

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İNSAN HAKLARI ANABİLİM DALI**

**YAŞAM HAKKI İLE İŞKENCE VE KÖTÜ MUAMELE YASAĞI
KAPSAMINDA CEZASIZLIK SORUNU**

Yüksek Lisans Tezi

Gizem Ceren DEMİR KOŞAR

Ankara, 2021

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İNSAN HAKLARI ANABİLİM DALI**

**YAŞAM HAKKI İLE İŞKENCE VE KÖTÜ MUAMELE YASAĞI
KAPSAMINDA CEZASIZLIK SORUNU**

Yüksek Lisans Tezi

Gizem Ceren DEMİR KOŞAR

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Abdurrahman SAYGILI**

Ankara, 2021

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İNSAN HAKLARI ANABİLİM DALI**

**YAŞAM HAKKI İLE İŞKENCE VE KÖTÜ MUAMELE
YASAĞI KAPSAMINDA CEZASIZLIK SORUNU**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Abdurrahman SAYGILI

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

İmzası

1- Prof. Dr. Abdurrahman SAYGILI

2- Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN

3- Doç. Dr. Hamdi Gökçe ZABUNOĞLU

Tez Savunma Tarihi

18/01/2021

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Prof. Dr. Abdurrahman SAYGILI danışmanlığında hazırladığım “Yaşam Hakkı ile İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Kapsamında Cezasızlık Sorunu(Ankara.2021) ” adlı yüksek lisans ☒ - doktora/bütünleşik doktora ☐ tezindeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Gizem Ceren DEMİR KOŞAR

18.01.2021

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	iv
GİRİŞ	1
I. BÖLÜM	5
ETKİLİ SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE CEZASIZLIK	5
1.1. Cezasızlık Kavramı	5
1.1.1. Tanımı, Kapsamı ve Sınırları	5
1.1.2. Sebepleri	11
1.1.3. Araçları	13
1.1.4. Cezasızlıkla Mücadele	17
1.2. Etkili Soruşturma Yükümlülüğü	20
1.2.1. Yaşam Hakkı, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı	20
1.2.2. Devletin Negatif ve Pozitif Yükümlülükleri	23
1.2.2.1. Negatif Yükümlülük	25
1.2.2.2. Pozitif Yükümlülük	25
1.2.2.2.1. Koruma Pozitif Yükümlülüğü	26
1.2.2.2.2. Soruşturma Pozitif Yükümlülüğü	27
1.2.3. Yaşam Hakkı ile İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Kapsamında Etkili Soruşturma Yükümlülüğü	29
1.2.3.1. Savunulabilir İddia	29
1.2.3.2. Etkili Soruşturma Yükümlülüğünün Kaynağı	31
1.2.3.3. Etkili Soruşturma Yükümlülüğünün Amacı ve Kapsamı	33
1.2.4. Etkili Soruşturma İlkeleri	37
1.2.4.1. Resen ve Derhal Başlatma	41
1.2.4.2. Bağımsızlık ve Tarafsızlık	43
1.2.4.3. Kamu Denetimi ve Etkili Katılım	45

1.2.4.4. Makul Hız ve Özen	47
1.2.4.5. Bir Bütün Olarak Etkili Yürütölme	50
1.2.4.6. Yaptırımın Caydırıcılığı/Giderim Sağlanması	52
1.3. Cezasızlık Tespiti ve Giderim Yolları	53
II. BÖLÜM	64
DELİLLERİN TOPLANMASI, DEĞERLENDİRİLMESİ VE NİTELENDİRME	64
2.1. Tarafsızlığın Sağlanmasına İlişkin Sorunlar	64
2.2. Özel Soruşturma Usulleri	71
2.3. Soruşturmaya Yer Olmadığı Kararı	84
2.4. Delillerin Toplanması	85
2.4.1. Usuli Güvenceler	89
2.4.2. Tıbbi Deliller	91
2.4.3. Kamera Kayıtları ve Tanık Beyanları	94
2.4.4. Bilirkişi İncelemesi ve Keşif	98
2.4.5. Faillerin Tespiti	100
2.5. Delillerin Değerlendirilmesi	102
2.6. Nitelendirme	108
2.6.1. Anayasal Nitelendirme – “İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”	111
2.6.1.1. İşkence – Yoğunluk ve Amaç Unsuru –	114
2.6.1.2. Eziyet	116
2.6.1.3. İnsan Haysiyetiyle Bağdaşmayan Muamele	116
2.6.2. Cezai Nitelendirme	117
2.6.2.1. İşkence	117
2.6.2.2. Eziyet	126
2.6.2.3. Zor Kullanma Yetkisinde Sınırın Aşılması	129
2.6.2.4. Kasten Yaralama	133
2.6.2.5. Görevi Kötüye Kullanma ve İhmal	135
2.6.2.6. Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar	136

2.6.2.7. Kötü Muamele	137
III. BÖLÜM	138
YAPTIRIM	138
3.1. Sonuç Cezanın Belirlenmesi ve İndirim	138
3.2. Adli Para Cezası	141
3.3. Seçenek Yaptırımlara Çevirme	142
3.4. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması	143
3.5. Erteleme	161
3.6. Zamanaşımı	164
3.7. Af	175
3.8. Uzlaşma	179
3.9. Cezaların İnfazı	181
3.10. Disiplin- Görevden Uzaklaştırma- Görevden İhraç	191
SONUÇ	195
KAYNAKÇA	201
ÖZET	217
ABSTRACT	219

KISALTMALAR

§	: Paragraf
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Anayasa	: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
B.	: Baskı
BD	: Büyük Daire
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGTİHK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CPT	: Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi
çev.	: Çeviren
ed.	: Editör
GK	: Genel Kurul
HAGB	: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması
KHK	: Kanun Hükümünde Kararname
KYO	: Kovuşturmaya Yer Olmadığı
md.	: Madde
OHAL	: Olağanüstü Hal
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
Sözleşme	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TTK	: Türkiye Taşkömürü Kurumu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve diğerleri/ve devamı
Y.	: Yıl

GİRİŞ

Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenmekte olan “*yaşam hakkı*” ile “*işkence ve kötü muamele yasağı*” kişilerin en temel insan haklarından ikisini oluşturmaktadırlar. Anayasa, “*olağanüstü haller*” ile “*savaş*” halinde dahi “*kisilerin yaşama hakkına maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne*” dokunulamayacağını 15. maddede hüküm altına almıştır. Devlet insan haklarına uyma ve koruma konusunda farklı yükümlülöklere sahiptir. Kamu görevlileri eliyle bu hakların ihlal edilmesi yasaklanmış iken aynı zamanda gerek kamu görevlilerinin gerek üçüncü kişilerin eylemlerine karşı bireylerin korunması ve hakların bir güvencesi olarak olası ihlallerin etkili şekilde soruşturulması ile sorumluların sorumlulukları ile orantılı şekilde cezalandırılmaları gerekmektedir. Anılan husus etkili soruşturma yükümlölüğünü oluşturmaktadır.

Cezalandırma tekeli Devlet için yalnızca bir yetki değil aynı zamanda bir görev doğurmaktadır. Devlet cezalandırma yetki ve görevinin ceza hukuku aracılığıyla yerine getirmekte, ceza hukuku bir yönüyle yaptırımlar aracılığıyla temel hak ve özgürlüklerin korumasına hizmet etmektedir.

Yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağı ihlallerinin etkili şekilde soruşturulmaması, sorumluların tespit edilerek sorumluluklarıyla orantılı şekilde cezalandırılmamaları cezasızlık sonucunu doğurmaktadır.

Cezasızlık en genel anlamda, işlenen bir suçun somut olarak cezasız kaldığı durumlar için kullanılan bir kavramdır. Suç teşkil eden bir eylem gerçekleştirilmesine rağmen kişinin soruşturulmaması, yargılanmaması, ceza almaması, alması gerekenden daha az ceza alması ya da hükmedilen cezanın infaz edilmemesi durumlarında cezasızlık olgusu karşımıza çıkmaktadır. Kasıtlı öldürmeler, üçüncü kişilerin her türlü saldırıları, işkence, kamu görevlilerinin kasıtlı yaralama eylemleri, kamu görevlilerinin ihmalleri sonucu gerçekleşen ölüm ya da maddi ve manevi bütünlüğün zarar görmesi, kuvvet

kullanımında sınırın aşılması gibi suçların tamamı cezasızlık ile sonuçlanabilmektedir.

Cezasızlık yasal düzenlemelerden kaynaklanabildiği gibi bu düzenlemelerin uygulama şekillerinden de kaynaklanabilmekte ve bu iki faktörü birbirinden ayırmak her zaman tam olarak mümkün olmamaktadır. Mevzuatın uygulanması sırasında çeşitli aşamalarda yapılan hata ve özensizlikler sonucu cezasızlık sonucu doğması mümkün olmakla birlikte kamu görevlilerinin işledikleri suçlar nedeniyle cezalandırılmaları yönündeki isteksizlik nedeniyle de ortaya çıktığını söylemek mümkündür. Suç şüphesiyle yakalanan ve gözaltına alınanlar ile tutuklu ve hükümlülere karşı işlenen suçlar nedeniyle kamu görevlilerinin cezalandırılmamasının yanı sıra cinsel azınlıklar, kadınlar ve farklı siyasi görüştekiler gibi gruplara karşı işlenen kasten yaralama, öldürme gibi suçlar da cezasızlığa konu olmaktadır.

Cezasızlığın ortaya çıkma sebepleri kasıtlı olmayan uygulamalar için özensizlik, eğitim ve denetim eksiklikleri olarak özetlenebilecekken, kasıtlı uygulamalar için suç işleyenin korunması gerektiği düşüncesini oluşturan farklı etmenler gösterilebilir.

Hürriyeti bağlayıcı cezaların cezanın özel önleme işlevini yerine getirmekte yetersiz kalması yönündeki düşüncelerden doğan seçenek yaptırımlar ve suç işleyenin ceza infaz kurumuna girmesinin önüne geçen erteleme kurumlarına başvurma yaygınlaşması, özellikle erteleme kurumlarının ilk kez suç işleyen kişiler dışındaki kimselere ve ağır suçlara da uygulanması, suç türüne ilişkin bir ayrıma gidilmemesi, hükmedilen cezaların yalnızca yarısının ceza infaz kurumunda geçirilmesine yol açan infaz düzenlemeleri de yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağı ihlallerinden sorumlu olanların sorumluluklarıyla orantılı şekilde cezalandırılmaları önünde engel teşkil etmektedir.

Mevcut hukuk sisteminde cezasızlık sonucu doğuran ya da bu yönde araç olarak kullanılan durum ve kurumların tespit edilmesi, gerekli yasal değişikliklerin yapılmasının

ön koşulu olmanın yanı sıra uygulayıcılar açısından yol gösterici ve zorlayıcı bir etki doğması yönünde de önem taşımaktadır.

Çalışma kapsamında ilk bölümde, cezasızlık kavramının anlamı, kapsamı, cezasızlığın sebepleri ve cezasızlıkla mücadele edilmesinin ceza hukukunun işlevlerinin yerine getirilmesi üzerindeki önemi incelenmektedir. Birinci bölümün ikinci ana başlığı, yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında devlete ait etkili soruşturma yükümlülüğü ile etkili soruşturma ilkelerini konu edinmektedir. Cezasızlık olgusunun etkili soruşturma yükümlülüğü ile ilişkisi bu bölümde ortaya çıkmaktadır. Birinci bölümde son olarak cezasızlığın tespiti ve giderim yolları üzerinde durulmaktadır.

Mevcut hukuk sisteminde cezasızlık sonucu doğuran ya da bu yönde araç olarak kullanılan durum ve kurumlar ikinci ve üçüncü bölümlerde inceleme altına alınmaktadır. Belirtilmelidir ki ceza hukukuna ilişkin bu kurum ve düzenlemelerin tüm unsurlarının inceleme altına alınması değil cezasızlık sonucu doğurabilecek yönlerinin ortaya konulması hedeflenmiştir.

Cezasızlık sonucu doğuran ya da bu yönde araç olarak kullanılan durum ve kurumlar ceza muhakemesi aşamalarına ilişkin kronolojik sıralama izlenmeye çalışılarak iki farklı bölüme ayrılmıştır. Yürütülen adli süreçlerde tarafsızlığın sağlanamaması, özel soruşturma usulleri, delillerin toplanması ve değerlendirme aşamasındaki sorunlar, suçların farklı nitelendirilmeleri ikinci bölümde ele alınmaktadır.

Sonuç cezanın belirlenmesi, hürriyeti bağlayıcı ceza dışındaki yaptırımlara hükmedilmesi, erteleme kurumları ile ceza ve dava ilişkisini ortadan kaldıran haller son bölümün konusunu oluşturmaktadır. Yaptırım başlığı altındaki bu bölümde ayrıca koşullu salıverilme müessesesi ile disiplin yaptırımlarına yer verilmiştir. Her iki bölümde Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin tespitlerine her bir konu başlığı altında yer verilmektedir.

Çalışma konusu Türk ulusal hukukuna özgülenmiş olup Devletin cezasızlıkla mücadele etme konusundaki anayasal yükümlülüğünün yerine getirilmesinde yol gösterici bir rol izlemeyi hedeflemektedir. Cezasızlığın önlenmesi özelde sorumluların cezalandırılarak işlenen suç karşılığında bedel ödenmesini ve mağdurlar açısından gerekli giderimin sağlanmasını mümkün kılarken genelde toplum tarafından adalete duyulan güvenin sağlanması ile meydana gelmesi olası insan hakları ihlallerine yönelik caydırıcı bir etki doğmasına imkân verecektir.



I. BÖLÜM

ETKİLİ SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE CEZASIZLIK

1.1. Cezasızlık Kavramı¹

1.1.1. Tanımı, Kapsamı ve Sınırları

Cezasızlık, bir insan hakkı ihlalinin cezalandırılmadığı durumlar için kullanılan bir kavramdır. Suç teşkil eden bir eylem ya da eylemsizlikle bir insan hakkını ihlal etmesine karşın kişinin soruşturulmaması, yargılanmaması, ceza almaması, alması gerekenden daha az ceza alması ya da hükmedilen cezanın infaz edilmemesi durumlarında cezasızlık sonucu ortaya çıkmaktadır.

Cezasızlık kavramına ilişkin uluslararası hukukta benzer tanım ve açıklamalar getirilmektedir. “Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konsey İnsan Hakları Komisyonu” tarafından getirilen cezasızlık tanımı şöyledir:

“Cezasızlık, suçlanma, tutuklanma, mahkeme edilme ve eğer suçlu bulunurlarsa uygun bir cezaya çarptırılma ve mağdurlarının kayıplarını tazmin etme zorunda kalmayan insan hakları ihlallerinden sorumlu faillerin hesap vermelerinin -cezai, idari, medeni ya da inzibati yargı süreçlerinin herhangi birinde- imkânsız olması durumunu

¹ Bu çalışmanın konusunu oluşturan cezasızlık kavramının ceza hukukundaki “şahsi cezasızlık sebepleri” ile bağlantısı bulunmamaktadır. Şahsi cezasızlık sebepleri, kanunda suç olarak tanımlanan bir fiilin işlenmesine karşın yine kanunda sayılan nedenlerle söz konusu fiile ceza verilmesine engel olan veya verilecek cezada indirime gidilmesini gerektiren sebepleri ifade etmektedir. Şahsi cezasızlık sebepleri için bkz. **İzzet Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., B. 12, Ankara 2016, s.628-642; **Berrin Akbulut**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yay., Ankara 2015, s. 182-183; **İsmail Ercan**, Ceza Hukuku (Genel Hükümler-Özel Hükümler), İkinci Sayfa Yay., B. 5, İstanbul 2009, s. 203; **Nur Centel / Hamide Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yay., B. 16, İstanbul 2019, s. 577. Bu çalışmanın konusunu oluşturan cezasızlık kavramı ise insan hakları alanına ilişkin bir kavram olup en genel anlamda bir insan hakkı ihlalinin soruşturulmaması, yargılanmaması, ceza almaması, alması gerekenden daha az ceza alması ya da hükmedilen cezanın infaz edilmemesi durumlarını ifade etmektedir.

ifade eder.”²

Avrupa Konseyinin 2013 yılında yayınladığı Kılavuz İlkelerine göre; “cezasızlık, ağır insan hakları ihlallerinden sorumlu faillerin eylemleri için hesap vermemesi sonucunda ortaya çıkmaktadır.”³

Cezasızlık kavramının (*impunity*) AİHM tarafından kullanıldığı ilk karar yaşam hakkının inceleme konusu yapıldığı 1998 tarihli *Yaşa/Türkiye* kararıdır⁴. AİHM cezasızlık kavramını, hak ihlallerine karşı etkili ve ulaşılabilir nitelikte bir iç hukuk yolunun sağlanmadığı, ciddi insan hakları ihlallerinde af ve zamanaşımı uygulandığı, ilgili kamu görevlilerinin görevden uzaklaştırılmadığı ya da görevden alınmadığı, insan hakkı ihlallerine karşı usuli güvencelerin sağlanmadığı ve ihlaller karşısında etkili bir giderime hükmedilmediği durumlarda kullanmaktadır⁵.

² Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konsey İnsan Hakları Komisyonunun yayınladığı **Cezasızlıkla Mücadele Yoluyla İnsan Haklarının Korunması Ve Teşvik Edilmesini Amaçlayan Prensipler**, <https://www.failibelli.org/wp-content/uploads/2015/10/Birle%C5%9Fmi%C5%9F-Milletler-Ekonomik-ve-Sosyal-Konsey-Cezasizlik-2005.pdf>, erişim tarihi: 26/6/2020.

³ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 30 Mart 2011 tarihinde kabul edilen **Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Kılavuz İlkeler**, s.6, (çevrimiçi) <https://www.failibelli.org/wp-content/uploads/2015/10/Avrupa-Konseyi-%C4%B0nsan-Haklar%C4%B1-El-Kitaplar%C4%B1-A%C4%9F%C4%B1r-%C4%B0nsan-Haklar%C4%B1-%C4%B0hlallerinde-Cezas%C4%B1zl%C4%B1n-Ortadan-Kald%C4%B1r%C4%B1lmas%C4%B1-2013.pdf>, erişim tarihi: 26/6/2020.

⁴ **Gülşah Kurt**, Cezasızlık Sorunu: Soruşturma Süreci, Hakikat Adalet Hafıza Merkezi, İstanbul 2014, s.17; **Öznur Sevdiren**, Türkiye’nin Cezasızlık Mevzuatı, Hakikat Adalet Hafıza Merkezi, İstanbul 2015, s. 15; AİHM, *Yaşa/Türkiye*, B. No: 22495/93, T. 2/9/1998, § 104.

⁵ **Tolga Şirin**, “Türkiye’de Cezasızlık Sorunu ve Anayasa Mahkemesi”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan Özel Sayı 2019, C.21, s. 1580; AİHM’in cezasızlık kavramına atıfla etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaştığı kararlardan örnekler: **El-Masri / Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti [BD]**, B. No: 39630, T. 13/12/2012, § 192; **Dedovskiy ve diğerleri/Rusya**, B. No: 7178/03, T. 15/5/2008, § 91; **Fırat Can/Türkiye**, B. No: 6644/08, 24/5/2011, § 47; **Savin/Ukrayna**, B. No: 34725/08, 16/2/2012, § 71; **Kaverzin/Ukrayna**, B. No: 23893/03, 15/5/2012, § 178; **Taylan/Türkiye**, B. No: 32051/09, 3/7/2012, § 46; **Ateşoğlu/Türkiye**, B. No: 53645/10, 20/1/2015, § 28; **Uğur/Türkiye**, B. No: 37308/05, 13/01/2015, § 105; **Mesut Deniz/Türkiye**, B. No: 36716/07,

Anayasa Mahkemesine göre ise cezasızlık; “işlenen bir suçun somut olarak cezasız kalmasını ifade etmekte; işkence ve kötü muamele fiillerine yönelik olarak sorumluların adalet önüne çıkarılmaması, işledikleri suçla orantılı bir biçimde cezalandırılmaması veya mahkûm edildikleri cezanın infazının sağlanmaması olarak ortaya çıkabilmektedir.”⁶

Cezasızlıktan söz edilebilmesi için öncelikle işlenen suçun insan hakkı ihlali sonucunu doğurması gerekir. Ancak her hak ihlaline konu suç cezasızlığa konu olmayacaktır. Cezasızlık olgusundan söz edebilmek için ihlali halinde ceza hukuku yaptırımını gerektiren haklardan birinin söz konusu olması aranmaktadır⁷. Etkili soruşturma yükümlülüğü başlığı altında yer verileceği üzere devletin usul yükümlülüğünün ancak etkili bir ceza soruşturması yoluyla giderilebileceği hak ihlali türleri sınırlıdır.

Buraya kadar bir özet yapmak gerekirse, devletin etkili soruşturma yükümlülüğü kapsamında mutlaka ceza yargılaması sürecini işletmesini zorunlu kılan bir hakkı, işlediği suç ile ihlal eden kişinin soruşturulmaması, yargılanmaması, ceza almaması, alması gerekenden daha az ceza alması ya da hükmedilen cezanın infaz edilmemesi halinde cezasızlık ortaya çıkmaktadır.

Mağdura tazminat ödenmemesi hallerinin de *cezasızlık* olarak adlandırılıp adlandırılmayacağı hususu tartışılmaya açılmakla birlikte⁸ tazminat ödememe, disiplin yaptırımını uygulamama ve meslekten ihraç etmeme gibi yan giderim yollarının cezasızlık olgusunun içinde incelenebileceği ancak yalnızca cezai sürece ek olarak aranabilecek

5/11/2013, § 56; **Afet Süreyya Eren/Türkiye**, B. No: 36617/07, 20/10/2015, § 46.

⁶ **Süleyman Deveci**, B. No: 2013/3017, T. 16/12/2015, § 100.

⁷ **Kerem Altıparmak**, Cezasızlıkla Mücadele El Kitabı, Cezasızlıktan Hesap Verilebilirliğe: Sivil Toplum Örgütlerinin İzleme ve Müdahale Kapasitesinin Geliştirilmesi Projesi, İnsan Hakları Ortak Platformu-İHOP, 2016, s.5.

⁸ **Şirin**, “Türkiye’de Cezasızlık Sorunu ve Anayasa Mahkemesi”, s. 1579.

giderim yolları oldukları düşünölmektedir⁹.

Cezasızlık kavramı yoğunlukla uluslararası hukuk temelinden tartışmaya açılmakta ise de bir suçun cezasız bırakılması ulusal hukuktan doğan yükümlölüklerin de ihlali anlamına gelmekte ve meselenin hangi temelden tartışıldığı kavramın kapsamının belirlenmesinde ciddi rol oynamaktadır.

Uluslararası kamu düzenine aykırı olan eylemler uluslararası suç olarak kabul edilmekte ve bu eylemlerin cezalandırılmaları egemen devletlerin kendi aralarında oluşturdukları kamu düzeninin korunabilmesi yönünden elzem kabul edilmektedir¹⁰.

Bir suçun cezasız kalması, uluslararası hukuku üç sebeple ihlal edebilmektedir¹¹. Bunlardan ilki *devletler ceza hukuku* ya da dar anlamda *uluslararası ceza hukukunun* konusunu oluşturan suçların cezasız kalmasıdır¹². Soykırım, insanlığa karşı suç ve savaş suçlarından oluşan bu suçların bütün devletleri ve insanlığın tamamını ilgilendirdikleri kabul edilmektedir¹³. Anılan suçlar ulusal hukuklarda suç olarak tanınmıyor olsalar dahi¹⁴ uluslararası ceza hukukunda suç olarak tanınmakta ve evrensel düzeyde cezalandırılmaları hedeflenmektedir¹⁵.

⁹ Altıparmak, Cezasızlıkla Mücadele El Kitabı, s. 12.

¹⁰ Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Rıfat Murat Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin Yay, B. 4, Ankara 2017, s. 25-26.

¹¹ Altıparmak, Cezasızlıkla Mücadele El Kitabı, s. 15.

¹² Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 31.

¹³ Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 31.

¹⁴ Soykırım, insanlığa karşı suç ve savaş suçları, iç hukuklar tarafından cezalandırılmadığı takdirde Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisi başlamakta ve ulusal hukuklara yönelik tamamlayıcı bir işlev görmektedir, bkz. Ersan Şen, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Seçkin Yay. Ankara 2009, s. 78.

¹⁵ Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 31; Altıparmak, Cezasızlıkla Mücadele El Kitabı, s. 16; Kutlay Telli, Cezasızlık Olgusuna Karşı Uluslararası Ceza Mahkemesi, On İki Levha Yay., İstanbul 2015, s. 9.

Uluslararası hukukun ihlali sonucunu doğuracak ikinci mesele sınır aşan suçlara ilişkin olup korsanlık, insan ticareti, uyuşturucu kaçakçılığı gibi suçların birden çok devleti etkilemeleri dolayısıyla ulusal hukuklardaki yetersizlik ya da ihmal gibi sebeplerle cezasız kalmalarının önlenmesi istenmektedir¹⁶.

Uluslararası hukuktaki üçüncü ve son cezasızlık sorunu ise kaynağını insan hakları hukukundan almaktadır. Özellikle ikinci dünya savaşı sırasında yoğun şekilde yaşanan ulusal düzeydeki ihlaller, insan haklarının uluslararası arenada korunması ihtiyacını doğurmuştur¹⁷. Buna paralel olarak insan haklarının uluslararası düzeyde yaygın olarak korunmaya başlaması 19. yüzyıl sonlarına tekabül etmektedir¹⁸. İnsan hakları hukukunun uluslararası alandaki gelişimi, vatandaşı olduğu devlet ya da uluslararası örgütlerden bağımsız olarak bireyi haklarının uluslararası alanda korunmasını doğrudan talep edebilme yetkisine haiz kılmıştır¹⁹. İşlenen suçların ne uluslararası ceza hukuku kapsamında suç sayılması ne de sınır aşan nitelikte olması aranmaksızın insan hakları ihlallerinin gereği gibi cezalandırılmaması uluslararası hukuku ihlal etmektedir²⁰. İnsan hakları hukukundan kaynağını alan cezasızlık esasında ilk iki sorunu da kapsamakla birlikte bunlardan çok daha geniş bir kavramı ifade etmektedir.

Çalışma konumuzu oluşturan cezasızlık sorunu şüphesiz insan hakları hukukundan kaynağını alan cezasızlık sorunudur. Ancak insan hakkı ihlalleri yalnızca uluslararası hukukta değil ulusal hukuklarda da koruma altına alınmakta, ihlali gereği gibi

¹⁶ **Tezcan/Erdem/Önok**, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 35; **Altıparmak**, Cezasızlıkla Mücadele El Kitabı, s. 17.

¹⁷ **Mehmet Semih Gemalmaz**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş- Cilt 1, Legal Yay., B. 8, İstanbul 2012 (**Genel Teori**), s. 3; **Safa Reisoğlu**, Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları, Beta Yay., İstanbul 2001, s. 6; **Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/Rifat Murat Önok**, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yay., B. 2, Ankara 2009, s. 33.

¹⁸ **Hüseyin Pazarcı**, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, B. 8, Ankara 2009, s. 218.

¹⁹ **Mehmet Emin Çağırın**, Uluslararası Alanda İnsan Hakları, Turhan Kitabevi, B. 3, Ankara 2017, s. 41.

²⁰ **Altıparmak**, Cezasızlıkla Mücadele El Kitabı, s. 17.

cezalandırmayan devlet uluslararası hukukun yanı sıra ulusal hukuku da ihlal etmektedir.

Esasında uluslararası insan hakları hukuku ikincil bir niteliğe sahip olup insan haklarının öncelikli olarak ulusal düzeyde korunmasını hedeflemektedir²¹. Bir başka ifade ile uluslararası insan hakları hukuku ulusal hukukun tamamlayıcısı olma niteliği taşımaktadır.

Devletin cezasızlıkla mücadele etme yükümlülüğü de uluslararası hukukun yanı sıra anayasadan da kaynağını almaktadır. Özetle, insan hakları hukukunu konu alan cezasızlık sorunu yalnızca uluslararası hukukun değil ulusal hukukun da bir sorunudur ve öncelikle bu temelden tartışılmalıdır.

Cezasızlık olgusunun kapsamının belirlenmesi aşamasında, “*ağır veya ciddi insan hakları ihlalleri ve uluslararası hukuk aleyhine işlenen suçlar*” gibi kavramlarla cezasızlık pratiğine yoğun olarak maruz kalan suçların tanımlamaları yapılmaya çalışılmaktadır²². Cezasızlık kavramının kaynağı olarak uluslararası hukukun temel alınmasından kaynaklanan bu durum, ceza kanunlarında suç olarak tanımlanma ya da tanımlanmama dan bağımsız olarak uluslararası hukuk tarafından ulusal hukuklarda mutlaka suç olarak tanımlanması gerektiği ortaya konulan suç tipleri yönünden hareket edilmesiyle açıklanmaktadır²³. Devletin tâbi ve taraf olduğu uluslararası hukuk normları uyarınca cezasızlığı önleme görevi bulunmakta ise de egemenlik yetkisi altında olan bireylerin sahip olduğu anayasal haklar uyarınca sağlamakla yükümlü olduğu bir önleme ve koruma mekanizması da bulunmaktadır. Bu nedenle cezasızlık olgusu daha geniş bir alanı kapsamaktadır.

²¹ Çağırın, s. 51.

²² Bkz. Sevdiren, Türkiye’nin Cezasızlık Mevzuatı, s. 19.

²³ Altıparmak, Cezasızlıkla Mücadele El Kitabı, s. 14.

Kasıtlı öldürmeler, üçüncü kişilerin her türlü saldırıları, işkence, kamu görevlilerinin kasıtlı yaralama eylemleri, kamu görevlilerinin ihmalleri sonucu gerçekleşen ölüm ya da maddi ve manevi bütünlüğün zarar görmesi, kuvvet kullanımında sınırın aşılması gibi suçların tamamı cezasızlık olgusuna konu olmaktadır. Çalışma kapsamında suç tipleri yönünden bir sınırlandırma yapılmamıştır. Bunun nedeni, suç tipleri yönünden yapılan nitelendirme ve sınıflandırmaların cezasızlık olgusu yönünden yürütülen çalışmalara pragmatik bir katkısı olmadığı hatta kavramın kapsamını daraltıcı bir etki doğurabileceğinin düşünülmesidir.

1.1.2. Sebepleri

Cezasızlığa yol açılmasının sebepleri suçun türü ile değil suçun amacı ya da suçu işleyen kişinin kendisi ile bağlantılıdır. Bu sebepler, cezasızlığın *neden* olduğu sorusuna verilecek cevabı oluşturmaktadır. Zira cezasızlığın ne olduğunu bir yana bırakırsak açıklığa kavuşturulması gereken diğer iki husus cezasızlığın *neden* ve *nasıl* olduğu ya da bir başka ifade ile cezasızlığın *sebepleri* ve *araçlarının* neler olduğudur.

Cezasızlığın sebeplerinin araştırılması noktasında sorulan ilk soru, cezasızlığın yasal düzenlemelerden mi yoksa bu düzenlemelerin uygulanma biçimlerinden mi kaynaklanıyor olduğudur²⁴. Bu soruya verilecek cevap hem teoride hem de pratikte ikisinin de mümkün olduğu yönündedir. Keza cezasızlık, maddi veya usul hukukuna konu bir düzenlemeden, düzenlenmeyerek eksik bırakılan bir alandan ya da her aşamada yapılabilecek uygulama hatalarından meydana gelebilmektedir²⁵. İki faktörü birbirinden tam olarak ayırmak mümkün değildir ve cezasızlık sonucuna ancak bu iki unsurun birleşimi ile ulaşılabilmektedir.

²⁴ Kurt, s 24.

²⁵ Altıparmak, Cezasızlıkla Mücadele El Kitabı, s. 3-4.

Mevzuatta insan haklarının korunması noktasında yapılan geliştirmelere karşın cezasızlık sorununun azalmadan devam etmesi mevzuatın etkili şekilde uygulanmaması sorununa işaret etmektedir²⁶. şüphesiz ki mevzuat ne kadar iyi ve uygun olursa olsun uygulayıcılar tarafından suçların cezasız bırakılması mümkündür²⁷. Belirtmek gerekir ki mevzuat hükümlerine insan faktöründen ve uygulama şeklinden bağımsız bir fatura kesilmesi çok kolay değıldir. Ancak cezasızlık pratiğinde yasal düzenlemenin payını da azımsamamak gerekir. Yasal düzenlemeler cezasızlığı kolaylaştırabilmektedir²⁸. Özellikle özel soruştırma usulleri, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile cezaların infazına ilişkin hükümlerin işlenen suçların fiilen cezasız kalmasına yaptıkları katkı aşağıdaki başlıklar altında açıklanmaya çalışılacaktır.

Mevzuatın uygulanması sırasında hata, özensizlik, bilgi eksikliği gibi sebeplerle kasıt olmaksızın yapılabilecek yanlışlıklar sonucu cezasızlık sonucu doğabileceğı gibi soruştırma makamlarının kasıtlı uygulamaları da söz konusu olabilmektedir²⁹. Cezasızlığın ortaya çıkma sebepleri kasıtlı olmayan uygulamalar için özensizlik, eğitim ve denetim eksiklikleri olarak özetlenebilecekken kasıtlı uygulamalar için, suçu işleyenin korunması gerektiğı düşüncesini oluşturan çeşitli etmenler karşımıza çıkmaktadır.

İnsan hakları ihlali gerçekleştiren birtakım kişilerin korunması gerektiğı düşüncesi, merkezi karar ve uygulamalardan ya da adli süreçlerde yer alan aktörlerin

²⁶ **Sevdiren**, s. 15; **Zeynep Engin**, “İşkence ve Türkiye: Türkiye’de İşkenceye İlişkin Hukuki Durum ve İşkencenin Cezasız Kalma Sorunu”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi, C. 14, S. 1, Y. 2015, s. 21-22; **Altıparmak**, Cezasızlıkla Mücadele El Kitabı, s. 5.

²⁷ **Sevdiren**, s. 16.

²⁸ **Sevdiren**, s. 17.

²⁹ **Osman Doğru**, Yaşama Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 5, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi- Avrupa Konseyi, B. 2., Ankara 2019, s. 323-324; **Altıparmak**, Cezasızlıkla Mücadele El Kitabı, s. 11.

tutum ve davranışlarından doğabilmektedir³⁰.

Cezasızlık dediğimiz olgunun ortaya çıktığı en yaygın alanın şiddet uygulayan kolluk görevlilerinin yaptırımı maruz kalmaktan korunmaları yönündeki tercihlerden oluştuğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu tercih kurumun kendi içindeki aktörlerden kaynaklanabileceği gibi adli mercilerden de gelebilmektedir. Kolluk görevlileri tarafından insan hakkı ihlallerine maruz bırakılanlar hakkında açılan karşı davalar gerek kamuoyunda gerek mahkemeler önünde, kolluk görevlisine karşı daha hoşgörülü olunmasını sağlama amacıyla yaygın olarak kullanılmaktadır³¹.

Muhalif gruplar, cinsel azınlıklar ve kadınlara karşı işlenen suçlar cezasızlık uygulamalarına konu olmaktadır. Adli sürecin çeşitli aşamalarında karşılaşılan cinsiyet ayrımcılığı, erkek egemen kültür, homofobi gibi algı yapıları nedeniyle mağdurun maruz kalınan eylemi hak ettiği düşüncesi oluşmakta ve bu nedenle failer korunarak cezasız bırakılabilmektedir. Kamu görevlilerinin nefret suçu³² işlemeleri mümkün olduğu gibi nefret suçu işleyen üçüncü kişilerin korunması da söz konusu olabilmektedir.

1.1.3. Araçları

İnsan hakkı ihlali oluşturan bir suç işleyen kimsenin yukarıda açıklanan saiklerden biri ile korunmasının yolunu oluşturan çeşitli hukuki düzenlemeler cezasızlığın araçlarını oluşturmaktadır.

Soruşturma izni işlemleri zamanaşımı, af, hükmün açıklanması geri bırakılması kararları gibi kamu görevlisinin yargılanması, orantılı bir biçimde cezalandırılması veya cezanın infazının sağlanması önünde engel teşkil eden uygulamalar ile usule ilişkin

³⁰ Sevdiren, s. 16; Kurt, s. 27.

³¹ Mehmet Atılgan/Serap Işık, Cezasızlık Zırhını Aşmak: Türkiye’de Güvenlik Güçleri ve Hak İhlalleri, TESEV Yay., 2011, s. 23.

³² Nefret suçu kavramı aşağıda kapsamlı olarak ele alınacaktır.

düzenlemelerdeki aksaklıklar cezasızlık sonucuna yol açabilmektedir. Bunların tahdidi şekilde sayılması mümkün değildir. İstisnai olarak cezasızlık, açık bir düzenleme ile de getirilebilmektedir³³.

Darbe teşebbüsünün bastırılmasıyla ilişkili olarak kişilere getirilen hukuki, idari, mali ve cezai sorumsuzluk maddeleri³⁴ cezasızlık sonucu doğuran açık düzenlemelere örnek olarak gösterilebileceği düşünülebilir ise de Anayasa Mahkemesi yasalaşan bu KHK hükümlerinin bir yargılama engeli getirmediğini karara bağlamıştır³⁵.

Anayasa Mahkemesi iptal davası olarak önüne gelen başvuruların incelenmesinde, bu düzenlemelerin kamu görevlilerine ya da diğer kişilere hukuka aykırı eylemde bulunma, haksız fiil veya suç işleme görev veya yetkisi veremeyeceğinin açık

³³ Kurt, s. 18.

³⁴ 667 sayılı KHK'nın 9. maddesi ile bu KHK kapsamında karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin, görevleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğuna gidilemeyeceği düzenlendi.

668 sayılı KHK'nın 37. maddesi ile darbe teşebbüsü ve terör eylemlerinin bastırılması kapsamında karar alan, karar ve tedbirleri icra eden, her türlü adli ve idari önlemler kapsamında görev alan kişiler ile OHAL süresince yayımlanan KHK'lar kapsamında karar alan ve görev yerine getiren kişilerin bu kapsamdaki görev ve fiilleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğunun doğmayacağı düzenlendi.

690 sayılı KHK'nın 52. maddesi ile OHAL tedbirlerini incelemek için kurulan OHAL İşlemleri İnceleme Komisyonu üyelerinin görevleri kapsamındaki karar, görev ve fiillerine ilişkin hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluklarının olmadığını düzenledi.

696 sayılı KHK ile 15/7/2016 tarihli darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında hareket eden sivillerin de hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluklarına gidilemeyeceğini düzenledi.

³⁵ Anayasa Mahkemesi Norm Denetimi Kararı, E. 2016/205, K. 2019/63, 24/7/2019, § 134; Anayasa Mahkemesi Norm Denetimi Kararı, E.2018/31, K.2020/38, 16/07/2020, § 32.

olduğunu belirtmiştir³⁶. Hukuk devleti ilkesine atıfla kuralların haksız fiil veya suç teşkil eden eylemleri kapsamadığının kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir³⁷.

³⁶ “Bu bağlamda kural bir yargılama engeli getirmemektedir. Haksızlık oluşturduğu ileri sürülen fiiller için yapılacak incelemede söz konusu fiilin kural bağlamında görev gereği ya da görevden kaynaklanıp kaynaklanmadığının değerlendirileceği kuşkusuzdur. Bu değerlendirme sonucunda varılan sonucun görevle ilgili olmadığı ya da bunun sınırlarını aştığının tespit edilmesi hâlinde sorumluluk gündeme gelecektir. Kanun’da belirtilen kişilere hukuka aykırı, haksız fiil veya suç işleme görev veya yetkisinin verilmediği ve verilemeyeceği açık olduğuna göre kuralın haksız fiil veya suç teşkil eden eylemleri kapsamadığı tartışmasızdır.” Anayasa Mahkemesi Norm Denetimi Kararı, E. 2016/205, K. 2019/63, 24/7/2019, § 134.

Bu çerçevede dava konusu kuralda darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamındaki fiillerinden dolayı kişilerin hukuki, idari, malî ve cezai sorumluluklarının doğmayacağı belirtilmiş olup kuralın bu kapsamda olmayan, konusu haksız fiil ya da suç teşkil eden fiillerin icra edilmesi hâlinde sorumsuzluk öngördüğü söylenemez. Zira kuralın lafzı ile yukarıda belirtilen getiriliş amacı dikkate alındığında kuraldan böyle bir sonuç çıkarmak mümkün görünmemektedir.

Anayasa’ya uygunluk karinesi uyarınca bir hukuk devletinde Kanun’da belirtilen kişilere hukuka aykırı, haksız fiil veya suç işleme görev veya yetkisinin verilemeyeceği açık olduğuna göre bu yönüyle da kuralın haksız fiil veya suç teşkil eden eylemleri kapsamadığının kabul edilmesi gerekir...

Diğer taraftan, dava konusu kuralın bir yargılama engeli getirmedığının de vurgulanması gerekir. Bu kapsamda haksızlık oluşturduğu ileri sürülen fiiller için yapılacak incelemede söz konusu fiilin kural bağlamında 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında işlenip işlenmediğinin değerlendirileceği kuşkusuzdur. Yargı yerleri kuralda yer alan “bastırılma” kapsamındaki fiilleri değerlendirirken meşru müdafaa gibi hukuka uygunluk nedenlerinin bulunup bulunmadığını belirlemek durumundadır. Başka bir ifadeyle, iptali istenen kuralın atıf yaptığı dönemdeki fiillere ilişkin olarak bir suç ya da haksız fiilin söz konusu olduğunun iddia edildiği somut olaylarda yargı makamları, bu fiillerin bastırma kapsamında olup olmadığını ve hukuka uygunluk nedenlerinin bulunup bulunmadığını dikkate alacaklardır. Bu değerlendirme sonucunda fiile ilişkin varılan sonucun anılan kapsamda olmadığını veya bunun sınırlarını aştığının tespit edilmesi hâlinde sorumluluk gündeme gelecektir.

Kuralın öngördüğü bastırma kapsamındaki hareketlerin hukuka uygunluk sebeplerinin bulunduğu sınırlar içinde kalan fiiller olması nedeniyle söz konusu fiillerin hukuk düzeniyle çeliştiği söylenemez. Bir fiilin hukuka uygunluğu onun hukuk sistemiyle bütünüyle uyumlu olduğunu gösterir. Bu durum hukukun bütünlüğü ilkesinin bir sonucudur. Bu nedenle hukuka uygun bir fiil nedeniyle onu icra edenlerin sorumlu tutulmamasının, başka bir ifade ile hukuka uygun bir fiili gerçekleştirenlere hukuki, idari, malî ve cezai sorumluluk yüklenmemesinin hukuk devleti ilkesini ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi Norm Denetimi Kararı, E.2018/31, K.2020/38, 16/07/2020, § 30-33.

³⁷ Anayasa Mahkemesi Norm Denetimi Kararı, E.2018/31, K.2020/38, 16/07/2020, § 31.

Kişilerin maddi ve manevi bütünlüklerini koruma altına alan Anayasa'nın 17. maddesi ile kötü muamele yasağının olağanüstü hallerde dahi askıya alınamayacağını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi birlikte değerlendirildiğinde herhangi bir yasal düzenleme ile kamu görevlisi ya da üçüncü kişilerin, bireylerin maddi ve manevi varlıkları üzerinde sonuç doğuran bir suç teşkil eden eylemlerinin cezalandırılmalarının önüne geçilebilmesi mümkün değildir. Aksi bir kabul Anayasa'da koruma altına alınan dahası olağanüstü hallerde dahi askıya alınamayacağı düzenlenen hakların kanun hükmünde bir düzenleme ile ortadan kaldırılması anlamına gelecektir.

Hali hazırda devletin cezalandırma hakkından feragat etmesi sonucunu doğuran Anayasal bir yetkisi bulunmaktadır ki o da af çıkarma yetkisidir. Aşağıda af başlığı altında incelenecek olan bu yetki siyasi bir tasarruf olup yasa yapımından daha zor usuli şartlara tabi tutulmuştur. Anayasal olarak bir engel bulunmamakla birlikte yine af başlığı altında incelenecek olmakla birlikte yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağı teşkil eden suçlar yönünden af çıkarılması dahi sorunlu görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi önüne gelen bireysel başvurularda Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında Devlete ait etkili soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğini değerlendirmektedir. Henüz bu konuda bireysel başvuru kapsamında verilmiş bir karar bulunmamaktadır. Ancak savunulabilir nitelikte bir suç isnadı araştırılmaksızın yalnızca anılan hükümlere atıfla kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar ile sonuçlandırılmışsa etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşılması olasıdır.

II. ve III. numaralı bölümlerde mevcut hukuk sisteminde cezasızlık sonucu doğuran ya da bu yönde araç olarak kullanılan durum ve kurumlar inceleme altına alınacaktır.

1.1.4. Cezasızlıkla Mücadele

Mevzuatta cezasızlığa zemin hazırlayan noktaların ve uygulama sorunlarının tespit edilmesi sorunun çözüme kavuşturulabilmesi açısından hayati önem taşımaktadır. Sebepten bağımsız olarak cezasızlığın aracı mevcut yasal düzenlemelerdir ve yasal düzenlemelerin cezasızlığa yol açabilen kısımlarının tespit edilmesi gerekir. Mevzuatın sorunlu noktalarının tespit edilmesi, gerekli yasal değişikliklerin yapılabilmesi için önem arz ederken uygulayıcılar açısından hem yol gösterici hem de zorlayıcı bir etki doğuracaktır³⁸.

Devlet işlenen suçların cezalandırılması yetkisine sahiptir³⁹ ve bu yetkisini ceza hukuku aracılığıyla kullanmaktadır⁴⁰. Ceza hukukunun yaptırımlar aracılığıyla, temel hak ve özgürlükleri koruma yönünde bir görevi de bulunmaktadır⁴¹. Bu da cezalandırmanın yalnızca bir yetki değil Devlet için ayrıca bir yükümlülük olduğu anlamına gelmektedir.

Cezanın en önemli işlevlerinden biri önleyicilik, başka bir ifade ile caydırıcılıktır⁴². Ceza tehdidinin, suç işlenmesine engel olma yönündeki işlevi genel önlemeyi ifade etmektedir⁴³. Genel önleme topluma suçun cezasız kalmayacağını gösterilmesi vesilesiyle toplum içindeki bireylerin suç işlemekten caydırılması amacına hizmet etmektedir⁴⁴. Suç işlendikten sonra ceza tehdidinin yerine getirilmesi yani ödetme

³⁸ Sevdiren, s. 149.

³⁹ Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız (Özbek vd), Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yay., B. 12., Ankara 2019, s. 41; Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yay., B. 11, Ankara 2016, s. 59.

⁴⁰ Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yay., B. 8, Ankara 2018 (Ceza Genel), s. 99.

⁴¹ Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yay., B. 4, İstanbul 2017 (Ceza Genel), s. 649.

⁴² Sururi Aktaş, "Cezalandırmanın Amacı Üzerine", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2009, C. 13, S.1-2, s. 2.

