenen diğer ihlal kategorilerinden ayrılması 3. maddenin uygulanması açısından önem taşımaktadır. Zira ihlal kategorileri arasındaki farklılık nedeniyle işkence niteliğindeki her fiil aynı zamanda insanlık dışı ve onur kırıcı davranış sayılsa da her onur kırıcı davranış veya insanlık dışı muamele işkence niteliği taşımamaktadır²⁸⁹. İşkence ile diğer ihlal kategorileri arasındaki yapılrken ise, işkencenin, genelde kalıcı hasar bırakan yoğun bir acı içermesi, kasten yapılması ve özel bir amaç için uygulanması şeklinde ortaya çıkan üç özelliğinden hareket edilmektedir²⁹⁰.

²⁸⁶ Reidy, s.10; Özbey, s.171.

²⁸⁷ Tanım için bkz. Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok, s.96

²⁸⁸ Önok, s.170

²⁸⁹ Gözlügül, s.168

²⁹⁰ Artuk, İşkence Suçu, s.6; İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s.100; Önok, s. 170; Özbey, s.173, 174

2.2.4.3.2.2. İnsanlık Dışı Muamele veya Ceza

Metinde geçen “*muamele*” kavramı, kamu görevlilerinin egemenlik yetkisine dayanarak gerçekleştirdikleri her türlü işlem ve eylemi; “*ceza*” kavramı ise hukuka aykırı bir fiil nedeniyle uygulanan her türlü yaptırımı ifade eder²⁹¹. Bu bağlamda metinde geçen “*insanlık dışı*” kavramı ile, bir olayın normal gelişimi içerisinde kendiliğinden ortaya çıkmayıp kasten gerçekleştirilen, işkence seviyesine varmayan, ancak bedensel ve ruhsal acıya yol açan davranışlar kastedilmektedir²⁹².

Mahkeme, “*insanlık dışı kavramı*” ile “*işkence*” kavramını birbirinden ayırırken, uygulanan eziyetin yoğunluğu ve amacını esas almaktadır. Örneğin işkence ve insanlık dışı muamele kavramlarının tartışıldığı en önemli kararlardan biri olan İrlanda/Birleşik Krallık davasında, İngiliz güvenlik güçlerince uygulanan ve şikayet konusu olan beş teknik, delil elde etmek amacıyla uygulanmış olmasına rağmen gereken şiddet yoğunluğuna sahip olmadıkları gerekçesiyle işkence değil insanlık dışı ve onur kırıcı muamele olarak nitelemiştir²⁹³. Sonuç olarak insanlık dışı muamele ve cezanın işkence yoğunluğuna ulaşmayan ve kalıcı etki bırakmayan fiiller olduğu söylenebilir.

2.2.4.3.2.3. Onur Kırıcı Muamele veya Ceza

“*Onur kırıcı muamele, şahsı diğer kişiler karşısında büyük ölçüde utandıran, rezil eden ya da şahsı iradesi veya bilinci dışında davranmaya zorlayan; onda korku, acizlik ve değersizlik duygusu uyandırıp onurunu zedeleyen her türlü muamele*” olarak tanımlanmıştır²⁹⁴. Dolayısıyla onur kırıcı davranışın ayırt edici vasfı, kişiyi kendisi veya başkalarına karşı küçük düşürücü nitelikte olmasıdır²⁹⁵.

²⁹¹ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s.248

²⁹² Semih Gemalmaz, İşkence Yasağı, s.198; Üzülmez, İşkence Suçu, s.116; Önok, s.170

²⁹³ 11. Protokolden önceki denetim sisteminde görülen bu davada Komisyon tarafından işkence olarak nitelenen bu beş teknik şunlardır (İrlanda/Birleşik Krallık davası prg. 96.):“*a) Duvar dibine dikme: Birkaç saat süreyle, eller havaya kaldırılmış, ayaklar açılmış, kollar ve ayaklar gergin, ayak parmakları üzerine kalkmış, dolayısıyla beden ağırılığı ayak parmaklarına yüklenecek şekilde ‘gergin pozisyonda’ durmaya zorlama; b) Başlık geçirme: Başa siyah veya koyu renkli bir torba geçirme ve bunu sorgulama süresi dışında sürekli başta tuturma; c) Gürültü verme: Sorgulamayı bekleyenleri bir odaya alıp, sürekli bir biçimde yüksek tonda ısıklık ve yuhanma sesleri verme; d) Uyumama: Sorgulamayı bekleyenleri uykudan yoksun bırakma; e) Yiyecek ve içecek vermeme: Merkezde kaldıkları süre içinde ve sorgulamayı beklerken sadece az bir yiyecek verme*”. Karar için bkz. Doğru İHAM Cilt 1, s.193. O tarihte Mahkeme’nin görevlerini yerine getiren Divan ise komisyonun aksine bu fiilleri işkence olarak kabul etmemiş ve insanlık dışı muamele olarak nitelemiştir. Artuk, İşkence, s.6; Semih Gemalmaz, İşkence Yasağı, s.194.

²⁹⁴ Önok, s.171

²⁹⁵ Demirbaş, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yay., Ankara 1992, s.36; Gözlügül, s.168

İnsanlık dışı davranışın onur kırıcı davranıştan farkı, insanlık dışı davranışta verilen acının onur kırıcı davranışa göre daha yoğun olmasıdır²⁹⁶. Zira insanlık dışı davranışta kişinin küçük düşmesinin ötesinde maddi ve manevi acı çekmesi ön plandadır. Onur kırıcı davranışta ise, söz konusu muamele veya cezanın ilgili kişiyi küçük düşürme amacı kişinin acı çekmesinden daha önceliklidir²⁹⁷. Dolayısıyla işkence ile insanlık dışı davranışta olduğu gibi, insanlık dışı davranış ile onur kırıcı davranış arasında da ayırımın acının yoğunluğu ve gerçekleştirilen davranışın amacına göre yapılacağını söyleyebiliriz²⁹⁸.

AİHM'nin "*insanlık dışı*" ve "*onur kırıcı*" kavramları arasındaki farkı ele aldığı emsal kararı Tyrer/Birleşik Krallık kararıdır. 15 yaşında bir öğrenci olan başvurucuya diğer öğrenciler önünde uygulanan dayak cezasının insanlık dışı muamelemi yoksa onur kırıcı davranış mı olduğu tartışılan davada, başvurucuya tatbik edilen cezanın gereken şiddet yoğunluğuna sahip olmadığı gerekçesiyle insanlık dışı muamele değil onur kırıcı ceza olarak nitelemiştir²⁹⁹. Mahkeme anılan kararda konuya ilişkin olarak iki hususu vurgulamıştır. Bu hususlardan ilki bir davranış veya cezanın onur kırıcı sayılabilmesi için aşağılamanın belli bir düzeye erişmiş olması gerektiğidir. İkincisi ise muamele veya cezanın mağduru başkasının gözünde küçük düşürme bile, kendi gözünde küçük düşürmüş, aşağılamış olmasının yeterli olduğudur³⁰⁰.

2.2.3.5. Devletlerin 3. Maddeden Kaynaklanan Yükümlülükleri

AİHM, Sözleşme'nin 3. maddesinin de, aynı 2. maddesi gibi, taraf devletlere hem negatif hem de pozitif yükümlülükler yüklediğini kabul etmektedir³⁰¹.

²⁹⁶ Demirbaş, İşkence, s.36

²⁹⁷ Reidy, s.17; Özbey, s.176. Örneğin Mahkeme 24 Kasım 2008 tarihli Nita/Romanya kararında (prg. 34) bir kişinin karakolda çocuğunun sağlığından endişe eden annesinin gözleri önünde ayağından masaya kelepçelenmesinin aşağılayıcı bir muamele oluşturduğunu belirtmiştir. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat bankasından alınmıştır.

²⁹⁸ Üzülmöz, İşkence Suçu, s.120 vd.

²⁹⁹ Özdek, s.159

³⁰⁰ Tyrer/Birleşik Krallık Kararı 25 Nisan 1978 tarihli Tyrer/Birleşik Krallık kararı, prg.30-32. Kararın metni için bkz. Doğru, İHAM Cilt 1, s.228; Üzülmöz, İşkence Suçu, s.123; Özdek, s.159

³⁰¹ Semih Gemalmaz, İşkence Yasağı, s.224; Önok, s.165; Sevi Bakı, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, Beta Yay., İstanbul 2008, s.48

2.2.3.5.1. Maddeden Kaynaklanan Negatif Yükümlülükleri

Taraf devletlerin Sözleşme'nin 3. maddesinden kaynaklanan negatif yükümlülüğünü, devletin hiç kimseyi işkence, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza ve muameleye tabi tutmaması oluşturur³⁰².

2.2.3.5.2. Maddeden Kaynaklanan Pozitif Yükümlülükleri

Sözleşme'nin işkence yasağı konusunda taraf devletlere yüklediği pozitif yükümlülükler ise, kendi içerisinde usule ve esasa ilişkin yükümlülükler olarak ikiye ayrılmaktadır.

2.2.3.5.2.1. Usule İlişkin Pozitif Yükümlülükleri

Devletin Sözleşme'nin 3. maddesinden doğan usule ilişkin pozitif yükümlülüğünü, işkence yasağına yönelik bir ihlal iddiasının varlığı halinde, ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti ve faillerin cezalandırılması amacıyla etkin bir resmi soruşturma yürütmesi oluşturmaktadır³⁰³. Bu yükümlülük de, diğer pozitif yükümlülükler gibi Mahkeme'nin içtihatları ile ortaya çıkmış bir yükümlülüktür.

AİHM, işkence iddialarının varlığı halinde devletlerin etkin bir resmi soruşturma yürütme yükümlülüğü altında bulunduğunu ilk olarak 18 Aralık 1996 tarihli Aksoy/Türkiye davasında kabul etmiştir. Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinden kaynaklanan negatif yükümün ihlal edildiği iddiasına dayanan söz konusu davada devletlerin işkence iddialarıyla karşılaştıklarında iddialara ilişkin tam ve etkin bir resmi soruşturma yürütme yükümlülüğü altında bulduklarını vurgulamıştır. Ancak Mahkeme, davaya ilişkin kararının gerekçesinde bu yükümlülüğü Sözleşme'nin 3. maddesinde düzenlenen işkence yasağına değil, 13. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkına dayandırmıştır³⁰⁴.

AİHM, Aksoy/Türkiye davasını müteakiben konuya ilişkin içtihadında değişikliğe gitmiş ve Assenov ve diğerleri/Bulgaristan kararından başlayarak, devletin işkence iddialarından kaynaklanan etkin soruşturma yükümlülüğünün hukuki

³⁰² Anayurt, s.269; Doğru, İşkence, s.21

³⁰³ Semih Gemalmaz, İşkence, s.233; Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok, s.103; Bakı, s.48

³⁰⁴ Doğru, İşkence, s.166; Anayurt, s.270; 18 Aralık 1996 tarihli Aksoy/Türkiye kararı, prg.98

dayanakları arasına, Sözleşme'nin 3. maddesini de dahil etmiştir³⁰⁵. Mahkeme 3. maddeden kaynaklanan etkin soruşturma yükümlülüğünün gerekçesini ise ilgili kararda şu şekilde gerekçelendirmiştir:

“Mahkeme, bu koşullarda bir kimsenin polis veya Devletin başka bir görevlisi tarafından hukuka aykırı olarak ve Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal edecek şekilde ciddi bir kötü muameleyle tabi tutulduğuna dair savunulabilir bir iddiasının bulunması halinde, Sözleşme'nin 3. maddesinin, Sözleşme'nin 1. maddesindeki “Sözleşme'de ... tanımlanan hak ve özgürlükleri kendi egemenlik alanı içinde bulunan herkes için güvence altına alır” şeklindeki Devletlerin genel yükümlülüğüyle birlikte yorumlandığında, etkili bir resmi soruşturma yapılmasını zımnen gerektirdiğini düşünmektedir. Bu soruşturma, Sözleşme'nin 2. maddesinde olduğu gibi, sorumluların belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına yol açabilecek nitelikte bir soruşturma olmalıdır (bk. Sözleşme'nin 2. Maddesiyle ilgili olarak 27.09.1995 tarihli Mc Cann ve Diğerleri – Birleşik Krallık kararı, parag.161; 19.02.1998 tarihli Kaya-Türkiye karar, prg. 86; 02.09.1998 tarihli Yaşa-Türkiye kararı, prg. 98). Eğer böyle bir soruşturma yapılamayacak olursa, işkence ve insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ve ceza yasağı, sahip olduğu büyük öneme rağmen, bu yasak pratikte etkisiz kalacak ve bazı hallerde Devlet görevlilerinin fiili dokunulmazlıktan yararlanarak, kontrolü altında tuttukları kişilerin haklarını istismar etmeleri mümkün olacaktır.”³⁰⁶

Mahkeme'nin, 3. maddeden kaynaklanan etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle mahkumiyet kararı verdiği bu ilk kararında, Sözleşme'nin 1. maddesini destek ölçü norm olarak kullanmıştır. Bunun yanında 2. maddeye ilişkin olarak verilen Mc Cann/Birleşik Krallık, Kaya/Türkiye ve Yaşa/Türkiye kararlarına da atıf yapmıştır. Bu durum etkin soruşturma yükümlülüğüne ilişkin olarak Sözleşme'nin 2. ve 3. maddeleri arasındaki yakın ilişkinin önemli bir göstergesidir.

AİHM'nin 3. maddeden kaynaklanan etkin soruşturma yükümlülüğüne ilişkin olarak Aksoy/Türkiye ve Assenov/Bulgaristan kararlarından başlayarak belirlediği temel prensipleri, bugüne kadarki içtihatlarında da zenginleştirerek sürdürdüğünü belirtmek gerekir. Bu nedenle Mahkeme, aktüel kararlarında 3. maddenin esastan

³⁰⁵ Doğru, İşkence, s.167; Özbey, s.169

³⁰⁶ 28 Ekim 1998 tarihli Assenov/Bulgaristan kararı, prg.102. Karar için bkz. Doğru, İşkence, s.168

ihlaline karar vermeyip sadece usulden ihlal edildiğine ilişkin kararlarlar verdiği gibi, hem esastan hem de usulden ihlal edildiğine ilişkin kararlar vermektedir³⁰⁷.

2.2.3.5.2.2. Esasa İlişkin Pozitif Yükümlülükleri

Taraf devletlerin işkence yasağı konusundaki esasa ilişkin pozitif yükümlülüklerinin ilk kısmını, devletin işkenceyi önlemek için etkili bir hukuk sistemi tesis etme yükümlülüğü oluşturmaktadır. İşkenceyi cezalandıran yasal mevzuatın oluşturulması, etkin bir yargı sistemi kurulması gibi hususlar, bu kapsamdadır³⁰⁸.

İşkence yasağının taraf devletlere yüklediği pozitif yükümlülüğün ikinci kısmını ise, devletin işkence vakalarına yönelik makul önleyici tedbirler alma yükümlülüğü oluşturur³⁰⁹. Buna göre devlet, kamu görevlilerinden kaynaklanan kötü muamele fiillerini engellemek için önlem almakla yükümlü olduğu gibi, bildiği veya bilebilecek durumda olduğu bireylerarası şiddet ve kötü muamele olaylarını engellemek için de makul koruyucu önlemler alma yükümlülüğü altındadır. Mahkeme, devletin bu yükümlülüğüne Mahmut Kaya/Türkiye davasında değinerek, mevzuatın yeterli korumayı sağlamadığı veya yetkili mercilerin bildikleri ya da bilmeleri gereken bir kötü muamele riskine karşı gerekli koruyucu tedbirleri almadığı durumlarda devletin 3. maddeye göre sorumluluğunun doğacağını belirtmiştir³¹⁰. Dolayısıyla bugün itibariyle devletler, sadece kamu görevlilerinden kaynaklanan kötü muamelelerden değil bildiği veya bilmesinin beklenebileceği bireylerarası kötü muamele ve şiddet olaylarından da 3. madde çerçevesinde sorumlu olacaktır³¹¹.

Taraf devletlerin 3. maddeden kaynaklanan esasa ilişkin pozitif yükümlülüklerinin son kısmını ise, kişilerin başta tazminat olmak üzere işkence,

³⁰⁷ Doğru, İşkence, s.168

³⁰⁸ Eren, s.135; Anayurt, s. 269; Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok, s.102

³⁰⁹ Semih Gemalmaz, İşkence Yasağı, s.232, 233; Önok, s.164; Özbey, s.169

³¹⁰ 28 Mart 2000 tarihli Mahmut Kaya/Türkiye kararı, prg.115. Bu konuda bilgi için Semih Gemalmaz, İşkence, s.236, 589 vd.

³¹¹ 9 Haziran 2009 tarihli Opuz/Türkiye kararı, prg.159: “Üçüncü madde kapsamında, devlet dışı aktörler tarafından bireylere uygulanan kötü muamele bağlamında, Devletin sorumlu tutulup tutulamayacağı hususuyla ilgili olarak, AIHM, Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, AIHS'nin 1. maddesi uyarınca, kendi yargı yetkileri kapsamındaki herkese AIHS'de tanımlanan hak ve özgürlükleri temin etme yükümlülüklerinin, 3. maddeyle birlikte ele alındığında, Devletlerin, kendi yargı yetkileri dâhilindeki bireylerin, bireyler tarafından uygulananlar da dâhil olmak üzere, işkence, insanlık dışı, küçültücü muamele veya cezaya maruz bırakılmamalarını temin etmek için oluşturulmuş tedbirleri almalarını gerekli kaldığını hatırlatır... Özellikle çocuklar ve diğer savunmasız kişiler, bu tür ciddi kişisel bütünlük ihlalleri karşısında, Devlet tarafından korunma hakkını haizdirler”. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

insanlık dışı ya da onur kırıcı muamele veya ceza nedeniyle uğradıkları hak kayıplarının telafi edilmesi oluşturmaktadır³¹².

2.2.5. Etkin Soruşturma İlkesi ve Etkili Başvuru Hakkı

Uluslararası sistemin ana aktörünün ulus devletler olması nedeniyle, ulusal hukuk düzenlerinin yargı yetkisi, uluslararası kuruluşların yargı yetkisine göre önceliklidir³¹³. Bu nedenle, herhangi bir hak ve özgürlüğü ihlal edilen bireyler, iç hukuk yollarının tamamen etkisiz kalması nedeniyle, doğrudan doğruya uluslararası kuruluşlara başvurma hakkına sahip oldukları haller dışında, ihlal iddialarını öncelikle iç hukuk organları önünde ileri sürmek zorundadırlar. Diğer bir deyişle, bireyler ihlal iddialarını ancak iç hukuk yollarından bir sonuç alamamışlarsa, uluslararası kuruluşlar önüne taşıyabilirler³¹⁴.

İnsan hakları alanında ulusal hukukun uluslararası hukuka önceliği ilkesinin devletlere yüklediği en önemli yükümlülük, devletin, hak ihlallerine karşı bireylere başvurabilecekleri etkili bir hukuk sistemi sunma yükümlülüğüdür³¹⁵. Bu yükümlülüğe önemine binaen, başta AİHS olmak üzere, çok sayıda insan hakları belgesinde yer verilmiştir. Söz konusu yükümlülük, Sözleşme'nin etkin başvuru hakkı başlıklı 13. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: *"Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kişiler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir"*.

Sözleşme'nin 13. maddesi, hakkın ifade ettiği anlam açısından, Sözleşme'nin 1. maddesinde düzenlenmiş bulunan taraf devletlerin Sözleşme ile koruma altına alınmış

³¹² Eren, s.135.

³¹³ Yüzbaşıoğlu, s.397; Gözübüyük ve Gölcüklü, s.392.

³¹⁴ Gözlügöl, s.225; Özdek, s.56. Mahkeme bu durumu 16 Eylül 1996 tarihli Akdivar/Türkiye kararının 65. paragrafında şu şekilde ifade etmiştir: *"Mahkeme, Sözleşme'nin 26. maddesinde belirtilen iç hukuk yollarını tüketme kuralına göre, devlet aleyhine bir uluslararası yargı veya tahkim organı önünde dava açmak isteyenlerin, önce ulusal hukuk sisteminin sağladığı başvuru yollarını kullanma yükümü altında olduklarını hatırlatır. Böylece devletlerin kendi eylemleri nedeniyle kendi hukuk sistemleri vasıtasıyla durumu düzeltme imkanına sahip kılınmadan uluslararası bir organ önünde hesap vermeleri önlenir. Bu kural, yakın ilişkili olduğu Sözleşme'nin 13. maddesinde yer alan varsayıma dayanır; buna göre Sözleşme hükümlerinin ulusal hukukta içselleştirilmiş olup olmadığına bakılmaksızın, ihlal iddialarına karşı ulusal sistemde etkili bir hukuk yolunun bulunması gerekir. Bu ilkenin bir yönü de, Sözleşme ile kurulan koruma mekanizmasının insan haklarını korumada ulusal sisteme göre ikincil (subsidiary) nitelikte olmasıdır (bkz.07.12.1976 tarihli Handyside/Birleşik Krallık kararı, prg.4). Karar için bkz. Doğru, İHAM Cilt III, s.570*

³¹⁵ Özbey, s.368; Gözübüyük ve Gölcüklü, s.392

maddi hakları egemenlikleri altında bulunan herkese tanıma yükümlülüğünden ayrı düşünülemez bir düzenlemedir. Ayrıca madde ile düzenlenen hak, 35. madde de düzenlenmiş bulunan bireylerin Mahkeme'ye başvurmadan önce iç hukuk yollarını tüketmesi koşulu ile de yakın ilişki içerisinde³¹⁶.

2.2.5.1. Maddede Düzenlenen Hakkın Niteliği

AİHS'nin 13. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkının niteliği, yani bu hakkın usule ilişkin bir kural mı, yoksa esasa ilişkin bir hak mı olduğu hususu, Sözleşme'nin uygulanması sırasında tartışma konusu olmuş hususlardan biridir³¹⁷. Maddenin lafzından hareket eden bir görüş, maddede düzenlenen hakkın taraf devletlere usule yönelik bir yükümlülük getirdiğini, bu nedenle 13. maddede düzenlenen hakkın tek başına ihlal edilebilir bir hak olmadığını ileri sürmüştür³¹⁸.

Mahkeme'nin uygulamasına da yön veren diğer görüş ise, 13. maddede düzenlenen etkili başvuru hakkının usulî değil, maddi bir hak olduğu ve bu nedenle tek başına ihlal edilebilir nitelikte olduğu kanaatindedir. Mahkeme etkili başvuru hakkının maddi bir hak olduğu yönündeki kanaatini Klass/Almanya kararında³¹⁹ şu şekilde ifade etmiştir:

“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 bulunmadıkça, bu makam önünde “ihlal”in varlığını ortaya koyamaz. Sonuç olarak, Komisyon azınlığının da ifade ettiği gibi, Sözleşme'nin gerçekten ihlal edilmiş olması, 13. maddenin uygulanması için bir ön koşul 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

³¹⁶ Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok, s.240; Özbey, s.371

³¹⁷ Emine Eylem Aksoy, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 13.Maddesi: Etkili Başvuru Hakkı”, *Çetin Özek Armağanı*, 2004, s.21

³¹⁸ Aksoy, s.21; Ünal, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s.308

³¹⁹ 06 Eylül 1978 tarihli Klass/Almanya kararı, prg.64. Kararın tam metni için bkz. Doğru, İHAM Cilt 1, s.245

bir ulusal 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".

Bu karar çerçevesinde Mahkeme'nin uygulaması açısından 13. Maddede düzenlenen hakkın, tek başına ihlal edilebilir maddi bir hak niteliğinde olduğu söyleyebilir³²⁰.

2.2.5.2. Maddenin Uygulanmasına İlişkin Mahkeme'nin Benimsediği İlkeler

Yukarıda da ifade edildiği gibi, Mahkeme 13. maddede düzenlenen hakkın tek başına ihlal edilebilir nitelikte maddi bir hak olduğu kanaatindedir. Ancak Mahkeme uygulamasında bir başvuru hakkının 13. maddenin ihlal edildiğini öne sürülebilmesi için, öncelikle Sözleşme'nin ilk oniki maddesinde düzenlenmiş maddi haklardan birinin ihlal edildiğine dair "*savunulabilir bir iddia*"da bulunması gerekir³²¹. Diğer bir deyişle, bir kimsenin etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini öne sürebilmesi ancak Sözleşme'nin 1-12. maddeleri ile Ek Protokollerde koruma altına alınmış maddi haklarından birinin ihlal edildiğine ilişkin savunulabilir nitelikte bir iddiada bulunması durumunda mümkün olmaktadır³²². Dolayısıyla 13. maddede düzenlenen hak, tek başına ihlal edilebilir nitelikte olsa da; ihlali tek başına öne sürülemeyen bir haktır. Mahkeme, Sözleşme'nin koruma altına aldığı maddi haklardan birinin ihlal edildiğine yönelik savunulabilir nitelikteki bir iddianın varlığı halinde ise, somut vakada iç hukukta kişinin başvuru hakkının ihlal edilip edilmediğini başvuru kendisine konuya ilişkin bir talepte bulunmamış olsa bile re'sen incelemektedir³²³.

Bu açıklamalar ışığında, Mahkeme'nin 13. maddenin uygulaması açısından benimsediği ilkeleri şu şekilde sıralayabiliriz. İlk olarak Mahkeme'nin uygulamasında 13. madde bağımsız bir varlığa sahip olmayıp, ancak başka bir maddi hak ihlaline bağlı

³²⁰ Özdek, s.282

³²¹ Özdek, s.282; Gözlügül, s.225.

³²² Gözlügül, s.225; Ünal, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s.308

³²³ Yine Mahkeme 03 Haziran 2004 tarihli Batı ve diğerleri/Türkiye kararında aynı hususu şu şekilde belirtmiştir: "*AIHM, başvuranların veya hükümetlerin nitelendirmelerine bağlı olmayarak söz konusu şikayetlerin AIHS'nin 13. maddesi çerçevesinde incelenmesinin uygun olacağına kanaat getirmiştir*". Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır. 13. maddenin re'sen inceleneceği 21 Aralık 2000 tarihli Büyükdağ/Türkiye kararında (60.prg) da ifade edilmiştir.

olarak uygulanma olanağı bulan bir hak olduğu için 13. maddenin ihlal edilebilmesi, Sözleşme ile koruma altına alınmış maddi haklardan birisinin ihlaline ilişkin bir iddianın varlığı halinde söz konusu olmaktadır³²⁴. Bu bağlamda 13. maddeye ilişkin ihlal iddialarının, daha çok Sözleşme'nin 2. maddesinde düzenlenmiş bulunan yaşama hakkı ve 3. maddesinde düzenlenmiş bulunan işkence yasağına ilişkin ihlal başvurularında etkin soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ile bağlantılı olarak gündeme geldiğini belirtmek gerekir³²⁵.

İkinci olarak, etkin başvuru hakkının ihlali tek başına ileri sürülemez de, hakkın ihlali, birlikte ileri sürüldüğü hakkın ihlal edilmesine bağlı değildir. Bu nedenle, Mahkeme başvuruya kaynaklık eden hakka ilişkin olarak bir ihlalin varlığını tespit etmemiş olsa bile, etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine hükmedebilmektedir³²⁶.

Üçüncü olarak, 13. maddeye yönelik bir ihlalin söz konusu olabilmesi, başvuru hakkının iddiasına dayanak teşkil eden ihlal iddiasının savunulabilir nitelikte olmasına bağlıdır. Mahkeme ilk kez Boyle ve Rice/İngiltere kararında kullandığı “savunulabilir iddia”³²⁷ kavramını bugüne kadar tanımlamadığı gibi, bu kavramın değerlendirilmesinde kullanılacak ölçütlere ilişkin tam bir tespit de yapmamıştır³²⁸. Bu nedenle Mahkeme'nin önüne getirilen bir başvuruya kaynaklık eden ihlal iddiasının savunulabilir nitelikte olup olmadığına karar verirken, başvurunun dayandığı somut olayı kendi şartları içerisinde değerlendirdiğini söylemek mümkündür.

Dördüncü olarak da, Mahkeme'nin uygulaması açısından etkili başvuru hakkının ihlal edildiği başvuran tarafından iddia edilmemiş olsa da, ihlal edilip edilmediği Mahkeme tarafından re'sen incelenen bir haktır³²⁹. Bu nedenle Mahkeme'nin başvuruya kaynaklık eden hakka ilişkin bir hak ihlali tespit edemediği başvurularda, talep olmasa bile 13. maddenin ihlal edildiğine karar verdiği görülmektedir³³⁰.

³²⁴ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.394; Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s.313

³²⁵ Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok, s.241; Gözlügöl, s.227

³²⁶ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.394; 06 Eylül 1978 tarihli Klass/Almanya kararı prg. 64: “Sonuç olarak, Komisyon azınlığının da ifade ettiği gibi, Sözleşme'nin gerçekten ihlal edilmiş olması, 13. maddenin uygulanması için bir ön koşul olamaz.”

³²⁷ Savunulabilir iddia kavramına ilişkin ayrıntılı açıklamayı çalışmanın 87. sayfasına bakılabilir.

³²⁸ Aksoy, s.22; Özdek, s.283

³²⁹ Bu konuda bkz. 21 Aralık 2000 tarihli Büyükdağ/Türkiye kararının 60. prg. Ayrıca 03 Haziran 2004 tarihli Batı ve diğerleri/Türkiye kararı.

³³⁰ Örneğin Divan 13. maddenin re'sen inceleneceği yönündeki içtihadının bir sonucu olarak komisyonun 13. maddeyi inceleme gereği duymadığı Aksoy/Türkiye kararında Sözleşme'nin 3. ve 5/3. Maddelerinin ihlal edildiğini tespit ettikten sonra başvuru hakkının Sözleşme'nin 6/1. Maddesinin ihlal edildiğine yönelik şikayete ilişkin bir ihlal tespit etmemiş olmasına karşın (prg 94.): “Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin ihlali bakımından bu

Bu konuda son olarak Mahkeme'nin etkili başvuru hakkını İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 8. maddesinde düzenlenmiş olan etkin hukuk yoluna başvuru kavramı ile benzer şekilde ele aldığını da belirtmek gerekir³³¹.

2.2.5.3. Hakkın Kapsamı

Etkili başvuru hakkı, insan haklarının korunmasında öncelikli yetkiye sahip olan ulus devletlerin bu yetkilerini kötüye kullanması ile ortaya çıkabilecek olumsuzlukların önüne geçilebilmesine, devletlerin bu yetkilerini kullanırken evrensel hukuk ve insan hakları ilkelerine uyup uymadığının denetlemesini mümkün kılmaktadır. Bu nedenle AİHM'ye göre iç hukuktaki bir başvuru yolunun etkin sayılabilmesi için hukuk sisteminde teorik olarak var olması yeterli değildir; fiilen kullanılabilir ve sonuç alıcı nitelikte olması gerekmektedir³³². Zira bir hukuk yolunun etkinliği yapılan başvurulardan sonuç alınmasına elverişli olmasına bağlıdır. Bu nedenle Mahkeme de, hakkı ihlal edilen bir kimseye iç hukukta sağlanan idari ve hukuki yolları denetlerken, başvuru hakkının şeklen var olup olmadığını incelemekle yetinmemekte, sağlanan başvuru yolunun fiili işlerliğini de denetlemektedir³³³. Ancak iç hukuk yolunun fiilen işler sayılmasının başvurunun başvuru lehine sonuçlanması anlamına gelmediğini de belirtmek gerekir. Nitekim Mahkeme'de ulusal makama yapılmış olan başvurunun başvuru lehine sonuçlanmamış olmasının tek başına iç hukuk yolunun etkisiz olduğu, sonuç almaya müsait olmadığı anlamına gelmeyeceğini kararlarında belirtmektedir³³⁴.

şikayeti, devletlere daha genel bir yükümlülük getiren Sözleşme'nin 13. maddesi altında ele alma"nın daha uygun olduğunu gerekçe göstererek 13. maddeyi re'sen incelemiştir. Söz konusu kararda etkin soruşturma yükümlülüğüne uyulmadığı gerekçe göstererek 13. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

³³¹ Semih Gemalmaz, Genel Teori, s.403. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 8. maddesi şu şekildedir: "*Herkesin anayasa ya da yasayla tanınmış temel haklarını çiğneyen eylemlere karşı yetkili ulusal mahkemeler eliyle etkin bir yargı yoluna başvurma hakkı vardır.*"

³³² Gözlüğü, s.226; Ergül, s.232. Bu durum 10 Ekim 2000 tarihli Akkoç/Türkiye kararının 103. paragrafında şu şekilde ifade edilmiştir: "*Sözleşme'nin 13. maddesine göre var olan yükümlülüğün alanı, başvuru lehine Sözleşme bakımından yaptığı şikayetin niteliğine göre değişir. Bununla birlikte, Sözleşme'nin 13. maddesinin gerektirdiği hukuk yolu, hukuk yolunun kullanılmasının, özellikle devlet görevlilerinin eylemleri veya ihmalleriyle haksız biçimde engellenmemesi anlamında, hukuken olduğu kadar uygulamada da "etkili" olmalıdır*"

³³³ 16 Eylül 1996 tarihli Akdınar/Türkiye kararı, prg.66 "...Söz konusu başvuru yollarının mevcudiyeti, sadece teoride değil fakat uygulamada da yeterli ölçüde açık olmalıdır; aksi takdirde ulaşılabilirlik ve etkililik şartlarından mahrum kalırlar." Karar Doğru İHAM Cilt 3, s.558

³³⁴ Reisoğlu, s.125; Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok, s.240; Özbey, s.369. Mahkeme bu durumu Soering/Birleşik Krallık kararının 122. paragrafında şu şekilde ifade etmiştir: "*Sözleşme'nin 13. maddesi bakımından bir hukuk yolunun etkililiği, Bay Soering için kesin olumlu sonuç vermesine dayanmamaktadır (bkz. 06.02.1976 tarihli İsveç Makinistler Sendikası kararı, prg. 50).*"

AİHM'nin uygulamasında taraf devletlerin etkili başvuru hakkından kaynaklanan yükümlülüklerinin kapsam ve sınırları, tahdidi nitelikte değildir. Mahkeme çeşitli kararlarında 13. maddenin taraf devletlere yüklediği yükümlülüklerin kapsamının, başvuru sahibinin şikayetine dayanak teşkil eden olay ve hakkın özelliklerine göre değişebileceğini, bu konuda soyut ve sayılı kriterler bulunmadığını ifade ederek bu duruma dikkat çekmiştir³³⁵. Yine de Mahkeme 13. maddenin uygulanmasına ilişkin temel bazı esaslar belirlemiştir. Buna göre, taraf devletlerin 13. maddeye yönelik yükümlülüklerinden en önemlisi, iç hukukta hak ihlaline uğradığına yönelik savunulabilir bir şikayeti olan kişilerin, bu iddialarını ileri sürüp sonuç alabilecekleri etkin bir idari ve yasal sistem kurulmuş olmasıdır³³⁶. Burada dikkat edilmesi gereken husus, 13. maddede bir hukuk yoluna değil, ulusal bir makama başvurudan bahsedildiği için, iç hukukta ihlal iddiası hakkında karar verecek olan makamın mutlaka yargısal nitelikte olmasının şart olmadığıdır³³⁷. Etkili başvuru hakkına uygunluk açısından ilgili makamın sahip olduğu yetkiler ve sağladığı güvencelerin, başvuru hakkının etkin bir biçimde kullanılabilmesi için yeterli olması kâfidir³³⁸.

Örneğin Mahkeme, başvuru yapılacak ulusal makamın Leander/İsveç kararında bir ombudsmanlık³³⁹, Boyle ve Rice/İngiltere kararında bir cezaevi müdürü³⁴⁰, Klass ve diğerleri/F.Almanya kararında ise bir parlamento komisyonu olmasını, etkin başvuru hakkının ihlali olarak görmemiştir³⁴¹. Dolayısıyla başvurulacak makam konusunda Mahkeme için önemli olanın başvuru yapılacak makamın niteliği değil, sahip olduğu yetkiler ve sağlayabildiği güvenceler olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır.

Başvurunun etkinliğinin sağlanmasına yönelik olarak Mahkeme'nin ilgili makamın sahip olmasını beklediği özellikler, ihlal iddiasını inceleyen makamın

³³⁵ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s.314; Aksoy, s.22. Mahkeme konuyu 08 Temmuz 1999 tarihli Çakıcı/Türkiye kararının 112. paragrafında da şu şekilde ifade etmiştir: "... Sözleşme'nin 13. maddesi, devletler bu madde ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirme tarzı bakımından belli bir takdir yetkisine sahip olsalar da, Sözleşme'deki haklarla ilgili bir şikayeti özü itibarıyla ele alabilecek bir içi hukuk yolunun sağlanmasını ve uygun bir karşılık verilmesini gerektirir. Sözleşme'nin 13. Maddesinden kaynaklanan yükümlülüğün kapsamı, başvuru sahibinin Sözleşme bakımından yaptığı şikayetin niteliğine göre değişir." Karar için bkz. Doğru, İHAM Cilt 4, s.126

³³⁶ Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok, s.240; Özbey, s.371; Akdeniz/Türkiye kararı için bkz. Gözübüyük ve Gölcüklü, s.397.

³³⁷ Özdek, s.281; 06 Eylül 1978 tarihli Klass/Almanya kararı, prg.67: "... Mahkeme'ye göre 13. Madde de sözü edilen makamın, her olayda kelimenin dar anlamıyla yargısal bir makam olması gerekmektedir. Bununla beraber o hukuki yolun etkili olup olamayacağı belirlenirken, o makamın sahip olduğu yetkiler ve usul güvenceleri önem taşır" Karar metni için bkz. Doğru, İHAM Cilt 1, s.245

³³⁸ Reisoğlu, s.125; Özdek, s.281

³³⁹ 26 Mart 1987 tarihli Leander/İsveç kararı. Karar için bkz. Doğru, İHAM Cilt 2, s.279

³⁴⁰ 27 Nisan 1988 tarihli Boyle ve Rice/Birleşik Krallık kararı. Karar için bkz. Doğru, İHAM Cilt 2, s.495

³⁴¹ 06 Eylül 1978 tarihli Klass/Almanya kararı, prg.67. Bu konuda ayrıca bkz. Aksoy, s.22

bağımsız ve tarafsız olması, işin esasına bakabilme ve ihlalin varlığını saptadığı takdirde de, ihlalin ortaya çıkardığı hukuka aykırılığı giderebilecek karar alma ve uygulama yeteneğine sahip olmasıdır³⁴². Bu açıklamalar çerçevesinde, Mahkeme'nin ihlal iddiasını inceleyecek yetkili makamın belirlenmesi hususunu taraf devletlerin takdirine bıraktığı söylenebilir³⁴³.

Mahkeme, 13. maddeye ilişkin olarak verdiği kararlarda, başvuru hukuk yollarının etkisizliğinin gerekçesi olarak öne sürdüğü bazı hususların etkili başvuru hakkını ihlal etmediğine karar vermiştir. Bu bağlamda, Mahkeme, iç hukukta yapılacak başvurunun süre, mali yükümlülük (harç, teminat vb) ve şekil açısından şarta tabi tutulmuş olmasının, getirilen şartlar o hukuk yolunu fiilen etkisiz hale getirecek kadar ağır olmadıkça, etkili başvuru hakkını zedelemeyeceğine karar vermiştir³⁴⁴.

Son olarak iç hukuk düzeninin etkin başvuru hakkının gereklerini karşılayıp karşılayamadığını incelenirken, ulusal hukuk sistemini bir bütün olarak değerlendirdiğini belirtelim. Bu nedenle Mahkeme, iç hukuk yollarından birinin tek başına yetersiz olmasını, eğer iç hukukta düzenlenmiş bulunan diğer başvuru yolları ihlal karşısında etkili bir koruma sağlamışsa, etkili başvuru hakkının ihlali olarak görmemektedir³⁴⁵.