⁴³ Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yay., B. 8, Ankara 2015 (Ceza Genel), s. 413; İçel, Ceza Genel, s. 653.

⁴⁴ Timur Demirbaş, İnfaz Hukuku, Seçkin Yay. B. 6, Ankara 2019, s. 58.

ise ceza tehdidinin önleme işlevinin yerine getirilebilmesi için bir araçtır⁴⁵. Başka bir ifade ile ceza tehdidi suç işlendikten sonra yerine getirilmemiş ise artık tehdit caydırıcı olmaktan çıkacaktır. Ceza tehdidinin fiilen gerçekleşmesi, suç karşısında hukuk düzeni ve devletin gücünün varlığını göstererek ceza tehdidinin önleyici işlevinin devam etmesini sağlamaktadır⁴⁶.

Ceza hukukunun bir diğer fonksiyonu, suçu işleyen kişinin yeniden suç işlenmesinin önlenmesi, ıslah edilerek topluma kazandırılması olarak ifade edilen özel önleme amacıdır⁴⁷. Hürriyeti bağlayıcı cezaların özel önleme amacının yerine getirilmesinde tek başına yeterli olmadığı⁴⁸ hatta bu amaçla çelişen sonuçlar doğurduğu⁴⁹ yönünde görüşler bulunmakla birlikte işlenen bir suçun gerektiği gibi cezalandırılmaması halinde ceza yaptırımını tehdidi caydırıcılık sağlamaktan uzaklaşacaktır.

Ceza hukukunun önleme (genel ve özel) dışındaki bir fonksiyonu da güvenliği sağlamaktır⁵⁰. Genel ve özel önleme fonksiyonunun etkili olmadığı kişiler toplum için tehlike arz etmektedir ve ceza hukuku yaptırımları uygulanarak bu kişiler toplumdan izole edilmekte böylelikle toplumdaki bireyler korunmaktadır⁵¹.

⁴⁵ **Hafızoğulları/Özen**, Ceza Genel, s. 415-416.

⁴⁶ **Hafızoğulları/Özen**, Ceza Genel, s. 424.

⁴⁷ **Özgenç**, s. 667; **Akbulut**, s. 7-8; **İçel**, Ceza Genel, s. 653; **Aktaş**, s. 2.

⁴⁸ **İçel**, Ceza Genel, s. 653,654; **Soyaslan**, Ceza Genel, s. 63; hürriyeti bağlayıcı cezaların özel önleme amacının yerine getirilmesinde yetersiz kalması nedeniyle erteleme kurumunun doğuşu yönünden bkz. **Can Yalçın**, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı (Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2019, s. 65 vd; **Ali Rıza Töngür**, Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Ertelleme, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı (Doktora Tezi), İstanbul, 2008, s. 38-39; **Sibel Yılmaz**, Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Yaptırımlar, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2011, s. 35-39.

⁴⁹ **Mustafa Ruhan Erdem**, “Ceza Hukukunda Cezaların Ertelenmesine İlişkin Düzenlemelere Anayasal Bakış”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 18, Y. 2001, s. 18.

⁵⁰ **İçel**, Ceza Genel, s. 654-655.

⁵¹ **İçel**, Ceza Genel, s. 655.

Son olarak suçluya suçun ağırlığı ile orantılı bir ceza verilmesi suçtan doğan öfkenin dindirilmesi yönünde bir işlev de görmektedir⁵². Bu işlevlerin tamamının yerine getirilebilmesi birbiri ile bağlantılı olup⁵³ uygun cezaların verilerek bu cezaların infaz edilmesine bağlıdır.

Bu kapsamda cezasızlıkla mücadele, yalnızca önleyici etkinin sürdürülmesi için değil mağdurlar için gerekli giderimin sağlanması açısından da bir zorunluluktur.

“Devletler, cezasızlıkla mücadeleyi mağdurlar bakımından bir adalet meselesi ve yeni ihlallerin önlenmesi bakımından caydırıcı bir unsur olarak ele almalıdır ve bu mücadelede hukukun üstünlüğü ile adalete olan güvenin sağlanması gerekmektedir⁵⁴.”

Anayasa Mahkemesi de cezasızlığın önlenmesinin hem mağdurlar açısından gerekli giderimin sağlanması hem de yeni ihlallerin gerçekleşmesini engelleyecek caydırıcı bir etkinin yaratılması noktasında önemli olduğunu vurgulamaktadır⁵⁵.

Cezasızlığın önlenmesi ile yerine getirilmeye çalışılan iki işlev, yani mağdurlar açısından uygun bir giderim sağlanması ile yeni ihlallerin gerçekleşmesi yönünden caydırıcılığın sağlanması temelde “yaşam hakkı” ile “işkence ve kötü muamele yasağı” kapsamındaki “etkili soruşturma yükümlülüğünün” vazgeçilmez gereklerini oluşturmaktadır. Bu nedenledir ki cezasızlık sorunu, anılan haklar boyutunda ve devletin “etkili soruşturma yükümlülüğü” kapsamında tartışılması gereken bir meseleyi oluşturmaktadır. İlk bölümün bir diğer başlığı etkili soruşturma yükümlülüğüne ayrılmıştır.

⁵² Kayıhan İçel/Fusun Sokullu Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih S. Mahmutoglu/Yener Ünver (İçel vd.), Yaptırım Teorisi, Beta Yay., B.2., İstanbul 2002, s. 30.

⁵³ (İçel vd.), Yaptırım Teorisi, s. 29.

⁵⁴ Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Kılavuz İlkeler, s.6.

⁵⁵ Süleyman Deveci, § 101.

1.2. Etkili Soruşturma Yükümlülüğü⁵⁶

1.2.1. Yaşam Hakkı, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı

Anayasa'nın 17. maddesi ilk fıkrasında herkesin “*yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına*” sahip olduğunu düzenlemektedir. Dördüncü fıkra ise birinci fıkranın istisna hallerini belirler. Buna göre; “*meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri*” kişinin yaşam hakkının istisnalarını oluşturmaktadır. Bu istisna halleri yaşam hakkına müdahalenin hukuka uygun sayılabileceği durumları göstermektedir⁵⁷. Bir başka ifade ile bu hallerde meydana gelen öldürme fiilleri yaşam hakkının ihlali niteliğinde sayılmayacaktır. Meydana gelen bir ölüm olayında, bu hukuka uygunluk nedenlerinin oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi yaşam hakkının ihlal edilip edilmediği bağlamında ele alınan en önemli meselelerden birini oluşturmaktadır.

Yaşam hakkı ile bağlantılı olan Anayasa'nın bir diğer maddesi 38. maddedir. Bu maddenin 2004 yılında değiştirilen onuncu fıkrası ile ölüm cezası verilmesi yasaklanmıştır.

Anayasa'nın 15. maddesi de yaşam hakkının savaş veya olağanüstü hâl dahi olsa askıya alınamayacağını düzenlemek suretiyle yaşam hakkına ilişkin düzenleme

⁵⁶ Etkili soruşturma yükümlülüğündeki soruşturma kavramı ceza muhakemesi kanununda düzenlenen ve suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne geçen evreyi ifade eden soruşturma evresi ile sınırlı değildir. Etkili soruşturma yükümlülüğü, kolluk araştırması, hazırlık soruşturması, kovuşturma süreci, kanun yolları incelemesi ve infaz aşamalarının tamamının kapsayan bir süreci ifade etmektedir.

⁵⁷ Doğru, Yaşama Hakkı, s. 4; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, İnsan Hakları El Kitabı, s. 77.

getirmektedir⁵⁸.

Yaşam hakkı, hayatta olan bir kişinin yaşamından keyfi olarak mahrum bırakılmamasını koruma altına almaktadır⁵⁹. En temel anlamda öldürülmeme hakkı olarak ifade edilmektedir⁶⁰. Yaşam hakkı kapsamında bireylerin doğal olmayan her türlü ölüme karşı korunması gerekmektedir⁶¹. Yaşam hakkı bireyin sahip olduğu diğer tüm hak ve özgürlükleri kullanabilmesi yönünde biyolojik bir gerekliliği koruması yönünden temel hak olarak nitelendirilmektedir⁶². Yaşam hakkı ihlallerinin geri alınamaz oluşu da bu hakka ayrı bir önem kazandırmaktadır⁶³.

“İşkence ve kötü muamele yasağı” ise bireyin bedeni, zihni ve manevi bütünlüğü ile onurunun korumasını hedeflemektedir⁶⁴. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre; *“kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz.”* Yaşam hakkından farklı olarak işkence ve kötü muamele yasağı yönünden bir hukuka uygunluk sebebi düzenlenmemiştir. Bu husus hakkın mutlak niteliğinden kaynaklanmaktadır⁶⁵. Kişilerin, bu fıkarda yasaklanan nitelikte eylemlere maruz kalmaları hiçbir surette yasal görülmecektir.

⁵⁸ Doğru, Yaşama Hakkı., s.4.

⁵⁹ Gemalmaz, Genel Teori, s. 111.

⁶⁰ Halil Kalabalık, İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yay. B. 5, Ankara 2017, s. 409.

⁶¹ Doğru, Yaşama Hakkı., s. 3.

⁶² Oktay Bahadır, Yaşama Hakkı, Seçkin Yay., Ankara, 2015, s. 39.

⁶³ Douwe Korff, Yaşam Hakkı- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap (Çev. Özgür Heval Çınar/Abdulcelil Kaya), İnsan Hakları EL Kitapları No: 8 - Avrupa Konseyi, 2006, s. 6.

⁶⁴ Gemalmaz, Genel Teori, s. 156; Kalabalık, s. 431.

⁶⁵ Gemalmaz, Genel Teori, s. 158.

Ancak hakkın mutlak niteliği, bireyin vücudu üzerindeki tüm müdahalelerin bu hakkın ihlali sonucu doğurduğu anlamına gelmemektedir⁶⁶. Burada, müdahalenin niteliğinin “*insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele*” veya “*ceza*”, “*eziyet*” ya da “*işkence*” teşkil edip etmediğinin değerlendirilmesi yapılmakta, kanunun izin verdiği ölçüde zor kullanma ya da devletin cezalandırma yetkisi içindeki birtakım müdahaleler “*insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele veya ceza, eziyet ya da işkence*” kapsamında görülmemektedir. Yapılan müdahale veya verilen cezanın “*insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele veya ceza, eziyet ya da işkence*” niteliğinde görülmesi halinde ise hiçbir istisna ve hukuka uygunluk nedeni bulunmaksızın hakkın ihlal edildiğine karar verilmektedir.

Anayasa’da yukarıda anlatıldığı şekilde koruma altına alınmış olan “*yaşam hakkı*” ile “*işkence ve kötü muamele yasağı*” çeşitli uluslararası ve bölgesel nitelikte sözleşme ve insan hakları belgeleri ile de koruma altına alınmıştır⁶⁷. Bunlar arasında Türkiye’nin de taraf olduğu ve bir yargı mekanizmasına sahip olması açısından insan haklarının korunması noktasında oldukça etkili olan bir belgeyi “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*” (Sözleşme) oluşturmaktadır⁶⁸. Sözleşme’nin 2 numaralı maddesinde “*yaşam hakkı*”⁶⁹, 3

⁶⁶ **David Harris/ Michael O’Boyle/ Colin Warbrick**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku (Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı), Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi - Avrupa Konseyi, 2013, s. 72.

⁶⁷ Yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağını koruma altına alan uluslararası ve bölgesel nitelikte sözleşme ve insan hakları belgeleri hakkında bkz. **Gemalmaz**, Genel Teori, s. 59 vd; **Resioğlu**, s. 217 vd.; **Kalabalık**, s. 88 vd.

⁶⁸ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, yargısal bir denetim mekanizması getiriyor olması nedeniyle insan haklarının uluslararası alanda en ilave düzeyde korunmasını sağlayan belge olarak kabul edilmektedir. **Münci Kapani**, “*İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması: Yeni Gelişmeler ve Sorunlar*”, 55 Yıl 55 Makale, Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara 2017, s. 384.

⁶⁹ 1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.

2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz:

numaralı maddesinde ise “*işkence ve kötü muamele yasağı*”⁷⁰ koruma altına alınmaktadır.

1.2.2. Devletin Negatif ve Pozitif Yükümlülükleri

Genel Olarak;

İnsan hakları devlete karşı korunur ve devlete çeşitli yükümlülükler getirir⁷¹. Bireyleri diğer bireylerin haklarına saygı göstermeye zorlamak da yine devletin, hukuk sistemini kullanması ile mümkün kılınmaktadır⁷².

Anayasa bireylerin yaşama haklarını güvence altına alıp işkence ve kötü muameleyi yasaklarken devlete birtakım yükümlülükler getirmektedir. Bu yükümlülüklerle ilişkin çeşitli sınıflandırmalar yapılmaktadır.

Bunlardan biri Devletin müdahaleden kaçmasını yani negatif tutum takınmasını gerektiren yükümlülüklerle işaret eden *negatif yükümlülükler* ile Devletin harekete geçmesini gerektiren yani pozitif tutum takınmasını gerektiren *pozitif yükümlülükler* sınıflandırmasıdır⁷³. Pozitif yükümlülükler de kendi içinde *koruma yükümlülüğü* ve *soruşturma yükümlülüğü* olarak ikiye ayrılmaktadır⁷⁴.

a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması;

b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme;

c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması

⁷⁰ Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.

⁷¹ Doğru, Yaşama Hakkı., s. 4.

⁷² Doğru, Yaşama Hakkı., s. 4.

⁷³ Harris/O’Boyle/Warbrick, s. 19; Gemalmaz, Genel Teori, s. 145.

⁷⁴ G. Ceren Demir Koşar, Yaşam Hakkı ile İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Kapsamında Kamu Görevlileri Hakkında Soruşturma İzni İşlemleri, Seçkin Yay. Ankara 2019, s. 95; Halil İbrahim Dursun, Yaşam Hakkı Kapsamında Etkili Yargısal Sistem Kurma Yükümlülüğü, Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara, 2019, s. 14,15.

Doğru ise bu yükümlülükleri ölümden ya da kötü muameleden önce ve sonra ortaya çıkan yükümlülükler olarak sınıflandırmaktadır. Yaşam hakkı için ortaya koyulmuş olan bu sistematige göre, devletin yükümlülükleri sonucun meydana gelmesinden önce ve sonra olmak üzere ikiye ayrılmakta, devletin ölüm anından önce ölümün meydana gelmemesi için yapması gerekenleri yapmamış olması (ihmal ya da etkili yargısal sistem kurulmamış olması gibi) ile yapmaması gereken bir şey yapması (bireye karşı hukuka aykırı ya da orantısız şiddet uygulanması gibi) durumunda yükümlülüklerini ihlal ettiği sonucuna ulaşılmaktadır⁷⁵. Doğru'nun ortaya koyduğu, ölümün meydana gelmesinden önceki süreçteki bu yükümlülükler maddi yükümlülüklere tekabül eder.

Ölümün meydana gelmesinden sonraki usul/soruşturma yükümlülüğü ise ölüm olayını aydınlatmak, sorumluları tespit edip cezalandırmak ve mağdurlar yönünden bir giderim sağlamaktır⁷⁶. Yaşam hakkı için yapılan bu sınıflandırma şüphesiz kötü muamele yasağı için de uyarlanabilmektedir.

İnsan haklarının sınıflandırılmasında kullanılan bir diğer yöntem ise üçlü sınıflandırmadır: “*insan haklarına saygı, insan haklarını koruma ve yerine getirme*”⁷⁷. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de devletin yükümlülüklerini benzer nitelikte üçlü bir sınıflandırmaya tabi tutmaktadır: “*öldürmeme, koruma ve soruşturma*” yükümlülükleri. Anayasa Mahkemesi de AİHM'in kullandığı bu üçlü sistematigi benimsemektedir.

⁷⁵ Doğru, Yaşama Hakkı, s. 20.

⁷⁶ Doğru, Yaşama Hakkı, s. 20-21.

⁷⁷ Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 19.

1.2.2.1. Negatif Yükümlülük

Bireylerin sahip oldukları “*yaşam hakkı*” kapsamında devletin negatif yükümlülüğü “*öldürmemek*” iken “*işkence ve kötü muamele yasağı*” kapsamında devletin negatif yükümlülüğü “*işkence yapmama ve kötü muamelede bulunmamak*”dır⁷⁸.

Negatif yükümlülük yalnızca kasıtlı öldürme ya da kötü muamele hallerini değil bir kusur neticesinde ölüme ya da yaralanmaya sebebiyet verilmesi ya da kişinin hayatının tehlikeye düşürülmesi hallerini de kapsamaktadır⁷⁹.

1.2.2.2. Pozitif Yükümlülük

Devletin kendi organları ve ajanları tarafından bireylerin maddi ve manevi bütünlüklerinin zarar görmesine sebep olmamaları devletin yükümlülüklerinden yalnızca biridir. AİHM’e göre devletlerin yetki alanlarında bulunan herkese Sözleşmede tanımlanan hak ve özgürlükleri sağlama yükümlülüğünü düzenleyen 1. maddesi, Sözleşme’nin 2. ve 3. maddeleriyle birlikte değerlendirildiğinde devletlerin, bireylerin diğer bireyler tarafından yapılabilecek olanlar da dahil olmak üzere, bu tür eylemlere maruz kalmamalarını sağlama yükümlülükleri bulunmaktadır⁸⁰. Buna göre Devletler yalnızca öldürmeme ya da kötü muamele yapmama ile yetinemezler. Kişileri bu tür eylemlerden koruyacak yasal ve pratik önlemleri almalı, aykırı davrananları etkili şekilde

⁷⁸ Harris/O’Boyle/Warbrick, s. 19, 346; Demir Koşar, s. 95; Gizem Dursun, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İşkence Yasağı ve İşkenceyi Etkili Biçimde Soruşturma Yükümlülüğü, Seçkin Yay. Ankara 2018, s. 101.

⁷⁹ Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, B. 9, Ankara 2011, s. 157; ayrıca bkz. Demiray/Türkiye, B. No: 27308/95, T. 21/10/2000; Gül/Türkiye, B. No: 2676/93, T. 14/12/2000; Güleç/Türkiye, B. No: 21593/93, T. 27/7/1998; Ergi/Türkiye, B. No: 23818/94, T. 28/7/1998.

⁸⁰ Z. ve Diğerleri / Birleşik Krallık [BD], B. No: 29392/95, T. 10/05/2001, § 73; A./Birleşik Krallık, B. No: 25599/94, 23/9/1998, § 22; Kaya/Türkiye, B. No: 22729/93, 19/2/1998, § 105; Sevtap Veznedaroğlu/Türkiye, B. No: 32357/96, 11/4/2000, § 32.

soruşturarak cezalandırmalıdır. Anayasa Mahkemesi de benzer şekilde pozitif yükümlülüklerin Anayasa'nın 17. maddesinin Anayasa'nın 5. maddesinde yer alan genel yükümlülük maddesiyle birlikte yorumlanmasından doğduğunu belirtmektedir⁸¹.

1.2.2.2.1. Koruma Pozitif Yükümlülüğü

Kamu görevlisi olmayan üçüncü kişilerden gelebilecek saldırılara karşı bireylerin korunması, gerçekleşebilecek kazalara karşı önlemlerin alınması devletin koruma yükümlülüğünü oluşturmaktadır. Koruma yükümlülüğü için *önleme yükümlülüğü* kavramı da kullanılabilmektedir⁸². Pozitif yükümlülükler Gemalmaz tarafından hakkı “*kurumsallaştırıcı ve koruyucu önlemler*” olarak tanımlanmaktadır⁸³.

AİHM ve Anayasa Mahkemesi, devletin koruma yükümlülüğü bulunduğunu, bu yükümlülüğün; devletin yetki alanında bulunan tüm bireyleri gerek kamu makamlarının gerekse üçüncü kişilerin fiillerine karşı korunmasını da kapsadığını belirtmiş, hatta kişinin kendisinden kaynaklanabilecek risklere karşı da korunması yükümlülüğünün bulunduğunu kabul etmişlerdir⁸⁴.

Koruma yükümlülüğünün yerine getirilebilmesi hukuki ve fiili tedbirler alınmasıyla söz konusu olabilmektedir⁸⁵. Bu kapsamda, etkili bir hukuk sistemi kurmak ve bireyleri öldürülmekten ya da kötü muameleyle maruz kalmaktan koruyacak pratik tedbirler almak devletin koruma yükümlülüğünü oluşturmaktadır⁸⁶. Koruma

⁸¹ **Salih Akkuş**, § 30; **Turan Uytun ve Kevzer Uytun**, B. No: 2013/9461, 15/12/2015, § 72.

⁸² **Kalabalık**, s. 440.

⁸³ **Gemalmaz**, Genel Teori, s. 145.

⁸⁴ **Serpil Kerimoğlu ve diğerleri**, B. No. 2012/752, T. 17/09/2013, § 51; **Dilek ve diğerleri/Türkiye**, B. No:31149/09, T. 3/11/2011, § 42-46; **Halil Yüksel Akıncı ve diğerleri/Türkiye**, B. No: 39125/04, T. 11/12/2012, §64-66.

⁸⁵ **Z.C. [GK]**, B. No: 2013/3262, T. 11/5/2016, § 84.

⁸⁶ **Osman Doğru**, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, Legal Yay., İstanbul 2006 (**Kötü Muamele Yasağı**), s. 140; **Harris/O'Boyle/Warbrick**, s. 39; **Kalabalık**, s. 410.

yükümlülüğü yalnızca üçüncü kişilerden gelecek müdahalelere yönelik olmayıp kamu ajanlarından gelebilecek ihlallere yönelik olarak da önlemler alınması bir zorunluluktur.

Koruma yükümlülüğü kapsamında öncelikle bir ceza mevzuatı oluşturma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu mevzuatın oluşturulması caydırıcı bir etki doğurarak ihlalleri önleme konusunda önem taşımaktadır⁸⁷. Ceza mevzuatı oluşturma yükümlülüğü kapsamında önemli olan etkili, caydırıcı ve pratikte uygulanan bir hukuk sistemi oluşturulmasıdır. Nitekim kimi zaman mevzuattan kaynaklanan boşluklar ceza sisteminin etkililiğini ortadan kaldırılabirirken⁸⁸ kimi zaman hukuk kurallarının uygulanma şeklinden kaynaklanan sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Koruma yükümlülüğü söz konusu olduğunda, bireylere yönelebilecek saldırılara ilişkin yakın tehlikelere karşı bireyleri koruyacak pratik tedbirler alınmasına uygun bir mevzuat da oluşturulmalıdır.

Koruma yükümlülüğü kapsamında, hem üçüncü kişilerden hem kamu ajanlarından gelebilecek tehlikelere karşı bireyler korunmalı, bu koruma da hem cezalandırıcı ve dolayısıyla caydırıcı bir sistem kurulmasını hem de yakın ve bilinebilir tehlikelere karşı fiilî korumayı içermelidir⁸⁹.

1.2.2.2.2. Soruşturma Pozitif Yükümlülüğü

“Yaşam hakkı” ile “işkence ve kötü muamele yasağı” kapsamında devletin “öldürmeme” ve “koruma pozitif yükümlülüğü” dışındaki son yükümlülüğü usul yükümlülüğü diğer bir ifade ile “etkili soruşturma yükümlülüğü”dür. Etkili soruşturma yükümlülüğü, gerek negatif yükümlülüğün ihlal edildiği hallerde gerekse üçüncü kişiden gelen bir saldırı durumunda yahut ihmal sonucu bir zararın doğduğu hallerde

⁸⁷ Kalabalık, s. 411.

⁸⁸ Doğru, Kötü Muamele Yasağı, s.140.

⁸⁹ Fiili korumaya ilişkin AİHM kararları için bkz. **Osman/Birleşik Krallık**, B. No 23452/94, T. 28/10/1998, § 115-122; **Akkoç/Türkiye**, B. No: 22947/93 ve 22948/93, T. 10/10/2000, § 85-94.

sorumluların tespiti ve cezalandırılmaları için gerekenlerin eksiksiz olarak yerine getirilmesi gerekliliğini ifade etmektedir⁹⁰.

Gemalmaz bu yükümlülüğü; “*düzgün soruşturma açma ve yürütme yükümlülüğü*” olarak ifade etmektedir⁹¹. Soruşturma yükümlülüğü için *cezalandırma yükümlülüğü* kavramı da kullanılmaktadır⁹².

Koruma ve soruşturma yükümlülüğü, devletin yapmama yükümlülüğünden farklı olarak aktif tutum gerektirmesi nedeniyle pozitif yükümlülükler arasında sayılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi “*bir ölüm meydana gelmişse devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında ölümün nedenlerini soruşturma ve sorumluları tespit ederek cezalandırma ödevi*” bulunduğunu vurgulamaktadır⁹³. Anayasa Mahkemesine göre, caydırıcılığın sağlanabilmesi için kötü muamele iddialarında da özenli ve eksiksiz bir soruşturma yürütülmesi önemlidir⁹⁴. Anayasa Mahkemesi, etkili şekilde sürdürülmeyen soruşturmalar hakkında süreç devam devam ederken yapılan başvuruları da kabul edilebilir bulmaktadır⁹⁵.

Geniş anlamda caydırıcılık sağlaması bakımından, etkili soruşturma yükümlülüğünün de koruma yükümlülüğüne bir noktada dokunduğunu söylemek

⁹⁰ **Demir Koşar**, s. 93.

⁹¹ **Gemalmaz**, Genel Teori, s. 143.

⁹² **Kalabalık**, s. 440.

⁹³ **Salih Akkuş**, B. No: 2012/1017, 18/9/2013, § 29.

⁹⁴ **Tuna Ayçiçek**, B. No:2014/6526, 24/1/2018, § 74.

⁹⁵“Bu nedenle etkili yürütülmediği için herhangi bir ilerleme kaydedilemeyen bu soruşturmaya mevcut hâliyle devam edilmesi durumunda soruşturmada etkili olmak adına en ufak gerçekçi bir şansın bulunduğu söylenemeyecek olup başvurucuların da bu durumun farkına varmalarından sonra etkililiği kalmayan bu soruşturmaya yönelik olarak bireysel başvuruda bulundukları kanaatine varılmıştır.” **Hıdır Öztürk ve Dilif Öztürk**, B. No: 2013/7832, 21/4/2016, § 197; **Hüseyin Caruş**, B. No: 2013/7812, 6/10/2015, § 84.

mümkündür. Zaten bu yükümlülüklerin hiçbirisi birbirinden ayrı ve bağımsız düşünölemeyecektir.

1.2.3. Yaşam Hakkı ile İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Kapsamında Etkili Soruşturma Yükümlölüğü

Etkili soruşturma yükümlölüğü, devletin, “*her türlü fiziksel ve ruhsal saldırı olayının*” ya da “*doğal olmayan her ölüm olayının*” sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek nitelikte bir soruşturma yürütmesi yönündeki yükümlölüğü ifade etmektedir⁹⁶.

Etkili soruşturma yükümlölüğü ihlalin kaynağı önemli olmaksızın ihlal şüphesinin bulunduğı tüm hallerde devreye girmektedir.

1.2.3.1. Savunulabilir İddia

Etkili soruşturma yükümlölüğü, “*yaşam hakkı*” ya da “*ışkence ve kötü muamele yasağının*” ihlal edildiğine ilişkin iddianın savunulabilir nitelikte olması halinde devreye girmektedir⁹⁷. Yaşam hakkından söz ettiğimiz durumda etkili soruşturma yükümlölüğünün doğması için öncelikle ortada şüpheli bir ölüm bulunmalıdır⁹⁸. Örneğin ölümü ve ölüm nedenini belirleyen hekim tarafından bir hastalık sonucu meydana geldiğı

⁹⁶**Cezmi Demir ve diğlerleri**, B. No: 2013/293, 17/7/2014, § 110; **Serpil Kerimoğlu ve diğlerleri**, § 54; benzer yönde bkz. **Anguelova/Bulgaristan**, B. No: 38361/97, 13/6/2002, § 137; **Jasinskis/Letonya**, B. No: 45744/08, 21/12/2010, § 72.

⁹⁷**Cem Şenol**, “Etkin Soruşturma Yükümlölüğü ve Etkili Başvuru Hakkı”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Faköltesi Dergisi, S.1, Y. 2011 (**Makale**), s. 36; **Cezmi Demir ve diğlerleri**, § 111; **Assenov ve diğlerleri/Bulgaristan**, B. No: 24760/94, T. 28/10/1998, § 101-102; **Labita / İtalya [BD]**, B. No: 26772/95, T. 06/04/2000, § 131.

⁹⁸ Bireyin şüpheli koşullarda ölmesi halinde etkili soruşturma yükümlölüğünün doğduğuna ilişkin bkz. **Lari/Moldova**, B. No: 37847/13, T. 15/9/2015, § 34. Şüpheli ölüm, bir dış etken sebebi ile meydana gelen yani doğal olmayan ölümler ile hekim tarafından doğal ölüm olarak nitelendirilmiş olmakla birlikte bir başka kişi tarafından ölüm olayının doğal yolla olmadığına ilişkin bir şüphe bildirilen ölümlerdir. **Doğru**, Yaşama hakkı, s. 12-13; **Bahadır**, Yaşama Hakkı, s. 164.

tespit edilen ölüm olayı hakkında üçüncü kişi tarafından şüpheli bir durum bildirilmez ise ölüm, doğal ölüm durumu olarak tespit edilecek ve etkili soruşturma yükümlülüğü doğmayacaktır⁹⁹. Ancak ölüm olayında kastî ya da ihmali bir dış etkenin etkili olduğu şüphesi bulunan durumlar adli olay olarak tespit edilecek ve devletin etkili soruşturma yükümlülüğü devreye girecektir¹⁰⁰. Dış etkenin devlet kaynaklı ya da üçüncü kişi kaynaklı olması fark etmeksizin her iki durumda da etkili soruşturma yükümlülüğü doğmaktadır.

İşkence ve kötü muameleden söz ettiğimizde ise yine kamu ajanları ya da üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen hukuka aykırı bir saldırı, şiddet kullanımı gibi durumlar söz konusu olduğunda devletin etkili soruşturma yükümlülüğü doğar.

Ancak yukarıda belirtildiği üzere etkili soruşturma yükümlülüğünün doğması için öncelikle ortada savunulabilir bir iddia bulunmalıdır¹⁰¹. Bunun anlamı, bireyin ihlal iddiasının soyut ve temelsiz olması durumunda etkili soruşturma yükümlülüğünün doğmayacak olmasıdır¹⁰². Bir ölüm olayının şüpheli olduğuna ilişkin iddiayı temel düzeyde destekleyecek birtakım verilerin var olmaması halinde, yine kötü muamele iddiaları için de bir kişinin kötü muamele yasağının ihlalini teşkil edecek eylemlere maruz kaldığına ilişkin temel düzeyde birtakım veriler bulunmaması halinde iddiaların savunulabilir olmadığı sonucuna varılabilir.

⁹⁹ **Doğru**, Yaşama hakkı, s. 12-13,

¹⁰⁰ **Doğru**, Yaşama hakkı, s. 12-13.

¹⁰¹ **Shchukin ve diğerleri / Kıbrıs**, B. No: 14030/03, T. 29/07/2010, § 101; **İlhan / Türkiye [BD]**, B. No: 22277/93, T. 27/06/2000, § 98.

¹⁰² **Demir Koşar**, s. 98.

1.2.3.2. Etkili Soruşturma Yükümlülüğünün Kaynağı

Etkili soruşturma yükümlülüğü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, sözleşme maddelerinde sağlanan teorik korumanın hayata geçirilebilmesinin bir yolu olarak kabul edilmektedir¹⁰³. İhlal iddialarını ve ihlale ilişkin diğer bulguları soruşturma yükümlülüğü bulunmaması durumunda hakları güvence altına alan hükümlerin teorik boyutta ve etkisiz kalması kaçınılmazdır¹⁰⁴. Ayrıca, lafzi olarak düzenlenmemiş olsa da etkili soruşturma yükümlülüğünün maddi yükümlülük getiren düzenlemelerin içinde saklı olarak mevcut olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁵.

Doğru, devletin hukuka aykırı öldürmenin ve şiddet kullanımının yasaklanması ile devletin bireyin korunmasına yönelik taahhüdünün etkili soruşturma yükümlülüğü olmaksızın hiçbir anlamı kalmayacak olmasını ifade eden bu durumu, “*etkili soruşturma yükümlülüğünün varlık nedeni*” olarak açıklamıştır¹⁰⁶.

Yukarıda açıklandığı üzere, AİHM’e göre pozitif yükümlülükler dayanağını “*Yüksek Sözleşmeciler Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar*” şeklindeki ilk maddesinden almaktadır¹⁰⁷. Maddi yükümlülük getiren düzenlemeler, Sözleşme’de tanınan hakları güvence altına alma yükümlülüğü getiren 1. maddeyle birlikte değerlendirildiğinde, ihlal iddialarına ilişkin etkili bir soruşturma

¹⁰³ Assenov ve diğerleri/Bulgaristan, § 102; Salin ve Karşın / Türkiye, B. No: 44188/09, T. 23/06/2015, § 75; Labita/İtalya [BD], § 131; El-Masri / Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti [BD], § 182; Bozdemir ve Yeşilmen/Türkiye, B. No: 33860/03, 9/7/2013, § 66.

¹⁰⁴ Eric Svanidze, Effective investigation of ill-treatment, Council of Europe (Effective investigation), 2009, s. 9; Dursun, s. 24; Armani da Silva/Birleşik Krallık [BD], B. No: 5878/08, T. 30/3/2016, § 230.

¹⁰⁵ Assenov ve diğerleri/Bulgaristan, § 102.

¹⁰⁶ Doğru, Yaşama hakkı, s. 296.

¹⁰⁷ Harris/ O’Boyle/ Warbrick, s. 19; Gemalmaz, Genel Teori, s. 143; Kaya/Türkiye, B. No: 22729/93, 19/2/1998, § 105; Sevtap Veznedaroğlu/Türkiye, B. No: 32357/96, 11/4/2000, § 32.

yapma yükümlülüğü doğurmaktadır¹⁰⁸. Nitekim yaşam hakkı ve kötü muamele yasağı için de Sözleşme'nin 1. maddesi yaşam hakkını düzenleyen fıkra ile birlikte yorumlanarak etkili soruşturma yükümlülüğüne ulaşılmıştır¹⁰⁹. Bu şekilde, maddi hakları güvence altına alan maddelerin Sözleşme'nin 1. maddesiyle birlikte yorumlanması etkili soruşturma yükümlülüğünün hukuki kaynaklarından birini oluşturmaktadır.

Etkili soruşturma yükümlülüğü Sözleşme'nin 13. maddesinde, hak ihlallerinin önüne geçilebilmesinin ve kurumların sahip oldukları görev ve yetkileri kullanırken temel haklara riayet edip etmediklerinin denetlenmesinin bir yolu olarak düzenlenen¹¹⁰ “*etkili başvuru hakkı*” ile de bağlantılıdır¹¹¹. “*Etkili başvuru hakkı*”, yaşam hakkı ve işkence/kötü muamele yasağına ilişkin etkili soruşturma yükümlülüğünün hukuki kaynaklarından bir diğerini oluşturmaktadır¹¹².

Etkili soruşturma yükümlülüğünün etkili başvuru hakkından doğduğu da kabul edilse, maddi hakların içinde zımnen bulunduğu da kabul edilse uygulanan ilkeler ve bu yükümlülüğün amacı aynıdır¹¹³.

¹⁰⁸ **Mehmet Semih Gemalmaz**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/İşkence Yasağı) Analizi, Ankara Barosu Yay., Ankara 2006, s. 375.

¹⁰⁹ **McCann/Birleşik Krallık**, B. No: 19009/04, T. 13/5/2008, § 161; **Kaya v. Türkiye**, § 105; **El-Masri / Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti [BD]**, § 198.

¹¹⁰ **Şenol**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, On İki Levha Yay., İstanbul 2013 (**Kitap**), s. 112.

¹¹¹ **Sezgin Tanrıku**, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Etkili Başvuru Hakkı, Seçkin Yay., Ankara 2012, s. 176; **Aksoy/Türkiye**, B. No: 21987/93, 18/12/1996, § 98; **Batı ve Diğerleri/Türkiye**, B. No: 33097/96, 57834/00, 3/6/2004, § 133.

¹¹² **Şenol**, Kitap, s. 116; **Şenol**, Makale, s. 38; **Aksoy/Türkiye**, s. 98.

¹¹³ **Doğru**, Kötü Muamele Yasağı, s. 169.

1.2.3.3. Etkili Soruşturma Yükümlülüğünün Amacı ve Kapsamı

Etkili soruşturma yükümlülüğünün amacı sorumluların belirlenmesi ve gerektiğinde cezalandırılmaları ile mağdurlara tazminat ödenmesinin sağlanması olarak ifade edilmektedir¹¹⁴. Şüpheli ya da şüpheli olduğu iddia edilen bir ölüm olayı yahut bir kötü muamele olayına ilişkin yürütülecek etkili bir soruşturmadan, olayın ne şekilde gerçekleştiğine ilişkin maddi koşulları tespit etmesi, sorumluları belirlemesi ve gerektiğinde cezalandırması ile mağdura –ölüm gerçekleşmişse ölenin yakınlarına- uygun giderim sağlaması beklenmektedir¹¹⁵. Amaç, yaşam hakkının koruyan ve kötü muameleyi yasaklayan hükümlerin etkili şekilde uygulanabilmesi ve sorumluların hesap vermesidir¹¹⁶. Soruşturma olayların ortaya çıkarılmasına, sorumluların belirlenmesine ve sorumluların cezalandırılmasına imkân sağlayacak niteliğe sahip olmalıdır¹¹⁷.

Etkili soruşturma yükümlülüğü devletlere öncelikle iddiaların soruşturulması ve faillerin cezalandırılması için uygun mekanizma ve prosedürler oluşturma görevi yüklemektedir¹¹⁸. Bu görev etkili yargısal sistem kurma yükümlülüğü olarak ifade edilebilir. Bu yükümlülük yukarıda belirtildiği üzere koruma yükümlülüğü ile iç içe geçmiş bulunmaktadır. Yargısal sistemin kurulmasının akabinde devletten beklenen yargısal sistemi etkili şekilde işleterek olayın ne şekilde gerçekleştiğine ilişkin maddi koşulları ortaya koyması, sorumluları belirlemesi ve gerektiğinde cezalandırması ya da mağdurlara uygun bir tazmin sağlamasıdır. Bu kapsamda özetle devletler, sorumluların

¹¹⁴ Doğru, Kötü Muamele Yasağı, s. 170.

¹¹⁵ Doğru, Yaşama Hakkı, s. 295.

¹¹⁶ Aktaş/Türkiye, B. No: 24351/94, 24/4/2003, § 299; Nachova ve diğerleri/Bulgarsitan [BD], B. No: 43577/98, 6/7/2005, § 110.

¹¹⁷ Durmaz/Türkiye, B. No: 3621/07, T. 13/11/2014, § 55; Mikheyev / Rusya, B. No: 77617/01, T. 26/1/2006, § 107; Alikaj ve Diğerleri/İtalya, B. No: 47357/08, T. 29/3/2011, § 97; Armani Da Silva/Birleşik Krallık [BD], B. No: 5878/08, T. 30/3/2016. § 233.

¹¹⁸ Svanidze, Effective Investigation, s. 9.

fiilleri nedeniyle hesap vermelerini sağlayarak henüz işlenmemiş insan hakkı ihlallerini caydırmakla ve sisteme olan güveni sağlamakla yükümlüdürler¹¹⁹.

Anayasa Mahkemesi, etkili soruşturma yükümlülüğünün olayın niteliğine göre “cezai, hukuki ya da idari nitelikte bir süreç ile” yerine getirilebileceğini hüküm altına almaktadır¹²⁰. Daha açık bir ifade ile belirtmek gerekirse mağdurlara tam yargı ya da tazminat davası açma imkânı tanınması ya da disiplin soruşturması yürütülmesi de duruma göre etkili soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilmesinde kullanılabilecek yollar arasında sayılabilir¹²¹.

Etkili soruşturma yükümlülüğünün ne şekilde yerine getirilebileceği, olayda kasıt bulunup bulunmaması ile kasıt bulunmayan hallerde ihmalin derecesine göre belirlenmektedir¹²². Kasıtlı olmayan eylemlerde ihmalin niteliğine göre etkili soruşturma yükümlülüğü, mağdurlara “hukuki”, “idari” veya “disiplinle ilgili” yollara başvuru imkânı tanınmasıyla yerine getirilmiş kabul edilebilir¹²³. Bir başka ifade ile kasıtlı olmayan eylemler sonucu meydana gelen ölüm ya da yaralanma olaylarının hepsinde mutlaka etkili bir ceza soruşturulması yürütülmesi aranmamaktadır. AİHM ve Anayasa Mahkemesi içtihadına göre; kamu makamlarının “*muhakeme hatası ya da dikkatsizliği aşan bir kusurları*” söz konusu olması halinde ise etkili yargısal sistem kurma yükümlülüğü ancak bir ceza soruşturmasının etkili şekilde yürütülmesiyle yerine getirebilecektir¹²⁴. Kamu görevlilerinin muhakeme hatası ya da dikkatsizliği aşan boyuttaki

¹¹⁹ Svanidze, Effective investigation, s. 9-10.

¹²⁰ Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, § 55.

¹²¹ Doğru, Kötü Muamele Yasağı s. 166; Mustafa Tunç ve Fecire Tunç/Türkiye [BD], B. No: 24014/05, 14/4/2015, § 170.

¹²² Demir Koşar, s. 97.

¹²³ Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, § 59; Vo/Fransa [BD], B. No: 53924/00, T. 8/7/2004, § 90; Calveli ve Ciglio/İtalya [BD], B. No: 32967/96, T. 17/1/2002, § 51.

¹²⁴ Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, § 60; Öneriyıldız/Türkiye [BD], B. No: 48939/99, T. 30/11/2004, § 93; Budayeva ve diğerleri/Rusya, B. No: 15339/02, T. 20/3/2008, § 140.

kusurları ise “*olası sonuçların farkında olmalarına rağmen kendilerine verilen yetkiler kapsamında tehlikeli bir faaliyet nedeniyle oluşan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almadıkları durumlar*” olarak tanımlanmaktadır¹²⁵. Anayasa Mahkemesi bu tanıımı AİHM kararlarından doğrudan almak suretiyle kullanmaktadır¹²⁶.

Kasıtlı eylemlerde de idari soruşturmalar ya da tazminat davaları ihlalin giderilmesi için yeterli görülmemekte, etkili bir ceza soruşturmasının yürütülmesi aranmaktadır¹²⁷.

Özetlemek gerekirse; kamu görevlilerinin kötü muameleleri, kasıtlı eylemleri ve kasıtlı olmamakla birlikte muhakeme hatası, dikkatsizliği aşan boyutta bir kusurlarının olduğu durumda usul yükümlülüğü, mutlaka etkili bir ceza soruşturması yürütülmesini gerektirir¹²⁸. Disiplin yaptırımının uygulanması ya da tazminat ödenmesi gibi yollar bu tür olaylarda ihlalin giderilmesi için yeterli değildir¹²⁹.

¹²⁵Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, § 60; Öneriyıldız/Türkiye [BD], § 93; Budayeva ve diğerleri/Rusya, § 140.

¹²⁶Anayasa Mahkemesi AİHM tarafından kullanılan tanımlamayı doğrudan kullanmakla birlikte “muhakeme hatası ya da dikkatsizliği aşan bir kusur” ifadesinin ceza hukukundaki kusur türlerinden hangilerine işaret ettiği yönünde bir değerlendirme yapılması gerekebilecektir. Kanımızca kavram, olası kast ve bilinçli taksir ve taksir olmak üzere kusur türlerinin tamamını kapsamaktadır. Bu değerlendirme yapılırken Anayasa Mahkemesince, ihmali bulunan kişinin sonucu öngörüp öngöremeyeceği değerlendirilmektedir. Öngörülebilirlik ise ceza hukukunda kusurluluğun ön şartıdır. Bu durumda Anayasa Mahkemesince yapılan değerlendirme ihmali davranışın suç teşkil edip etmediğine ilişkin olmaktadır. Bununla birlikte taksirle yaralama ya da ölüme sebebiyet verme suçu oluşmasa da bir kamu görevlisi yönünden örneğin görevi ihmal suçu doğmuş olabilecektir. Ancak bu durum anayasal anlamda bir ceza soruşturması yürütülmesi yükümlülüğü doğurmayacaktır. Ceza hukukunda kusur türleri için bkz. İçel, Ceza Genel, 435-470; Nevzat Toroslu/Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yay. B. 24, Ankara 2018, s. 214-247.

¹²⁷Doğru, Yaşam Hakkı, s. 299; ayrıca bkz. Slimani/Fransa, B. No: 57671/00, T. 27/7/2004, § 30.

¹²⁸Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, § 55-60.

¹²⁹Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, § 55; Cezmi Demir ve diğerleri, § 110.

Bununla birlikte, bir olayda etkili soruşturma yükümlülüğünün mutlaka bir ceza soruşturması yürütülmesini gerekli kılıp kılmadığı özellikle kasıtlı olmayan suçlar yönünden her zaman çok kolay olmamaktadır. İhmal sonucu meydana gelen ölüm ve yaralanma olaylarında etkili soruşturma yükümlülüğünün ne tür bir soruşturma sonucu sağlanabileceğinin yorumu için öncelikle somut olayın özelliklerinin tespit edilebilmesi gerekecektir¹³⁰.

Tıbbi ihmallere ilişkin davaların örnek gösterilebileceği¹³¹ bir grup başvuru türü yönünden etkili soruşturma yükümlülüğünün ne tür bir dava yolu ile yerine getirilebileceğine ilişkin kategorik olarak belirleme yapılabilmekle birlikte bu belirlemeler çok yaygın olmayıp etkili soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilmesinde mutlaka bir ceza soruşturması yürütülmesi gerekip gerekmediğine büyük oranda her başvuru için olay bazında inceleme yapılarak karar verilmektedir¹³².

Anayasa Mahkemesi, kamu görevlilerinin ihmali iddialarına ilişkin somut olayın özelliklerini inceleyerek yetkililerin, “*olası sonuçların farkında olmalarına rağmen kendilerine verilen yetkileri göz ardı ederek harekete geçmedikleri sonucuna götürecek bir bulgu*” bulunup bulunmadığını değerlendirmekte, bu yönde bir veriye rastlanmaması halinde mutlaka bir cezai prosedür işletilmesinin gerekli olduğunun söylenemeyeceğine karar vermekte ve başvuru sahiplerinin hukuki ya da idari başvuru yollarını tüketmelerini aramaktadır¹³³.

Kimi durumda ise tazminat davalarının karara bağlanabilmesi için gerekli deliller ancak bir ceza soruşturması ile temin edilebilecektir. Böyle bir durumda, yürütülen ceza

¹³⁰ Demir Koşar, s. 99.

¹³¹ Karakoca/Türkiye, B. No: 46156/11, 21/5/2013; Nail Artuç, B. No: 2013/2839, 3/4/2014; Seyfi Yayla ve diğerleri, B. No: 2013/829, 11/12/2014.

¹³² Demir Koşar, s. 99-100.

¹³³ Bilal Turan ve diğerleri (2), B. No: 2013/2075, T. 4/12/2013, § 73.

soruşturması ile olayların aydınlatılması akabinde ceza soruşturmasının sonuca bağlanması aranmayarak tazminat yolunun yeterli görülebildiği anlaşılmaktadır¹³⁴. Buradan çıkan sonuca göre, hukuki ya da idari başvuru yolları olayın meydana gelme koşullarını ortaya çıkarmakta yetersiz ise bu kişilere bu yolların açık olması etkili soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilmesi bakımından yeterli kabul edilemez.

Etkili soruşturma yükümlülüğünün yerine getirildiğinden söz edilebilmesi için birkaç başvuru yolunun bir arada bulunması da gerekebilir. Bir ceza soruşturması açılması yoluyla maddi olayın tespit edilmesi, giderim sağlanabilmesi için ise tazminat yolunun açık olması aranabilecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, etkili soruşturma yükümlülüğündeki soruşturma kavramının ceza hukuku anlamındaki soruşturma kavramıyla sınırlı olarak düşünülmemesi gerekmektedir¹³⁵. Ceza yargılaması hukukunun *soruşturma*, *kovuşturma*, *kanun yolları ile infaz* aşamalarından oluşan¹³⁶ aşamalarının tamamı gerek kötü muamele yasağı kapsamında gerek yaşam hakkı kapsamında devlete ait etkili ceza soruşturması yürütülmesi yükümlülüğü kapsamına dahildir¹³⁷.

1.2.4. Etkili Soruşturma İlkeleri

Etkili bir soruşturmanın nasıl olması gerektiğine ilişkin kabul edilen belli kriterler mevcuttur. Etkili soruşturma ilkelerinden bahsederken öncelikle İstanbul Protokolü'nden bahsetmek gerekir. Kısaca “*İstanbul Protokolü*” olarak bilinen “*İşkence ve Diğer İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele ve Cezanın Etkili Soruşturulması ve Belgelendirmesi İçin El*

¹³⁴ Sevim Güngör/Türkiye, k.k., B. No: 75173/01, T. 14/4/2009; Doğru, Yaşama Hakkı, s. 300.

¹³⁵ Doğru, Kötü Muamele Yasağı s. 166.

¹³⁶ Cüneyd Altıparmak, 100 Başlıkta Soruşturma Evresi El Kitabı, Seçkin Yay. B. 6, Ankara 2013, s. 20,42; Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yay. B. 6, Ankara 2018, s. 546.

¹³⁷ Demir Koşar, s. 100.

Kılavuzu”¹³⁸, işkence fiillerinin delillendirilmesi ve cezasız kalmasının önlenmesi için yapılması gerekenlere ve etkili soruşturma yürütülmesine ilişkin tavsiye niteliğinde kriterler belirlemektedir. İstanbul Protokolü, işkence iddialarının özellikle delillendirilme yöntemlerine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Kötü muamele teşkil ettiği iddia edilen olayların gerçekleşme şeklini ve sorumlularını tespit etmeye ve bu kişilerin cezasız kalmasını engellemeye elverişli nitelikte bir soruşturma yürütme yükümlülüğünün kriterlerini belirleme noktasında anılan metin etkili soruşturma yükümlülüğü açısından oldukça önemlidir¹³⁹. Bu önem nedeniyledir ki gerek AİHM gerek Anayasa Mahkemesi tarafından İstanbul Protokolü’nde yer alan kriterler etkili soruşturma ilkeleri arasında benimsenmektedir¹⁴⁰.

Etkili soruşturma ilkelerine yön gösteren bir diğer belge ise “*Minnesota Protokolü*” olarak bilinen “Birleşmiş Milletler Hukuk Dışı, Keyfi ve Yargısız İnfazların Önlenmesine ve Soruşturulmasına İlişkin El Kılavuzu”dur¹⁴¹. “*İstanbul Protokolü*” işkence/kötü muamele iddialarının soruşturulmasında kullanılacak delillendirme yöntemlerine ilişkin standartlar getirmekte iken Minnesota Protokolü benzer standartları ölüm vakâlarının soruşturulmasına ilişkin olarak getirmektedir.

Etkili soruşturma yükümlülüğü AİHM içtihatlarından¹⁴² yola çıkılarak genel olarak beş başlık altında incelenmektedir. Bunlar; “*soruşturmanın derhal başlatılması*,

¹³⁸ **İstanbul Protokolü**, (çevrimiçi) <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/training8Rev1en.pdf>, erişim tarihi 16/3/2020.

¹³⁹ **Gökçe Gültekin Yılmaz**, İşkence ve Kötü Muamele Yasağında Cezasızlık Sorunu, On iki Levha Yay., İstanbul 2019, s. 13.

¹⁴⁰ Bkz. **Dilek Aslan/Türkiye**, B. No. 34364/08, 20/10/2015, § 49; **Batı ve Diğerleri/Türkiye**, § 100; **Tuna Ayçiçek**, B. No:2014/6526, 24/1/2018, § 32.

¹⁴¹ **Birleşmiş Milletler Hukuk Dışı, Keyfi ve Yargısız İnfazların Önlenmesine ve Soruşturulmasına İlişkin El Kılavuzu**, <http://www.tihv.org.tr/wp-content/uploads/2015/04/minnesota-protokol%C3%BC.pdf>, erişim tarihi:3/4/2020.

¹⁴² Her bir ilke için AİHM içtihatlarına aşağıda yer verilecektir.

*soruşturma organlarının bağımsızlığı, soruşturmanın makul bir özen ve hızla yapılması, soruşturmanın şeffaflığı ve denetimi ile soruşturmanın bir bütün olarak etkililiği”*dir¹⁴³. Etkili soruşturma ilkeleri olarak ifade edilebilecek olan bu unsurlar bir soruşturmanın etkililiğini ölçme araçlarıdır¹⁴⁴.

Anayasa Mahkemesi de etkili soruşturma ilkelerini, “*soruşturmanın derhal başlaması, bağımsız biçimde, kamu denetimine tabi olarak özenli ve süratli yürütülmesi ve bir bütün olarak etkili olması*” şeklinde ifade etmektedir¹⁴⁵.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarında belirlediği ve Anayasa Mahkemesince de kabul edilen bu beş ilkeye ek olarak yine içtihatlarla bir etkili soruşturma ilkesi olarak *yaptırımın caydırıcılığı* ilkesinin ortaya çıktığı görülmektedir¹⁴⁶.

Bir ceza soruşturmasının etkili kabul edilebilmesi için gerekli olan hususları ifade eden bu ilkeler birbirlerinden bağımsız değildir ve birindeki eksiklik diğer ilkelerin yerine

¹⁴³ **Doğru**, Kötü Muamele Yasağı, s. 170.

¹⁴⁴ **Svanidze**, Effective investigation, s. 14.

¹⁴⁵ **Tahir Canan**, B. No: 2012/969, T. 18/9/2013, § 25; **Cezmi Demir ve diğerleri**, § 116; **Elif Aydın Dost**, B. No: 2014/19954, 12/6/2018, § 56.

¹⁴⁶ **Osman Doğru/Atilla Nalbant**, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar (1.Cilt), Legal Yay., İstanbul 2012, s. 173; “...ulusal mahkemeler hiçbir durumda kişilerin fiziksel ya da ruhsal bütünlüklerine karşı yapılan saldırıların cezasız kaldıkları fikrini ortaya koymamalıdır. Bu durum, kamunun güveninin temin edilmesi, hukuk Devleti düşüncesine katılımının sağlanması ve yasadışı eylemlere müsamaha gösterildiği ya da iş birliği yapıldığı izlenirinin önlenmesi için gereklidir. O halde mevcut davada AİHM’nin görevi, yerel mahkemelerin bir karara varmadan önce uygulanan hukuk sisteminin caydırıcı etkisinin ve hukuk sisteminin işkencenin önlenmesi hususuna saygı gösterilmesinde üstlendiği görevin öneminin azalmaması için, 3. madenin gerektirdiği gibi bir inceleme yapıp yapmadığı ve bu incelemeyi ne şekilde yaptığının tespit edilmesidir.” **Okkalı/Türkiye**, B. No: 52067/99, 17/10/2006, § 65; “ulusal mahkemeler hiçbir şekilde hayatı tehlikeye atan suçları cezasız bırakmamalıdır. Halkın güvenliğini ve hukukun üstünlüğüne uyumu sağlamak, yasadışı fiillere hoşgörü ya da katılımı engellemek için bu şarttır. Dolayısıyla AİHM’nin görevi, kullanılan yargı sisteminin caydırıcı etkisinin ve yaşama hakkı ihlallerinin önlenmesinde bu sistemin oynaması gereken rolün zayıflatılmaması için, mahkemelerin karara varırken 2. madde ile öngörülen dikkatli inceleme şartını yerine getirip getirmediğini ve ne kadar getirdiğini belirlemekten ibarettir.” **Öneryıldız/Türkiye [BD]**, § 96.

getirilmesini de etkileyebilmektedir¹⁴⁷. Olayın aydınlatılmasını ve sorumlu kişilerin ortaya çıkarılması olasılığını güçleştiren bir eksiklik bulunması durumunda etkili soruşturma yükümlülüğünün yerine getirildiğinden bahsedilemeyecektir¹⁴⁸. Yürütülecek soruşturmanın temel amacı, hukukun etkili bir şekilde uygulanması ve ihlallerden sorumlu olan kişilerin hesap vermelerinin sağlanabilmesidir¹⁴⁹. Etkili soruşturma ilkeleri ise bu yolda amaç değil birer araçtır.

Etkili soruşturma yürütülmesi yönündeki ilkeler değerlendirilirken, eksiksiz bir soruşturma yürütülmesi halinde dahi olayların tespit edilmesinin her zaman mümkün olmadığı ve sorumluların tespit edilmesi için yeterli delil bulunmayabileceği akılda tutulmalıdır¹⁵⁰.

Belirtmek gerekir ki etkili soruşturma kriterlerinin adil yargılanma hakkı kapsamındaki güvencelerle kesiştiği noktalar bulunabilmektedir. Ancak adil yargılanma hakkı ceza muhakemesinin sanık yönünden sağlanması gereken güvenceleri oluştururken etkili soruşturma yükümlülüğü mağdurun haklarını koruma altına almaktadır. Nitekim mağdur/katılan adil yargılanma hakkının güvencelerinin yararlanıcısı olarak kabul edilmemektedir¹⁵¹.

¹⁴⁷ **Demir Koşar**, s. 101.

¹⁴⁸ **Serpil Kerimoğlu ve diğerleri**, § 57.

¹⁴⁹ **Cezmi Demir ve diğerleri**, § 110; **Serpil Kerimoğlu ve diğerleri**, § 54.

¹⁵⁰ **Svanidze**, Effective investigation, s. 49.

¹⁵¹ Sözleşme'nin 6. maddesinde adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerin medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyumsuzlukların ve bir suç isnadının esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğu belirtilerek hakkın kapsamı bu konularla sınırlandırılmıştır. Bahsedilen hâller dışında kalan adil yargılanma hakkının ihlali iddiasına dayanan başvurular, Anayasa ve Sözleşme kapsamı dışında kalacağından bireysel başvuruya konu olamaz. Dolayısıyla bir ceza davasında, haklarında suç isnadı bulunmayan mağdur, suçtan zarar gören, şikâyetçi veya katılan sıfatını haiz kişiler adil yargılanma hakkının koruma alanı dışında kalmaktadır. **Onurhan Solmaz**, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 23, 24; **Perez/Fransa [BD]**, B. No: 47287/99, 12/02/2004, § 70); ayrıca bkz. **Veli Kafes**, Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi, AUHFD, S. 60, C. 1, Y. 2011, s.85.

Anayasal anlamda farklı haklar ekseninde incelenmeler de ceza muhakemesi hukukunda mağdur, suçtan zarar gören, şikâyetçi veya katılan sıfatını haiz kişilerinde haklarının koruma altına alınmasının hedeflendiği şüphesizdir¹⁵². Bu nedenledir ki etkili soruşturma kriterlerinin hemen hepsi ceza muhakemesine hâkim olan ilkeler arasında kendisine birer karşılık bulmaktadır.

1.2.4.1. Resen ve Derhal Başlatma

Soruşturmanın derhal başlatılması ilkesi, fiziksel ya da ruhsal saldırı veya doğal olmayan yollarla meydana gelmiş ölüm olayı hakkında derhal bir soruşturma başlatılması gereğine işaret eder. Bu ilke, resmi bir şikâyet bulunmadığı durumlarda dahi olayın kamu makamlarınca öğrenilebilir olduğu zamandan itibaren *resen* bir soruşturma başlatılmasını gerektirir¹⁵³. Örneğin gözüaltına alınan kişinin savcı veya hâkim karşısına çıkarıldığında vücudunda görülebilir şekilde darp ya da cebir izi bulunması, kişinin baskı altında olduğu ya da kötü muameleye maruz kaldığına ilişkin emareler bulunması ya da sağlık raporlarında yaralanma tespit edilmiş olması durumunda *resen* bir soruşturma başlatılması beklenmektedir.

Soruşturmanın *resen* ve derhal başlaması ilkesinin ceza muhakemesindeki karşılığını soruşturmanın kamusalılığı ilkesi oluşturmaktadır Buna göre, mağdur ya da suçtan zarar görenin iradesinden bağımsız olarak suçların *resen* soruşturulması, gerekli koşullar oluştuğunda muhakeme aşamasına geçilmesi kamusal bir yükümlülüktür¹⁵⁴. Bu ilke, Devletin yargılama ve cezalandırma hak ve yetkisinin bir

¹⁵² Mağdurun ceza muhakemesindeki yerine ilişkin bkz. **Centel/Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 956 vd.

¹⁵³ **Hugh Jordan/Birleşik Krallık**, B. No: 24746/94, 4/5/2001, § 105; **Nachova ve diğerleri/Bulgaristan**, B. No: 43577/98, 6/7/2005, § 111; **Tanrıkulu/Türkiye**, B. No: 23763/94, 8/7/1999, § 109; **Aktaş/Türkiye**, § 303.

¹⁵⁴ Soruşturmanın kamusalılığı ilkesi için bkz. **Centel/Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 116-117; **Ünver/Hakeri**, s. 64-67.

yansması olup etkili soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilmesi noktasında yadsınamaz bir öneme sahiptir¹⁵⁵.

Soruşturmanın derhal ve resen başlatılması, olayın üzerinden vakit geçmeden soruşturma işlemlerine başlanılmasını sağlayarak delillerin kaybolmasının önlenmesini hedeflemektedir¹⁵⁶.

Resen ve derhal başlamaya ilişkin ilke öncelikle olayın niteliğine¹⁵⁷ ve etkili soruşturma yükümlülüğünün hangi tür muhakeme süreci ile yerine getirileceğine göre yorumlanmalıdır. Örneğin tıbbi ihmale ilişkin konularda ölenin yakınlarının dava açmasının beklenmesi söz konusudur¹⁵⁸. Yine bir tazminat davasının da resen başlatılması aranmayacaktır.

Resen ve derhal başlama ilkesi, amacı akılda tutularak yorumlanmalıdır. Bu ilke, mağdurlar şikâyet edene kadar geçen sürede delillerin kaybolmaması amacını taşıdığı gibi devletin hüküm ve gözetimi altında bulunan kişilerin maruz kaldıkları eylemlere ilişkin ilgili makamlara şikâyet etmekten çekinip korkabilecekleri gerçeği karşısında kamu makamlarının resen harekete geçmesi gerekliliğini göstermektedir. Yürütülen bir ceza soruşturmasının başlama tarihinden önce kamu makamlarının suç isnadını bilebilir olduklarının tespit edilmesi halinde, özellikle de bu sürede bir kısım delillerin kaybolması söz konusu ise etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlali sonucuna ulaşılabacaktır. Aynı durum, derhal harekete geçilmemesi halinde de söz konusu olmaktadır. Cumhuriyet savcısının olay kendisine iletdikten sonra harekete geçmekte gecikmesi ve bu nedenle delillerin kaybolmuş olabileceğine dair emareler bulunması halinde resen ve derhal başlatma ilkesinin yerine getirilmediği gerekçesiyle

¹⁵⁵ Ünver/Hakeri, s. 59.

¹⁵⁶ Demir Koşar, s. 102.

¹⁵⁷ Doğru, Yaşama Hakkı, s. 303.

¹⁵⁸ Lopes de Sousa Fernandes/Portekiz [BD], B. No: 56080/13, T. 19/12/2017, § 220.

ihlal sonucuna ulaşılacaktır. Ancak resen ve derhal başlama yükümlülüğünün bireylerin hak ihlali iddialarını kamu makamlarına iletme yükümlülüklerini ortadan kaldırmayacağını gözden kaçırmamak gerekmektedir. Doğru da, resen başlatılma ilkesinin iç hukuk yollarına başvurma zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağını belirtmektedir¹⁵⁹.

1.2.4.2. Bağımsızlık ve Tarafsızlık

Bağımsızlık ilkesi AİHM ve Anayasa Mahkemesi tarafından, “*soruşturmadan sorumlu ve tetkikleri yapan kişilerin olaylara karışan kişilerden hem hiyerarşik ve kurumsal olarak hem de pratikte bağımsız olması*” şeklinde tanımlanmakta ve yürütülen soruşturmanın etkililiğinden söz edilebilmesi için aranan koşullardan biri olarak kabul edilmektedir¹⁶⁰. Soruşturma organlarının bağımsızlığının sağlanması elbette soruşturmanın tarafsızlığının sağlanabilmesinin de koşullarından birini oluşturmaktadır¹⁶¹.

Bağımsızlık ve tarafsızlık aynı zamanda adil yargılanma hakkı kapsamındaki güvencelerden birini de teşkil etmekle birlikte etkili soruşturma yükümlülüğü kapsamında yapılan değerlendirme adil yargılanma hakkı kapsamında aranan kriterlerden farklılık arz etmektedir¹⁶². Adil yargılanma hakkı kapsamında aranan bağımsızlık ve tarafsızlık, soyut olarak güvencelerin yerine getirilip getirilmediği ya da dışarıya verilen

¹⁵⁹ Doğru, Yaşama Hakkı, s. 305.

¹⁶⁰ Cezmi Demir ve diğerleri, § 117; Anguelova/Bulgaristan, § 138; Mustafa Tunç ve Feride Tunç/Türkiye [BD], § 177; Oğur/Türkiye, B. No: 21594/9, T. 20/5/1999, § 91-92; Mehmet Emin Yüksel/Türkiye, B. No: 40154/98, 20/7/2004, § 37; Güleç/Türkiye, B. No: 21593/93, 27/7/1998, § 81-82; El-Masri / Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti [BD], § 184; Ergi/Türkiye, § 83-84.

¹⁶¹ Demir Koşar, s. 102.

¹⁶² Adil yargılanma hakkı kapsamında bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesi için bkz. Bahri Öztürk/ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem... (Öztürk vd.), Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yay. B. 14, Ankara 2020, s.127-128.

izlenime göre değerlendirilmekte iken adil yargılanma hakkından farklı olarak etkili soruşturma yükümlülüğü kapsamındaki soruşturmanın bağımsızlığı ilkesi, soruşturmanın somut olarak bağımsız şekilde yürütülüp yürütülmediğine göre değerlendirilmektedir¹⁶³. Soruşturmanın tarafsızlığına ya da bağımsızlığına ilişkin bir şüphe doğduğunda, soruşturmanın bütün olarak etkililiğini, olayın koşullarının aydınlatılmasını ve sorumluların cezalandırılmasını etkileyip etkilemediği kontrol edilmektedir¹⁶⁴.

Tarafsız ve bağımsızlık ilkesine ilişkin en önemli sorun kolluk görevlileri hakkında yürütülen soruşturmanın yine aynı kolluk birimi tarafından yürütülmesidir. Soruşturmaların büyük oranda kolluk kuvvetleri aracılığıyla yürütüldüğü bilinmekte ancak bu durumun kolluk görevlilerinin karıştığı olaylarda faillerin tespit edilmesi, ifadelerinin gereği gibi alınması ya da bazı delillerin toplanması aşamalarında sorun yarattığı çoğu zaman gözden kaçırılmaktadır¹⁶⁵.

Adalet Bakanlığı da anılan hususun yarattığı sorunu tespit ederek, işkence ya da kötü muamele olaylarına ilişkin soruşturma işlemlerinin Cumhuriyet savcıları tarafından bizzat yürütülmesi ve bu soruşturma işlemlerinin kolluk personeline yaptırılmaması yönünde genelge yayınlamıştır¹⁶⁶.

Anayasa Mahkemesi de kolluk görevlilerinin şüpheli olduğu soruşturmada tüm önemli işlemlerin kolluk görevlilerine yaptırılmış olması nedeniyle bağımsız ve tarafsız soruşturma ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁶⁷. Aynı şekilde, kolluk görevlilerinin

¹⁶³ Doğru, Yaşama Hakkı, s. 306.

¹⁶⁴ Doğru, Yaşama Hakkı, s. 307.

¹⁶⁵ Gültekin Yılmaz, s. 84.

¹⁶⁶ Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün 20/2/2015 tarihli ve 158 sayılı Genelgesi, (Çevrimiçi) <http://www.cigm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1822020142702158nolu.pdf>, erişim tarihi: 16/3/2020.

¹⁶⁷ “Somut başvuruda olay yeri görüntülerinin temini, şüphelilerin kimlik ve adres bilgilerinin tespiti, tanıkların ifadelerinin alınması ve benzeri birçok önemli soruşturma işlemi, haklarında soruşturma

yargılandığı bir davada aynı karakolda görev yapan bir başka polisin bilirkişi olarak atanmasını ihlal gerekçesi olarak kullanmıştır¹⁶⁸.

AİHM, soruşturma işlemlerini yapan ve mermi, kovan ve tabanca gibi kritik önemde delilleri toplayan polislerin olayın şüphelileri olduğunu tespit ettiğinde soruşturmanın bağımsızlığının ciddi şekilde zarar görmüş olduğunu belirtmiştir¹⁶⁹. Aynı şekilde, olay yeri incelemesinin yalnızca olayla ilişkisi bulunan jandarma personeli tarafından yapılması karşısında soruşturmanın etkililiğinden söz edilemeyeceği kaydedilmiştir¹⁷⁰.

İstanbul Protokolü'nde de soruşturmada görevli tüm yetkililerin bağımsız ve tarafsız olması gerekliliği vurgulanmaktadır¹⁷¹. Soruşturmacıların aynı zamanda siyasi organlardan da bağımsız olması gerekmektedir¹⁷².

1.2.4.3. Kamu Denetimi ve Etkili Katılım

Soruşturmanın şeffaflığı ve denetimi ilkesi, sürecin ve süreçte verilen kararların hem şikâyetçinin hem de kamunun denetimine açık olmasının ifade eder¹⁷³. Anılan

yürütülen görevlilerin hiyerarşisi içinde yer aldıkları Emniyet Müdürlüğü görevlilerince yerine getirilmiştir. Başvurucuların şikâyetçi sıfatıyla ifadelerinin alınması dışında Cumhuriyet Savcılığı tarafından doğrudan yapılan ve soruşturmanın esasına etkili olan herhangi bir işlem tespit edilememiştir. Bu denli önem arz eden işlemlerin, soruşturulan olayın potansiyel failleri ile aynı hiyerarşik çatıyı paylaşan kolluk görevlilerine yaptırılmasının yukarıda belirtilen soruşturmanın bağımsız ve tarafsız ellerle yürütülmesi ilkeleri ile bağdaştığı söylenemez.” **Hidayet Enmek ve Eyüpsabri Tinaş**, B. No: 2013/7907, T. 21/4/2016, § 101.

¹⁶⁸ **Hamdiye Aslan**, B. No: 2013/2015, 4/11/2015, § 154.

¹⁶⁹ **Bektaş ve Özalp/Türkiye**, B. No: 10036/03, T. 20/4/2010, § 66.

¹⁷⁰ **Aktaş/Türkiye**, B. No: 243/51/94, T. 24/4/2003, § 301.

¹⁷¹ İstanbul Protokolü, ek 1, madde 2.

¹⁷² **Menesheva/Rusya**, B. No: 59261/2000, 9/6/2006, § 64.

¹⁷³ **Doğru**, Kötü Muamele Yasağı, s. 184.

ilkenin iki boyutu bulunmaktadır. Bunlardan ilki sürecin kamuya açık olmasıdır. İkinci boyutu ise şikâyetçinin aşamalara etkili katılımının sağlanmasıdır¹⁷⁴.

Ceza Muhakemesinde aleniyet/halka açıklık ilkesi kamu denetiminin sağlanması gereğine işaret etmektedir¹⁷⁵. Mağdurun delillerin toplanmasını isteme, dosyayı inceleme, itiraz, duruşmadan haberdar edilme, kamu davasına katılma, tanık dinletme, kanun yollarına başvurma haklarının tamamı ise mağdurun ceza muhakemesindeki haklarını koruma altına alınan ve etkili katılımının sağlanmasına imkân tanıyan haklarıdır¹⁷⁶.

Soruşturmanın kamuya açıklığının sınırlandırılmasının etkili soruşturma ilkeleri kapsamında mazur görülebileceği durumlar olabilmekle birlikte etkili katılımın sağlanması her koşulda beklenmektedir¹⁷⁷.

Anayasa Mahkemesince, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararda ve itirazın reddi kararında başvuruçuların iddialarının karşılanmamış olması başvuruçuların etkili katılımlarının sağlanmadığı sonucunu doğurduğuna karar verilmiştir¹⁷⁸. Davanın bin beş yüz kilometre ötedeki bir şehre gerekçe göstermeksizin nakledilmesi de “*kamuoyunda ve başvuruçuda etkili katılımın önüne geçmek amacıyla gerçekleştirildiği izlenimi oluşturduğu*” gerekçesiyle Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştırmıştır¹⁷⁹. Soruşturma işlemlerinin bir kısmının tebliğ edilmemesi ise sürecin geneline katılımın sağlanmış olması koşuluyla etkili katılım bakımından tek başına bir eksiklik olarak kabul edilmemiştir¹⁸⁰.

¹⁷⁴ **Batı ve diğerleri/Türkiye**, § 137; **Aksoy/Türkiye**, § 98; **El-Masri / Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti [BD]**, § 185; **Oğur/Türkiye**, § 92.

¹⁷⁵ Aleniyet/halka açıklık ilkesi için bkz. **Öztürk vd.** s. 142-143; **Ünver/Hakeri**, s. 91-97;

¹⁷⁶ **Centel/Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 957-958.

¹⁷⁷ **Doğru**, Yaşama Hakkı, s. 322.

¹⁷⁸ **Mehmet Kaya ve diğerleri**, B. No: 2013/6979, 20/5/2015, § 102; **Serpil Kerimoğlu ve diğerleri**, § 85.

¹⁷⁹ **Seyfullah Turan ve diğerleri**, B. No: 2014/1982, 9/11/2017, § 177-187.

¹⁸⁰ **Nesrin Demir ve diğerleri**, B. No: 2014/5785, 29/9/2016, § 165-168.

Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın ölen kişinin babasına bildirilmemiş olması¹⁸¹, mağdurun ailesinin adli süreçte dosya içinde yer alan belgelere erişememesi¹⁸², yargılama sürecinden mağdurun haberdar edilmemesi nedeniyle olayın meydana geliş şekline ilişkin itirazlarını sunma fırsatına sahip olmamaları¹⁸³ AİHM tarafından etkili katılım yönünden önemli eksiklikler olarak tespit edilmiştir. Bunun yanı sıra soruşturma izni alınmasında idare önündeki süreçlerde şikayetçilerin etkili katılımlarının sağlanmasına ilişkin bir prosedür bulunmaması da etkili katılım yönünden eleştirilmektedir¹⁸⁴.

Anayasa Mahkemesi *Mehmet Kaya ve diğerleri* kararında soruşturmanın hiçbir aşamasında başvuruçuların itirazlarının karşılanmamasının başvuruçuların sürece katılmalarını engellenmesi sonucunu doğurduğuna karar vermiştir¹⁸⁵.

1.2.4.4. Makul Hız ve Özen

Hukuka aykırı eylemlerin cezasız kalmasının engellenmesi için yetkili makamların makul bir hızda ve özenle harekete geçmesi ve gerekli önlemleri alması bir zorunluluktur¹⁸⁶.

Anayasa Mahkemesi, soruşturmaların hızlı ve özenli yürütülmesi yönündeki gerekliliği hemen her kararında vurgulamaktadır. Buna göre, “*kötü muameleye yönelik soruşturmalarda, hukuk devletine bağlılığın sağlanması, hukuka aykırı eylemlere*

¹⁸¹ **Güleç/Türkiye**, § 82.

¹⁸² **Oğur/Türkiye**, § 92.

¹⁸³ **Gül/Türkiye**, § 93.

¹⁸⁴ **Dink/Türkiye**, B. No: 2668/07, 14/9/2010, § 89.

¹⁸⁵ **Mehmet Kaya ve diğerleri**, B. No: 2013/6979, 20/5/2015, § 102; benzer yönde bkz. **Serpil Kerimoğlu ve diğerleri**, § 85.

¹⁸⁶ **Ciğerhun Öner / Türkiye (no 2)**, B. No: 2858/07, T. 23/11/2010, § 99; **Yaşa/Türkiye**, § 102-104; **Tanrıkulu/Türkiye**, § 109; **Mahmut Kaya/Türkiye**, B. No: 22535/93, T. 28/3/2000, § 106-107; **El-Masri / Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti [BD]**, § 183; **Batı ve diğerleri/Türkiye**, § 136;

hoşgörü ve teşvik gösterildiği görünümü verilmesinin engellenmesi, herhangi bir hile ya da kanunsuz eyleme izin verilmemesi ve kamuoyunun güveninin sürdürülmesi için yetkililer tarafından soruşturmanın azami bir hız ve özenle yürütülmesi gerekir¹⁸⁷.”

Yargılamaların kısa bir sürede sonuçlandırılması ceza muhakemesi hukukunda özel olarak önem atfedilen bir konuyu oluşturmaktadır. Ceza muhakemesinin hızlı tamamlanması şüpheli ve sanık yönünden adil yargılanma hakkı kapsamında makul sürede yargılanma hakkına işaret ederken¹⁸⁸ mağdur ve katılan açısından suçla konu eylemin ihlal ettiği hak kapsamında etkili soruşturma yükümlülüğüne işaret etmektedir.

Yargılamaların hızlı şekilde sonuçlandırabilmesi için ceza muhakemesi hukuku uyarınca alınan birtakım önlemler bulunmaktadır. Ceza muhakemesi işlemlerinin yerine getirilmesinde azami sürelerin belirlenmesi bu önlemlerin başında gelmektedir¹⁸⁹. Bunun dışında özellikle mahkemelerin iş yükünü azaltmak amacıyla alınan önlemler yine yargılamaların hızlı bir şekilde sonuçlandırılabilmesini hedeflemektedir¹⁹⁰.

Ancak alınan önlemlere karşın ceza muhakemelerin çok uzun yıllara yayılabildiği ve ciddi hak ihlallerine yol açabildiği görülmektedir¹⁹¹. Sürecin makul bir hızda yürütülmemesi ve ceza yargılamasının uzaması suçların zamanaşımına uğramasına böylece faillerinin cezalandırılmamasına sebep olabilmektedir¹⁹². AİHM ve buna paralel olarak Anayasa Mahkemesi işkence ve kötü muamele teşkil eden bir eylemin

¹⁸⁷ **Cezmi Demir ve diğerleri**, § 119; **Fırat Can**, B. No: 2016/762, 2/6/2020, § 74; **Feride Kaya (2)**, B. No: 2016/13985, 9/6/2020, § 89; **Mustafa Rollas**, B. No: 2014/7703, 2/2/2017, § 72; **Süleyman Göksel Yerdut [GK]**, B. No: 2014/788, 16/11/2017, § 51; **Mehmet Şah Araş ve diğerleri**, B. No: 2014/798, 28/9/2016, § 102; **Cihan Aydın**, B. No: 2013/3355, 21/4/2016, § 73.

¹⁸⁸ **Öztürk vd.**, s. 161; **Ünver/Hakeri**, s. 41 vd.;

¹⁸⁹ **Güneş Okuyucu Ergün**, Ceza Muhakemesi İşlemleri, Yetkin Yay., Ankara 2015, s. 99; **Centel/Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 719;

¹⁹⁰ **Öztürk vd.**, s. 162-163.

¹⁹¹ **Öztürk vd.**, s. 161.

¹⁹² **Doğru**, Kötü Muamele Yasağı, s.181.

zamanaşımına uğramaması için tüm gayret ve çabanın sarf edilmesi tüm araçlara başvurulması gerekliliğinin üzerine vurgu yapmaktadır¹⁹³. Fazladan ihtimam gerektiren bu olaylar arasına yaşam hakkının özellikle kasıtlı eylemlerle ihlali iddiaları da şüphesiz eklenebilir.

Soruşturmaların uzun sürmesi yalnızca zamanaşımı yoluyla değil adli makamlar önünde uzun yıllar sonunda alınan sonucun caydırıcılık ve giderim sağlama özelliklerini kaybetmiş olacağı gerçeğiyle de etkili soruşturma sürecine zarar vermektedir.

AİHM, ölüm ya da yaralanma olayının üzerinden uzun süre geçmesine karşın soruşturma ya da ceza davasının makul hızda sonuçlandırılmadığı hallerde usule ilişkin ihlal kararları vermektedir¹⁹⁴. İhlal iddialar karşısında hızlı hareket edilmesi “*halkın güvenini ve hukuk devletine olan bağlılığını korumak, suça iştirak edildiği veya hukuka aykırı eylemlere göz yumulduğu yönündeki izlenimin oluşmasını önlemek*” işlevinin yerine getirilmesi için büyük önem taşımaktadır¹⁹⁵.

Soruşturmaların hızlı şekilde yürütülmesi önemlidir ancak dikkat edileceği üzere bu ilke soruşturmanın yalnızca hızlı değil aynı zamanda özenli bir şekilde gerçekleştirilmesini gerektirmektedir. Bu ilkenin yerine getirilmiş olması için, soruşturma sırasında ihlalin varlığı ile faillerin tespit edilip cezalandırılması için yapılması gereken soruşturma işlemlerinin, soruşturmadan sonuç alınmasına zarar vermeyecek bir özen ve titizlikle yapılması gerekmektedir¹⁹⁶. “*Soruşturma sürecinde*

¹⁹³ **Hüseyin Esen/Türkiye**, B. No: 49048/99, 8/8/2006, § 60; **Cezmi Demir ve diğerleri**, § 120.

¹⁹⁴ **Finucane/Birleşik Krallık**, B. No: 29178/95, T. 1/7/2003, § 84; **Ağdaş/Türkiye**, B. No: 34592/97, T. 27/7/2004, § 103.

¹⁹⁵ **Baştürk/Türkiye**, B. No: 49742/09, T. 28/04/2015, § 28; **İbrahim Demirtaş/Türkiye**, B. No. 25018/10, 26, 28/10/2014, § 36; benzer yönde bkz. **Abdülşamet Yaman / Türkiye**, B. No. 32446/96, T. 02/11/2004, § 54.

¹⁹⁶ **Şenol**, Kitap, s.135; Örneğin **Akkoç/Türkiye** kararında AİHM, terör bölesinde meydana gelen ölüm olayına ilişkin yürütülen savcılık soruşturmasının yalnızca 12 gün sürmesini bu süreçte toplanan delillerin

yetkililerin, soruşturmayı sonlandırmak için çabuk ve temelden yoksun sonuçlara dayanmamaları” yönündeki ilke¹⁹⁷ bu gerekliliğe de işaret etmektedir.

Soruşturmanın yürütülme hızı ve gösterilen özen arasında bir denge gözetilmesi gerektiği, soruşturmanın sürüncemede bırakılmaması, olayın tespiti ve sorumluların cezalandırılmalarını hızlı bir şekilde sağlaması gerektiği, ancak soruşturmanın hızlı sonuçlanması için gerekli deliller toplanmaksızın eksik incelemeyle neticeye varılmaması gerektiği açıktır¹⁹⁸. Bu husus esasında, soruşturmanın bir bütün olarak etkili yürütülmesi ilkesini de ifade etmektedir.

1.2.4.5. Bir Bütün Olarak Etkili Yürütülme

Yürütülecek ceza soruşturmaları, bir fiziksel/ruhsal saldırı iddiasında ya da doğal olmayan bir ölüm olayında sorumluluğu bulunanların tespit edilebilmesi ve cezalandırılması için gerekli tüm delillerin toplanmasını ve korunmasını sağlamalı ve *bir bütün olarak etkili olmalıdır*¹⁹⁹. Somut olayın nasıl gerçekleştiği ve tüm olgular aydınlığa kavuşturulmaya çalışmalı²⁰⁰ ve adli makamların ulaştıkları sonuçlar temelsiz olmamalıdır²⁰¹.

yetersizliğine işaretlerle eleştirmiştir.

¹⁹⁷ **Cezmi Demir ve diğerleri**, § 114; **El-Masri / Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti [BD]**, § 183.

¹⁹⁸ **Gültekin Yılmaz**, s. 86.

¹⁹⁹ **Doğru**, *Kötü Muamele Yasağı*, s. 174.

²⁰⁰ “... Hakkâri Cumhuriyet savcısının, başvuranın yakalanmasına ilişkin gerçek koşulları tespit etme girişiminde de bulunmamış olduğu görülmektedir. ... Nitekim Cumhuriyet savcısı, başvuranın avukatının açıkça talepte bulunmuş olmasına rağmen, ne başvurunu yakalayan polis memurlarının ifadesini almış ne de iddiaları ile ilgili olarak başvuranın ifadesini almıştır. Cumhuriyet savcısı ayrıca, olay yerinde inceleme yapmamış ve başvuranın polis gözetiminde bulunduğu [saatler] arasında yaşanmış olanları tespit etmek için de herhangi bir girişimde bulunmamıştır. ...[AİHM’in] varabileceği tek sonuç, Hakkâri Cumhuriyet savcısının başvuranın yaralanmasına yol açan gerçek koşulları tespit etme girişiminde bulunmadığıdır.”

Rahmi Şahin / Türkiye, B. No: 39041/10, T. 05/07/2016, § 46-47.

²⁰¹ **Cezmi Demir ve diğerleri**, § 114; **El-Masri / Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti [BD]**, § 183.

Ceza Muhakemesi hukukunda hâkim olan maddi gerçeğin araştırılması ilkesinin etkili soruşturma yükümlülüğü kapsamında bir bütün olarak etkili yürütülme gerekliliğine belli noktalarda temas ettiği söylenebilecektir. Maddi gerçeğin araştırılması ilkesi gereği soruşturma ve kovuşturma makamları maddi gerçeği ve dolayısıyla tüm delilleri resen araştırmakla yükümlüdür²⁰².

Bir soruşturmada alınması gereken başlıca tedbirler ve toplanması gereken delillere ilişkin bir temel liste çıkarılabilecek olsa da bu liste tahdidi bir liste olamayacaktır. Somut olayın gerektirdiği tüm deliller toplanmalıdır. Olguların ya da sorumluların tespit edilmesini engelleyen eksiklikler soruşturmanın etkililiğine zarar verecektir²⁰³. Ayrıca toplanan delillerin daha sonraki aşamalarda da geçerliliklerini koruyabilmeleri için geçerli usul kurallarına uygun olarak toplanmaları gerekmektedir²⁰⁴. Bu ilke gereği ayrıca elde edilen deliller eksiksiz, tutarlı ve tarafsız bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır²⁰⁵.

Soruşturmanın bir bütün olarak etkililiği, olayın tüm koşullarının belirlenmesi, sorumluların kimliklerinin tespit edilmesi ve gerekirse cezalandırılmaları için yeterli olması olarak ifade edilebilir²⁰⁶. Soruşturmanın etkili olduğundan söz edilebilmesi için gerekli tüm deliller toplanmalıdır. Yaşam hakkı ile kötü muamele iddialarına ilişkin yürütülen soruşturmalarda en önemli deliller olan tıbbi delillerin Minnesota ve İstanbul Protokolleri'ne uygun şekilde düzenlenmesi gerekir. Yine kriminolojik deliller zamanında ve eksiksiz olarak toplanmalıdır. Tanık beyanları²⁰⁷ ve bilirkişi raporları

²⁰² **Özbek vd.**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 67-68.

²⁰³ **Armani da Silva/Birleşik Krallık [BD]**, § 233; **Milic ve diğerleri/Hırvatistan**, B. No: 38766/15, T. 25/1/2018, § 47.

²⁰⁴ **Svanidze**, Effective investigation, s. 16.

²⁰⁵ **Svanidze**, Effective investigation, s. 16.

²⁰⁶ **Doğru**, Yaşama Hakkı, s. 312.

²⁰⁷ Mağdur yakınları, şikâyetçiler, şüpheli ve sanık beyanları da bu kapsamdadır. Bkz. **Doğru**, Yaşama Hakkı, s. 316.

toplanmalıdır. Tüm bu delillerin toplanması yeterli olmayıp nihai olarak tüm delillerin mantık çerçevesi içinde ve tutarlı olarak değerlendirilerek bir sonuca ulaşılması gerekmektedir.

1.2.4.6. Yaptırımın Caydırıcılığı/Giderim Sağlanması

Yaptırımın caydırıcılığı ilkesi ise sorumluların sorumlulukları ile orantılı şekilde cezalandırılmasını gerektirmektedir. Caydırma yükümlülüğü olarak da ifade edilebilen bu yükümlülük öncelikle koruma yükümlülüğünde de bahsedildiği şekilde devletlerin şiddet olaylarını kanunlar aracılığıyla suç olarak tanımlamasını ve suçun ağırlığıyla orantılı şekilde yaptırıma bağlamasını gerektirir²⁰⁸. Yaptırımlar eylemin niteliğine ve ağırlığına göre cezai, idari ve disiplin cezası şeklinde olabilecektir²⁰⁹. Yasa çıkarma yükümlülüğü koruma yükümlülüğünün bir parçasını oluştururken çıkarılan bu yasaların etkili şekilde uygulanması etkili soruşturma yükümlülüğünün bir parçasıdır.

AİHM, kişilere karşı yapılan fiziksel ya da ruhsal saldırıların cezasız bırakılması halinde bu tür eylemlerin eylemlere müsamaha gösterildiği ya da desteklendiği izlenimi oluşacağını vurgulamaktadır²¹⁰. Bu nedenle AİHM yargı makamlarının hukuk sisteminin caydırıcı etkisini korumaya uygun bir inceleme yapıp yapmadığını denetlemekle görevli olduğunu belirtir²¹¹. Bu kapsamda, bir eylemin nitelendirilmesi ve kanunda öngörülen ceza karşılığının belirlenmesi ceza mahkemelerinin işi olmakla birlikte, uygulanan

²⁰⁸ Svanidze, *Kötü Muamelenin Etkili Soruşturulması- Avrupa Normlarına Dayanan Kılavuz İlkeler*, Kötü Muamele İddialarının Etkili Soruşturulması ve Cezasızlıkla Mücadelenin Geliştirilmesi Projesi - Avrupa Konseyi, 2019 (**Kılavuz İlkeler**), s. 73.

²⁰⁹ Svanidze, *Kılavuz İlkeler*, s. 73.

²¹⁰ Okkalı/Türkiye, § 65; Öneriyıldız/Türkiye [BD], § 96.

²¹¹ Okkalı/Türkiye, § 65; Öneriyıldız/Türkiye [BD], § 96.

eylemin ağırlığı ile uygulanan ceza arasında açıkça orantısızlık olması halinde bu yetki kullanımının sorgulanması ve denetimi söz konusu olacaktır²¹².

İşte yaptırımın caydırıcılığı ilkesi tam olarak mevcut hukukun şüphelilerin/sanıkların fiilen cezasız kalmalarını sağlayacak şekilde uygulanmaması gerekliliğine işaret etmektedir²¹³. Bu ilkenin yerine getirilmemesi cezasızlık sorununu oluşturmaktadır.

1.3. Cezasızlık Tespiti ve Giderim Yolları

Yaşam hakkının korunması ile işkence ve kötü muamelenin önlenmesi, devletlere farklı yükümlülükler getirmekte, hak ihlalleri karşısında caydırıcı bir yaptırıma hükmedilmesi de yükümlülükler arasında yer almaktadır. “*Yaşam hakkı*” ile “*işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddialar*” hakkında yürütülen adli süreçlerin tamamı devletin etkili soruşturma yürütme yükümlülüğü kapsamında Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuruya konu edilebilmektedir.

Kamu davası açılması için yeterli şüphe bulunup bulunmadığına karar vermek Cumhuriyet savcısının yetkisindedir. Ancak Cumhuriyet savcısı tarafından yürütülen bu soruşturmanın ve soruşturma sonucunda varılan sonucun etkili soruşturma yükümlülüğünü ihlal ettiği yönünde bir iddia bulunması halinde söz konusu yetki kullanımının Anayasa Mahkemesince bireysel başvuru yolunda denetlenmesi mümkündür²¹⁴. Soruşturma izni verilmemesi nedeniyle, zamanaşımı sürelerinin dolması ya da soruşturmanın eksik yapılması sebebiyle verilen takipsizlik kararları Anayasa

²¹² **Ali ve Ayşe Duran/Türkiye**, B. No: 42942/02, 8/4/2008, § 66; **Nikolova ve Velichkova/Bulgaristan**, B. No: 7888/03, 20/12/2007, § 61; **Armani Da Silva/Birleşik Krallık [BD]**, § 238.

²¹³ **Doğru/Nalbant**, s. 182-183.

²¹⁴ **Fahri Gökçen Taner**, “Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararına Karşı Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru: Dar, Sarp ve Kısmen Açık Bir Yol”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2018, S. 135 (**KVYO**), s. 118.

Mahkemesince etkili soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği noktasında denetime tabi tutulmaktadır²¹⁵.

“Yaşam hakkı” ile “işkence ve kötü muamele yasağının ihlali” niteliğindeki eylemlere ilişkin kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlar olduğu gibi kovuşturma aşamaları da etkili soruşturma yükümlülüğü kapsamında Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir. Kovuşturma aşamalarında da öncelikle delillerin gereği gibi toplanıp toplanmadığı inceleme konusu edilmektedir. Her ne kadar delillerin toplanması kural olarak soruşturma aşamasında gerçekleştirilmekte ise de maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi adına gerekli tüm delillerin toplanması kovuşturma makamları için de bir zorunluluktur.