2.2.5.4. Hakkın Etkin Soruşturma Yükümlülüğü İle İlişkisi

AİHS'nin 2. veya 3. maddelerinden birisine yönelik savunulabilir bir ihlal iddiasının varlığı halinde ortaya çıkan etkin soruşturma yükümlülüğünün hukuki dayanaklarından birisini de Sözleşme'nin 13. maddesi oluşturmaktadır. Mahkeme, etkin soruşturma yükümlülüğüne ilişkin ilk kararı olan 18 Aralık 1996 tarihli Aksoy/Türkiye kararında yükümlülüğün hukuki dayanağı olarak Sözleşme'nin 13. maddesini

³⁴² Gözlüçöl, s.226; Özbek, s.369. Ayrıca Mahkeme bu durumu 26 Mart 1987 tarihli Leander/İsveç kararının 77. paragrafında: " ... Sözleşme'nin 13. maddesi, sözü edilen makamın yargısal bir makam olmasını gerektirmektedir; ancak bu yargısal bir makam değilse, sahip olduğu yetkiler ve sağladığı güvenceler, izlediği usulün etkili olup olmadığına karar verilirken önem taşır. Tek bir hukuk yolu, kendi başına Sözleşme'nin 13. maddesindeki şartları bütünüyle yerine getirmese bile, bir araya gelen iç hukuk yolları bunu gerçekleştirebilir..." şeklinde ifade etmiştir. Karar için bkz. Doğru, İHAM Cilt II, s.298

³⁴³ Özdek, s.280. Bu konuda ayrıca bkz. 06 Eylül 1978 tarihli Klass/Almanya kararı, prg.67; 08 Temmuz 1999 tarihli Çakıcı/Türkiye kararı prg.112.

³⁴⁴ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.394

³⁴⁵ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.398; Aksoy, s.23. Bu konuda Ayrıca bkz. Leander/İsveç kararı, prg.77; Klass/Almanya kararı, prg.72; Soering/Birleşik Krallık kararı, prg.116 ve devamı.

göstermiştir. Mahkeme anılan kararın gerekçesinde bu hususu şu şekilde ifade etmiştir³⁴⁶:

“Sözleşme’nin 3. maddesinde güvence altına alınan hakkın özelliği, 13. madde üzerinde sonuçlar doğurmaktadır. İşkence yasağının büyük önemi (bk. yukarıda prg. 62) ve özellikle işkence mağdurlarının korunmasız durumu düşünüldüğünde, 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 varsa, Sözleşme’nin 13. madde bakımından “etkili hukuk yolu” kavramı, uygun bir tazminatın ödenmesinin yanısıra, işkenceden sorumlu olanların belirlenmesini ve cezalandırılmalarını sağlayabilen ve şikayetçinin etkili bir biçimde katılmasını içeren bir usulle, tam ve etkili bir soruşturma yapılmasını gerektirir. Bir işkence fiilinin işlendiğine inanmak için makul nedenler bulunduğu takdirde, ‘derhal ve tarafsız’ bir soruşturma yapma yükümlülüğü yükleyen İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Onur Kırıcı Muamele ve Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin 12. maddesindeki gibi bir hükmün, bu Sözleşme’de bulunmadığı açıktır. Ancak Mahkeme’nin görüşüne göre böyle bir gereklilik, Sözleşme’nin 13. maddesindeki “etkili hukuk yolu” kavramının içinde zımnen yer alır (bk. yukarıda belirtilen Soering kararı, prg.88)”.

Dolayısıyla 13. madde etkin soruşturma yükümlülüğü bağlamında temel öneme sahip bir hakkı düzenlemekte ve Mahkeme içtihatları ile ortaya çıkan bu yükümlülüğün Sözleşme’deki hukuki dayanaklarından ilkinin oluşturmaktadır. AİHM, Aksoy/Türkiye davasından sonra ise, etkin soruşturma kavramını Sözleşme’nin 2. ve 3. maddesinden doğan usule ilişkin pozitif yükümlülük olarak tanımlama eğilimine girmiştir. Bugün itibariyle, Mahkeme’nin etkin soruşturma kavramının hukuki dayanağına ilişkin olarak Sözleşme’nin 2, 3 ve 13. maddelerine hem ayrı ayrı, hem de birlikte dayandığı, bu bağlamda Mahkeme’nin konuya ilişkin içtihadının hala daha oluşum aşamasında olduğu ifade edilmektedir³⁴⁷.

Mahkeme’nin etkili başvuru hakkından kaynaklanan yükümlülüklerin, 2. ve 3. maddelerden kaynaklanan yükümlülüklerden daha geniş ve ağır olduğu yönündeki

³⁴⁶ 18 Aralık 1996 tarihli Aksoy/Türkiye kararı, prg. 98. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

³⁴⁷ Doğru, İşkence, s.169.

kararları³⁴⁸ ve Sözleşme'nin 8. maddesi ile koruma altına alınan özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkının ihlalinin de taraf devletlere 13. madde çerçevesinde etkin soruşturma yükümlülüğü yüklediğine yönelik içtihadı da dikkate alındığında, etkin başvuru hakkının etkin soruşturma yükümlülüğü açısından her zaman için önemli bir uygulama alanına sahip olacağı söylenebilir³⁴⁹.

Mahkeme 13. maddenin etkin soruşturma yürütme yükümlülüğü bağlamında, taraf devletlere başlıca iki yükümlülük yüklediği kanaatindedir. Bu yükümlülüklerden ilki, olayın sorumlularının teşhis edilmesini ve cezalandırılmasını sağlayacak kapsamlı ve etkin bir soruşturmanın yürütülmesidir³⁵⁰. Böylesi bir durumda Mahkeme'nin, ihlal iddialarına ilişkin olarak yetkililerin hiç soruşturma açmadığı veya açılmış bir soruşturmanın sonuçları itibari ile verimsiz olduğu durumları 13. maddenin ihlali kapsamında gördüğünü belirtmek gerekir. Üstelik Mahkeme soruşturmayı yürüten makamların ihlali gerçekleştiren görevlilerden bağımsız olması ve şikayetçinin soruşturma sürecine etkin bir şekilde erişimine imkan sağlanması gibi etkin soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilmesi açısından olmazsa olmaz nitelikte gördüğü hususların da hakkın kapsamına dahil olduğu kanaatindedir³⁵¹.

Taraf devletlerin etkin soruşturma yükümlülüğüne ilişkin olarak 13. maddeden kaynaklanan yükümlülüklerinin ikincisini ise, başvurucuya tazminat ödenmesi hususu oluşturmaktadır³⁵². Bu çerçevede Mahkeme, etkin bir soruşturmanın bulunmadığı

³⁴⁸ 27 Temmuz 2004 tarihli İnkisoy/Türkiye kararı: "Mahkeme 13. maddenin yüklediği sorumluluğun 2 ve 3. maddelerin gereklerinden daha ağır olduğunu belirtmektedir". Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır. Yine aynı yönde 14 Eylül 2010 tarihli Dink/Türkiye kararı, prg.144; 20 Eylül 2005 tarihli Dündar/Türkiye, 31 Mayıs 2005 tarihli Kişmir/Türkiye kararları.

³⁴⁹ Mahkeme 8. Maddenin taraf devletlere etkin soruşturma yükümlülüğü yüklediğini 28 Ekim 1997 tarihli Menteş/Türkiye kararında (prg.89) şu şekilde ifade etmiştir: "Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında yakınılan müdahalenin niteliği ve önemi Madde 13 ile de yakından ilgilidir. Hüküm, ulusal sistemde mevcut olan başvuru yollarına dokunmaksızın, davalı devlete, kişilerin ev ve eşyalarının devlet görevlilerince kasten tahrip edildiğine dair iddiaları tam ve etkin bir biçimde soruşturma yükümlülüğü getirmektedir. Buna bağli olarak, bir kişinin evinin ve eşyalarının bir devlet görevlisi tarafından kasten tahrip edildiğini ileri sürmesi halinde, gerekli görüldüğü durumlarda, "etkili başvuru yolu" kavramı, tazminat ödenmesine ek olarak, sorumluların belirlenmesi ve cezalandırılmasını ve şikayette bulunan kişinin soruşturma prosedürüne etkin katılımını sağlayacak tam ve etkili bir soruşturmayı gerektirmektedir". Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

³⁵⁰ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s.314; Ergül, s.233.

³⁵¹ Özbey, s.373; Doğru, s.173.

³⁵² Bu konuda zikredilmesi gereken önemli bir karar Mahkeme'nin 13 Ocak 2009 tarihli Yeter/Türkiye kararıdır. Mahkeme işkence neticesinde göz altında ölüme dayanan davada Hükümetin, başvuranların ulusal mahkemelerden tazminat aldıkları için artık mağdur olarak değerlendirilemeyecekleri yönündeki savunmasına karşılık olarak "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." ifadeleri ile yükümlülüğün iki unsurunu da göstermiştir. Ayrıca Mahkeme'nin iç hukuk organlarının tazminata hükmettiği oldukça yeni tarihli bu davada etkin soruşturma yükümlülüğünü 2. Madde bağlamında incelemesi de bu konudaki içtihadı açısından önemlidir.

durumlarda faillerin tespit edilememesinin mağdurların tazminat alma imkanını önemli ölçüde azalttığına dikkat çekmektedir. Bu nedenle 2. ve 3. maddelere yönelik bir ihlalin gerçekleşmesi durumunda faillerin cezalandırılmasının yanında, başvuru haklarının gerek maddi ve gerekse de manevi zararlarının tazmin edilmesi etkili başvuru hakkının bir gereğidir³⁵³.

2.3. SORUŞTURMA'NIN ETKİNLİĞİNİ SAĞLAYAN HUSUSLAR

Sözleşme'nin tarafı olan bir devletin, 2. veya 3. maddelerden birine yönelik bir ihlalin varlığı halinde yürütmek zorunda olduğu bir ceza soruşturmasının etkin olarak nitelendirilebilmesi, soruşturmanın etkin bir şekilde yürütülmesini sağlayacak bazı özellikleri bünyesinde barındırmasına bağlıdır. Mahkeme'nin bir ceza soruşturmasında varlığını aradığı bu hususlar, soruşturma organlarının herhangi bir talep olmasa bile soruşturmaya ipso facto olarak kendiliğinden ve ivedilikle başlayıp başlamadığı, soruşturmanın bağımsız ve tarafsız organlarca yürütülüp yürütülmediği, s kamunun denetimine açık olarak, makul bir özen veya hızla yürütülüp yürütülmediğidir. Etkin soruşturma yükümlülüğünün bunlar dışında kalan son bir özelliği ise, araçsal bir yükümlülük oluşudur. Çalışmanın bu kısmında, Mahkeme'nin bir ceza soruşturmasının etkin soruşturma yükümlülüğüne uygunluğunu denetlerken, kullandığı bu unsurların kavramsal incelemesi yapılacaktır.

2.3.1. Soruşturmaya İpso Facto - Kendiliğinden Başlanmış Olması

Etkin soruşturma yükümlülüğü, Sözleşme'nin 2. veya 3. maddelerinde düzenlenmiş bulunan hakların ihlaline ilişkin bir şüphenin ortaya çıkması ile doğar. Ceza hukuku açısından adam öldürme, işkence gibi suçlara vücut veren böyle bir ihlalin varlığı durumunda, kuşkusuz soruşturma makamlarının maddi gerçeği ortaya çıkarmaya yönelmiş etkin bir soruşturma başlatabilmeleri, ihlal şüphesini öğrenmiş olmalarına bağlıdır. Ceza muhakemesi hukukuna göre, bu gibi durumlarda soruşturma suç

³⁵³ Ergül, s.233; Özdek, s.285. Örneğin Mahkeme bu durumu 31 Mayıs 2005 tarihli Kışmır/Türkiye kararının 138. paragrafında “ ... 13. madde, uygun olduğu halde tazminat ödenmesine ek olarak, şikayette bulunan kişinin soruşturma işlemlerine etkin bir şekilde erişmesi dahil, ölümden sorumlu olanların belirlenmesine ve cezalandırılmasına sağlayacak kapsamlı ve etkin bir soruşturma yapılmasını gerektirir.” şeklinde ifade etmiştir. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır. Bu konuda ayrıca bkz. İpek/Türkiye kararı prg. 177, Hasan İlhan/Türkiye kararı prg.121, Toğcu/Türkiye kararı prg.137 ve Talat Tepe/Türkiye kararı prg.81.

şüphesinin kendiliğinden, ihbar veya şikayet yoluyla öğrenilmesiyle birlikte, Cumhuriyet Savcılığı tarafından re'sen başlatılır³⁵⁴.

AİHM'nin etkin soruşturma yükümlülüğü bağlamında soruşturmanın başlangıcına ilişkin yaklaşımı da benzer niteliktedir. Mahkeme'ye göre soruşturma yükümlülüğü, ihlalin öğrenilmesiyle birlikte kendiliğinden doğan ipso facto bir yükümlülüktür. Bu nedenle 2. veya 3. maddeler ile güvence altına alınmış bir hakkın ihlal şüphesinin herhangi bir şekilde öğrenilmesi durumunda, durumdan haberdar olan soruşturma makamlarının, ilgililerin başvurusunu beklemeden ve hatta ilgililer konuya ilişkin olarak başvuruda bulunmasalar bile re'sen harekete geçmesi gerekmektedir³⁵⁵. Etkin soruşturma yükümlülüğünün bu özelliği 2. maddenin ihlaline ilişkin Nesibe Haran/Türkiye kararında “*mercilere yalnızca başvuranın kocasının öldürüldüğünün haber verilmesi gerçeği, ipso facto, 2. madde kapsamında ölümü çevreleyen koşullara yönelik etkili bir soruşturma yapma yükümlülüğünü doğurmuştur*” şeklinde belirtmiştir³⁵⁶. Yine Mahkeme, 3. maddeye ilişkin Batı/Türkiye kararında “*ancak şartlar ne olursa olsun, yetkililer resmi şikayet yapılır yapılmaz harekete geçmelidir. Şikayet yapılmadığında bile işkence veya kötü muamele olduğunu gösteren yeterli, kesin belirtiler olduğunda soruşturma açılması uygun olacaktır*” ifadeleri ile yükümlülüğün ipso facto özelliğini vurgulamıştır³⁵⁷. Mahkeme'nin bu yaklaşımının ceza muhakemesine hâkim olan soruşturma mecburiyeti ilkesi ile paralel olduğu söylenebilir.

AİHM'nin konuya ilişkin olarak verdiği kararlarda dikkat çeken bir diğer husus 2. veya 3. maddeye yönelik ihlal iddiasının varlığı halinde soruşturma yükümlülüğünün kendiliğinden doğması için ortada “savunulabilir bir iddia”nın var olması gerekir. Örneğin Mahkeme konuya ilişkin ilk kararları olan Aksoy/Türkiye kararında³⁵⁸ “... bir kimsenin Devlet görevlileri tarafından kendisine işkence yapıldığına dair savunulabilir bir iddiasının bulunması halinde ...” ve Assenov ve diğerleri/Bulgaristan kararında³⁵⁹ “

³⁵⁴ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yay., İstanbul 2008, s.83-84; Bahri Öztürk ve M. Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara 2007, s.695; Veli Özer Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara 2006, s.185.

³⁵⁵ Doğru, s.171; Özbey, s.371; Doğan ve Akıl, s.57.

³⁵⁶ 06 Ekim 2005 tarihli Nesibe Haran/Türkiye kararı, 70. prg. Mahkeme aynı hususu Türkoğlu/Türkiye kararında da (prg.119): “*Soruşturma makamlarına başvuranın kocasının ölümünün bildirilmesi gerçeği, AIHS'nin 2. maddesi kapsamında ölüm şartlarına yönelik etkin bir soruşturma yapılması yükümlülüğünü ipso facto olarak doğurur.*” şeklinde belirtmiştir. Yine aynı yönde bkz. 06 Ekim 2005 tarihli Tanrıku/Türkiye kararı, 101 ve 103. prg. Her üç kararda Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

³⁵⁷ 03 Haziran 2004 tarihli Batı ve diğerleri/Türkiye kararı. Karar, Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

³⁵⁸ Aksoy/Türkiye kararı, prg.98. Karar için bkz. Doğru, İşkence, s.167

³⁵⁹ Assenov/Bulgaristan kararı, prg.102, Karar için bkz. Doğru, İşkence, s.168

... bu koşullarda bir kimsenin polis veya Devletin başka bir görevlisi tarafından hukuka aykırı olarak ve Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal edecek şekilde ciddi bir kötü muameleye tabi tutulduğuna dair savunulabilir bir iddiasının bulunması halinde ...” ifadeleri ile soruşturma yükümlülüğünün, söz konusu iddianın savunulabilir nitelikte olması halinde ortaya çıkacağını belirtmiştir. Dolayısıyla soruşturma makamlarının soruşturmaya başlama mecburiyetlerinin ortaya çıkışı açısından savunulabilir bir iddianın varlığı, hem gerekli hem de yeterlidir. Bu nedenle devletin soruşturma yükümlülüğünün ortaya çıkışı açısından Mahkeme'nin savunulabilir iddia kavramı ile neyi kastettiğinin ve bu kavramın etkin soruşturma yükümlülüğünün ipso facto niteliği ile ilişkisinin incelenmesi gerekmektedir.

AİHM, “savunulabilir iddia” kavramını ilk kez 27 Nisan 1988 tarihli Boyle ve Rice/İngiltere kararında 13. madde ile ilişkili olarak kullanmıřtır³⁶⁰. Ancak Mahkeme ne konuya ilişkin bu ilk kararında, ne de sonraki kararlarında kavramın soyut bir tanımını vermediği gibi, bir iddianın savunulabilir nitelikte olup olmadığının belirlenmesinde kullanılabilecek ltleri de vermemiřtir³⁶¹. Mahkeme anılan kararın gerekçesinde bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: “Mahkeme “savunulabilirlik” kavramının soyut bir tanımını vermek gereğini duymamaktadır. Buna mukabil, 13. madde düzeyinde ileri sürülmüş bulunan şikayetin kaynağındaki her ihlal iddiasının savunulabilir olup olmadığının, çözümü gereken hukuki mesele ya da meselelerin niteliği gibi maddi olaylar ışığında araştırılması; ve olumlu yanıt halinde, bu şikayet bakımından söz konusu hüküm gereklerinin yerine getirilip getirilmediğinin (saptanması) lazımdır³⁶²”. Dolayısıyla Mahkeme'nin bakmakta olduğu bir davada ihlal iddiasının savunulabilir bir iddia olup olmadığına karar verirken, ihlal iddiasının dayandığı olgu ve olayları somut olayın koşulları çerçevesinde değerlendirdiği sylenbilir³⁶³.

Mahkeme'nin, bir iddianın savunulabilir nitelikte olup olmadığını belirlerken önceden belirlenmiş ölçütler kullanmamasına karşın, iki hususu sürekli olarak gözönünde bulundurduğu görülmektedir. Bunlardan ilki, iddianın ilgili hakka yönelik

³⁶⁰ Aksoy, s.22'de oniki nolu dipnot. Bu erevede AİHM'nin aslında 13. maddenin uygulanmasına ilişkin olarak varlığını aradığı “savunulabilir iddia” kavramını etkin soruşturma yükümlülüğünün ortaya çıkışı açısından da aramasının temel nedeninin Mahkeme'nin yükümlülüğünün hukuki kaynakları arasında ilgili maddeyi de kabul etmesi olduğu söylenbilir.

³⁶¹ zdek, s.283. Yazar Mahkeme'nin konuya ilişkin bu tutumunun subjektif uygulamalara yol açtığı kanısındadır.

³⁶² Karar için bkz. Gözübüyük ve Gölcüklü, s.398

³⁶³ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.394

hukuki ve fiili dayanağa sahip olup olmadığıdır³⁶⁴. Dolayısıyla örneğin hiç gözaltına alınmamış bir kimsenin işkence iddiasında bulunması veya hukuken korunmayan bir hakka yönelik ihlal iddiaları, savunulabilir nitelikte iddialar olarak kabul edilmemektedir.

Mahkeme ikinci olarak da, bir iddianın savunulabilir bir iddia olarak kabul edilmesi için ihlalin gerçekleşmiş olabileceğine ilişkin belirtilerin bulunmasının yeterli olduğunu, fakat gerçek ve somut bir ihlalin var olmasının gerekmediğini belirtmektedir³⁶⁵. Diğer bir deyişle, somut bir olayda iddianın savunulabilir nitelikte olduğunun kabul edilerek soruşturmaya başlanabilmesi için, ihlalin mutlaka vuku bulmuş olması gerekmez; ihlalin meydana geldiğine dair ilk bakışta haklı şüphe sebeplerinin ortaya çıkmış olması yeterlidir. Dolayısıyla Mahkeme'nin, açıkça mesnetsiz olmayan iddiaları savunulabilir olarak kabul ettiğini söylemek mümkündür³⁶⁶.

Mahkeme'nin gerek "savunulabilir iddia" şeklinde ifade ettiği kavramın, gerekse de soruşturma yükümlülüğünün ortaya çıkışına ilişkin yaklaşımının daha iyi anlaşılabilmesi için, ceza muhakemesi hukukunun konuya ilişkin düzenlemelerinin incelenmesi faydalı olacaktır. Bilindiği üzere, amacı maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olan ceza soruşturması süreçleri, şüphe kavramı üzerine kurulmuştur. Ceza muhakemesi süreci şüphenin ortaya çıkışı ile başlayıp, bu şüphenin yenilmesi veya yenilememesi ile sonuçlanan bir süreçtir. Bu bağlamda ceza muhakemesi hukukunda şüphe, yoğunluğuna göre dörde ayrılmaktadır: Basit/başlangıç şüphesi, makul şüphe, yeterli şüphe ve kuvvetli şüphe³⁶⁷.

Bir ihlal iddiasının varlığı halinde ceza soruşturmasına başlanması için soruşturma makamlarında suç teşkil eden eylemin gerçekleşmiş olabileceğine ilişkin basit bir şüphenin oluşmuş olması yeterlidir. Basit şüphe, suç teşkil eden bir fiilin gerçekleşmiş olabileceğine ilişkin olarak soruşturma makamlarında oluşan ilk izlenimi ifade eder. Buna göre, işlendiği iddia edilen suça vücut veren olayların gerçekleştiğine

³⁶⁴ 25 Mart 1983 tarihli Silver/İngiltere kararı için bkz. Doğru, İHAM Cilt 1, s.571

³⁶⁵ Örneğin Mahkeme bu durumu 31 Mayıs 2005 tarihli Toğcu/Türkiye kararının 138. paragrafında şu şekilde belirtmiştir: "AİHM, bu davada sunulan kanıtlar çerçevesinde, devlet yetkililerinin başvuranın oğlunun kaybolmasına karıştığına kanıtlandığını tespit etmemiştir. Ancak, daha önceki davalarda da belirttiği gibi, bu, AİHS'nin 2. maddesi bağlamında yapılan şikayeti, 13. maddenin düzenleniş amacı doğrultusunda "savunulabilir" bir şikayet olmaktan çıkarmaz (bkz. Akkoç/Türkiye, no.22947/93 ve 22948/93, AİHM 2000-x ve orada anılan davalar)... " Karar, Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

³⁶⁶ Gözübüyük ve Gölçüklü, s.394

³⁶⁷ Centel ve Zafer, s.80-82; Öztürk ve Erdem, s.529.

ilişkin soruşturma makamlarında en azından görünüşte bir izlenimin veya inanç oluşturacak bulguların varlığı halinde, basit şüphenin var olduğu kabul edilecek ve yetkili makamlar soruşturmaya başlayacaklardır³⁶⁸. Anlaşılacağı üzere, ceza muhakemesi hukukumuzda göre suç soruşturmasının başlatılması için basit şüphenin varlığı yeterli olup, şüphenin belli bir yoğunlukta olması gerekmez. Bu nedenle, soruşturma makamları basit şüphenin varlığı halinde derhal ceza soruşturmasına başlamak ve soruşturma mecburiyeti gereğince bu soruşturmayı olumlu veya olumsuz bir sonuca ulaştırmak zorundadır³⁶⁹.

AİHM'nin soruşturma yükümlülüğünün doğuşu açısından gerekli gördüğü “savunulabilir iddia” kavramının, ceza muhakemesi hukukumuzda bir suç soruşturmasının başlatılması için yeterli görülen basit şüphe kavramı ile benzerlik arz ettiği söylenebilir. Zira hem basit şüphe hem de savunulabilir iddia kavramları, bir suç soruşturmasının başlatılması için ihlal iddiasının doğru olabileceğine ilişkin görünüşte bir izlenimin varlığını yeterli kabul etmektedir. Dolayısıyla nasıl ceza muhakemesinde basit şüphenin varlığı halinde bir hazırlık soruşturmasının başlatılmasına yönelik olarak soruşturma mecburiyeti ortaya çıkıyorsa, benzer bir biçimde AİHM uygulamasında da savunulabilir bir iddianın varlığı halinde etkin soruşturma yükümlülüğünün ipso facto bir yükümlülük olarak kendiliğinden doğduğu söylenebilir. Bu bağlamda konuya ilişkin olarak Mahkeme uygulaması ile iç hukukumuzdaki uygulama arasında önemli bir farklılığın bulunmadığı söylenebilir.

2.3.2. Soruşturmaya İvedilikle Başlanması

AİHM'ye göre etkin soruşturma yükümlülüğünün taraf devletlere yüklediği yükümlülüklerden birisi de, ihlalin öğrenilmesi üzerine zorunlu olarak başlatılması gereken soruşturmanın “ivedi” olarak başlatılmasıdır³⁷⁰. Mahkeme, soruşturmanın ivedi olarak başlatılmasının önemini çeşitli kararlarında vurgulamış; soruşturma

³⁶⁸ Centel ve Zafer, s.79; Özbek, Ceza Muhakemesi, s.186. CMK'da 160. maddesinin 1. fıkrasında bu durumu “bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hal” olarak tanımlamıştır.

³⁶⁹ Özbek, Ceza Muhakemesi, s.187; Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yay., Ankara 2008, s.30-31

³⁷⁰ Korff, s.39, 51; 24 Mayıs 2005 tarihli Acar ve diğerleri/Türkiye Kararı prg:76: “...Ayrıca bu bağlamda kesin bir ivedilik ve sürat gerekliliği söz konusudur. Bir soruşturmada, belli bir durumda, ilerlemeyi önleyen engeller veya zorluklar olduğu kabul edilmelidir. Ancak, öldürücü güç kullanımının soruşturulmasında yetkili makamlar tarafından verilen ivedi bir cevap, hukukun üstünlüğünün korunmasında ve kanuna aykırı fiillere toleransta görülebilecek hilelerin engellenmesinde kamu güvenini sağlamak için gerekli görülebilir.” Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

makamlarının suç haberini öğrenir öğrenmez soruşturmaya ivedi olarak başlamaları ve soruşturmayı makul bir özenle yürüterek, hızla bitirmesi gerektiğini belirtmiştir³⁷¹.

Mahkeme'nin soruşturmanın ivedi olarak başlatılmasından kastı, soruşturma makamlarının bir ihlal iddiası karşısında hareketsiz ve tepkisiz kalmayarak; bir ihlal iddiasının varlığını öğrenir öğrenmez maddi gerçeği ortaya çıkarmak üzere vakit geçirmeksizin bir soruşturma başlatmasıdır. Bu bağlamda Mahkeme'ye göre soruşturmanın ivedi olarak başlatılması, soruşturmanın etkinliğini sağlama açısından iki noktada önem arz etmektedir.

Birinci olarak soruşturmanın ivedi olarak başlatılması ve süratle yürütülmesi; soruşturmadan sonuç alınabilmesi, faillerin tespit edilerek cezalandırılması için gerekli olan delillerin kaybolmadan toplanabilmesi için gereklidir. Dolayısıyla soruşturmanın ivedilikle başlatılması, soruşturma sonucunda maddi gerçeğe ulaşılabilmesi açısından hayati önemdedir³⁷².

İkinci olarak da, soruşturmanın ivedilikle başlatılması, yani bir ihlal karşısında hareketsiz kalınmayarak hızlı bir ilk tepki verilmesi, soruşturmayı yürütmekle görevli makamların sorumluları tespit etme niyetlerinin de en önemli göstergesini oluşturmaktadır³⁷³. Mahkeme bu bağlamda bir ihlal iddiası karşısında ivedilikle bir soruşturmaya başlanmış olmasının, kamunun güveninin ve hukuk devleti ilkesine olan inancının sarsılmaması için gerekli olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme bu hususu, yürütülen soruşturmanın etkinlik kriterlerini karşıladığı için Türkiye aleyhine mahkumiyet kararı vermediği Ay/Türkiye kararının gerekçesinde *“ilgilinin şikayetleri konusunda derhal ceza soruşturmaları başlatılmıştır ve bu ivedilik, halkın Hukuk Devleti'ne olan güvenini ve bağlılığını sürdürmenin yanı sıra yasadışı fiillere müsamaha gösterildiği ya da bu fiilleri işlenmesinde işbirliği yapıldığı yönünde izlenimlerin önüne geçmede en önemli koşuldur”*³⁷⁴ şeklinde ifade etmiştir.

³⁷¹ Doğru, İşkence, s.181. Bu konuda bkz. 2 Eylül 1998 tarihli Yaşa/Türkiye kararı, 102-104. prg.; 08 Temmuz 1999 tarihli Çakıcı/Türkiye kararı, 106. prg.; 06 Ekim 2005 tarihli Tanrıkulu/Türkiye kararı, 109. prg. ve 28 Mart 2000 tarihli Mahmut Kaya/Türkiye kararı, 106. prg.

³⁷² Doğan ve Akıl, s.57

³⁷³ Rohe Harman/Türkiye kararı *“... bu süreçteki ivedilik, halkın hukuk Devleti'ne olan güvenini ve bağlılığını sürdürmenin yanı sıra yasadışı fiillere müsamaha gösterildiği ya da bu fiillerin işlenmesinde işbirliği yapıldığı yönünde izlenimlerin önüne geçmede en önemli koşuldur (Bkz., mutadis mutandis, Hugh Jordan-Birleşik Krallık, no: 24746/94, § 108, 136-140, CEDH 2001-III).”* Karar Sinerji mevzuat ve içtihat bankasından alınmıştır.

³⁷⁴ 22 Mart 2005 tarihli Ay/Türkiye kararı. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat bankasından alınmıştır. Bu konuda ayrıca bkz. 13 Ocak 2009 tarihli Yeter/Türkiye kararı.

Mahkemenin soruşturmaya ivedilikle başlanmış olmasını hukuk devleti kavramı ile ilişkilendirmiş olması, konuya bakışını yansıtmaya açısından şüphesiz önemlidir³⁷⁵.

2.3.3. Soruşturmanın Bağımsız Organlarca Yürütülmesi

AİHM'ye göre etkin soruşturma yükümlülüğünün gereklerinden birisi de, soruşturmayı yürüten organların olaya karıştığından şüphe edilen kişilerden bağımsız olmalarıdır. Belirtmek gerekir ki, soruşturmanın etkinliğinin sağlanması açısından bağımsız olması gerekenler sadece ceza muhakemesi işlemlerini yapmaya yetkili olan hâkimler, savcılar ve kolluk güçleri değil, aynı zamanda ceza muhakemesi sürecinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında rol alan herkeştir³⁷⁶. Bu bağlamda yaşama hakkı ve işkence yasağına ilişkin ihlal iddialarında, maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi açısından olmazsa olmaz konumda bulunan tıbbi bilirkişiler ile kamu görevlilerinin yargılanması açısından yetkili olan il ve ilçe idare kurullarında görev alanlar, bağımsız olması gereken soruşturma organları arasında yer almaktadır³⁷⁷.

Mahkeme soruşturma organlarının bağımsız olması gerekliliğini Batı/Türkiye kararında *“devlet görevlileri tarafından yapılan işkence ve kötü muamele hakkında yürütülen bir soruşturmanın etkili sayılabilmesi için, soruşturmadan sorumlu olan ve araştırmayı yapan kişilerin olaylara karışmış olabilecek kişilerden bağımsız olmaları gerekir. Bunun için soruşturmacı ile soruşturulan arasında hiyerarşik ve kurumsal bir bağ bulunmaması yeterli değildir; soruşturmacının pratikte de bağımsız olması gerekir”* ifadeleri ile belirtmiştir³⁷⁸. Dolayısıyla AİHM'ne göre bir soruşturmanın

³⁷⁵ Aynı yönde bkz. 22 Mart 2005 tarihli Güngör/Türkiye kararı *“Makul olan ivedilik ve özen gerekliliği söz konusudur (Bkz. örneğin, Mahmut Kaya-Türkiye, no. 22535/93, § 106-107, 2000-III). Bazen özel bir durumda soruşturmanın ilerlemesini engelleyen engel veya zorluklar bulursa da, ölüme sebebiyet veren kuvvet kullanımı söz konusu olduğunda yetkililer tarafından ani soruşturma açılması, genel olarak kamu güvenini ve hukuk devletine olan inancı sağlamaya ve de yasadışı eylemlere veya bu eylemlerin yapılmasına yönelik gizli ittifaklara göz yumulduğu görüntüsünün önüne geçmek için işin en önemli noktası olarak değerlendirilebilir (Bkz. sözü edilen Hugh Jordan, § 108, 136-140) http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/28290_95.pdf*

³⁷⁶ Nitekim etkin soruşturma yükümlülüğünü düzenleyen uluslararası hukuk belgelerinden biri olan İstanbul protokolünün I. ekinin 2. maddesinde *“soruşturmayı yapanlar, bu tür olayların faili olduklarından şüphelenilen kişiler ile onların hizmet ettiği kurum ve kuruluşlardan bağımsız, uzmanlığa sahip ve tarafsız kişiler olmalıdır. Soruşturmayı yapanların, tarafsız tıp uzmanlarına ve konuyla ilgili diğer uzmanlara ulaşma veya bu tür uzmanları çağırma yetkileri olmalıdır”* ifadeleri ile hem soruşturmayı yürüten adli organların hem de maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında görev alan diğer kişilerin bağımsız ve tarafsız olmaları gerektiğinin altı çizilmiştir.

³⁷⁷ Örneğin AİHM 27 Temmuz 1998 tarihli Güleç/Türkiye kararında (prg.76) il idare kurulu tarafından görevlendirilen iki müfettişin subjektif ve objektif açıdan bağımsız hareket etmediklerine karar vermiştir. http://www.hrcr.org/safrica/freedom_security/gulec_turkey.html

³⁷⁸ Batı ve Diğerleri/Türkiye kararı, prg.135. Konuya ilişkin diğer kararlar için bkz. Acar/Türkiye kararı, prg.75, Güleç/Türkiye kararı, Oğur/Türkiye kararı, prg.91, 92; Kılıç/Türkiye, Talat Tepe/Türkiye kararı prg.82; İkincisoy/Türkiye kararları.

bağımsız olabilmesi için, soruşturmayı yürütenlerin soruşturulardan bağımsız olması ve fiiliyatta bağımsız olması gibi iki unsurun varlığı gerekmektedir.

Mahkeme'ye göre soruşturmanın bağımsızlığının ilk şartı, soruşturmayı yürütenlerin soruşturdukları kişilerden bağımsız olmasıdır. Bundan kasıt, soruşturmayı yürüten kişiler ile soruşturulan kişiler arasında idari ve hiyerarşik bir bağ bulunmamasıdır³⁷⁹. Kurumsal bağımsızlık olarak da adlandırılabilir bu koşulun gerçekleşmiş olması için, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması sürecinde görev alan kişiler ile şüpheli durumundaki kamu görevlileri arasında soruşturmada sonuç alınmasını engelleyebilecek kurumsal bir ilişki bulunmaması gerekmektedir. Kurumsal bağımsızlık konusu Türkiye ile ilgili olarak verilen kararlarda özellikle il ve ilçe idare kurullarının yapısı ile ilgili olarak gündeme gelmiş, bu kurulların yapısının idari açıdan bağımsız olmadığı gerekçesiyle Türkiye aleyhine çok sayıda mahkumiyet kararı verilmiştir³⁸⁰.

Soruşturmanın bağımsız bir biçimde gerçekleştirilebilmesi açısından kurumsal bağımsızlık zaruri olsa da yeterli değildir. Mahkeme'ye göre soruşturmanın tamamen bağımsız bir soruşturma olarak nitelendirilebilmesi için, soruşturmayı yürüten kişilerin, fiilen de bağımsız olması gerekir³⁸¹. Fiilen bağımsızlıktan kasıt ise, soruşturmayı yürüten organların baskı ve etki altında kalmadan hareket ederek, maddi gerçeği ortaya çıkarabilmek için gerekli gördükleri her türlü muhakeme işlemini yapabilmeleri; diğer bir söyleyişle soruşturmanın dış etkilere maruz kalmadan tarafsız olarak yürütülebilmesidir. Fiilî bağımsızlık hususu, Mahkeme'nin Türkiye'ye ilişkin olarak verdiği kararlarda özellikle adli organların, kolluk güçleri ya da siyasi organların etkisi altında kalması şeklinde gündeme gelmektedir³⁸².

Soruşturmayı yürüten organların fiiliyatta da bağımsız olmasıyla bağlantılı bir husus ise, söz konusu organların tarafsızlığıdır. Tarafsızlık soruşturmayı yürüten organlarının olaylara ve yargılamanın taraflarına önyargılardan uzak, nesnel bir bakış

³⁷⁹ Mahkeme bu durumu 21 Aralık 2004 tarihli Talat Tepe/Türkiye kararının 82. paragrafında şu şekilde ifade etmiştir: “Devlet görevlilerince yapıldığı öne sürülen işkence veya kötü muamele iddialarında, yürütülecek soruşturmanın etkili olabilmesi için, genel olarak, soruşturmada sorumlu olan ve soruşturmayı yürüten kişilerin olaylarda adı geçen kişilerle bağlantısının olmaması gerektiği söylenebilir. Bu, hiyerarşik ve kurumsal bir bağlantının söz konusu olmaması anlamına gelebileceği gibi, uygulamada bir bağımsızlık da demektir” http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/31247_96.pdf

³⁸⁰ Bu konudaki bazı örnek kararlar için bkz. Oğur/Türkiye kararı prg.90; Kılıç/Türkiye kararı prg.72; Kurt/Türkiye kararı, prg. 62; 27 Temmuz 1998 tarihli Güleç/Türkiye kararı prg.80; Orhan/Türkiye kararı prg.342

³⁸¹ 03 Haziran 2004 tarihli Batı ve Diğerleri/Türkiye kararı. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat bankasından alınmıştır.

³⁸² Konuya ilişkin örnek kararlar için bkz.Ergi/Türkiye kararı, prg. 83; A.Kaya/Türkiye kararı, prg. 80, 89; Yaşa/Türkiye kararı, prg. 105.

açısı ile yaklaşımları, subjektif davranmamalarıdır³⁸³. Mahkeme, AİHS 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına ilişkin olarak verdiği kararlarda, tarafsızlığın biri objektif, diğeri subjektif olmak üzere ikiye boyutu bulunduğunu belirtmiştir³⁸⁴.

Bunlardan subjektif tarafsızlık soruşturma organlarında görev alan kişilerin birey olarak tarafsız olması, yani soruşturmada görev alan kişilerin kendi fikir, duygu ve düşüncelerinden, diğeri bir deyişle kendi fikir ve duygu dünyasından bağımsız olarak hareket etmesidir³⁸⁵. Subjektif tarafsızlık konusu, AİHM'nin etkin soruşturma yükümlülüğüne ilişkin olarak Türkiye ile ilgili verdiği kararlarda, daha çok soruşturma organlarının önyargılı yaklaşımları bağlamında ortaya çıkmaktadır³⁸⁶.

Objektif tarafsızlık ise, soruşturmayı yürüten organların soruşturmanın yürütülmesi sırasında yaptığı işlemlerle kişilerde kurum olarak bıraktığı güven verici izlenim olarak tanımlanmaktadır³⁸⁷. Bu nedenle objektif tarafsızlık, soruşturma organlarının taraflara, soruşturmayı maddi gerçeği ortaya çıkarmak amacıyla ve dışarıdan bir müdahale olmaksızın yürüttüklerine ilişkin kurumsal bir güven hissi vermesini gerektirir. Dolayısıyla objektif tarafsızlık soruşturma organlarının muhakeme işlemlerini yerine getirme biçimi ile yakından ilişkilidir³⁸⁸. Bu bağlamda etkin soruşturma yükümlülüğünün gereklerinden olan işlemlerin zamanında ve makul bir özen gösterilerek yerine getirilmesi gibi hususların, objektif tarafsızlığın sağlanabilmesi açısından olmazsa olmaz nitelikte olduğunu belirtmek gerekir.

³⁸³ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yay., İstanbul 2006, s.305; Öztürk ve Erdem, s.176; Nur Centel, *Hakimin Tarafsızlığı*, Kazancı Kitabevi, İstanbul 1996, s.29

³⁸⁴ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.282; Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, Beta Yay., İstanbul 2005, s. 188; Nuala Mole ve Catharina Harby, *İnsan Hakları El kitapları, No.3:Adil Yargılanma Hakkı*, TBB Yay., Ankara 2005, s.29; Cengiz, Demirağ, Ergül, Mc Bride ve Tezcan., s.106.

³⁸⁵ Öztürk/Erdem, s.177; İnceoğlu, s.188.