Anayasa Mahkemesinin görevi suç nitelemesi yapmak ya da hangi suça ne kadar ceza tayin edileceğini belirlemek değildir. Ancak Anayasa Mahkemesinin önüne gelen başvuruları incelerken dikkate alacağı husus, derece mahkemelerinin bu belirlemeleri yaparken etkili soruşturma yükümlülüğünün gerektirdiği özeni gösterip göstermediklerini, caydırıcılığı sağlayıp sağlayamadıklarını ve ihlallerin önlenmesi için gerekli rolü oynayıp oynamadıklarının denetlemesidir²¹⁶. İşkence, eziyet ve kötü muamele niteliğindeki eylemler söz konusu olduğunda, verilecek cezaların bu tür eylemlere müsamahalı yaklaşıldığı izlenimi verilmemesini sağlayacak oranda olması gerekmektedir²¹⁷.

Anayasa Mahkemesi, adli makamların olayı çözme iradesinden şüpheyi düşülmediği, sürecin olayları tespit etmeye ve sorumluları cezalandırmaya uygun şekilde yürütüldüğü ve tüm aşamalarda davayı ciddi şekilde etkileyecek bir noksan olmaması

²¹⁵ **Taner**, KVYO, s. 135.

²¹⁶ **Doğru**, Yaşama Hakkı, s. 324.

²¹⁷ **Hamdiye Aslan**, § 125.

halinde soruşturmanın etkisiz olmadığına karar vermektedir²¹⁸.

Soruşturmaların gereği gibi yürütülmemesi, cezaların af veya zamanaşımına uğraması veya açıkça orantısız cezalar verilmesi durumlarında ise devletin pozitif yükümlülüğünün ihlal edilebileceği açıktır²¹⁹.

Anayasa Mahkemesi önüne gelen bir başvuruda bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edildiği sonucuna ulaştığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağını belirler, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmeder²²⁰. Yaşam hakkı ya da işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiğinin tespit edilmesi halinde de somut olayın ve tespit edilen ihlalin nerden kaynaklandığına göre giderim yolları tespit edilmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi tarafından ihlalin ve sonuçlarının giderilmesi için kullanılan tazminat yolu ikincil niteliktedir. Öncelikli giderim yolu olarak her zaman hukuk sisteminde aksayan noktanın tespit edilerek bu aksaklığın giderilmesi kullanılmaktadır. Bu amaçla ihlal tespitinin gerekçelerinin ve ihlalin giderilmesi için ne yapılması gerektiğinin detaylı olarak anlatıldığı karar, aksaklığın meydana geldiği mercie gönderilmekte ve ihlalin sonuçlarının giderilmesi istenmektedir.

Belirtilmelidir ki hukuk sistemimizde mevcut idari işlem ve eylemlerin tamamına yakınına karşı bir yargı yolu mevcut olması ve Anayasa Mahkemesine başvuru yapabilmek için bu başvuru yollarının tüketilmesinin gerekmesi nedeniyle başvuruların çok büyük kısmı bir yargısal karara karşı yapılmaktadır. Anayasa Mahkemesinin ikincil niteliği de dikkate alındığında zaten ihlal iddialarının öncelikle bu yargısal merciler tarafından giderilmeye çalışılması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesinde esas

²¹⁸ **Sadık Koçak ve diğerleri**, B. No: 2013/841, 23/1/2014, § 95.

²¹⁹ **Cezmi Demir ve diğerleri**, § 77.

²²⁰ **Mehmet Doğan [GK]**, B. No: 2014/8875, 7/6/2018, § 54.

incelemesine konu edilecek başvurular ancak bu yargısal merciler tarafından giderilmeyen ihlal iddialarına ilişkin olacaktır.

“Yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağının” ihlalini teşkil eden eylem ya da ihmaller nedeniyle Anayasa Mahkemesine yapılan başvurularda ihlal kararı verilmesi eylem ya da ihmalin sorumluları hakkında etkili bir soruşturma yürütülmemesi ile uygun bir yaptırıma hükmedilmemesinden kaynaklanmaktadır. Bu durum tespit edildiğinde Anayasa Mahkemesi tarafından yeniden soruşturma/yargılama yapılması kararı verilmektedir.

Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar kesin hüküm niteliği taşımadığından Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı sonucu soruşturmanın yeniden açılabilmesine dair bir tartışma bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesinin etkili soruşturma yürütülmediğini tespit ederek verdiği ihlal kararlarının bir soruşturmanın yenilenmesi nedeni olduğu kabul edilmiştir²²¹. Buradaki mesele, zamanında toplanmamış olan delillerin Anayasa Mahkemesi kararından sonra toplanmasının mümkün olup olmadığıdır. Aradan geçen tahminen 3-4 yıllık bir zaman diliminden söz edilmektedir. Soruşturma aşamasında toplanması eksik bırakılan kamera kaydı, tıbbi deliller, tanık beyanları gibi delillerin bu aşamadan sonra toplanarak bir sonuca ulaşılabilmesi her olayda ne yazık ki mümkün olmayacaktır. Anayasa Mahkemesi, yeniden soruşturma kararının yanı sıra bir miktar tazminata da hükmederek ihlalin tamamen giderilememesi hali için başvurucuya ayrıca maddi bir giderim/telafi imkânı sağlamaktadır. Ancak bu tazminat hiçbir zaman ihlalin ve sonuçlarının hukuki mekanizmalar aracılığıyla yeniden soruşturma/yargılama yapılarak giderilmesi yerine geçmemektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bu yolu ikincil olarak kullanmaktadır.

²²¹ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 589.

Ceza Muhakemesi Kanununun 172. maddesinin 2017 yılında 680 sayılı KHK ile değiştirilen (2) numaralı fıkrası, KVYO kararı verildikten sonra aynı fiilden dolayı kamu davası açılmasını, yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde edilmesinin yanı sıra bu hususta sulh ceza hâkimliğince karar verilmesi şartına bağlamıştır²²². Belirtilmelidir ki değişiklik yapılan fıkra hükmü, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra Cumhuriyet savcılığı tarafından yeni delil elde edilmesi halinde kamu davası açılması halini düzenlemektedir ve bununla sınırlı olarak uygulanmalıdır. Anılan maddenin Anayasa Mahkemesince verilen ihlal kararı üzerine yeniden başlatılan soruşturmalar sonucunda kamu davası açılması halini kapsamayacağı düşünülmektedir. Esasında getirilen düzenleme, etkili şekilde yürütülmüş ve sonuçlanmış bir soruşturmada soruşturma makamlarının kusuru olmaksızın elde edilememiş bir delilin daha sonra ortaya çıkması halini kapsamakta olup Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı üzerine başlatılan soruşturma ilk soruşturmanın etkili şekilde yapılmadığını tespitle yapılan bir tekrar niteliğindedir.

Kovuşturma aşamasına geçmiş ancak etkili soruşturma kriterlerini sağlamadığı tespit edilmiş yargılamalar için incelemenin ikili bir ayırımla yapılması gerekmektedir. Yargılama sonucunda mahkemenin çeşitli delillere dayanarak eylemin sübutunu kabul ettiği ancak yeterli ve uygun bir giderime hükmetmediği durumlarda Anayasa Mahkemesi, derece mahkemesinin sübuta ilişkin ulaştığı sonucu kabul etmekte ancak varılan bu sonuca karşın uygun giderime hükmedilmediğini söyleyerek dosyayı mahkemesine geri göndermektedir. Uygun giderime hükmedilmemesi, erteleme ya da HAGB kararı verilmiş olmasından, yalnızca adli para cezasına hükmedilmesinden,

²²²Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde edilmedikçe ve bu hususta sulh ceza hâkimliğince bir karar verilmedikçe, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz.

hürriyeti bağlayıcı bir cezaya hükmedilmiş olmamasından ya da hükmedilen hürriyeti bağlayıcı cezanın eylemin niteliğine göre çok az bulunmasından kaynaklanabilir. Bu durumda dosyanın geri gönderildiği mahkeme tarafından ihlal telafi edilerek uygun bir ceza verilmesine karar verilmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi uygulaması çoğunlukla bu tür dosyalarda da yeniden yargılama kararının yanı sıra tazminata hükmedilmesi yönündedir. Kanımızca burada yeniden yargılama kararı etkili soruşturma yükümlülüğüne ilişkin ihlal öncesi duruma dönülmesi için yeterli olup derece mahkemesinin yeterli cezaya hükmetmesi ile ihlal ortadan kalkacaktır. Böyle bir durumda ayrıca tazminata hükmedilmesinde isabet bulunmadığı düşünülmektedir. Bu tespit aynı zamanda yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağının esastan ihlal edildiği anlamına gelmekte ise de bu yöndeki tazminat talepleri yönünden kanımızca tam yargı davası tüketilmesi gereken bir başvuru yolu olarak aranmalı bu yolu tüketmeyen kişiler için ayrıca tazminat verilmesi yoluna gidilmemelidir. Bunun sebebi, hukuka aykırılığın hali hazırda derece mahkemesi önünde tespit edilmiş olmasıdır.

Yapılan ikili ayrımın diğer tarafı ise yapılan etkisiz yargılama sonucunda beraat kararı verilmiş olmasıdır. İşte burada bir ceza yargılamasında hakkında verilen beraat kararı kesinleşen kişi hakkında Anayasa Mahkemesince yeniden yargılama kararı verilip verilemeyeceği meselesi tartışılmaktadır. Kesinleşen bir beraat kararı hakkında yeniden yargılama kararı verilemeyeceğini savunan görüşe göre, sanık hakkında aleyhe yeniden yargılama kararı verilemez çünkü hükümlü aleyhine yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin düzenlendiği Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 314. maddesinin (1) numaralı fıkrasında sınırlı olarak sayılmıştır ve Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı bu sebepler arasında yer almamaktadır. Peşinen şunu belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi beraat kararı ile sonuçlanan yargılama süreçleri yönünden de yeniden yargılama kararı vermektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 314. maddesinde düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumuyla Anayasa Mahkemesinin yeniden yargılama yapılmasına hükmedilmesi kararları birbirinden farklı hukuki kurumlar olup Anayasa Mahkemesinin bu yetkisi bir başka usul kanunu olan 6216 sayılı Kanun'da ayrıca düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu yetki verilirken hükümlü aleyhine verilecek kararlar yönünden bir sınırlamaya gidilmemiştir. Kaldı ki hükümlü aleyhine yargılamanın yenilenmesi yalnızca beraat kararlarına yönelik değil aynı zamanda mahkûmiyet hükümlerine yönelik de olabilmektedir. İlkinde sanığın cezalandırılması, ikincisinde ise daha fazla cezalandırılması amaçlanacaktır²²³. Bu durumda, Anayasa Mahkemesince sanık aleyhine olacak şekilde yeniden yargılama kararı verilmesini tartışmaya açmak yalnızca beraat kararı ile sonuçlanmış yargılamalar yönünden değil uygun ve yeterli giderime hükmedilmediği yani cezanın az bulunduğu yargılamalar yönünden de sonuç doğuracaktır ki böyle bir tartışma, Anayasa Mahkemesinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasına karar verme yetkisinin yadsınması anlamına gelir.

Anayasa Mahkemesinin tespit ettiği ihlalin giderilmesi için yeniden yargılama yapılmasına hükmetmesi gerekliliğinin istisnası yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar görülmeyen haller oluşturmaktadır. Böyle bir durumda Mahkeme, somut olay bakımından yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmadığını sebebiyle birlikte açıklamakta ve tazminata hükmedilmesiyle yetinmektedir.

Örneğin kamu görevlisi hakkında etkisiz şekilde yürütülen soruşturma ve kovuşturma sonucu beraat kararı verilmiş olması nedeniyle ihlal tespit edilen *Muhterem Turantaylak* kararında olayın üzerinden geçen süreyi dikkate alarak yeniden yargılama

²²³ **Osman Yaşar**, Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu: Madde 244-326, Seçkin Yay. B. 8, Ankara 2018, s. 3742.

yapılmasında hukuki yarar görülmemiştir²²⁴.

Zamanaşımı sürelerinin dolması nedeniyle etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiği hallerde de yeniden yargılama yapılmasının önü açılmamaktadır. Bu hallerde Anayasa Mahkemesi, zamanaşımı sürelerinin dolması nedeniyle yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmadığına karar vererek tazminata hükmetmektedir²²⁵.

Anayasa Mahkemesi kararlarında cezasızlık olgusu tespitlerine yönelik kararların incelenmesinde değinilmesi gereken bir nokta şudur ki Anayasa Mahkemesi cezasızlık sonucu doğan süreçleri tespit etmekle birlikte cezasızlığın sebeplerine yönelik bir tespitte bulunmamaktadır. Hatta soruşturmanın etkili şekilde yürütülmediği yönündeki tespitinin *“kötü muamele eyleminin özel bir amaçla bilerek örtbas edildiği manasına gelmediği”* hususunu vurguladığı bir kararı bulunmaktadır²²⁶. Her dosyada bu yönde bir tespit yapılamayacak olmakla birlikte cezasızlık sonucu doğuran uygulamaların sebeplerinin açık olduğu durumlarda somut olayda cezasızlık sonucu doğmasının sebeplerine ilişkin birtakım tespitler yapılmasının yetkili makamlar üzerinde zorlayıcı bir etki doğurarak cezasızlıkla mücadele için önemli bir adım olacağı düşünülmektedir.

AIHM, önüne gelen başvurularda bireyin ceza sorumluluğunu araştırmadığını, bir bütün olarak devletin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin araştırıldığını belirtmekte²²⁷ ancak yetkili merciler tarafından sorumluların kasıtlı olarak cezasız bırakıldıkları sonucuna varıldığında bu husus açıkça kararlarda yer almaktadır²²⁸.

²²⁴ Muhterem Turantaylak, § 104.

²²⁵ Ayşe Uslu, § 34; Muzaffer Özer ve diğerleri, § 78.

²²⁶ Tuna Ayçiçek, § 92.

²²⁷ Giuliani ve Gagigio/İtalya, B. No: 23458/02, T. 24/3/2011 § 182; Tekin ve Arslan/Belçika, B. No: 37795/13, T. 5/9/2017, § 81.

²²⁸ Ataykaya/Türkiye, B. No: 50275/08, T. 22/7/2014, § 54; Dedovskiy ve diğerleri/Rusya, § 91.

Yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağının ihlaline ilişkin başvurularda, sorumluların sorumlulukları ile orantılı şekilde cezalandırılması yükümlülüğü söz konusu olduğundan bireylerin ceza sorumluluklarının araştırma konusu edilmesi kaçınılmazdır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 46. maddesi uyarınca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları taraf devletler için bağlayıcı olup devletler bu kararlara uymayı taahhüt ederler. Sözleşme'nin 41. maddesi, bir ihlal kararı verildiğinde taraf devletin iç hukuk yolunda ihlalin sonuçlarının tamamen ortadan kaldırılması mümkün değilse bir miktar tazminata hükmedilebileceğini düzenlemektedir. Tazminata hükmedildiği durumlarda taraf devlet yönünden bu hükmün gereğinin yerine nasıl getirileceği açıktır. Başvurana, AİHM kararında belirtilen miktarda bir tazminat ödenmesi gerekir. Ancak ihlal kararlarının asıl giderimi tazminat yolu değildir. İç hukuk yolunda ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması beklenmektedir. Öyle ki tazminat imkânı bu giderimin ancak bir tamamlayıcısı olarak düzenlenmiştir.

İhlal tespitin cezasızlık olgusundan doğduğu durumlarda öncelikli giderim şüphesiz bu cezasızlık sonucunun ortadan kaldırılması yoluyla mümkün olacaktır. Ancak unutulmamalıdır ki AİHM kararları bir ulusal mahkeme kararını ortadan kaldıramaz ya da kararı değiştiremez²²⁹. Ulusal makamların ihlal tespitin sonuçlarını ortadan kaldırmaları gerekmektedir. Nitekim iç hukukumuzda AİHM kararlarının yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında düzenlendiği görülmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararları düzenleyen 172. maddesinin (3) numaralı fıkrası şöyledir: *“kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi veya bu karar aleyhine Avrupa İnsan Hakları*

²²⁹ **Ebru Karaman**, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 72, S. 1, s. 413.

Mahkemesine yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi üzerine, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde talep edilmesi hâlinde yeniden soruşturma açılır.”

Ceza Muhakemesi Kanununun 172. maddesinin 2017 yılında 680 sayılı KHK ile değiştirilen (2) numaralı fıkrasının, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra aynı fiilden dolayı kamu davası açılmasını, yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde edilmesinin yanı sıra ayrıca sulh ceza hâkimliğince karar alınması şartına bağladığı yukarıda açıklanmıştı. Anayasa Mahkemesi kararıyla etkili soruşturma yapıldığı tespit edilen durumlar içilen yapılan yorum burada da geçerli olacaktır. Anılan maddenin AİHM tarafından verilen ihlal kararı üzerine yeniden başlatılan soruşturmalar sonucunda kamu davası açılması halini kapsamayacağı düşünülmektedir.

Aynı Kanun’un “*Hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi nedenleri*” kenar başlıklı 311. maddesinde ise verilen hükmün Sözleşme’nin ihlaline sebep olduğunun AİHM tarafından tespit edilmesi halinde yeniden yargılama talebinde bulunulabileceği düzenlenmiştir²³⁰. Sanık lehine yargılama sebepleri arasında sayılmış olmasına karşın

²³⁰ 5271 sayılı Kanun’un “*Hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi nedenleri*” 311. maddesi şöyledir:

(1) Kesinleşen bir hükümle sonuçlanmış bir dava, aşağıda yazılı hâllerde hükümlü lehine olarak yargılamanın yenilenmesi yoluyla tekrar görülür:

- a) Duruşmada kullanılan ve hükmü etkileyen bir belgenin sahteliği anlaşırsa.
- b) Yemin verilerek dinlenmiş olan bir tanık veya bilirkişinin hükmü etkileyecek biçimde hükümlü aleyhine kasıt veya ihmal ile gerçek dışı tanıklıkta bulunduğu veya oy verdiği anlaşırsa.
- c) Hükme katılmış olan hâkimlerden biri, hükümlünün neden olduğu kusur dışında, aleyhine ceza kovuşturmasını veya bir ceza ile mahkûmiyetini gerektirecek biçimde görevlerini yapmada kusur etmiş ise.
- d) Ceza hükmü hukuk mahkemesinin bir hükmüne dayandırılmış olup da bu hüküm kesinleşmiş diğer bir hüküm ile ortadan kaldırılmış ise.
- e) Yeni olaylar veya yeni deliller ortaya konulup da bunlar yalnız başına veya önceden sunulan delillerle birlikte göz önüne alındıklarında sanığın beraatini veya daha hafif bir cezayı içeren kanun hükmünün uygulanması ile mahkûm edilmesini gerektirecek nitelikte olursa.
- f) Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması veya ceza hükmü aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine

sanık aleyhine yargılamanın yenilenmesi sebeplerini düzenleyen 314. maddede verilen hükmün Sözleşme'nin ihlaline sebep olduğunun AIHM tarafından tespit edilmesi sebebinin yer almaması özellikle cezasızlık tespit edilen olaylar bakımından çok büyük eksiklik teşkil etmektedir. Yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin düzenlenmesinde yalnızca hükümlü değil mağdur da dikkate alınmalıdır²³¹.



yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi. Bu hâlde yargılamanın yenilenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir.

(2) Birinci fıkranın (f) bendi hükümleri, 4/2/2003 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararları ile 4/2/2003 tarihinden sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır.

²³¹ **Mustafa Özen**, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Adalet Yay., Ankara 2017, s. 822.

II. BÖLÜM

DELİLLERİN TOPLANMASI, DEĞERLENDİRİLMESİ VE NİTELENDİRME

2.1. Tarafsızlığın Sağlanmasına İlişkin Sorunlar

“Yaşam hakkı” ile “işkence ve kötü muamele yasağı” kapsamında yapılan soruşturmalarda ortaya çıkan sorunlardan biri bağımsız ve tarafsız soruşturma ilkesinin sağlanabilmesi noktasında oluşmaktadır. Bağımsız bir soruşturma kriteri, şüpheliler ile soruşturmayı yürütenler arasında hiyerarşik ve kurumsal bir bağ bulunmamasını gerektirir²³². Ancak yalnızca hiyerarşik bağımsızlık yeterli değildir uygulamada da bağımsızlığın sağlanabilmesi gerekmektedir²³³.

Mevcut sistemde özellikle kamu görevlilerinin işledikleri suçlar yönünden tarafsızlık kriterinin sağlanması noktasında tereddütler ortaya çıkmaktadır.

Tarafsızlık, ilkenin adlandırılmasından da kolayca tanımlanabileceği gibi, soruşturmayı yürütenlerin soruşturmanın taraflarına eşit mesafede bulunmasını, bir tarafı diğer tarafa karşı koruma saikiyle hareket etmemesini ifade eder. Tarafsızlık, soruşturma mercileri ile taraflardan biri arasında kişisel ya da mesleki bir bağ bulunmasıyla zedelenebilecektir.

Yaşam hakkı ile kötü muamele ihlali iddialarının faillerinin kolluk görevlileri olduğu senaryoda aynı teşkilata bağlı kişiler tarafından yürütülen soruşturmanın bağımsızlık ve tarafsızlığı, failler ile soruşturmacılar arasında bulunan mesleki, kişisel ve hiyerarşik ilişkiler nedeniyle sağlanamamaktadır²³⁴.

²³² Güleç/Türkiye, § 81-82; Oğur/Türkiye, § 91-92.

²³³ Korff, s. 38; Ergi/Türkiye, § 83-84.

²³⁴ Kurt, s. 91.

Soruşturma aşaması Cumhuriyet savcılarınca yürütülmektedir. Cumhuriyet savcılarının her türlü araştırmayı doğrudan yürütme yetkisi bulunduğu gibi adli kolluk aracılığıyla da delil toplayabilmektedirler. Esasında soruşturma aşamasını Cumhuriyet savcısı büyük oranda, amiri olduğu adli kolluk yardımıyla yürütmektedir²³⁵. Kolluk görevlileri içinden kimlerin adli kolluk olarak görevlendirileceğine ise savcı değil kolluğun idari amirleri karar vermektedir.

Bu durumda, Cumhuriyet savcılarının denetlemekle yükümlü ve hiyerarşik amiri oldukları personelin aynı zamanda işledikleri suçları da soruşturmakla yükümlü olduklarını hatırlatmak gerekir²³⁶. Diğer yandan, kolluk görevlilerinin işledikleri suçların soruşturmasının yine aynı kolluk birimi aracılığıyla yürütülmesi tarafsızlığın sağlanabilmesini güçleştirmektedir. Soruşturma aşamalarının çoğu, bizzat Cumhuriyet savcısının katılımıyla dahi olsa kolluk tarafından yerine getirilmektedir. Olay yerindeki delillerin tespiti, incelenmesi, kolluk görevlileri eliyle gerçekleştirilmektedir. Kolluk görevlilerinin bu konularda eğitim almış olmalarının önemi büyük olduğu gibi kolluk tarafından işlendiği iddia edilen suçlar yönünden soruşturma yürütülmesinin ne kadar hassas nitelikte olduğu görülmelidir. Henüz şüphelilerin kimliklerinin dahi tespit edilmemiş olduğu bir aşamada iken soruşturma işlemlerinin failer tarafından yürütülmesinin mümkün olması, bu aşamada delillerin sağlıklı bir şekilde toplanmasının önünde ne denli büyük bir engel olarak karşımıza çıkabileceğinin bir göstergesidir²³⁷.

Kolluk tarafından işlenen suçlar yönünden etkili soruşturma yürütülmesinin önündeki engellerden biri adli ve idari kolluk²³⁸ ayrımının bulunmayışı olarak

²³⁵ **Centel/Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 147.

²³⁶ **Hülya Üçpınar/Aysun Koç**, Mevzuat ve Uygulamalar Işığında Cezasızlık Olgusu, TİHV Yay., İzmir 2011, s.109.

²³⁷ **Kurt**, s. 133.

²³⁸ Adli ve idari kolluk ayrımı için bkz. **Centel/Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 144 vd.

gösterilmektedir²³⁹. Bu fikir çıkış noktası olarak doğru olmakla birlikte kolluk tarafından işlenen suçların bir adli soruşturma kapsamında yakalanan, gözaltına alınan kişilere karşı da işlenebildiği gözetildiğinde adli ve idari kolluk ayrımının yapılmasının da tek başına soruşturma organlarının tarafsız ve bağımsızlığını sağlamayacağı anlaşılabacaktır. Nitekim kolluk görevlilerinin yaşam hakkı ya da işkence ve kötü muamele yasağının ihlali niteliğini taşıyan eylemleri kamu düzeninin sağlanması gibi idari kolluk hizmetleri sırasında yerine gelebilirken adli kolluk işlevinin yerine getirilmesi sırasında da karşımıza çıkabilmektedir²⁴⁰. Bu durumda, adli kolluk görevini yerine getirirken olası bir suç işleyen kolluk görevlileri yönünden yürütülecek soruşturmada yine adli kolluk birimi görev yapacaktır ki bu ayrımın her olayda çözüm sağlamayacağı düşüncemiz buradan kaynaklanmaktadır.

Şüphelinin kolluk görevlisi olduğu soruşturmalarda Cumhuriyet savcısının soruşturma işlemlerini bizzat yürütmesi önem taşıyacaktır²⁴¹. Delillerin karartılmasının önüne geçilmesi için suça karıştığı ileri sürülen şüpheli kolluk görevlilerinin derhal görevden uzaklaştırılmaları da önem arz etmektedir²⁴². Ayrıca polis, jandarma, sahil güvenlik görevlisi, bekçi gibi farklı kolluk güçlerinin işlediği iddia edilen suçların Cumhuriyet savcısının kontrolünde, farklı kolluk birimin tarafından takibinin yapılması yöntemi de bir yol olarak değerlendirilmesi gerekir.

Başvurucunun polisler tarafından darp edildiği iddiasına ilişkin yürütülen soruşturmada olayın aydınlatılmasında kritik role sahip olan teşhis işlemlerinin, yine polislerce yapılmasının bağımsız ve tarafsızlık ilkesiyle bağdaşmadığı Anayasa

²³⁹ Kurt, s. 26.

²⁴⁰ Atılgan/Işık, s. 17.

²⁴¹ Kurt, s. 95-96.

²⁴² Atılgan/Işık, s. 24.

Mahkemesince tespit edilmiş²⁴³, delillerin gereği gibi toplanmaması ve daimî arama kararı verilerek soruşturma görevinin kolluğun inisiyatifine bırakılması²⁴⁴ nedenleriyle olayda etkili soruşturma yürütülmediğine karar verilmiştir²⁴⁵.

AİHM ölüme sebebiyet verdiği ileri sürülen Jandarma personelinin düzenlediği olay tespit tutanağına soruşturma sırasında aşırı değer atfedilmiş olmasını eleştirmiştir²⁴⁶. Benzer şekilde gözaltında kötü muamele iddiasına ilişkin olan *Süleyman Göksel Yerdut başvurusunda*, kötü muamele uyguladıkları ileri sürülen şüpheli polis memurları tarafından düzenlenen tutanakların tek başına karara esas alınması Anayasa Mahkemesince sorunlu görülmüştür²⁴⁷.

Ölüm olayının araştırılmasında, şüphelinin iş arkadaşı olan kişilerin beyanının alınması ile sınırlı kalınması da AİHM tarafından soruşturmanın etkililiğine gölge düşüren hallerden biri olarak tespit edilmiştir²⁴⁸.

Tarafsızlık ilkesini zedeleyen unsurlardan bir diğeri ise soruşturma mercilerinin ön yargılı tutumlarıdır²⁴⁹. Ön yargı, soruşturma mercilerinin kimi kişi ve davranışlar arasında tarafsızlıklarını koruyamamalarına neden olmaktadır. Bireyin devlete ya da toplum yararına karşı işlediği suçlara ilişkin yürütülen süreçlerdeki kötü muamele olaylarında kötü muamele faillerinin korunmasının devletin ya da kamu yararının korunması olarak algılanmasına yol açan devletçi bakış açısı buna örnek gösterilebilir²⁵⁰.

²⁴³ **Salih Kılıç**, B. No: 2013/5330, 21/1/2016, § 83.

²⁴⁴ **Salih Kılıç**, § 86.

²⁴⁵ **Salih Kılıç**, § 92.

²⁴⁶ **Ergi/Türkiye**, § 83.

²⁴⁷ **Süleyman Göksel Yerdut [GK]**, § 61.

²⁴⁸ **Oğur/Türkiye**, § 89.

²⁴⁹ **Üçpınar/Koç**, s. 106; AİHM, soruşturma işlemlerinin tümünün ölenin güvenlik güçleriyle çatışmaya giren bir terörist olduğu önyargısıyla gerçekleştirilmesini soruşturma işlemlerinde bırakılan eksiklikler ve yapılan yanlışlıkları açıklayıcı nitelikte olduğunu düşünmektedir Bkz. **Kaya/Türkiye**, § 89.

²⁵⁰ **Üçpınar/ Koç**, s. 106; AİHM, sanıklarla ilgili suçlamaların ciddiyetinin, polis olmaları göz önüne

Üçüncü kişiler tarafından işlenen suçlarda ise mağdurun yaşam tarzı, cinsel tercihi, siyasi görüşü gibi sebeplerle işlenen suçun vicdanlarda haklılaştırılması sonucu şüpheli veya sanığın korunması söz konusu olmaktadır.

İnsan hakları ihlali teşkil eden bir suç işleyen kimsenin korunması gerektiği düşüncesinin oluşmasındaki en büyük etmenlerden biri suç mağdurunun karşılaştığı muameleyi hak ettiği yönünde yetkili mercilerde oluşan düşüncedir. Mağdurun sahip olduğu “cinsiyet”, “cinsel yönelim”, “ırk”, “etnik mensubiyet”, “renk”, “ulusal bir azınlığa aidiyet”, “milliyet ya da milli köken”, “din veya inanç”, “sosyal sınıf”, “siyasi ya da diğer görüşler”²⁵¹ bu düşünceye sebep olabileceği gibi bir kişinin yaşam tarzının beğenilmemesi, ahlak algısıyla bağlantılı bakış açıları da söz konusu olabilmektedir.

Adli sürecin çeşitli aşamalarında görevli aktörlerin sahip oldukları cinsiyet ayrımcılığı, erkek egemen kültür, homofobi gibi algı yapıları nedeniyle mağdurun maruz kalınan eylemi hak ettiği düşüncesiyle nefret suçu işleyen failer korunabilmektedir.

Nefret suçları, belirli gruplara yönelik taraflı ve önyargılı tutumdan doğan cezai eylemleri ifade eden bir kavramdır²⁵². Ceza kanunlarında karşılığı olan bir eylemin önyargı veya taraf tutma temelinde bir hareketle işlenmesi nefret suçunun oluşması için aranan iki temel unsuru oluşturmaktadır²⁵³. Nefret suçundan söz edildiğinde, mağdurun

alınarak doğru bir şekilde değerlendirilmediği kanaatindedir. Bkz. **Ciğerhun Öner / Türkiye (n° 2)**, § 100.

²⁵¹ Ayrımcılık sebepleri için bkz. **Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı**, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi - Avrupa Konseyi, 2010, s. 89.

²⁵² **Nefret Suçlarını Önleme ve Karşılama**, AGİT Bölgesindeki STK’lar için kaynak kılavuz, AGİT/DKİHB, 2015, s. 13.

²⁵³ **Hakan Ataman**, “Nefret Suçlarını Farklı Yaklaşımlar Çerçevesinden Ele Almak: Etik, Sosyo-Politik ve Bir İnsan Hakları Problemi Olarak Nefret Suçları”, Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları (Der: Yasemin İnceoğlu), Ayrıntı Yay., İstanbul 2012, s. 61; **Baskın Oran**, “Maksimum Rezillik: Nefret Suçu ve Nefret Suçunun Önkoşulu: Nefret Söylemi”, Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, s. 41; **Asuman Aytekin İnceoğlu**, “Nefret Suçu Kavramı ve Türk Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi”, Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, s. 104; **Nefret Suçlarını Önleme ve Karşılama**, s. 13, 14; **Aras Türay**, “Nefret

hedef seçilmesinin sebebi ırkı ya da milliyeti, etnik kimliği, dini, konuştuğu dil, sahip olduğu renk, cinsiyeti, cinsel yönelimi, yaşı, engellilik durumu ya da bunlar gibi sahip olduğu bazı özellikler olarak karşımıza çıkmaktadır²⁵⁴.

Nefret suçları ile ayrımcılığı birbirinden ayıran en önemli ve belki de tek özellik, ayrımcı hareketler tek başlarına suç teşkil etmezken nefret suçlarının doğrudan cezai konulardan oluşmasıdır²⁵⁵.

Nefret suçları, yalnızca bir kişiyi değil geniş bir grubu hedef aldığından ve mağdurun dahil olduğu grubun tamamının kendini risk altında hissetmesi sonucu doğurduğundan toplumda yarattığı etki bireysel suçlardan çok daha büyük olmaktadır²⁵⁶. Suçun asıl hedefi mağdurun dahil olduğu gruptur²⁵⁷. Bu durumda cezasızlığın önlenmesi noktasında ekstra hassasiyet gösterilmesi gereken bir suç türü nefret suçları olarak karşımıza çıkmaktadır. Nefret suçlarının adli makamlarca ele alınması sırasındaki tutum ve davranışlar suçlara yönelik olarak yeni mağduriyetlere yol açmaktadır²⁵⁸. Nefret suçlarının etkili şekilde soruşturulmasının önündeki en büyük engellerden biri faillerinin ön yargılarının adli makamlar tarafından da paylaşılmasıdır²⁵⁹. Dahası nefret suçları devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirilebileceği gibi kolluk görevlilerinin önyargılı

Suçları ve Türk Ceza Hukukundaki^[1]*Güncel Gelişmeler*", Ceza Hukuku Dergisi, Y. 2014, C. 9, S. 26, s.79.

²⁵⁴ **Aytekin İncoğlu**, s. 104.

²⁵⁵ **İlhan Bulut**, Nefret Suçları, Adalet Yay., Ankara 2014, s. 155; **Uğur Ersoy**, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m.122)", Ceza Hukuku Dergisi, Y. 2017, C. 12, S. 34, s.9; **Nefret Suçlarını Önleme ve Karşılama**, s. 15.

²⁵⁶ **Ataman**, s. 49; **Aytekin İncoğlu**, s. 108-109; **Bulut**, Nefret Suçları, s. 159; **Ulaş Karan**, "Nefret Suçlarından Ne anlıyoruz?", Nefret Suçları ve Nefret Söylemi, Uluslararası Hrant Dink Vakfı Yayınları (Ed. Ayşe Çavdar, Aylin B. Yıldırım), İstanbul 2010, s. 60; **Nefret Suçlarını Önleme ve Karşılama**, s. 15.

²⁵⁷ **Uğur Ersoy**, "Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2018, S. 35, s. 123.

²⁵⁸ **Timur Demirbaş**, "Nefret Söylemi ve Nefret Suçları", D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, Y. 2017, C. 19, Özel Sayı, s. 2701; **Nefret Suçlarını Önleme ve Karşılama**, s. 16.

²⁵⁹ **Nefret Suçlarını Önleme ve Karşılama**, s. 26.

tutumları nedeniyle şiddet eylemlerine başvurmaları sonucu da ortaya çıkabilmektedir.

Nefret suçları işleyenler hakkında adli süreç gereği gibi işletilmediği ya da bir şekilde cezasızlık sonucu doğduğu durumda failin işlediği suçun haklı görüldüğü, saldırıların kabul edildiği hatta onaylandığı, bu suçların devam ettirilebileceği mesajı verilmekte ve suç işleme yönünde cesaretlendirme sonucu doğurmaktadır²⁶⁰.

Yapılan araştırmalarda şiddetin hedefi olan en büyük grubun cinsel yönelim ya da cinsiyet kimliği olarak toplumsal kabul gören kalıplara uymayan LGBT bireyler oldukları görülmektedir²⁶¹. LGBT bireylere karşı işlenen şiddet suçlarının büyük oranda devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirildiği görülmektedir²⁶². Ancak toplumsal olarak kurgulanmış cinsiyet kalıplarına uymamaları nedeniyle cinsel azınlıkların kamu görevlileri tarafından da işkence ve kötü muameleye de ciddi oranda maruz kaldıkları rapor edilmektedir. 2014 yılında LGBT bireylere karşı işlenen nefret suçlarında 13 vakada failin polis memuru olduğu rapor edilmiştir²⁶³.

Suçların devlet dışı aktörler ya da kamu görevlileri tarafından işlenmesinde bağımsız olarak adli makamlara iletilen suçlar karşısında kolluk görevlilerinin tutumları cezasızlığa giden yolu çizmektedir. 2014 yılında LGBT'lere karşı işlenen nefret suçlarında adli makamlara iletilen 37 vakada polis memurlarının tutumları yalnızca 7 vakada destekleyici olarak bildirilirken 9 vakada alaycı veya aşağılayıcı, 1 vakada şiddetli

²⁶⁰ Aytekin İnceoğlu, s.109; Nefret Suçlarını Önleme ve Karşılama, s. 16.

²⁶¹ 2014 yılında Türkiye'de gerçekleşen homofobi veya transfobi temelli nefret suçları raporuna göre sınıflandırılan 609 vakadan 540 tanesinde cinsel yönelim ya da cinsiyet kimliği nedeni işaret edilmiştir. Diğer suç sebepleri arasında ırk/etnik kimlik, din, milliyet, yaş, engellilik bulunmaktadır. Bkz. 2014 Yılında Türkiye'de Gerçekleşen Homofobi Veya Transfobi Temelli Nefret Suçları Raporu, KAOSGL, Ankara 2015, s. 22, Grafik 1.

²⁶² Herkes Özgür ve Eşit Doğar; Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Cinsel Yönelim Ve Cinsiyet Kimliği, BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, 2013, s. 14; 2014 yılında işlenen suçlarda failerin %86'sı özel kişilerdi bkz. Türkiye'de Gerçekleşen Homofobi Veya Transfobi Temelli Nefret Suçları Raporu, s. 27.

²⁶³ Türkiye'de Gerçekleşen Homofobi Veya Transfobi Temelli Nefret Suçları Raporu, s. 27.

veya ters, 15 vakada ise ilgisiz olarak tanımlanmıştır²⁶⁴.

Tarafsızlık ilkesinin zedelendiği bu görüntü kolluk araştırması²⁶⁵, savcılık soruşturması ya da kovuşturma süreçlerinde ortaya çıkabilmektedir.

2.2. Özel Soruşturma Usulleri

Türk hukuk sisteminde kamu görevlilerinin işledikleri iddia edilen bir kısım suçlar hakkında özel yargılama usulleri uygulanmaktadır. 4483 sayılı “*Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun*” uyarınca uygulanan genel düzenleme izin sistemini benimsemektedir. İzin sisteminde hem soruşturma aşaması hem de yargılama aşaması adli makamlar tarafından yerine getirilmektedir. Adli sürecin başlatılıp başlatılmayacağına karar verme yetkisi ise idareye bırakılmıştır²⁶⁶. Bu sistemde idari merciin izin vermemesi halinde kamu görevlisi hakkında adli süreç başlatılması mümkün olmamaktadır.

Görevleri nedeniyle kuvvet ve silah kullanma yetkisi bulunan kamu görevlilerinin eylemleriyle “*yaşam hakkı*” ve/veya “*işkence ve kötü muamele yasağı*” ihlali gerçekleştirdikleri sıklıkla ileri sürülmekte, bu kişilerin suç teşkil eden eylemleri nedeniyle uygulanan özel soruşturma usulleri de etkili soruşturma yükümlülüğünü yakından ilgilendirmektedir. Görevleri nedeniyle kuvvet ve silah kullanma yetkisi bulunan kamu görevlilerine örnek olarak polis, asker, infaz ve koruma memuru sayılabilmekte bunların yanı sıra son düzenlemelerle birlikte bekçilerin de söz konusu ihlal iddialarının özneları arasında yer alabileceği değerlendirilmektedir.

²⁶⁴Türkiye’de Gerçekleşen Homofobi Veya Transfobi Temelli Nefret Suçları Raporu, s. 29.

²⁶⁵ Adli kolluğun suç soruşturması sürecindeki işlevi “araştırma işlevi” olarak tanımlanmaktadır. Bkz. **Özbek vd.**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 201.

²⁶⁶**Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç**, Ceza Yargılamasında Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması), Adalet Yay., B. 4., Ankara 2016.s. 525.

4483 numaralı Kanunda 2003 yılında getirilen bir istisna sonucunda, işkence suçu ve zor kullanımında sınırın aşılması izin sisteminin dışında bırakılmıştır. Bu suçlar yönünden Cumhuriyet savcısının doğrudan soruşturma yetkisi bulunmaktadır. Ancak suç vasıflandırması işkence ya da zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması olarak yapılmayıp farklı suç nitelendirmeleri yapılması halinde izin sistemi devreye girmektedir.

Kasıtlı suçların yanı sıra kamu görevlilerinin ihmali davranışları sonucu meydana gelen yaralanma ve ölüm olayları da özel soruşturma usulleri kapsamında kalmaktadır²⁶⁷.

1913'ten 1999'a kadar yürürlükte kalan "*Memurin Muhekematı Hakkında Kanunu Muvakkat*", kamu görevlileri hakkındaki soruşturma işlemlerinin idari mercilerce yapılmasını öngörmekteydi. Yürütülen soruşturma işlemlerinden sonra yine idare tarafından dava açılıp açılmamasına karar verilmekte, dava açılmasına karar verilmesi halinde ise dosyanın adli makamlara devredilmesi söz konusu olmakta idi. 1999 yılından itibaren yürürlükte olan 4483 sayılı Kanun ise kamu görevlileri hakkında ceza kovuşturması açılmasını değil ceza soruşturması açılmasını izne tabi kılmıştır.

4483 sayılı Kanun kapsamına giren bir suç isnadı söz konusu olduğunda Cumhuriyet savcıları, kanun gereği "*ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespit etmek*" dışında başka hiçbir işlem yapması söz konusu olmadan soruşturma izni istemekle yükümlüdürler. Soruşturma izni verilmeden adli süreç başlatılamaması, soruşturma işlemleri yürütülememesi ve delil araştırması yapılamaması anlamına gelmektedir.

Soruşturma izni vermeye yetkili idari merci²⁶⁸, bu izni verip vermeme yönünde

²⁶⁷ **Demir Koşar**, s. 107-108.

²⁶⁸ Anayasa'nın 129. maddesinde, memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması yönünde izin verme yetkisinin kanunun gösterdiği idari mercilerde olduğu düzenlenmektedir. Soruşturma izni vermeye yetkili idari merciler 4483 sayılı Kanun'un 3. maddesinde düzenlenmiştir.

karar alabilmek için suç isnadı hakkında bir “*ön inceleme*” başlatmaktadır. “*Ön inceleme*”, idari merciin, izin talebi hakkında karar vermesini sağlayabilecek bilgi ve belgelerin toplanması amacıyla yapılan bir incelemedir²⁶⁹. Gerek ön inceleme gerekse izin vermeye yetkili idari merciin işlemleri yargısal nitelik taşımamaktadır²⁷⁰.

Ön incelemecinin soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi gerektiği yönündeki kanaatini belirtir raporunun idari mercie sunulmasının ardından idari mercii bu rapordaki hususları değerlendirerek izin talebi hakkında bir karar verir²⁷¹. İdari merci, “*soruşturma izni verilmesine*” ya da “*soruşturma izni verilmemesine*” karar verir²⁷². İdari mercii ön incelemecinin görüşüyle bağlı değildir²⁷³. Ancak karar, idari mercii tarafından hangi gerekçelere dayanıldığını açıkça göstermeli ve yargı denetimine olanak sağlamalıdır²⁷⁴.

İdari makam tarafından atılı suçun işlendiğine dair bulgu elde edilmesi halinde talep hakkında olumlu karar verilmesi gerekmektedir²⁷⁵. Başka bir ifade ile yetkili merciin suçun işlenip işlenmediğine ilişkin delil değerlendirmesi yapma yetkisi bulunmamakta, suçun işlenmiş olabileceğine dair emareler bulunması halinde soruşturma izni vermesi gerekmektedir²⁷⁶.

²⁶⁹ **Sabri Başköy**, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve Uygulaması, Anıl Matbaa, Ankara 2000, s. 90.

²⁷⁰ **Bahadır Doğusoy**, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve Bu Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı, Adalet Bakanlığı Yay., Ankara 2002, s. 26.

²⁷¹ **Demir Koşar**, s. 63.

²⁷² **Başköy**, s. 100.

²⁷³ **Gökcan/Artuç**, s. 636.

²⁷⁴ **Gökcan/Artuç**, s. 636-637.

²⁷⁵ **Gökcan/Artuç**, s. 637.

²⁷⁶ **Erol Çetin**, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları, Seçkin Yay., B. 2, Ankara 2003, s. 566.

Soruşturma izni verilmesine ve soruşturma izni verilmemesine dair karar idari karar niteliğindedir. Ön inceleme aşamasının ve bu süreç sonucunda verilecek kararın amacı suçun işlenip işlenmediğinin tespit edilmesi değil soruşturma açılmasını gerektirecek bir durum bulunup bulunmadığının araştırılmasıdır²⁷⁷.

İdari merciin kararına karşı itiraz hakkı bulunmaktadır ve kararı veren mercie göre itirazlar Danıştay ya da yetkili Bölge İdare Mahkemelerince incelenir. Yapılan itiraz üzerine verilen kararlar kesindir.

Soruşturma izni prosedürü, kamu görevlisini yargılamadan muaf tutarak bir cezasızlık aracı olarak kullanılabilmektedir²⁷⁸.

Öncelikle, soruşturma izni kapsamına giren bir suç yönünden Cumhuriyet savcısının izin prosedürü tamamlanmaksızın delil toplamasının mümkün olmadığını hatırlatmak gerekir. Hatırlanacağı üzere Cumhuriyet savcısı, önüne gelen bir suç isnadının 4483 sayılı Kanun kapsamında kaldığına karar vermesi halinde, kaybolma olasılığı bulunan delilleri toplamak dışında hiçbir işlem yapmaksızın dosyayı idari mercie göndermektedir.

Soruşturma izni prosedürü ile getirilen sistemde delillerin derhal toplanmasının önüne geçilmesi, etkili soruşturma ilkelerinin gereklerinin yerine getirilmesini imkânsız hale getirmektedir²⁷⁹. Soruşturma izni verilmemesi halinde suç isnadı hakkında hiçbir araştırma yapılmaksızın dosya kapanmakta ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması mümkün olmamaktadır. Kimi durumda, hangi kamu görevlisinin eylemden sorumlu

²⁷⁷ **Demir Koşar**, s. 66.

²⁷⁸ **R. Bülent Tarhan**, “*Ceza Usul Hukuku Açısından Türkiye’de ve Dünyada Hesap Verilebilirlik ve Cezasızlık Boyutuyla Kamu Görevlilerinin Yargılanma Ayrıcalıkları*”, TESEV İyi Yönetişim Raporları: Kamu Görevlilerinin Yargılanma Ayrıcalıkları ve Hesap Verilebilirlik (ed. İtir Akdoğan), TESEV Yay., Ankara 2017, s. 32.

²⁷⁹ **Demir Koşar**, s. 117.

olduğunun dahi tespit edilememesi söz konusudur.