³⁸⁶ 02 Eylül 1998 tarihli Yaşa/Türkiye davası prg. 105: “Ayrıca, Mahkeme, soruşturma makamlarının, Devlet görevlilerinin saldırılara karşıabilme ihtimalini tamamen göz ardı etme eğiliminde olduklarını saptamıştır. Cumhuriyet Savcısı ve Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi, dava konusu olayları silahlı örgütlerin arasındaki hesaplaşma olarak dikkate almakta (bkz. yukarıdaki 45. ve komisyon raporunun 61. paragrafları), Hükümet ise, Mahkeme önüne sunulan dosyada hiçbir somut kanıt olmamasına rağmen, saldırıların sorumluluğunun tamamen teröristlere ait olduğu kanısını (bkz. yukarıdaki 85 ve 86. paragraflar) taşımaktadır.” Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

³⁸⁷ Öztürk ve Erdem, s.177; İnceoğlu, s.188

³⁸⁸ Gözübüyük ve Gölcüklü, s.283; Mahkeme 27 Temmuz 1998 tarihli Güleç/Türkiye kararının 76. paragrafında il idare kurulu tarafından görevlendirilen müfettişin objektif ve subjektif açıdan tarafsız olmadığı şu sözlerle vurgulamıştır: “Mevcut davada, Mahkeme içtihatlarında tanımlanan hem objektif hem de sübjektif bir tarafsızlık mevcut değildir. 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” http://www.hrcr.org/safrica/freedom_security/gulec_turkey.html

2.3.4. Soruşturmanın Kamunun Denetimine Açık Olarak Yürütülmesi

AIHM'ye göre etkin soruşturma yükümlülüğünün gereklerinden birisi de soruşturmanın kamunun denetimine açık olarak yürütülmesidir³⁸⁹. Bundan kasıt, soruşturma ve sonuçları hususunda uygulamada ve teoride hesap verme sorumluluğunu güvence altına almak, yetkili makamların hukukun egemenliğine bağlılıklarına duyulan kamu güvenini korumak ve yasadışı eylemlere göz yumulması olasılığını engellemek üzere adli takibatın en azından taraflara açık olarak yürütülmesidir³⁹⁰. Dolayısıyla soruşturmanın kamunun denetimine açık olarak yürütülmesi iki açıdan önem taşır.

Açıklık, ilk olarak soruşturmanın şeffaflığı ve hesap verilebilirliği sağlamak açısından önemlidir. Mahkeme bu durumu Batı/Türkiye kararında “*hesap vermeyi teoride olduğu kadar pratikte de sağlamak için, soruşturma ve soruşturmanın sonuçları kamu tarafından yeterince denetlenmelidir.*” ifadeleri ile belirtmiştir³⁹¹. İkinci olarak da soruşturmanın özellikle mağdurun yakınlarına açık olarak yürütülmesi onların yargılama sürecine ilişkin meşru menfaatlerini koruyabilmeleri açısından önem taşımaktadır³⁹².

Soruşturmaya yönelik kamusal denetimin varlığının önemi çeşitli kararlarda vurgulamış olmasına rağmen bu denetimin içeriği ve kapsamına ilişkin sabit bir ölçü belirlenmemiş, denetimin ölçüsünün davadan davaya farklılık gösterebileceği kabul edilmiştir³⁹³. Mahkeme konuya ilişkin sabit bir ölçüt belirlemek yerine “şikayetçinin veya yakınlarının her halükarda soruşturma sürecine etkili bir biçimde katılımına imkan sağlanması” şeklinde asgari bir ölçüt geliştirmekle yetinilmiştir: “*Kamu denetiminin derecesi, olaydan olaya değişebilir. Ancak her olayda şikayetçiye soruşturma sürecine*

³⁸⁹ Doğru, İşkence, s.184; Cengiz, Demirağ, Ergül, Mc Bride ve Tezcan, s. 10

³⁹⁰ 15 Mayıs 2007 tarihli Ramsahai ve diğerleri/Hollanda kararı, prg.353. Karar, Cengiz, Demirağ, Ergül, Mc Bride ve Tezcan, s.13'den alınmıştır.

³⁹¹ 03 Haziran 2004 tarihli Batı ve Diğerleri/Türkiye kararı, prg.137. Karar, Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

³⁹² 19 Eylül 2006 tarihli Karabulut/Türkiye kararı. Karar Sinerji içtihat ve mevzuat programından alınmıştır. Nitekim Mahkeme bu durumun mağdur yakınlarının haklarını koruması üzerinde yarattığı eksikliğe “*AIHM, başvuruların itirazlarını sundukları sırada soruşturma dosyasındaki belgelere sahip olsalardı, Diyarbakır Askeri Mahkemesi'nin dikkatini sanıklardan bazılarının askeri savcıya verdiği ve yukarıda bahsedilen tutarsız bilgilerle beraber soruşturmadaki diğer eksikliklere çekebileceği ve yaptıkları itirazın başarı ihtimalini artırabileceği görüşündedir*” şeklinde dikkat çekmiştir. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

³⁹³ 05 Haziran 2007 tarihli Anık ve diğerleri/Türkiye kararı: “*Kamusal denetimin derecesi davadan davaya değişebilmektedir*”. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır. Aynı yönde 15 Mayıs 2007 tarihli Ramsahai ve diğerleri/Hollanda kararı, prg.353. Karar, Cengiz, Demirağ, Ergül, Mc Bride ve Tezcan, s.13'den alınmıştır.

etkili bir biçimde katılma imkanı sağlanmalıdır”³⁹⁴. Dolayısıyla soruşturmanın kamunun denetimine açık olarak yürütüldüğünün kabulü için tüm adli takibatın kamuya açık hale getirilmesi gerekmemektedir.

Karardan da anlaşılacağı üzere, Mahkeme'nin bir soruşturmanın kamunun denetimine açık olarak yürütüldüğünü kabul etmesi için asgari sınırı, soruşturma makamlarının mağdur ve mağdur yakınlarını soruşturma ve sürece dair bilgilendirmesi ve soruşturma dosyasının bu kişilerin erişimine açık olması oluşturmaktadır³⁹⁵. Zira bir ceza soruşturması sırasında maddi gerçeğe ulaşılabilmesi ve mağdur yakınlarının haklarının korunabilmesi, ancak soruşturmanın taraflarının soruşturma sürecine başlangıcından itibaren katılımının sağlanması ile mümkündür³⁹⁶. Bu nedenle Mahkeme açısından önemli olan hususun, soruşturma makamlarının mağdur ve yakınlarının sürece katılımlarını sağlamak için imkân sağlaması olduğu söylenebilir. Bu kişilerin süreçten haberdar edilmelerine rağmen, sürece katılmamaları ve soruşturmadan sonuç alınmasının bu nedenle oldukça güçleşmesi durumunda ise, devletin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır³⁹⁷.

Bu konuda son olarak, soruşturmanın kamunun denetime açık olarak yürütülmesi gerekliliğinin, soruşturmanın gizliliği ilkesiyle çelişmediğini de belirtmek gerekir³⁹⁸. Zira hazırlık soruşturmanın gizliliği ilkesi, şüphelinin lekelenmeme hakkı ve delillerin karartılması tehlikesine kapsamında kabul edilmiş olup, soruşturmanın kamuoyundan gizli olarak yürütülmesi anlamına gelir³⁹⁹. Soruşturma sürecinin gizliliği, istisnalar haricinde, mağdur ve yakınları ile şüpheli açısından geçerli değildir. Bu kişilerin gizli olarak yürütülen soruşturma sürecinde dosyaya erişimlerinin mümkün olması ise, Mahkeme'nin kamusal denetim açısından belirlediği asgari sınırı karşılamak açısından yeterli olmaktadır.

³⁹⁴ 03 Haziran 2004 tarihli Batı ve Diğerleri/Türkiye kararı, prg.137. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır. Aynı yönde 05 Haziran 2007 tarihli Anık ve diğerleri/Türkiye kararı.

³⁹⁵ 31 Mayıs 2005 tarihli Kışmır/Türkiye kararı, prg.118 – 119. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

³⁹⁶ Şahin, *Ceza Muhakemesinde İspat*, Yetkin Yay., Ankara 2001, s.41

³⁹⁷ 22 Mart 2005 tarihli Ay/Türkiye kararı. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

³⁹⁸ Bu noktada AİHM'nin soruşturma kavramını ceza muhakemesi sürecinin hem hazırlık soruşturması hem de yargılama aşamasını kapsayacak şekilde kullandığını, Bu bağlamda gizliliğin esas olduğu hazırlık soruşturmasının aksine kanuni istisnalar dışında yargılama aşaması açısından alenilik prensibi geçerli olduğunu hatırlatmak yararlı olacaktır.

³⁹⁹ Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Beta Yay., İstanbul 2007, s.390; Centel ve Zafer, s.89; Öztürk ve Erdem, s.703

2.3.5. Soruşturmanın Makul Bir Özen ve Hızla Yürütülmesi

AİHM'ne göre 2. ve 3. maddelerden kaynaklanan bir ihlalin varlığı durumunda, soruşturmada sonuç alınabilmesi, kamunun adalete olan güveninin korunması ve ihlalde bulunmuş olan kimselerin zamaşımından faydalanarak cezadan kurtulmasını önlemek için yürütülecek soruşturmanın makul bir özen ve hızla yürütülmesi zaruridir⁴⁰⁰. Dolayısıyla bu gereklilik, bünyesinde özen gerekliliği ve sürat gerekliliği gibi iki ayrı unsur barındırmaktadır.

2.3.5.1. Makul Özen Gerekliliği

AİHM'ne göre etkin soruşturma yükümlülüğünün gereklerinden birisi de soruşturmanın makul bir özen ve titizlikle yürütülmesidir: *“Bu ortamda, makul bir ivedilik ve özen dayatması zımni olarak mevcuttur. Özel bir durumda, soruşturmanın seyrini engelleyen engeller veya zorluklar olabileceğini kabul etmek gerekir. Bununla birlikte, öldürme gücüne başvurmanın soruşturulması söz konusu olduğu zaman yetkili makamların çabuk cevap vermesi genel olarak, kanunilik ilkesine saygı çerçevesinde halkın güvenini saklı tutmak ve yasadışı eylemlere ilişkin her türlü suç ortaklığı ve hoşgörü izlenimini bertaraf etmek için esaslı bir husus olarak kabul edilebilir”⁴⁰¹*

Mahkeme'nin soruşturmanın makul bir özen ve titizlikle yürütülmesinden kastı ise, soruşturma sırasında ihlalin varlığı ile faillerinin tespit edilip cezalandırılması için yapılması gereken soruşturma işlemlerinin, soruşturmada sonuç alınmasını engellemeyecek bir özen ve titizlikle yerine getirilmesidir. Mahkeme bu hususu Batı/Türkiye davasında soruşturma sonucunda ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediğinin veya ihlalin sorumlularının ortaya çıkarılmasına engel olacak herhangi bir eksikliğin etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlali anlamına geleceğini belirterek vurgulamıştır⁴⁰².

Yine Mahkeme, verdiği çeşitli kararlarda soruşturmanın etkinliğinin asgari sınırını karşılayan titizliğin niteliği ve derecesine ilişkin olarak sabit bir sınırın bulunmadığını, soruşturma yürütülürken makul özen yükümlülüğüne uyulup

⁴⁰⁰ Doğru, İşkence, s.181. Ayrıca bkz. 17 Mart 2005 tarihli Türkoğlu/Türkiye kararı, prg.120

⁴⁰¹ 19 Eylül 2006 tarihli Karabulut/Türkiye kararı. Karar Sinerji içtihat ve mevzuat programından alınmıştır.

⁴⁰² 03 Haziran 2004 tarihli Batı ve diğerleri/Türkiye kararı, prg.136. Karar Sinerji içtihat ve mevzuat programından alınmıştır.

uyulmadığının her davanın kendine özgü koşulları çerçevesinde Mahkeme’ce tespit edileceğini ifade etmiştir⁴⁰³.

Dolayısıyla bir soruşturmanın makul bir titizlikle yürütülüp yürütülmediği, somut olayda ihlalin dayandığı vakanın özellikleri doğrultusunda değerlendirilecektir. Bu değerlendirme yapılırken de yetkili makamların yapılabilir olan ve yapılmaması halinde soruşturmada sonuç alınmamasına neden olabilecek soruşturma işlemlerini zamanında yapıp yapmadıklarına bakılacaktır⁴⁰⁴.

2.3.5.2. Makul Süre Gerekliği

Bir ihlalin varlığı halinde soruşturmanın hızla yürütülmesi ve makul süre içerisinde bitirilmesi, soruşturma ile alakalı delillerin karartılmadan toplanabilmesi, soruşturmada sonuç alınabilmesi ve failerin zamanaşımından yararlanarak cezalandırılmaktan kurtulmaması için gereklidir. Bu nedenle Mahkeme soruşturmanın hızla yürütülerek makul süre içerisinde bitirilmesini, etkin soruşturma yürütme yükümlülüğünün gereklerinden birisi olarak kabul etmiştir. Mahkeme bu durumu İpek/Türkiye davasında “ ... soruşturmanın derhal başlatılması ve hızla bitirilmesi de bu bağlamdaki gerekliliklerdendir.” şeklinde belirtmiştir⁴⁰⁵. Yine Mahkeme Orhan/Türkiye davasında 2. madde kapsamında incelediği gözaltı kayıplarına ilişkin olarak yürütülecek soruşturmaların hızlı bir biçimde yürütülmesinin önemini “gözaltında kaybolma söz konusu ise soruşturmanın aciliyeti daha da önem kazanmaktadır” şeklinde belirtmiştir⁴⁰⁶.

Soruşturmanın makul süre içerisinde bitirilmesi gerekliliği, etkin soruşturma yükümlülüğünün zaman boyutunu oluşturmaktadır. Bu gereklilik Sözleşme’nin 6. maddesinde düzenlenmiş bulunan adil yargılama hakkı kapsamındaki davanın, makul

⁴⁰³ 06 Ekim 2005 tarihli Nesibe Haran/Türkiye kararı, prg.72. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

⁴⁰⁴ 22 Mart 2005 tarihli Güngör/Türkiye kararı; “yetkililerin olaya ilişkin kanıtların toplanması için makul olarak kendileri için ulaşılabilir olan tedbirleri alması gerekir.” http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/28290_95.pdf

⁴⁰⁵ 17 Şubat 2004 tarihli İpek/Türkiye kararı, prg.171. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır. Yine Mahkeme bu hususu 13 Ocak 2009 tarihli Yeter/Türkiye kararında “Bu bağlamda zımni olarak bir ivedilik ve makul süre zorunluluğu da bulunmaktadır” şeklinde ifade etmiştir. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

⁴⁰⁶ 18 Haziran 2002 tarihli Orhan/Türkiye kararı, prg.336. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

bir süre içerisinde görülmesi hakkı ile benzerlik göstermektedir⁴⁰⁷. Ancak belirtmek gerekir ki, her iki gerekliliğin sujeleri farklıdır. Zira 6. madde kapsamındaki makul sürede yargılanma hakkının sujesi - ceza hukuku açısından - yargılanan kişi konumundaki, şüpheli ya da sanık iken, soruşturmanın makul bir sürede tamamlanması hakkının sujesi, hakkı ihlale uğrayan mağdurdur. Ancak her iki yükümlülük arasındaki bu farklılığa rağmen, soruşturmanın zaman boyutu ile alakalı olarak her iki konuya ilişkin içtihatlarda da kullanılan bir takım ortak kavram ve unsurlar bulunmaktadır.

Bunların başında, “Soruşturma” kavramı gelmektedir. Mahkeme uygulamasında soruşturma kavramını ülkelerin iç hukuklarından bağımsız olarak, otonom bir şekilde kullanılmaktadır. Bu bağlamda “soruşturma” kavramı hukukumuzun aksine sadece hazırlık soruşturması aşamasını değil “ilk suç isnadından yargılamanın sonuçlanmasına kadar geçen bütün yargılama aşamalarını” ifade edecek şekilde kullanılmaktadır⁴⁰⁸.

Yine Mahkeme soruşturma süresinin makul olup olmadığına ilişkin sabit bir üst süre belirlenmek yerine, sürenin makul olup olmadığı her olayın kendi şartları çerçevesinde incelemeyi tercih etmektedir. Ancak genellikle yedi, sekiz yılın üzerindeki sürelerin makul süre sınırının üzerinde olduğu kabul edilmektedir⁴⁰⁹.

Mahkeme, bir soruşturmanın süresinin makuliyet sınırını aşmış olduğunu incelerken birkaç hususu göz önünde bulundurmaktadır. Bunlar olayın karmaşıklığı, ihlal iddiasında bulunan kimsenin tavrı ve soruşturmayı yürüten makamların tutumlarının soruşturma sürecinin uzamasındaki etkisi gibi hususlardır⁴¹⁰. Bu bağlamda Mahkeme sürecin uzamasının olayın karmaşıklığından veya başvuranın davranışlarından kaynaklandığı durumlarda, etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle mahkumiyet kararı vermemektedir. Bu gibi durumlarda taraf devletlerin yükümlülük ihlalleri ancak soruşturmanın yetkili makamların yapmaları gereken soruşturma işlemlerini zamanında yapmamış olmaları nedeniyle soruşturmanın

⁴⁰⁷ İnceoğlu, s.370 vd.; Mole ve Harby, s.22. AİHM'nin makul süre kavramı hakkında daha ayrıntılı bilgi için şu çalışmalara bakılabilir: Recep Bakırcı, “*The Right to Trial Within a Reasonable Time by an Independent and Impartial Tribunal In the Light of the European Court of Human Rights Judgments and Turkish Law*”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Avrupa Birliği Enstitüsü, İstanbul 2010; Mürkerrem Onur BAŞAR, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Makul Sürede Yargılanma Hakkı*”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2008.

⁴⁰⁸ Mahkeme'nin suç isnadı ve ceza soruşturması kavramlarına ilişkin geliştirdiği özerk yorum hakkında ayrıntılı bilgi için İnceoğlu, s.83 vd. ayrıca s.378; Mole ve Harby, s.14, 22

⁴⁰⁹ İnceoğlu, s.373; Hans Meyer Ladewig, “Adil Yargılanma Hakkı II”, Çeviren Hakan Hakeri, *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, (ss.87-98), Seçkin Yay., Ankara 2004, s.92

⁴¹⁰ Mole ve Harby, s.23 vd.; Vesile Sonay Evik, “Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, (ss.283-308), Seçkin Yay., Ankara 2004, s.298.

uzamasına sebep oldukları ve böylece soruşturmadan sonuç alınması şansını büyük ölçüde azalttıkları durumlarda söz konusu olmaktadır⁴¹¹.

2.3.6. Araçsal Bir Yükümlülük Olması

Etkin soruşturma, ihlalin olup olmadığının tespitini ve ihlal varsa sorumlularının cezalandırılmasını sağlayabilecek nitelikte bir soruşturmadır. Bu nedenle ihlalin veya sorumlularının tespitine elverişli olmayan bir soruşturmanın etkinliğinden de bahsedilemez. Ancak yürütülen soruşturmanın etkin sayılması için soruşturmadan mutlaka sonuç alınması gerekmemektedir. Zira AİHM’ne göre etkin soruşturma yükümlülüğü “*sonuca değil, araçlara ilişkin bir yükümlülüktür*”⁴¹². Dolayısıyla etkinlik açısından önem arz eden husus ihlalin ve ihlalden sorumlu olanların tespit edilmiş ve cezalandırılmış olması değil, soruşturmanın bunları ortaya çıkarmaya elverişli bir şekilde yürütülmüş olmasıdır.

AİHM verdiği kararlarda, etkin soruşturma yükümlülüğünü, saldırının faillerini saptama ve kovuşturmada başarılı olma zorunluluğu getiren amaçsal bir yükümlülük değil, bir ihlal iddiasının varlığı karşısında ivedi olarak başlatılmış, makul özen ve hızla yürütülmüş bir soruşturma yürütme mecburiyeti getiren araçsal bir yükümlülük olarak tanımlamıştır⁴¹³. Mahkeme yükümlülüğün bu özelliğini N.Haran/Türkiye kararında⁴¹⁴ “*Ancak, bu kesin yükümlülük, bir Devlet’e, ölümcül saldırıların faillerini saptamak ve kovuşturmakta mutlaka başarılı olması şartını yüklemeyiz*”, Ataman/Türkiye kararında⁴¹⁵ ise “*söz konusu olan sonuca değil, araçlara ilişkin bir yükümlülüktür.*” ifadeleri ile belirtmiştir.

Mahkeme’nin yükümlülüğü araçsal bir yükümlülük olarak nitelendirmesi, taraf devletlerin sorumluları tespit ve cezalandırmaya elverişli bir soruşturma yürütmesi

⁴¹¹ 22 Mart 2005 tarihli Ay/Türkiye kararı, prg. 61-69; İnceoğlu, s.385, 387

⁴¹² 27 Nisan 2006 tarihli Ataman/Türkiye kararı. Karar için bkz. www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/ karar/ataman.doc

⁴¹³ Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok, s.81;

⁴¹⁴ 06 Ekim 2005 tarihli Nesibe Haran/Türkiye kararı, prg.71. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

⁴¹⁵ 27 Nisan 2006 tarihli Ataman/Türkiye kararı. Karar için bkz. www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/ karar/ataman.doc Mahkeme Ay/Türkiye kararında “*mevcut davada yürütülen soruşturma, sonuçları itibari ile verimsiz kalmış olsa da bütün olarak değerlendirildiğinde tatmin edicidir. Zira söz konusu yükümlülük sonuçlara değil araçlara ilişkin bir yükümlülüktür*” yine K/Türkiye kararında da, “*soruşturma dosyasındaki unsurlardan ve hükümet tarafından sağlanan bilgilerden, cinayeti işleyen fail veya faillerin kimliğinin tespiti ile sonuçlanmamış olsa da soruşturmanın etkinlikten yoksun olmadığını ve yetkili mercilerin başvuranın kardeşinin öldürüldüğü koşullar karşısında pasif kaldığının ileri sürülemeyeceğini*” ifadeleri ile bu hususa işaret etmiştir. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır. Yine aynı yönde bkz. Kişmir/Türkiye kararı prg.112.

halinde, soruşturmadan sonuç alamamış olsalar bile, etkin soruşturma yükümlülüğünün gereklerini yerine getirmiş sayılacakları anlamına gelmektedir⁴¹⁶. Dolayısıyla yükümlülük soruşturmadan netice almayı değil, netice almaya elverişli bir soruşturma yürütmeyi zorunlu kılmaktadır.

Soruşturmanın netice almaya elverişli olup olmadığı noktasında önem arzeden husus ise soruşturma makamlarının yapılabılır nitelikteki soruşturma işlemlerini sonuca ulaşmak için ivedilikle, makul bir özen ve hızla yapıp yapmadıklarıdır. Mahkeme bu durumu, GÜNGÖR/Türkiye kararında⁴¹⁷ “*Yürütülen soruşturma, sorumluların tespit edilmesi ve cezalandırılmasını sağlayabilmesi için etkin olmak durumundadır (sözü edilen Oğur, § 88). Ancak davanın sonuçlanmasından daha önemlisi bir sonuca ulaşmak için tüm yolları kullanmak yükümlülüğü bulunmaktadır... yetkililerin olaya ilişkin kanıtların toplanması için makul olarak kendileri için ulaşılabılır olan tedbirleri alması gerekir.*” şeklinde ifade etmiştir. Dolayısıyla devletlerin sonuca ulaşmak için tüm yolları kullanma zorunlulukları, yapılması kendilerinden makul olarak beklenebilecek tedbirleri almak ve işlemleri almakla sınırlıdır⁴¹⁸. Bu nedenle de, sonuca ulaşmak için yapılabılır nitelikteki soruşturma işlemlerini zamanında yapmış olan devletler, sonuç olarak failleri tespit edememiş veya cezalandıramamış olsalar bile, etkin soruşturma yükümlülüğünün gereklerini yerine getirmiş sayılacaklardır⁴¹⁹. Bu açıklamalar doğrultusunda son olarak etkin soruşturma yükümlülüğünün araçsal bir yükümlülük oluşunun, yükümlülüğün kendiliğinden doğması, soruşturmanın ivedi olarak, makul bir özen ve hızla yürütülmesi gibi diğer gerekleri ile sıkı bir biçimde ilişkili olduğunu söylemek gerekir.

⁴¹⁶ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s.140.

⁴¹⁷ 22 Mart 2005 tarihli GÜNGÖR/Türkiye kararı için bkz. http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/28290_95.pdf

⁴¹⁸ Mahkeme'nin bu tutumunun, aktif davranış yükümlülükleri olan pozitif yükümlülükler konusunda devletlerin sorumluluğunu, kendilerinden makul olarak beklenebilecek şeyleri yapmakla sınırlama eğiliminin bir sonucu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

⁴¹⁹ Mahkeme'nin etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlal edilmediğine karar verdiği az sayıda kararı bulunmaktadır. Bu konuda örnek kararlar için bkz. Ay/Türkiye, Rohe Harman/Türkiye, K/Türkiye, Tanrıbilir/Türkiye, Erikan/Türkiye kararları.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ETKİN SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİ SAYILAN HALLER

3.1. GENEL OLARAK

AİHS'nin 2. ve 3. maddeleri ile koruma altına alınan haklara yönelik bir ihlal iddiasının varlığı zorunlu olarak bir ceza muhakemesi sürecinin başlatılmasını gerektirecektir. Ceza muhakemesi, suç şüphesinin öğrenilmesiyle başlar ve soruşturma ve kovuşturma olmak üzere iki evreden oluşur. Bunlardan suç şüphesinin öğrenilmesi ile başlayan ve kovuşturmaya yer olmadığı kararının verilmesi veya iddianamenin kabulü ile son bulan evreye soruşturma, iddianamenin kabulü ile başlayıp hükmün kesinleşmesi ile sona eren evreye de kovuşturma evresi denilmektedir (CMK m.2/e-f). Dolayısıyla hukukumuzda ceza muhakemesi süreci soruşturma evresinin başlaması ile başlayıp kovuşturma evresi ile sona eren yargı sürecini ifade eder⁴²⁰.

İç hukuktaki bu düzenlemeye karşın AİHM “*soruşturma*” kavramını ülkelerin iç hukuklarından bağımsız bir biçimde otonom bir kavram olarak ele almaktadır. Bu bağlamda soruşturma kavramı suç isnadından yargılamanın sonuna kadar geçen tüm aşamaları kapsayan bir anlamda kullanılmaktadır⁴²¹. Dolayısıyla etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlaline sebep olacak durumlar bu sürecin herhangi bir aşamasında karışımıza çıkabilecektir.

Günümüz ceza muhakemesi anlayışına göre, bir ceza muhakemesi sürecinin temel amacı, şüpheli ve sanık haklarını ihlal etmeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır⁴²². Ancak bu amaç bazı zorlukları beraberinde getirmektedir. Zira ceza muhakemesinde ortaya çıkarılması amaçlanan maddi gerçek, geçmişte meydana gelmiş bir olaylar dizisidir. Dolayısıyla ceza muhakemesinde geçmişte meydana gelen bir olaya ilişkin olarak, geçmişe dönük bir sonuç çıkarma işleminin yapılması gerekmektedir. Fakat yargılama makamları çoğunlukla bu olaylar dizisi hakkında yeterli bilgiye sahip olmadığı için maddi gerçeğe ilişkin olarak yargılamanın taraflarının kendi bakış

⁴²⁰ Öztürk ve Erdem, s.693; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yay., Ankara 2010, s.487.

⁴²¹ İnceoğlu, s.83 vd. ayrıca s.378; Mole ve Harby, s.14, 22.

⁴²² Öztekin Tosun, *Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Cilt 1*, Acar Matbaacılık Tesisleri, İstanbul 1984, s.38, 724; Öztürk ve Erdem, s.185; Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Seçkin Yay., Ankara 2007, s.17; Centel/Zafer, s.5.

açılımlarına göre yaptığı yönlendirmelerle karşı karşıya kalır⁴²³. Dolayısıyla yargılama makamlarını geçmişe dönük olarak yaptıkları incelemelerde üstesinde gelmeleri gereken temel zorluk tarafların olaylara ilişkin olarak kendi bakış açıları doğrultusunda yaptıkları yönlendirmeleri aşarak ulaşmak mecburiyetinde olmalarıdır.

Açıklanan zorluk nedeniyle yürütülen bir ceza soruşturmasında maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için soruşturma makamlarının soruşturma işlemlerini zamanında ve tam olarak yapmaları zaruridir. Ancak nispeten uzun ve karmaşık bir süreç olan ceza muhakemesi süreçlerinde soruşturma makamlarının yaptıkları işlemlerde kimi eksiklik ve aksaklıkların ortaya çıkması, neredeyse kaçınılmazdır. Bu nedenle konuyla ilişkin olarak öncelikle cevaplanması gereken temel soruyu soruşturma sürecinde meydana gelebilecek hangi eksiklik ve aksaklıkların soruşturmanın etkinliğine zarar vereceği oluşturmaktadır.

Bu soruya ilişkin olarak Mahkeme'nin kararlarındaki temel yaklaşımı anılan zorluk içerisinde maddi gerçeğe ulaşılmasına zarar verecek nitelikteki her türlü ihlal ve eksikliğin soruşturmanın etkinliğini ihlal eden sebepleri oluşturacağı şeklindedir. Nitekim Sultan Karabulut/Türkiye davasında⁴²⁴ *“Mağdurun ölüm nedenini belirleme kapasitesine zarar verecek veya sorumlu kişilerin kimliğinin tespit edilmesine yönelik her türlü soruşturma hatası soruşturmanın etkin olmadığı sonucuna ulaştırabilir.”* ifadeleri ile bu hususa işaret etmiştir. Dolayısıyla Mahkeme'nin ceza muhakemesi sürecinde ortaya çıkabilecek ve mağdurun ölüm nedeni ile faillerin tespit edilmesine engel olacak “her türlü soruşturma hatasının” soruşturmanın etkinliğine zarar vereceğini kabul ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Ancak her ne kadar Mahkeme mağdurun ölüm nedeni ile faillerin tespit edilmesine engel olacak “her türlü soruşturma hatasının” soruşturmanın etkinliğine zarar vereceğini belirtmişse de hangi hususların eksikliğinin etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlali sayılacağına ilişkin tahdidi nitelikte bir katalog kriterler listesi de benimsememiştir. Bunun yerine her davanın kendi koşulları içerisinde değerlendirilmesi benimsenmiştir⁴²⁵. Mahkeme'nin anılan yaklaşımı Gezici/Türkiye

⁴²³ Şahin, İspat, s.51

⁴²⁴ 19 Eylül 2006 tarihli Sultan Karabulut/Türkiye kararı. Karar Sinerji içtihat ve mevzuat programından alınmıştır. Aynı yönde bkz. 24 Nisan 2003 tarihli Aktaş/Türkiye kararı, prg.300 ve 28 Ekim 2004 tarihli Güli Zengin/Türkiye kararları.

⁴²⁵ 18 Mayıs 1999 tarihli Velikova/Bulgaristan kararı, prg.80

kararına şu şekilde yansımıştır⁴²⁶: “Mahkeme ayrıca, soruşturmanın etkinliğine ilişkin asgari kriterleri karşılayan incelemenin niteliği ve derecesinin davanın koşullarına bağlı olduğunu göz önünde bulundurmaktadır. Bu koşullar ilgili olguların tümü temelinde ve soruşturma çalışmalarının uygulamadaki gerçeklerine bakılarak değerlendirilir. Ortaya çıkabilecek durumların çeşitliliğini, yalnızca soruşturmaya ilişkin bir işlemler listesine veya basitleştirilmiş diğer kriterlere indirgemek mümkün değildir.” Yine Mahkeme Enzile Özdemir/Türkiye kararında⁴²⁷ “AİHM içtihadında tanımlanan asgari etkililik standardı, soruşturmanın bağımsız, tarafsız ve kamu kontrolüne açık olmasını ve yetkili makamların itina ve çabuklukla çalışmasını gerektirmektedir.” ifadeleri ile de soruşturmanın etkinliğine yönelik olarak “asgari etkililik” standardının var olduğundan bahsetmiştir. “Asgari etkililik standardı” ifadesi ile etkin soruşturma yükümlülüğünün temel unsurlarının kastedildiği söylenmelidir.

Yapılan açıklamalar doğrultusunda Mahkeme’nin soruşturmanın etkinliğini ihlal eden hususların neler olduğuna ilişkin yaklaşımının etkin soruşturmanın unsurlarının neler olduğuna ilişkin yaklaşımı ile paralellik arz ettiği söylenebilir. Buna göre bir soruşturmanın etkin olup olmadığını değerlendirirken önce etkin soruşturma yükümlülüğü bağlamında her soruşturma açısından geçerli olan bağımsızlık, tarafsızlık, kamunun denetimine açık olma, özen ve çabukluk gibi temel asgari kriterlerin karşılanıp karşılanmadığını incelenmektedir. Bunlar dışında kalan hususlar ise Mahkeme tarafından somut olayı çevreleyen koşullar göz önünde tutularak değerlendirilmekte ve bu değerlendirme yapılırken de, etkin soruşturma yükümlülüğünün araçsal bir yükümlülük olduğu göz önünde bulundurularak, söz konusu eksikliğin soruşturmada sonuç alınmasına engel olup olmadığı incelenmektedir.

Bu teorik arka plan çerçevesinde Mahkeme’nin konuya ilişkin içtihatlarında üzerinde durduğu ana noktaları ise soruşturma ve yargılamayı yürüten makamların davranışları, bağımsız ve tarafsız davranıp davranmadıkları, soruşturmanın süresi,

⁴²⁶ 17 Mart 2005 tarihli Gezici/Türkiye kararı, prg. 57. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır. Mahkeme aynı hususu 08 Ocak 2008 tarihli Enzile Özdemir/Türkiye kararında da “mahkeme ... bir soruşturmanın etkinliğini güvenceye alan minimum basamak olarak kabul edilebilecek araştırmanın niteliği ve derecesinin her bir davanın koşullarına bağlı olarak değiştiğini hatırlatmaktadır. Soruşturmanın etkili olup olmadığı, ilgili olayların tamamına dayanarak ve soruşturmanın uygulanabilir gerçekleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir”. sözleri ile ifade etmiştir. Karar, www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/enzileozdemir10032008.doc adresinden alınmıştır. Yine Mahkeme’nin aynı yönde ifadeleri için Ü.Ekinci/Türkiye, Tanrıkulu/Türkiye, G.Zengin/Türkiye, Karabulut/Türkiye, Türkoğlu/Türkiye, N.Haran / Türkiye, Ay/Türkiye kararlarına bakılabilir.

⁴²⁷ 08 Ocak 2008 tarihli Enzile Özdemir/Türkiye kararı, www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/enzileozdemir10032008.doc

deliller, olay yeri incelemesi, balistik inceleme, adli muayene ve otopsi gibi hususların oluşturduğu görülmektedir.

Çalışmanın bu bölümünde etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlali olarak kabul edilen hususlar Mahkeme'nin konuya ilişkin içtihatları çerçevesinde ele alınmaya çalışılacaktır.

3.2. SORUŞTURMA MAKAMLARINA İLİŞKİN İHLAL SEBEPLERİ

3.2.1. Türk Hukukunda Soruşturma Makamları

Yukarıda da ifade edildiği gibi, AİHM iç hukukumuzdaki soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her ikisini birlikte “*soruşturma*” kavramı ile ifade etmektedir. Soruşturma sürecinde etkin soruşturma yükümlülüğüne zarar verecek hususların başında ise soruşturmada görev alacak makamların taşımaları gereken nitelikleri taşımamaları gelmektedir.

Ceza muhakemesinde görev alarak, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yönelik ceza muhakemesi işlemlerini yapan yargılama sujeleri soruşturmayı yürüten makamlar olarak tanımlanmaktadır⁴²⁸. 5271 sayılı CMK ceza muhakemesi sürecinde görev alan makamları Savcılık, Kolluk, Sulh Ceza Hakimi ve Mahkemeler teşkilatı olarak belirlemiştir.

Soruşturma makamlarının ilki savcılıktır⁴²⁹. Savcılık kurumu CMK'nun 160. maddesinin 2. fıkrasında şu şekilde tanımlanmıştır⁴³⁰: “*Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür.*” Tanımdan da anlaşılacağı üzere, CMK savcılık kurumunu maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi, yani suç isnadına temel teşkil eden olayların gerçekte ne şekilde meydana geldiğinin ortaya çıkarılabilmesi için, olmazsa olmaz nitelikteki delillerin toplanması işleminin sorumlusu

⁴²⁸ Soruşturma makamları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yetkin Yay., Ankara 2007, s.141 vd.; Yurtcan, s.72

⁴²⁹ Savcılık kurumunun ayrıntılı bir incelemesi için bkz. Fatih Can, *Türkiye’de Savcılık Kurumu*, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale 2005.

⁴³⁰ Söz konusu maddenin savcılık kurumunu tanımladığına ilişkin bilgi için bkz. Bahri ÖZTÜRK “Türkiye’de Savcılık “Savcılığın Ceza Adalet Sistemi İçindeki Rolü, Örgütlenmesi”, *Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu: 7-9 Temmuz 2006-Ankara: Bildiriler*, s.152

olarak yetkilendirmiştir. Kanun böylece savcılık kurumunu hazırlık soruşturması evresinin asli görevli ve yetkilisi olarak tanımlamış, eski CMUK döneminde kanunun verdiği yetkileri tam olarak kullanamayan savcılık kurumunun, yeni CMK ile birlikte hazırlık soruşturması evresinin tek hâkimi haline gelmesi arzu edilmiştir⁴³¹.

Soruşturma sürecinde görevli olan bir diğer makam ise kolluktur. Kolluk, öncelikle kamu düzeni ile güvenliğinin sağlanmasıyla ve bu düzen bozulduğunda da düzeni bozanlar hakkında Savcının talimatları doğrultusunda işlem yapmakla görevli bir organdır⁴³². Kolluk bu iki farklı görevi çerçevesinde kendi içerisinde ikiye ayrılmaktadır: Bunlardan kamu düzeni ile güvenliğinin sağlanması için faaliyet göstereni idari, bir suçun işlenmesi nedeniyle bozulan kamu düzenini bozanlar hakkında savcılık emri ile işlem yapanlar ise adli kolluğu oluşturmaktadır. Dolayısıyla kolluğun ceza muhakemesi sürecinde görev alan kolunu adli kolluk oluşturmaktadır.

CMK, adli kolluğu bir suça ilişkin soruşturma sürecinin yürütülmesinde savcılık makamına yardımcı olan organ olarak kabul etmiştir (CMK 167). Adli kolluğun kimlerden oluştuğu ise CMK'nun 167. maddesine istinaden çıkartılan 01.06.2005 tarihli Adli Kolluk Yönetmeliğinde sayılmıştır⁴³³. Söz konusu Yönetmeliğin tanımlar başlıklı 3. maddesine göre adli kolluk görevlisi olarak görev yapacak olan kolluk görevlileri, Emniyet, Jandarma, Gümrük ve Sahil Güvenlik teşkilatı bünyesinde görev yapan kolluk görevlileridir.

Ceza muhakemesi sürecinde görevli olan diğer organlar ise Sulh Ceza Hakimliği ve Mahkemelerdir. Bunlardan Sulh Ceza Hakimliği CMK 162 gereğince soruşturma aşamasında sadece hakimler tarafından yapılabilecek soruşturma işlemlerinin yapılması için yetkili olan soruşturma makamıdır. Mahkemeler teşkilatı ise kovuşturma aşamasında yargılamanın yürütülmesi ve denetimi açısından yetkili kılınmış olan ilk ve üst dereceli mahkemelerdir⁴³⁴.

AİHM ceza muhakemesi sürecinde yer alana bu makamlara ilaveten yargılama makamı niteliğinde olmayan ancak yargılama süreçlerine ilişkin olarak kendilerine

⁴³¹ Öztürk ve Erdem, s.303; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt II*, Adalet Yay., Ankara 2010, s.1

⁴³² Cumhuriyet Şahin, *Samgün Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Yetkin Yay., Ankara 1994, s.65; Vahit Bıçak, *Suç Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara 2010, s.116; Güzeloğlu, *Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi*, Seçkin Yay. Ankara 2008, s.17

⁴³³ Söz konusu yönetmelik 01.06.2005 tarihli ve 25832 Nolu Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

⁴³⁴ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, s.668; Özbek, *Ceza Muhakemesi*, s.188, 522.

yetki tanınmış olan il ve ilçe idare kurulları gibi bazı idari organlara da etkin soruşturma yükümlülüğüne ilişkin kararlarında zaman zaman değinmiştir.

3.2.2. Soruşturmayı Yürüten Makamların Bağımsız Olmaması

AİHM'ne göre etkili ve eksiksiz bir soruşturmadan söz edilebilmesinin birinci şartı, soruşturmanın olaya karışanlardan bağımsız organ ve kişiler tarafından yürütülmesidir⁴³⁵. Daha önce de belirtildiği gibi, Mahkeme'nin soruşturmayı yürüten makamların bağımsızlığından kastı, soruşturmacı ile soruşturulan kişi arasında hiyerarşik ve kurumsal bir bağ bulunmamasının yanısıra, soruşturmacıların pratikte de bağımsız olmasıdır⁴³⁶. Dolayısıyla Mahkeme soruşturmayı yürüten makamların sadece idari açıdan değil, tüm yönleri ile bağımsız olmasını istemektedir. Yine Mahkeme yalnızca soruşturmayı yürüten adli organları değil maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında görev alan herkesi bağımsızlık unsuru kapsamında değerlendirmektedir⁴³⁷.

Mahkeme'nin etkin soruşturma yükümlülüğüne ilişkin kararlarında bağımsızlık unsuru açısından üzerinde durduğu husus, il ve ilçe idare kurullarının yapısı olmuştur. Mahkeme söz konusu kararlarında güvenlik güçlerinin adının karıştığı işkence ve adam öldürme olaylarında, soruşturmanın soruşturulan kişilerin amiri konumundaki il valisine bağlı olan il - ilçe idare kurulları ve bu kurullarca atanan ve şüpheli konumundaki güvenlik güçleriyle aynı kurum içerisinde görev yapan kişiler tarafından soruşturulmasını, bağımsızlık ilkesine aykırı bulmuştur⁴³⁸. Mahkeme'nin 2. maddeye ilişkin Oğur/Türkiye kararı, bu konuda önemli bir örnek teşkil etmektedir. Mahkeme anılan kararında hem soruşturmayı yürüten makamın, hem de soruşturmada bilirkişi olarak görev yapan jandarma yarbayın, soruşturulan kişiler ile arasındaki hiyerarşik ve kurumsal bağlantı bulunmasını, soruşturmayı yürüten organlarının bağımsız olması gerekliliğine aykırı bulmuştur: *“Bütün olaylarda, Sözleşmenin 2. maddesi bağlamında bağımsız bir soruşturmanın yetkili makamlar tarafından gerçekleştirildiği konusunda ciddi kuşkular ortaya çıkmıştır. Mahkeme valinin atadığı muhakkikin bir jandarma yarbayı olduğunu ve soruşturmasını yaptığı güvenlik güçlerinin, komuta zincirinin bir*

⁴³⁵ Cengiz, Demirağ, Ergül, Mc Bride ve Tezcan, s.10

⁴³⁶ Doğru, İşkence, s.172 - 173

⁴³⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için çalışmanın 91. sayfasına bakılabilir.

⁴³⁸ Doğru, İşkence, s.173; Semih Gemalmaz, İşkence Yasağı, s.390; Ayrıca bkz. 27 Temmuz 1998 tarihli Güleç/Türkiye kararı prg. 81-82

alt halkasını teşkil ettiğini not etmiştir. Yapılan işlemlerin söz konusu güvenlik güçlerine karşı yapılıp yapılmaması konusunda karar verme sorumluluğunu taşıyan idari kurul ise, ilçenin kıdemli memurlarından oluşur ve başkanlığını da güvenlik güçlerinin yaptıkları operasyonlardan idari olarak sorumlu olan vali yapar. Bu bağlamda, Şırnak İl İdare Kurulu üyelerinden birinin, Valiye itiraz etme olasılığının mevcut olmadığına ilişkin ifadesi göz önüne alınmalıdır. Üyeler ya kendisi tarafından hazırlanan kararı imzalarlar, ya da imzalamaya istekli üyelerle yerlerini değiştirirler (bkz. yukarıdaki 48 paragraf).⁴³⁹

Mahkeme'nin konuya ilişkin kararlarında il ve ilçe idare kurullarının yapısının bağımsız olmadığı yönündeki kabulü kesindir. Ancak Mahkeme'nin bu durumun sonuca etkili olmadığı durumlarda adı geçen kurullarının yapısının bağımsız olmamasını tek başına ihlal sebebi saymadığını da belirtmek gerekir. Örneğin yürütülen soruşturmanın başvuruçunun davranışları nedeniyle sonuçsuz kaldığı sonucuna varıldığı Ay/Türkiye davasında, il idare kurulunun yapısının bağımsız olmaması, davanın sonuçsuz kalması açısından belirleyici olmadığı gerekçesiyle yükümlülüğün ihlali olarak sayılmamıştır⁴⁴⁰.

3.2.3. Soruşturmayı Yürüten Makamların Tarafı ve Önyargılı Davranmaları

Mahkeme'nin etkin soruşturma yürütme yükümlülüğünün ihlali olarak kabul ettiği bir diğer husus, soruşturmayı yürüten makamların ihlal iddialarına önyargılardan uzak ve tarafsız yaklaşmamaları ve buna bağlı olarak soruşturmadan sonuç alınması için gereken ceza muhakemesi işlemlerini hiç ya da gerektiği gibi yapmamalarıdır⁴⁴¹.

⁴³⁹ 20 Mayıs 1999 tarihli Oğur/Türkiye kararı, prg. 91. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır. Mahkeme, 17 Şubat 2004 tarihli İpek/Türkiye kararında da (prg.174) "Lice savcısının görevsizlik kararını takiben, güvenlik güçlerinin olaydaki rolünün tespit edilmesi için Lice İlçe İdare Kurulu tarafından bir soruşturma başlatıldığına dikkat çekmektedir. Ancak Mahkeme, Türkiye aleyhine açılan daha önceki davalarda kurulun hiyerarşik olarak Vali'ye bağlı devlet memurlarından ve soruşturmaya konu olan güvenlik güçlerine bağlı bir memurdan oluştuğunu tespit etmişti. (bkz. Orhan Kararı, prg.342, Güleç kararı, prg.77-82 ve Oğur kararı, prg.85-93) Mahkeme söz konusu dava şartlarında Kurul'un soruşturma ile ilgili olarak Yarbay T. Alpi'yi atamasının, kendisi de soruşturmanın konusu olan güvenlik güçlerinin bir üyesi olduğu için uygun olmadığını düşünmektedir." ifadeleri ile aynı hususu vurgulamıştır. Karar için bkz. <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/ipek.html> Mahkeme'nin aynı yöndeki kararları için bkz. 28 Mart 2000 tarihli Kılıç/Türkiye kararı prg.72; 25 Mayıs 1998 tarihli Kurt/Türkiye kararı, prg. 62; 27 Temmuz 1998 tarihli Güleç/Türkiye kararı prg.80.

⁴⁴⁰ 22 Mart 2005 tarihli Ay/Türkiye kararı.

⁴⁴¹ 25 Eylül 1997 tarihli Şükran Aydın/Türkiye kararı, prg. 106

Bir ihlal iddiasının varlığı halinde sorumluların tespit edilip cezalandırılmasını sağlamak için, yürütülecek olan hazırlık soruşturmasında asıl yetki savcılık makamında olup, soruşturma sürecinde savcılara adli kolluk güçleri yardımcı olmaktadır⁴⁴². Soruşturma süreçlerine ilişkin bu durumun bir sonucu olarak, soruşturmanın tarafsız ve önyargılardan uzak bir biçimde yürütülmesi konusunda, savcılık organının soruşturma sürecindeki tutum ve davranışları kadar, kolluk güçleriyle olan ilişkileri de öne çıkan bir husus olmuştur.

Mahkeme konuya ilişkin olarak verdiği kararlarda, savcılarının soruşturma sürecinde önyargılı ve tarafsızlıktan uzak davranışlar sergilediklerini sıklıkla ifade etmiştir⁴⁴³. Anılan kararlarda savcılarının soruşturmada şüpheli konumunda bulunan kolluk güçlerinin etki ve yönlendirmesi ile hareket ederek, soruşturmanın sonucunda faillerin tespit edilip cezalandırılması için hayati öneme sahip soruşturma işlemlerini yapmadıklarını ve tarafsız ve bağımsızlıktan uzak davrandıklarını belirtmiştir⁴⁴⁴.

Bu konuda Mahkeme'nin kararlarında öne çıkan hususlardan ilki soruşturmayı yürüten güvenlik kuvvetleri ile olaydan sorumlu olan kişilerin aynı kişiler olmasıdır. Anılan durumun yürütülen ceza soruşturması açısından taşıdığı mahsurlar Özcan ve diğerleri/Türkiye kararında şu şekilde ifade edilmiştir⁴⁴⁵: *“Öldürme olayı hakkında yapılan soruşturmaya ilişkin olarak AIHM, öncelikle soruşturmanın ilk ve kritik safhalarının maktulün ölümünden sorumlu askeri birlik mensupları tarafından yürütüldüğünü gözlemler. Bölgede bulunan boş kovanlar gibi son derece önemli deliller de aynı askerler tarafından toplanmıştır. Başvuranlar savcıya maktulün bahçede öldürüldüğü ve cesedinin tepeden aşağıya doğru sürüklendiğini söylediklerinde aynı askerler söz konusu bölgeyi aramışlar ve savcıya iddialarının temelsiz olduğunu söylemişlerdir... Ayrıca, olaydan yaklaşık iki ay sonra, ceza mahkemesi üyeleri söz konusu bölgeyi ziyaret ettiklerinde, kendilerine yine aynı ceza mahkemesinde maktulün öldürülmesi davasında sanık sıfatıyla yargılanan aynı askerler eşlik etmiştir.*

⁴⁴² Öztürk ve Erdem, s.303; Şahin, CMH, s.107; Bıçak, s.114

⁴⁴³ Konuya ilişkin diğer örnek kararlar için bkz. 19 Şubat 1998 tarihli A.Kaya/Türkiye kararı, prg.80, 02 Eylül 1998 tarihli Yaşa/Türkiye kararı, prg.105, 28 Mart 2000 tarihli Kılıç/Türkiye kararı prg 73.; 31 Mart 2005 tarihli Adalı/Türkiye kararı, prg. 222.

⁴⁴⁴ 28 Temmuz 1998 tarihli Ergi/Türkiye kararı, prg. 83: *“Fakat, Mahkeme, Havva Ergi'nin ölümü hususunda soruşturma yapma sorumluluğunu taşıyan Cumhuriyet Savcısı Mustafa Yüce'nin başvuranın kız kardeşinin ölümüne sebep olanın PKK olduğunu belirten jandarmanın hazırlamış olduğu olay tespit tutanağına çok fazla bağlı kalmış olmasına dikkati çekmiştir (Bkz. yukarıdaki prg. 43). Savcı, Delejelere, sadece bu sonuç ile çelişen bazı unsurların olması halinde, soruşturma ile ilgili başka önlemlerin gerekli olacağını düşündüğünü belirtmiştir”* <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/ergi.htm>

⁴⁴⁵ 20 Nisan 2010 tarihli Özcan ve diğerleri/Türkiye kararı. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

Başvuranlardan bazılarının soruşturma makamının dikkatini askerlerin soruşturmada yer almalarının uygunsuzluğuna çekmesine karşın yetkililerin söz konusu başvuranlara cevabı onları yakalayarak tutuklamak olmuştur. AİHM, ölümcül yakalama operasyonunda yer alan askerlerin soruşturmada bu denli aktif bir rol üstlenmelerine izin verilmesinin bir bütün olarak ceza yargılamasının bağımsızlığını şüpheli hale getirmesi açısından son derece ciddi bir husus olmasının yanı sıra (bkz. Ramsahai vd. - Hollanda (BD), no. 52391/99) öldürme olayında askerlerin suçuna işaret eden kritik delillerin tahrip edilmesi ya da göz ardı edilmesi riskini taşıdığı kanaatindedir.”

Konuya ilişkin olarak kararlarda öne çıkan hususlardan ikincisi, soruşturmayı yürüten organların ihlal vakalarına tarafsızlıktan uzak ve önyargılı biçimde yaklaşımları olmuştur. Yürütülen soruşturmalarda bu durum ise büyük ölçüde Savcılık makamının kolluk kuvvetlerinin etkisi altında kalmasından kaynaklanmıştır. Mahkeme, konuya ilişkin ilk kararlarından birisi olan Abdulmenaf Kaya kararında, savcılık makamının soruşturmayı önyargılı ve tarafsızlıktan uzak bir biçimde yürütmesini şu ifadelerle eleştirmiştir: *“Cumhuriyet Savcısı, ilk andan itibaren ölenin bir terörist olduğu ve bir silahlı çatışmada ölü olarak ele geçirildiği konusunda kendi kendini ikna etmiştir. Ölüm sebebine ilişkin tüm olasılıkları ortadan kaldıran bu düşünce Savcı'nın olaya yaklaşımı üzerinde belirleyici olmuştur... Mahkeme, Cumhuriyet Savcısı'nın, tüm işlemlerini, ölenin güvenlik güçleriyle çatışma sırasında ölen bir terörist olduğu önyargısından hareketle gerçekleştirmiş olmasından son derece etkilenmiştir... Savcı, bağımsız araştırma yürüten bir görevli olarak, olay yerinde delil toplamalı, olayların gelişimine ilişkin kendi düşüncesini oluşturmalı ve tipik bir çiftçi gibi giyinmiş olmasına karşın ölenin iddia edildiği gibi terörist olduğu konusunda kendi kendini ikna etmeliydi... Savcı'nın askerlerin söylediği her şeyi aynen kabul etme konusunda gösterdiği tavır, ölenin ellerinde ve giysilerinde barut ve silahın üzerinden parmak izi bulunması için herhangi bir çaba göstermemiş olmasının nedenini de ortaya koymaktadır⁴⁴⁶”*

Mahkeme'nin verdiği kararlarda konuya ilişkin olarak üzerinde durduğu bir diğer husus ise özellikle Sözleşmenin 2. maddesinde düzenlenmiş yaşam hakkının ihlaline ilişkin davalarda, savcılarının sıklıkla bir noktada ihlal iddialarının muhatabı durumunda olan ve hukuken emri altında görev yapan kolluk güçlerinin etki ve yönlendirmesi altında kalmasıdır. Mahkeme bu yönde oluşan kanaatini Kılıç/Türkiye

⁴⁴⁶ 19 Şubat 1998 tarihli A.Kaya/Türkiye kararı, prg.80, 89. http://www.tohav.org/aihmk/kaya_turkiye.pdf

kararında şu şekilde ifade etmiştir: *“ikinci olarak, Sözleşme organlarınca incelenen davalarda, söz konusu bölgede o dönemde hem sözleşmenin 2. maddesi gereğince usuli yükümlülükleri kapsamında, hem de Sözleşmenin 13. maddesi tarafından getirilen etkili müeyyidelerin uygulanması bağlamında güvenlik güçlerinin neden olduğu kusurları araştırmada bazı eksikler bulunduğunu saptamıştır. Bu davaların ortak özelliği savcının bireyler tarafından Güvenlik güçlerinin yasadışı bir fiile karışma olayıyla ilgili iddiaları takip etmede gösterdiği ihmâl, söz konusu güvenlik güçleri üyelerinin ifadelerini alamaması ve onları sorguya çekememesi, güvenlik güçleri tarafından sunulan olay tutanaklarına dayanarak olayların PKK tarafından meydana getirildiği savını temel alması ve başka delile dayanamamasıdır. Davanın DGM savcılığına intikal etmesi, olayın, ayrılıkçı bir suç olarak kabul edildiğini göstermektedir. Olayda güvenlik güçlerinin bağlantısını araştırma yolunda herhangi bir girişimde bulunulduğuna ilişkin bir gösterge yoktur.”*⁴⁴⁷

3.2.4. Soruşturmayı Kamunun Denetimine Açık Olarak Yürütmemeleri

AİHM verdiği çeşitli kararlarda yürütülen bir ceza soruşturmasının etkin bir soruşturma olarak nitelendirilebilmesi için, kamunun denetimine açık olması gerektiğini belirtmiştir⁴⁴⁸. Ancak Mahkeme soruşturmaya yönelik kamu denetiminin kapsamına yönelik bir sınır belirlememiş, bunun yerine “şikayetçinin her halükarda soruşturma sürecine etkili bir biçimde katılımına imkan sağlanması” şeklinde bir asgari ölçüt geliştirmiştir. Konuya ilişkin inceleme bu ölçüt çerçevesinde yapılmaktadır.

Mahkeme mağdur ve yakınlarının soruşturma sürecine katılımının soruşturmanın etkinliği açısından önemini Kişmir/Türkiye kararında belirtmiştir: *“AİHM, içtihadının anlamı dahilinde bir ölüme yönelik soruşturmanın etkili olarak görülebilmesi için,*

⁴⁴⁷ 28 Mart 2000 tarihli Kılıç/Türkiye kararı, prg.73. <http://www.tohav.org/aihmk/kilic.pdf>. Yine aynı yönde 02 Eylül 1998 tarihli Yaşa/Türkiye kararı, prg. 105:“Ayrıca, Mahkeme, soruşturma makamlarının, Devlet görevlilerinin saldırılara karşıyabilme ihtimalini tamamen göz ardı etme eğiliminde olduklarını saptamıştır. Cumhuriyet Savcısı ve Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi, dava konusu olayları silahlı örgütlerin arasındaki hesaplaşma olarak dikkate almakta (bkz. yukarıdaki 45. ve Komisyon Raporunun 61. paragrafları), Hükümet ise, Mahkeme önüne sunulan dosyada hiçbir somut kanıt olmamasına rağmen, saldırıların sorumluluğunun tamamen teröristlere ait olduğu kanısını (bkz. yukarıdaki 85 ve 86. paragraflar) taşımaktadır”. Karar Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programından alınmıştır.

⁴⁴⁸ Doğru, İşkence, s.184; Ayrıca bkz. 08 Ocak 2008 tarihli Enzile Özdemir/Türkiye kararı, www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmk/karar/enzileozdemir10032008.doc; 21 Aralık 2000 tarihli Büyükdağ/Türkiye kararı, prg. 67; 18 Aralık 1996 tarihli Aksoy/Türkiye kararı, prg.98; 01 Mart 2001 tarihli Bertay/Türkiye kararı, prg. 180.

kurbanın en yakın akrabasının, yasal çıkarlarını korumak için, gerekli olduğu sürece, işlemlere dahil olmasının şart olduğunu tekrarlar⁴⁴⁹”

Mahkeme konuya farklı kararlarında da çeşitli vesilelerle değinmiştir. Örneğin Mahkeme Gezici/Türkiye kararında⁴⁵⁰ başvuranın ifadesine başvurulmasını, Güngör/Türkiye kararında⁴⁵¹ başvuranın soruşturma işlemlerinden haberdar edilmemesini, Oğur/Türkiye kararında⁴⁵² dava dosyasının maktulün yakınları tarafından ulaşılabilir olmamasını soruşturmanın etkinliğine zarar veren hususlar olarak zikretmiştir. Yine Mahkeme Beker/Türkiye kararında da “*AİHM, yetkili makamların başvuruları soruşturmaya dahil etmemesinin ya da onlara bilgi sağlamamasının - ki Hükümet bu konuda herhangi bir açıklama yapmamıştır -, başvuruları yasal menfaatlerini korumaktan mahrum bıraktığı kanaatindedir. Bu durum aynı zamanda soruşturmanın kamuya açık olmasını da engellemiştir⁴⁵³” ifadeleri ile de soruşturma sürecine mağdur ve yakınlarının dahil edilmemesinin etkin soruşturma yükümlülüğünü ihlal eden bir hal olduğunu belirtmiştir.*

Bu konuya ilişkin olarak üzerinde durulması gereken önemli bir husus da, soruşturma makamlarının şikayetçiyi soruşturma sürecinden haberdar etmiş olmasına rağmen, şikayetçinin soruşturma işlemlerine kendisinin katılmamış olmasıdır. Konuya ilişkin olarak örnek dava niteliğindeki Ay/Türkiye davasında Mahkeme, başvuru konusunun soruşturma işlemlerine davet edilmesine rağmen katılmamasının, soruşturmada sonuç alınamamasının en büyük nedeni olduğunu belirterek ilginin başvurusunu şu gerekçe ile reddetmiştir: “... mevcut davada yetkililere yüklenebilecek ihmellere rağmen, soruşturmanın etkinliğini en çok sarsan durum, olayların takibatı sırasında başvuranın soruşturma işlemlerine katılmayı ve dahası başvuranın güvenlik güçlerinin fotoğraf tespit incelemesine katılmamasıdır”⁴⁵⁴. Anlaşılacağı üzere soruşturma makamları açısından konuya ilişkin olarak önem arz eden husus, mağdur ve yakınlarının sürece

⁴⁴⁹ 31 Mayıs 2005 tarihli Kişmir/Türkiye kararı, prg.118. Karar Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programından alınmıştır.

⁴⁵⁰ 17 Mart 2005 tarihli Gezici/Türkiye kararı, prg.60. Karar Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programından alınmıştır. Karar için ayrıca bkz. <http://www.tohav.org/aihm/gezicikarari.pdf>.

⁴⁵¹ 22 Mart 2005 tarihli Güngör/Türkiye, http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/28290_95.pdf

⁴⁵² 20 Mayıs 1999 tarihli Oğur/Türkiye kararı, prg.92. Karar Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programından alınmıştır.

⁴⁵³ 24 Mart 2009 tarihli Beker/Türkiye kararı. Karar Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programından alınmıştır. Bu konuda ayrıca bkz. Güleç/Türkiye kararı prg. 82, Oğur/Türkiye kararı prg.92 ve Gül/Türkiye kararı prg.89. Yine Mahkeme, 31 Mart 2005 tarihli Adalı/Türkiye kararında (prg.232): “*Soruşturma dosyasının, soruşturmadaki gelişmeler ve soruşturmanın yürütülmesi hakkında bilgi edinmek için hiçbir yolu olmayan başvuranın erişimine açık olmadığını not eder. Başvuru, Hükümet'e iletilmesine kadar kendisine post-mortem ve balistik raporların bir kopyası verilmemiş ve ölüm vakasında görevli memur tarafından yapılan tahkikatta yer almak için davet edilmemiştir.*” ifadeleri aynı hususu soruşturmanın etkinliği açısından bir ihlal sebebi olarak göstermiştir.

⁴⁵⁴ 22 Mart 2005 tarihli Ay/Türkiye kararı.

katılımlarını temin etmek için yapmaları gereken işlemleri yapmış olmasıdır. Bu imkanın sağlanmasına rağmen şikayetçinin, soruşturma sürecine katılmaması durumunda maddi gerçeğe ulaşamaması soruşturma organlarına yüklenebilecek başkaca bir eksiklikten kaynaklanmıyorsa, devletin etkin soruşturma yükümlülüğünü ihlal ettiğinden de bahsedilemeyecektir.

3.2.5. Soruşturmayı Makul Sürede Bitirmemeleri

Bir soruşturmanın etkinliği, makul bir hızla yürütülmesi ve makul bir süre içerisinde bitirilmesine bağlıdır. Bu nedenle, Mahkeme soruşturmanın makul hızla yürütülmeyip makul süre içerisinde bitirilmediği halleri, etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlali olarak kabul edilmektedir.

Mahkeme soruşturmanın makul sürede bitirilmesi gerektiğini belirtmiş olmasına rağmen makul sürenin ne olduğunu tanımlamamış, yürütülecek soruşturmanın süresine ilişkin bir üst sınır belirlememiştir⁴⁵⁵. Anlaşılacağı üzere Mahkeme, soruşturma süresinin makul olup olmadığını, her somut davayı kendi şartları içerisinde değerlendirerek belirlemeyi tercih etmektedir. Bu bağlamda Mahkeme bir soruşturmayı süre açısından incelerken, olayın karmaşıklığı ile tarafların ve soruşturmayı yürüten makamların davranışlarının soruşturma süresinin uzamasına etki edip etmediği gibi hususları dikkate almaktadır⁴⁵⁶. Ancak Mahkeme'nin sekiz yılın üzerindeki soruşturma sürelerini makul sürenin ihlali olarak kabul etme yönünde genel bir eğilime sahip olduğu da belirtilmektedir⁴⁵⁷.

Buna göre, Mahkeme'nin soruşturma süresinin uzunluğuna ilişkin olarak asıl üzerinde durduğu hususlar şu şekilde sıralanabilir;

- a) Soruşturmanın gecikmesi nedeniyle davanın zamanaşımına uğrama ihtimali⁴⁵⁸,
- b) Hızlı hareket edilmemesi nedeniyle delillerin toplanamaması ve bu nedenle soruşturmadan sonuç alma ihtimalinin zarar görüp görmediği⁴⁵⁹

⁴⁵⁵ İnceoğlu, s.373; Ladewig, s.92

⁴⁵⁶ Evik, s.298; Mole ve Harby, s.23 vd.

⁴⁵⁷ İnceoğlu, s.373

⁴⁵⁸ 03 Haziran 2004 tarihli Batı/Türkiye kararı. Karar Sinerji Mevzuat ve İçtihat bankasından alınmıştır.

⁴⁵⁹ Örneğin Mahkeme 18 Ocak 2005 tarihli Menteşe/Türkiye kararında suç mahallindeki ilk incelemelinin olaydan yedi sene sonra yapılmasının maddi kanıtların toplanmasını imkansızlaştırdığına dikkat çekmiştir.

c) Soruşturma işlemlerinin zamanında yapılmasının yargılama makamlarının etkin bir soruşturma yürütme hususunda niyet ve iradesini gösterecek olması ve bunun sonucunda kamunun hukukun üstünlüğü ve devlet otoritesine olan güvenin korunacak olması⁴⁶⁰.

Bu açıklamalar ışığında Mahkeme'nin soruşturma süresinin uzunluğunu incelerken üzerinde durduğu asıl hususun, soruşturma işlemlerinin yapıldığı süre değil, işlemlerin en kısa sürede, ara vermeden ve maddi gerçeğe ulaşmaya yönelik olarak süreklilik arz edecek şekilde yapılıp yapılmadığı olduğunu söylemek doğru olacaktır⁴⁶¹.

3.3. DELİLLERE YÖNELİK İHLAL SEBEPLERİ

3.3.1. Genel Olarak

Ceza muhakemesi, geçmişte yaşandığı iddia edilen ve konusu suç teşkil eden bir olayın, gerçekten yaşanıp yaşanmadığını tespit ve eğer olay yaşanmışsa faillerinin belirlenerek cezalandırılması amacıyla, kamu adına soruşturma ve yargılama organlarınca yürütülen bir süreçtir⁴⁶². Bu amaçla yürütülen ceza muhakemesi sürecinde, yargılama makamları suçun işlenip işlenmediği, kim tarafından işlendiği ve işlenen suçun müeyyidesinin ne olacağı gibi hususları çözüme kavuşturmaya çalışırlar⁴⁶³. Bu hususlar ceza uyumsuzluğunun maddi yönünü oluşturur.

Ceza muhakemesi süreci, konusu suç teşkil eden olaya ilişkin olarak bir şüphenin varlığı ile başlar ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılarak şüphenin sanığın lehine veya aleyhine yenilmesine kadar devam eder⁴⁶⁴. Bu süreçte hâkim o olay hakkında şüphesini yenersen olay ispat edilmiş sayılır ve sanık mahkum edilir, yenemezse olay

⁴⁶⁰ 17 Şubat 2004 tarihli İpek/Türkiye kararı, prg. 171; 02 Kasım 2004 tarihli Abdüsamet Yaman/Türkiye kararı, prg. 54. Ayrıca bkz. Bayrak/Türkiye; Güli Zengin/Türkiye ve Buldan/Türkiye kararları.

⁴⁶¹ Bu bağlamda Mahkeme'nin zaman zaman günlük gecikmelerin bile soruşturmanın etkinliğine zarar verdiğini kabul ettiğini görmekteyiz. Örneğin Mahkeme 20 Nisan 2010 tarihli Özcan ve diğerleri/Türkiye kararında öldürme olayının başlıca şüphelisi konumunda olan Üsteğmenin soruşturmanın başlamasından üç gün, başvuranların ise dokuz gün sonra sorgulanmasının yaşama hakkının gerektirdiği zorunlu titizliğe uymadığını belirtmiştir. Bu bağlamda sorgulamanın ivedilikle yapılmamasının maktulün yakınları ve genel olarak halk nezdinde güvenlik güçleri mensuplarının, eylemleri nedeniyle yargı makamlarına hesap vermedikleri bir boşluk içerisinde görev yaptıkları görüşünün oluşmasına neden olduğu belirtilmiştir. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır. Aynı yönde 15 Mayıs 2007 tarihli Ramsahai ve diğerleri/Hollanda kararı, prg.330.

⁴⁶² Centel ve Zafer, s.204, 205; Şahin, CMH, s.17

⁴⁶³ Öztürk ve Erdem, s.59; Toroslu ve Fezioğlu, s.2

⁴⁶⁴ Feridun Yenisey, *Hazırlık Soruşturması ve Polis*, Beta Yay., İstanbul 1993, s.115; Yalçın Şahinkaya, *Suçsuzluk Karinesi*, Seçkin Yay. Ankara 2008, s.217

ispat edilememiş sayılır ve sanık beraat eder⁴⁶⁵. Dolayısıyla bir ceza muhakemesi sürecinde temel amaç, şüpheli konusuna olaya ilişkin maddi gerçeğin ortaya çıkarılması, yani maddi gerçeğin ispat edilmesidir⁴⁶⁶. Bu ispat ameliyesi ise genel olarak iddia ve savunma makamlarının ileri sürdüğü tez ve anti tezler çerçevesinde gelişmekte, bu süreç yargılamayı yapan Mahkeme'nin verdiği nihai hükümle birlikte sonuçlanmaktadır⁴⁶⁷.

Yargılama organlarının bu süreçte karşı karşıya kaldığı en önemli zorluk, ortaya çıkarılması gereken maddi gerçekliğin geçmişteki bir zaman diliminde gerçekleşmiş olması nedeniyle ispatı gereken olay hakkında doğrudan bilgiye sahip olmamalarıdır. Muhakeme sürecinde yargılamanın taraflarının gerçeği kendi bakış açılarından ve çarpıtılmış bir biçimde sunmaları da anılan zorluğu daha da artırmaktadır⁴⁶⁸.

Ceza muhakemesi sürecinin anılan yapısı nedeniyle, bu süreçte olayların ispatına yönelik olarak taraflarca ileri sürülen iddialar, ancak hukuka uygun deliller ile ispatlanabiliyorsa bir değer ifade etmektedir. İddianın ispatlanamadığı noktada ise “Şüpheden sanık yararlanır” ilkesi gereğince süreç, gereğince sanığın lehine sona ermektedir. Bu nedenle bir ceza muhakemesi sürecinin en can alıcı noktasını, ispat ve ispat araçları olan deliller konusu oluşturur⁴⁶⁹.

Bir ceza muhakemesi sürecinde yargılama konusu olay veya olaylar zincirinin soruşturma ve yargılama makamları önünde canlandırılması suretiyle, maddi olay hakkında hâkimin bir hükme varmasını sağlayan ispat araçlarına delil denir⁴⁷⁰. Vicdani kanaat prensibinin egemen olduğu ceza muhakemesi hukukunda, delil serbestisi, diğer bir söyleyişle vicdani delil sistemi geçerlidir⁴⁷¹. Bu nedenle, ceza muhakemesi hukukunda hâkimde vicdani kanaat oluşmasını sağlayan her şey delil olabilir ve muhakeme konusu olay hukuka uygun her türlü delille ispat edilebilir⁴⁷². Bunun için

⁴⁶⁵ Bu durum ceza muhakemesinin temel ilkelerinden biri olan şüpheden sanık yararlanır ilkesinin doğal sonucudur. İlkeye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*,

Yetkin Yay., Ankara 2002, s.70, 183; Şahinkaya, s.221

⁴⁶⁶ Yurtcan, s.6; Ünver ve Hakeri, s.9

⁴⁶⁷ Özbek, *Ceza Muhakemesi*, s.50; Ünver ve Hakeri, s.2

⁴⁶⁸ Şahin, *İspat*, s.51

⁴⁶⁹ Feyzioğlu, *Vicdani Kanaat*, s.139; Öztürk ve Erdem, s.395

⁴⁷⁰ Kunter, *Yenisey ve Nuhoğlu*, s.573; Centel ve Zafer, s.204 – 205; Özbek, *Ceza Muhakemesi*, s.602

⁴⁷¹ Vicdani delil sisteminde hukuka uygun her delil ispat için kullanılmakta ve hâkim bir delilin ispat değerini vicdani kanaatine göre serbestçe değerlendirebilmesidir. Bu konuda bkz. Mahmut Koca, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”, *CHD*, Sayı 2, Aralık 2006, (s.207-225), s.209; Tosun, s.719

⁴⁷² Feyzioğlu, *Vicdani Kanaat*, s.147; Yenisey, *Duruşma*, s.142; Şahinkaya, s.205

delilin olayı temsil etmesi, akla ve mantığa uygun olması ve hukuka uygun yollarla elde edilmiş olması yeterlidir⁴⁷³.

Ceza muhakemesi hukukunda deliller kendi içinde beyan, belge ve belirti delilleri diye üçe ayrılarak incelenmektedir⁴⁷⁴. Şüpheli - sanık beyanları, tanık beyanları ve yargılamaya katılan diğer kişilerin beyanları beyan delillerini⁴⁷⁵, muhakeme sürecinde maddi olayın ispatını sağlamak için kullanılan belgeler belge delillerini⁴⁷⁶, maddi olaya ilişkin bilgi sağlayan şeyler ise belirti delillerini oluşturmaktadır⁴⁷⁷. Yine özellikle belirtilerden delil elde edilmesini sağlayan keşif, bilirkişi incelemesi, otopsi gibi delil elde etme araçları da ispat ve deliller konusunun kapsamına girmektedir⁴⁷⁸.

AIHM'nin 2. ve 3. maddeye ilişkin davalarda etkin soruşturma yükümlülüğü bağlamında üzerinde en çok durduğu delil ve delil araçları olay yeri incelemesi, keşif, tanık beyanı, balistik inceleme, sağlık raporları ve otopsidir.

Burada AIHM'nin konuya ilişkin kararlarında önemli bir yer tutan deliller konusu etkin soruşturma yükümlülüğü bağlamında incelenip, Mahkeme'nin ispat ve deliller konusuna ilişkin olarak hangi hususların eksikliğini etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlali saydığını belirlemeye çalışacağız.

3.3.2. Delillerin Toplanması İlişkin İhlal Sebepleri

Bir ceza yargılamasında maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi yargılama konusu olaya ilişkin delillerin sağlıklı bir biçimde toplanması ve muhafaza edilmesine bağlıdır. Bu bağımlılığı paralel olarak Mahkeme'de, soruşturmanın etkinliğini zedeleyen hususlardan biri olarak delillerin eksik toplanması veya toplanan delillerin muhafaza edilmemesini göstermiştir. Mahkeme delillerin tespiti, toplanması ve muhafazasının etkin soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilmesi açısından önemini Ataman/Türkiye kararında⁴⁷⁹ şu şekilde ifade etmiştir: *“Yetkili mercilerin, olaylara ilişkin delillerin, özellikle de görgü tanıklarının ifadelerinin, polislerin elde ettiği*

⁴⁷³ Delillerin özellikleri konusunda bkz. Tosun, s.711 vd.

⁴⁷⁴ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, s.613; Centel ve Zafer, s.201

⁴⁷⁵ Cente/Zafer, s.208; Ünver/Hakeri, s.571.

⁴⁷⁶ Öztürk/Erdem, s.407 – 408; Özbek, Ceza Muhakemesi, s.632; Bıçak, s.393.

⁴⁷⁷ Tosun, s.767; Öztürk ve Erdem, s.413; Toroslu ve Feyzioğlu, 196, Koca, s.219.

⁴⁷⁸ Bilirkişi raporunun delil değil delil elde etme aracı olduğu konusunda bkz. Feridun Yenisey, “YCMK 'ya Göre Tıbbi Deliller ve Bilirkişi İncelemesi”, *YÜHFD*, Cilt III, S. 2, 2006, (ss. 309-321), s.310

⁴⁷⁹ 27 Nisan 2006 tarihli Ataman/Türkiye kararı. Karar, Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

bilimsel ve teknik verilerin, gerektiğinde maktulün vücudundaki zedelenmeleri tam ve belirgin bir şekilde gösterecek bir otopsi sonucunun ve hastanede yapılan gözlemlerin nesnel bir değerlendirmesinin toplanabilmesi için makul olarak kendilerine açık olan tedbirleri almaları gerekmektedir”,

Mahkeme yine aynı hususa Güngör/Türkiye⁴⁸⁰ kararında şu sözlerle dikkat çekmiştir: *“Davanın sonuçlanmasından daha önemlisi bir sonuca ulaşmak için tüm yolları kullanmak yükümlülüğü bulunmaktadır. Yetkililerin, olaya ilişkin kanıtların toplanabilmesi amacıyla, makul olarak kendileri için ulaşılabilir olan tedbirleri almaları gerekir. Bu kanıtlar, özellikle görgü tanıklarının verdiği beyanlar, teknik ve bilimsel alanda çalışma yapan polisin aldığı notlar ve gerektiğinde, kurbanın maruz kaldığı yaralanmaların tam ve kesin tanımını yapan bir otopsi ile beraber özellikle ölüm nedenine ilişkin klinik saptamalar üzerinde objektif olarak yapılan analiz olabilir”*⁴⁸¹.

Kararlardan da anlaşılacağı üzere soruşturma sürecinin etkinliğinin sağlanması için yapması gerekenlerin başında soruşturmanın sonucunda maddi gerçeğe ulaşılmasını sağlayacak delillerin toplanması ve toplanan delillerin muhafazası gelmektedir.

3.3.3. Beyan Delillerine İlişkin İhlal Sebepleri

Ceza yargılaması hukukunda beyan delilleri, yargılamanın konusunun maddi hayat olayları olması, ceza yargılaması alanında bilimsel delil⁴⁸² sisteminin tam olarak uygulamaya geçirilmemiş olması, vicdani delil sisteminin bir gereği olarak medeni

⁴⁸⁰22 Mart 2005 tarihli Güngör/Türkiye kararı http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/28290_95.pdf

⁴⁸¹ Mahkeme 24 Mayıs 2005 tarihli Acar ve diğerleri/Türkiye davasında (prg.75): *“Bu, sonuca ilişkin değil, usule ilişkin bir sorumluluktur. Yetkili makamlar, inter alia görgü tanıklığı, adli tıp delilleri ve uygun olması halinde, tam bir hasar raporu ve klinik bulguların, ölüm sebebini de içeren objektif analizini sağlayan bir otopsi de dahil olmak üzere olayla ilgili delilleri garanti altına almak için makul şekilde hareket etmelidirler”* ifadeleri ile delillerin toplanması ve muhafazasına değinmiştir. Yine 03 Haziran 2004 tarihli Batı/Türkiye kararında da aynı husus şu ifadelerle vurgulanmıştır: *“Yetkililerin, mağdur olduğu varsayılan kişinin bu iddialar konusunda yaptığı ayrıntılı beyan, görgü tanıklarının ifadeleri, bilirkişilerin incelemeleri ve yaralar hakkında hazırlanan kesin ve tam bir özet ve yaraların nedenine ilişkin tıbbi saptamaların objektif analizini sağlamaya yönelik ek tıbbi belgeler dahil olmak üzere söz konusu olaylara ilişkin kanıtlar elde etmek için elinde bulunan makul önlemleri alma zorunluluğu bulunmaktadır. Yaraların nedenini veya sorumluluklarını ortaya koymasını güçleştiren soruşturmadaki her türlü eksiklik bu kurala uymama riskini taşımaktadır.”* Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

⁴⁸² Bilimsel delil, ilgili olduğu bilim dalının kural ve yöntemlerine göre yapılan inceleme sonucunda ele edilen delillerdir. Bilimsel deliller hâkimin delilleri vicdani kanısına göre serbestçe değerlendirebilmesinin sınırlarını oluşturmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. Ali Kemal Yıldız, “Trafik Suçları Bağlamında Bilimsel Delillerin İspat Fonksiyonu”, *YÜHFD*, Cilt III, S. 2, 2006, (ss. 407-424), s.408 vd.

yargılama hukukunun aksine yazılı delille ispat zorunluluğunun bulunmaması gibi nedenlerden dolayı maddi gerçeğin araştırılmasında önemli bir yere sahiptir⁴⁸³.