Her ne kadar soruşturma izni istendiğinde ön inceleme yapılıyor olsa da, ön inceleme ve idari merciin kararı, adli sürecin bir parçası olmayıp adli sürecin başlaması için tamamlanması gereken, iddiaya konu eylemin gerçekliğini, mahiyetini ve delillerin neler olduğunu araştıran idari bir süreçtir²⁸⁰. İdari nitelik taşıyan izin prosedüründe, etkili soruşturma ilkelerinin yerine getirilmesi yönünde bir güvence getirilmiş olmayıp bu süreç tek başına bir ceza soruşturması yerine geçmemektedir²⁸¹. Örneğin, ne ön incelemeci olarak atanan kişilerin ne soruşturma izni vermeye yetkili mercilerin maddi ceza hukuku uygulama yönünde bir yetkinlikleri olma koşulu bulunmadığı gibi bu kişilerin bağımsızlık ve tarafsızlıkları da garanti altına alınmış değildir²⁸².

Ön inceleme ile görevlendirilen kişiler çoğunlukla izin vermeye yetkili mercilerin emrinde çalışan personeller olduğu gibi yetkili merciin ön incelemeciyi değiştirme ve incelemeyi bir başkasına tamamlattırma yetkisi de bulunmaktadır²⁸³. Ayrıca ön incelemecilerin hakkında inceleme yapılan kamu görevlisiyle meslektaş olmaları büyük olasılıktır.

Ön incelemecinin suç isnadına ilişkin teknik bilgiye sahip olması beklenmekle birlikte soruşturma aşamasında olduğu gibi lehe ve aleyhe delilleri toplama yönünde kamusal bir yükümlülüğü bulunmamaktadır²⁸⁴.

²⁸⁰ İlyas Şahin, “4483 Sayılı Kanun’da Öngörülen Ön İnceleme Görevlisinin Yetkileri ve Bu Çerçeve İzin Sisteminin Gerekliliği Hakkında Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, S. 3, s. 312; Ali Akyıldız, “Memur Yargılamasında İdari Süreç”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2001, S.1-2, s. 274.

²⁸¹ Demir Koşar, s. 114.

²⁸² İ. Şahin, s. 257; Oğur/Türkiye, § 91.

²⁸³ İbrahim Topuz, Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Soruşturma ve Yargılama Usulleri, Mahalli İdareler Derneği Yay., Ankara 2005, s. 171.

²⁸⁴ Demir Koşar, s. 115.

Kimi durumda ise suç işlenmiş olabileceğine ilişkin yeterli veri bulunsa dahi idari makamlar tarafından soruşturma izni verilmeyerek kişinin adli makamlar önüne çıkarılmasına engel olunmaktadır. Olayda kamu görevlilerinin sorumluluğu bulunduğu tespit edilmeden önce soruşturma işlemlerine başlanmış ve bir kısım deliller toplanmış hatta kamu görevlilerinin olaydaki sorumluluklarına ilişkin önemli bulgular elde edilmiş olmasına ya da ön inceleme aşamasında benzer bulgular saptanmış olmasına karşın kamu görevlisi hakkında soruşturma izni verilmemesi söz konusu olmaktadır. Bu durum izin prosedürünün, kamu görevlisinin açıkça yargılamadan muaf tutulması aracı olarak kullanılmasıdır²⁸⁵.

Bu muaf tutmanın amacı, cezasızlığa sebebiyet verdiği yukarıda açıklanan farklı saiklerden herhangi biri olabilecektir. En basit düşünceyle bile soruşturma izni vermeye yetkili idari merciler çoğunlukla kamu görevlilerinin görev yaptıkları kurumun en üst amirleri olmakla, çalışanlarını ve kurumlarını koruma refleksiyle olaya yaklaşımları ve soruşturma izni işlemlerinin amacına aykırı olarak, kamu görevlilerinin adli süreçten korunması aracı olarak kullanılabilmesi olasıdır. Soruşturma izni verilmemesine karar verilmesi halinde bu karara itiraz mümkün ise de bu itirazı incelemeye yetkili yargı merci idari yargı yerleri olduğu için soruşturma yapılan kişiye isnat edilen suçun niteliği, unsurları ile delillerine ilişkin etkili bir değerlendirme yapma olanağının olmadığı da göz önünde bulundurulmalıdır.

Anlaşıldığı üzere soruşturma izni sistemi, ya kamu görevlileri hakkındaki suç isnadının hiç araştırılmayarak maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının imkânsız hale gelmesine ya da suç işlendiğine dair açık deliller bulunmasına karşın kamu görevlisinin adli makamlar önüne çıkarılmasının engellenmesine yol açacak şekilde işletilebilmektedir. Bu yolla cezasızlık sonucunu doğuranlar; gerekmediği halde

²⁸⁵ **Tarhan**, s. 32.

soruşturma izni istenmesi yoluyla Cumhuriyet savcılıkları, izin verilmesini gerektirecek bulgular mevcut olmasına karşın izin vermeyerek idari merciler ve denetim yapma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmeyen itiraz mercileri olarak sayılabilir²⁸⁶.

Esasında soruşturma izni işlemleri soruşturmanın derhal başlatılarak delillerin toplanmasının önünde bir engel teşkil ettiğinden izin verilmesi halinde dahi yapılacak soruşturmanın akıbetini yakından ilgilendirmekte birtakım delillerin toplanamaması ve olayın gerçekleşme koşullarını ortaya çıkarılmasının önünde engel teşkil etme riski taşımaktadır²⁸⁷. Bu sürecin hızlı tamamlanması ise soruşturma aşamasına geçilerek soruşturmanın hızlı ve özenli şekilde yürütülmesi ilkesinin yerine getirilebilmesi yönünde kamu makamlarına bir şans tanıyacaktır²⁸⁸.

Soruşturma izni işlemlerinin kapsamına giren suçlar yönünden cezasızlığın önlenmesi açısından bu sürecin mümkün olduğunca kısa tutulması önemli iken soruşturma izni kapsamına girmeyen bir suç ya da kişi yönünden soruşturma izni sürecinin başlatılması cezasızlığa hizmet eden bir diğer unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.

Soruşturma izni işlemleri, kamu görevlilerinin sorumluluklarının tespit edilmesini imkânsız kılmak ya da sorumluluk tespit edilmiş olmasına karşın adli sürece konu edilmesini engellemek suretiyle cezasızlık araçlarından biri olarak karşımızda durmaktadır.

Anayasa Mahkemesince soruşturma izni prosedürünün amacı, “*kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı ileri sürülen iddia ve şikâyetler nedeniyle gereksiz ithamlarla karşılaşmamaları ve bu şekilde her türlü korku*

²⁸⁶ Demir Koşar, s. 104, 126.

²⁸⁷ Demir Koşar, s. 119-120.

²⁸⁸ Demir Koşar, s. 120.

ve endişeden uzak tutulmaları yoluyla kamu hizmetlerinin aksamaması için iddia olunan suçlar bakımından ceza soruşturmasına geçilmeden önce bir ön inceleme yapılması” olarak açıklanmaktadır²⁸⁹. Ön inceleme ise “memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri isnat olunan bir suç konusunun soruşturulması kapsamında yetkili idari merciler tarafından gerçekleştirilen ve sonucunda idari veya adli yönden işlem yapılması için soruşturma açılmasına gerek olup olmadığı biçiminde bir karara varmak üzere yürütülen idari bir inceleme” olarak tanımlanmıştır²⁹⁰. Ön incelemede “isnat edilen suç konusu eylemin gerçekliği genel hatları ile kapsam ve niteliği, çerçevesi, delillerinin neler olduğu” hususları araştırılır²⁹¹. “Amaç, suçun varlığına ilişkin iddianın ve maddi olayın durumunun ilgili hakkında yargılama yapılmak üzere soruşturma açılmasını gerektirecek nitelikte olup olmadığı konusunda takdir kullanmayı sağlayabilecek bir araştırma yapılmasıdır²⁹².”

Toplumsal olaylara müdahale sırasında balkonda bulunan çocuğun, kafasına isabet eden cisim nedeniyle hayatını kaybetmesi olayına ilişkin Anayasa Mahkemesi önüne taşınan Turan Uytun ve Kevzer Uytun başvurusunda da özel soruşturma usullerinin, “ilgili kişilerin cezai sorumlulukları açısından asıl değerlendirmeyi yapacak olan soruşturma ve yargılama makamlarının önüne çıkmalarına engel olmak adına kullanılmaması” gerektiğini vurgulanmış, aksi bir uygulamanın, “bu tür olaylarda kamu gücünü kullanan güvenlik güçlerinin olası cezai sorumluluklarının ortaya çıkmasının engellenmek istendiği” izlenimi oluşturabileceğini belirtilmiştir²⁹³. Nitekim söz konusu Kanun’un amacına uygun yönde kullanılmadığı tespit edilen başvuruda, soruşturma izni verilmemesi nedeniyle olayın nasıl gerçekleştiğinin tespiti ile cezai sorumlulukların

²⁸⁹ Dilek Genç ve diğerleri [GK], B. No: 2014/3944, T. 1/2/2018, § 77.

²⁹⁰ Dilek Genç ve diğerleri, § 77.

²⁹¹ Dilek Genç ve diğerleri, § 77.

²⁹² Dilek Genç ve diğerleri, § 77.

²⁹³ Turan Uytun ve Kevzer Uytun, § 92.

belirlenmesinin olanaksız kılındığı kanaatine ulaşılmış ve yaşam hakkının usul boyutu yönünden ihlal edildiğine karar verilmiştir²⁹⁴.

Başvuruya konu süreçte, ilgili jandarma personeli hakkında soruşturma izni verilmemiştir²⁹⁵. Jandarma personelinin evin bulunduğu istikamete doğru ateş ettiğine yönelik bir tutanağın, bu iddiayı doğrular nitelikteki tanık beyanlarının, Adli Tıp Kurumu raporu ile ekspertiz raporunun delil olarak dosya içinde yer aldığı anlaşılmaktadır²⁹⁶. Soruşturma izni talebi hakkında değerlendirme yapan idari merci (Kaymakamlık), hakkında soruşturma izni istenen personelin, *“taşlı saldırıda bulunan grubu dağıtmak amacıyla göstericilerin üzerine gelmeyecek şekilde gaz fişegi attığı”, “bu gaz fişeginin isabetli ve kontrollü şekilde yere düştüğü”, “çocuğun başına isabet ettiği iddia edilen ... ibareli mühimmatın jandarma envanterinde olmadığı”, “gaz fişeginin çarptığı deride yanıcı ve kimyasal bir etki bırakması gerektiği ancak doktor ve otopsi raporlarında böyle bir etkiye rastlanmadığı”, buna ek olarak olay yeri inceleme tutanağına göre müteveffanın bulunduğu “balkonun gaz fişeginin atıldığı yerin atış alanı içerisine girmedığı”* gerekçeleriyle soruşturma izni verilmemesine karar vermiştir²⁹⁷.

Savcılık izin verilmemesi kararına karşı yaptığı itirazda, *“soruşturma kapsamında elde edilen delillerin soruşturma açılabilmesi için yeterli şüpheyi sunduğu, işlendiği iddia edilen suçun sübutu konusunda delilleri takdir ve değerlendirme yetkisinin Cumhuriyet Savcılığına ve Mahkemeye ait olduğunu”* iletmıştır²⁹⁸. Ancak Diyarbakır Bölge İdare Mahkemesince, *“çocuğun ölümüne sebebiyet veren kırığın çocuğun düşerek kafasının sert ve uygun bir zemine çarpması sonucu mu yoksa künt bir cismin direkt havalesi ya da*

²⁹⁴Turan Uytun ve Kevzer Uytun, § 92.

²⁹⁵Turan Uytun ve Kevzer Uytun, § 1.

²⁹⁶Turan Uytun ve Kevzer Uytun, § 26.

²⁹⁷Turan Uytun ve Kevzer Uytun, § 28.

²⁹⁸Turan Uytun ve Kevzer Uytun, § 80.

gaz fişğının isabeti sonucu mu meydana geldiğinin ayrımının yapılamadığı, jandarma personelinin cezai sorumluluğuna gidilmesini gerekli kılacak ciddi bulgu ve belgelerin bulunmadığı” belirtilmiş ve itiraz reddedilmiştir²⁹⁹.

Anayasa Mahkemesi incelediği bu olayda, itirazı incelemeye yetkili mercii tarafından, olayın gerçekleşme koşullarına ilişkin var olan farklı iddialar hakkında bir değerlendirme yapılmamasını ihlal gerekçeleri arasında saymıştır³⁰⁰.

Dilek Genç ve diğerleri kararı, arama kurtarma faaliyetleri sırasında batan botun olay günü mevcut olan rüzgâr ve dalga durumunda denize açılmaya uygun olmadığı, tespit edilemeyen bir nedenle botun vardiyasının değiştirilmiş olduğu ve kaptanın denize açılması için zorlandığı yönünde emareler bulunması nedeniyle “deniz ve hava durumuna uygun olmayan botları görevlendirmek suretiyle taksirle birden fazla kişinin ölümüne görev sebebiyle neden olmak” suçu isnadıyla hakkında soruşturma izni talep edilen Kıyı Emniyeti Genel Müdürü hakkındaki sürece ilişkindir.

Bakanlık müfettişlerince yapılan ön incelemede soruşturma izni verilmesi gerektiği yönünde görüş bildirilmiş Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı tarafından ise soruşturma izni verilmemesine karar verilmiştir. “Ön inceleme raporunun soruşturma izni vermeye yetkili merciyi bağlayıcı bir niteliği bulunmamakla birlikte bu rapor üzerine verilecek olan soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ilişkin kararlarda gerekçe gösterilmesi kanuni bir zorunluluktur³⁰¹.”

Anayasa Mahkemesi somut olayı değerlendirerek, yapılan ön inceleme aşamasında isnat edilen suçun işlenmiş olabileceğine dair ciddi bulgular tespit edilerek izin verilmesi gerektiği şeklinde görüş bildirilmiş olmasına ve bilirkişi

²⁹⁹Turan Uytun ve Kevzer Uytun, § 30.

³⁰⁰Turan Uytun ve Kevzer Uytun, § 91.

³⁰¹Dilek Genç ve diğerleri, § 77.

incelemesinde de botu görevlendiren kişilerin %50 oranında kusurlu bulunmasına³⁰² karşın bu tespitlere niçin itibar edilmediği gerekçelendirilmeksizin soruşturma izni verilmemesine karar verilmesinin³⁰³ etkili soruşturma yapılmasını engellediğine karar verilmiştir³⁰⁴.

Maden kazası hakkındaki *Naziker Onbaşı ve diğerleri* başvurusuna konu soruşturma kapsamında savcılık iki tane bilirkişi raporu almıştır³⁰⁵. Bilirkişi raporlarında “*Türkiye Taşkömürü Kurumu (TTK) Yönetim Kurulu Başkanı ve üyeleri ile Genel Müdürünün*” maden kazasının meydana gelmesinde kusurları olduğu tespit edilmiştir³⁰⁶. Cumhuriyet savcısının talebiyle düzenlenen ek raporda ise tespit edilmiş olan kusurlar ile kaza arasında birebir illiyet bağı olmadığı belirtilmiştir³⁰⁷. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ise bu kişiler hakkında soruşturma izni verilmemesine karar vermiştir³⁰⁸.

“*Soruşturma izni verilmemesi kararının bilirkişi raporunda belirtilen kusur ile degaj/püskürme olayı arasında bire bir illiyet bağı bulunmadığı yönündeki tespite dayandırıldığı*³⁰⁹”, “*ceza hukuku anlamında eylem ile sonuç arasında bir illiyet bağı bulunup bulunmadığının belirlenmesi ise ancak yargısal merciler tarafından yapılabileceği*³¹⁰” hususları belirtilerek izin verilmemesinin etkili soruşturma yükümlülüğünü ihlal ettiğine hüküm verilmiştir³¹¹.

³⁰²Dilek Genç ve diğerleri, § 79.

³⁰³Dilek Genç ve diğerleri, § 80.

³⁰⁴Dilek Genç ve diğerleri, § 81.

³⁰⁵Naziker Onbaşı ve diğerleri, § 12.

³⁰⁶Naziker Onbaşı ve diğerleri, § 13-14.

³⁰⁷Naziker Onbaşı ve diğerleri, § 14.

³⁰⁸Naziker Onbaşı ve diğerleri, § 17.

³⁰⁹ Naziker Onbaşı ve diğerleri, § 72.

³¹⁰ Naziker Onbaşı ve diğerleri, § 72.

³¹¹Naziker Onbaşı ve diğerleri § 77.

Üzerinde durulması gereken bir husus da izin şartına bağlı olmayan suçlar yönünden izin prosedürünün işletilmesidir.

Anayasa Mahkemesi, polis memurlarının toplumsal gösteriye müdahalesi sırasında orantısız güç kullanıldığı iddiası üzerine başlatılan soruşturma izni sürecinin konu edildiği *Hidayet Enmek ve Eyüpsabri Tınaş* başvurusunda, polis memurlarının başvuruçulara olan müdahalesinin kamera kayıtlarıyla sabit olması ve sağlık raporlarında başvuruçuların yaralandıkları tespit edilmiş olmasına³¹² karşın, ne Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından ne de soruşturma izni verilmemesi işlemine karşı yapılan itirazı inceleyen merci tarafından, isnat edilen eylemlerin 4483 sayılı Kanun'un 2. maddesinin beşinci fıkrası kapsamında resen soruşturulması gereken suçlar arasında olup olmadığının tartışılmadığını tespit etmiş ve ihlal gerekçeleri arasında bu hususa da yer vermiştir³¹³. Anayasa Mahkemesi, izin şartına bağlı olmayan suçlar yönünden izin prosedürünün işletilmesinin etkili soruşturma yükümlülüğü yönünden başlı başına bir sorun teşkil edebileceğini belirtmektedir³¹⁴.

Aynı şekilde *Selçuk Yıldız* kararında da, hem Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından hem de itiraz merci tarafından isnat edilen eylemlerin resen soruşturulması gereken suçlar arasında olup olmadığının değerlendirilmemesi eleştiri konusu yapılmıştır³¹⁵.

Anayasa Mahkemesinin soruşturma izni işlemlerine ilişkin içtihadının AİHM 'in aynı konudaki içtihadından farklı bakış açısına sahip olduğu görülmektedir. AİHM, özel soruşturma usullerine ilişkin önüne gelen başvurularda etkili soruşturma kriterlerinin yerine getirilip getirilmediğini test etmektedir.

³¹²*Hidayet Enmek ve Eyüpsabri Tınaş*, § 15-27.

³¹³*Hidayet Enmek ve Eyüpsabri Tınaş*, § 109-117.

³¹⁴*Hidayet Enmek ve Eyüpsabri Tınaş*, § 108.

³¹⁵*Selçuk Yıldız*, B. No: 2014/10382, T. 15/2/2017, § 53-55.

AİHM'in özel soruşturma usullerine ilişkin önüne gelen başvurularda en çok üzerinde durduğu konu bağımsızlıktır. AİHM, idari organların bağımsız bir soruşturma yürütülmesi konusunda yeterli kapasiteye sahip bulunmadıklarını belirtmektedir³¹⁶.

AİHM, bağımsızlık kriterinin sağlanamamasının yanı sıra özel yargılama usullerine ilişkin süreçte etkili katılımın sağlanmasına ilişkin de sorunlar tespit etmektedir. Başvurucuların idari soruşturma dosyasına erişiminin bulunmaması ve şikâyetçi beyanı alınmaması veya şikâyetçinin tanık dinletememesi etkili katılımın sağlanması noktasında AİHM'in tespit ettiği eksikliklerdir³¹⁷.

Bunlar dışında AİHM tarafından da AYM içtihadında olduğu gibi ihlal iddiasına konu somut olayın açıklığa kavuşturulup kavuşturulmadığı ve sorumluların cezalandırılıp cezalandırılmadığı değerlendirilmektedir. Örneğin, ölüm olayına kim ya da kimlerin sebep olduğunun açıklığa kavuşturulamamış olması³¹⁸, kamu görevlilerinin ellerinde bulunan bilgilere rağmen tehdit karşısında neden harekete geçmedikleri hususunun açıklığa kavuşturulamamış olması³¹⁹ ihlal kararlarına gerekçe yapılmıştır. *M. Özel ve diğerleri/Türkiye* kararında, bilirkişi tarafından kusurları tespit edilmiş olan bir kısım kamu görevlisinin haklarında soruşturma izni verilmemesi nedeniyle cezalandırılmamaları ihlal kararına gerekçe olarak kullanılmıştır³²⁰.

AİHM, 2003 yılında 4483 sayılı Kanun'da yapılan değişiklik ile polis memurlarının uyguladıkları şiddet ve kötü muamelenin Cumhuriyet Başsavcılıklarının

³¹⁶ **Mehmet Emin Yüksel/Türkiye**, B. No: 40154/98, 20/7/2004, § 40; **Yöyler/Türkiye**, B. No: 26973/95, 24/6/2003, § 93; **Sunal/Türkiye**, B. No: 43918/98, 25/1/2005, § 60.

³¹⁷ **Oğur/Türkiye**, § 92; **Sunal/Türkiye**, § 62.

³¹⁸ **Oğur/Türkiye**, § 89-90; **Güleç/Türkiye**, B. No: 54/1997/838/1044, 27/07/1998, § 79-80.

³¹⁹ **Dink/Türkiye**, § 83-86.

³²⁰ **M. Özel ve diğerleri/Türkiye**, B. No: 14350/05..., T. 17/11/2015, § 198.

soruşturma yetkisine alındığı hususunu dikkate alarak Cumhuriyet Başsavcılığına verilen bu yetkinin kullanılmadığı hallerde ihlal sonucuna ulaşmaktadır³²¹.

AİHM özel yargılama usullerine ilişkin ayrıca, kamu görevlilerinin haksız suçlamalardan korunması için özel bir yargılama usulü gerektiği fikrini anlamlı bulmadığını, haksız suçlamalardan korunmak için bağımsız yargısal makamlara güvenmenin çok daha etkili bir yöntem olduğunu belirtmektedir³²².

2.3. Soruşturmaya Yer Olmadığı Kararı

694 sayılı KHK³²³ ile getirilen ve 7078 sayılı Kanun'un 140. maddesi ile yasalaşan yeni bir düzenleme söz konusudur. Bu madde ile CMK'nın 158. maddesine (6) numaralı fıkra eklenmiş³²⁴ ve Cumhuriyet savcısına, soruşturmaya yer olmadığı kararı verme yetkisi getirilmiştir. Bu kurum ile şüpheli sıfatını dahi almayacak kişilerin genel ve soyut nitelikteki şikâyetlerden korunmasının sağlanması amaçlanmıştır.

Söz konusu kurum kabul edilmeden önce hakkında bir şikâyet ya da ihbar yapılan kimse otomatik olarak şüpheli sıfatını kazanmakta idi. Bu durumda yapılan düzenlemenin yerinde olduğu söylenebilirse de³²⁵ soruşturma izni meselesinde benzer amaçla verilen işleme koymama yetkisi gibi bir kısım ihbar ve şikâyetlerin incelenmeyerek adli sürecin

³²¹ **Karahan/Türkiye**, B. No: 11117/07, 25/3/2014, § 45; **İşeri ve diğerleri/Türkiye**, B. No: 29283/07, 9/10/2012, § 42; **Süleyman Çelebi ve diğerleri/Türkiye**, § 89; **Tüfekçi/Türkiye**, B. No: 52494/09, 22/7/2014, § 47.

³²² **Ümit Gül/Türkiye**, B.No: 7880/02, 29/12/2009, § 54.

³²³ 25/8/2017 gün ve 30165 sayılı Resmi Gazete

³²⁴ İhbar ve şikâyet konusu fiilin suç oluşturmadığının herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeksizin açıkça anlaşılması veya ihbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olması durumunda soruşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilir. Bu durumda şikâyet edilen kişiye şüpheli sıfatı verilemez. Soruşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar, varsa ihbarda bulunana veya şikâyetçiye bildirilir ve bu karara karşı 173 üncü maddedeki usule göre itiraz edilebilir. İtirazın kabulü hâlinde Cumhuriyet başsavcılığı soruşturma işlemlerini başlatır. Bu fıkra uyarınca yapılan işlemler ve verilen kararlar, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından görülebilir.

³²⁵ Aynı yönde bkz. **Yenisey/ Nuhoglu**, s. 557.

başlamadan bitirilmesine vesile olmaması konusunda özen gösterilmesi gerekmektedir. Cumhuriyet savcısınca verilen “*işleme koymama kararlarından*” farklı olarak itiraz imkânı öngörölmüş olması bu endişelerin yerinde olmayabileceğini göstermektedir. Yine de çok yeni olan bu kurumun özellikle kamu görevlilerinin işledikleri ileri sürölen suç isnatları yönünden kullanım şekli yakından takip edilmelidir.

2.4. Delillerin Toplanması

Suç delillerinin toplanması ve muhafaza altına alınması büyük ölçüde soruşturma aşamasında gerçekleşmektedir. Soruşturma aşamasında, deliller aranıp bulunmakta ve toplanan deliller ışığında suç isnadının mahkeme önüne götürölüp götürölmeyeceğine karar verilmektedir³²⁶. Bir başka ifade ile soruşturma aşaması, dava açılmasının gerekip gerekmediğinin tespit edilmesi ve dava açılacak ise söz konusu davaya hazırlık yapılması işlevlerini yerine getirmektedir³²⁷.

Soruşturma aşamasında, kovuşturma evresinde araştırılacak olan maddi gerçeğın ortaya çıkarılmasına elverişli delillerin toplanması görevi yerine getirilmektedir³²⁸. Adli makamların suça zamansal olarak en yakın olduğı bu aşamada, delillerin derhal tespit edilmesi ilerleyen süreçlerdeki maddi gereceğö ulaşma amacının yerine getirilebilmesinde büyük önem taşımaktadır. Delillerin toplanması büyük oranda soruşturma aşamasında gerçekleşmekte olup açılan davada kurulan hükümde soruşturma aşamasında toplanan delillerin büyük önemi bulunmaktadır³²⁹.

Soruşturma aşamasında suça ilişkin delillerin gereğı gibi toplanmamasına yol açacak her türlü uygulama etkili soruşturma yükümlölüğünü ihlal edecektir. Soruşturma

³²⁶ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 94.

³²⁷ Özbek vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 184; Caner Yenidünya/Zafer İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yay., Ankara 2016, s. 233.

³²⁸ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 110.

³²⁹ Özbek vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 184; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 245.

aşamasının eksik yapılması, özellikle sonradan toplanması mümkün olmayacak delillerin kaybolmasına yol açacağından cezasızlığın en büyük sebeplerinden birini teşkil etmektedir. Örneğin, tıbbi delillerin toplanması, kamera kayıtlarının temini, olay yeri incelemesi ve keşif gibi delillerin hızlı ve özenli şekilde toplanması önem arz etmekte ve bu aşamada meydana gelen eksikliklerin telafisi mümkün olmamaktadır³³⁰.

“Yaşam hakkı” ya da “işkence ve kötü muamele yasağının” ihlalini teşkil eden eylemlere ilişkin ceza muhakemesi süreçlerinde, somut olayın özelliklerine göre toplanması zorunlu olan belli deliller bulunmaktadır. Örneğin adli muayene raporlarının alınması etkili bir soruşturma yürütülebilmesi yönünden bir zorunluluktur.

Belirtilmelidir ki bir soruşturma kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar ile sonuçlandırılmadan önce toplanabilir nitelikteki tüm delillerin toplanması, gerekli tüm araştırma ve incelemenin yapılması bir zorunluluktur³³¹. Yeterli delil toplanmaksızın kovuşturma yer olmadığına dair karar verilmesi soruşturmanın etkili yapılmadığının bir göstergesi olacaktır³³².

Anayasa Mahkemesi de soruşturma makamlarının bütün delilleri toplamak için kendilerinden beklenen makul tedbirleri alıp almadığını değerlendirmektedir³³³. Buna göre, bir kişinin yaşamına hukuka aykırı olarak son verildiğinde her şeyden önce kişinin yaşamına kimin ve nasıl son verdiğinin tespit edilmesi en azından tespit edilebilmesi için tüm adımların atılması bir zorunluluktur.

³³⁰ Kurt, s. 124-133.

³³¹ Yenidünya/İçer, s. 272.

³³² Yenidünya/İçer, s. 272; “... delil yokluğu nedeniyle polis memurları hakkındaki ceza soruşturmasının devam ettirilmemesine karar veren idari makam tarafından da soruşturmaya yönelik başka bir adımda bulunulmadığı anlaşılmaktadır.” Mehmet Emin Yüksel / Türkiye, § 39.

³³³ Cembeli Erdem, B. No: 2014/19077, 18/4/2018, § 122.

Anayasa Mahkemesine göre, “yapılan ceza soruşturmasının, ölüm olayını tüm yönleriyle aydınlatabilecek ve varsa sorumluların tespitine yarayabilecek bütün deliller toplanmadan tamamlanmaması; soruşturmanın, ölüm olayının nedenini ve varsa sorumlu kişilerin ortaya çıkarılması imkânını zayıflatan birtakım eksiklikler içermemesi, eğer farklı bazı eksiklikler varsa bu eksikliklerin de yürütülen soruşturmanın derinliği ve ciddiyeti üzerinde herhangi bir etki gösterecek nitelikte olmaması gerekmektedir.”³³⁴ İhtimallere dayanan tespitlere dayanılarak kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlali niteliğindedir³³⁵.

Anayasa Mahkemesine göre, “-özellikle ... olayın gerçekleştiği zamanda ve yerde- ilk anda yürütülecek soruşturma işlemleri çok büyük önem arz etmektedir. Geçen zamanla birlikte kaçınılmaz bir şekilde delillerin kaybolması, tanıkların yer değiştirmesi ve yaşananları hatırlamanın güçleşmesi gibi nedenlerle delil toplama ve olayın gerçekleşme şeklini belirlemenin giderek zorlaşacağı açıktır”³³⁶.

Sağ şakağına aldığı ateşli silah isabetiyle hayatını kaybeden müteveffanın babasının Anayasa Mahkemesi önünde taşıdığı *Doğan Demirhan başvurusunda*, başvurunun intihar ettiğinin anlaşıldığı gerekçesiyle verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karar incelenmiştir. Yapılan soruşturmada, başvurunun solak olduğuna ilişkin iddialara yönelik bir inceleme yapılmaması³³⁷, başvurunun elinde bulunan tabancada başvurunun da dâhil olmak üzere herhangi bir parmak izinin bulunmaması hususunun değerlendirmeye alınmaması³³⁸ gibi eksiklikler tespit edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, “elinde atış artığı saptanan şüphelinin, olayın gerçekleştiği zaman diliminde

³³⁴ **Doğan Demirhan**, B. No: 2013/3908, 6/1/2016, § 101.

³³⁵ **Doğan Demirhan**, § 102.

³³⁶ **Yavuz Durmuş ve diğerleri**, B. No: 2013/6574, 16/12/2015, § 62.

³³⁷ **Doğan Demirhan**, § 85.

³³⁸ **Doğan Demirhan**, § 88.

müteveffa ile aynı yerde bulunması, uyuduğunu söylediği odanın alt katında bulunan bir silahın, gecenin sessizliğinde ateşlenmesine rağmen diğer şüphelilere, hayatın olağan akışına uygun düşmeyen şekilde herhangi bir ses duymadığını söylemesi dikkate alındığında; Cumhuriyet Savcısı tarafından yeniden ifadesi alınmaksızın kolluk tarafından alınan ifadesi yeterli görülerek soruşturmanın sonlandırılmasının, soruşturmanın derinliği ile ciddiyeti üzerinde etki gösterdiği” sonucuna ulaşmıştır³³⁹.

Bir ağaca asılı olarak bulunan başvuruçular yakınının ölümüne ilişkin yürütülen soruşturmada “maktulün ölümünde başkalarına atfı kabil herhangi bir kusurun bulunmadığı, maktulün kendisini asmak suretiyle intihar etmesi sonucu öldüğünün anlaşıldığı” gerekçesiyle verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın incelendiği *Fahriye Erkek ve Diğerleri Kararında*, yapılan soruşturmanın önemli eksikleri bulunduğu, ölüm olayının aydınlatılamadığı ve sorumluların belirlenemediği, delillerin detaylı ve objektif şekilde değerlendirilmediği gerekçesiyle etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar verilmiştir³⁴⁰.

Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmediği durumlarda iddianame düzenlenmektedir. Belirtmek gerekir ki yalnızca kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlar değil yetersiz ve eksik soruşturma sonucu açılan davalar da cezasızlığa yol açmaktadır³⁴¹.

Olayları aydınlatmaya yarayacak bir olay yeri krokisinin bulunmamasını³⁴², olay yerinde bulunan tabancaların fotoğraflarının çekilmemesi³⁴³, parmak izi incelemesi

³³⁹ Doğan Demirhan, § 90.

³⁴⁰ Fahriye Erkek ve diğerleri, B. No: 2013/4668, 16/9/2015, § 77.

³⁴¹ Kurt, s. 21.

³⁴² Perk ve diğerleri/Türkiye, B. No: 50739/99, 28/3/2006, § 80.

³⁴³ Gül/Türkiye, § 89.

yapılmaması³⁴⁴, boş kovan bulunup bulunmadığının araştırılmaması,³⁴⁵ mermiler üzerinde balistik inceleme yapılmamış³⁴⁶, geç yapılmış³⁴⁷ ya da eksik inceleme yapılmış olması³⁴⁸, olay yerinde açıkça görülen ayak izlerine ilişkin araştırılma yapılmamış olması³⁴⁹ AİHM tarafından soruşturmanın eksik yürütüldüğünün göstergeleri olarak kabul edilmiştir.

2.4.1. Usuli Güvenceler

Ceza muhakemesi işlemleri yargılamanın tarafı olsun ya da olmasın kişilerin temel hak ve özgürlükleri üzerinde etki doğurabilmektedirler³⁵⁰. Ceza muhakemesi işlemlerinin yürütülmesinde uyulması gereken usuller bu nedenle kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasında hayati önem arz ederler. Bu usuller ayrıca işlemlerin güvenilirliğini ve gerçeği ortaya çıkarma olasılığını doğrudan etkilemektedir³⁵¹. Ceza muhakemesi işlemleri ile bu işlemler sırasında uyulacak usullerin kanunilik ilkesine uygun olarak düzenlenmesi büyük önem taşımaktadır³⁵².

Çalışmanın konusunu oluşturan haklar bakımından da anılan usuli güvencelerin önemi büyüktür. Bu hakların korunabilmesi için, kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılmasına sebebiyet veren uygulamanın hukuki niteliğinden bağımsız olarak (tutma, yakalama, gözaltı v.b.) özgürlükten mahrum bırakmanın başından itibaren kişiye

³⁴⁴ Gül/Türkiye, § 89; Kaya/Türkiye, § 89; Ağdaş/Türkiye, § 101.

³⁴⁵ Gül/Türkiye, 89.

³⁴⁶ Hamiyet Kaplan ve diğerleri/Türkiye, B. No: 36749/97, T. 13/9/2005, § 61.

³⁴⁷ Nuray Şen/Türkiye (No:2), B. No: 25354, T. 30/3/2004, § 177.

³⁴⁸ Adalı/Türkiye, B. No: 38187/97, T. 31/3/2005, § 228.

³⁴⁹ Nuray Şen/Türkiye (No:2), § 177.

³⁵⁰ Okuyucu Ergün, s. 20; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 21;

³⁵¹ Okuyucu Ergün, s. 20.

³⁵² Okuyucu Ergün, s. 20; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 21;

tanınması gereken güvenceler bulunmaktadır³⁵³.

Yakalanan veya gözaltına alınan kişinin yakınlarına haber verilmesi³⁵⁴, sağlık kontrolünden geçirilmesi³⁵⁵, gözaltına alınan hakkında tutulan kayıtlar³⁵⁶, yapılan işlemlerin tutanağa bağlanması³⁵⁷, müdafî ile görüşme gibi düzenlemeler özgürlüğünden mahrum bırakılan kişi yönünden getirilen usuli güvenceleri oluşturmaktadır.

Bu güvenceler bir yandan işkence ve kötü muamele eylemleri yönünden caydırıcılık oluştururken diğer yandan delil toplanması için büyük öneme sahiptirler³⁵⁸. Örneğin sağlık muayeneleri, gözaltına alınmış ya da tutuklanmış kişilerin ve hükümlülerin kötü muamele görmeleri önünde önemli bir caydırıcılık sağlarken aynı zamanda tıbbi delillerin elde edilmesi için de ciddi önem taşımaktadırlar³⁵⁹.

Ancak şunu belirtmek gerekir ki usuli güvenceler yalnızca alıkonulan kişiler için değil kolluk görevlileri için de bir güvence sistemi oluşturmaktadır. Kolluk görevlilerinin asılsız ithamlarla karşılaşmaları halinde sahip oldukları en önemli güvence, usul işlemlerinin gereği şekilde yerine getirilmesi ile ilgili belgelerin özenli ve usulüne uygun olarak kaydedilerek muhafaza edilmesi olacaktır. Bu hususun genellikle uygulayıcılar tarafından gözden kaçırıldığı görülmektedir. İhmal ve özensizlik ya da önemsememe sonucu alınmamış bir adli muayene raporu, kolluk görevlisinin haksız bir ithamla karşılaşması halinde suçsuzluğunu ortaya koyamamasına sebebiyet verebilecektir. Bu nedenledir ki usuli güvencelerin yerine getirilmesi noktasında en çok özen göstermesi

³⁵³ Svannidze, Effective investigation, s. 30-31.

³⁵⁴ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 377; Yenidünya/İçer, s. 321.

³⁵⁵ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 378-379; Yenidünya/İçer, s. 321-322.

³⁵⁶ Yenidünya/İçer, s. 323-324.

³⁵⁷ Yenidünya/İçer, s. 306; Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yay., B. 11, Ankara 2013, s. 161-163; Okuyucu Ergün, s. 22 vd.

³⁵⁸ Svanidze, Effective investigation, s. 30.

³⁵⁹ Üçpınar/Koç, s. 64.

gereken kişiler şüphesiz ki kolluk görevlileridir.

2.4.2. Tıbbi Deliller

Tıbbi deliller işkence ve kötü muamele suçları yönünden en önemli delil türlerinden birini oluşturmaktadır. Adli muayene raporları da tıbbi delilleri oluşturan en önemli grubu oluşturmaktadır. Uygulamada sağlık muayenelerinin gereği gibi yaptırılmaması nedeniyle tıbbi delillerin toplanmasında oldukça büyük sorunlarla karşılaşmakta ve tıbbi delillerin yokluğu ya da niteliklerinin uygun olmayışı nedeniyle işkence ve kötü muamele iddialarının açıklığa kavuşturulması zorlaşmaktadır. Yeterli araştırma ve inceleme yapılmadan hazırlanan bir adli muayene raporunun, yargılama sürecine yarardan çok zararı dokunacağı ve süreci yanlış yönde etkileme riski ortaya çıktığı belirtilmelidir³⁶⁰.

İstanbul Protokolü, işkencenin ya da kötü muamele teşkil eden fiillerin soruşturulması ve sorumluların tespit edilip cezalandırılmasının sağlanması amacıyla tıp uzmanlarının davranışlarına ve düzenledikleri raporların niteliğine dair ilkeler getiren bir belge olarak tıbbi delillerin sağlanması noktasında başvurulması gereken en önemli kaynaklardan biridir.

İstanbul Protokolü'nde, kanıtların ortaya çıkartılmasının ve faillerin eylemlerinden sorumlu tutulmalarının ancak etkili belgelendirme ile sağlanabileceği belirtilmiş ve Protokol'ün amacı, *“devletlerin bireyleri işkenceden korumanın en temel unsurlarından birine yani etkili belgelendirme konusuna eğilmesini sağlamak”* olarak ifade edilmiştir³⁶¹.

³⁶⁰ **Fatma Yücel Beyaztaş**, “Adli Raporlar Konusunda Hekimin Sorumluluğu”, Anadolu Psikiyatri Dergisi, Y. 2000, C.1, S.4, s.232.

³⁶¹ İstanbul Protokolü, giriş bölümü.

İstanbul Protokolü'nde tıp uzmanı tarafından hazırlanan yazılı raporun asgari olarak içermesi gereken bilgiler; görüşmenin koşulları, öykü, fiziksel ve psikolojik muayene, muayene bulguları ile öykünün uyumlu olup olmadığı yönündeki değerlendirme ve tıp uzmanının kimlik bilgisi ile imzası olarak belirtilmiştir³⁶². İstanbul Protokolü'ne göre; *“soruşturmalarda görev alan tıp uzmanlarının üstün etik standartlara uygun davranmaları, muayenenin tıbbi uygulamaların yerleşik standartlarına uyumlu olması, hekimin kontrolünde özel olarak yapılması ve kolluk kuvvetleri veya diğer kamu görevlilerinin bulunmadığı bir ortamda yapılması”* gerekmektedir³⁶³.

Adli raporların İstanbul Protokolü'nde kabul edilen ilkelere uygun şekilde düzenlenmemesi işkence ve kötü muamele iddialarının gereği gibi delillendirilmemesine ve iddiaların ispatlanmaması nedeniyle cezasızlık sonucu doğmasına yol açabilecektir.

Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması yönünde tıbbi delillerin toplanmasının öneminin de Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesince, İstanbul Protokolü'ne atıfla kötü muamelenin tespiti yönünden doktor raporlarının önemi³⁶⁴ ve adli muayene raporlarının gizli olması gerekliliği³⁶⁵ hatırlatılmakta, düzenlenen adli raporlarda bulgular ile kötü muamele anlatımı arasındaki uyum durumunun gerektiği belirtilmektedir³⁶⁶.

Muzafer Özer ve Diğerleri kararında, adli muayene raporları arasındaki çelişkinin giderilmesine, gözaltı çıkış raporunun gerçeğe uygun düzenlenip düzenlenmediğine ilişkin bir araştırmanın yapılmadığına vurgu yapılmıştır³⁶⁷.

³⁶² İstanbul Protokolü, bölüm 3, madde 83.

³⁶³ İstanbul Protokolü, bölüm 3, madde 83.

³⁶⁴ **Tuna Ayçiçek**, § 32,79.

³⁶⁵ **Z.C.**, § 99.

³⁶⁶ **Bayram Tuğrul Yıldırım ve Hasan Yıldırım**, B. No: 2014/5280, T. 24/5/2018, § 44.

³⁶⁷ **Muzafer Özer ve diğerleri**, B No: 2013/1146, 4/2/2016, § 69.

Z.C. kararında, sosyal hizmet uzmanı tarafından önerilmesine karşın başvurunun psikolojik muayenesinin yaptırılmaması³⁶⁸, olayda genital muayeneye ve darp raporu aldırılmasına bazı delillerin kaybolmasına neden olabilecek bir gecikme sonucu şikâyetten on dört gün sonra başvurulmuş olması³⁶⁹ maddi gerçeğin ortaya çıkarılması yönündeki eksiklikler olarak tespit edilmiştir.

Alınan adli raporlarda ve raporlarda cevaplanması istenilen sorulardaki eksiklikler yine ihlal gerekçesine konu edilen hususlar arasında yer almaktadır³⁷⁰.

AIHM, tıbbi raporların öneminin üzerinde özellikle durmaktadır. Gözaltında kötü muamele iddiasına ilişkin, polislerin beyanlarının alınmasıyla yetinilen soruşturmada yaralanmaların nedenini açıklayacak bir tıbbi rapor alınmamasını eleştiri konusu yapmıştır³⁷¹.

AIHM, tıbbi muayenelerin bir doktor tarafından, kolluk görevlileri odada bulunmaksızın yapılması gerektiği, muayene raporunda tespit edilen yaralanmanın detaylarının ve hastanın bu yaralanmaların nasıl meydana geldiğine dair ifadelerinin, hasta anlatımı ile tespit edilen yaralanmaların tutarlı olup olmadığına ilişkin doktorun görüşünün raporda yer alması gerektiğini belirtmekte söz konusu ilkelere ilişkin İstanbul Protokolü'ne atıf yapmaktadır³⁷². Anılan kriterleri taşımayan tıbbi raporların ise kötü muamele iddialarına ilişkin yapılacak değerlendirmelere esas alınamayacağını ifade etmektedir³⁷³.

³⁶⁸ Z.C., § 99.

³⁶⁹ Z.C., § 100.

³⁷⁰ Cembeli Erdem, § 129-130.

³⁷¹ Büyükdag/Türkiye, B. No: 28340/95, T.21/12/2000, § 67; benzer yönde bkz. Coşar/Türkiye, B. No: 22568/05, 26/03/2013, § 40.

³⁷² Akkoç/Türkiye, § 118.

³⁷³ Mehmet Eren/Türkiye, B. No: 32347/02, T.14/10/2008, §40-42; Gülbahar ve diğerleri/Türkiye, B. No:5264/03, T. 21/10/2008, § 53-54; Ballıktaş/Türkiye, B. No: 7070/03, 20/10/2009, § 28; Dilek

Yine otopsi yapılmaması ya da otopsi raporlarındaki eksiklikler de ölüm olayının aydınlatılabilmesinin önüne geçtiğinden etkili soruşturma yükümlülüğünü ihlal etmektedir³⁷⁴. Bunun dışında, otopsinin bir adli tıp uzmanı olmaksızın yapılması³⁷⁵ ile otopsi raporundaki tespitlerin adli makamlarca dikkate alınmaması³⁷⁶ da sorun teşkil etmektedir.

2.4.3. Kamera Kayıtları ve Tanık Beyanları

İşkence ve kötü muamele iddialarına ilişkin alınan raporlarda fiziki delillerin tespit edilmemiş olması işkencenin yapılmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır³⁷⁷. Bu durumda diğer delillerin önem kazanması söz konusudur.

Kamera kaydı sistemleri de tıbbi delillerle birlikte kötü muamele iddiaları yönünden hem en önemli delil grubunu hem de önemli güvence sistemini oluşturmaktadır. Özgürlükten mahrum bırakılan yerlerde kamera kayıtlarının tutulması ve saklanması yönelik standart getiren yasal düzenlemelerin bulunmaması nedeniyle uygulamada kayıt yapılmasında ya da kamera kayıtlarına ulaşmada aksaklıklar meydana geldiği görülmektedir³⁷⁸. Yapılan kayıtların idarenin kontrolünde olması sonucu kayıtların silinmesi ya da üzerinde tahribat yapılmasının mümkün olması da bu delil türüne ilişkin sorunlu bir alanı oluşturmaktadır³⁷⁹.

Aslan/Türkiye, § 49.

³⁷⁴ Kaya/Türkiye, § 89; Oğur/Türkiye, § 89; Tanrıku/Türkiye, § 106; Mahmut Kaya/Türkiye, § 104; A.K. ve V.K./Türkiye, B. No: 38418/97, T. 30/11/2004, § 55; Zengin/Türkiye, B. No: 46928/99, T. 28/10/2004, § 51; Süheyla Aydın/Türkiye, B. No: 25660/94, T. 24/5/2005, § 174; Salman/Türkiye, B. No: 21986/93, T. 27/6/2000, § 107; Tanlı/Türkiye, B. No: 26129/95, T. 10/4/2001, § 150.