Ceza yargılaması sırasında maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için sözlü beyanlarına başvurulmuş kişiler mağdur, suçtan zarar gören, şüpheli - sanık veya bunların dışında kalan diğer tanıklardır. Bunlardan suça konu fiil nedeniyle hukuken korunan bir hakkı zarar veya tehlike altına giren kimseye mağdur, suçtan zarar gören veya şikayetçi⁴⁸⁴; ceza muhakemesi sürecinin soruşturma evresinde suç şüphesi altında bulunan kimseye şüpheli denir⁴⁸⁵. Şüpheli, Savcılık makamınca hakkında hazırlanan iddianamenin kabulü ve kovuşturmanın başlamasıyla birlikte sanık statüsüne geçer⁴⁸⁶.

Ceza muhakemesinde tanık ise, kendisine karşı yürütülmeyen bir ceza soruşturmasına ilişkin beş duyusu ile edindiği bilgileri, yargılama makamları önünde yazılı veya sözlü olarak anlatan kişiye denir⁴⁸⁷. Belirli delillerle ispat zorunluluğunun bulunmadığı ceza muhakemesi hukukunda beyan delilleri ve özellikle yargılamanın sonucundan doğrudan etkilenecek kişiler olan sanık ve mağdur beyanları, bağlayıcı delil niteliği taşımazlar. Buna rağmen gerek yargılamanın tarafı olan bu kişilerin gerekse de tanıkların beyanları maddi gerçeğe ulaşılabilirliği açısından önem arz eder.

Beyan delillerinin yargılamada sonuca ulaşmak açısından taşıdığı önem, konunun AİHM'nin yükümlülüğe yönelik olarak verdiği kararlarda gündeme gelmesine neden olmuştur. Mahkeme, verdiği kararlarda, hem şüpheli ve mağdur, hem de tanık beyanlarını maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilirliği için başvurulması gereken deliller arasında saymıştır⁴⁸⁸. Bu nedenle soruşturma sırasında anılan kişilerin ifadelerine başvurulmaması etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlaline neden olabilmektedir.

Mahkeme konuya ilişkin kararlarında beyan delillerine ilişkin olarak karşımıza çıkan ilk husus, olayla ilgili doğrudan bilgi sahibi olan başvuru ve yakınlarının ifadesine başvurulup başvurulmadığıdır. Mahkeme başvuru ve yakınlarının ifadelerinin alınmamasının soruşturmada yarattığı eksikliğe Çelikkilek/Türkiye

⁴⁸³ Ünver ve Hakeri, s.239; Yurtcan, s.272

⁴⁸⁴ Öztürk ve Erdem, s.37 vd.; Özbek, Ceza Muhakemesi, s.572

⁴⁸⁵ Şahin, Kolluk, s.44; Öztürk ve Erdem, s.343

⁴⁸⁶ Yurtcan, s.153; Şahin, CMH, s.134

⁴⁸⁷ Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, s.614; Centel ve Zafer, s.219; Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*, US-A Yay., Ankara 1996, s.28; Şahin, İspat, s.107. Ayrıca "tanık" kavramının farklı tanımları için bkz. Yusuf Solmaz Balo, *Ceza Muhakemesinde Tanık Koruma*, Seçkin Yay., Ankara 2009, s.46.

⁴⁸⁸ Deliller konusunda bkz. 24 nolu dipnotta yer alan Ataman/Türkiye, Güngör/Türkiye, Acar/Türkiye kararları.

kararında⁴⁸⁹ “... başvuranın ya da başvuranın erkek kardeşinin eşinin ifadeleri alınmamıştır”; Gezici/Türkiye kararında ise⁴⁹⁰: “Dosyada yer alan unsurlara göre ne başvuran ne de başvurana göre olayın görgü tanığı olan A.A.’nin eşi dinlenmemiştir.” ifadeleri ile değinmiştir. Her iki kararda bu kişilerin ifadesinin alınmamasının etkin soruşturma yükümlülüğünü ihlal eden bir durum olduğu sonucuna varılmıştır.

Beyan delillerine ilişkin olarak Mahkeme’nin üzerinde durduğu ikinci husus, soruşturmayı yürüten makamların ihlal iddiasının dayandığı vakaya ilişkin bilgisi olan tanıkları tespit etmemesidir. Zira tanıkların tespit edilip dinlenilmemesi hem soruşturmada sonuç alınmasını engelleyebilecek niteliktedir hem de soruşturmayı yürüten makamların ihlal karşısında hareketsiz kaldıkları, ihlali aydınlatmak için gerekli irade ve niyete sahip olmadığının bir göstergesidir⁴⁹¹.

Tanıkların kimliklerinin tespiti edilmemesinin soruşturmada yarattığı eksikliğe Hasan İlhan/Türkiye kararında⁴⁹² şu sözlerle dikkat çekilmiştir: “Mahkeme, Cumhuriyet Savcısı’nın olaya ışık tutacak kanıtları toplamak ve kayda geçirmekle yükümlü olduğu kanaatindedir. Olayı geçtiği yerde incelemek, tanık olan köylüleri sorgulayarak olayların nasıl gerçekleştiğini tespit etmek ve olaya karıştığı iddia edilen güvenlik güçleri mensuplarını sorgulamak için girişimde bulunulmamıştır. Sonuç olarak AİHM, bu unsurların, soruşturmanın söz konusu kısmının güvenilirliği ve kesinliği hususunda önemli eksiklikleri ortaya çıkardığı kanısına varmıştır.”

Beyan delillerine ilişkin olarak üzerinde durulan üçüncü husus, soruşturma sırasında kimliği belirlenen tanıkların ifadesinin alınıp alınmadığıdır. Mahkeme verdiği kararlarda iç hukuk organlarınca yürütülen soruşturmalar sırasında tanıkların ifadesine başvurulmamış olmasını da etkin soruşturma yükümlülüğünü ihlal eden bir hal olarak

⁴⁸⁹ 31 Mayıs 2005 tarihli Çelikkalek/Türkiye kararı, prg. 87. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

⁴⁹⁰ 17 Mart 2005 tarihli Gezici/Türkiye kararı, prg. 60. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır. Karar için ayrıca bkz. <http://www.tohav.org/aihmk/gezicikarari.pdf>

⁴⁹¹ Bu konuda ilginç bir örnek 28 Ekim 1998 tarihli Assenov/Bulgaristan kararıdır: “... (soruşturma makamları) bu olay aleni bir mekanda yani bir otobüs durağında meydana geldiği ve polis memurlarına göre bu olay on beş kadar Roman kökenli kişi ile otobüs şoförleri tarafından görüldüğü halde, olaydan hemen sonra henüz her şey hafızalarda tazeyken görgü tanıklarını bulup ifadelerini almak suretiyle gerçeğin ortaya çıkarılmasına çalışmamıştır”. Karar için bkz. Doğru, İşkenç, s.178. Yine 19 Eylül 2006 tarihli Sultan Karabulut/Türkiye kararında bu hususa şu ifadelerle işaret edilmiştir: “... Daha temel olan husus, görgü tanıklarının ifadelerinin ancak şikayette bulunmasından sonra ve ikinci soruşturma kapsamında alınmış olmasıdır”. Karar Sinerji içtihat ve mevzuat programından alınmıştır.

⁴⁹² 19 Kasım 2004 tarihli Hasan İlhan/Türkiye kararı, prg.124. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat bankasından alınmıştır. Mahkeme aynı hususu 06 Ekim 2005 tarihli Tanrıkulu/Türkiye kararında (prg.104) şu şekilde ifade etmiştir: ““Olay yeri tutanağında o çevrede yaşayıp da olayı görenlerin isimlerine yer verilmemiştir.” Karar Sinerji mevzuat ve içtihat bankasından alınmıştır.

kabul etmektedir. Örneğin A.Kaya/Türkiye kararında⁴⁹³ bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: “*olaydan sonra da Cumhuriyet Savcısı, başvuruçunun kardeşi hakkında, örneğin aktif bir PKK üyesi olup olmadığının araştırılması, Dolunay köyüne yakın yerlerde yaşayan köylülerin olay günü bir silahlı çatışma duyup duymadıklarının soruşturulması veya güvenlik güçleri mensuplarının olayla ilgili olarak dinlenilmesi sureti ile bilgi alma girişiminde bulunmamıştır*”. Yine G.Zengin/Türkiye kararında⁴⁹⁴ “*ne başvuranın ne de köy korucusu olmayan köylülerin sorgulandığı tespit edilmiştir*” ifadeleri ile soruşturma sırasında hem mağdur hem de tanıkların ifadesinin alınmamış olmasının eksikliğine dikkat çekmiştir.

Mahkeme konuya ilişkin olarak verdiği kararlarda hem tanıkların tespit edilmemesi hem de dinlenilmemesinin bir soruşturmada failerin tespit edilip cezalandırılması ihtimalini oldukça azaltacak bir soruşturma hatası teşkil ettiği ve etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlali anlamına geldiğini belirtmiştir⁴⁹⁵.

AİHM'nin kararlarında tanıkların ifadelerine başvurulması ile ilgili olarak karşımıza çıkan önemli bir başka husus ise şüpheli veya tanık konumunda olan kamu görevlilerinin ifadesinin alınmasıdır. Zira etkin soruşturma yükümlülüğünün maddi dayanaklarından yaşama hakkına yönelik ihlallerin önemli bir kısmında, işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin başvuruların ise tamamında şüpheli konumundaki kişiler kamu görevlileridir. Bu nedenle anılan davalarda tanıklarının önemli bir kısmı da yine kamu görevlisi sıfatı taşıyan kimselerden oluşmaktadır. Bu nedenle söz konusu davalarda soruşturmada sonuç alınabilmesi ve faillerinin cezalandırılması büyük ölçüde suç şüphesi altında bulunmayan ancak olay hakkında bilgisi ve görgüsü bulunan tanık konumundaki kamu görevlilerinin ifadelerinin alınabilmesine bağlıdır.

AİHM de, kararlarında bu hususa dikkat çekmiş ve verdiği kararlarda, yürütülen soruşturmada olayla ilgisi bulunan kamu görevlilerinin ifadesine başvurulmamış olmasını etkin soruşturma yükümlülüğünü ihlal eden önemli bir eksiklik olarak

⁴⁹³ 19 Şubat 1998 tarihli A.Kaya/Türkiye kararı, prg.90. Karar için bkz. Doğru, Cilt 4, s.1. Yine 31 Mayıs 2005 tarihli Çelikbilek/Türkiye kararında da (prg.87) aynı duruma şu ifadelerle işaret edilmiştir: “*Özellikle başvuranın belirtmiş olduğu gibi, kahvehanein sahibinin, müşterilerinin ya da polislerden birinin, Cumhuriyet Savcısı tarafından sorgulanmış olduğunu gösterecek hiçbir doküman bulunmamaktadır... Cumhuriyet Savcısı tarafından başvuranın ya da erkek kardeşinin eşinin ifadeleri de alınmamıştır.*” Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

⁴⁹⁴ 28 Ekim 2004 tarihli G.Zengin/Türkiye kararı. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

⁴⁹⁵ 19 Eylül 2006 tarihli Sultan Karabulut/Türkiye kararı: “*Mağdurun ölüm nedenini belirleme kapasitesine zarar verecek veya sorumlu kişilerin kimliğinin tespit edilmesine yönelik her türlü soruşturma hatası soruşturmanın etkin olmadığı sonucuna ulaştırabilir.*” Karar Sinerji içtihat ve mevzuat programından alınmıştır.

nitelemiştir. Örneğin Mahkeme, etkin soruşturma yükümlülüğüne ilişkin emsal içtihatlardan biri olan A.Kaya/Türkiye davasında Cumhuriyet Savcısının “*ne olay yerinde, ne de daha sonra operasyona katılan askerlerden herhangi birinin ifadesine başvurmamış olmasını*” söz konusu davada etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlaline neden olan hallerden biri olarak saymıştır⁴⁹⁶. Yine Mahkeme, Hasan İlhan/Türkiye kararında⁴⁹⁷, Savcının olaya karıştığı iddia edilen güvenlik güçleri mensuplarını sorgulamak için girişimde bulunmamış olmasını, Oğur/Türkiye kararında⁴⁹⁸ da soruşturmada operasyonda görev alan güvenlik güçlerinin sorgulanmamasının soruşturma sürecindeki yarattığı eksikliğe dikkat çekmiştir.

Mahkeme, özellikle güvenlik güçlerince kuvvet kullanımının söz konusu olduğu olaylarda, kuvvet kullanımının mutlak gerekli ve orantılı olup olmadığının ortaya çıkarılabilmesi için operasyona katılan güvenlik güçlerinin ifadelerinin alınmasının zaruri olduğu kanaatindedir. Yine işkence ve kötü muamele iddialarına ilişkin başvurularda ilgili birimde görev alan görevlilerin ifadelerinin alınması olayın aydınlatılabilmesi açısından büyük önem taşımaktadır⁴⁹⁹.

3.3.4. Belirti Delillerine İlişkin İhlal Sebepleri

İspat açısından vicdani delil sisteminin geçerli olduğu ceza muhakemesinde hukuka uygun olması koşuluyla maddi gerçeğin aydınlatılmasına yarayan her şey delil olabilmektedir⁵⁰⁰. Bu deliller içerisinde belirti delilleri muhakeme konusu olayın aydınlatılmasında dolaylı olarak yardımcı olan iz ve eser niteliğindeki temsili delillerdir⁵⁰¹. Bu bağlamda yargılamanın konusunu oluşturan olaydan geriye kalan, kan,

⁴⁹⁶ 19 Şubat 1998 tarihli A.Kaya/Türkiye kararı, prg. 80. Karar için bkz. Doğru, Cilt 4, s.1

⁴⁹⁷ 19 Kasım 2004 tarihli Hasan İlhan/Türkiye kararı, prg.124. Karar, Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

⁴⁹⁸ 20 Mayıs 1999 tarihli Oğur/Türkiye kararı, prg.89. Karar, Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

⁴⁹⁹ Bu konuda bkz. Süheyla Aydın/Türkiye kararı, prg.124: “*Mahkeme, yetkililerin 4 Nisan 1994 tarihinde Necati Aydın'a refakat eden polis memurlarını teşhis etmediği ve Mahkeme'ye çağırmadığını gözlemlemiştir.*”, Mahkeme bu konuya Şükran Aydın/Türkiye kararında “*Soruşturmanın bu en önemli kısmı olan başlangıç aşamasında, hiçbir görevlinin ifadesi alınmamıştır*”, Mahkeme konuya 19 Eylül 2006 tarihli Sultan Karabulut/Türkiye kararında ise “*operasyona katılan jandarmaların ifadesi hiçbir zaman alınmamıştır*” sözleri ile dikkat çekmiştir. Karar Sinerji içtihat ve mevzuat programından alınmıştır. Bu konuda ayrıca bkz. 7 Haziran 2005 tarihli Dalan/Türkiye kararı, prg.31 ve 04 Mayıs 2001 tarihli Hugh Jordan/Birleşik Krallık kararı, prg.127

⁵⁰⁰ Koca, s.208 – 209; Yıldız, s.407. Ceza Muhakemesinde geçerli olan ispat kuralları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Roxin, Claus, “İspat Hukukunun Esasları”, Çeviren Yener Ünver, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl 4, Sayı 8, (ss., 265-289); Ünver, Yener, “Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız”, *CHD*, S.2, Aralık 2006, (ss.104-205).

⁵⁰¹ Tosun, s.767; Öztürk ve Erdem, s.413; Toroslu ve Feyzioğlu, 196, Koca, s.219.

tükürük, parmak izi, fren izi, kıl parçaları, mermi çekirdeği gibi her türlü iz ve eser, belirti delilidir⁵⁰². Günümüzde teknolojik gelişime paralel olarak özellikle adli tıp ve kriminalistik alanında sağlanan ilerlemeler maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında bilimsel nitelikteki delillerin diğer delillere nazaran daha etkili bir biçimde kullanılmasına imkân tanımaktadır. Bu nedenle ceza muhakemesinde belirti delillerinin önemi büyük ölçüde artırmıştır⁵⁰³.

Etkin soruşturma yükümlülüğünün normatif dayanağını oluşturan işkence ve yaşam hakkı ihlallerinin söz konusu olduğu vakalarda maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından belirti delilleri özellikle önem taşımaktadır. Zira bu tip davalarda maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi büyük ölçüde soruşturma ve yargılama makamlarının tıbbi incelemeler, balistik inceleme, olay yeri incelemesi ve keşif gibi belirtilerden delil elde etmeyi mümkün kılan araçları doğru bir biçimde kullanmalarına bağlıdır. Belirti delillerinin Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerine ilişkin ihlal iddialarının aydınlatılması açısından büyük öneme sahip olması nedeniyle Mahkeme etkin soruşturma yükümlülüğüne ilişkin içtihatlarında konuya sıklıkla değinmiştir.

3.3.4.1. Olay Yeri İncelemesi ve Keşfe İlişkin İhlal Sebepleri

3.3.4.1.1. Genel Olarak

Suçun işlendiği yerlerde, delillerin elde edilmesi için yapılacak teknik araştırma işlemine olay yeri incelemesi denir⁵⁰⁴. Olayın meydana geldiği yer, suçun nasıl ve ne şekilde gerçekleştiğine ilişkin en doğru ve en temel delillerin toplanabileceği yerdir⁵⁰⁵. Bu nedenle olay yerinde yapılacak inceleme sonucunda toplanacak belirti niteliğindeki deliller sorumluların tespit ve cezalandırılabilmesi açısından büyük önem taşımaktadır⁵⁰⁶.

Ceza muhakemesi hukukumuzda suç mahallinde yapılacak incelemeler; olay yeri incelemesi, yer gösterme ve keşiftir. CMK'nın 83, 84 ve 85. maddelerinde

⁵⁰² Toroslu ve Feyzioğlu, s.196; Centel ve Zafer, s.245.

⁵⁰³ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, s.613; Centel ve Zafer, s.246; Öztürk ve Erdem, s.418, Balo, s.45.

⁵⁰⁴ Veli Özer Özbek, "Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu", *YÜHFD*, Cilt III, S. 2, 2006, (ss. 357-406), s.406

⁵⁰⁵ Mustafa Kaygısız ve Hanifi Sever, *Cinayetlerin Şifresi*, Ankara 2007, s.146; A.Nezihi Kök, "Parmak İzlerinin Delil Olarak Kullanılması", *AÜEHFD*, Cilt IV, Sayı 1-2, 2007, s.4

⁵⁰⁶ Tevfik Gülsoy, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Türkiye İle İlgili Kararlarında Adli Tıp Konusundaki İctihatları", *AÜEHFD*, Cilt VI, Sayı 1-4, 2007, 133-146, s.140; Bıçak, s.413; Kaygısız ve Sever, s.155

düzenlenmiş olan keşif, “*Hakimin muhakeme konusu olay ile ilgili hususları, beş duyusu aracılığıyla, yani görerek, duyarak, tadarak, koklayarak ve nihayet dokunarak incelemesi*” olarak tanımlanmaktadır⁵⁰⁷. Ceza muhakemesi sürecinde başvurulmuş delil elde etme araçlarından biri olan keşif, olay yerinde inceleme yapmayı da kapsayan biçimde maddi olayı temsil eden her türlü nesne, olay ve olgudan delil niteliğindeki bilgilerin elde edilmesini ifade etmektedir⁵⁰⁸. Dolayısıyla olay mahallinin incelenmesi kadar örneğin bir trafik kazasına karışan aracın tamircide ya da olayda kullanılan silahın duruşma salonunda incelenmesi de keşif kapsamına girmektedir.

CMK’nın 85. maddesinde düzenlenen yer gösterme ise Cumhuriyet Savcısının soruşturma aşamasında şüpheliye olay mahallini göstererek olayın ne şekilde gerçekleştiği hakkında bilgi almasıdır. Yer gösterme işlemi keşif hükümlerine göre ancak Cumhuriyet Savcısı tarafından ve soruşturma aşamasında yapılabilmektedir⁵⁰⁹.

Olay yeri incelemesi ise hazırlık soruşturması sırasında Savcının adli kolluk görevlilerine olay mahallinde yaptırdığı incelemeye denir (PVSK ek m.6/7). Olay yeri incelemesi ile bilimsel ve teknik araştırma metotları da kullanılarak, suçun işlenme şekli, sebepleri ve failine ilişkin bilgi verecek delil ve bulguların aranması, bulunması ve muhafazası amacıyla çalışmalar yapılır⁵¹⁰. Olay yerinde yapılacak incelemenin kanuni dayanağını PVSK’nın ek 6/7. maddesi oluşturmaktadır. İncelemenin usul ve esasları ise Adli ve Önleme Aramaları yönetmeliğinin 9. ve İç İşleri Bakanlığının 17/02/1983 tarihli “Polisin Adli Görevlerinin Yerine Getirilmesinde Delillerin Toplanması, Muhafazası ve İlgili Yerlere Gönderilmesi Hakkında Yönetmelik” inin 2. bölümünün 4-12. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

3.3.4.1.2. AİHM’nin Konuya İlişkin Kararları

AİHM, olay yerinde bilimsel metotlarla yapılacak inceleme sonucunda elde edilecek delillerin maddi gerçeğe ulaşma açısından büyük öneme haiz olması nedeniyle etkin soruşturma yükümlülüğüne ilişkin verdiği kararlarda konuyu incelemektedir⁵¹¹. Konuya ilişkin davalarda soruşturma sırasında olayların vuku bulduğu yerlerde keşif ve

⁵⁰⁷ Öztürk ve Erdem, s.460

⁵⁰⁸ Tosun, s.781; Centel ve Zafer, s.281; Yurtcan, s.304; Bıçak, s.613

⁵⁰⁹ Ünver ve Hakeri, s.301; Soyaslan, s.260

⁵¹⁰ Bıçak, s.414; Centel ve Zafer, s.291

⁵¹¹ Gülsoy, s.140

olay yeri incelemesi yapılıp yapılmadığı, bu incelemeler yapılmışsa incelemelerin makul özen yükümlülüğüne uygun olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği denetlenmektedir. Söz konusu işlemlerin yerine getirilmesi sırasında meydana gelen ve makul özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil eden eksiklikler, etkin soruşturma yürütme yükümlülüğünün ihlali olarak kabul edilmektedir.

Mahkeme'nin bu konuda üzerinde durduğu ilk husus olay yeri incelemesinin bizzat savcı tarafından yapılıp yapılmadığıdır. Olay yeri incelemesinin bizzat Savcı tarafından yapılmasının önemi gözaltında işkence ve tecavüz iddiası çerçevesinde Sözleşme'nin 3. maddesine dayanılarak açılan Şükran Aydın/Türkiye kararında⁵¹² şu şekilde belirtilmiştir: “... Olayda Savcı, başvuruçunun ifadelerinin doğru olup olmadığının tespit edilmesi ve faillerinin kovuşturulup mahkum edilmeleri için yeterli bir araştırma yapmamıştır. Aydın ailesi, 29 Haziran 1993 tarihinde gözaltına alınırken kendilerini görmüş olabilecek köylülerin adlarını savcıya vermemiştir ancak, savcıdan kendi girişimi ile görgü tanıklarının tespit etmesi beklenirdi. Oysa savcının, olay hakkında bilgi toplamak ve olay yerinin başvuruçunun ve ailesinin anlattıklarına uygun olup olmadığını öğrenmek için Taşıt köyüne bile gitmediği anlaşılmaktadır. Dahası Savcı, Aydın ailesinin iddia edildiği gibi Derik Jandarma merkezinde gözaltında tutulup tutulmadıklarını belirlemek için hiçbir anlamlı girişimde bulunmamıştır. Soruşturmanın bu en önemli kısmı olan başlangıç aşamasında, hiçbir görevlinin ifadesi alınmamıştır. Savcı, araştırmanın bu aşamasında merkezdeki görevlilere yazı yazmakla yetinmiştir...⁵¹³”. Dolayısıyla 2. veya 3. maddelere ilişkin davalarda olay yeri incelemesinin bizzat savcı tarafından yapılmış olması etkin soruşturma yükümlülüğü açısından zorunludur⁵¹⁴.

Olay yeri incelemesi ve keşfin yapılmasına ilişkin olarak üzerinde durduğu ikinci husus, incelemenin suç haberinin alınmasının hemen akabinde, vakit geçirmeksizin yapılıp yapılmadığıdır. Zira incelemenin olayın hemen akabinde yapılmamış olması maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından hayati nitelikteki

⁵¹² 25 Eylül 1997 tarihli Şükran Aydın/Türkiye kararı, prg.106-109

⁵¹³ Karar için bkz. Doğru, s.176. Ayrıca Mahkeme 2. maddeye ilişkin Süheyla Aydın/Türkiye kararında:“Jandarmaların 9 Nisan 1994 tarihinde hazırladığı rapordan (bkz yukarıdaki 52. paragraf) ve Komisyon delegelerine bu jandarma subaylarınca verilen ifadeden (bkz. yukarıdaki 120-25. ve 126-29. paragraflar), cesedin bulunduğu yerde detaylı bir inceleme yapılmadığı görülmektedir.” ifadeleri ile aynı hususa dikkat çekmiştir. Karar Sinerji Mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

⁵¹⁴ Mahkemenin 19 Şubat 1998 tarihli A.Kaya/Türkiye davasındaki (prg:89) şu ifadeleri de bizi aynı sonuca götürmektedir:“Savcı, bağımsız araştırma yürüten bir görevli olarak, olay yerinde delil toplmalıdır”. Karar için bkz. Doğru, Cilt 4, s.1.

delillerin kaybolmasına neden olabilecektir. Bu durum ise yükümlülüğün soruşturma işlemlerinin makul özen ve hızla yapılması gerekliliklerinin ihlali anlamına gelecektir. Mahkeme de, olay yeri incelemesinin hadisenin meydana gelmesinin hemen akabinde yapılmamasının soruşturmadan sonuç alınabilmesini önemli ölçüde güçleştireceğini *Menteşe/Türkiye kararında*⁵¹⁵ şu şekilde ifade etmiştir: “*Mahkeme, suç mahallindeki ilk incelemenin 2001 yılında, olaydan neredeyse yedi yıl sonra yapıldığına dikkat çeker. Bu nedenle olay yerinden, olanların saptanmasında büyük faydası olabilecek maddi kanıtların toplanması mümkün olmamıştır.*”

Konuya ilişkin olarak üzerinde durulan üçüncü husus olay yerinde maddi gerçeği aydınlatmaya yarayacak delillerin toplanmasını mümkün kılacak, ayrıntılı bir inceleme yapılıp yapılmadığı; diğer bir ifadeyle olay yeri incelemesinin makul özen gerekliliğine uygun bir titizlikle gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğidir. Olay yeri incelemesi veya keşif sırasında suç mahallinde ayrıntılı bir inceleme yapılması gerekliliği Tanrıkulu/Türkiye davasında: “*Olay yeri tutanağında o çevrede yaşayıp da olayı görenlerin isimlerine yer verilmemiştir. Rapor, yaklaşık olarak saat 13:00’te, olayın gerçekleşmesinden yaklaşık olarak bir saat sonra hazırlanmıştır. Olay yeri ile ilgili daha fazla inceleme yapıldığına dair daha fazla kanıt olmaması sonucunda (örneğin fotoğraf olmaması dikkat çekicidir), olay yeri incelemesinin yüzeysel olmaktan çıkması şüpheli görünmektedir. Mahkeme de, komisyon gibi, polis memurlarından biri tarafından hazırlanan olay yeri krokisinin ayrıntılı olmadığına dikkat çekmiştir. Yapılan soruşturmanın, alınan tedbirlerle ilgili tamamı yetersiz ve kesinlik içermeyen bilgilerden oluştuğunu gözlemlemiştir.*” ifadeleri ile vurgulanmıştır. Dolayısıyla soruşturma sırasında yapılacak olay yeri incelemesinin vakayı aydınlatmaya elverecek şekilde yüzeysellikten uzak olarak yapılması makul özen gerekliliğinin bir unsurudur. Bu bağlamda Mahkeme, olay yeri incelemesi sırasında ayrıntılı bir inceleme yapılıp yapılmadığını denetlerken özellikle,

- Olay yeri, krokisinin çizilmesi, fotoğraflarının çekilmesi veya videoya alınması suretiyle kayıt altına alınıp alınmadığı,
- Başta balistik deliller olmak üzere olayı aydınlatmaya yarayacak delillerin toplanıp toplanmadığı

⁵¹⁵ 18 Ocak 2005 tarihli *Menteşe/Türkiye* kararı. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programı.

- Olayla ilgili olarak tanıklık yapabilecek kişilerin tespit edilip edilmediğini incelemektedir.

Dolayısıyla Mahkeme'nin olay yerinde yapılan incelemenin yeterli olup olmadığını denetlerken dikkat ettiği ilk husus, olay yerinin kayıt altına alınıp alınmadığıdır. Zira olay yerinin fotoğraflarının çekilmesi, krokisinin çıkarılması ve videoya alınması olay mahallinin muhakemenin sonraki aşamalarında da soruşturmanın başladığı andaki haliyle görülebilmesine imkan sağlar⁵¹⁶. Bu ise muhakeme süreci sırasında olayın gerçekleşme şeklinin kurgulanabilmesi ve olayın meydana gelmesine yönelik tanık anlatımlarının denetlenebilmesine de imkan verecektir. Dolayısıyla olay yerinin kayıt altına alınması soruşturmanın sağlıklı bir biçimde yürütülebilmesi ve soruşturmanın temyiz mercilerince denetime elverişliliğini sağlamak için elzem niteliktedir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle olay yerinin fotoğraflarının veya videosunun çekilerek kayıt altına alınması, kararlarda sıklıkla üzerinde durulan bir husus olmuştur. Örneğin Mahkeme Tanrıkulu/Türkiye kararında “... *dosyada olay yerine ilişkin fotoğraf olmaması dikkat çekicidir... Mahkeme de, komisyon gibi, polis memurlarından biri tarafından hazırlanan olay yeri krokisinin ayrıntılı olmadığına dikkati çekmiştir.*” ifadeleri ile olay yerine ilişkin ayrıntılı kroki ve fotoğraflar bulunmamasının soruşturmanın etkinliğine zarar veren bir husus olduğuna dikkat çekmiştir⁵¹⁷.

Mahkeme'nin olay yeri incelemesi sırasında soruşturma makamlarının yerine getirmesini beklediği bir diğer husus balistik ve kriminalistik incelemeye konu olabilecek silah, parmak izi, mermi ve patlayıcı parçalarının toplanmasıdır. Mahkeme olay yeri incelemesi sırasında bu nitelikteki delillerin toplanmasının gerekliliğini A.Kaya/Türkiye davasında⁵¹⁸ şu şekilde belirtmiştir: “*Cumhuriyet Savcısı, olayın gerçekleştiği yerde yeterli bir araştırma yapmamıştır. Silahın üzerinde parmak izlerinin saptanması için herhangi bir araştırma yapılmadığı gibi, kurşunlar da daha sonra yapılacak analizler için alınmamıştır.*”

⁵¹⁶ Polat, *Kriminoloji ve Kriminalistik Üzerine Notlar*, Seçkin Yay., Ankara 2004, s.251

⁵¹⁷ 06 Ekim 2005 tarihli Tanrıkulu/Türkiye kararı, prg.104. Bu konuda ayrıca bkz. 31 Mart 2005 tarihli Adalı/Türkiye kararı, prg.227.

⁵¹⁸ 19 Şubat 1998 tarihli A.Kaya/Türkiye kararı, prg. 80, 89. Karar için bkz. Doğru, Cilt 4, s.1. Bu konuda ayrıca bkz. 31 Mart 2005 tarihli Adalı/Türkiye kararı, prg.227: “Bu bağlamda, AİHM, soruşturmayı yürüten yetkililerin, bu trajik olayın aydınlatılabilecek olan bir ipucu bulmak bağlamında terasta ya da başvuranın evinde parmak izi almadığına dikkat çeker”. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

Mahkeme'nin olay yeri incelemesi sırasında soruşturma makamlarından yerine getirmesini beklediği son husus ise soruşturma makamlarının görgü tanıklarının kimliklerini tespit etmesi ve ifadelerini almasıdır. Mahkeme bu gerekliliği de Tanrıkulu/Türkiye kararında “*olay yeri tutanağında o çevrede yaşayıp da olayı görenlerin isimlerine yer verilmemiştir.*” ifadeleriyle belirtmiştir⁵¹⁹.

Yukarıda Mahkeme'nin kararlarına dayanılarak ele alınan hususlar ve Minnesota Protokolünün⁵²⁰ konuya ilişkin hükümleri doğrultusunda soruşturmanın etkinliğinin sağlanabilmesi için olay yeri incelemesi veya keşif sırasında yerine getirilmesi gereken hususların aşağıdaki gibi sıralanabileceği kanaatindeyiz:

- Delillerin karartılmasının önlenmesi için olay mahalli hemen koruma altına alınmalı ve olay yeri incelemesine vakit kaybetmeksizin başlanmalıdır.
- Soruşturmanın yürütülmesinden sorumlu makam olarak Cumhuriyet Savcısı olay mahalline gitmeli ve olay yeri incelemesine nezaret etmelidir.
- Olay yeri incelemesinde sırasında gerekli titizlik ve özen gösterilerek olay mahallinin ayrıntılı bir incelemesi yapılmalı, olayın aydınlatılması açısından yarar sağlayacak delillerin toplanmalıdır.

⁵¹⁹ 06 Ekim 2005 tarihli Tanrıkulu/Türkiye kararı, prg.104; Yine Mahkeme 19 Şubat 1998 tarihli A.Kaya/Türkiye kararında (prg.80): “*Cumhuriyet savcısı tarafından, ne olay yerinde, ne de daha sonra askerlerden herhangi birinin ifadesine başvurulmamıştır.*” ifadeleri ile bu hususa değinmiştir. Karar için bkz. Doğru, Cilt 4, s.1

⁵²⁰ Minnesota protokolünün konuyla ilgili hükümleri şu şekildedir:

- a. *Ölünün bulunduğu alanın çevresi kapatılmalı, sadece araştırmacı ve onlara bağlı elemanların girmesine izin verilmeli.*
- b. *Siyah-beyazlarla karşılaştırmak, ölümün doğası ve koşulları hakkında daha fazla detayı açığa çıkarabilmek için kurbanın renkli fotoğrafı çekilmeli.*
- c. *Olay yerinin (içi-dışı) ve her türlü fiziksel kanıtın fotoğrafı çekilmeli.*
- d. *Vücut pozisyonu ve durumu ile ilgili kayıt tutulmalı.*
- e. *Aşağıdaki faktörler, ölüm zamanını tahmin etmede yardımcıdır:*
 - *Vücut sıcaklığı (sıcak, serin, soğuk).*
 - *Ölü lekelerinin lokalizasyonu ve derecesi.*
 - *Ölü katılığı.*
 - *Çürüme derecesi.*
- f. *Olay yeri kan lekeleri açısından incelenmeli. Her türlü kan, saç, lif, iplik alınmalı ve saklanmalı. Eğer kurban seksüel saldırıya maruz kaldıysa, bu özellikle belirtilmeli.*
- g. *Olay yerinde bulunan taşıtlar kaydedilmeli.*
- h. *Her türlü, tekerlek, ayak izi, kanıt olabilecek diğer izlerin kalıbı alınarak saklanmalı.*
- i. *Tabanca, mermi, kovanlar, mermi çekirdekleri gibi silahlara ait kanıtlar alınmalı ve saklanmalı. Uygulanabiliyorsa, silah atış artıkları, eser metal aranması yapılmalı.*
- j. *Her türlü parmak izi lokalize edilmeli, açığa çıkarılıp, kaldırılıp saklanmalı.*
- k. *Olay yerinin ölçekli olarak çizilecek taslağı, suçla ilgili tüm detayları (silahların lokalizasyonu, mobilya, taşıtlar, çevre arazi, eşyaların pozisyon, ağırlık ve büyüklük ve birbirleriyle ilişkilerini) verir.*
- l. *Olay yerindeki tüm kişilerin kimlik bilgileri kayıt edilmeli (isim, adres, telefon).*
- m. *Olay yeri tanıklarından özellikle kurbanı son kez hayatta gören kişiden, ne zaman, nerede, hangi durumda gördüğüne ilişkin bilgi edinilmeli.*
- n. *Ölümlle ilişkili her türlü kağıt, kayıt ve doküman, kanıt olmak üzere veya el yazısı analizi için saklanmalı.*

- Bu bağlamda olay yerinde bulunan balistik delillerin, parmak izlerinin toplanmasında titizlik gösterilmelidir.
- Olay yerinin ayrıntılı krokisi çizilmeli, olay mahalli fotoğraf ve video çekimi ile kayıt altına alınmalıdır.
- Eğer yaşama hakkına yönelik bir ihlal söz konusuysa ölünün bedenine ve bulunduğu pozisyona ilişkin bilgiler kayıt altına alınmalıdır.
- Olay yerinin incelenmesi sırasında olaya ilişkin bilgisi olabilecek görgü tanıklarının kimlikleri tespit edilmelidir.

3.3.4.2. Balistik Delillere İlişkin İhlal Sebepleri

Balistik, uzaya fırlatılan cisimlerin, özellikle ateşli silahlara ait mermilerin gerek bir silahın içindeki gerekse dışındaki devinimlerini ve hedef üzerindeki etkisini inceleyen; bir başka deyişle, mermilerin itme kuvveti, uçuşu ve çarpma etkisini inceleyen bilimdir⁵²¹. Balistik de kendi içinde üçe ayrılmaktadır. Bir ateşli silahın kullanımı sırasında merminin ya da fişegin, silahın yatağına sürülmesinden başlayarak, silahın mekanik yapısını, çalışmasını, patlamanın oluşumunu ve mermi çekirdeğinin silahı terk etmesine kadar olan hareketlerinin incelenmesine iç balistik, mermi ya da fişegin namluyu terk etmesinden hedefe varmasına kadar yaptığı hareketlerinin incelenmesi dış balistik denir. Mermi veya fişegin hedef üzerinde meydana getirdiği etkilerin incelenmesi ise etki veya terminal-sonuç balistiği olarak adlandırılmaktadır⁵²².

Ceza soruşturmalarında bilimsel delil elde etme ve değerlendirme metotlarının yoğun bir biçimde kullanılmaya başlandığı günümüzde yaşama hakkına yönelik ihlallerin ateşli silahlarla gerçekleştirildiği durumlarda balistik inceleme yapılması büyük önem taşımaktadır. Zira bu ihlallerin ne tür bir silahla, hangi mesafeden ve hangi yönden ateş edilerek gerçekleştirildiği, açılan ateşin mağdur üzerinde ne tür etkiler bıraktığı gibi bilgiler ancak sağlıklı bir balistik inceleme sonucunda ortaya çıkarılabilmektedir. Dolayısıyla ateşli silahlarla gerçekleştirilen yaşama hakkı

⁵²¹ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yay., Ankara 2005, s.130; Cemal Öztürk, "İz İncelemede Adli Tıp Fizik İhtisas Dairesinin Yetki Sorunu" *CHD*, Sayı 3, Nisan 2007, s.162

⁵²² A.Yılmaz, "Ateşli Silahlarla oluşan yaralanmalar", *TBB Dergisi*, Sayı 50, s.168; Öztürk, s.162

ihlallerinde ölüm sebebi ve failin tespit edilebilmesi gibi konuların aydınlatılabilmesi açısından balistik inceleme neticesinde elde edilecek deliller olmazsa olmaz niteliktedir.

İç hukukumuzda yürütülen bir ceza soruşturması sırasında balistik delillerin toplanmasının normatif dayanağını Polisin Adli Görevlerinin Yerine Getirilmesinde Delillerin Toplanması, Muhafazası ve İlgili Yerlere Gönderilmesi Hakkında Yönetmeliğin “olay yerinin incelenmesi” başlıklı 6. maddesi oluşturmaktadır: “*Suç sanıklarına ait ve suçu işlemeye elverişli vasıtalar. (Ateşli veya ateşsiz silahlar, mermi çekirdeği, kovan, maymuncuk, kalıp... gibi) ve suç sanıklarının veya mağdurun ve ilgililerin mekan itibarıyla bıraktıkları izler, (parmak, izi, ayak izi, diş izi, beden izi, boğuşma izleri... gibi)*”. Söz konusu madde ile olay incelemesi sırasında kolluk güçlerinin diğer delillerle birlikte balistik delilleri de muhafaza altına alması hükme bağlanmıştır.