³⁷⁵ Tepe/Türkiye, B. No: 27244/95, T. 09/05/2003, § 154; Tanlı/Türkiye, § 152.

³⁷⁶ Ağdaş/Türkiye, § 103.

³⁷⁷ İstanbul Protokolü, bölüm beş, madde 161.

³⁷⁸ Üçpınar/Koç, s. 81.

³⁷⁹ Üçpınar/Koç, 80.

Toplantı ve gösteri yürüyüşleri sırasında vücuduna mermi isabet etmesi sonucu felç olan başvurunun yaşam hakkı kapsamında incelenen başvuruda ise iki ay süreyle muhafaza altına alınmış olan kamera kayıtlarının toplanması için altı ay beklenilmiş olması Anayasa Mahkemesinin ihlal sonucuna ulaştırmıştır³⁸⁰.

Toplumsal olaylara müdahale sırasında gaz fişegiyle yaralanma olayına ilişkin yapılan incelemede, failin tespit edilmesi, atışın hangi mesafeden hangi açıyla yapıldığının, başvurunun özellikle hedef alınıp alınmadığının ve atış saikinin belirlenmesi amacıyla olay yerindeki işyerlerinin güvenlik kamerası görüntülerinin ve MOBESE kayıtlarının tespit edilmemesi soruşturmadaki eksiklikler olarak tespit edilmiştir³⁸¹.

Gözaltında kötü muamele iddiasına ilişkin olan *Süleyman Göksel Yerdut* başvurusunda, diğer tespit edilen eksiklerle birlikte kamera görüntülerinin toplanmamış olması nedeniyle de soruşturmanın etkili şekilde yürütülmediği sonucuna varılmıştır.³⁸²

Bir başvuruda AİHM, ihlal iddiasına konu olayın yaşandığı caddenin ve başvuruçuların gözaltına altında tutuldukları nezarethanenin kamera görüntülerinin AİHM'in değerlendirilmesine sunulmuş olmasına karşın Cumhuriyet savcısının bu kayıtları izlediği ve değerlendirdiğinin takipsizlik kararından anlaşılamamasını eleştirmiştir³⁸³.

³⁸⁰ **Cembeli Erdem**, § 125.

³⁸¹ **Serhat Ölgen**, B. No: 2016/3389, 20/11/2019, § 64.

³⁸² **Süleyman Göksel Yerdut**, § 59.

³⁸³ **Salin ve Karşın/Türkiye**, § 80.

İşkence ve kötü muamele iddialarında tıbbi delil elde edilemediği, kamera kaydı da bulunmadığı durumlarda mağdurun ve tanıkların beyanlarının alınmasının önemi karşımıza çıkmaktadır³⁸⁴.

Olay yeri incelemesi ve soruşturmanın devamı sırasında olası tanıkların tespit edilmemiş olması³⁸⁵, görgü tanıklarının ve olayın açıklığa kavuşturulmasında etkisi olabilecek diğer kişilerinin beyanlarının alınmaması³⁸⁶ AİHM'in etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiği yönündeki tespitlerine gerekçe oluşturmaktadır. Potansiyel tanıkların yanı sıra muhtemel şüphelilerin de beyanlarının alınmaması yine soruşturma yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilmektedir³⁸⁷.

Bunun yanı sıra tanık beyanlarının geç alınması beyanların güvenilirliğini zedelemesi yönünden eleştirilen bir diğer hususu oluşturmaktadır³⁸⁸.

AİHM, başvurucunun sağlık muayenesini yapan hekimin tanık olarak beyanına başvurulmamasını maddi olayın ortaya çıkarılmasında önem taşıdığını belirterek eleştirmiştir³⁸⁹. Polislerin olaya ilişkin olarak meslektaşları olan diğer polisler tarafından verdikleri ifadelerin birebir aynı olmasına karşın Savcı tarafından yeniden sorgulanmamaları sonucunda AİHM, “*Cumhuriyet savcısının başvuranın yaralanmasına yol açan gerçek koşulları tespit etme girişiminde bulunmadığı*” sonucuna ulaşmıştır³⁹⁰.

³⁸⁴ Gültekin Yılmaz, s. 113.

³⁸⁵ Tanırıkulu/Türkiye, § 104; Dilek Aslan/Türkiye, § 58; Assenov ve diğerleri/Bulgaristan, § 101-106; Tekdağ/Türkiye, B. No: 27699/95, T. 15/1/2004, § 80.

³⁸⁶ Kaya/Türkiye, § 89-90; Güleç/Türkiye, § 79; Orhan/Türkiye, B. No: 25656/94, T. 18/12/2002, § 341; Nuray Şen/Türkiye (No:2), § 177; Adalı/Türkiye, § 299.

³⁸⁷ Coşar/Türkiye, § 39-40; Sevtap Vezanedaroglu/Türkiye, § 34;

³⁸⁸ Gül/Türkiye, § 86; Abdurrahman Orak/Türkiye, B. No: 31889/96, T. 14/2/2002, § 83; Aktaş/Türkiye, § 306.

³⁸⁹ Kmetty / Macaristan, B. No: 57967/00, T. 16/12/2003, § 40.

³⁹⁰ Rahmi Şahin/Türkiye, § 46-47.

Maddi olayın araştırılmasında adli makamların şüphelilerin/sanıkların ifadelerine aşırı ağırlık verilmesi de tarafsız ve bağımsız bir soruşturma yürütülmediğine işaret ederek maddi olayın ortaya çıkarılmasında etkisiz kalınmasına yol açmaktadır³⁹¹.

Ölüm olayının başlıca şüphelileri olan polis memurlarının olaydan ancak yedi gün sonra sorgulanması, yetkili makamların polis memurlarını korudukları ve polislerin eylemleri nedeniyle hesap vermedikleri görüntüsü oluşturduğu yönünde AİHM tarafından eleştirilmiş ve soruşturmanın özensizliğinin bir göstergesi olarak değerlendirilmiştir³⁹².

Anayasa Mahkemesi de İstanbul Protokolü uyarınca tanıkların tespit edilmesi ve beyanlarının alınmasının zorunlu olduğunu hatırlatmakta³⁹³ ve birçok kararında, olayı aydınlayabilecek nitelikteki tanık ve taraf beyanlarının hiç alınmaması ya da gereği alınmaması nedeniyle ihlal sonucuna varmaktadır³⁹⁴. Faillerin ifadelerinin alınmasında yaşanan gecikmelerin, soruşturmada özenli davranılmadığını göstererek kolluk personelinin adli makamlara dahi hesap vermedikleri izlenimi oluşturduğunu belirtilmektedir³⁹⁵.

Toplantı ve gösteri yürüyüşleri sırasında vücuduna mermi isabet etmesi sonucu felç olan başvurucunun yaşam hakkı kapsamında incelenen başvuruda ilk şüpheli ifadesinin olaydan üç yıl sonra alınmış olması³⁹⁶ ve olayı gören tanık bulunup bulunmadığının araştırılmamış olması³⁹⁷ Anayasa Mahkemesini, yetkili makamların

³⁹¹ Kaya/Türkiye, § 89.

³⁹² Bektaş ve Özalp/Türkiye, § 65.

³⁹³ Tuna Ayçiçek, § 86.

³⁹⁴ Bkz. Tuna Ayçiçek, § 86-99; Yavuz Durmuş ve diğerleri, § 61-62; Serhat Ölgen, § 64.

³⁹⁵ Cembeli Erdem, § 132.

³⁹⁶ Cembeli Erdem, § 131.

³⁹⁷ Cembeli Erdem, § 133.

maddi gerçeği açığa çıkarabilmek amacıyla almaları gereken tedbirleri almadıkları sonucuna ulaştırmıştır³⁹⁸.

Tarafsızlığı şüpheli bulunan tanık beyanlarının tek başına hükme esas alınması ile tarafsızlık değerlendirmeleri arasındaki tutarsızlıklar etkili soruşturma kriterleri yönünden sorun teşkil etmektedir³⁹⁹.

2.4.4. Bilirkişi İncelemesi ve Keşif

Bilirkişi, uzmanlık, teknik ya da özel bilgi gerektiren konuların çözümünde adli süreçte görüşü alınan kişidir⁴⁰⁰. Maddi olaya ilişkin çözümü teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren konularda soruşturma ve kovuşturma aşamasında bilirkişi incelemesi yaptırılabilir⁴⁰¹. Genel olarak bilirkişi incelemesi yaptırmak adli merciin takdirinde olmakla birlikte bilirkişi incelemesi yaptırılması zorunlu kılınmış haller

³⁹⁸ **Cembeli Erdem**, § 135.

³⁹⁹ “Mahkemece akrabalık vb. nedenlerle tarafsız olamayacağı değerlendirilen tanıkların beyanlarının tek başına hükme esas alınamayacağını gösteren bir Yargıtay kararına atfen başvurusunun yanında çalışan tanıkların ifadesine itibar edilmediği açıklanmıştır. Öte yandan şüphelinin mesai arkadaşı üç polis memurunun -hangi gerekçeyle nesnel oldukları ortaya konulmayan- ifadelerine mahkemece itibar edilmiştir. Başvurucunun işyerinde çalışan kişilerin anlatımlarının -hangi mülahazaya dayanıldığı açıklanmadan- tarafsız olamayacağı değerlendirilmişken aynı durumun geçerli olduğu sanığın mesai arkadaşı diğer üç polis memurunun ifadelerine hiçbir açıklama yapılmadan geçerlilik tanınması -kötü muamele eyleminin özel bir amaçla bilerek örtbas edildiği manasına gelmemekle birlikte- maddi gerçeğe ulaşılmasında sınırlayıcı bir etki ve ulaşılan sonucun tutarlılığına gölge düşüren bir unsur olarak değerlendirilmiştir.” **Muhterem Turantaylak**, § 91; “Yargılama sırasında tanık sıfatıyla dinlenen mahkûmların, sanık sıfatıyla yargılanan infaz koruma memurlarının görev yaptıkları Ceza İnfaz Kurumunda bulunmaya devam ettiği, bir tanığın ifade vermemeleri için tehdit edildikleri yönünde açık beyanda bulunduğu anlaşılmaktadır. Ceza İnfaz Kurumunda meydana gelen olayın tanıklarının infaz koruma memurları ile Ceza İnfaz Kurumunda bulunan hükümlü ve tutuklardan ibaret olduğu değerlendirildiğinde hükümlü ve tutukların ifade vermemeleri yönünde tehdit edildikleri iddiasının, yargılamanın etkililiğini yakından etkileyeceği açık olduğundan anılan iddialara yönelik bir incelemenin de yapılmadığı anlaşılmaktadır.” **Süleyman Deveci**, § 125.

⁴⁰⁰ **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 209; **Centel/Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 304.

⁴⁰¹ **Centel/Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 304.

bulunmaktadır⁴⁰². Bilirkişi incelemesi yaptırmanın zorunlu tutulduğu hallerde yaptırılmamış olması eksik inceleme niteliğinde olacağı gibi kanunlarda zorunlu tutulmasa dahi olayın çözümü için gerekli ise bilirkişi incelemesi yaptırılmaksızın kurulacak hüküm eksik inceleme sonucu kurulmuş olacaktır⁴⁰³. Örneğin yaranın ağırlığının ya da yüzde sabit iz kalıp kalmadığının tespit edilmesi amacıyla bilirkişi raporu aldırılmamış olması Yargıtay tarafından eksik inceleme olarak değerlendirilmektedir⁴⁰⁴.

Anayasa Mahkemesi de maddi olayın ortaya çıkarılması için gerekli olduğu halde bilirkişi raporu alınmamasını ihlal kararlarına gerekçe olarak kullanmaktadır⁴⁰⁵.

AİHM, güvenlik güçlerinin karıştığı bir olaya ilişkin olarak biri jandarma biri polis memuru tarafından düzenlenmiş olan iki bilirkişi raporunun teknik bir inceleme içermeksizin öznel sonuçlara dayanması ve mahkeme kararının bu raporlara dayandırıldığını belirterek etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir⁴⁰⁶.

Bilirkişi incelemesinde olduğu gibi delillerin toplanması ve mevcut delillerin maddi gerçeklikle uyumlu olup olmadıklarının tespit edilebilmesi için keşif yapılmasının gerekli olduğu durumda bu yola başvurulmadan muhakemenin sonuçlandırılması halinde

⁴⁰² **Centel/Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 308; **Fatih Birtek**, AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, Adalet Yay., B. 2, Ankara 2017, s. 219; **Ahmet Gökçen/Murat Balcı/Kerim Çakır/Mehmet Emin Alşahin**, Ceza Muhakemesi Hukuku – I, Adalet Yay., B. 2., Ankara 2017, s. 383-385; Ayrıca bilirkişiye başvurma mecburiyeti bulunan haller için bkz. **Centel/Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 319 vd; **Yenidünya/İçer**, s. 647 vd.

⁴⁰³ **Birtek**, s. 221; **Centel/Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 308.

⁴⁰⁴ Yargıtay 2. C. D., 5/5/1999; E. 1999/1931, K. 1999/5828; Yargıtay CGK, 13/5/2014, E. 2014/3-1, K. 2014/256.

⁴⁰⁵ **Süleyman Göksel Yerdut**, § 58.

⁴⁰⁶ **Gül/Türkiye**, § 93-94.

maddi gerçekliğin ortaya çıkarılabildiğinden bahsedilemeyecektir⁴⁰⁷. Keşif yapılması gereken durumlarda bunun gecikmeksizin yapılması, deliller kaybolmadan veya bozulmadan delillere ulaşılması açısından önemlidir.

Anayasa Mahkemesi, olay yerindeki maddi delillerin konumlarının, merminin izlediği yol ile ateşlendiği silahın pozisyonunun ve mağdurun yere düştüğü yerin konumunun polis memurlarının ifadeleri ile uyuşup uyuşmadığının tespit edilmesi ve genel olarak olayın gerçekleşme koşullarının belirlenmesi bakımından keşif işleminin oldukça önem arz ettiğini vurgulamaktadır⁴⁰⁸. Toplantı ve gösteri yürüyüşleri sırasında vücuduna mermi isabet etmesi sonucu felç olan başvurucunun yaşam hakkı kapsamında incelenen başvuruda olay yerinde keşif yapılmamış olması ihlal gerekçelerinden biri olarak yerini almıştır⁴⁰⁹.

Ceset üzerinde otopsi ve bulunan kovan ile ateşli silahlar üzerinde balistik incelemesi yapılmamış olması nedeniyle öldürücü atış yapan kişinin tespit edilememiş olması da AİHM’i etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaştırmıştır⁴¹⁰. Meydana gelen ölüm olaylarının araştırılmasında, olay yeri krokisinin alınmaması⁴¹¹, parmak izi araştırması yapılmaması⁴¹² gibi eksiklikler soruşturmaların yeterli şekilde yapılmadığının göstergeleri olarak kabul edilmektedir.

2.4.5. Faillerin Tespiti

Cezasızlığa yol açan sebeplerden biri de olayın faili ya da faillerinin tespit edilememesi bu nedenle cezai müeyyide ile karşılaşmamasıdır. Failin tespit

⁴⁰⁷ Birtek, s. 245.

⁴⁰⁸ Cembeli Erdem, § 126; Serhat Ölgen, § 64.

⁴⁰⁹ Cembeli Erdem, § 126

⁴¹⁰ Oğur/ Türkiye, § 89-90.

⁴¹¹ Perk ve Diğerleri/Türkiye, § 80.

⁴¹² Gül/Türkiye, § 89; Kaya/Türkiye, § 89.

edilememesine yol açan birçok unsur vardır. Toplumsal olaylara müdahale sırasında kuvvet kullanan kolluk görevlisinin kimliğinin tespit edilememesi⁴¹³, soruşturma izni prosedürü işletilen bir olayda idarece sorumlu kamu görevlileri tespit edilmeksizin soruşturma izni verilmemesi sonucu dosyanın kapanması durumları failin tespit edilmediği durumlara örnek olarak gösterilebilir.

Yürütülecek soruşturma sonucunda iddianame düzenlenmesinin koşullarından biri failin belli olmasıdır⁴¹⁴. Soruşturma aşamasında failin tespit edilememesi halinde kamu davası açılması mümkün olmamakta ve dosya kovuşturmaya yer olmadığı kararıyla sonuçlanmıyorsa failin aranmasına devam edildiği izlenimi veren ancak soruşturma işlemlerinin askıya alınması anlamına sonucu doğuran daimî arama kararı verilmektedir. Bu aşamadan sonra yürütülen soruşturmanın etkili olacağını söylemek mümkün görünmemektedir.

Ayrıca *“faili açık olmayan ve şüpheli bir şekilde gerçekleşen ölümlere ilişkin soruşturmaların, olayın tam olarak nasıl gerçekleştiğini ortaya koyacak şekilde yürütülmesi yerine, sadece bu olaya belirli bir kişinin karıştığı veya hiçbir şekilde bu kişinin karışmasının söz konusu olmadığını ortaya koyacak şekilde yürütülmesi, usul yükümlülüğünü karşılamak açısından yeterli değildir.”*⁴¹⁵.

Cumhuriyet savcısı tarafından kolluk görevlilerine olay yerinde maddi delil incelemesi yapmaları talimatı verilmesine karşın bu yönde bir işlem yapılmaması, maddi delillerin koruma altına alınmaması, eylemlerde görev alan kolluk görevlilerinin kimlikleri tespit edilmemesi, kolluk görevlilerince gerçekleştirilen müdahalede hangi zor kullanma araçlarının kullanıldığının araştırılmaması, yaralanmanın nedeni ve türünün

⁴¹³ Sevdiren, s. 113.

⁴¹⁴ Özbek vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 483.

⁴¹⁵ Turan Uytun ve Kevzer Uytun, § 89.

tespit edilmemesi soruşturmanın etkili yürütülmediği kararına Anayasa Mahkemesinin götüren sebepler arasındadır⁴¹⁶.

Başvurana kötü muamele yapan polislerin tespit edilmesi yönünde hiçbir adım atılmaması etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlali niteliğindedir⁴¹⁷.

AİHM, polis memurlarının toplumsal olaya müdahale sırasında yüzlerinin gözükmesine izin vermeyecek şekilde başlık takıyor olmaları nedeniyle ölüme sebebiyet veren gaz fişeginin kim tarafından atıldığına tespit edilememesini başlı başına ihlal sebebi olarak değerlendirmiştir⁴¹⁸.

2.5. Delillerin Değerlendirilmesi

Soruşturma ve kovuşturma aşamalarının amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır⁴¹⁹. Maddi gerçek ise yargılamaya konu olayın ne şekilde gerçekleştiğinin deliller ile ortaya çıkarılmış hali olarak ifade edilmektedir⁴²⁰. Ceza soruşturması ve kovuşturmasının amacı, geçmişte meydana geldiği ileri sürülen bir olayın gerçekten yaşanıp yaşanmadığı, olay gerçekten meydana geldiyse ne şekilde ve kim tarafından meydana getirildiği hususlarını tespit etmek, eylemin suç olup olmadığını belirlemek, nitelendirme yapmak ve öngörülecek cezayı belirlemektir⁴²¹. Bu amacın ilk bölümü yani iddia edilen olayın yaşanıp yaşanmadığı ile yaşanma şeklinin tespit edilmesi, delillerin toplanması ve toplanan delillerin bir araya getirilerek bir sonuca varılmasıyla gerçekleştirilir⁴²².

⁴¹⁶ Hüseyin Caruş, § 71-80.

⁴¹⁷ Coşar / Türkiye, § 39.

⁴¹⁸ Ataykaya/Türkiye, § 50-54; aynı yönde bkz. Özalp Ulusoy/Türkiye, B. No: 9049/06, T. 4/6/2013, §54.

⁴¹⁹ Toroslu/Feyzioğlu, s. 7.

⁴²⁰ Metin Köse, Ceza Kovuşturmasında Delillerin Ortaya Konulması ve Değerlendirilmesi, Seçkin Yay., Ankara 2017, s. 15.

⁴²¹ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 795.

⁴²² Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 795.

Yukarıda açıklandığı üzere, ceza soruşturması ve kovuşturması sürecinde, iddia edilen olayın yaşanıp yaşanmadığı ile yaşanma şeklini ortaya koyabilecek tüm delillere ulaşma konusunda tüm çabanın gösterilmesi bir zorunluluktur⁴²³. Bir suç isnadına ilişkin adli süreci sona erdirmek iradesiyle verilen karar öncesinde maddi olayı ortaya çıkarabilecek tüm delillerin toplanması beklenmektedir⁴²⁴. Toplanan deliller ışığında yeterli şüphe bulunması ve kovuşturma engeli bulunmaması halinde kamu davası açılması Cumhuriyet savcısı yönünden bir zorunluluktur⁴²⁵.

Soruşturma evresi sonunda Cumhuriyet savcısı tarafından iki farklı hukuki durumun sonucu olarak “*kovuşturmaya yer olmadığına dair karar*” verilmektedir⁴²⁶. Bunlardan ilki, yeterli delile ulaşılamaması halidir. İkincisi ise kovuşturma olanağının bulunmadığı ya da ortadan kalktığı hallerdir. Kovuşturma olanağının bulunmadığı hallere örnek olarak ise şüphelinin ölümü, af, zamanaşımı, soruşturma izni verilmemesi halleri verilebilir.

Delil yokluğu nedeniyle kovuşturmaya yer olmadığı kararı ancak etkili bir soruşturma yapılmasına karşın isnat edilen suçun şüpheli tarafından işlendiğine dair yeterli delil elde edilememesi halinde verilebilecektir⁴²⁷. Yeterli araştırma ve inceleme yapılmaksızın delil bulunamadığından bahisle takipsizlik kararı verilmesi eksik soruşturma sonucu doğuracak ve soruşturmanın etkili şekilde yürütülmesi yükümlülüğünü ihlal edecektir.

⁴²³ **Centel/Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 796; **Cengiz Topel Çiftçiöğlu**, Açıklamalı Uygulama Örnekleriyle Savcılık Kurumunun Hukuki Statüsü Bağlamında Cumhuriyet Savcısının Kovuşturmaya yer olmadığına Dair Kararı ve Kararın Denetimi, Seçkin Yay., B. 3., Ankara 2017, s. 107.

⁴²⁴ **Ünver/Hakeri**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 99-100.

⁴²⁵ **Çiftçiöğlu**, s. 107; **Centel/Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 507.

⁴²⁶ **Centel/Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 549.

⁴²⁷ **Cumhur Şahin**, Ceza Muhakemesi Hukuku – I, Seçkin Yay., B: 9., Ankara 2018, s. 114.

Soruşturma evresi sonunda Cumhuriyet savcısı tarafından verilecek bir diğer karar türü iddianame düzenlenmesidir. Böylece kovuşturma aşamasına geçilmektedir. Kovuşturma aşaması, maddi gerçeğin öğrenilebilmesi için gerekli olan delillerden bir sonuç çıkarılarak ceza hukuku kuralları karşısındaki yerinin tespit edildiği aşamadır⁴²⁸.

Kovuşturma aşamasında maddi gerçeğin gerektiği gibi ortaya konulamaması, varılan sonucun gerekçesiz ya da delillerle uyumsuz olması ya da varılan sonucun caydırıcı ve giderim sağlayıcı olmaması neticesinde cezasızlık sonucu doğacaktır.

Delilleri toplama zorunluluğu ile delilleri takdir yetkisi birbirine karıştırılmamalıdır. Hâkim muhakemeyi yürütürken soruşturma aşamasında toplanmamış tüm delilleri toplamak ve tüm delilleri tartışmakla yükümlüdür. Toplanmış ve tartışılmış delillerden hangilerinin hükme esas alınacağı ise hâkimin takdirindedir⁴²⁹. Ancak bu takdir kullanılırken hangi delile üstünlük tanındığının gerekçeleriyle birlikte açıklanması, ulaşılan sonucun delillerle ve kendi içinde tutarlı olması gerekmektedir⁴³⁰. Delilleri değerlendirme ve takdir yetkisi sınırsız bir yetki değildir. Her ne kadar delillerin hâkimi bağlayıcı nitelikleri bulunmasa da bilimsel delillerin, -yanılma olduğunun düşünülmesi ihtimalinde tekrarlanabilecek olmakla birlikte- hâkimi bağlayıcı nitelikte olduğu düşünülmektedir⁴³¹.

Anayasa Mahkemesi, “çok açık durumlar ayrık olmak üzere bireysel başvuru incelemesinin amacını aşacak şekilde delillerin değerlendirilmesinde hata olduğu yönünde bir tespit yapılmasının Anayasa Mahkemesinin görevi olmadığı” hususunu

⁴²⁸ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 732.

⁴²⁹ Yener Ünver, “Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız”, Ceza Hukuku Dergisi, S. 2006, C.1, s. 106; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 796.

⁴³⁰ Birtok, s. 262.

⁴³¹ Yenisey/Nuhoğlu, s. 491-492; bilimsel delillerin bağlayıcılığı olmamakla birlikte reddedilmelerinin güçlüğü yönünde ki görüş için ise bkz. Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 797.

açıkça ortaya koymuştur⁴³². Ancak, adli makamların yorumlarının ve vardıkları sonuçların delillerle açıkça çelişmesi halinde etkili soruşturma yükümlülüğü kapsamında Anayasa Mahkemesinin görev alanı başlamaktadır.

Anayasa Mahkemesi, delillerin yorumlanmasının önemini şöyle açıklamaktadır⁴³³:

“Delillerin yorumlanmasındaki bazı başarısızlıklar, aslında bunların kavranması ve bağdaştırılmasındaki yanlışlıkların bir ürünüdür. Yukarıdaki açıklamaların aksine katı bir denetime tabi tutulma neticesinde ortaya çıkan bu süreçteki belirgin olmayan bazı yorum farklılıkları üzerinden ihlal kararları verilmesi, uygun araçların kullanılması yükümlülüğünü sonuç yükümlülüğüne dönüştürme riskini de beraberinde getirir. Ne var ki aynı tanık beyanları ve aynı adli rapordaki tespitlerin anlamlandırılmasında mahkemenin ve tarafların izlediği yönteme bağlı olarak farklı sonuçlara varılması mümkün olsa da bunlar objektif bulgulardaki içerikle açıkça çelişmemelidir.”

Mahkeme, *Emrah Kaplan* başvurusunda ise kötü muamele iddialarına ilişkin toplanan delillerin bir bütün olarak değerlendirilmesinin önemini vurgulamış, tıbbi bir öyküsü bulunan başvurucunun sözlü delillerle kanıtlanamayan iddialarının ispat gücü kuvvetli olan adli raporlara bağlı bilirkişi mütalaalarıyla daha net bir şekilde aydınlatılabileceği, bu kanıtların birbiriyle ve başvurucunun iddialarıyla tutarlılığının iddiaların değerlendirilmesinde dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.⁴³⁴

⁴³² Bayram Tuğrul Yıldırım ve Hasan Yıldırım, B. No: 2014/5280, 24/5/2018, § 116.

⁴³³ Muhterem Turantaylak, B. No: 2014/15253, 9/5/2018, § 88.

⁴³⁴ Emrah Kaplan, B. No: 2014/11469, 30/10/2018, § 60.

Z.C. başvurusunda ise Mahkeme, suç tarihi ile şikâyet süresinin tespitindeki yanlışlığa vurgu yapmıştır⁴³⁵. Üçüncü kişi tarafından işlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu isnadı yönünden yürütülen soruşturmanın inceleme altına alındığı Z.C. başvurusuna konu olayda, “eylemlerin gerçekleştiği iddia edilen tarihte on altı yaşında olan ve yirmi dört yaşındaki şüpheli A.L. ile önceden bir süre arkadaşlık yapan başvuru, şüphelinin baskı, tehdit ve zorlaması üzerine okuldan ve çalıştığı işyerinden ayrıldığını, imam nikâhı kıydırdıklarını, anneannesi hastanede yattığı sırada ona refakat eden annesi B.C. 'yi tehdit ettiğini, düğün yaparak birlikte yaşamaya başladıklarını, düğünden bir gün sonra cinsel ilişkiye girdiklerini, birlikte yaşadıkları süre boyunca toplam beş altı kez cinsel ilişkinin meydana geldiğini, şüphelinin farklı tarihlerde tehdit, hakaret yaralama eylemlerini gerçekleştirdiğini” iddia etmiştir⁴³⁶.

Başvuruya konu olayda, “başvurucunun ailesinin evliliğe rıza gösterdiği şeklindeki beyanları, düğün fotoğrafları, düğün davetiyesi, şüphelinin başvuru kendisini aldattıktan sonra ailesinin yanına göndermesinden dolayı hakkında şikâyetçi oldukları yönündeki savunmaları ve başvuru şüpheliye gönderdiği mesaj içerikleri gerekçe gösterilerek cinsel ilişkinin rızayla gerçekleştiği kabul edilmiş, bir yıldan fazla bir süre sonra şikâyet edildiği gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığına dair karar

⁴³⁵Reşit olmayanla cinsel ilişki kapsamında değerlendirilen ve zincirleme şekilde gerçekleştirildiği ileri sürülen eylemlerde suç tarihi ve altı aylık şikâyet süresi yanlış değerlendirilmiştir. Olayda zincirleme suç hükümlerinin mevcut olduğu tespit edilmiş, buna göre şikâyet tarihinin son cinsel ilişkinin meydana geldiği tarih olduğu ve başvuru fail ile birlikte yaşadıkları süreçte beş altı kez cinsel ilişkiye girdiklerini ileri sürdüğü ifade edilmiştir. Ancak soruşturmada suç tarihinin tespiti için herhangi bir girişimde bulunulmadığı, hayatın olağan akışına aykırı bir şekilde sadece düğün tarihinde eylemin rızayla gerçekleştiğinin kabul edildiği vurgulanmıştır. Bu tarihten sonraki eylemlerin de rızayla gerçekleştiği varsayılarak şikâyetin süresinde yapılmadığına karar verilmesinin, soruşturma makamlarının işkence ve kötü muamele iddialarını ciddiyle öğrenme çabası içinde olmadığı ve temelden yoksun sonuçlara varıldığı izleniminin uyandırdığı ifade edilmiştir. Z.C., § 72, 103.

⁴³⁶ Z.C. , § 94.

verilmiştir”⁴³⁷. “Cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu yönünden başvurucunun rızası bulunduğu için suçun unsurlarının oluşmadığı, tehdit ve hakaret suçları bakımından ise müştekinin soyut iddiasından başka kamu davası açmaya yeterli delil bulunmadığı gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiştir. Kararda kasten yaralama iddialarına ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır”⁴³⁸.

Anayasa Mahkemesince, yapılan soruşturmada “başvurucunun annesi ve anneannesinin yanında gerçekleştiği ileri sürülen tehdit iddialarına ilişkin ifadelerinin alınmadığı”, “eylemin zincirleme şekilde gerçekleştiğinin ileri sürülmesine karşın başvurucudan ve şüpheliden cinsel ilişkinin en son hangi tarihte gerçekleştiğinin sorulmadığı” tespit edilmiştir⁴³⁹. Ayrıca cinsel ilişki eyleminin zorla gerçekleştirildiği iddialarının değerlendirilmediği de tespit edilen bir diğer eksiklik⁴⁴⁰.

Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararda, üçüncü kişilerce başvurucuya gönderilen mesajların başvuru tarafından gönderildiği yanlışlığına düşülmesi Anayasa Mahkemesince delillerin toplanmasında ve değerlendirilmesi sırasında hassas davranılmadığı şeklinde yorumlanmıştır⁴⁴¹.

AİHM yalnızca delillerin eksik ya da yetersiz toplanmasının değil delillerin yanlış değerlendirilmesinin de faillerin uygun cezalar ile cezalandırılması önünde bir engel oluşturabileceğini ve cezasızlık sonucunu doğurabileceğini ifade etmektedir⁴⁴².

⁴³⁷ Z.C. , § 96.

⁴³⁸ Z.C. , § 97.

⁴³⁹ Z.C., § 101.

⁴⁴⁰ Z.C., § 102.

⁴⁴¹ Z.C., § 102.

⁴⁴² Okkalı/Türkiye, § 71-72.

2.6. Nitelendirme

Genel Olarak;

Cezasızlık görünümlerinden biri olarak suçların nitelendirilmesi sorunu karşımıza çıkmaktadır. Suçların nitelendirilmesi sorunu, bir eylemin kanunda öngörülen suç tipi olarak değil de daha az ceza gerektiren yani daha hafif denilebilecek bir suç tanımıyla nitelendirilmesidir. Bunun sonucu olarak hem suç için öngörülen ceza miktarı azalmakta hem de soruşturma iznine tabi olmayan bir suç soruşturma iznine tabi kılınabilmektedir⁴⁴³. Daha hafif suçtan niteleme aynı zamanda, seçenek cezalara çevirmelerin mümkün hale gelmesine ve zamanaşımı sürelerinin kısılmasına yol açmaktadır⁴⁴⁴. Zamanaşımı süresinin tespiti yönünden belirleyici olan iddianamedeki suç nitelemesidir⁴⁴⁵.

Yaşam hakkına kıyasen işkence ve kötü muamele yasağının ihlaline tekabül eden suç tipleri çok farklı olabilmektedir. Türk Ceza Kanunu'nda tanımlanan “*işkence*” ve “*eziyet*” suçlarının yanı sıra “*kasten yaralama*”, “*zor kullanma sınırının aşılması*” ve “*cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar*” anayasal anlamda kötü muamele teşkil edeceği gibi ihlalin başka bir suç tipiyle gerçekleşmesi de mümkündür. Bunun yanı sıra kolluk görevlilerinin işledikleri kötü muamele suçları hakkında “*görevi kötüye kullanma*” suçu isnadı gerçekleştirilebilmektedir. Suç tipleri ve tanımlarına ilişkin tahdidi bir sayım yapmak mümkün değildir. Kişinin vücut bütünlüğü üzerinde sonuç doğuran suç tiplerinin yanı sıra hakaret ve tehdit gibi suçlar da kötü muamele yasağı kapsamında inceleme konusu olabilmektedir. Hatta istisnai olarak mal varlığına yönelik suçların da kötü

⁴⁴³ Atılğan/Işık, s. 21.

⁴⁴⁴ Üçpınar/Koç, s. 31.

⁴⁴⁵ Ahmet Taşkın/İbrahim Zengin, Ceza Hukuku El Kitabı, Seçkin Yay. Ankara 2004, s.145. Ayrıca bkz. Necati Meran “Ceza Hukukunda Dava Zamanaşımı” Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2015, C. 10, S. 112, s. 68-69.

muamele teşkil edebileceği görülmektedir⁴⁴⁶. Sonuç olarak, anayasal anlamda kötü muamele olarak etki doğuran suçların ceza kanunlarında birçok karşılığı olabilmektedir. Suçların doğru nitelendirilmesi, ceza miktarları, zamanaşımı süreleri, izin prosedürü gibi yukarıda açıklanan sebeplerle cezasızlığın önüne geçilmesi yönünden kritik önem taşımaktadır.

Suçun nasıl nitelendirildiği bir cezasızlık sonucu değil fakat bir cezasızlık aracı olarak karşımıza çıkabilmektedir. Başka bir ifade ile eğer nihai olarak uygun ve caydırıcı bir yaptırıma hükmedildiyse yalnızca yapılan suç nitelendirmesinin yanlış olduğundan bahisle cezasızlık doğduğundan söz edilmeyecektir. Tam tersinden, uygun nitelendirme yapılmış ancak farklı sebeplerle uygun ve caydırıcı bir yaptırıma hükmedilmemiş ise cezasızlık sonucu doğmasına engel olunamamış demektir.

Anayasal anlamda denetim yapan Anayasa Mahkemesi de suç nitelendirmeleriyle doğrudan ilgilenmemektedir. Cezasızlık sonucu doğurmadığı sürece Anayasa Mahkemesi, adli makamların yaptığı suç nitelendirmelerinin doğru olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapmamaktadır. Anayasa Mahkemesince yapılan, failin fiiliyle orantılı ceza alıp almadığının denetlenmesidir. Benzer şekilde AİHM de suç teşkil eden eylemlere karşılık yaptırımların belirlenmesinin her ülkenin kendi mahkemelerinin yetkisinde olduğunu vurgulamakta ancak eylem ile yaptırımın birbiriyle açıkça uyumsuz olması halinde müdahalenin mümkün olduğunu belirtmektedir⁴⁴⁷.

Eylem ile verilen cezaların orantısızlığına büyük oranda eylemlerin nitelendirilme biçimleri sebebiyet vermektedir.

⁴⁴⁶ Ayder ve Diğerleri/Türkiye, B. No: 23656/94, 8/1/2004, § 110.

⁴⁴⁷ Nikolova ve Velichkova/Bulgaristan, § 62; Ali ve Ayşe Duran/Türkiye, § 66.

Toplumsal olaylara müdahale edildiği söylenen bir sırada bir çocuğun arkasından yaklaşarak gaz tüfeğinin dipçığı ile başına vuran ve yere yığılan çocuğa vurmaya devam ederek hayati tehlike geçirecek şekilde yaralanmasına sebebiyet veren polis memurunun eyleminin yargılamayı yapan derece mahkemesince güç kullanma yetkisinin sınırının kasıt olmaksızın aşılması olarak nitelendirilmesi Anayasa Mahkemesince eleştirilmiş⁴⁴⁸, olayda güç kullanmayı mutlak şekilde zorunlu kılan bir durumun söz konusu olmadığı tespit edilmiştir⁴⁴⁹. Anayasa Mahkemesince, zor kullanmayı gerektiren bir durum olsaydı dahi polis memurunun kullandığı kuvvetin açıkça orantısız olduğu sabittir⁴⁵⁰.

Anayasa Mahkemesi bu noktada kamu güvenliğinin idamesi ve hukuka aykırı davranışlara taviz verildiği görünümünün verilmesinin engellenmesi için yaşama yönelik ağır saldırıların cezasız kalmaması gerektiğini belirtmiş⁴⁵¹ Anayasa Mahkemesinin bu yönde anayasal denetim yapma görevinin bulunduğu hatırlatmıştır⁴⁵².

Nitelendirme sorununa ilişkin AIHM’in tespitleri de benzer yöndedir. *Öneryıldız/Türkiye [BD]* kararında, 39 kişinin hayatını kaybetmesiyle sonuçlanan olayda “yaşam hakkının korunmasıyla hiçbir ilişkisi olmayan görevi ihmal” suçundan hüküm kurulması sonucu yetkililer hakkında komik para cezaları verilmesi ve bu para cezalarının dahi ertelenmesinin ceza kanununun caydırıcı işlevini ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır⁴⁵³.

Anayasa Mahkemesinin kötü muamele yasağına ilişkin dosyaların incelenmesinde kullandığı birtakım nitelendirmeler söz konusu olmakla birlikte bu nitelendirmeler Anayasaya dayanmakta ve ceza kanunlarında düzenlenen belli suç

⁴⁴⁸ Seyfullah Turan ve diğerleri, § 155.

⁴⁴⁹ Seyfullah Turan ve diğerleri, § 159.

⁴⁵⁰ Seyfullah Turan ve diğerleri, § 157.

⁴⁵¹ Filiz Aka, B. No: 2013/8365, 10/6/2015, § 32; Seyfullah Turan ve diğerleri, § 160.

⁴⁵² Seyfullah Turan ve diğerleri, § 161.

⁴⁵³ Öneryıldız/Türkiye [BD], § 116-117.

tiplerine karşılık gelmemektedirler. Anayasa Mahkemesinin işkence ve diğer kötü muamele türleri arasında yaptığı nitelendirme yasağın maddi boyutuna ilişkin olup Mahkeme şayet devletin negatif yükümlülüğünü ihlal ettiğini tespit ederse, gerçekleştirilen eylemin kötü muamele türlerinden hangisine girdiğini ceza hukuku tanımlamaları ve nitelendirmelerine bağlı kalmaksızın bir nitelendirmeye tabi tutmaktadır. Bu nitelendirme yine ceza hukuku anlamında bir suç türüne işaret etmeyip ihlalin ağırlığının tespit edilmesi ve tazminat miktarının belirlenmesinde etkili olmaktadır.

Bizim işaret ettiğimiz nitelendirme sorunu ise, gerçekleştirilen eylem hakkında adli makamlar tarafından hangi suç tipinin uygulandığı konusuna ilişkindir. Suçun nitelendirilmesinin soruşturma mercileri ve ilk derece mahkemeleri tarafından doğru yapılmaması faillerin uygun bir ceza ile cezalandırmasına engel olabilmektedir⁴⁵⁴. Nitelendirme sorunu yönünden temel teşkil eden bazı suç tipleri ve kavramlar aşağıda açıklanmaktadır. Fakat öncesinde Anayasa Mahkemesinin kullandığı nitelendirmeye yer verilecek böylece ceza hukuku kavramlarıyla karışmasının önüne geçilmeye çalışılacaktır.

2.6.1. Anayasal Nitelendirme – “İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”

Anayasa işkence ve kötü muamele yasağını 17. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmektedir:

“Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.”

⁴⁵⁴ Gültekin Yılmaz, s. 102.

Sözleşme'nin üçüncü maddesi ise şu şekildedir:

“Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.”

Her iki metinde de kötü muamele türleri mağdurlar üzerindeki etkisi dikkate alınarak sınıflandırmaya tabi tutulmuştur. Kötü muamele türleri arasında bir yoğunluk farkı bulunmaktadır⁴⁵⁵. İşkence terimi her iki metinde de ortak olmakla birlikte diğer kötü muamele türleri Anayasamızda “eziyet ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza veya muamele”, Sözleşmede ise “insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele” olarak düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi, Sözleşmedeki “insanlık dışı muamele” kavramının Anayasa'daki karşılığını “eziyet”, “aşağılayıcı muamele” kavramının karşılığını ise “insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele” olarak tespit etmiştir⁴⁵⁶.

Anayasa Mahkemesi kötü muamele sayılan fiilleri, kişi üzerindeki etkisini gözeterek derecelendirdiğini ve bu kavramlar arasında nitelik değil bir yoğunluk farkının bulunduğunu belirtmektedir⁴⁵⁷. AHİM de işkenceyi diğer kötü muamele teşkil eden diğer eylemlerden ayıran ana unsurun yoğunluk farkı olduğunu belirtmektedir⁴⁵⁸. Yeterince ağır olması koşuluyla zihinsel acıya yol açılması da işkence teşkil edebilmektedir⁴⁵⁹.

Esasında Anayasa ve buna bağlı olarak Anayasa Mahkemesi, işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin uluslararası hukukla paralel bir sınıflandırma kullanmaktadır. Uluslararası organlar da kötü muamele türleri arasında bir ayırım yapabilmek için her

⁴⁵⁵ Cezmi Demir ve diğerleri, § 84.

⁴⁵⁶ Cezmi Demir ve diğerleri, § 88; Tahir Canan, § 22.

⁴⁵⁷ Cezmi Demir ve diğerleri, § 84.

⁴⁵⁸ Selmouni/Fransa, B. No: 25803/94, T. 28/7/1999, § 96; İrlanda/Birleşik Krallık, B. No: 5310/71, T. 18/1/1978, § 167; Egmez/Kıbrıs, B. No: 30873/96, T. 21/12/2000, § 77; Aksoy/Türkiye, § 62-63.

⁴⁵⁹ Tyrer/Birleşik Krallık, B. No:5856/72, T. 25/4/1978; Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık, B. No: 7511/76, 7743/76, T. 25/2/1982.

somut olayın özel koşullarını değerlendirmekte buna göre karar vermektedirler⁴⁶⁰. Fakat aralarında yoğunluk farkının bulunduğu belirtilen bu üçlü ayrımın birbirinden keskin çizgilerle ayrılması bu organlar tarafından da pek mümkün olmamaktadır⁴⁶¹. Yoğunluk unsurunun yanı sıra, işkence “*bilgi almak, cezalandırmak ya da yıldırım amacıyla kasten keskin ağrı veya acı vermek*” olarak ifade edilen kasıtlı ilgili bir unsuru da ihtiva etmektedir⁴⁶². Burada önemli olan kötü muamelenin her üç biçiminin de yasaklanmış olduğunun gözden kaçırılmamasıdır⁴⁶³.

Anayasa Mahkemesi, anayasal nitelikte kullanılan “*işkence*”, “*eziyet*” ve “*insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele*” kavramlarının, Ceza Kanunu’nda yer alan “*işkence*”, “*eziyet*” ve “*hakaret*” suçlarından farklı olduğunu, bu kavramların birebir örtüşmesinin söz konusu olmadığını vurgulamaktadır⁴⁶⁴.

Anayasa Mahkemesi, ceza hukukundaki kavramlarla bağlı olmadığını ve kullandığı kavramların ceza kanunundakilerden farklı olduğunu belirtirken Anayasa’da düzenlenen üç tür kötü muamele yasağının karşılığına ilişkin ceza kanununda kesin karşılıklar aranmasının daraltıcı bir etki doğuracağını bilincindedir. Anayasa metninde düzenlenenlerden işkence dışındakilerin ceza kanununda tek bir karşılığı bulunmamaktadır. Bu kavramlar ancak birer torba kavram olarak kullanılabilir ve bu torba kavramlara karşılık gelen suçların tek tek sayılmasının daraltıcı olacağı açıktır. Her suç tipinin uygulanış şekli gereği Anayasanın 17. maddesini ihlal etmesi mümkün olduğu

⁴⁶⁰ **Camilla Giffard**, İşkencenin Rapor Edilmesi El Kitabı (Çev. Orhan Kemal Cengiz), Essex Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi, İzmir 2001, s. 45.

⁴⁶¹ **İlhan Üzülmaz**, Türk Hukukunda İşkence Suçu, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 97.

⁴⁶² **Akkoç/Türkiye**, § 115; **Salman/Türkiye**, § 114; **İlhan/Türkiye [BD]**, § 85; **El-Masri / Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti [BD]**, § 197.

⁴⁶³ **Giffard**, s. 46.

⁴⁶⁴ **Cezmi Demir ve diğerleri**, § 84, eleştirel bir yaklaşım için bkz. **Altıparmak**, “*Anayasa Mahkemesinin Zor Sorusu: İşkence ve Kötü Muamele, Ama Hangisi?*”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 31, S. 1. (*Ama Hangisi*), s. 147.

gibi gerçekleştirilen bir eylemin ceza kanununda karşılık bulamaması da Anayasa'nın ihlal edilmesinin önünde engel teşkil etmeyecektir.

2.6.1.1. İşkence – Yoğunluk ve Amaç Unsuru –

Anayasa Mahkemesince, kişinin maddi, manevi varlığı ve bütünlüğüne en fazla zarar veren muameleler *işkence* olarak nitelendirilmektedir⁴⁶⁵. İşkence suçu yönünden Anayasa'da failin kamu görevlisi olması gerekliliği gibi bir ayrım bulunmadığından ceza kanunda düzenlenen işkence suçundan daha geniş bir kavrama işaret ettiği söylenebilecektir.