AIHM, yaşama hakkına yönelik kararlarında yürütülen soruşturma sırasında balistik delillerin muhafaza altına alınarak teknik açıdan incelemesinin soruşturmanın etkinliğinin sağlanabilmesi için gerekli olduğu kanaatindedir. Mahkeme bu kanaatini Güli Zengin/Türkiye kararında şu şekilde belirtmiştir: “*Mahkeme, yerel makamların balistik bir inceleme yapılması yönünde bir girişimde bulunmadığını, özellikle ölüme neden olan mermi çekirdeklerinin tespiti amacıyla etkin bir soruşturma yürütülmediğini hatırlatır*⁵²³”. Dolayısıyla balistik delillerin toplanması ve ayrıntılı teknik incelemelerinin yaptırılması soruşturmanın etkinliğinin sağlanması açısından vazgeçilmez nitelikte olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Balistik delillerin incelenmesine ilişkin olarak temelde iki husus üzerinde durulmaktadır: Soruşturmada balistik delillerin toplanıp toplanmadığı eğer deliller toplanmışsa ayrıntılı bir teknik incelemeye tabi tutulup tutulmadığıdır. Buna göre Mahkeme yürütülen bir soruşturmada var olmaları halinde, mermi çekirdekleri, boş kovanlar, barut izleri ile el swapları, silah ve parmak izleri gibi balistik ve kriminalistik delillerin soruşturmadan sonuç alınabilmesi için muhafaza altına alınması gerektiğini belirtmektedir: “*Cumhuriyet Savcısı olayın gerçekleştiği yerde yeterli bir araştırma yapmamıştır. Silahın üzerinde parmak izlerinin saptanması için herhangi bir araştırma yapılmadığı gibi, kurşunlar da daha sonra yapılacak analizler için alınmamıştır...*

⁵²³ 28 Ekim 2004 tarihli G.Zengin/Türkiye kararı. Karar, Sinerji mevzuat ve içtihat bankasından alınmıştır.

Bölgede iddia edildiği gibi yoğun bir çatışma yaşandığının göstergesi olabilecek boş kovanların bulunması için herhangi bir çaba gösterilmemiştir... Savcının, askerlerin söylediği her şeyi aynen kabul etmek konusunda ki tavrı, ölenin ellerinde ve giysilerinde barut bulunması için ve silahın üzerinde parmak izi bulunması için herhangi bir çaba göstermemiş olmasının nedeni de ortaya koymaktadır”⁵²⁴.

Bu konuda üzerinde durulan diğer husus ise, balistik inceleme için toplanmış delillerin olayda kullanılan silahın türü, atış mesafesi ve yönü, ateş etme zamanı, silahın kim tarafından ateşlendiği gibi hususların tespit amacıyla ayrıntılı bir teknik incelemeye tabi tutulup tutulmadığıdır. Yürütülen soruşturmada olayın aydınlatılmasına yardımcı olacak ayrıntılı bir teknik inceleme yapılmamasının sakıncasına değinilen Oğur/Türkiye kararında⁵²⁵ bu duruma şu ifadelerle dikkat çekilmiştir: “Aynı rapor sadece sekiz boş kovan, av tüfekleri ve bir miktar barut bulunduğunu belirtmekle beraber, bu delillerden hiçbirini ayrıntılı bir incelemeye tabi tutulmamıştır. Raporda, boş kovanlarla ilgili olarak, kovanların iki-üç günlük oldukları, barutla ilgili olarak ise yeni olup olmadığını anlamının imkansız olduğundan başka bir ayrıntıya değinilmemiştir. (bkz. yukarıdaki 20. prg.). Yine burada da uygun bir incelemenin, özellikle de balistik bir incelemenin yapılmış olması, bunların tam olarak ne zaman kullanıldıklarını ortaya çıkarabilirdi”. Yine Mahkeme Acar/Türkiye davasında⁵²⁶ kurbanların vücutlarından çıkarılan mermilerin balistik incelemesinin söz konusu davada maddi gerçeğin tespiti açısından

⁵²⁴ 19 Şubat 1998 tarihli A.Kaya/Türkiye kararı, prg.89. Karar için bkz. Doğru, Cilt 4, s.1. Yine 19 Eylül 2006 tarihli Sultan Karabulut/Türkiye kararında soruşturmada balistik incelemenin yapılmamış olmasının yetkili makamların muhtemel sonuçlara ulaşma isteğine sahip olmadığını göstergesi olduğu belirtilmiştir: “AİHM, davada birçok araştırma işleminin ele alındığını tespit etmektedir. Soruşturma re’sen ve çabucak başlamış ve yetkili makamlar soruşturmada aktif bir şekilde görev almışlardır. Önce jandarmalar daha sonra Savcı tarafından olaylara ilişkin tutanaklar ve krokiler düzenlenmiştir, fotoğraflar çekilmiş, silah ve el bombası gibi ölüme ilişkin eşyalar ele geçirilmiştir... Savcı da, mağdura isabet eden mermilerin yakın mesafeden ateşlenip ateşlenmediğini belirlemek için, ölen kişinin elleri üzerinde barut incelemesi veya el bombası üzerinde parmak izi araması ya da ölen kişinin giysileri üzerindeki deliklerin etrafında barut araması yapmaya çalışmamıştır. AİHM, bu verilerin ulusal makamların farklı bir sonuca ulaşmasına olanak tanıyıp tanımayacağını anlamak için soyutluk içinde düşünmeyecektir. Bu durumda, bu boşluklar AİHM için öngörülebilir muhtemel sonuçlar arama isteğinin olmadığını göstermektedir. Zaten, bu veriler, Savcının bu şekil bir hukuki işlem yapma zorunluluğu olduğu bir kenara bırakılırsa –suçlama ya da men-i muhakeme- başvuranın insiyatifini beklemeden, Savcının men-i muhakeme kararını daha inandırıcı hale getirmesine yarayacaktı”. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

⁵²⁵ 20 Mayıs 1999 tarihli Oğur/Türkiye kararı, prg.89. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır. Mahkeme 15 Mayıs 2007 tarihli Ramsahai ve diğerleri/Hollanda kararında da (prg. 329), iki polis memurunun elinde barut kalıntısı bulunup bulunmadığının kontrol edilmemesi, silah veya mühimmatların incelenmemesi ve merminin mağdurun vücudunda yol açtığı tahribatın görsel olarak tespit edilmemesini soruşturmanın etkinliğini sarsan hususlar olarak kaydetmiştir. Karar için bkz. Cengiz, Demirağ, Ergül, Mc Bride ve Tezcan, s.12.

⁵²⁶ 24 Mayıs 2005 tarihli Acar ve diğerleri/Türkiye kararı, prg. 91. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır. Yine 19 Şubat 1998 tarihli A.Kaya/Türkiye davasındaki⁵²⁶ “Cumhuriyet Savcısı’nın balistik incelemenin sonucunu beklemeden yetkisizlik kararı vermesi de dikkate değerdir.” ifadeleri ile de balistik incelemenin sonuçlarının soruşturmada sonuç çıkartma aşamasında dikkate alınmaması eleştirilmiştir.

büyük önem taşıdığını belirttikten sonra, vücuttan çıkarılan mermilerin uygun koşullarda muhafaza edilmediği için oksitlenmiş olması ile öldürülenlerden birinin vücudundan çıkarılan merminin balistik incelemesinin yapılmamış olmasının soruşturmanın sonuçlandırılması açısından önemli bir eksiklik yarattığını belirtilmiştir.

3.3.4.3. Tıbbi Delillere İlişkin İhlal Sebepleri

Çalışmanın önceki bölümlerinde ayrıntılı olarak açıklandığı üzere etkin soruşturma yükümlülüğünün maddi dayanağını yaşama hakkı ve işkence yasağı gibi içerisinde fiziksel şiddet barındıran ihlaller oluşturmaktadır. Bu nitelikteki ihlal iddiaları hakkında yürütülecek bir soruşturmadan sonuç alınabilmesi ise ancak uzman hekimlerce yapılacak tıbbi incelemeler neticesinde elde edilecek tıbbi deliller sayesinde mümkün olabilecektir⁵²⁷. Mahkeme de Aydın/Türkiye kararında tıbbi delillerin yaşama hakkı ve işkence yasağına yönelik ihlal iddialarının soruşturulması açısından taşıdığı önemi şu şekilde ifade etmiştir: *“etkili soruşturma yapma yükümlülüğü, uygun olduğu hallerde, muhtemel kötü muamele ve yaralama izlerinin tam ve doğru olarak elde edilmesini ve ölüm sebebi dahil olmak üzere klinik bulguların objektif analizini kapsar⁵²⁸”*. Karardan da anlaşıldığı üzere soruşturulan olayın uygun düştüğü durumlarda delil toplamaya yönelik tıbbi incelemelerin yapılması soruşturmanın etkinliğinin sağlanabilmesi için zaruridir.

Bu durum anılan delillerin AIHM'nin etkin soruşturma yükümlülüğüne ilişkin kararlarında sıklıkla yer almasına sebep olmuştur. Bu nedenle çalışmanın bu bölümünde Mahkemenin etkin soruşturma yükümlülüğü bağlamında sağlık raporları ile ölü muayenesi ve otopsi gibi delil elde etmek amacıyla yapılan tıbbi incelemelere ilişkin verdiği kararlar ele alınacaktır.

⁵²⁷ Tıbbi delil kavramı ile tıp biliminin yöntemleri kullanılmak sureti ile elde edilen deliller kastedilmektedir. Bu konuda bkz. Özbek, Tıbbi Deliller, s.359; Ahmet Taşkın, “Ceza Muhakemesinde Bilirkişiye Başvurma Zorunluluğu”, *CHD*, Sayı 3, Nisan 2007, s.139; Bu nitelikteki tıbbi incelemelerin keşif niteliğinde olduğuna ilişkin olarak bkz. Öztürk ve Erdem, s.350.

⁵²⁸ 24 Mayıs 2005 tarihli Süheyla Aydın/Türkiye kararı, prg.172. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır. Aynı yönde bkz. 27 Haziran 2000 tarihli Salman/Türkiye kararı, prg.105. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

3.3.4.3.1. Sağlık Raporları

3.3.4.3.1.1. Genel Olarak

Ülkemizde gayrı insani muamele ve işkence olayları genellikle kişilerin tutukluluk veya hükümlülük nedeniyle cezaevinde ya da yakalama ve gözaltı işlemleri nedeniyle kolluk gözetiminde buldukları zamanlarda gerçekleşmektedir⁵²⁹. Bu nedenle kişiyi hürriyetinden yoksun kılan ve kamu otoritesi altına sokan koruma tedbirleri niteliğinde olan tutuklama, yakalama veya gözaltı koruma tedbirlerinin uygulanması süreçlerinde gerçekleşen işkence olaylarının önlenmesi ve aydınlatılması açısından en fazla önem taşıyan husus kişilerin ilgili prosedür ve tıbbi standartlara uygun bir şekilde sağlık kontrollerinin yapılmasıdır.

Bu gerçekten hareketle yakalama ve gözaltına alma işlemleri sırasında yapılacak sağlık kontrollerinde uyulması gereken prosedür Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinde düzenlenmiştir. Anılan yönetmeliğin sağlık kontrolü başlıklı 9. maddesine⁵³⁰ göre; yakalanan kişi, zor kullanılarak yakalandığı, gözaltına alınacağı, gözaltına alındıktan sonra başka bir yere nakledileceği, gözaltı süresinin uzatılacağı, adli mercilere sevk edileceği ya da serbest bırakılacağı zaman sağlık durumunun tespiti için hekim kontrolünden geçirilir (YGAİY 9/1,2). Yine anılan yönetmeliğe göre gözaltındayken sağlık durumu bozulan bir kişi derhal tedavi ettirilir ve kişi isterse kendi hekimi de tedaviye nezaret edebilir (YGAİY 9/3). Yönetmeliğin anılan hükümleri ile yakalanan kişilerin, işkence vakıalarının en yoğun görüldüğü yakalama gözaltı dönemlerinin her aşamasında, sağlık kontrolünden geçirilmesinin öngörülmesi ile işkence olayları ile etkin bir biçimde mücadele edilmesi amaçlanmıştır.

Söz konusu yönetmelikte ayrıca, personel yetersizliği halleri dışında gözaltına alınan kişinin soruşturma işlemlerini yürüten kişilerle tıbbi muayeneye götüren kolluk görevlilerinin farklı kişiler olması gerektiği ve istisnai durumlar dışında tıbbi muayenelerin kolluk güçlerinin yokluğunda hekim ile muayene edilen kişi yalnızken yapılacağı da hükme bağlanmıştır (YGAİY 9/4, 6).

Sağlık raporlarının hazırlanmasında uyulacak tıbbi prosedür ve muayene sonrasında hazırlanacak raporun ihtiva edeceği hususları ise hukukumuzda

⁵²⁹ Gülsoy, s.143

⁵³⁰ YGAİY 9. maddesi ve yönetmeliğin tüm metni için bkz. <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/23165.html>

düzenlenmemiştir. Bu nedenle anılan hususlarda İstanbul Protokolü ile belirlenen esaslara uyulması doğru olacaktır⁵³¹.

3.3.4.3.1.2. AİHM'nin Konuya İlişkin Kararları

AİHM'nin tıbbi muayene ve sağlık raporlarının hazırlanması konusunda etkin soruşturma yükümlülüğüne aykırılık teşkil ettiğini belirttiği hususlar büyük bir çeşitlilik göstermektedir. Bu konuya ilişkin olarak üzerinde durduğu ilk husus, doğrudan sağlık raporlarından ziyade işkence iddialarına yönelik ispat yükümlülüğüne ilişkindir. Buna göre sağlıklı bir şekilde gözaltına alınan ancak serbest bırakıldığında sağlığının bozulduğu sağlık raporları ile tespit edilen bir kimsenin sağlık durumu hakkında devletin mağdurun iddialarının doğruluğu hakkında şüphe uyandıracak, makul bir açıklama getirmek zorunluluğu bulunmaktadır⁵³².

Mahkeme bu yükümlülüğün hukuki dayanağı olarak gözaltında bulundurulmuş kişiye ait bilgilerin münhasıran devletin elinde olması ve ortada işkence ile kötü muameleyle ilişkin maddi karineler bulunması olarak göstermiştir. Mahkeme konuyu ele aldığı Yaman/Türkiye⁵³³ kararında bu hususu şu ifadelerle belirtmiştir: “*AİHM, bir bireyin sağlıklı halde gözaltına alındığı fakat serbest bırakıldığında sağlığının bozulmuş olduğu durumlarda, Devletin, bu duruma ilişkin makul bir açıklama getirmek ve durum özellikle sağlık raporu ile belgeleniyorsa, mağdurun iddialarının doğruluğuna ilişkin şüphe oluşturacak kanıt sunmakla yükümlüdür. Bunun sağlanamaması ise 3. maddenin ihlalinin gündeme getirilmesine sebebiyet verir. ... Dava olaylarının tamamının ya da bir kısmının, gözaltında bulundurulmuş şahıslara ilişkin bilgiler de dahil olmak üzere, yetkili makamların münhasır bilgileri dahilinde olduğu durumlarda, gözaltı sürecinde meydana gelen mağduriyete ilişkin maddi karineler söz konusu olacaktır. Bu hususta yetkili makamların yeterli ve inandırıcı açıklama yapma yükümlülüğü taşıdığı söylenebilir*”. Dolayısıyla belirtilen durumda bulunan kişilerin

⁵³¹ Konunun tıbbi boyutu çalışmamızın kapsamı dışında bulunduğundan sağlık raporlarında bulunması gereken tıbbi hususlar çalışmamın metnine dahil edilmemiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kaya, s.107 vd. Ayrıca konunun protokoldeki düzenlemesi için bkz. http://www.ttb.org.tr/eweb/istanbul_prot/ist_protokolu.html

⁵³² Gözübüyük ve Gölcüklü, s.152; Önok, s.180.

⁵³³ 02 Kasım 2004 tarihli Abdulsamet Yaman/Türkiye kararı, prg. 43 ve 44. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

sağlık durumlarının raporlar ile kayıt altına alınması devletin ispat yükümünden kurtulması açısından büyük önem taşımaktadır.

Mahkeme'nin konuya ilişkin olarak üzerinde durduğu diğer bir husus, işkenceye uğradığını iddia eden başvurucuya muayene sırasında doktor seçme hakkı tanınıp tanınmadığıdır. Özellikle resmi tabip dışında bağımsız bir doktora muayene olma isteği söz konusu ise bu isteğin yerine getirilip getirilmediğidir. Mahkeme bu durumu Yaman/Türkiye kararında şu şekilde ifade etmiştir⁵³⁴: *“Bu davada, AİHM, başvuranın alıkonulma süresinin başlangıcında sağlık muayenesinden geçirilmediğine ve polis gözaltında bulunduğu sürede kendi iradesi ile bir avukat veya doktor seçemediğine işaret etmiştir.*

Zira Mahkeme'ye göre kişinin istediğinde doktor seçememesinin devletin sağlıklı bir şekilde gözaltına alınan ancak serbest bırakıldığında vücudunda çeşitli yaralar bulunan kişilere ilişkin makul açıklamada bulunma yükümlülüğüne ilişkin doğrudan sonuçları olacaktır. Bu durum anılan kararın devamında şu şekilde açıklanmıştır: *“Gözaltından alınıp nakledilmesinin akabinde, başvuran, iki sağlık muayenesinden geçirilmiş, sağlık raporu alınmış, ayrıca bir tıbbi not cezaevi hasta muayene defterine işlenmiştir. Gerek rapor, gerekse tıbbi not, başvuranın vücudundaki yara, bere ve eziklere işaret etmiştir (bkz 13. ve 14. paragraflar). 1997, 2000 ve 2001 yıllarında bağımsız tıbbi uzmanlar tarafından hazırlanan tıbbi raporlardaki söz konusu bulgular (bkz 19., 20, 22, ve 23. paragraflar) başvuranın kötü muamele iddiaları ile uyumludur. Bu bağlamda, AİHM, Hükümet'in başvuranın vücudunda tespit edilen izler ve hasar karşısında makul bir açıklama getirmediğini gözlemler. Bir bütün olarak ele alındığında, davanın olayları ve Hükümet'in makul bir açıklama sunamaması göz önünde bulundurulduğunda, sağlık raporunda ve cezaevi hasta defterine işlenen nottaki söz konusu yaraların Hükümet'in sorumlu olduğu kötü muamelenin bir sonucu olduğu kanısını taşımaktadır”.*

Dolayısıyla şüphelilerin gözaltı sürecinin başlangıç ve bitiminde derhal sağlık kontrolünden geçirilmeleri ayrıca talep etmişlerse resmi tabip dışında bir doktora

⁵³⁴ 02 Kasım 2004 tarihli Abdulsamet Yaman/Türkiye kararı, prg.45

muayene olma isteklerinin yerine getirilmesi işkence vakalarının aydınlatılabilmesi için büyük önem taşımaktadır⁵³⁵.

Tıbbi muayene ve hazırlanan sağlık raporlarına ilişkin olarak üzerinde durulan üçüncü husus muayeneyi yapan doktorlarla ilgilidir. Buna göre muayeneyi gerçekleştiren doktorlar söz konusu alanın uzman olmalı ve kamu görevlisi sıfatına sahip olsalar bile hem idari açıdan hem de pratikte soruşturma ve kovuşturmayı yürüten makam ve kişilerden bağımsız olmalıdır. Zira muayenenin savcılık makamının etkisi altında kalmadan tıp biliminin kabul ettiği ilkelere uygun şekilde gerçekleştirmiş olması gerekmektedir. Bu durumun etkin soruşturma yükümlülüğü açısından taşıdığı öneme Şükran Aydın/Türkiye kararında şu ifadeler ile işaret edilmiştir⁵³⁶: “*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 talimatları ile kısıtlanmamış doktorlar tarafından muayene yapılmasını gerektirir. Savcı tarafından yapılması istenen tıbbi muayenenin bu gereği yerine getirdiği sonucuna varılamaz*”⁵³⁷. Dolayısıyla ceza muhakemesi açısından bilirkişi sıfatını taşıyan tıp uzmanlarının bağımsız ve tarafsız bir biçimde çalışmalarına imkan tanıyacak hukuki ve fiili ortamın sağlanması etkin soruşturmanın gerçekleştirilebilmesi açısından gereklidir.

Etkin soruşturma yükümlülüğüne uygunluk açısından muayene ve sağlık raporlarında varlığı aranan dördüncü husus, muayene sonucunda hazırlanan sağlık raporunun yeterliliğine ilişkindir. Buna göre muayene sonucunda hazırlanan sağlık raporları olayı aydınlatmaya elverişli olmalı, yani muayene sonucunda elde edilen bulgular ayrıntılı bir biçimde rapora aktarılmış olmalıdır. Zira bu raporlar ceza muhakemesi açısından bilirkişi raporu niteliğindedir⁵³⁸ ve bu tip olaylarda maddi gerçeğin tespiti açısından hayati öneme haizdir. Mahkeme bu hususu Batı/Türkiye

⁵³⁵ Mahkeme'nin sağlıklı bir şekilde gözaltına alındıktan sonra salıverildiğinde vücudunda çeşitli izlere rastlanan kişiler konusunda devletin makul bir açıklama yapma yükümlülüğü altında bulunduğu yönündeki kararları ve konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için çalışmanın 24. sayfasına bakınız.

⁵³⁶ 25 Eylül 1997 tarihli Şükran Aydın/Türkiye kararı. Karar için bkz. Doğru, İşkence, s.177

⁵³⁷ Nitekim Mahkeme muayeneyi gerçekleştiren doktorların soruşturmayı yürütenlerden bağımsızlığının önemini 03 Haziran 2004 tarihli Batı/Türkiye kararında “*Devlet memurları tarafından yürütülen soruşturmanın somut olması için soruşturmadan sorumlu ve tetkikleri yapan kişiler olaya karışan kişilerden bağımsız olmalıdır. Bu durum her türlü hiyerarşik ve kurumsal ilişkinin olmamasının yanı sıra uygulamada da tam bir bağımsızlık gerektirmektedir*” ifadeleri ile yeniden vurgulamıştır. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat bankasından alınmıştır.

⁵³⁸ Toroslu ve Feyzioğlu, s.198; Ünver ve Hakeri, s.265

kararında⁵³⁹ şu şekilde ifade etmiştir: “*Adli tıp delillerinin toplanması, ayrıca uygun olduğu takdirde yaraların tam ve doğru bir şekilde kaydedilmesini sağlamak amacıyla ilave tıbbi belgelerin alınması ve tıbbi bulguların özellikle de yaraların sebebine ilişkin objektif bir analizin yaptırılması yer almaktadır. Soruşturmada, yaranın sebebini veya sorumlu kişiyi ortaya çıkarma yeteneğini sakatlayan bir kusur, bu standartla çelişme riski yaratacaktır*”

AİHM kararlarında, yukarıda değinilen temel hususlar yanında bazı ikincil durumları da tıbbi delillerin elde edilmesine yönelik soruşturma kusuru olarak nitelemiştir. Bu bağlamda Mahkeme bir kararında⁵⁴⁰ başvuruçuyu muayene eden hekimin soruşturma sırasında dinlenilmemiş olmasını, bir başka kararında ise⁵⁴¹ muayeneyi yapan doktorların ihlal iddiasında bulunanların uzman servislere nakledilmeleri yönündeki taleplerinin soruşturmayı yürüten makamlarca dikkate alınmamış olmasını soruşturmada maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına engel olacak soruşturma eksiklikleri olarak nitelemiştir.

Bu nedenle Mahkeme'nin tıbbi delillerin elde edilmesi ve sağlık raporlarının hazırlanması sürecinde meydana gelen ve etkin soruşturma yükümlülüğüne zarar verdiğini kabul ettiği hususların tahdidi nitelikte olmadığı söylemek doğru olacaktır. Ancak konuya ilişkin kararlar ve İstanbul Protokolünün ilgili hükümleri⁵⁴² doğrultusunda, etkin soruşturma yükümlülüğü açısından tıbbi muayene ve sağlık raporlarında uyulması gereken temel hususlar şu şekilde sıralanabilir:

- İşkence ve kötü muamele soruşturmaları sırasında tıp uzmanları tarafından gerçekleştirilen işlemlerde etik standartlara uygun davranılmadır.
- Tıbbi araştırma ve muayeneye başlanmadan önce ilgilinin aydınlatılmış onamı alınmalıdır. Onam alındıktan sonra gerçekleştirilen tıbbi muayene konuya ilişkin olarak tıp biliminin kabul ettiği asgari standartlara uygun bir biçimde gerçekleştirilmelidir.
- Muayeneyi gerçekleştiren doktorlar alanında uzman ve soruşturmayı yürüten kişilerden bağımsız olmalıdır. Bu bağlamda ilgiliyi muayeneye getiren güvenlik güçleri

⁵³⁹ 03 Haziran 2004 tarihli Batı/Türkiye kararı Karar Sinerji Mevzuat ve İçtihat bankasından alınmıştır.

¹¹⁸ 16 Aralık 2003 tarihli Kmetty/Macaristan kararı, prg. 37-43. Karar için bkz. Doğru, İşkence, s.179

¹¹⁹ 03 Haziran 2004 tarihli Batı/Türkiye kararı, prg. 141 – 144. Karar Sinerji Mevzuat ve İçtihat bankasından alınmıştır.

¹²⁰ Bu konu İstanbul Protokolünün I. Ekinin 6. maddesinde düzenlenmiştir.

gözaltı ve sorgu işlemlerinde görev almamış kişilerden olmalı ve muayene, güvenlik güçlerinin bulunmadığı bir ortamda gerçekleştirilmelidir. Belirtmek gerekir ki ülkemiz uygulaması açısından bu madde özellikle önem arz etmektedir.

- Tıp uzmanı muayene sonucunda bir rapor hazırlamalı ve bu raporda muayenenin gerçekleşme koşulları ve tıbbi sonuçları hakkında ayrıntılı bilgilere yer verilmelidir⁵⁴³.

3.3.4.3.2. Ölü Muayenesi ve Otopsi

3.3.4.3.2.1. Genel Olarak

CMK'nun 86. maddesinde düzenlenmiş olan ölü muayenesi, ölen kişinin bedeninin dıştan muayene edilmesidir⁵⁴⁴. Muayene, şüpheli ölüm hallerinde cumhuriyet savcısı tarafından görevlendirilen bir hekim tarafından savcının huzurunda yapılan keşif niteliğinde bir işlemdir⁵⁴⁵. Muayene sırasında önce ölünün kimliği saptanmaya çalışılır, sonrada ölüme sebep olan tıbbi sebepler, ölüm zamanı ve nedeni belirlenmeye çalışılır⁵⁴⁶. Bu süreçte ölünün bedeni sadece dış yüzeyden muayene edilir. Otopsinin aksine ölünün bedenine dışarıdan herhangi bir müdahalede bulunulması söz konusu değildir⁵⁴⁷.

Otopsi ise CMK'muzun 87. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre otopsi ölüm nedenini belirlemek için, cumhuriyet savcısının huzurunda kural olarak biri adli tıp

⁵⁴³ İstanbul protokolünde muayene sonucunda düzenlenecek raporda yer alması gereken hususlar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu hususlar şunlardır:

- Görüşme Koşulları: Görüşme yapılan kişinin adı, muayene sırasında mevcut olanların adları, bu kişilerin muayene yapılan kişiyle olan ilişkileri, görüşmenin kesin tarihi, saati, görüşme yapılan yerin adresi (uygun olduğu durumlarda görüşme yapılan odanın yeri), görüşme yapılan yerin tanımı (örneğin klinik, cezaevi, ev vb.); görüşme yapıldığı sıradaki koşullar (muayene için geldiğinde veya muayene sırasında kişinin tabii olduğu kısıtlamalar, görüşme sırasında odada güvenlik güçlerinin mevcut olup olmadığı, tutukluyla eşlik edenlerin hal ve tavır, muayeneyi yapan kişiye yönelik tehditkar ifadeler vs.) ve diğer geçerli unsurlar;
- Öykü: Gerçekleştiği iddia edilen işkence ve kötü muamele yöntemleri, işkence ve kötü muamelenin ne zaman gerçekleştiği, bütün fiziksel ve psikolojik semptomlar ve şikayetler de dahil olmak üzere kişinin görüşme sırasında anlattığı öykünün detaylı bir raporu;
- Fiziksel ve Psikolojik Muayene: Uygun tanı koyucu testler ve mümkün olduğu durumlarda bütün yaralanmaların renkli fotoğrafları da dahil olmak üzere klinik muayene sonucunda elde edilen bütün fiziksel ve psikolojik bulguların kaydı.
- Değerlendirme :Fiziksel ve psikolojik bulgular ile işkence ve kötü muamele arasındaki muhtemel ilişkinin değerlendirilmesi. Gerekli tıbbi ve psikolojik tedavi ve/veya yapılması gereken başka tıbbi testler ve muayeneler için görüş ve tavsiyeler;
- Yazar: Raporla muayeneyi yapan kişilerin adları açıkça belirtilmeli ve rapor hazırlayanlar tarafından imzalanmalı;

⁵⁴⁴ Öztürk ve Erdem, s.462

⁵⁴⁵ Ayşe Nuhoğlu, *Beden Muayenesi, YÜHFD*, Cilt III, S. 2, 2006, (ss. 323-3336), s. 326.

⁵⁴⁶ Özbek, *Tıbbi Deliller*, s.403

⁵⁴⁷ Soyaslan, s.261; Taşkın, s.138; Özbek, *Tıbbi Deliller*, s.403

diğeri patoloji uzmanı iki hekim tarafından zorunluluk bulunan hallerde ise tek bir hekim tarafından yapılır. Ancak otopsi ölüyü son hastalığında tedavi eden hekime yaptırılmaz. Bunun dışında otopsi işlemlerine müdafî veya vekil tarafından getirilen hekimde katılabilir⁵⁴⁸.

Otopsi, şüpheli ölüm hallerinde ölünün, uygun olduğu müddetçe baş, göğüs ve karın boşluklarının açılması suretiyle yapılır⁵⁴⁹. Bu inceleme, ölümün sebebi, meydana geldiği koşullar ve ölüme etki eden faktörler hakkında bilgi edinilmesi amacıyla başvurulmuş bir bilirkişi incelemesi niteliğindedir⁵⁵⁰. Gömülmüş bir cesette ölü muayenesi veya otopsi için mezardan çıkarılabilir. Buna ilişkin karar soruşturma evresinde cumhuriyet savcısı kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir.

3.3.4.3.2.2. AİHM'nin Konuya İlişkin Kararları

Bir şüpheli ölüm olayının varlığı halinde ölümün ne şekilde meydana geldiği ancak uzman hekimler tarafından yapılacak otopsi sonucunda elde edilecek deliller ile tespit edilebilecektir. Bu nedenle otopsi, yaşama hakkına yönelik suçlarda maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından vazgeçilemez nitelikte bir delil elde etme aracı konumundadır⁵⁵¹. AİHM de Sözleşme'nin 2. maddesi ile koruma altına alınmış olan yaşama hakkına yönelik bir ihlalin gerçekleşmesi halinde etkin soruşturma yükümlülüğünün, mağdurun kimliğini, ölüm sebebini ve olayın sorumlularının tespitini sağlayacak adli muayene ve otopsinin yapılmasını da kapsadığı kanaatindedir. Nitekim bu durum Dündar/Türkiye kararında⁵⁵² “*etkin soruşturma yükümlülüğü, gerektiği durumlarda, muhtemel kötü muamele ve yaralama izlerinin, tam ve uygun bir kaydını içeren bir otopsi ve ölüm sebebi de dahil olmak üzere klinik bulguların, objektif bir analizini de kapsar.*” ifadeleri ile vurgulanmıştır. Dolayısıyla yaşama hakkının Sözleşme sistemi açısından taşıdığı önem ve Mahkeme'nin tıbbi gerekliliklere uygun olarak yapılan otopsi ve ölü muayenesini etkin soruşturma yükümlülüğünün bir gereği

⁵⁴⁸ Bıçak, s.567; Özbek, Tıbbi Deliller, s.404.

⁵⁴⁹ Otopsinin tanımı ve çeşitleri konusunda bkz. Evren İşler, “Otopsinin Tanımı, Çeşitleri, Tarihçesi, Amacı ve Önemi” *Legal Hukuk Dergisi*, Nisan 2003, s.884 vd.; İbrahim Tunalı, *Adli Tıp*, Ankara 1998, s.85,86; Erhan Günay, *Uygulamada Adli Muayene ve Otopsi*, Adil Yay., Ankara 2002, s.25 vd.

⁵⁵⁰ Toroslu ve Feyzioğlu, s.206; Yenisey, Bilirkişi, s.311; Taşkın, s.139

⁵⁵¹ A.Nezih Kök, “Yaşam Hakkına Yönelik Suçlarda Kanıt Elde Edilmesi”, *AÜEHFD*, Cilt XI, Sayı 1-2, 2007, s.9; Taşkın, s.139

⁵⁵² 20 Eylül 2005 tarihli Dündar/Türkiye kararı, prg.77

sayması nedeniyle konu Mahkeme'nin içtihatlarında öne çıkan noktalardan biri olmuştur.

Mahkeme'nin bu konuya ilişkin kararlarında üzerinde durduğu temel husus, otopsinin Birleşmiş Milletler Model Otopsi Protokolünde (Minnesota Protokolü) belirtilen esaslara uygun yapıp yapılmadığı olmuştur⁵⁵³. Mahkeme bu gerekliliği Tanlı/Türkiye kararında⁵⁵⁴: "*Birleşmiş Milletler tarafından 1991 yılında kabul edilen Yasadışı, Keyfi ve Kısa İnfazların Önlenmesi ve Araştırılması Hakkındaki Kılavuz, savcılar ve tıbbi personel tarafından yürütülen otopsielerde bir rehber oluşturacak bir Model Otopsi Protokolü içermektedir.*" ifadeleri ile belirtmiştir. Dolayısıyla yapılan otopsinin anılan standartları karşılamadığı durumlarda yapılan otopsinin etkin soruşturma yükümlülüğünün gereklerini karşılama açısından yetersiz olduğuna hükmedilmektedir⁵⁵⁵. Bu tutum ise tavsiye niteliğinde bir BM belgesi olan Otopsi Protokolü'nü Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul eden devletler açısından bağlayıcı bir belge haline getirmiştir⁵⁵⁶.

Konuya ilişkin olarak üzerinde durulan ikinci husus otopsiyi yapan makamların soruşturmayı yürüten makamlardan hem idari açıdan hem de fiilen bağımsız olmasıdır. İdari açıdan bağımsızlıktan kasıt ilgili tıp uzmanlarının kamu görevlisi sıfatı taşıyacakları bile soruşturma makamları ile aynı kurumsal yapı içerisinde görev almamaları, soruşturma makamlarının emir ve denetimi altında olmamalarıdır. Pratikte bağımsızlıktan kasıt ise ilgili tıbbi işlemin soruşturma makamlarının etkisi altında kalmadan bilimsel gereklilikler doğrultusunda yerine getirilmesidir. Bu bağlamda Mahkeme'nin anılan içtihadının ayırksı bir örnek olduğunu, adli tıp uzmanlarının kamu görevlisi sıfatına sahip olmasını tek başına bağımsızlık unsurunu ortadan kaldıran bir hal olarak görmediği, doktorların bağımsız hareket edip etmediklerini somut olay bağlamında değerlendirdiğini belirtmek gerekir.

⁵⁵³ Güzeleöglü, BM Otopsi Protokolü; Başak, s.47; Kök, Yaşama Hakkına Yönelik Suçlarda, s.11

⁵⁵⁴ 10 Nisan 2001 tarihli Tanlı/Türkiye kararı, prg.107. Mahkeme, 1 Temmuz 2003 tarihli Finucane/Birleşik Krallık kararının 56-59. paragraflarında da BM otopsi protokolüne uyulması gereken bağlayıcı bir belge olarak atf yapmıştır. Kararın İngilizce tam metnine <http://www.patfinucanecentre.org/pf/echr0307.html> ulaşılabilir. Mahkeme'nin anılan protokole atf yaptığı bir diğer kararı ise 04 Mayıs 2001 tarihli Hugh Jordan/Birleşik Krallık kararı olmuştur. Mahkeme söz konusu kararın 90-92. paragraflarında Minnesota protokolünün etkin soruşturmaya ilişkin hükümlerine atf yaparak söz konusu belgenin akit devletler açısından etkin soruşturma yükümlülüğü açısından dikkate alınması gereken bağlayıcı bir belge olduğunu göstermiştir. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

⁵⁵⁵ Gülsoy, s.142

⁵⁵⁶ Güzeleöglü, BM Otopsi Protokolü; Salih Çokal, s.6

Mahkeme'nin otopsiyi yapan kişilerin soruşturma makamlarından bağımsızlığı konusunda en dikkat çekici karar Salman/Türkiye davasıdır. Dava gözaltından serbest bırakıldıktan sonra kalp krizi geçirerek ölen Agit Salman'ın yakınlarının yaptığı başvuruya dayanmaktadır. Mahkeme bu davada soruşturma sırasında Dr. Fatih Şen tarafından yapılan otopsiye ilişkin olarak İstanbul Adli Tıp Kurumundan Dr. Kırangil, Prof. Counder ve Corder tarafından ayrı ayrı verilen raporları değerlendirirken Dr. Kırangil tarafından verilen raporu kendisinin tarafsız ve bağımsız sayılamayacağı gerekçesiyle dikkate almamıştır⁵⁵⁷: *“Komisyon Counder ve Corder'in ölümün hızlı bir şekilde gerçekleştiği ve göğüsteki morluk ve kırığın aynı olaydan-göğse vurulan bir darbeden kaynaklandığı ile ilgili delillerini kabul ederek Dr. Kırangil'in delillerine yeterince ağırlık vermemiş ya da Profesör Pounder ve Corder'in delillerini haksız bir şekilde tercih etmiş değildir. Dr. Kırangil'in Komisyon'a sunulan İstanbul Adli Tıp Enstitüsü raporunu imzaladığı görülmüş, bu nedenle de kendisinin tarafsız ya da bağımsız olduğunun iddia edilemeyeceğine karar verilmiştir. Ayrıca duruşmada Devlet Ajanının iki profesör arasında anlaşmazlık olduğu yolunda getirdiği iddia da asılsızdır. Bu nedenle Mahkeme, devletin Agit Salman'ın Adana Emniyet Müdürlüğü'nde bulunduğu sırada kalbinin durması suretiyle gerçekleşen ölümünü açıklayamamış olduğu ve ölümünden davalı Devlet'in sorumlu olduğu sonucuna varmıştır. Bu bakımdan ikinci madde ihlâl edilmiştir”*. Ancak söz konusu karara çoğunlukla farklı gerekçeler ile katılan hâkimler Yargıç Bonello ve Greve'in gerekçelerinde bir kişinin kamu ajanı olmasının tek başına tarafsız ve bağımsız olmadığı anlamına gelmediğini açıkça belirtmişlerdir: *“Bir kimsenin adli tıp bilirkişi uzmanı olarak görev yapmış olması, onu bağımsız ve tarafsız uzman sıfatından yoksun bırakmaz. Yukarıda bahsedilen (99) 3 numaralı tavsiye kararında da vurgulandığı gibi, adli tıp uzmanlarının görevlerini tam bağımsız ve tarafsız olmaları ve görevlerini yaparken objektif olmaları büyük önem taşır. Bir kişinin adli tıp uzmanı olarak görev yapmış olması, onun objektifliğinin ve bağımsızlığının sorgulanması için bir sebep olamaz. Bu nedenle meslektaşlarımızın bu kararın 102. paragrafında yer alan Dr. Bilge Kırangil ve İstanbul Ali Tıp Kurumu hakkındaki olumsuz ifadelerine katılmıyorum.”*

⁵⁵⁷ 27 Haziran 2000 tarihli Salman/Türkiye kararı, prg.102. Karar, Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır. Benzer kararlar için bkz. Tanlı/Türkiye ve Aktaş/Türkiye kararları.

Anlaşılabacağı üzere Mahkeme, söz konusu davanın gerekçesinde otopsiyi yapan adli tıp uzmanının kamu görevlisi sıfatını taşımasının soruşturma makamlarından bağımsız olmadığı yönündeki kararına dayanak olarak göstermiştir. Bu bağlamda Mahkeme, soruşturmayı yürüten makamlardan bağımsız olmayan kimselerin hazırladığı raporlar yerine başvuran ya da komisyonun kendisinin bağımsız hekimlerden aldığı tıbbi raporları esas alarak yani bir yerde iç hukuk yargılama organı gibi davranarak karar vermiştir. Bu konuda Mahkeme'nin adli tıp uzmanının kamu görevlisi olmasını tek başına bağımsızlığı ihlal eden bir hal olarak görmediğini ve meseleyi somut davanın koşullarına bakarak değerlendirdiği söylenebilir.

Mahkemenin yapılan otopsinin etkin soruşturma yükümlülüğünün gerektirdiği standartları karşılaması açısından üzerinde durduğu üçüncü husus otopsiyi gerçekleştiren uzmanların mesleki açıdan yetkinlikleri, yani adli tıp uzmanı olup olmadıkları olmuştur. Mahkeme, bu konuya değindiği Tanlı/Türkiye davasında⁵⁵⁸ otopsinin acil durum gerekçesi ile bir adli tıp patologunun katılımı olmadan yapılmış olmasını otopsiyi yapanların mesleki yetkinliğinin yetersizliği gerekçesiyle etkin soruşturma yükümlülüğünü ihlal eden bir hal olarak nitelemiştir: *“CMUK’a göre adli tıp doktorunun varlığının gerekli olmasına rağmen, post mortem rapora imza atan doktorların kalifiye adli tıp patoloğu olmadıkları görülmektedir. Hükümet, söz konusu hükmün acil durumlar hakkındaki ikinci paragrafına dayanmıştır. Ancak, AİHM, vücudun katılaşmasından önce, adli tıp doktorunun katılımı olmaksızın otopsinin gerçekleştirilmesi gerekliliği konusunda ikna olmamıştır. Kötü muamele sonucunda gerçekleşmiş olması ihtimali olan bir ölüm hakkında etkili bir soruşturma yapılmasının taşıdığı önem, kalifiye bir adli tıp uzmanının görev almasını gerektirmektedir. Ölümün hemen sonrasında böyle bir doktor bulunamamış olsa bile, olayı takip eden günlerde incelemeye istenen niteliklere sahip bir doktorun katılımıyla devam edilmemesinin sebebi hakkında açıklama sunulmamıştır. Ölünün İstanbul Adli Tıp Enstitüsü’ne gönderilmesi, otopsi ile ilgili kusur ve eksikliklerin giderilmesini sağlayabilirdi.*

⁵⁵⁸ 10 Nisan 2001 tarihli Tanlı/Türkiye kararı, prg. 150. Mahkeme aynı hususu 27 Haziran 2006 tarihli Cennet ve Mehmet Salih Ayhan/Türkiye kararında da şu ifadelerle eleştirmiştir: *“Ölen kişinin cesedinde, bir Cumhuriyet Savcısının varlığında, iki pratisyen hekim tarafından yapılan post-mortem muayeneye ilişkin olarak, AİHM, bu muayeneden sınırlı adli tıbbi bilgi edinildiğini not eder. Hiçbir adli tıp uzmanının bulunmamasını, tam otopsi yapılmamış olmasını ve cesedin fotoğraflarının çekilmemiş olmasının müessif olduğu kanısındadır”*. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

Haziran 1995'deki ikinci inceleme sırasında ise ceset işkence izlerinin veya ölüm nedeninin belirlenmesini sağlayamayacak şekilde bozulmuş durumda idi.”

Karardan da anlaşıldığı üzere konuya ilişkin temel sorun CMK'nın 87. maddesinin zorunlu durumlarda istisnai olarak adli tıp uzmanı olmadan tek tabiple otopsi yapılabilmesine imkan tanıyan hükmünün genele şamil bir biçimde bir biçimde uygulanmasıdır.

Mahkeme'nin yapılan otopsinin etkin soruşturma yükümlülüğünün gerekliliklerini karşılamasına ilişkin olarak üzerinde durduğu dördüncü husus otopsi sırasında yapılan işlemlerin asgari tıbbi standartları karşılayacak nitelikte olmamasıdır. Nitekim AİHM' otopsi yapılması gereken durumlarda otopsi yapılmamış olması ya da yapılan otopsilerin asgari tıbbi gereklilikleri karşılamaması, yetersiz, baştan savma nitelikte olması gibi nedenlerden dolayı Türkiye aleyhine sayısız mahkumiyet kararı vermiştir⁵⁵⁹.

Mahkeme'nin otopsinin tıbbi gereklilikleri karşılamadığı gerekçesiyle mahkumiyet kararı verdiği durumların ilkinde soruşturma makamlarının şüpheli ölüm hallerinde otopsi yaptırmak yerine cesedin dıştan muayenesi anlamına gelen ölü muayenesi ile yetinmesi oluşturmaktadır. Dündar/Türkiye kararında böylesi bir durumun soruşturmanın etkinliğinin sağlanması açısından taşıdığı sakınca şu ifadeler ile belirtilmiştir: “AİHM, 7 Eylül 1992 tarihinde hazırlanan rapordan, ölümün boğulmadan kaynaklandığı bulgusunun, Cizre Cumhuriyet Savcısı ve doktorun, tam bir otopsinin gerekli olmadığı sonucuna varması için yeterli olduğunu anlaşıldığını belirtmiştir (bkz. paragraf 41). Tam bir otopsinin, ölüm nedenini doğrulayacak, ölüm zamanının tespit edilmesini ve cinayetin faillerine ilişkin delilleri sağlayacak kanıt bulma şansını artıracak olasılığını göz ardı etmişlerdir”⁵⁶⁰. Zira Mahkeme'nin de farklı kararlarında belirttiği gibi otopsinin birincil görevi, bir kişinin hangi şartlar altında öldüğünün tespit edilmesi olsa da tek işlevi bu değildir. Otopsi yapılması maktulün ölüm sebebinin belirlenmesi dışında güvenlik güçlerince gerçekleştirilen operasyonun mutlak kuvvet

⁵⁵⁹ Bu konudaki örnek kararlar için bkz. Salman/Türkiye; Süheyla Aydın/Türkiye; Tanlı/Türkiye/ Kaya/Türkiye; Menteşe/Türkiye; Kışmır/Türkiye ve Oğur/Türkiye kararları. Belirtmek gerekir ki Türkiye uygulamasında Yargıtay'da eTCK döneminde verdiği kararlarda otopsi yapılmasını gerektiren durumda otopsi yapılmayarak sadece vücudun dış muayenesi ile yetinilmesini (Yarg.4.CD.17.05.1973 tarih ve 6065/4817 sayılı kararı), kesin ölüm sebebini saptamak için otopsi yapılmasının gerektiği durumlarda otopsi yapılmamasının (YCGK.15.10.1990 tarih ve 204/231 sayılı kararı) görevi ihmal suçunu oluşturduğuna karar vermiştir.

⁵⁶⁰ 20 Eylül 2005 tarihli Dündar/Türkiye kararı. Aynı yönde 20 Mayıs 1999 tarihli Oğur/Türkiye kararı, prg.89. Karar, Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

kullanma gerekliliği açısından hukuka uygunluğunun denetlenebilmesi⁵⁶¹, ölüm zamanı⁵⁶², ateş edilen mesafe⁵⁶³, kurşunların sayısı, ateş edilen yer ve ateş edilen silahın tipi⁵⁶⁴ gibi hususların tespit edilebilmesi içinde gereklidir⁵⁶⁵. Dolayısıyla bu gibi durumlarda soruşturmayı yürüten makamlar olayın aydınlatılması için olmazsa olmaz nitelikte delillerin elde edilmesi için ayrıntılı, tam bir otopsinin zaruri olduğu göz önünde tutmalıdırlar. Bu bağlamda tıbbi inceleme ölüm nedeninin tespiti ile sınırlandırılıp ölü muayenesi ile yetinilmemeli, maktule ayrıntılı bir otopsi yapılmalıdır⁵⁶⁶.

Mahkeme'nin otopsinin tıbbi gereklilikleri karşılamadığı gerekçesiyle mahkumiyet kararı verdiği durumların ikincisi otopsinin yetersiz ve eksik yapılmış olmasıdır. Hiç kuşkusuz yapılan otopsideki yetersizlik veya eksiklikler davadan davaya bazı değişiklikler gösterebilmektedir. Ancak Mahkeme'nin otopsinin yapılmasına ilişkin olarak eksiklik tespit ettiği ana hususlar şunlardır⁵⁶⁷:

- Otopsi yapılırken organlar çıkarılmamış ve tartılmamıştır;
- Otopsi sırasından kalp parçalara ayrılarak incelenmemiştir;
- Yine boyun parçalara ayrılarak incelenmemiştir;

⁵⁶¹ 19 Şubat 1998 tarihli A.Kaya/Türkiye kararı, prg. 89 “Yapılan otopsinin baştan savma niteliği ve raporda belirtilen bulgular, hukuka uygun öldürme konusunda kesin olarak emin olmayı gerektirecek bir incelemenin ve hatta sadece asgari bir incelemenin bile yapılmış olduğu sonucuna varılmasını mümkün kalmamaktadır; geride yanıtlanması gereken birçok kritik soru kalmaktadır”. Karar için bkz. Doğru, İHAM Cilt 4, s.1

⁵⁶² 18 Ocak 2005 tarihli Mentеше/Türkiye kararı: “... Lice sağlık ocağındaki doktorlar cesetler üzerinde ölüm nedenini belirlemek için dış muayeneler yapmakla yetinmiştir. Vücutlardaki kurşun giriş ve çıkış yerlerinin verilmesine rağmen, doktor, raporlarında ölümlerin tahmini zamanını saptamamış ve kurbanlar ile ateş eden kişi ya da kişiler arasındaki yaklaşık mesafeyi belirtmemiştir. Son olarak, doktor Kamil Mentеше'nin vücudundaki farklı türdeki yaralar için bir açıklama getirmemiştir.”. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

⁵⁶³ Bkz.Mentеше/Türkiye kararının yukarıda alıntılanan bölümü.

⁵⁶⁴ 24 Mayıs 2005 tarihli Süheyla Aydın/Türkiye kararı, prg.174 “AİHM, Cumhuriyet Savcısı ve doktor tarafından 9 Nisan 1994 tarihinde hazırlanan raporun, yalnızca, üç ceset üzerinde bulunan mermi giriş ve çıkış deliklerinin sayısını içerdiğini not eder. Muayeneyi yapan Dr. Kaymak, görüldüğü kadarıyla, mermi izlerinin ya da diğer kanıtların hala vücutta olma olasılığını dikkate almamıştır. Merminin hangi mesafeden atıldığı veya kullanılmış olan silahın tipini belirlemeye yönelik hiçbir girişimde bulunmamıştır. Ölümün bir kurşun yarasından kaynaklandığı tespiti, Doktor Kaymak ve Cumhuriyet Savcısı Yıldırım'ın tam otopsinin gerekli olmadığı sonucuna varmaları için yeterli olmuştur”. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

⁵⁶⁵ 20 Mayıs 1999 tarihli Oğur/Türkiye kararı, prg. 89: “Savcı, raporunda silahla yaralanmanın ölümün kesin nedeni olduğu ve bulgulardan hiçbirinin başka bir sebebe işaret etmemesinden dolayı otopsi yapılmasına gerek olmadığını özellikle belirtmiştir. Belirtilmelidir ki, bu tür bir olayda şayet bir otopsi yapılmış olsaydı, ateş eden kişinin yaklaşık olarak bulunduğu yer ve vurulma anında aralarındaki mesafe gibi değerli bilgiler sağlanabilecekti”. Karar, Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

⁵⁶⁶ Başak, s.47; Çokal, s.5

⁵⁶⁷ Centel, Adli Tıp Bilimleri, s.17; Bu konuda ayrıca bkz. Mahkeme'nin Tanlı/Türkiye kararı prg. 120, Salman/Türkiye kararı, prg.57. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

- Otopsiyi yapanlar elektrik şoku veya diğer işkence ve kötü muamele türlerinin uygulandığını belirleyebilecek histopatoloji örneklerini almamış ve analiz etmemişlerdir.
- Otopsi sırasında maktule toksikoloji analizi yapılmamıştır;
- Yapılan otopsi işleminin fotoğrafları çekilmemiştir;
- Emboli bulguları yeterli derecede tasvir edilmemiş veya analiz edilmemiştir
- Otopsiyi yapan ve post mortem raporuna imza atan doktorlar kalifiye adli tıp patoloğu değildir.

Otopsinin yapılmasına ilişkin olarak soruşturmanın etkinliğine zarar verdiği belirtilen beşinci ve son husus, otopsi sonucunda hazırlanan raporun olayı yetersiz ve özensiz olması, denetlemeye elverişli olmamasıdır⁵⁶⁸. Zira bir otopsinin yetkin olabilmesi için yapılan işlemler kadar tutulan kayıtların ve sonucunda hazırlanan raporun da tam ve eksiksiz olması gerekir. Bu nedenle yapılan bir otopside elde edilen bulguların olayın aydınlatılmasında kullanılabilmesi için söz konusu bulguların tam olarak kayıt altına alınması ve hazırlanan raporda bu bulguların eksiksiz bir değerlendirmesinin yapılması gerekir. Ayrıca ceset üzerinde maddi anlamı ile gerçek bir otopsinin sadece bir kez yapılabilir oluşu da bu hususun önemini artırmaktadır⁵⁶⁹. AİHM otopsi kayıtları ve raporunun bilimsel açıdan yetersiz ve eksik olmasının soruşturmanın etkinliğini ihlal ettiğini S.Aydın/Türkiye kararında⁵⁷⁰ şu şekilde ifade etmiştir: “*Son olarak, Necati Aydın’ın vücudunda birkaç ekimoz gözlemlenmesine rağmen, hiçbir detaya girilmemiş ve bunların nasıl oluştuğunun belirlenmesine dair hiçbir girişimde bulunulmamıştır. Dolayısıyla bu rapor, cinayetin faillerinin ve ölüm sebebinin gerçekten belirlenmesine faydalı olabilecek herhangi bir ipucu ortaya koymaya muktedir değildir*”. Yine Mahkeme Kışmır/Türkiye davasında otopsi kayıtları ve raporda yer alan bilgilerin eksik ve çelişkili olmasını otopsinin yapılmasında yeterli özenin gösterilmediğinin kanıtı olduğunu belirtmiştir⁵⁷¹. Anlaşılacağı üzere bu gibi

⁵⁶⁸ Bu durum Minnesota Protokolü’nün önsözünde de şu şekilde ifade edilmiştir: “*Tartışmalı bir ölüm için yapılan otopside en önemli unsur “eksiksiz” çalışmadır. Otopsi bulgularını belgeleme ve kaydetme, otopside anlamlı sonuçlar çıkarmaya izin verecek şekilde eksiksiz olmalıdır. Otopside mümkün olduğu kadar az sayıda kusur ve çelişki olmalı ki farklı yorum ve çıkarımlara neden olmasın.*”

⁵⁶⁹ Bıçak, s.567

⁵⁷⁰ Süheyla Aydın/Türkiye kararı, prg.175. Karar Sinerji mevzuat ve içtihat programından alınmıştır.

⁵⁷¹ 31 Mayıs 2005 tarihli Kışmır/Türkiye kararı, prg. 85 – 86: “*Aydın Kışmır’in cesedi üzerinde gerçekleştirilen otopsiye ilişkin olarak AİHM, Dr. Milroy tarafından tespit edilen aksaklıklarla hemfikirdir. Özellikle, başın üst*

durumlarda etkin soruşturma yükümlülüğünün bir unsuru olan makul özen gerekliliğinin ihlali söz konusu olmaktadır.

Sonuç olarak Mahkeme'nin otopsiye ilişkin olarak kararlarında vurguladığı hususlar ve bağlayıcı bir belge olarak kabul ettiği Minnesota Protokolü'nün konuyla ilgili hükümleri⁵⁷² doğrultusunda etkin soruşturma yükümlülüğü çerçevesinde bir otopside bulunması gereken hususları aşağıdaki gibi sıralayabiliriz.

- Otopsiyi gerçekleştiren doktorlar alanında uzman ve soruşturmayı yürüten kişilerden bağımsız olmalıdır. Bu bağlamda otopsinin alanında uzman adli tıp pataloglarının katılımıyla yapılması gereklidir.
- Otopsinin yapılması sırasında tıbbi gerekliliklere uyulmalı, otopsi eksiksiz yapılmalıdır. Otopsinin yapılması ile elde edilen bulgular tam olarak ve farklı yorumlara sebep olmayacak şekilde belgelenmelidir. Bu bağlamda otopsi sırasında elde edilen bulgular fotoğraflanarak kayda alınmalıdır.
- Eksiksiz bir çalışma yapılabilmesi için otopsiyi gerçekleştiren görevliler üzerinde bir zaman baskısı yaratılmamalı, minimum 12 saatlik çalışma imkanı tanınmalıdır.
- Otopsi şartlar elverdiği ölçüde Minnesota Protokolünde yer alan model otopsi klavuzuna uygun olarak yapılmalıdır⁵⁷³.

kısımındaki 6 santimlik uzun, dikişli yaranın 2 santimlik dikişli bir yara gibi tanımlanmasının (bkz. Yukarıda kaydedilen paragraf 38), otopsiyi gerçekleştiren doktor tarafından gereken ihtimamın gösterilmediğine işaret ettiği kanısındadır. Yaranın gerçekte 2 santim olduğu fakat Dr. Öztürk'ün raporunda yanlışlıkla 6 santim olarak kaydedildiği düşünülürse, AIHM Aydın'ın cesedi üzerinde otopsiyi gerçekleştiren Dr. Eğilmez'in, 4381 no.lu raporda kaydedilen yaralanmanın, tutuklama raporunda kaydedilen yaralanma ile tutarlı olduğunu söylediğini belirtir. Ayrıca AIHM, Birinci Adli Tıp İhtisas Kurulu'nun Aydın'ın cesedinin sırt derisi altındaki geniş çaplı kanama (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 39) hususunda yorumunda bulunmamasını hayret verici bulmaktadır."

⁵⁷² Bu konu Birleşmiş Milletler Otopsi Protokolünün I. ekinin 6. maddesinde düzenlenmiştir.

⁵⁷³ Protokolün metni için bkz. <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/executioninvestigation-91.html>. Ayrıca protokol hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akgül, s.21 vd.

SONUÇ

Etkin soruşturma yükümlülüğü yaşama hakkının veya işkence yasağının ihlali halinde, taraf devletlere failleri tespit edip cezalandırmaya yönelik etkili bir ceza soruşturması yürütme zorunluluğu getiren bir yükümlülüktür. AİHM'nin Türkiye hakkında verdiği kararlar, temel haklar alanındaki içtihatlarının oluşmasında önemli bir yere sahiptir. Aynı şekilde Mahkeme'nin etkin soruşturma yükümlülüğüne ilişkin içtihatı da büyük ölçüde Türkiye hakkında verdiği kararlarla şekillenmiştir.

Mahkeme, bugüne kadar içtihatlarında adı geçen yükümlülüğün genel bir tanımını yapmamıştır. Yine de konuya ilişkin içtihadi birikim, yükümlülüğün kapsamı hakkında genel bir çerçeve çizmeyi mümkün kılmaktadır. Bu içtihadi birikim çerçevesinde yükümlülüğün şu unsurlardan oluştuğu söylenebilir:

- Yükümlülük, Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerinde koruma altına alınan haklardan birinin ihlal edildiğine dair "savunulabilir" bir şikayetin varlığı veya bu hakları ihlal eden bir olayın yetkili mercilerce kendiliğinden öğrenilmesi halinde söz konusu olmaktadır.

- Yükümlülük, olayın faillerinin tespit edilip cezalandırılmasını mümkün kılacak, ivedilikle başlanıp makul süre içerisinde bitirilmiş bir ceza soruşturması yürütülmesini zorunlu kılmaktadır.

- Soruşturma makamlarının ceza soruşturmasına ihlal iddiasını öğrendikten sonra kendiliğinden (ipso facto olarak) başlaması gerekmektedir.

- Yürütülen ceza soruşturmasının 13. maddede düzenlenmiş etkin başvuru hakkının gereklerini karşılaması gerekmektedir.

- Yürütülen soruşturma bağımsız organlarca ve kamunun denetimine açık bir biçimde yürütülmelidir.

Yükümlülüğün Maddi Dayanaklarına İlişkin Sonuçlar

Etkin soruşturma yükümlülüğüne ilişkin olarak üzerinde durulması gereken hususların ilki, yükümlülüğün maddi dayanaklarıdır. Yükümlülüğün maddi dayanaklarından birincisi, Sözleşme'nin 2. maddesi ile koruma altına alınan yaşama hakkıdır. Yaşama hakkı, kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüklerini koruyabilmesini ifade

eden dokunulmaz ve geri alnamaz nitelikte temel bir kişilik hakkıdır. Mahkeme verdiği kararlarda yaşama hakkını demokratik bir toplumun temel değeri olarak tanımlamıştır.

Etkin soruşturma yükümlülüğünün maddi dayanaklarından ikincisi, Sözleşme'nin 3. maddesinde düzenlenen işkence yasağıdır. İşkence yasağı kamu görevlilerinin kişilerin rızası dışında vücut ve ruh bütünlüklerini ihlal edici davranışlarda bulunmalarına engel olarak kişilerin beden bütünlüğü, ruh sağlığı, şeref ve haysiyetini korumayı amaçlayan sert çekirdekli hakları koruyan bir yasaktır. AİHM tarafından, yaşama hakkı gibi demokratik bir toplumun temel bir değeri olarak kabul edilen işkence yasağı yaşama hakkının aksine, savaş ve olağanüstü hal durumlarında bile askıya alınamaması nedeniyle diğer haklardan ayrılır. İşkence yasağı Sözleşme'nin 3. maddesinde işkence, insanlık dışı muamele veya ceza, onur kırıcı muamele veya ceza olmak üzere üç ayrı kategoride düzenlenmiştir. Mahkeme işkence yasağını ihlal eden bir fiilin madde de yer verilen bu üç kategoriden hangisini ihlal ettiğini belirlerken ihlale sebep olan eylemlerin yoğunluğuna bakmaktadır.

Yükümlülüğün Hukuki Dayanaklarına İlişkin Sonuçlar

Mahkeme uygulamasında yükümlülüğün hukuki dayanakları ikili bir görünüme sahiptir. Buna göre yükümlülüğün hukuki dayanaklarından birincisi müstakil olarak Sözleşme'nin 13. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkıdır. Yükümlülüğün hukuki dayanaklarının ikincisini ise Sözleşme'nin 2. veya 3. maddesi ile büyük ölçüde 1. maddeden kaynaklanan pozitif yükümlülükler teorisi oluşturmaktadır.

Etkin soruşturma yükümlülüğünün hukuki temelini oluşturan Sözleşme'nin 13. maddesinde yer alan etkili başvuru hakkı, devletlerin hak ihlallerine karşı etkili iç hukuk sistemi sunma zorunluluğunu düzenlemektedir. Maddede düzenlenen hakkın taraf devletlere yüklediği temel yükümlülük, Sözleşme ile korunan haklara yönelik ihlallere karşı iç hukukta etkin bir idari ve yasal sistem kurulmasıdır. Açıklanan özelliği sebebiyle, etkili başvuru hakkı ancak ve ancak Sözleşme'de düzenlenen başkaca bir hakkın ihlal edildiğine dair savunulabilir bir şikayetin varlığı halinde ihlali ileri sürülebilen ancak tek başına ihlal edilebilen bir hak niteliğindedir.

AİHM, yükümlülük ihlaline ilişkin ilk kararı olan Aksoy/Türkiye kararından başlayarak etkili başvuru hakkını yükümlülüğün hukuki dayanağı olarak kabul etmiştir.

Mahkeme anılan kararlarında, başkaca bir düzenlemeye atıf yapmaksızın yükümlülüğü doğrudan doğruya etkili başvuru hakkından kaynaklanan bir yükümlülük olarak nitelendirmiştir.

Mahkeme, 13. maddenin etkin soruşturma bağlamında taraf devletlere iki farklı mükellefiyet yüklediği kanaatindedir. Bunlardan birincisi 2. veya 3. maddeye yönelik bir ihlalin varlığı halinde olayın sorumlularının cezalandırılmasını sağlayacak kapsamlı ve etkin bir soruşturmanın yürütülmesidir. İkincisini ise, 2. ve 3. maddelere yönelik bir ihlalin gerçekleşmesi durumunda faillerin cezalandırılmasının yanında başvurucuların gerek maddi gerek manevi zararlarının da tazmini oluşturmaktadır. Zira Mahkeme ihale maruz kalan başvurucunun zararlarının tazmininin etkili başvuru hakkının bir gereği olduğunu belirtmektedir.

Yükümlülüğün hukuki dayanaklarından ikincisi, ilkinin göre daha karmaşık yapıdadır: Sözleşme'nin 2. veya 3. maddesi ile büyük ölçüde 1. maddeden kaynaklanan pozitif yükümlülükler teorisi. Mahkeme, etkin soruşturma yükümlülüğünü hukuken bu şekilde temellendirdiği kararlarında, ayrıca 13. maddeye dayanma ihtiyacı duymamaktadır. Bu kararlarda yükümlülük doğrudan 2. veya 3. maddeden kaynaklanan usuli bir pozitif yükümlülük olarak nitelendirmektedir. Konuya ilişkin ilk kararlarından olan *Mc Cann/Birleşik Krallık*, *Kurt/Türkiye* ve *Assenov/Bulgaristan* kararlarında yükümlülüğün hukuki dayanağı olarak doğrudan doğruya Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerini göstermiştir. Mahkeme bu kararlarında pozitif yükümlülükler teorisine atıf yaparak etkin soruşturma yükümlülüğünün 2. ve 3. maddelerden kaynaklanan usule ilişkin pozitif yükümlülük olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle etkin soruşturma yükümlülüğünün hukuki dayanaklarının tam olarak anlaşılabilmesi için Mahkeme'nin pozitif yükümlülükler teorisinin anlaşılması gerekmektedir.

Büyük ölçüde Mahkeme'nin içtihatları ile ortaya çıkmış olan pozitif yükümlülükler, devletlerin bir hakkı korumak için aktif bir davranışta bulunmasını gerektiren yükümlülüklerdir. Mahkeme verdiği çeşitli kararlarda Sözleşme ile güvence altına alınan hakların taraf devletlere söz konusu hakları ihlal etmemek için pasif kalmak şeklinde görülen negatif yükümlülükler dışında, bu hakların korunması ve fiilen kullanılabilmesi için aktif davranmak şeklinde pozitif yükümlülükler yüklediğini belirtmiştir. Diğer bir deyişle Mahkeme verdiği kararla, Sözleşme ile düzenlenen

hakların taraf devletlere saygı yükümlülüğünden kaynaklanan bir hakkı ihlal etmemeye yönelik pasif kalmak şeklinde görülen negatif yükümlülükler dışında, hakkı korumaya ve hakkın teoride kalmayıp fiilen de kullanılabilmesi için aktif davranmayı da gerektiren pozitif yükümlülükler yüklediğine karar vermiştir.

Pozitif yükümlülükler kendi içinde esasa ve usule ilişkin pozitif yükümlülükler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Sözleşme ile korunan her hak için farklılıklar gösterse de, genel olarak devletlerin pozitif yükümlülüklerinin esasa ilişkin kısmını; Sözleşme’de düzenlenmiş bulunan hakların etkin bir biçimde kullanılması için etkin bir hukuk sistemi kurmak, hakların kullanılmasına yönelik gerekli tedbirleri almak ve hak sahiplerini üçüncü kişilerin müdahalelerinden korumak oluşturmaktadır.

Pozitif yükümlülüklerin usule ilişkin kısmını ise, devletin herhangi bir hak ihlali karşısında bireylere etkin bir iç hukuk yolu sağlaması oluşturmaktadır. İç hukuk yollarının etkinliği de, hak ihlaline uğrayan bireylere ihlalden kaynaklanan mağduriyetinin giderilmesi için başvurabilecekleri sonuç alıcı hukuk yolları sunabilmesi ile ölçülmektedir. Mahkeme’nin içtihatları ile geliştirdiği usuli pozitif yükümlülükler, hiç kuşkusuz Sözleşme’nin 13. maddesindeki etkili başvuru hakkı ile önemli ölçüde benzerlik göstermektedir. Zira her ikisi de, Sözleşme ile koruma altına alınmış haklardan birine yönelik ihlalin varlığı halinde, bireylerin ihlalden kaynaklanan mağduriyetinin giderilmesine yönelik olarak etkili iç hukuk yollarının varlığını gerektirmektedir. Dolayısıyla Mahkeme’nin usulî pozitif yükümlülüklerin varlığını kabul ederek, Sözleşme’nin 2-12. maddeleri arasında düzenlenen maddi hakların taraf devletlere 13. maddeden bağımsız olarak usule ilişkin yükümlülükler yüklediğini kabul ettiğini söylenebilir. Nitekim Mahkeme’nin etkin soruşturma yükümlülüğünün hukuki dayanaklarına ilişkin içtihatlarının ikili bir görünüme sahip olması da, bu benzerliğin bir sonucu durumundadır.

Pozitif yükümlülükler teorisi çerçevesinde AİHM, Sözleşme’nin 2. maddesinin taraf devletlere öldürme yasağı şeklinde bir negatif yükümlülük yanında, bazı pozitif yükümlülüklerde yüklediğini belirtmiştir. Buna göre taraf devletlerin 2. maddeden kaynaklanan pozitif yükümlülüklerinin esasa ilişkin olanları, yaşama hakkının korunması için etkin bir adli ve idari sistem kurulması ve devletin bildiği veya bilebileceği olası ihlallere engel olmak için bireyi korumasıdır. Yaşama hakkından

doğan pozitif yükümlülüğün usule ilişkin kısmı ise, hakka yönelik bir ihlalin meydana gelmesi durumunda bu ihlalin sorumlularının tespit edilip cezalandırılması amacıyla etkin bir soruşturma yürütülmesidir. Mahkeme'nin taraf devletlerin 2. maddenin ihlali nedeniyle etkin soruşturma yükümlülüğü altında bulunduğuna karar verdiği ilk dava Mc Cann/Birleşik Krallık davası olmuştur. Mahkeme'nin etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlaline karar verdiği ilk dava ise Kurt/Türkiye davasıdır. Mahkeme her iki davada da yükümlülüğü 2. maddeden doğan usulî bir pozitif yükümlülük olarak nitelendirmiştir.

Benzer bir biçimde, Mahkeme işkence yasağının da, tıpkı yaşama hakkı gibi devlete negatif yükümlülükler yanında pozitif yükümlülükler de yüklediği kanısındadır. Buna göre, devletin maddeden kaynaklanan negatif yükümlülüğü hiç kimseyi işkence, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza ve muameleye tabi tutmaması oluşturur. Devletin 3. maddeden kaynaklanan pozitif yükümlülükleri ise, esasa ve usule ilişkin pozitif yükümlülükler olarak ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan esasa ilişkin pozitif yükümlülüklerin birinci kısmını devletin işkenceyi önlemek için etkin bir hukuki sistem tesis etmesi oluşturmaktadır. Devletin pozitif yükümlülüklerinin ikinci kısmını, devletin bildiği veya bilebileceği durumlarda hem kamu görevlilerinin yaptığı hem de bireyler arasında gerçekleşen kötü muamele eylemlerine karşı önlem alması gerekmektedir. Devletin 3. maddeden kaynaklanan esasa ilişkin pozitif yükümlülüklerinin son kısmını ise, ihlal nedeniyle ortaya çıkan maddi ve manevi zararlarının tazmini oluşturmaktadır.

Devletin 3. maddeden kaynaklanan pozitif yükümlülüklerinin usule ilişkin kısmını, ihlale yönelik etkin bir soruşturma yürütülmesi zorunluluğu oluşturmaktadır. Mahkeme'nin taraf devletlerin 3. maddenin ihlali nedeniyle etkin soruşturma yükümlülüğü altında bulunduğuna karar verdiği ilk dava Aksoy/Türkiye davası olmuştur. Ancak Mahkeme bu davada etkin soruşturma yükümlülüğünü 3. maddede düzenlenen işkence yasağına değil, 13. maddeye dayandırmıştır. Mahkeme'nin etkin soruşturma yükümlülüğünü hukuken 3. maddeye dayandırdığı ilk dava ise, Assenov/Bulgaristan davası olmuştur.

Yukarıdaki açıklamaların da gösterdiği gibi, yükümlülüğün maddi dayanağını 2. ve 3. maddeler ile koruma altına alınan hakların ihlali oluşturmaktadır. Ancak Mahkeme yükümlülüğü farklı kararlarında farklı hukuksal düzenlemelere dayandırabilmektedir.

Yükümlülüğünün Unsurlarına İlişkin Sonuçlar

AİHM'ye göre, etkin bir soruşturmanın beş unsuru bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, soruşturma makamlarının soruşturmaya suç haberini alır almaz, “ipso facto”; yani başka bir kişi ya da makamın talebi olmaksızın, kendiliğinden başlamasıdır. Etkin soruşturma yükümlülüğünün bu unsuru, aynı zamanda ceza yargılamasının kamusal nitelikte olmasının da bir gereğidir.

Yürütülen bir soruşturmanın etkin olarak nitelendirilebilmesinin ikinci unsuru, soruşturmayı yürüten organların bağımsız, tarafsız ve ön yargılardan uzak olmasıdır. Ancak bağımsız ve tarafsız olması beklenenler sadece hâkim, savcı ve kolluk güçleri değildir. Mahkeme'ye göre soruşturmanın etkinliğinin sağlanabilmesi için, başta bilirkişiler olmak üzere, sürece katılan diğer kamu görevlilerinin de bağımsız ve tarafsız olması gerekmektedir. Konuya ilişkin kararlarda üzerinde sıklıkla durulan hususların başında, soruşturma makamlarının ön yargılı davranışlarının soruşturmadan etkinliğine verdiği zarar gelmektedir. Söz konusu kararlarda savcılık makamının kolluk kuvvetinin etkisi altında kalarak soruşturmaya ön yargılı bir şekilde yaklaşması nedeniyle, soruşturmadan sonuç alınmasını sağlayacak işlemleri zamanında veya hiç yapmadığına dikkat çekilmiştir. Konuya ilişkin olarak üzerinde durulan bir diğer husus ise, olağanüstü hal döneminde görev yapan ve kamu görevlileriyle ilgili şikâyetleri soruşturarak dava açma yetkisine sahip olan ilçe ve il idare kurullarının yapısı olmuştur. Mahkeme, verdiği kararlarda, bu kurulların yapısının soruşturmayı gerçekleştirenlerin soruşturululardan bağımsız olması gerekliliğine aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir.

Etkin soruşturmanın üçüncü unsuru, soruşturmanın kamunun denetimine açık bir şekilde yürütülmesidir. Ancak Mahkeme, kararlarında açıklığın sınırına ilişkin genel bir çerçeve çizmemiş, sadece bir asgari sınır belirlemiştir. Buna göre soruşturmanın kamunun denetimine açıklığının asgari sınırını, mağdurun veya yakınlarının soruşturma süreciyle ilgili, olarak bilgilendirilmeleri ve soruşturma dosyasına rahatça ulaşabilmeleri oluşturmaktadır.

Etkin bir soruşturmanın dördüncü unsuru, soruşturmanın ivedilikle başlatılmasıdır. Soruşturmaya ivedilikle başlanması, suç haberini alan soruşturma makamlarının bu haber karşısında hareketsiz kalmayarak, hızlı bir şekilde tepki

vermelerini ifade eder. AİHM'ye göre, bu unsur, halkın hukuk devletine olan güveninin korunması için zaruridir.

Etkin bir soruşturmanın son unsuru ise, soruşturmanın makul bir özen ve titizlikle yürütülerek, makul bir süre içinde bitirilmesidir. Soruşturmanın makul bir özen ve titizlikle yürütülmesi, soruşturma işlemlerinin soruşturmadan sonuç alınması, yani ihlalin ve bu ihlalden sorumlu olanların tespitine engel olacak bir eksikliğe veya hataya meydan verilmeden yürütülmesi anlamına gelir. Soruşturmanın makul bir sürede yürütülerek makul bir süre içerisinde bitirilmesi ise, soruşturma işlemlerinin yapılabilecekleri en kısa süre içinde yapılarak, soruşturmanın mümkün olan en kısa zamanda bitirilmesi anlamına gelir. AİHM bu unsurun ihlalinin, vatandaşların hukuk devletine olan inançlarını sarsacağını belirtmiştir.

Anılan unsurlar dışında Mahkemenin soruşturmanın etkinliğine ilişkin olarak üzerinde en çok durduğu husus, delillerin toplanması ve muhafaza altına alınmasıdır. Mahkemeye göre, yaşama hakkının veya işkence yasağının ihlal edildiği fiillere ilişkin soruşturmalarda olay yerinin incelenmesi, fotoğrafların çekilmesi, tanıkların tespiti ve ifadelerinin alınması, tıbbi ve balistik delillerin toplanması ve muhafazası gibi hususlar büyük bir önem taşır. AİHM bu ve benzeri nitelikteki delillerin toplanmasında ve muhafazasında meydana gelen eksikliklerin, makul özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle soruşturmanın etkinliğini ortadan kaldırdığını kabul etmektedir.

Mahkeme etkin soruşturma yükümlülüğünün gerekleri konusunda tahdidi bir katalog kriterler listesi bulunmadığı kanaatindedir. Bu nedenle, bir soruşturmanın etkin olup olmadığını denetlerken, öncelikle yukarıda saydığımız temel asgari unsurların karşılanıp karşılanmadığını incelemekte, bunun dışında ise her somut olayı kendine özgü koşulları içerisinde değerlendirmektedir. Bu incelemeyi yaparken de, soruşturma kavramı ülkelerin iç hukuklarından bağımsız, otonom bir kavram olarak ele almamaktadır. Böylece ilk suç isnadından yargılamanın sonuna kadar geçen tüm aşamalarda, yapılan ve yapılmayan işlemler soruşturmanın etkinliği bağlamında değerlendirilmektedir. Bu değerlendirme sırasında da, soruşturmada yapılan her eksiklik değil, sadece soruşturmadan sonuç alınmasına engel olacak nitelikteki eksiklik ve yanlışlıkların soruşturmanın etkinliğine zarar verdiği kabul edilmektedir.

Bunun dışında Mahkeme, yürütülen soruşturmada yukarıda sayılan gerekliliklere uygun davranılmış ve sonuç alınmasını engelleyecek nitelikte bir eksiklik veya yanlışlık yapılmamışsa, buna rağmen soruşturmadan sonuç alınamamış olsa dahi, taraf devletin etkin soruşturma yükümlülüğünü yerine getirdiğini kabul etmektedir. Bunun sonucu olarak etkin soruşturma yükümlülüğü, soruşturmadan sonuç alınmasına yönelik değil, işleyişine ilişkin araçsal bir yükümlülüktür.

Konuya İlişkin Öneriler

AİHM'nin etkin soruşturma yükümlülüğü ile ilgili olarak Türkiye hakkında verdiği mahkumiyet kararları, ya ülkemizde ceza muhakemesi alt yapısının tam olarak kurulmamış olmasından ya da uygulamacıların hukuki düzenlemeleri tam olarak uygulamamasından kaynaklanmaktadır.

Mahkeme'nin etkin soruşturma yükümlülüğü konusunda üzerinde durduğu ilk husus, soruşturmayı yürüten kişilerin bağımsız, tarafsız ve ön yargılardan uzak olmasıdır. Türkiye'nin mahkum olduğu konuların başında, savcıların soruşturmaları yürütürken kolluk güçlerinin etkisiyle tarafsızlıktan uzak bir tavır sergilemeleri gelmektedir. Bu konuda en çok karşılaşılan örnek, savcıların soruşturmayı 2. ve 3. madde ihlallerinde taraf olma ihtimali bulunan kolluk güçlerinin etki ve yönlendirmesi altında kalarak yürütmesi gelmektedir. Bu durum, soruşturanların soruşturulardan ayrı ve bağımsız olması şartıyla bağdaşmamaktadır. Soruşturmanın kolluk güçleri tarafından yürütüleceğini öngören eski CMUK düzenlemesinden kaynaklanan bu durum, yeni CMK'nın soruşturmanın bizzat savcılık tarafından yürütüleceğini kabul eden düzenlemesi ile kısmen aşılmıştır. Ancak sorunun tamamen ortadan kalktığını söylemek de mümkün değildir. Çünkü sorunun asıl kaynağı soruşturmanın kolluk tarafından yürütülmesi değil, CMK'nun 160. maddesi ile yasal alt yapısı oluşturulmasına karşın, idari kolluktan ayrı olarak, Adalet Bakanlığına bağlı bir adli kolluk teşkilatının henüz kurulmamış olmasıdır. Bu durum, teorik olarak savcılığın emrinde olan kolluk güçlerinin fiiliyatta da bu makamın emrine alınmasını büyük ölçüde güçleştirdiği gibi, soruşturmanın tarafı olma ihtimali bulunan kolluk güçleri arasında kurumsal bir ayırımın gerçekleştirilmesini de engellemektedir. Bu nedenle, ancak Adalet Bakanlığına bağlı olarak faaliyet gösterecek bir adli kolluk teşkilatı,

AİHM'nin soruşturmayı yürütenlerin, soruşturulanlardan kurumsal açıdan bağımsız olması gerektiği yönündeki içtihadını karşılayabilecektir.