Anayasa Mahkemesine göre işkence kavramı Anayasa'da, “*çok ağır ve zalimane acılara neden olan kasti insanlık dışı muamelelerdeki özel duruma işaret etmek ve kötü muamele türleri arasında bir derecelendirme getirmek*” amacıyla kullanılmaktadır⁴⁶⁶.

Anayasa Mahkemesi işkence nitelendirmesi yaparken hem amaç hem de yoğunluk unsurunu dikkate almaktadır⁴⁶⁷.

Amaç unsuru, özellikle bireylerin özgürlüklerinden yoksun bırakıldıkları durumlarda öne çıkabilir ancak bununla sınırlı değildir. Anayasa Mahkemesi amaç

⁴⁶⁵ Tahir Canan, § 22.

⁴⁶⁶ Cezmi Demir ve diğerleri, § 84.

⁴⁶⁷ “...insan onuru ile bağdaşmayan, bedensel veya ruhsal yönden acı çektiren, algılama veya irade yeteneklerini etkileyen, aşağılanmaya yol açan nitelikteki muamelelerin; başvuruculardan bilgi almak, isnat edilen suçları kabul ettirmek, onları cezalandırmak ya da yıldırım amacıyla yapıldığı ve üç gün boyunca birbirlerine eklenmiş yöntemlerle, belli bir kasıt altında şiddetli fiziksel ağrı ya da ruhsal acı verilmek suretiyle gerçekleştiği belirlenmiştir. Buna göre, birisi çocuk yaştaki olan başvurularda kasti olarak uygulanan muamelelerin amacı, süresi, fiziksel ve ruhsal etkisi de dikkate alındığında ve söz konusu fiillerin boyutu ve bu muamelelerin ilgili kişilere itirafta bulunmaları veya kendilerine yöneltilen olaylar hakkında bilgi vermeleri amacıyla görevlerini yapan devlet görevlileri tarafından bilinçli olarak yapıldığı göz önünde bulundurulduğunda ve ayrıca bu muamelelerin, başvurulardan vücut bütünlüğünde oluşturduğu etkileri de dikkate alındığında, işkence olarak nitelendirilmesi mümkün görülmüştür.” Cezmi Demir ve diğerleri, § 105.

unsurunun, işkenceyi diğer kötü muamele türlerinden ayıran ölçütler arasında en önemlisi olduğunu kabul etmektedir⁴⁶⁸. Etkili soruşturma yükümlülüğü gereğince “*işkence*” diğer kötü muamele türlerinden ayırt edilmeli ve en ağır boyutta cezalandırılmalıdır⁴⁶⁹.

Ancak Anayasa Mahkemesi tarafından işkence nitelendirmesi için kullanılan tek belirleyici özellik amaç unsuru değildir. İşkence ve diğer kötü muamele türlerinin birbirinden ayrılmasında dikkate alınan hususlardan biri de eylemin yoğunluğudur⁴⁷⁰. AİHM de hem acının yoğunluğu hem de eylemlerin itiraf elde etmek, cezalandırmak veya göz korkutmak amacıyla gerçekleştirilmesi ölçütlerini birlikte kullanmaktadır⁴⁷¹.

Anayasa’da ve Sözleşme ’de, işkence nitelendirmesi yapılabilmesi için amaç unsurunun gerekliliği konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşme’nin 1. maddesinde ise “*işkence*” fiilinin özellikle “*bilgi almak, itiraf elde etmek, cezalandırmak veya yıldırımak*” amacıyla gerçekleştirildiği hususu belirtilmekte ise de sınırlayıcı bir unsur olarak sayılmamaktadır.

İşkence fiillerinin tespit edilmesinde amaç unsurunun önemli bir ölçüt olduğu açıktır. Fakat amaç unsuru yalnızca bilgi almak, isnat edilen suçları kabul ettirmek ile sınırlı yorumlandığında kanımızca yoğunluk kriterinden daha daraltıcı olmaktadır. Mağdurun maruz kaldığı eylemin niteliği ve süresi ne olursa olsun olayda bilgi almak, isnat edilen suçları kabul ettirmek amacı aranması, dahası bu amacın ispat edilebilmesi kanımızca cezasızlık olgusuna hizmet edecektir.

Ancak yıllar içinde gelinen noktada artık işkencenin amaç unsurunun eskisi gibi sadece adli sürece ilişkin delil, bilgi belge edinilmesi ile sınırlı değil aynı zamanda

⁴⁶⁸Hamdiye Aslan, § 111.

⁴⁶⁹Hamdiye Aslan, § 111.

⁴⁷⁰Altıparmak, *Ama Hangisi*, s. 159.

⁴⁷¹Sergey Ivanov/Rusya, B. No: 14416/06, 15/5/2018, § 79; Selmouni/ Fransa, § 96-105. Gafgen/Almanya [BD], B. No: 22978/05, 1/6/2010, § 90.

cezalandırma, intikam alma ve caydırma gibi olarak da düşünülmesi gerektiği kabul edilmektedir⁴⁷². Nitekim Anayasa Mahkemesi de “*cezalandırma*” ya da “*yıldırma*” hedeflerini amaç unsurunun içinde kabul etmektedir⁴⁷³.

2.6.1.2. Eziyet

İşkence boyutuna ulaşmayan ancak “*vücutta zarar ya da yoğun fiziksel veya ruhsal ızdırıp veren insanlık dışı muameleler*” Anayasa Mahkemesince “*eziyet*” olarak tanımlanmaktadır⁴⁷⁴. Eziyet nitelendirmesinde amaç unsurunun kullanılması söz konusu değildir⁴⁷⁵.

Anayasa Mahkemesinin kullandığı üçlü derecelendirmedeki eziyet kavramı TCK’daki eziyet suçu ile karıştırılmamalıdır. Mahkeme TCK’daki suç tanımlamalarından bağımsız olarak AİHM’in yaptığı derecelendirmeye paralel bir yöntem kabul etmiş, insanlık dışı muamele kavramı yerine eziyet kavramını, aşağılayıcı muamele kavramı yerine ise insan haysiyetiyle bağdaşmayan kavramını esas almıştır.

Türk Ceza Kanunu’nda eziyet suçu düzenlenmekte ise de bu suç kamu görevlisi olmayan kişilerin işledikleri işkence suçunu ifade etmekte olup anayasal anlamda bu suçun işkence teşkil edeceği düşünülmektedir.

2.6.1.3. İnsan Haysiyetiyle Bağdaşmayan Muamele

Sözleşmede yer alan aşağılayıcı muamele veya ceza kavramının Anayasa’daki karşılığı “*insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele veya ceza*” olup⁴⁷⁶ Anayasa Mahkemesine göre aşağılayıcı muamelelerin söz konusu olduğu durumlarda eziyetten

⁴⁷² Altıparmak, *Ama Hangisi*, s. 182.

⁴⁷³ Cezmi Demir ve diğerleri, § 105.

⁴⁷⁴ Tahir Canan, § 22.

⁴⁷⁵ Cezmi Demir ve diğerleri, § 88.

⁴⁷⁶ Tahir Canan, § 22.

farklı olarak kişide “*bedensel ya da ruhsal bir acıdan ziyade küçük düşürücü veya alçaltıcı bir etki*” doğmaktadır⁴⁷⁷.

Belirtildiği üzere, ceza kanunlarında, Anayasa’da sayılan kötü muamele türlerine tekabül edebilecek çok sayıda suç tipi bulunabilecektir. Hakaret, basit yaralama ya da diğer herhangi bir suç anayasal anlamda insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamelenin karşılığını oluşturabilecektir.

2.6.2. Cezai Nitelendirme

2.6.2.1. İşkence

“*İşkence*” bir suç olarak TCK’nın 94. maddesinde düzenlenmektedir⁴⁷⁸. Bir sonraki maddede ise “*neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence*” suçu düzenlenmektedir⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ Cezmi Demir ve diğerleri, § 89.

⁴⁷⁸ “(1) Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanması yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Suçun;

a) Çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı,

b) Avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla, İşlenmesi hâlinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) Fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi hâlinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır.

(5) Bu suçun ihmali davranışla işlenmesi hâlinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz.

(6) (Ek: 11/4/2013-6459/9 md.) Bu suçtan dolayı zamanaşımı işlemez.”

⁴⁷⁹ “(1) İşkence fiilleri, mağdurun;

a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına,

b) Konuşmasında sürekli zorluğa,

c) Yüzünde sabit ize,

d) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma,

e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına,

Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, yarı oranında artırılır.

Suçun yalnızca “*kamu görevlisi*” tarafından işlenebileceği kanun metninden açıkça çıkarılmaktadır. Ancak belirtilmelidir ki işkence suçunun oluşması için kamu görevlisinin eyleminin göreviyle bağlantısı olması ya da suçu görevinin kendisine verdiği gücü kullanmak suretiyle işlemesi gerekmektedir⁴⁸⁰. Aksi durumda eziyet suçunun gerçekleştiğinden bahsetmek gerekmektedir⁴⁸¹.

765 sayılı Kanun döneminde işkence suçunun ancak özel saikle işlenebileceği kabul edilmekte idi⁴⁸². İşkence suçunun özel unsurlarının sağlanmadığı yorumuyla kolluk görevlilerinin eylemleri kötü muamele olarak değerlendirilmekte ve oldukça az cezalarla karşılık bulmakta idi⁴⁸³. Yine yoğunluk olarak da işkence suçunun oluştuğuna adli makamların ikna olmalarının oldukça güç olduğu örnek olaylardan anlaşılmaktadır⁴⁸⁴.

Yeni Türk Ceza Kanunu’nda ise işkence suçunun oluşması için özel bir kast unsuru ile asgari bir yoğunluk şartı aranmadığı görülmektedir⁴⁸⁵. Buna göre, işkence

(2) İşkence fiilleri, mağdurun;

- a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine,
- b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine,
- c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına,
- d) Yüzünün sürekli değişikliğine,
- e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine,

Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, bir kat artırılır.

(3) İşkence fiillerinin vücutta kemik kırılmasına neden olması hâlinde, kırığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) İşkence sonucunda ölüm meydana gelmişse, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.”

⁴⁸⁰ **Doğan Soyaslan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yay., B. 10, Ankara 2014 (**Ceza Özel**), s. 214.

⁴⁸¹ **Soyaslan**, Ceza Özel, s. 214, 215.

⁴⁸² Bir kimseye cürümlerini söyletmek, mağdurun , şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple...

⁴⁸³ **Sevdiren**, s. 90,91.

⁴⁸⁴ Bir hafta iş göremezlik raporu alınacak şekilde dövülmek, sopayla kalçalarına vurulmak gibi eylemlerin işkence olarak nitelendirilemeyeceği yönündeki kararlar ve örnek olaylar için bkz. **Sevdiren**, s. 91,92.

⁴⁸⁵ **Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok (Tezcan vd.)**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yay., B. 7., Ankara 2010 (**Teorik ve Pratik**), s. 247-248; **Üçpınar/Koç**, s. 24.

suçunun oluşması için failin suç teşkil eden eylemleri hangi amaçla gerçekleştirdiğinin ehemmiyeti yoktur⁴⁸⁶. İşkencenin düzenlenme şekline bakıldığında “*bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları*” gerçekleştirmek suçun oluşması açısından yeterli görülmektedir⁴⁸⁷.

Bu şekilde Sözleşme ve Anayasa metnlerinde yer alan üçlü derecelendirmenin tamamının Türk Ceza Kanunu’nda işkence suçu altında düzenlendiği görülmektedir. İşkence, bir üst kavram olarak kullanılmış ve en üst derecede ağır eylemlerin yanı sıra kişinin aşağılanmasına yol açan eylemler dahi işkence suçu altında düzenlenmiştir⁴⁸⁸. Örneğin Anayasal anlamda insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele olarak değerlendirilecek bir eylem ceza kanunun bu şekliyle işkence suçuna vücut verebilmektedir.

Madde metninde 765 sayılı Kanun metninden farklı olarak, amaç unsuru ile belirli bir ağırlık düzeyine yer verilmeyerek işkence suçunun sağladığı korumanın geniş tutulduğu yönünde bir görüş bulunmaktadır⁴⁸⁹. Bu görüşe karşıt olarak ise Türk Ceza Kanunu’nda özel kast ve yoğunluk unsurlarının yer almaması nedeniyle işkence suçunun kendine has özelliklerinin korunmadığı ve bu suç tipinin uygulanabilir olmadığı ileri sürülmektedir⁴⁹⁰. Buna göre, işkence suçunun unsurlarının madde metninde tanımlanmaması onu kasten yaralama ya da zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması gibi suçlardan ayırt edilmesini güçleştirmekte ve uygulamada koruma alanını

⁴⁸⁶ İlhan Üzülmöz, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu”, Hukuk ve Adalet: Eleştirel Hukuk Dergisi, Y. 2005, S. 5 (Makale), s. 230; Sevdiren, s. 117.

⁴⁸⁷ Sevi Bakım, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu, Beta Yay., İstanbul 2008, s. 72.

⁴⁸⁸ Üzülmöz, Makale, s. 233.

⁴⁸⁹ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Mehmet Emin Alşahin/Kerim Çakır (Artuk vd.), Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yay. B. 16, Ankara 2017 (Ceza Özel), s. 171.

⁴⁹⁰ R. Murat Önok, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Seçkin Yay. Ankara 2006, s. 282; Tezcan vd., Teorik ve Pratik, s. 248;

daraltmaktadır⁴⁹¹. İşkence suçunun kapsamının 765 sayılı mülga Kanun'dan daha geniş tutulduğu bir gerçektir ancak kapsamın bu kadar genişletilmesi suçun kapsamının belirlenmesini zorlaştırarak uygulanmamasına yol açmaktadır⁴⁹².

İşkence suçunun ceza kanunlarında suç olarak tanımlanan birçok eylemle gerçekleştirilebilir olması onun bu suçlardan ayırt edilmesini zorlaştırma ve nitelendirme sorununa ayrı bir önem kazandırmaktadır. İşkence suçunun düzenlenmesi ile cezaları daha hafif olan kasten yaralama, tehdit, hakaret, zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması gibi suçlardan farklı olarak işkence niteliği taşıyan eylemlerin en ağır şekilde cezalandırılması amaçlanmıştır. Bu nedenle suçun unsurlarının netleştirilmesi özel bir kazanmaktadır.

Kanunda işkenceyi düzenleyen suç tanımında amaç unsuru ile ağırlık düzeyine yer verilmemesi nedeniyle ortaya çıkan nitelendirme sorununa yönelik olarak getirilen önerilerden biri işkence suçunun diğer suçlardan ayırt edilmesinin sağlanması için amaç unsurunun düzenlenmesidir⁴⁹³.

Kanımızca, ispatlanması zor olması ve tahdidi şekilde sayılmasının koruma alanını zayıflatması sebebiyle Kanunda amaç unsuruna yer verilmemiş olması yerindedir. Esasında çekilen acı karşısında eylemin hangi amaçla gerçekleştiğinin de bir önemi bulunmamaktadır. Bununla birlikte belli bir ağırlık düzeyi kriterine yer verilmemiş olması maddenin uygulama alanını daraltmaktadır. İşkence suçu için öngörülen ceza miktarının ağırlığıyla birlikte değerlendirildiğinde maddenin uygulanması oldukça

⁴⁹¹ **Bakım**, s. 73; **Timur Demirbaş**, *İşkence Suçu*, Seçkin Yay., B: 2., Ankara 2016, s. 69; **Gizem Dursun**, *İşkence Yasağı ve İşkenceyi Etkili Biçimde Soruşturma Yükümlülüğü*, Seçkin Yay. Ankara 2018, 58.

⁴⁹² **Tuğrul Katoğlu**, “*Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Tanımı*”, *Legal Hukuk Dergisi*. Y. 2014, S. 4, Rona Aybay'a Armağan, s. 1463.

⁴⁹³ **Demirbaş**, *İşkence Suçu*, s. 106.

güçleşmektedir⁴⁹⁴. İşkence suçunu oluşturan ağırlık düzeyi belirlenerek kasten yaralama ve zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması gibi suçlardan ayrılması, belli bir ağırlık seviyesinin üzerine çıkan suçlarda işkence yerine anılan suçları düzenleyen maddelerin uygulanmasının önüne geçilmelidir. Önok da diğer suç tiplerinden işkence suçu arasında teknik olarak ayırım yapılabilmesinin tek yolunun ağırlık kriteri olduğunu, bu kriter kanun metninde yer almasa dahi Yargıtay tarafından fiili olarak kullanılabileceğini belirtmektedir⁴⁹⁵.

Bir görüşe göre ise işkence suçu için asgari ağırlık düzeyi aranması önerisi yerinde değildir çünkü işkence suçunun oluşması için şiddet uygulanması dahi şart değildir⁴⁹⁶. Ancak burada aranacak ağırlık düzeyi yalnızca fiziksel acıya ilişkin olmayıp manevi acıya da ilişkin olabileceğinden eleştiri yerinde değildir⁴⁹⁷. Fiziksel ya da zihinsel olması fark etmeksizin işkence suçunun ayırt edici özelliği, çekilen acının ağırlığıdır⁴⁹⁸.

İşkence suçunun unsurlarına ilişkin özel amaç ve ağırlık düzeyi dışında tartışma konusu olan bir diğer kriter *sistematiklik* ve *belli bir süreç içinde işlenmedir*. Madde metninde işkence suçunu tanımlayan unsurlar arasında bu kriterlere yer verilmemiştir. Madde gerekçesinde ise *sistematiklik* ve *belli bir süreç içinde işlenme* ifadelerine yer verildiği görülmektedir⁴⁹⁹.

⁴⁹⁴ **Demirbaş**, İşkence Suçu, s. 78.

⁴⁹⁵ **Önok**, 348.

⁴⁹⁶ **Demirbaş**, İşkence Suçu, s. 77.

⁴⁹⁷ **Önok**, s. 399.

⁴⁹⁸ **Önok**, s. 399.

⁴⁹⁹“İşkence teşkil eden fiiller aslında kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyan fiillerdir. Ancak bu fiiller ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedir. Bir süreç içinde süreklilik arz eder bir tarzda işlenen işkencenin en önemli özelliği, kişinin psikolojisi, ruh sağlığı, algılama ve irade yeteneği üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır. Bu etkilerin uzun bir süre ve hatta hayat boyu devam etmesi, işkencenin bu kapsamda işlenen fiiline nazaran daha ağır ceza yaptırımını altına alınmasını gerektirmiştir.” Madde gerekçesinin tam metni için bkz. **Sedat Bakıcı**, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri 4. Cilt, Adalet Yay., Ankara 2010, s. 959-962.

Uygulamada da işkence suçunun unsurları arasında bir süreç içinde ve sistematik olarak gerçekleştirilme koşullarının arandığı görülmektedir⁵⁰⁰.

Sistematikliğin işkence suçunun tipik bir özelliği olduğu kabul edilmekle birlikte işkence teşkil eden her eylemin sistematik olmadığı bu nedenle bu yönde bir kriter koyulmasının uygun olmadığı görüşü ifade edilmiştir⁵⁰¹.

Keza bu görüşe uygun olarak madde metninde de sistematiklik ve belli bir süreç içinde işlenme kriterlerine yer verilmemiştir. Yalnızca madde gerekçesinde yer verilen bu unsurlar bağlayıcı olmayıp ancak bir yorum aracı olarak kullanılabilecektir⁵⁰².

Önok'a göre; sistematiklik ve süreklilik işkence suçu nitelendirmesinde kullanılabilecek araçlardan biridir ancak suçun olmazsa olmaz unsuru değildir⁵⁰³. Madde metninde yer almayan bu koşulun suçun mutlak unsurlarından biri olduğunun kabul edilmesi de mümkün değildir⁵⁰⁴.

Madde metninde yer alan “*yol açacak davranışlar*” tabirinden davranışların ani olarak değil belirli bir süreç içinde sistematik olarak gerçekleştirilmesi koşulunun arandığının anlaşıldığı yönünde bir görüş de ileri sürülmektedir⁵⁰⁵. Bu görüşe göre, işkence suçunu kamu görevlilerinin işledikleri diğer güç kullanımı içeren suçlardan ayıran esas özellik zaten bu sistematiklik unsurudur⁵⁰⁶. Yine de bu görüşe göre dahi, suç tespitinde en önemli hususu oluşturan unsurun madde metninde açıkça yer almaması

⁵⁰⁰ Örneğin Yargıtay 8 CD, 11/3/2014, E. 2014/398, K. 2014/5977; Yargıtay 8 CD. 26/3/2014, E. 2013/15223, K. 2014/7817.

⁵⁰¹ Önok, s. 412; Demirbaş, İşkence Suçu, s. 100.

⁵⁰² Önok, s. 414.

⁵⁰³ Önok, s. 414.

⁵⁰⁴ Katoğlu, s. 1472.

⁵⁰⁵ Artuk vd., Ceza Özel, s. 171.

⁵⁰⁶ Artuk vd., Ceza Özel, s. 171, 172.

önemli bir eksiklik⁵⁰⁷.

Kanun metninde yer almamakla birlikte kanun gerekçesinden hareketle uygulamada arandığı anlaşılan *bir süreç içinde ve sistematik olarak gerçekleştirilme koşulu*, mutlaka aynı hareketlerin birden fazla kere tekrarlanmasını gerektirmez⁵⁰⁸. Kişiye yöneltilen tüm eylemler bir bütün olarak değerlendirilmelidir⁵⁰⁹. Falaka, Filistin askısı gibi özel yöntemler ile cinsel saldırı gibi birtakım eylemler ise nitelikleri itibarıyla bir sistematikliği gerektirdiklerinden tek başlarına işkence suçunu oluşturmaya yeterlidirler⁵¹⁰. İşkence suçunun oluşması için bu hareketlerin tekrarı aranamaz.

İşkence suçunun unsurlarının gereği gibi ortaya konulmamış olması suç tanımının uygulama alanını daraltarak sağlanan korumayı zayıflatmaktadır. Türk Ceza Kanunundaki düzenlemenin gözden geçirilerek suçun unsurlarının belirlenmesi ve özellikle ağırlık düzeyi kriterinin getirilmesi gerekmektedir.

İşkence suçunun unsurlarının belirli olması nitelendirmenin doğru yapılabilmesi için son derece büyük önem arz etmektedir. İşkence suçu, ceza kanunlarında suç olarak tanımlanan birçok eylemle gerçekleştirilebilmektedir. Cezaları daha hafif olan bu suçlardan farklı olarak işkence niteliği taşıyan eylemlerin en ağır şekilde cezalandırılması amaçlanmıştır. Bu nedenle nitelendirme sorunu özel önem kazanmaktadır. İşkence suçu ile kasten yaralama, zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması gibi suçlar arasında nitelendirmelerin doğru yapılması işkence suçunun unsurlarının belirli olmasına bağlıdır.

İşkence suçu için öngörülen ceza alt sınırının üç yıl olması, suçun Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması (HAGB), erteleme gibi hukuki kurumlardan

⁵⁰⁷ Artuk vd., Ceza Özel, s. 172.

⁵⁰⁸ Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yay. B. 4, Ankara 2017 (Ceza Özel), s. 247; Demirbaş, İşkence Suçu, s. 100.

⁵⁰⁹ Koca/Üzülmöz, Ceza Özel, s. 247.

⁵¹⁰ Üzülmöz, Makale, s. 236; Artuk vd., Ceza Özel, s. 172; Demirbaş, İşkence Suçu, s. 100.

faýdalanmasının önüne geçmesi açısından anlamlıdır. Yine işkence nitelemesinin önemli sonuçlarından biri bu suç tipi için 2013 yılından sonra işlenen suçlarda zamanaşımının işlemeyecek olmasıdır⁵¹¹.

Suç nitelendirmelerinin cezasızlık aracı olarak kullanılması işte bu noktada karşımıza çıkmaktadır. Eylemin işkence olarak değil de zor kullanma sınırının aşılması, yaralama gibi suçlar ile nitelendirilmesi, failin işkence suçu için öngörölmüş olan ağır yaptırımlarla karşılaşmak yerine çok az bir ceza alması ve büyük olasılıkla HAGB kurumu uygulanarak fiilen cezasız kalmasına yol açacaktır. Nitelendirmenin doğru yapılması halinde işkence suçunu işleyenlerin uygun cezalara mahkûm edilmesi mümkün kılınarak cezasızlığın önüne geçilecektir⁵¹². İşkence nitelendirmesi, bu suç tipinin soruşturma iznine ve zamanaşımına tabi olmaması açısından da önem taşımaktadır.

Vurgulamak gerekir ki işkence suçu yalnızca bedensel değil aynı zamanda ruhsal yönden acı çekmesine sebep olan davranışlarla da işlenebilmektedir. Bir kişiye fiziksel olarak hiçbir zarar verilmemiş olsa dahi, korkması ya da acı çekmesi amacıyla bir başkasına zarar verilmesi de işkence suçunu oluşturacağı gibi kişinin kendisine ya da bir başka kişiye zarar verileceğine yönelik tehdide maruz bırakılması yoluyla da işkence suçu işlenebilmektedir⁵¹³.

Kişiye bedensel ya da ruhsal olarak acı verilmese de bireyin karar verme yeteneğine ve iradesine uygun şekilde davranma⁵¹⁴ yetisine zarar veren eylemler de

⁵¹¹ Sevdiren, s. 128.

⁵¹² Gültekin Yılmaz, s. 46.

⁵¹³ Tezcan vd., Teorik ve Pratik, s. 251.

⁵¹⁴ Koca/Üzölmez, Ceza Özel, s. 250.

işkence kapsamına girmektedir⁵¹⁵. Bunun yanı sıra kişinin aşağılanması yol açacak davranışlar da işkence suçunu oluşturabilecektir⁵¹⁶.

Esasında işkence suçunu kamu görevlileri tarafından işlenen ve kuvvet kullanımına ilişkin olan diğer suçlardan ayıran bir özellik de bu yönüyle ortaya çıkmaktadır. Kişiye fiziksel olarak acı ya da zarar vermese de insan onurunu zedeleyen şeref ve haysiyetine yönelen davranışlar işkence kapsamındadır⁵¹⁷. İşkence suçunu yaralama, tehdit, hakaret gibi diğer suçlarda ayırt etmek için insan onuruna gerçekleştirilen saldırının ayrıca gözetilmesinin gerekip gerekmediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir⁵¹⁸. Vücut bütünlüğüne yönelen eylemleri cezalandıran diğer suç tiplerinden farklı olarak işkence suçu ile korunan asıl değer insan onurudur⁵¹⁹.

Katoğlu, “*insan onuruyla bağdaşmama*” özelliğinin diğer pek çok suç için de ortak olduğunu ve işkence suçunun diğer suçlardan ayrılması için kullanılabilecek bir kriter olmadığını belirtmektedir⁵²⁰.

İnsan onuruna yönelen saldırının işkence suçunun diğer suç tiplerinden ayrılmasında kullanılması önerisi dikkate değer olmakla birlikte insan onuru kavramının geniş ve soyut karşılığının uygulamada nitelendirme sorununun çözme yönünde etkisiz

⁵¹⁵ M. Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yay., Ankara 2012, s. 143.

⁵¹⁶ Koca/Üzülmez, Ceza Özel, s. 249.

⁵¹⁷ Artuk vd., Ceza Özel, s. 173.

⁵¹⁸ Önok, s. 407; Dursun, s. 65.

⁵¹⁹ G. Dursun, s. 36; Önok, s. 349; Veli Özer Özbek/Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/ İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yay., B. 9., Ankara 2015, s. 195.

⁵²⁰ Katoğlu, s. 1474.

kalacağı da bir gerçektir⁵²¹. İnsan onuruna yönelen müdahalenin yine ağırlık düzeyi kriteri ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir⁵²².

Tespit edilen sorunlarla paralel olarak kamu görevlerinin şiddet içeren eylemleri karşısında işkence suçu tanımının kullanılmadığı cezaların çok daha az olduğu kasten yaralama ve zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması gibi suçlardan hüküm kurulduğu görülen bir gerçektir⁵²³.

AİHM bu tür uygulamaları, “*bu tür davranışların sonuçlarının en aza indirilmesi*” amacıyla gerçekleştirildiğini tespit etmek suretiyle şiddetle eleştirmektedir⁵²⁴.

2.6.2.2. Eziyet

“Eziyet” suçu TCK’nın 96. maddesinde düzenlenmektedir. Madde metni şöyledir:

“(1) Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Yukarıdaki fıkra kapsamına giren fiillerin;

a) Çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı,

b) Üstsoy veya altsoy, babalık veya analığa ya da eşe karşı,

İşlenmesi hâlinde, kişi hakkında üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

⁵²¹ Önok, s. 391, 414.

⁵²² Önok, s. 414.

⁵²³ Örnek olaylar ve nitelendirmeler için bkz, Katoğlu, s. 1477-1478.

⁵²⁴ Eski/Türkiye, B. No: 8354/04, T. 5/6/2012, § 36.

Madde gerekçesine göre ise eziyet, “bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal olarak acı çekmesine aşağılanmasına yol açan davranışlar” ile gerçekleşir. “Aslında bu fiiller de kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyabilirler. Ancak, bu fiiller, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler. Bir süreç içinde süreklilik arzeder bir tarzda işlenen eziyetin özelliği, işkence gibi, kişinin psikolojisi ve ruh sağlığı üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır. Bu etkilerin uzun bir süre ve hatta hayat boyu devam etmesi, eziyetin bu kapsamda işlenen fiillere nazaran daha ağır ceza yaptırımına altına alınmasını gerektirmiştir.”⁵²⁵

Eziyet suçunu işkence suçundan ayıran en önemli özellik ikincisi yalnızca kamu görevlisi tarafından işlenebilirken ilkinin herkes tarafından işlenebilir olmasıdır.⁵²⁶

Eziyet suçuna vücut verecek olan eylemler de işkence suçunda olduğu gibi ceza kanunlarında düzenlenen yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz gibi diğer suçlardan oluşabilir. Ve yine işkence suçundaki gibi eziyet için de madde gerekçesinde “sistematiklik” ve “belli bir süreç içinde işlenme” koşulu getirilmiştir. Aranan unsurlar benzer olsa da eziyet suçu için öngörülen yaptırımlar işkence suçuna kıyasla daha hafif niteliktedir.

İşkence suçunda olduğu gibi burada da eziyet suçunun diğer yaralama, cinsel saldırı, hakaret, tehdit gibi eylemlerden ayırt edilebilmesinin önemi büyüktür. Mağdurların maruz kaldığı yaralama, hakaret veya tehdit gibi suçların süreklilik içerdiğinin ve eziyet suçuna vücut verdiğinin gözden kaçırılması halinde fiillerin daha az

⁵²⁵ Madde gerekçesi metni için bkz. **Mustafa Artuç**, Kişilere Karşı Suçlar, Adalet Yay., B. 2., Ankara 2018, s. 703.

⁵²⁶ **Tezcan vd.**, Teorik ve Pratik, s. 270; **Demirbaş**, İşkence Suçu, s. 73; **Önok**, s. 336.

ceza alması dahası HAGB ya da seçenek yaptırımların uygulanması gibi sonuçlar doğacaktır⁵²⁷.

Nitekim Yargıtay da “*sistemik olarak ve belli bir süreç içinde kasten yaralama, hakaret, tehdit ve cinsel taciz niteliği taşıyan, insan onuruyla bağdaşmayan, mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine ve aşağılanmasına yol açan*” davranışların bir bütün olarak eziyet suçunu oluşturacağını belirtmektedir⁵²⁸.

İşkence suçunda olduğu gibi eziyet suçunda da madde metninde düzenlenmeyen unsurların gerekçe kısmında yer alması suçun tanımını bulanıklaştırmakta ve uygulanmasını güçleştirmektedir. Suçun sınırlarının belirsiz olması suçun uygulama alanını daraltmakta ve böylece sağladığı korumayı da zayıflatmaktadır. Madde gerekçesinde yer verilen suç unsurları kanunilik ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir⁵²⁹.

İşkence ve eziyet suçlarının Türk Ceza Kanunundaki düzenlemelerinin gözden geçirilerek suçun unsurlarının belirlenmesi ve bu unsurlara madde metninde yer verilmesi bir zorunluluktur.

İşkence suçunda olduğunda gibi eziyet suçunda da korunan temel değer insan onurudur⁵³⁰. Bu kapsamda, diğer suç tiplerinin karşılamadığı bir insan onuruna aykırılık bulunduğu durumlarda eziyet suçunu düzenleyen hükümlerin değerlendirilmesi yönünde bir öneri getirilmektedir⁵³¹.

⁵²⁷ Gültekin Yılmaz, s. 22.

⁵²⁸ Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E. 2018/8519, K. 2018/12415, 8/11/2018.

⁵²⁹ Önok, s. 339; Gizem Dursun, s. 60.

⁵³⁰ Demirbaş, İşkence Suçu, s. 81.

⁵³¹ Demirbaş, İşkence Suçu, s. 76; Önok, s. 334-335.

2.6.2.3. Zor Kullanma Yetkisinde Sınırın Aşılması

Kamu görevlilerinin işledikleri suçlar yönünden çok önemli bir diğer suç tanımlaması TCK'nın, zor kullanma yetkisinde sınırın aşılmasını düzenleyen 256 numaralı maddesinde yapılmıştır. Bu maddeye göre, “*zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.*” Kasten yaralama fiili için ise “*bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası*” öngörülmüş olup kamu görevlisinin nüfuzunu kötüye kullanması suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiş bu halde cezanın yarı oranında arttırılacağı hükme bağlanmıştır⁵³². Zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçunu düzenleyen 256. maddenin yaptığı atfın kasten yaralama suçunun nitelikli hallerini de kapsadığı açık olduğundan kamu görevlisinin nüfuzunu kötüye kullanması nedeniyle ceza artırımı yoluna gidilmelidir⁵³³.

Ancak zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması halinde kamu görevlisinin kamu görevinden doğan nüfuzunu kötüye kullanması durumu ortaya çıkmadığından kasten

⁵³² Türk Ceza Kanunu'nun kasten yaralamayı düzenleyen 86. maddesi şöyledir:

“(1) Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) (Ek fıkra: 31/3/2005 – 5328/4 md.) Kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması hâlinde, mağdurun şikâyeti üzerine, dört aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezasına hükmolunur.

(3) Kasten yaralama suçunun;

a) Üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı,
b) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,
c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,
d) Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,
e) Silahla, işlenmesi halinde, şikâyet aranmaksızın, verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

⁵³³ **Tezcan vd.**, Teorik ve Pratik, s. 215.

yaralama suçunun anılan nitelikli halinin uygulanamayacağı da bir görüş olarak ileri sürülmektedir⁵³⁴.

Belirtmek gerekir ki bu suç tipi zor kullanma yetkisinde sınırın kasten aşılması halinde uygulanacak suç tipidir. Sınırın taksirle aşılması halinde hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması hallerini düzenleyen TCK'nın 27. maddesi devreye girecektir⁵³⁵.

Bir görüşe göre, genel hükümlerin dışına çıkılarak zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçunun düzenlenmesi yerinde değildir⁵³⁶. Buna göre, zor kullanma yetkisinde sınırın kasten aşılması yaralamaya sebebiyet verilmesi halinde kasten yaralama hükümlerinin uygulanacağı genel hükümlerden çıkarılabilmekte ayrıca bu suç tipi, zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması sonucunda ölüm meydana gelmesi halini eksik bırakmaktadır⁵³⁷.

Zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçu her ne kadar kasten yaralama hükümlerine atıf yapmış ise de suçun nitelemesinin kasten yaralama olarak değil zor kullanmada sınırın aşılması olarak yapılması suçu soruşturma iznine tabi suç olmaktan çıkarması açısından kritik önem taşımaktadır. Ayrıca yaralanmanın niteliğine göre kasten yaralama suçu için düzenlenen şikâyet tabilik burada geçerli olmayacak zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçunun takibi her durumda resen yapılacaktır⁵³⁸.

Zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçunun unsurları yönünden en önemli husus hükmün ancak “*zor kullanma yetkisine sahip bir kamu görevlisi*” hakkında

⁵³⁴ **Koca/Üzülmez**, Ceza Özel, s. 926; **Soyaslan**, Ceza Özel, s. 171; **İlhan Üzülmez**, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, Adalet Yay., Ankara 2013, s. 21.

⁵³⁵ **İçel**, Ceza Genel, s. 405-406.

⁵³⁶ **Centel/Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 152-153; **Soyaslan**, Ceza Özel, s. 772.

⁵³⁷ **Centel/Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 152-153.

⁵³⁸ **Koca/Üzülmez**, Ceza Özel, s. 926.

uygulanabilecek olmasıdır⁵³⁹. Ayrıca bu maddenin uygulanabilmesi için eylemin *zor kullanma yetkisinin bulunduğu ve bu yetkinin henüz sona ermediği* bir zaman diliminde gerçekleşmiş olması gerekmektedir⁵⁴⁰. Örneğin zor kullanma yetkisi yakalama amacından doğuyorsa yakalamanın gerçekleştiği andan itibaren zor kullanma yetkisi sona ermiş olacak ve bu zaman diliminden sonra –başka bir zor kullanma sebebi doğmadığı takdirde- uygulanacak kuvvet kullanımı zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması olarak değerlendirilemeyecektir⁵⁴¹. Aynı şekilde zor kullanma sebebi hiç doğmadı ise yine kolluk görevlisinin şiddet içeren eylemleri zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması olarak değerlendirilemez.

Zor kullanma sebebinin bulunmadığı anılan hallerde kolluk görevlilerinin gösterdikleri şiddet eylemleri hakkında diğer suç tipleri özellikle işkence ve kasten yaralama hükümleri uygulanacaktır. Böyle bir durumda işkence suçu hükümlerinin öncelikle değerlendirilmesi gerekir⁵⁴². İşkence olarak nitelendirilemeyen eylemlerin ise kasten yaralama hükmü doğrultusunda cezalandırılması gerektiği belirtilmektedir⁵⁴³.

Niteleme sorununa ilişkin önemli hususlardan biri bu noktada başlamaktadır. Zor kullanma yetkisinin doğmadığı hallerdeki özellikle karakol dışındaki kuvvet kullanımı ile darp etme eylemleri, gerek unsurlarının ve aranan ağırlık düzeyinin net şekilde ortaya konmamış olması gerek uygulamada sistematiklik ve belirli bir süreç içinde uygulanma şartının aranması nedenleriyle işkence olarak nitelendirilememekte bu doğrultuda, mağdur açısından zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçundan daha az güvence

⁵³⁹ **Koca/Üzülmez**, Ceza Özel, s. 922; **Soyaslan**, Ceza Özel, s. 771.

⁵⁴⁰ Aynı yönde bkz. **Koca/Üzülmez**, Ceza Özel, s. 923.

⁵⁴¹ **Üçpınar/Koç**, s. 28.

⁵⁴² Benzer Yönde bkz. **Altıparmak**, “İşkenceyi nasıl bilirsiniz? Türkiye’de Orantısız Güç Kullanma Sorunu”, Türkiye İnsan Hakları Vakfı, İnsan Hakları Raporu 2008, s. 364.

⁵⁴³ **Koca/Üzülmez**, Ceza Özel, s. 923.

getiren –soruşturma iznine tabi olma ve basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralanmalarda şikâyet tabi olma nedeni ile- kasten yaralama suçu devreye girmektedir.

İşkence suçu düzenleme itibarıyla çok geniş bir koruma sağlamak ve hemen her türlü şiddet eylemini kapsamına almakta ise de öngörülen cezaların ağırlığı nedeniyle pratikte yaygın şekilde kullanılmamaktadır. Kamu görevlileri tarafından işlenen suçlar yönünden işkence suçu nitelendirmesinin öncelikli olarak değerlendirilmesi cezasızlığın önüne geçilmesi yönünde önemli bir adım olacaktır. Burada kullanılması önerilen kriter ağırlık düzeyi kriteri olacaktır⁵⁴⁴.

Zor kullanma yetkisinin bulunduğu hallerde ise yerine getirilmek istenen görevin gerektirdiği ölçünün üstünde kuvvet kullanıldığının tespit edilmesi halinde zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçu oluşabilecek olmakla birlikte burada yine işkence suçunun öncelikli olarak değerlendirilmesi gerekir. İşkence suçunun oluşup oluşmadığı değerlendirilmeksizin zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçunu oluşturduğundan bahisle kasten yaralama hükümlerine atıfla verilen cezalar HAGB sınırının altında kaldığında çoğunlukla cezasızlıkla sonuçlanabilmektedir⁵⁴⁵.

Zor kullanma yetkisinin ve sınırlarının tespiti yalnızca yaralama olaylarında değil öldürücü güç kullanımına ilişkin meselelerde de önem taşımaktadır. Anayasa'nın 17. maddesi uyarınca, *“meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri”*nin yaşam hakkı ihlali teşkil etmeyeceği akılda tutulduğunda, zor kullanma yetkisi dâhilinde gerçekleştirildiği ileri sürülen bir

⁵⁴⁴ Benzer yönde bkz. **Önok**, s. 348.

⁵⁴⁵ **Gültekin Yılmaz**, s. 25.

eylemin amacının ve zorunluluk halinin bu düzenlemeye uygun olup olmadığının tespiti gündeme gelmektedir. Anayasa’da sayılan amaçlardan biri ile kullanılan güç kullanımı ancak son çare olarak ve mutlak zorunlu olanı aşmayacak şekilde kullanıldı ise yaşam hakkı ihlali doğurmayacaktır⁵⁴⁶.

2.6.2.4. Kasten Yaralama

“*Kasten yaralama*” suçu, “*zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması*” suçuyla olan bağlantısının yanı sıra vücut bütünlüğüne yönelik saldırıları cezalandıran temel norm olması sebebiyle de incelenmelidir. Kasten yaralama suçu Türk Ceza Kanunu’nun 86. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre; “*kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*”

“*Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu*” ise 87. maddede ayrıca düzenlenerek yaptırım miktarları arttırılmıştır⁵⁴⁷.

⁵⁴⁶ Cemil Danışman, B. No: 2013/6319, 16/7/2014, § 51; Nesrin Demir ve diğerleri, § 107, 114.

⁵⁴⁷ (1) Kasten yaralama fiili, mağdurun;

a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına,

b) Konuşmasında sürekli zorluğa,

c) Yüzünde sabit ize,

d) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma,

e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına,

Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, bir kat artırılır. Ancak, verilecek ceza, birinci fıkra giren hallerde üç yıldan, üçüncü fıkra giren hallerde beş yıldan az olamaz.

(2) Kasten yaralama fiili, mağdurun;

a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine,

b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine,

c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına,

d) Yüzünün sürekli değişikliğine,

e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine,

Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, iki kat artırılır. Ancak, verilecek ceza, birinci fıkra giren hallerde beş yıldan, üçüncü fıkra giren hallerde sekiz yıldan az olamaz.

Yaralama, maddi ya da manevi araçlarla⁵⁴⁸ icra ya da ihmal suretiyle bir kimsenin vücut bütünlüğünün bozulması, vücut veya zihinsel sağlığının bozulmasına yol açılması olarak tanımlanmaktadır⁵⁴⁹. Daha basit bir ifade ile yaralama, bireyin vücuduna acı verilmesi, sağlığının bozulması ya da algılama yeteneğini bozmaktır⁵⁵⁰.

Kasten yaralama suçu hem kamu görevlileri hem de üçüncü kişiler tarafından işlenebilecek bir suç tipidir⁵⁵¹. Bununla birlikte kasten yaralama suçunun kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuzu kötüye kullanması suretiyle işlenmesi hali cezayı arttıran nitelikli haller arasında sayılmıştır⁵⁵².

Yukarıda da açıklandığı üzere, ayırt edici unsurlar belirlenmediğinden kasten yaralama suçu ile işkence suçu arasında keskin çizgilerle ayırım yapılması mümkün gözükmemektedir⁵⁵³.

(3) (Değişik: 6/12/2006 – 5560/4 md.) Kasten yaralamanın vücutta kemik kırılmasına veya çıkığına neden olması halinde, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, kırık veya çıkığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre, yarısına kadar artırılır.

(4) Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, yukarıdaki maddenin birinci fıkrasına giren hallerde sekiz yıldan oniki yıla kadar, üçüncü fıkrasına giren hallerde ise oniki yıldan onaltı yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

⁵⁴⁸ Örneğin ciddi bir tehdit sonucu kişinin akıl sağlığının bozulması. Bkz: **Soyaslan**, Ceza Özel, s. 162.

⁵⁴⁹ **Soyaslan**, Ceza Özel, s. 162.

⁵⁵⁰ **Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yay., B. 5., Ankara 2016 (**Ceza Özel**), s. 77.

⁵⁵¹ **Tezcan vd.**, Teorik ve Pratik, s. 201.

⁵⁵² (3) Kasten yaralama suçunun;

a) Üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı,

b) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,

c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,

d) Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

e) Silahla,

f) (Ek:14/4/2020-7242/11 md.) Canavarca hisle,

İşlenmesi halinde, şikâyet aranmaksızın, verilecek ceza yarı oranında, (f) bendi bakımından ise bir kat artırılır.

⁵⁵³ **Demirbaş**, İşkence Suçu, s. 77; **Önok**, s. 346.

Öngörülen ceza miktarlarına bakıldığında, özellikle kamu görevlilerinin işledikleri suçlar yönünden yapılacak nitelendirmelerin ne kadar önemli olduğu anlaşılmaktadır. Örneğin “*neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence*” ile “*neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama*” suçları arasında ciddi ceza farkı vardır⁵⁵⁴.

Bir cezasızlık aracı olarak kamu görevlilerinin daha az ceza ile karşı karşıya kalmaları için nitelendirme yapılırken suçlar arasında bir geçişkenlik sağlanması olasıdır. Hatta mevcut düzenlemeler ışığında çarpıcı istisnai haller dışında işkence suçunun uygulanmasının olası olmadığı işkence teşkil eden davranışların dahi yaralama suçu kapsamında cezalandırılacağı yorumlanmıştır⁵⁵⁵. Bu sakıncanın bertaraf edilebilmesinin tek yolu bu suç tipleri arasında bir ağırlık eşiği belirlemektir⁵⁵⁶.

Bunun yanı sıra yukarıda belirtildiği üzere zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçu ile kasten yaralama nitelemeleri arasında da suçun soruşturma iznine ve şikâyet tabi olması şeklinde önemli farklar bulunmaktadır.

2.6.2.5. Görevi Kötüye Kullanma ve İhmal

TCK’nın 257. maddesinde “*görevi kötüye kullanma*” ve “*görevi ihmal*” suçları düzenlenmiştir⁵⁵⁷. Burada dikkat edilmesi gereken husus anılan düzenlemenin tamamlayıcı bir suç tipi olarak düzenlenmiş olmasıdır⁵⁵⁸. Yani kanunda ayrıca suç olarak

⁵⁵⁴ Gültekin Yılmaz, s. 23-24.

⁵⁵⁵ Önok, s. 347.

⁵⁵⁶ Önok, s. 347.