Bağımsızlık ve tarafsızlığa ilişkin yapılması gereken bir diğer değişiklik de, öğretinin büyük çoğunluğu tarafından da önerildiği gibi, savcıların reddine imkan sağlayacak hukuksal düzenlemelerin yapılmasıdır. Savcıların reddine imkan tanıyacak bir düzenleme yapılması, adil yargılanma hakkının tam olarak hayata geçirilebilmesi için de zorunludur.

Konuya ilişkin olarak Türkiye'nin karşı karşıya kaldığı bir diğer sorun, oldukça uzun süren soruşturma ve yargılamaların, etkin soruşturma yükümlülüğünün makul süre koşulunu ihlal etmesidir. Yargı teşkilatının ağır işlemesi, soruşturma işlemlerinin uzun sürmesi gibi nedenler, bu durumun temel sebebi durumundadır. Bu, büyük ölçüde ülkemizde ceza yargılamasının fiziksel ve beşeri alt yapısının tam olarak oluşturulamamasının bir sonucudur. Özellikle yargılama sürecinde yer alan hâkim, savcı, kolluk güçleri, kalem personeli ve bilirkişilerin uzmanlaşmasının sağlanamamış olması nedeniyle verimsiz çalışması, yargılama süreçlerinin uzamasının ana sebebini oluşturmaktadır. Bu nedenle adalet teşkilatının beşeri unsurunu oluşturan personelin uzmanlaşmasının sağlanması yargılamanın hızlanmasının öncelikli koşulu durumundadır. Bu kapsamda şu değişiklikler yapılabilir:

- Adalet Bakanlığına bağlı olarak kurulacak adli kolluk teşkilatında gerçek anlamda bir uzmanlaşmanın sağlanması, gittikçe önem kazanan bilimsel delillerin toplanması, muhafazası ve bunlardan sonuç çıkarılmasında uzman birimlerin kurulması, önemlidir.

- Adliyelerde yardımcı personel konumundaki kişilerin hem nicelik hem de nitelik olarak güçlendirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda personelin çalışma koşullarının iyileştirilmesi için ücretleri arttırılmalıdır. Ayrıca bu kurumlarda sadece Adalet Liseleriyle Adalet Meslek Yüksek Okullarından mezun olan kişiler çalıştırılmalıdır. Söz konusu personelin adliye içinde görev yaptığı birimlerin sık sık değiştirilmemesi de, yargılama süreçlerinde verimliliğin sağlanması adına yapılması gerekenler arasındadır.

- Soruşturma sürecinin asıl yürütücüsü konumunda olan hâkim ve savcılarının uzmanlaşmalarını sağlamak için de, bazı düzenlemeler yapılmalıdır. Öncelikle

hâkimlerin mesleğe alınırken hukuk ve ceza branşlarına ayrılmaları ve bunu temin için, giriş sınavlarının da branşlaşmaya uygun olarak yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Bunun yanında hâkim yardımcılığı kurumu getirilerek, mesleğe yeni başlayacak hâkimlerin hakim yardımcısı olarak mesleğe başlatılmaları doğru olacaktır. Böylelikle asıl uyuşmazlığın çözülmesi için yapılması gereken tali işler hakim yardımcılarını tarafından yapılacak, bu sayede hâkimlerin temel ceza uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik olarak daha verimli bir biçimde çalışmalarını mümkün olabilecektir.

- Hâkimler için önerdiğimiz düzenlemeler savcılar içinde yapılmalı; yani savcılık sınavı hâkimlik sınavından ayrılmalı ve savcı yardımcılığı kurumu ihdas edilmelidir.

- Ceza yargılamasının etkinliğinin sağlanabilmesi için yeniden yapılandırılması gereken kurumlardan birisi de bilirkişiliktir. Özellikle 2. ve 3. madde ihlallerinden kaynaklanan vakaların çözümü açısından olmazsa olmaz nitelikte olan tıbbi delillerin değerlendirilmesi için bilirkişiye başvurulması bir gereklilik teşkil etmektedir. Ne var ki, bu alanda bilirkişilik müessesenin gereği olan uzmanlaşmanın sağlanabildiğini söylemek mümkün değildir. Öyle ki, bu alanda çalışan uzman sayısının azlığı, kimi zaman otopsi işlemlerinin bile pratisyen hekimler tarafından yapılmasına neden olmaktadır. Bu nedenle, tıbbi bilirkişi eksikliğinin aşılması için adli tıp uzmanları yetiştirilmesi amacıyla tıp fakültelerinden bağımsız olarak adli tıp akademileri kurulması yararlı olacaktır. Ayrıca bu akademilerde İstanbul ve Minnesota Protokollerinin benimsediği prensipler doğrultusunda eğitim yapılması uluslararası standartlara uyum sağlamayı mümkün kılacaktır.

- Tıbbi bilirkişilik konusunda üzerinde durulması gereken bir diğer nokta Adli Tıp Kurumunun yapısıdır. Her ne kadar bilirkişilik bir delil değerlendirme aracı olsa da, tıbbi delillerin değerlendirilmesi için bilirkişiye başvurmak zorunluluk teşkil etmektedir. Bugün itibariyle ülkemiz uygulamasında Adli Tıp Kurumu tıbbi delillerin değerlendirilmesinde zorunlu resmi bilirkişilik kurumu haline gelmiştir. Kurumun Adalet Bakanlığına bağlanması, bu algıyı daha da pekiştirmiştir. Bu durum soruşturma organlarının, soruşturulan kişilerden kurumsal açıdan bağımsız olması gerekliliği ile de çelişmektedir. Bu nedenle Adli Tıp Kurumu ile Adalet Bakanlığı arasındaki kurumsal ilişkiye son verilerek, kurumun bağımsız bir yapılanmaya kavuşturulması doğru olacaktır. Ayrıca yaptığı hatalar sıklıkla gündeme gelen bu kuruma alternatif

oluşturulabilmesi için, kurulması önerilen adli tıp akademileri bünyesinde görev yapacak merkezlerin faaliyet göstermesine imkan sağlanması da, bilirkişilik müessesinin asli fonksiyonunu icra edebilmesi açısından faydalı olacaktır.

- Yine otopsi işlemlerine ilişkin olarak Türkiye'nin mahkumiyetine neden olan pratisyen hekimle otopsi yapılması uygulamasına son verilmesi doğru olacaktır. Bunun için CMK'nın 87. Maddesinde yer alan ve otopsiye pratisyen hekimin katılımı uygulamasına imkan veren ifadenin kanundan çıkarılması uygun olacaktır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- Avrupa Konseyi, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yay., Ankara 2007.
- Akandji – Kombe, Jean François, *İnsan Hakları El Kitapları, No.7: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler*, Avrupa Konseyi Yay., Brüksel 2008.
- Armaoğlu, Fahir, *20.Y.Y. Siyasî Tarihi*, Alkım Kitabevi, İstanbul 2010
- Artuk Mehmet Emin, Ahmet Gökçen ve A.Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- Artuk Mehmet Emin, Ahmet Gökçen ve A.Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.
- Bahadır, Oktay, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Yaşama Hakkı*, Adalet Yay., Ankara 2009.
- Bakı, Sevi, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu*, Beta Yay., İstanbul 2008.
- Balo, Yusuf Solmaz, *Ceza Muhakemesinde Tanık Koruma*, Seçkin Yay., Ankara 2009
- Bıçak, Vahit, *Suç Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara 2010
- Bozkurt, Enver, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku*, Asil Yay., Ankara 2006.
- Bozkurt, Enver, *İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü*, Nobel Yay., Ankara 2003.
- Çavuşoğlu, Naz, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine*, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yay., Ankara 1994.
- Cengiz, Serkan, Fahrettin Demirağ, Teoman Ergül, Jeremy Mc Bride ve Durmuş Tezcan, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*, TBB Yayınları, Ankara 2008.
- Centel, Nur, *Hâkimin Tarafsızlığı*, Kazancı Kitabevi, İstanbul 1996.
- Centel Nur ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yay., İstanbul 2008.
- Centel Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yay. İstanbul 2008.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay., Ankara 2007.

- Demirbaş, Timur, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yay., Ankara 1992.
- Doğan, İlyas, *Devletler Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara 2008.
- Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, Legal Yay., Mart 2006.
- Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Cilt 1*, Legal Yay., İstanbul 2008.
- Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Cilt 2*, Legal Yay., İstanbul 2008.
- Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Cilt 3*, Legal Yay., İstanbul 2008.
- Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Cilt 4*, Legal Yay., İstanbul 2008.
- Döner, Ayhan, *İnsan Haklarının Uluslar arası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi*, Seçkin Yay., Ankara 2003.
- Ergül, Ergin, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Yargı Yay., Ankara 2003.
- Feyzioğlu, Metin, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*, US-A Yay., Ankara 1996.
- Feyzioğlu, Metin, *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*, Yetkin Yay., Ankara 2002.
- Gemalmaz, Mehmet Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Legal Yay., İstanbul 2007.
- Gemalmaz, Mehmet Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/İşkence Yasağı) Analizi*, Ankara Barosu Yay., Ankara 2007.
- Gemalmaz, Mehmet Semih, *İnsan Hakları Belgeleri Cilt I*, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2003.
- Gemalmaz, Mehmet Semih, *İnsan Hakları Belgeleri Cilt III*, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2003.
- Gemalmaz, H. Burak, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, Beta Yay., İstanbul 2009.
- Gemalmaz, H. Burak, *Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması*, Legal Yay., İstanbul 2005.

- Dutertre, Gilles *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yay., Ankara, 2007
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yay., Bursa 2000.
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Yay., Bursa 2010.
- Gözlügül, Said Vakkas, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuzda Etkisi*, Yetkin Yay., Ankara 2002.
- Gözübüyük A.Şeref ve Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- Günay, Erhan, *Uygulamada Adli Muayene ve Otopsi*, Adil Yay., Ankara 2002.
- Güven, Kudret, *Kişilik Hakları ve Ötenazi*, Nobel Yay., Ankara 2000.
- Güzeloğlu, Turhan, *Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi*, Seçkin Yay. Ankara 2008.
- Sever, Hanifi ve Kaygısız, Mustafa, *Cinayetlerin Şifresi*, Ankara 2007.
- İnceoğlu, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, Beta Yay., İstanbul 2005.
- Kalabalık Halil, *İnsan Hakları Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara 2009.
- Koca, Mahmut ve Üzülmöz, İlhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay., Ankara 2009
- Korff, Douwe, *İnsan Hakları El Kitapları, No.8: Yaşam Hakkı*, Avrupa Konseyi Yay., Brüksel 2006.
- Kunter Nurullah, Yenisey, Feridun ve Nuhoğlu, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yay., İstanbul 2006.
- Lawson, Edward H. ve Bertucci Mary Lou, *Encyclopedia of Human Rights*, Taylor & Francis Yay., Washington DC 1996,
- Lee, Stephen J., *Avrupa Tarihinden Kesitler 1494-1789*, Çeviren Ertürk Demirel, Dost Kitabevi, Ankara 2002
- Madra, Ömer, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı*, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yay., Ankara 1981.
- Mole Nuala ve Catharina Harby, *İnsan Hakları El kitapları, No.3:Adil Yargılanma Hakkı*, TBB Yay., Ankara 2005.
- Önok, Murat, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Seçkin Yay., Ankara 2006.
- Özbek, Veli Özer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara 2006.

- Özbey, Özcan; *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Yöntemleri*, Adalet Yay., Ankara 2008.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yay., Ankara 2009.
- Özdek, Yasemin, *İnsan Hakları Hukuku, Avrupa ve Türkiye*, Kırmızıkaşem Yay., İstanbul 2004.
- Öztürk Bahri ve M. Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara 2007.
- Pazarcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.
- Polat, Oğuz, *Kriminoloji ve Kriminalistik Üzerine Notlar*, Seçkin Yay., Ankara 2004.
- Polat, Oğuz, *Klinik Adli Tıp*, Seçkin Yay., Ankara 2007.
- Reid, Karen, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı Birinci Kitap*, 2000.
- Reidy, Aisling, *İnsan Hakları El Kitapları, No. 6: İşkencenin Yasaklanması*, TBB Yay., Ankara 2005.
- Reisoğlu, Safa, *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları*, Beta Yay., İstanbul 2001.
- Sander, Oral, *Siyasi Tarih 1918- 1994*, İmge Kitabevi, 7. Baskı, Ankara 1998
- Simmons, Alan, (çev. Defne Orhun), *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Başvuru*, Legal Yay., İstanbul 2005.
- Sur, Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, Beta Yay., İstanbul 2008.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yetkin Yay., Ankara 2007.
- Şahin, Cumhur, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Seçkin Yay., Ankara 2007.
- Şahin, Cumhur, *Sarığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Yetkin Yay., Ankara 1994.
- Şahin, Cumhur, *Ceza Muhakemesinde İspat*, Yetkin Yay., Ankara 2001.
- Şahinkaya, Yalçın, *Suçsuzluk Karinesi*, Seçkin Yay. Ankara 2008.
- Şener, Esat, *Hukuk Sözlüğü*, Seçkin Yay., Ankara 2001.
- Gülsoy, Mehmet Tefik, *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Yetkin Yay., Ankara 2007.
- Tezcan Durmuş, M.Ruhan Erdem ve Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara 2007.
- Tezcan Durmuş, M.Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Murat Önok, *İnsan Hakları El Kitabı*, Seçkin Yay., Ankara 2006.

- Tezcan Durmuş, M.Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, TC Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı Yay., Ankara 2004.
- Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Yay., İstanbul 2009.
- Toroslu Nevzat ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yay., Ankara 2008.
- Tosun, Öztekin, *Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Cilt 1*, Acar Matbaacılık Tesisleri, İstanbul 1984.
- Tunalı, İbrahim, *Adli Tıp*, Ankara 1998.
- Türkiye Barolar Birliği, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*, TBB Yay., Ankara 2008.
- Ünal, Şeref, *Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku*, Yetkin Yay., Ankara 1997.
- Ünal, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara 2001.
- Ünal, Şeref, *Avrupa Birliği Hukukuna Giriş*, Yetkin Yay., Ankara 2007.
- Ünver Yener, Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 2*, Adalet Yay., Ankara 2010.
- Ünver Yener, Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yay., Ankara 2010.
- Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.
- Yenisey, Feridun, *Duruşma ve Kanunoyolları*, Beta Yay., İstanbul 1990.
- Yenisey, Feridun, *Hazırlık Soruşturması ve Polis*, Beta Yay., İstanbul 1993.
- Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yay., Ankara 2005.
- Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Beta Yay., İstanbul 2007.

Editörlü Kitapta Bölüm

- Anayurt, Ömer, “İnsan Hakları Bölgesel Koruma Sistemlerinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, İlyas Doğan (Ed.), *İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü*, (ss. 181-213), Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı, Ankara 2009.

- Anayurt, Ömer, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, İlyas Doğan (Ed.), *İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü*, (ss. 213-279), Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı, Ankara 2009.
- Çavuşoğlu, Naz, “Avrupa Konseyi: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin Denetim Sistemi”, *İnsan Hakları*, (ss.456-477), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000.
- Doğan, İlyas ve Abdülkadir Akıl, “İstanbul Protokolü İlkeleri Işığında İşkence’nin Soruşturulması”, İlyas Doğan (Ed.), *İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü*, (ss.47 -64) Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı, Ankara 2009.
- Eren, Abdurrahman, “Birleşmiş Milletler Sisteminde İşkence Yasağı ve Koruma Mekanizmaları”, İlyas Doğan (Ed.), *İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü*, (ss.119 -180) Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı, Ankara 2009.
- Evik, Vesile Sonay, “Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, (ss.283-308), Seçkin Yay., Ankara 2004.
- Hakeri, Hakan, “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, İlyas Doğan (Ed.), *İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü*, (ss.341-374) Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı, Ankara 2009.
- Kök, A.Nezih, “İstanbul Protokolü Bağlamında Hekime Ulaşma Hakkı ve Hekimin Uymakla Yükümlü Olduğu Etik İlkeler”, İlyas Doğan (Ed.), *İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü*, (ss.65 -74) Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı, Ankara 2009.
- Ladewig, Hans Meyer, “Adil Yargılanma Hakkı II”, Çeviren Hakan Hakeri, *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, (ss.87-98), Seçkin Yay., Ankara 2004.
- Uygun, Oktay, İnsan Hakları Kuramı,“*İnsan Hakları*, (ss.397-406), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi, “İnsan Haklarının Ulusal Düzeyde Korunması”, *İnsan Hakları*, (ss.397-406), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000.

Bildiri Yayınlanmıştır

- Bakırcı, Hasan, “AİHS’ne Üye Devletlerin Sözleşmeden Kaynaklanan Pozitif Yükümlülükleri”, Ahmet Taşkın (Ed.), *50.Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye Sempozyumu:4 Aralık 2009 – Ankara: Bildiriler* (s.31-39), Türkiye Adalet Akademisi Yay., Ankara 2010
- Şebnem Korur Fincancı, “İstanbul Protokolü”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı*, (s.160-165), TBB Yay.,Ankara 2004
- Fura, Elisabet, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulamasında Aile İçi Şiddet”, Ahmet Taşkın (Ed.), *50.Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye Sempozyumu:4 Aralık 2009 – Ankara: Bildiriler* (s.20-30), Türkiye Adalet Akademisi Yay., Ankara 2010
- Garlicki, Lech, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Yaşam Hakkı”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı*, (s.80-89), TBB Yay.,Ankara 2004.
- Kaboğlu, İbrahim, “AİHM’nin Yorum Yöntemleri”, *İnsan Hakları Konferansları*, (s.311-336), Ankara Barosu Yay., Ankara 2006.
- Karakaş, Işıl, “Son Dönemde Türkiye Hakkında Verilen Önemli Kararlar”, Ahmet Taşkın (Ed.), *50.Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye Sempozyumu:4 Aralık 2009 – Ankara: Bildiriler* (s.20-30), Türkiye Adalet Akademisi Yay., Ankara 2010.
- Marguenaud, Jean-Pierre “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yorum Yöntemleri”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı*, (s.46-54), TBB Yay.,Ankara 2004.
- Özen, Muharrem, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Bağlamında Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağına İlişkin İç Hukuktaki Düzenlemeler ve Uygulamadaki Sorunlar”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı*, (s.119-160), TBB Yay.,Ankara 2004.
- Öztürk, Bahri, “Savcılığın Ceza Adalet Sistemi İçindeki Rolü ve Örgütlenmesi”, *Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu:7-9 Temmuz 2006-Ankara: Bildiriler* (s.150-160), TBB Yay., Ankara 2006.

Tulkens, Françoise, “Genel Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması”, Ahmet Taşkın (Ed.), *50.Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye Sempozyumu:4 Aralık 2009 – Ankara: Bildiriler*, (s.11-20), Türkiye Adalet Akademisi Yay. Ankara 2010.

Tezler

Bakırcı, Recep, “*The Right to Trial Within a Reasonable Time by an Independent and Impartial Tribunal In the Light of the European Court of Human Rights Judgments and Turkish Law*”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Avrupa Birliği Enstitüsü, İstanbul 2010.

Başar, Mükerrerem Onur, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Makul Sürede Yargılanma Hakkı*”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2008.

Birtane, Şermin, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İdari Yargısına Etkisi*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2007.

Kaya, Mehmet, *İşkencenin Belgelenmesine Dair İstanbul Protokolü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008.

Can, Fatih, *Türkiye’de Savcılık Kurumu*,(Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale 2005.

Akgül, Esin, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı İhlali Olgularının Adli Tıp Boyutu*, Adli Tıp Kurumu Başkanlığı, İstanbul, 2002

Makaleler

Artuk, Mehmet Emin, “İşkence Suçu”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı 7, Ağustos 2008, (ss. 5-40).

Aksoy, Emine Eylem, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 13. Maddesi: Etkili Başvuru Hakkı”, *Çetin Özek Armağanı*, 2004, (ss.17-24).

Cengiz, Serkan, “14 Nolu Protokol ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Getirilecek Olan Değişiklikler”, *TBB Dergisi*, Sayı 56, 2005, (ss. 341-358).

- Cengiz, Serkan, “AİHM Kararlarının İç Hukuka Etkisi”, *TBB Dergisi*, Sayı 79, 2008, (ss. 434-450)
- Centel, Nur, “Adli Tıp Bilimleri ve İnsan Hakları” *AÜEHFD*, C.IV. S. 1-2, 2000, (ss.3-19).
- Çiçekli, Bülent, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye Kararlarının Analizi (2002-2005) ve Ceza Muhakemesine Yansımaları”, *CHD*, Sayı 1, 2006, (ss.232-261).
- Çor, Yaşar, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Sözleşme Kapsamında İşkence Görmeme Hakkına Bakış Açısı”, *TBB Dergisi*, Sayı 75; 2008, (ss.63-93)
- Doğan, Bülent ve Seven, Huriye, “İnsan Hakları Sorunu Olarak İşkence”, *Türk İdare Dergisi*, Sayı 438, Mart 2003, (ss.90-120).
- Er, Cüneyd, “Sözleşme’nin 1. Maddesi: İnsan Haklarına Saygı Yükümlülüğü ve Sözleşme’nin Uygulanması”, *TBB Dergisi*, Sayı 53, 2004, (ss.45-60)
- Gülsoy, Tevfik, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin Türkiye İle İlgili Kararlarında Adli Tıp Konusundaki İçtihatları”, *AÜEHFD*, Cilt VI, Sayı 1-4, 2007, (ss.133-146).
- Hacıoğlu, Burhan Caner, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İhlal Kararının Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Yeni Bir Muhakeme’nin Yenilenmesi Sebebi Olarak Kabulü ve İzlenecek Muhakeme Usulü Üzerine Bir İnceleme”, *AÜEHFD*, Cilt VIII, Sayı 1-2, 2004, (ss.93-113).
- İşler, Evren, “Otopsinin Tanımı, Çeşitleri, Tarihçesi, Amacı ve Önemi” *Legal Hukuk Dergisi*, Nisan 2003, (ss.883-890.)
- Karakaş, Işıl, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yaşam Hakkı:Mc Cann’dan Kaya ve Ötesine” *GÜHFD Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan*, 2002/1, Ocak 2002, (ss. 58-70).
- Koca, Mahmut “Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”, *CHD*, Sayı 2, Aralık 2006, (ss. 207-225)
- Kök, A.Nezihî, “Parmak İzlerinin Delil Olarak Kullanılması”, *AÜEHFD*, Cilt IV, Sayı 1-2, 2007, (ss. 3-8).
- Kök, A.Nezihî, “Yaşam Hakkına Yönelik Suçlarda Kanıt Elde Edilmesi”, *AÜEHFD*, Cilt XI, Sayı 1-2, 2007, (ss. 3-16).
- Kılınç, Ahmet, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İçin Yaşama Hakkı Yargısı”, *Kazancı Hukuk Dergisi*, Sayı 39-40, (ss.82-132)

- Nuhoğlu, AyŖe, “Beden Muayenesi”, *YÜHFD*, Cilt III, S. 2, 2006, (ss. 323-3336).
- Özbek, Veli Özer, “Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu”, *YÜHFD*, Cilt III, S. 2, 2006, (ss. 357-406)
- Öztürk, Cemal, “İz İncelemede Adli Tıp Fizik İhtisas Dairesinin Yetki Sorunu” *CHD*, Sayı 3, Nisan 2007, (ss. 153-169)
- Roxin, Claus, “İspat Hukukunun Esasları”, Çeviren Yener Ünver, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl 4, Sayı 8, (ss., 265-289)
- Taşkın, Ahmet, “Ceza Muhakemesinde BilirkiŖiye BaŖvurma Zorunluluğu” *CHD*, Sayı 3, Nisan 2007, (ss.111-152).
- Ünver, Yener, “Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız”, *CHD*, S.2, Aralık 2006, (ss.104-205).
- Yamaner, Melike Batur, “Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Uluslararası İnsancıl Hukuk İliŖkisi”, *Erdoğan Teziç’e Armağan*, (ss. 379-392)
- Yenisey, Feridun, “YCMK ’ya Göre Tıbbi Deliller ve BilirkiŖi İncelemesi”, *YÜHFD*, Cilt III, S. 2, 2006, (ss. 309-321)
- Yılmaz, Ahmet, “AteŖli Silahlarla OluŖan Yaralanmalar”, *TBB Dergisi*, Sayı 50, 2004, (ss. 167-178).
- Yıldız, Ali Kemal, “Trafik Suçları Bağlamında Bilimsel Delillerin İspat Fonksiyonu”, *YÜHFD*, Cilt III, S. 2, 2006, (ss. 407-424).
- Yücel, Bülent, “Westphalia AntlaŖmasından Nice AntlaŖmasına: Egemenlik Kavramının Tarihsel Seyri ve Bir Prototip Olarak Avrupa Birliği” *AÜEHFD*, C. X, Sayı 1-2, 2006, (ss. 165-202)

İnternet Kaynakları

- BaŖak, Cengiz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları IŖıđında Göz Altında İnsan Hakları İhlalleri”, (EriŖim Tarihi:10.06.2010), <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/284/2591.pdf>
- Cebeci, Kemal, “KüreselleŖme Bağlamında Ulus Devletin Egemenlik Gücünün DönüŖümü”, (EriŖim Tarihi:13.06.2009) <http://www.sayistay.gov.tr/dergi/icerik/der71m2.pdf>

- Çoban, Ali Rıza, “Strasbourg’da Herküllere İhtiyacımız Var mı ? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, (Erişim Tarihi:13.06.2009), <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-03/AUHF-2008-57-03-coban.pdf>
- Çokal, Salih, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. ve 3. maddeleri kapsamında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında, Cumhuriyet Savcılarının Yapmaları Gereken Soruşturmalar ve Etkin Soruşturma Kavramı”, (Erişim Tarihi:10.06.2010), <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde3.htm>
- Güzeloğlu, Turan, “Birleşmiş Milletler Otopsi Protokolü (Minnesota Otopsi Protokolü)”, (Erişim Tarihi: 08.02.2010), <http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/32say%C4%B1.pdf>
- Bilir, Faruk “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Yapısı ve 14 Nolu Protokol” (Erişim Tarihi: 08.09.2009)” <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2006-55-01/AUHF-2006-55-01-Bilir.pdf>
- Turhan, Faruk, “AİHM Kararları Işığında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği” (Erişim Tarihi: 13.10.2009) http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/4_10.pdf

EKLER**Ek 1. Tezde Kullanılan Mahkeme Kararları Listesi****MAHKEME KARARLARININ LİSTESİ**

<u>KARAR ADI</u>	<u>TARİHİ</u>
1. A.Kaya/Türkiye kararı	19 Şubat 1998
2. Acar/Türkiye kararı	24 Mayıs 2005
3. Adalı/Türkiye kararı	31 Mart 2005
4. Akdeniz ve diğerleri/Türkiye kararı	31 Mayıs 2001
5. Akdınar ve diğerleri/Türkiye kararı	01 Nisan 1998
6. Akkoç/Türkiye kararı	10 Ekim 2000
7. Akkum ve diğerleri/Türkiye kararı	24 Mart 2005
8. Aktaş/Türkiye kararı	24 Nisan 2003
9. Aksoy/Türkiye kararı	18 Aralık 1996
10. Anık ve diğerleri/Türkiye kararı	05 Haziran 2007
11. Assenov/Bulgaristan kararı	28 Ekim 1998
12. Ataman/Türkiye kararı	27 Nisan 2006
13. Ay/Türkiye kararı	22 Mart 2005
14. Şükran Aydın/Türkiye	25 Eylül 1997
15. Süheyla Aydın/Türkiye kararı	24 Mayıs 2005
16. Cennet ve Mehmet Salih Ayhan/Türkiye kararı	27 Haziran 2006
17. Batı/Türkiye kararı	03 Haziran 2004
18. Belçika Dil hakları kararı	23 Temmuz 1968
19. Beker/Türkiye kararı	24 Mart 2009
20. Berktay-Türkiye kararı	01 Mart 2001
21. Boyle ve Rice/İngiltere kararı	27 Nisan 1988
22. Buldan/Türkiye kararı	20 Nisan 2004
23. Büyükdağ/Türkiye kararı	21 Aralık 2000
24. Chahal/Birleşik Krallık kararı	15 Kasım 1996
25. Çakıcı/Türkiye kararı	08 Temmuz 1999
26. Çelikkilek/Türkiye kararı	31 Mayıs 2005
27. Dalan/Türkiye kararı	07 Haziran 2005
28. Dink/Türkiye kararı	14 Eylül 2010
29. Dünder/Türkiye kararı	20 Eylül 2005
30. Edwards/Birleşik Krallık kararı	14 Mart 2002
31. Enzile Özdemir/Türkiye kararı	08 Ocak 2008
32. Ergi/Türkiye kararı	28 Temmuz 1998
33. Erikan/Türkiye kararı	02 Mart 2006
34. Finucane/Birleşik Krallık	01 Temmuz 2003
35. Gezici/Türkiye kararı	17 Mart 2005
36. Gül/Türkiye kararı	14 Aralık 2000

37. Güleç/Türkiye kararı	27 Temmuz 1998
38. Güli Zengin/Türkiye	28 Ekim 2004
39. Güngör/Türkiye kararı	22 Mart 2005

KARAR ADI**TARİHİ**

40. Hasan İlhan/Türkiye kararı	19 Kasım 2004
41. Handyside/İngiltere kararı	07 Aralık 1976
42. Hugh Jordan/Birleşik Krallık kararı	04 Mayıs 2001
43. İkcincisoy/Türkiye Kararı	27 Temmuz 2004
44. İpek/Türkiye kararı	17 Şubat 2004
45. İrlanda/Birleşik Krallık kararı	19 Ocak 1978
46. K/Türkiye kararı	13 Ekim 2004
47. Sultan Karabulut/Türkiye davası	19 Eylül 2006
48. Kılıç/Türkiye	28 Mart 2000
49. Kışmir/Türkiye kararı	31 Mayıs 2005
50. Klass/Almanya kararı	06 Eylül 1978
51. Kmetty/Macaristan kararı	16 Aralık 2003
52. Kurt/Türkiye kararı	25 Mayıs 1998
53. Labita/İtalya kararı	06 Nisan 2000
54. L.C.B./Birleşik Krallık Kararı	09 Haziran 1998
55. Leander/İsveç kararı	26 Mart 1987
56. Loizidou/Türkiye davası ilk itirazlar hakkındaki karar	23 Mart 1995
57. Mahmut Kaya/Türkiye kararı	28 Mart 2000
58. Mastermatteo/İtalya Kararı	
59. Matzarakis/Yunanistan	20 Aralık 2004
60. Mc Cann ve Diğerleri/Birleşik Krallık kararı	27 Eylül 1995
61. Mehmet Emin Yüksel/Türkiye kararı	20 Temmuz 2004
62. Menteş/Türkiye kararı,	28 Ekim 1997
63. Menteşe ve diğerleri/Türkiye	18 Ocak 2005
64. Naddaf/Almanya kararı	
65. Nesibe Haran/Türkiye kararı	06 Ekim 2005
66. Nita/Romanya kararı	24 Kasım 2008
67. Oğur/Türkiye kararı	20 Mayıs 1999
68. Opuz/Türkiye kararı	9 Haziran 2009
69. Orhan/Türkiye kararı	18 Haziran 2002
70. Osman/Birleşik Krallık kararı	28 Ekim 1998
71. Özcan ve diğerleri/Türkiye kararı	20 Nisan 2010
72. Önerıldız/Türkiye kararı	30 Kasım 2004
73. Ramsahai ve diğerleri/Hollanda kararı	15 Mayıs 2007
74. Ribitsch/Avusturya kararı	04 Aralık 1995
75. Rohe Harman/Türkiye kararı	
76. Salman/Türkiye kararı	27 Haziran 2000

77. Selçuk ve Asker/Türkiye	24 Nisan 1998
78. Selmouni/Fransa kararı	28 Temmuz 1999
79. Silver/Birleşik Krallık kararı	25 Mart 1983
80. Soering/Birleşik Krallık Kararı	07 Temmuz 1989
81. Talat Tepe/Türkiye kararı	21 Aralık 2004
82. Tanlı/Türkiye kararı	10 Nisan 2001

KARAR ADI

83. Tanrıbilir/Türkiye
84. Tanrıkulu/Türkiye kararı
85. Tekin/Türkiye kararı
86. Timurtaş/Türkiye
87. Toğcu/Türkiye kararı
88. Tomasi/Fransa kararı
89. Türkoğlu/Türkiye kararı
90. Tyrer/Birleşik Krallık Kararı
91. Uçar/Türkiye Kararı
92. Ülkü Ekinci/Türkiye Kararı
93. Velikova/Bulgaristan Kararı
94. Sevtap Veznedaroğlu/Türkiye Kararı
95. W./Birleşik Krallık Kararı
96. Abdülsamet Yaman/Türkiye Kararı
97. Yasin Ateş/Türkiye Kararı
98. Yaşa/Türkiye kararı
99. Yeter/Türkiye kararı
100. Yunan davası
101. Yürekli/Türkiye kararı

TARİHİ

06 Kasım 2000
06 Ekim 2005
09 Haziran 1998
13 Haziran 2000
31 Mayıs 2005
27 Ağustos 1992
17 Mart 2005
25 Nisan 1978
11 Nisan 2006
16 Temmuz 2002
18 Mayıs 1999
11 Nisan 2000
02 Kasım 2004
31 Mayıs 2005
02 Eylül 1998
13 Ocak 2009
5 Kasım 1969
17 Temmuz 2008

Ek 2. AIHM Karar İstatistikleri

1959-2009	Toplam karar sayısı	En az bir ihlal bulunan kararların sayısı	İhale hükmedilmeyen kararlar	Dostane çözüm/yargasal olmayan yollarda çözümlenler	Diğer Kararlar**	Yaşama hakkının ihlali	Etkin soruşturmanın yokluğu	İşkenecce yasığı	İnsanlık dışı ya da omur kırıcı muamele	Etkin soruşturmanın yokluğu	Kötülik ve Zorla Çatıştırma Yasası	Özgürlük ve Güvenlik Hakkı	Adil Yargılanma Hakkı	Soruşturmanın Uzunluğu	Cezaların Kanunluğu	Özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı	Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü	Hüfde özgürlüğü	Dernek kurma ve toplantı özgürlüğü	Evlenme hakkı	Etkili bayuru hakkı	Ayrımcılığın yasaklanması	Mülkiyet hakkı	Eğitim Hakkı	Serbest Seçim Hakkı	Aynı Suçtan İki Kez Yargılanmama ya da cezalandırılmama	Sözleşme'nin Diğer Maddeleri	
	Total	Total	Total	Total	Total	2	2	3	3	3	4	5	6	6	7	8	9	10	11	12	13	14	P1-1	P1-2	P1-3	P7-4		
ARNAVUTLUK	20	18	1	-	1				2			1	18	2		1					6		9				1	
ANDORA	4	2	-	1	1								1									1						
ERMENİSTAN	20	19	1	-	-				4				12						6				2		1		7	
AVUSTURYA	268	199	33	23	13			1	4			10	77	72		14	1	32	1		8	17	3			4		
AZERBAIJAN	26	22	-	2	2		1	1	2	2			9	2				1	5		3		5		1		1	
BELÇİKA	158	109	19	16	14				4	1			42	55				3			6	9	1				1	
BOSNA HERSEK	13	13	-	-	-				1				2	7							1	1	1				1	
BULGARİSTAN	294	274	9	4	7	7	9		33	13			205	41	110		22	4	5	8	72	4	35		1		7	
HİRVATİSTAN	170	133	8	26	3	1			5	2			45	72		8					23	1	11			1		
KIBRIS	57	47	4	3	3				2				1	8	34	1	5				8	2	4		1		1	
ÇEK CUMHUR.	147	133	4	8	2							17	40	76		12		1	1		12	2	7					
DANİMARKA	34	13	9	11	1							1	1	8		1		1	1		2		1					
ESTONYA	21	18	2	1	-				2				7	4	4	4					3							
FİNLANDIYA	134	103	20	9	2				1				1	35	48			7			10		2			1		
FRANSA	773	576	103	62	32	3	2	1	11		1	41	230	278	3	25			19	2	26	8	23				4	
GÜRCİSTAN	35	28	6	1	-				10	5			11	9	5		2	1	1		4	1	3		1		1	
ALMANYA	157	99	41	9	8				1			15	14	54	1	14				5	11	1						
YUNANİSTAN	556	488	14	20	34	4	3		13	3		20	106	320		5	8	8	5		83	6	61		2			
MACARİSTAN	190	179	4	6	1				1	2			6	5	156	1	1				3	1					2	
İZLANDA	11	8	-	3	-								1	4					1	1			1					
İRLANDA	23	13	5	1	4							2	5	5							3	1						
İTALYA	2023	1556	48	351	68	1	3	1	13			27	229	1095	2	128					76	2	291	1	15		21	
LETONYA	41	34	4	3	-				5			22	8	6	1	15	3	2	1		2	1			3		5	
LİHTENŞTAYN	4	4	-	-	-							1	1	1							1							
LİTVANYA	57	45	6	6	-	1	1		3			16	10	16		12						3	5					
LÜKSEMBURG	29	24	2	3	-				1				8	13		3			1		3	1	1					
MALTA	27	22	2	-	3							7	5	5		1		1				2	5					
MOLDOVA	168	158	1	2	7			7	28	12		46	90	10		7	3	16	6		27		70		1		9	
MONACO	1	1	-	-	-							1	-	-														
KARADAĞ	1	1	-	-	-								-	-									1					
HOLLANDA	124	71	27	15	11		3	1	7			21	21	8		14					1	3	1					
NORVEÇ	27	20	7	-	-							1	9	2		3		5						1				
POLONYA	767	674	46	40	7	2	2		12	5		237	58	360		71		13	1		18	2	18				3	
PORTEKİZ	187	123	5	56	3							2	16	71		3					1	1	26					
ROMANYA	648	584	18	23	23	1	6	1	26	20		45	304	62	1	35					8	22	373		1		9	
RUSYA	862	815	28	13	6	115	122	18	193	34		265	475	112		34	4	16	6		178	2	386	1	2	2	66	
SAN MARİNO	11	8	-	2	1								7	2			1						1					
SİRBİSTAN	40	37	2	-	1							4	12	16		7					14		10					
SLOVAKYA	207	178	5	21	3	1	1		1			15	17	137		11					15	1	7					
SLOVENYA	227	217	7	3	-		2		2	1		2	2	209		2					199							
İSPANYA	78	50	24	2	2				1	1		3	24	11	2	6		2				1					1	
İSVEÇ	89	43	20	23	3	1			1			2	25	11		6			1		2	1	5					
İSVİÇRE	91	63	21	5	2							11	22	6		11		1	11		1	3						
MAKEDONYA	63	58	3	2	-							3	11	40					1		4		4					
TÜRKİYE	2295	2017	46	204	28	76	129	24	175	74		436	657	357	4	69	1	182	39		209	3	544	4	5		29	
UKRAYNA	608	602	3	2	1	2	6	1	31	10		49	396	133		16	3	4	1		122		289		2		5	
BİRLEŞİK KRALLIK	422	257	79	65	21	2	12		13			58	87	24	1	58		10	3	3	28	39	2	2	3		1	
ALT TOPLAM	-	10156	687	1047	318	217	304	56	607	190	1	1629	3207	4008	21	652	30	392	98	4	1187	152	2215	9	39	8	175	
TOPLAM	-			12198*																								

* 10 karar iki ayrı ülkeyi ilgilendirmektedir: Fransa&İspanya, Türkiye&Danimarka, Moldova&Rusya, Gürcistan&Rusya, Romanya&Macaristan, Romanya & Birleşik Krallık, Romanya&Fransa, Macaristan & İtalya, Arnavutluk & İtalya ve Karadağ&Sırbistan

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler	
Adı Soyadı	Cem ŞENOL
Doğum Yeri ve Tarihi	Erzurum / 1979
Eğitim Durumu	
Lisans Öğrenimi	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Y. Lisans Öğrenimi	Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Bildiği Yabancı Diller	İngilizce - Almanca
İş Deneyimi	
Çalıştığı Kurumlar	Emlak Bankası Doğu Anadolu Hukuk Müşavirliği Erzurum Muhakemat Müdürlüğü Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İletişim	
E-Posta Adresi	cmsenol@atauni.edu.tr
Tarih	28.03.2011