⁵⁵⁷ “(1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

⁵⁵⁸ Hasan Tahsin Gökcan, Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, (5237 sayılı TCK M. 247-266), Seçkin Yay., Ankara 2008, s. 55.

düzenlenmemiş eylemler için kullanılmakta olup kamu görevlisinin eyleminin ayrıca suç teşkil ettiği durumda bu hüküm uygulanamayacaktır⁵⁵⁹.

Kolluk görevlileri tarafından gerçekleştirilen kötü muamele iddialarının görevi kötüye kullanma suçu kapsamında nitelendirilebildiği görülmektedir. Kanımızca, kanunda ayrıca suç olarak tanımlanmayan haller için düzenlenmiş olan bu hükmün kolluk görevlileri tarafından işlenen ve kuvvet kullanımı teşkil eden eylemler yönünden uygulanması teorik olarak mümkün değildir. Ancak öngörülen ceza miktarı diğer suç tanımlamalarına göre oldukça düşük olan ve soruşturma iznine tabi olan bu suç tipi cezasızlık araçlarından biri olarak yoğunlukla kullanılmaktadır.

Görevi kötüye kullanma ve ihmal suçları, delil değerinin ne kadar yüksek olduğundan daha önce bahsettiğimiz sağlık raporlarının düzenlenmesine ilişkin görevleri nedeniyle sağlık personeli hakkında işletilebilecektir

2.6.2.6. Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar

“Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar”, TCK’nın 102. ve devamı maddelerinde düzenlenmektedir. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bir yandan devletin, bireyleri üçüncü kişilerin kötü muamele teşkil eden fiillerine karşı koruma yükümlülüğü kapsamında gündeme gelmekte iken bir yandan bu suçu oluşturan eylemler işkence suçuna vücut verebilmektedir⁵⁶⁰.

Bu başlık kapsamında dört tip suç bulunmaktadır. Yetişkinlere karşı cinsel saldırı suçu, çocukların cinsel istismarı, henüz cinsel olgunluğa erişmeyen çocukları cinsel

⁵⁵⁹ Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yay. Ankara 2018, s. 309.

⁵⁶⁰ Gültekin Yılmaz, s. 29.

deneyimden korumaya yönelik reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ve hem çocukları hem de yetişkinleri korumaya yönelik cinsel taciz suçu bu dört suç tipini oluşturmaktadır⁵⁶¹.

Kasten yaralama suçunda olduğu gibi kamu görevlisinin sahip olduğu nüfuzun kötüye kullanılması cinsel saldırı suçu için de ağırlaştırıcı sebep olarak kabul edilmiştir⁵⁶².

Anılan suçlar için öngörülen yaptırımlar 18/6/2014 tarihinde 6545 sayılı Kanun ile getirilen değişikliklerle arttırılmıştır. Özellikle cinsel saldırı suçu için öngörülen cezanın alt sınırının iki yıldan beş yıla çıkarılması cezasızlıkla mücadele açısından önemli bir gelişmedir⁵⁶³.

2.6.2.7. Kötü Muamele

TCK'nın 232. maddesi “*kötü muamele suçu*” adında bir suç türünü düzenlemektedir. Bu suç türü, Anayasada kavram olarak geçmemekle birlikte 17. maddenin üçüncü fıkrasında korunan hukuki değerlere yönelik genel bir kavram olarak kullanılan “*kötü muamele*” kavramı ile karıştırılmamalıdır. TCK'da düzenlenen “*kötü muamele suçu*”, aynı konutta yaşayan kişilerden birinin diğerine karşı kötü muamele teşkil eden eylemleri ile idaresi altında bulunan kişiye karşı disiplin yetkisinin kötüye kullanılması hallerini yaptırıma bağlamaktadır⁵⁶⁴.

⁵⁶¹ Koca/Üzülmez, Ceza Özel, s. 277; Hafizoğulları/Özen, Ceza Özel, s. 158; Suç tipleri ve unsurları için bkz. Soyaslan, Ceza Özel, s. 235-261; Toroslu, s. 59-73.

⁵⁶² (3) Suçun;

...

b) Kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.

⁵⁶³ Karşı görüş için bkz. Fahri Gökçen Taner, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yay., B. 2, Ankara 2017, s. 73 vd.

⁵⁶⁴ “(1) Aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunan kimse, iki aydan bir

III. BÖLÜM

YAPTIRIM

3.1. Sonuç Cezanın Belirlenmesi ve İndirim

Muhakeme süreci sonunda eylemin nitelendirmesi yapıldıktan sonra kanunda yasa koyucu tarafından belirlenen ceza aralıklarından bir somut ceza belirlenmesi aşamasına geçilmektedir. Bu, suça ve suçluya uygun ceza vermesi için hâkime verilen takdir yetkisinin kullanılma aşamasıdır⁵⁶⁵. Ancak hâkimin bu takdir yetkisi, somut cezanın belirlenmesi aşamasında esas alması gereken ölçütlerin neler olduğu düzenlenerek sınırlanmıştır⁵⁶⁶.

Kanunda tanımlanan suç için seçimlik ceza öngörülmüş ise hâkim tarafından öncelikle takdire dayalı bir seçim yapılacaktır. Ceza miktarının belirlenmesinde daha sonra bir temel ceza belirlenmektedir. Temel cezanın belirlenmesinde, “*suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar, suçun işlendiği zaman ve yer, suçun konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı, failin kusurunun ağırlığı ile failin amacı*” dikkate alınması gereken hususlardır. Hâkim takdir yetkisini bu yasal gerekçelere dayalı olarak kullanmalıdır⁵⁶⁷. Temel cezanın belirlenmesinde fiilin ağırlığı ile orantılı cezaya hükmedilmesi ilkesine riayet edilmesi gerekir⁵⁶⁸. Yasal gerekçelere ve orantılılık ilkesine uygun olmaksızın alt sınırdan ya da alt sınıra yakın

yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) İdaresi altında bulunan veya büyütme, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişiye, bir yıla kadar hapis cezası verilir.”

⁵⁶⁵ **Hafızoğulları/Özen**, Ceza Genel, s. 499.

⁵⁶⁶ **Akbulut**, s. 700.

⁵⁶⁷ **Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız (Özbek vd.)**, Ceza Genel Hukuku Temel Bilgiler, Seçkin Yay., B. 6, Ankara 2015 (**Temel Bilgiler**), s. 388; **İçel**, Ceza Genel, s. 763.

⁵⁶⁸ **İçel**, Ceza Genel, s. 764.

şekilde ceza belirlenmesi “yaşam hakkı” ile “işkence ve kötü muamele yasağı” kapsamında kalan suçlar açısından “etkili soruşturma yükümlülüğünün” ihlali sonucunu doğurabilecektir.

Temel cezanın belirlenmesinden sonra ise gerekli kanuni indirim ve artırım sebepleri uygulanmakta, cezanın bireyselleştirilmesi araçlarından biri olan takdiri indirim de bu aşamada gündeme gelmektedir⁵⁶⁹. Cezanın bireyselleştirilmesi, fiilin değil failin göz önünde bulundurulduğu ve cezanın faile göre revize edildiği bir aşamadır⁵⁷⁰.

Mahkemelere sonuç cezaların düşürülmesi için imkân tanıyan takdiri indirim nedenleri 5237 sayılı Kanun’un 62. maddesinde düzenlenmiştir⁵⁷¹. Madde metninde, indirim uygulanması için kullanılabilecek gerekçelere dair örnekler verilse de bu sebepler tahdidi olarak sayılmamıştır⁵⁷². Takdiri indirim, hâkimin gerekçesini belirteceği herhangi bir sebeple uygulanabileceği gibi indirim uygulanmaması da yine hâkimin takdirindedir⁵⁷³. Suçu kanıtlanmış bir kişi hakkında ceza tayin edilirken gerekçesiz bir şekilde takdiri indirim uygulanması cezasızlık sonucuna neden olabilmektedir⁵⁷⁴.

⁵⁶⁹ İçel, Ceza Genel, s. 762.

⁵⁷⁰ Akbulut, s. 700; Toroslu/Toroslu, s. 286.

⁵⁷¹ 5237 sayılı Kanun’un *Takdiri indirim nedenleri* kenar başlıklı 62. maddesi şöyledir:

(1) Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altında birine kadar indirilir.

(2) Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir.

⁵⁷² İçel, Ceza Genel, s. 768; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., B. 7, Ankara 2014 (Ceza Genel), s. 642.

⁵⁷³ Özbek vd., Temel Bilgiler, s. 403; Soyaslan, Ceza Genel, s. 484.

⁵⁷⁴ Doğru, Yaşama Hakkı, s.331.

Kolluk görevlilerinin güç kullanımlarının söz konusu olduğu olaylarda eylemlerin ağırlığı ile yaptırım arasında açık bir orantısızlık bulunması hâlinde de caydırıcılığın sağlanamaması söz konusu olmaktadır⁵⁷⁵.

Kolluk görevlileri tarafından gerçekleştirilen şiddet eyleminin yol açtığı yaralanmanın mahiyeti ve ölüme sebebiyet verebilecek nitelikte olması nedeniyle yaşam hakkı kapsamında incelenen olayda⁵⁷⁶, polis memuru hakkında hükmedilen altı ay yedi gün hapis cezasının eylem ile açıkça orantısız olduğu Anayasa Mahkemesince tespit edilmiştir⁵⁷⁷.

Kolluğun müdahalesi sonucunda başvurunun ağır yaralandığı sabit görülen bir başka olayda başvurucuya karşı gerçekleştirilen eylemin eziyet boyutuna ulaştığı ve başvurucuya atfedilen -elinde bir cisimle hamle yapması- şeklindeki eylemin niteliğine göre haksız tahrik indiriminde belirlenen oranın failin fiiliyle orantılı ceza almasına engel olduğu tespit edilmiştir⁵⁷⁸.

Giderim ve caydırıcılığın sağlanması konusunda AİHM tarafından da en çok eleştirilen ve ihlal tespitlerine dayanak alınan uygulama takdiri indirim meselesidir. Başvurucuların oğlunun gözaltında iken kolluk kuvvetleri tarafından darp edilerek öldürülmesi olayına ilişkin *Ali ve Ayşe Duran/Türkiye* kararında, dört polis memuru hakkında hükmedilen üç yıl dört ay hapis cezası üzerinden –yargılamanın her aşamasında olayı inkâr etmiş olmalarına karşın- olayın aydınlatılmasına yardım ettikleri gerekçesiyle takdiri indirim yapılması, ulusal mahkemenin takdir hakkını, ölümle sonuçlanacak kadar

⁵⁷⁵ Seyfullah Turan ve diğerleri, § 161.

⁵⁷⁶ Seyfullah Turan ve diğerleri, § 111; Benzer nitelikte bkz. *Osman/Birleşik Krallık [BD]*.

⁵⁷⁷ Seyfullah Turan ve diğerleri, § 163.

⁵⁷⁸ Abdullah Süngü, B. No: 2016/7039, 28/11/2019, § 81.

ağır olan fiillere hoşgörüde bulunulmayacağını ortaya koymak için kullanmaktansa suçun sonuçlarını hafifletmek amacıyla kullandığı şeklinde yorumlanmıştır⁵⁷⁹.

Benzer şekilde *Yeter/Türkiye* kararında, gözetiminde işkence sonucunda ölüm olayının sorumlusu hakkında takdiri indirim uygulanarak verilen dört yıl iki aylık hapis cezasının suçun ağırlığıyla orantısız olduğu tespit edilmiş ve ihlal sonucuna ulaşılmıştır⁵⁸⁰.

AİHM *Okkalı/Türkiye* kararında, on iki yaşındaki başvuruçunun gözetiminde işkence gördüğü iddialarına yönelik yargılamada, polisler hakkında indirim uygulanmasını sorunlu görmüştür⁵⁸¹.

Ciğerhun Öner/Türkiye (2) kararında, kötü muamele fiillerine ilişkin davada hakkında mahkûmiyet hükmü verilen polis memuru hakkında bir kısım duruşmaya zorla getirildiği halde, duruşmalar sırasında sergilediği iyi hal gerekçesiyle takdiri indirim yapılarak cezasının ertelenmesine karar verilmesi, iç hukuktaki mevzuatın polis memurunun cezalandırılmasını engellemek yönünde kullanıldığı yönünde yorumlanmıştır⁵⁸².

3.2. Adli Para Cezası

Para cezalarının, sanığın mal varlığına yönelen bir yaptırım türü olması onu diğer cezalardan ayıran yönünü oluşturmaktadır⁵⁸³. Adli para cezasında gün para cezası sistemi uygulanmakta olup bu sistemin amacı suçlunun ödeme gücüne göre belirleme

⁵⁷⁹ *Ali ve Ayşe Duran/Türkiye*, § 68-69.

⁵⁸⁰ *Yeter/Türkiye*, B. No: 33750/03, 13/1/2019, § 68-69.

⁵⁸¹ *Okkalı/Türkiye*, § 72.

⁵⁸² *Ciğerhun Öner/Türkiye (2)*, § 101.

⁵⁸³ *Demirbaş*, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay. B. 14, Ankara 2019 (*Ceza Genel*), s. 630.

yapılmasının mümkün kılınmasıdır⁵⁸⁴. Hürriyeti bağlayıcı ceza yerine tercih edilen adli para cezaları, kişilerin toplumsal davranışlarındaki özensizliği arttırmakta ve suçtan kaçınma duygusunu azaltmaktadır⁵⁸⁵. Cezanın etkisinin az olması, para cezalarına getirilen eleştirilerin arasında yer almaktadır⁵⁸⁶. Suç mağduru açısından da etkili bir giderim sağladığını söyleyebilmek de çoğu zaman mümkün olmamaktadır. Yaşam hakkı ihlali teşkil eden suçlar yönünden uygulanma şansı bulması zor olmakla birlikte daha hafif nitelikte görülen suçlar açısından uygulanabilirliği bulunan adli para cezası yaptırımının kötü muamele yasağını ihlal eden eylemler bakımından tercih edilmesi cezasızlık sonucu doğurabilecektir. Verilen adli para cezalarının taksitler halinde ödenmesine karar verilmesi bu ihtimali daha da güçlendirmektedir.

3.3. Seçenek Yaptırımlara Çevirme

Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinde kısa süreli hapis cezalarının⁵⁸⁷ hürriyeti bağlayıcı ceza dışında yaptırımlara çevrilmesi düzenlenmektedir⁵⁸⁸. Buna göre; kısa süreli hapis cezaları suç işleyenin kişiliği, sosyo ekonomik durumu, yargılama sürecinde pişmanlık duyup duymadığı ve suçun işleniş biçimi dikkate alınarak adli para cezası, zararın giderilmesi, bir eğitim kurumuna devam etme, belirli yerlere gitme veya birtakım etkinlikleri yapmaktan men edilme, ehliyet, ruhsat iptali, bir meslek ya da sanat dalını icra etmekten yasaklanma, kamuya yararlı bir işte çalışma yaptırımlarına çevrilebilir. Seçenek yaptırımlara çevirme kural olarak hâkimin takdirinde olup zorunlu değildir⁵⁸⁹.

⁵⁸⁴ **Çetin Akkaya**, Cezaların İnfazı ve İnfaz Hukuku, Adalet Yay., B. 6., Ankara 2018, s. 9.

⁵⁸⁵ **Hafızoğulları/Özen**, Ceza Genel, s. 469.

⁵⁸⁶ **Demirbaş**, Ceza Genel, s. 630.

⁵⁸⁷ Türk Ceza Kanunu'nun 49. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca bir yıl veya daha az süreli hapis cezaları kısa süreli hapis cezalarıdır. **İçel**, Ceza Genel, s. 661; **Koca/Üzülmez**, Ceza Genel, s. 528.

⁵⁸⁸ **Hakan Hakeri**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yay. B. 21, Ankara 2017, s. 669.

⁵⁸⁹ **Soyaslan** Ceza Genel, s. 588; İstisnai olarak seçenek yaptırıma çevirmenin zorunlu olduğu haller (3) numaralı fıkra düzenlenmiştir.

Kısa süreli hapis cezalarının seçenek yaptırımlara çevrilmesi kısa süreli hapis cezalarının infaz kurumunda çektirilmesinin sakıncalarının yararından daha fazla olabileceği düşüncesine dayanılarak tercih edilen bir yöntemdir⁵⁹⁰.

Doğrudan hükmedilen adli para cezalarında olduğu gibi seçenek yaptırımlara çevrilme müessesesinin de kişilerin maddi ve manevi bütünlüklerinin ihlalini teşkil eden suçlar yönünden uygulanması cezasızlık sonucu doğuracaktır. Seçenek yaptırımlara çevrilme imkânı getirilirken gözetilmesi gereken hususlar arasında kanun metninde sayılan “suçun işlenmesindeki özellikler” dikkate alınarak kanımızca kişilerin vücut bütünlükleri ile manevi varlıkları üzerinde zarar doğuran suçlar yönünden anılan hüküm uygulanmamalıdır.

3.4. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması

“Hükümün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB)” kurumu, CMK’nın 231. maddesinin (5) numaralı ve devamı fıkralarında düzenlenmiştir⁵⁹¹. Buna göre; yargılama

⁵⁹⁰ Hakeri, s. 669; İçel, Ceza Genel, s. 663-664; bu konuda ayrıca bkz. Yalçın, s. 65 vd; Töngür, s. 38-39; Yılmaz, s. 35-39.

⁵⁹¹ 5271 sayılı Kanun’un “Hükümün açıklanması ve hükümün açıklanmasının geri bırakılması” kenar başlıklı 231. maddesinin ilgili fıkraları şöyledir:

(5) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükümün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, gerekir. (Ek cümle: 22/7/2010 - 6008/7 md.) Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.

(7) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

sonucunda sanığın “iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası” ile mahkûmiyetine karar verildiği takdirde HAGB uygulanabilir. Kanun metninde de açıkça ifade edildiği üzere HAGB uygulanması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder⁵⁹². Hakkında HAGB kararı verilen sanık beş yıl süreyle denetime tabi olmaktadır. Bu süre içinde sanık hakkında bir “denetimli serbestlik tedbiri”

(8) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. (Ek cümle: 18/6/2014- 6545/72 md.) Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,
b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,
c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine, karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanasını durur.

(9) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.

(10) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

(11) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.

(12) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

(13) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

(14) (Değişik: 23/1/2008 – 5728/562 md.) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174’üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz.

⁵⁹² **Yenidünya/İçer**, s. 760.

uygulanabilmektedir. Sanık denetim süresinde kasıtlı yeni bir suç işlemez ve tabi tutulduysa denetimli serbestlik tedbirini yerine getirirse süre sonunda dava düşürülür.

Görüldüğü üzere HAGB, verilen mahkûmiyet kararını belli şartlar altında ve beş yıllık süre boyunca askıda bırakmakta, sanık bakımından hukuki sonuç doğurmasına engel olmaktadır. Mahkûmiyetin tali sonuçları da doğmamaktadır. Örneğin kamu görevlisinin kamu görevi sona ermemekte, tazminat ve disiplin hukukuna ilişkin süreçlerde kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmünün doğurduğu hukuki sonuçları doğmamaktadır⁵⁹³. Bu durumda HAGB'nın cezasızlık dozu, cezanın ertelenmesine kıyasla daha yoğundur⁵⁹⁴. HAGB kurumu, yumuşatılmış bir cezanın ertelenmesi prosedürü olarak da ifade edilmektedir⁵⁹⁵.

HAGB verilebilmesi için birtakım şartlar söz konusudur. Öncelikle, sanık hakkında hükmedilen mahkûmiyetin “iki yıl veya daha az süreli hapis” veya herhangi bir üst limit öngörülmezsizin⁵⁹⁶ “adli para cezası” olması gerekmektedir⁵⁹⁷. Ayrıca her iki türde cezaya birlikte hükmedilmesi halinde de hapis cezası için öngörülen sınır

⁵⁹³ **Mustafa Artuç**, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yay., B. 3., Ankara, 2010, s. 415, 416; **Devrim Güngör/Güneş Okuyucu Ergün**, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, AÜHFD., C. 65, S. 4, Y. 2016, s. 1955.

⁵⁹⁴ **Gültekin Yılmaz**, s. 147.

⁵⁹⁵ **Yenisey/Nuhoglu**, s. 773.

⁵⁹⁶ **Akif Yıldırım**, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yay., Ankara 2018, s. 254; **Artuç**, “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2008, C. 3, S. 21, s. 114; **Seyithan Güneş**, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, XII Levha Yay., İstanbul 2018, s. 77.

⁵⁹⁷ Burada bahsi geçen adli para cezasının hapis cezasından çevrilen adli para cezası olmayıp doğrudan hükmedilen adli para cezası olduğunu belirtmek gerekir. Anılan husus, HAGB uygulanmasının seçenek yaptırımlara çevirmeden önce uygulanması gereken bir kurum olduğu noktasından anlaşılmaktadır. Bkz. **Erhan Günay**, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yay., Ankara 2010, s.73; **Enver Kumbasar**, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yay. Ankara 2012, s. 124, 125; **Ali İhsan İpek**, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yay., Ankara 2010, s. 100, 101; **Denizhan Horozgil**, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Savaş Yay. Ankara 2017, s. 39, 40; **Rezan Epözdemir**, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yay., B. 2, Ankara 2017, s. 142, 143; **Yalçın**, s. 180.

gözetilerek HAGB uygulanması mümkündür⁵⁹⁸. Hapis cezasına ilişkin getirilen sınırdaki dikkate alınacak ceza, indirim veya artırımı sebepleri uygulandıktan sonra hükmolunan sonuç cezadır⁵⁹⁹. Suçun kasten ya da taksirle işlenmiş olması da HAGB uygulanması açısından bir fark yaratmamaktadır⁶⁰⁰. Beş yıllık süre dolmadan kasıtlı bir suç için yeniden HAGB verilmesi mümkün değildir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, yeniden işlenen suçun taksirle işlenmesi halinde yeniden HAGB uygulanabilir olduğudur⁶⁰¹.

Kanunda öngörülen diğer koşullar ise, “*sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması*”, “*mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması*”, “*suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi*”dir. Son olarak, “*sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez*”.

“*Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmaması*” koşulu, hapis cezasıyla veya adli para cezasıyla mahkumiyetlerin tümünü kapsamaktadır. Hükmün kesinleşmiş olması yeterli olup HAGB uygulanmasına engel teşkil etmesi için infaz edilmiş olması yönünde bir şart aranmamaktadır⁶⁰².

Daha önce mahkûm olunan kasıtlı bir suç bulunması ancak bu mahkumiyetin üzerinden belirli süreler geçmesi durumunda HAGB kararı verilip verilemeyeceği

⁵⁹⁸ Artuç, “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*”, s. 109; Yalçın, s. 178; Horozgil, s. 39; İpek, s. 101; Epözdemir, s. 141; Güngör/ Okuyucu Ergün, s. 1953.

⁵⁹⁹ Yıldırım, s. 255; Horozgil, s. 39.

⁶⁰⁰ Yıldırım, s. 255.

⁶⁰¹ Horozgil, s. 93.

⁶⁰² Yıldırım, s. 265; Yenisey/Nuhoğlu, s. 776.

meselesine ilişkin iki farklı görüş bulunmaktadır. Bizim de katıldığımız ilk görüş, ne kadar süre önce olursa olsun daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olunmasının HAGB uygulanmasına engel teşkil edeceğidir⁶⁰³. Bir diğer görüş ise adli sicilden silinme koşulları oluşan bir mahkûmiyet hükmünün HAGB uygulanmasına mâni teşkil etmediği yönündedir⁶⁰⁴.

Kanun hükmündeki “*sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması*” şeklindeki açık düzenlemeye karşın Yargıtay, “*bir kez mahkûm olan bir kişinin ömür boyu bu mahkûmiyetin olumsuz sonuçlarından etkilenmesi gerektiğinin kabul edilemeyeceği*” gerekçesiyle bir kısım süreler geçmesiyle artık önceki mahkûmiyetlerin HAGB verilmesine handikap teşkil etmeyeceğini belirtmiştir⁶⁰⁵.

⁶⁰³ **Necati Meran**, “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Konusunda Bazı Çözüm Önerileri*”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y. 2008, C. 3, S. 23, s. 66; **İpek**, 125.

⁶⁰⁴ Bkz. **Artuç**, Hükmün Açıklanmasını Geri Bırakılması, s. 104-105; **Kumbasar**, s. 154.

⁶⁰⁵ Hak yoksunluklarını kural olarak 5237 sayılı Yasanın 53. maddesinde cezanın infazı ile sınırlandıran, doğmuş hak mahrumiyetlerini ortadan kaldırmak için Adli Sicil Yasasına eklediği 13/a maddesi ile yasak hakların geri verilmesi müessesini kabul eden ve 5237 sayılı TCY’nın 58. maddesinde tekerrür hükümlerinin uygulanması açısından infazdan itibaren beş ve üç yıllık süreler öngören yasa koyucunun, bir kez mahkûm olan bir kişinin ömür boyu bu mahkûmiyetinin olumsuz sonuçlarından etkilenmesi gerektiğini kabul ettiği düşünülemez. Bu nedenlerle, yeni yasa dönemindeki mahkûmiyetler açısından da, belirli sürelerin geçmesi ile bu mahkûmiyetlerin 231. maddenin uygulanmasına yasal engel oluşturmayacağını kabulde zorunluluk bulunmaktadır. Bu itibarla, 01.06.2005 tarihinden sonra işlenen suçlardan dolayı mahkûm edilen sanıklar yönünden, 5237 sayılı TCY’nın tekerrür hükümlerinin uygulanması için 58. maddesinde öngörülen sürelerin nazara alınması ve bu sürelerin geçmiş olduğu hallerde önceki mahkûmiyetin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının objektif koşullarının değerlendirilmesi yönünden engel oluşturmayacağını kabulü adalet ve hakkaniyete uygun olacaktır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun K.2009/13 sayılı kararı; Ayrıca adli sicilden silinme koşullarının oluşup oluşmadığının araştırılması gerektiği yönünde bkz: Yargıtay 13. Ceza Dairesi’nin 23/9/2014 tarihli ve E. 2014/28096, K. 2014/26464 sayılı kararı.

Bu durumda, eski ceza kanunu döneminde, cezanın gerçekleşmemiş sayılacağına düzenlendiği haller⁶⁰⁶, adli sicilden silinme şartları oluşan önceki mahkumiyetler⁶⁰⁷ ile 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun geçici 2. maddesi⁶⁰⁸ uyarınca silinme şartları oluşan önceki mahkumiyetler uygulamaya engel teşkil etmezler⁶⁰⁹. Yeni dönemde kesinleşen

⁶⁰⁶ 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 95. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir:

Cürüm ile mahkum olan kimse hüküm tarihinden itibaren beş sene içinde işlediği diğer bir cürümden dolayı evvelce verilen ceza cinsinden bir cezaya yahut hapis veya ağır hapis cezasına mahkum olmazsa, cezası tecil edilmiş olan mahkumiyeti esasen vaki olmamış sayılır. Aksi takdirde her iki ceza ayrı ayrı tenfiz olunur.

⁶⁰⁷ 22/11/1990 tarihli ve 3682 sayılı mülga Adli Sicil Kanunu'nun *Adli Sicildeki Kaydın Çıkartılması* başlıklı 8. maddesi şöyledir:

(Değişik madde: 02/01/2003 - 4778 S.K./31. md.)

Cezanın çekildiği veya ortadan kalktığı veya düştüğü tarihten itibaren;

- a) Kabahatten mahkumiyet halinde, diğer bir cürüm veya kabahatten dolayı bir yıl içinde,
- b) Basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma ve dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile beş yıldan fazla ağır hapis ve hapis cezasına mahkumiyetler on yıl içinde,
- c) Beş yıl veya daha az ağır hapis veya hapis veya ağır para cezasına mahkumiyet halinde diğer bir cürümden dolayı beş yıl içinde,
- d) (b) bendindeki suçlara mahkumiyetlerin; suçu işlediği zaman onsekiz yaşını doldurmamış olan küçükler hakkında verilmesi halinde diğer bir cürümden dolayı beş yıl içinde,
- e) (c) bendindeki suçlara mahkumiyetlerin suçu işlediği zaman onsekiz yaşını doldurmamış olan küçükler hakkında verilmesi halinde diğer bir cürümden dolayı iki yıl içinde,

Evvelce verilen ceza cinsinden bir cezaya veya daha ağır bir cezaya mahkum olunmadığı takdirde ilgilinin, Cumhuriyet savcısının veya Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün talebi üzerine hükmü veren mahkemece veya talep edenin bulunduğu yer asliye ceza mahkemesince duruşma yapılmaksızın adli sicildeki kaydın çıkartılmasına karar verilir. Ertelenmiş olan hükmün esasen vaki olmamış sayıldığı hallerde ise, bu tarih esas alınır. Bu kararların bir örneği Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne gönderilir.

Kanunlarda yapılacak değişiklikler sonucu suç olmaktan çıkarılan veya idari nitelikte cezaya dönüştürülen suçlarla ilgili bilgiler Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nce resen adli sicil kayıtlarından çıkartılır.

⁶⁰⁸ (1) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nce toplanmış olsun veya olmasın, suç tarihi itibarıyla bu Kanunun yürürlük tarihinden önceki kayıtlar hakkında, 3682 sayılı Kanuna göre süre yönünden silinme koşulu oluşanlar silinir; diğer kayıtlar için bu Kanun hükümlerine göre işlem yapılır.

⁶⁰⁹ **Yıldırım**, s. 274; Yargıtay CGK, 3/2/2009, E. 2008/11-250, K. 2009/13.

suçlar yönünden ise 5237 sayılı Kanun'un 58. maddesinde⁶¹⁰ tekerrür hükümlerinin uygulanması açısından infazdan itibaren öngörülen beş ve üç yıllık sürelerin geçmesiyle anılan mahkûmiyet hükümlerinin HAGB kurumuna engel teşkil etmeyeceği değerlendirilmiştir⁶¹¹. Yargıtay'ın anılan içtihadının, arşiv kayıtlarının silinmesi koşullarının oldukça zorlaştırıldığı 2005-2012 yılları arasında uygulandığı, 11/4/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6290 sayılı Kanunla değişik 5352 sayılı Kanun'un 12. maddesi uyarınca, arşiv kayıtlarının silinmesinin infazdan sonra 5 yıllık süreye bağlandığı bu durumda anılan dönemden sonra HAGB uygulamasına esas teşkil edecek önceki mahkumiyetlerin arşiv kaydından silinip silinmediğine göre değerlendirilmesi gerektiği yönünde bir görüş de bulunmaktadır⁶¹².

Mahkûmiyetin kesinleşme zamanında yürürlükte olan mevzuata göre farklı süreler değerlendirilmekle birlikte çalışma konumuz açısından sürelerin belirlenmesine ilişkin bu teknik mesele önem taşımamaktadır. Hangi süreler esas alınırsa alınsın burada önemli olan kesinleşmiş mahkûmiyet hükmünün infazının üzerinden geçen belli süreler sonunda anılan mahkûmiyet hükümlerinin HAGB kurumunun uygulanmasına engel teşkil etmeyeceğinin içtihat edilmiş olmasıdır.

Hâlbuki HAGB kurumu, ilk kez suç işleyen ve cezası belli bir ağırlığa ulaşmayan kişinin hükümlü statüsüne girmemesi için getirilen bir imkândır⁶¹³. Kaldı ki adli sicil ya

⁶¹⁰ Madde 58- (1) Önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra yeni bir suçun işlenmesi halinde, tekerrür hükümleri uygulanır. Bunun için cezanın infaz edilmiş olması gerekmez.

(2) Tekerrür hükümleri, önceden işlenen suçtan dolayı;

a) Beş yıldan fazla süreyle hapis cezasına mahkûmiyet halinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren beş yıl, b) Beş yıl veya daha az süreli hapis ya da adli para cezasına mahkûmiyet halinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren üç yıl,

Geçtikten sonra işlenen suçlar dolayısıyla uygulanmaz.

⁶¹¹ Yargıtay CGK, 18/2/2008, 2006/6-346, E. 2008/25; Yargıtay 4. CD. 27/3/2014, E: 2013/1773, K. 2014/9702; Yargıtay 3. CD. 9/12/2013, E. 2013/5203, K. 2013/44709.

⁶¹² Horozgil, s. 74.

⁶¹³ **Cumhur Şahin/ Neslihan Göktürk**, Ceza Muhakemesi Hukuku – II, Seçkin Yay., B. 7, Ankara 2018,

da arşiv kayıtlarından silinen mahkûmiyet hükümlerinin HAGB kurumunun uygulanmasında dikkate alınmaması yönündeki içtihat yasal dayanaktan da yoksundur⁶¹⁴.

Yargılama sırasında sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûmiyeti bulunup bulunmadığı ancak adli sicil ve arşiv kayıtlarında tespit edilebileceğinden önceki mahkûmiyete bu kayıtların esas alınması pratikte olağan bir yol olmakla birlikte arşiv kayıtlarının silinmesi koşulları belki de gözden geçirilmesi gereken diğer bir sorunlu alanı oluşturmaktadır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun, tesadüf eseri ve basit bir suç işleyen kişilere bir şans daha verilmesi fikri üzerine ihdas edildiği yönündeki kabul üzerinde anlaşılmıştır⁶¹⁵. Kanun'un açık hükmü de daha önce bir mahkûmiyet hükmü bulunmama koşulunu öngörmektedir. Bu doğrultuda, uygulamanın tekrar gözden geçirilmesi gerektiği açıktır.

HAGB uygulanabilmesi için Kanunda öngörülen şartlardan bir diğeri, “*suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın*” tamamen giderilmesidir. Bir suçun işlenmesinden doğan zarar hem maddi hem manevi nitelikte olabilecektir⁶¹⁶. Nitekim zarar kavramı kişinin malvarlığında ya da malvarlığı dışındaki hukuksal değerlerinde meydana gelen eksilme olarak tanımlanmaktadır⁶¹⁷. Maddi zarar, malvarlığında meydana gelen eksilmeyi ifade ederken manevi zarar bireyin elem hissetmesine sebebiyet verilmesidir⁶¹⁸.

s. 194; İpek, s. 125.

⁶¹⁴ Yıldırım, s. 274; İpek, s. 135; Yalçın, s. 200.

⁶¹⁵ Yıldırım, s. 243, 263; Yalçın, s. 184.

⁶¹⁶ Yıldırım, s. 298; Epözdemir, s. 187.

⁶¹⁷ Mustafa Reşit Karahasan, Tazminat Hukuku- Maddi Tazminat, Beta Yay., B. 6, İstanbul 2001, s. 53.

⁶¹⁸ Epözdemir, s. 188, 191.

Kişinin malvarlığı üzerinde doğan zararlar maddi zarar olarak adlandırılırken malvarlığı dışındaki hukuksal değerler üzerinde doğan zararlar manevi zarar olarak ifade edilmektedir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, HAGB uygulanması için öngörülen koşullardan biri olan suçtan doğan zararın giderilmesi koşulunun yalnızca maddi zararlar için geçerli olduğunu belirtmektedir⁶¹⁹. Yargıtay Ceza Genel Kuruluna göre manevi zararlar anılan kapsamda değerlendirilemeyecek, maddi zarar oluşmayan hallerde giderim beklenmeyecektir⁶²⁰. Yaralama ya da taksirle ölüme sebebiyet verme gibi suçlar yönünden ise yalnızca hastane giderleri gibi malvarlığına yönelik eksilmeler zarar olarak kabul edilmekte ve bu zararların giderilmesi beklenmektedir⁶²¹.

Ancak esasında bu yorum, bazı suç türleri bakımından uygulanmaması gereken HAGB kurumunun her suç türünde uygulanabilmesinin yolunu açmaktadır. Dahası, işlediğiniz bir suç ile malına zarar verdiğiniz bir kişinin maddi zararını karşılamazsanız – örneğin arabasının camını kırdığınız kişinin maddi zararını karşılamadığınız durumda – uygulanamayan kural aynı kişinin kolunu kırdığınızda hiçbir koşula tabi kılınmaksızın uygulanabilmektedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanabilmesi için Kanun’da getirilmiş açık bir koşul olan zararın karşılanmasından maddi ve manevi her iki zarar türünün anlaşılması gerektiği açıktır⁶²².

HAGB uygulamasının bir diğer koşulu olarak ise, “*sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği*

⁶¹⁹ Yargıtay CGK, 3/2/2009, E. 2008/11-250, K. 2009/13.

⁶²⁰ Yargıtay CGK, E.2008/11-250, K.2009/13,3/2/2009.

⁶²¹ Yargıtay 1. CD, 20/10/2010, E.2010/4828, K. 2010/6802.

⁶²² Aynı yönde bkz. **Ünver/ Hakeri**, s. 710-711; **İpek**, s. 177-178; **Güneş**, s. 101; **Kafes**, s. 139; karşı yönde görüş için bkz. **Kumbasar**, s. 176; **Epözdemir**, s. 192; **İsmail Ercan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, XII Levha Yayınları, B. 6, İstanbul 2013, s. 286; **Ersan Şen/Mert Maviş**, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması (HAGB), Seçkin Yay., Ankara 2014, s. 30; **Yalçın**, s. 243.

hususunda kanaate varılması” gerektiğini daha önce belirtmiştik. Dikkat edileceği üzere kanun hükmü bu koşulun değerlendirilmesinde “sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışlarının” dikkate alınabileceğini düzenlemiştir. Suçun işleniş şekli ve sanıktaki kastın yoğunluğu gerekçesiyle HAGB uygulanmasına yer olmadığına dair verilen karar temyiz merci tarafından bozmaya konu edilmiştir⁶²³. Böylelikle işkence ve kötü muamele iddialarına ilişkin yargılamalarda olayın ağırlığının dikkate alınarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmemesinin temyiz merciince önüne geçildiği görülmektedir⁶²⁴.

Kanımızca Yargıtay’ın buradaki yorumu da dar ve kurumun amacına uygun kullanımını engelleyen bir yorumdur. Suçun maddi unsurunu oluşturan olaylar ile sanığın suçu işlerken ki davranışlarının sanığın kişilik özellikleri hakkında hâkime bir fikir vereceği açıktır⁶²⁵. Bu kapsamda suçun işleniş şekli ve sanıktaki kastın yoğunluğu gibi hususlar sanığın kişilik özelliklerinin tespitinde ve yeniden suç işleme olasılığının değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken hususlardır⁶²⁶. Aksi durumda, hâkimin sanığın kişilik özelliklerine yönelik kanaat edinebileceği bir mecra bulunmayıp sanığın yalnızca duruşmadaki tutum ve davranışları gözetilerek karar verilmesi sonucu doğmaktadır⁶²⁷.

Son olarak, sanık kabul etmeksizin HAGB kurumu uygulanamamaktadır⁶²⁸. Yargıtay, sanığın kabul etmiş olması şartıyla, HAGB kurumunun, seçenek yaptırımlara

⁶²³ Yargıtay 9. CD., 28/1/2016, E. 2015/8436, K. 2016/791.

⁶²⁴ **Gültekin Yılmaz**, s. 146.

⁶²⁵ **Yıldırım**, s. 332.

⁶²⁶ **Yalçın**, s. 213; **İpek**, s. 144; **Epözdemir**, s. 171.

⁶²⁷ Sanığın kişilik özelliklerinin tespit edilmesindeki zorluklar yönündeki eleştirilerle birlikte denetimli serbestlik müdürlüğünce bir rapor hazırlanması yolunun kullanılması yönünde bkz. **Yalçın**, s. 214 vd.

⁶²⁸ **Devrim/Okuyucu Ergün**, s. 1958; **Yalçın**, s. 222-223.

çevirme ve erteleme gibi diğer cezanın bireyselleştirilmesi araçlarından önce değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir⁶²⁹.

Kanunda öngörülen şartların bulunması halinde HAGB uygulaması açısından bir değerlendirme yapılması zorunludur. Yapılacak değerlendirme ise sübjektif koşul olarak da ifade edilen kişinin yeniden suç işlemeyeceğine dair kanaat oluşup oluşmadığına ilişkindir. HAGB uygulanmaması için “*sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışlarının*” ne şekilde olumsuz değerlendirildiğinin kararda belirtilmesi gerekmektedir⁶³⁰. Yani bir nevi HAGB uygulanması esas uygulanmaması ise istisnadır.

Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, kanunda öngörülen koşulların oluştuğu durumda – ki önceki mahkûmiyet hükmü bulunmaması koşulu ile zararın giderilmesi koşulunun uygulanma biçimi koşulların oluştuğu durumları hayli genişletmektedir- hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermek zorunludur⁶³¹. Kurumu uygulayıp uygulamama noktasında hâkimin bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Hâkimin hükmün açıklanmasının geri bırakılmamasına karar verebilmesi için çok sınırlı sebepler içinden somut bir gerekçe sunması gerekmektedir. Esasında Kanun hükmü kurumun uygulanıp uygulanılmamasını hâkimin takdirine bırakmıştır⁶³². Kanun metni, “hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir” şeklinde kaleme alınmıştır. Buradan anlaşılması gereken hâkimin konuya ilişkin takdir yetkisi bulunduğudur. Ancak HAGB uygulanması konusunda Kanun koyucu tarafından hâkime tanınmış olan takdir yetkisi uygulamada kaldırılmış gözükmektedir. Zira böyle bir takdir yetkisinin keyfiliğe yol açabileceği söylenmektedir⁶³³. Bu yoruma katılmak mümkün değildir. Takdir yetkisi her

⁶²⁹ Yargıtay CGK, 3/11/2015, E.2014/8-580, K.2015/360.

⁶³⁰ **Günay**, s. 123; **Devrim/Okuyucu Ergün**, s. 1958; gerekçe sunma zorunluluğu ve gerekçenin içermesi gereken unsurlar için bkz. **Yalçın**, s. 216-217.

⁶³¹ **Yıldırım**, s. 364.

⁶³² **Horozgil**, s. 103.

⁶³³ Bu yönde bkz. **Yıldırım**, s. 363-364.

zaman hukuka uygun kullanımı gerektiren ve keyfilik içermeyen bir yetkidir. Hâkime takdir yetkisi tanıyan diğer tüm alanlar gibi bu alanda da gerekçeli ve hukuka uygun olarak yetkinin kullanılması beklenmelidir. Hemen her konuda hâkimin takdir yetkisi içinde alanlar bulunan ceza muhakemesinde, hâkime verilen takdir yetkisinin keyfiliğe yol açabileceği yorumu izaha muhtaçtır. Hâkimin takdir yetkisini kullanımı, gerekçeleri doğrultusunda denetime konu edilecektir.

HAGB'nin sanığın kişilik özellikleri dikkate alınmaksızın yoğun olarak uygulanmasının kurumun amacına aykırılık teşkil ettiği açıktır⁶³⁴.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, İnkılap Kanunlarında yer alan suçlar⁶³⁵, çek hakkında karşılıksız işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu⁶³⁶, şike ve teşvik primi suçu⁶³⁷ dışındaki tüm suç tipleri için uygulanabilmektedir. Görüldüğü gibi, bir kimsenin vücut bütünlüğü üzerinde zarar doğuran kasıtlı suçlar yönünden HAGB uygulanması açısından Kanun'da herhangi bir sınır getirilmiş değildir.

Ancak Anayasa Mahkemesine göre, “işkence ve kötü muamele iddiaları yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasının, sanığın infaz edilebilir bir ceza almaması sonucunu doğurduğu ve bu kurumun uygulanmasında mağdurun muvafakati ya da mağdur açısından manevi bir telafinin sağlanmasının da aranmadığı gözetildiğinde anılan hükmün mağdur açısından yeterli ve etkili bir giderim de sağlamadığı açıktır⁶³⁸.”

⁶³⁴ Yalçın, s. 90.

⁶³⁵ CMK'nın 231. maddesinin (14) numaralı fıkrası uyarınca.

⁶³⁶ 5941 sayılı Kanun'un (10) numaralı fıkrası uyarınca.

⁶³⁷ 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un 11. maddesinin (9) numaralı fıkrası uyarınca.

⁶³⁸ Şenol Gürkan, B. No: 2013/2438, 9/9/2015, § 110; Mustafa Rollas, § 81; E.A. [GK], B. No: 2014/19112, 17/5/2018, §62.

Anayasa Mahkemesinin ve AİHM'in HAGB uygulanan hallere ilişkin verdiği etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlali yönündeki kararları, bu kurumun uygulanabileceği suç tiplerine yönelik yargı kararlarıyla getirilmiş bir sınırlama olarak değerlendirilebilir⁶³⁹.

Kanunda suç tipi yönünden bir sınırlama getirilmiş olmasa da etkili soruşturma yükümlülüğü getiren uluslararası antlaşmaların Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca esas alınması ve bu suç tipi yönünden HAGB uygulanmaması gerekir⁶⁴⁰. Ancak yargı kararlarıyla bu sonuca ulaşılması zaman alacağından vücut bütünlüğüne yönelik suçlar yönünden HAGB uygulanmasına kanunla sınırlama getirilmesi daha hızlı ve kesin bir yöntem olacaktır⁶⁴¹. Nitekim kanunlarla karşılıksız çek ya da şike ve teşvik primi suçlarına istisna getirildiği düşünüldüğünde vücut bütünlüğüne yönelik suçlar yönünden de böyle bir istisnanın getirilmesi önünde bir engel görülmemektedir.

Caydırıcılığın sağlanması ve ihlal teşkil eden eylemlere müsamahalı yaklaşıldığı izlenimi verilmemesi gerekliliği yönünde Anayasa Mahkemesinin en sık cezasızlık vurgusu yaptığı karar türünü hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına kararları oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, devlet kontrolünde bulunan bir zamanda gerçekleşen eylemler yönünden HAGB kurumunun uygulanmasının yeterli olmadığı sonucuna ulaşmaktadır. Bu sonuca ulaşılırken “*sanığın infaz edilebilir bir ceza almaması*”, “*mağdurun muvafakati ya da mağdur açısından manevi bir telafinin sağlanmasının*”

⁶³⁹ **Yalçın**, s. 173-177; **Yıldırım**, s. 249, 477; **Yenisey/Nuhoglu**, s. 774; AİHM'in bu yönde kararları için bkz. **Taylan/Türkiye**; **Eski/Türkiye**; **Böber/Türkiye**, 62590/09, 9/4/2013; **Ateşoğlu/Türkiye**, B. No: 53645/10, 20/1/2015.

⁶⁴⁰ **Yıldırım**, s. 249-250, 477; **Horozgil**, s. 67-68.

⁶⁴¹ Benzer yönde bkz. **Yıldırım**, s. 512.

aranmaması etkili olmaktadır⁶⁴². Anayasa Mahkemesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinin, kamu görevlilerinin şiddet eylemlerine müsamaha gösterildiği veya kayıtsız kalındığı izlenimi oluşturabileceğini, adalete ve hukuk devletine olan güvenin sarsılmasına yol açabileceğini belirtmektedir.⁶⁴³

Anayasa Mahkemesine göre, *“kanun koyucunun, işlediği suçtan dolayı kişinin tekrar topluma kazandırılması amacıyla getirdiği HAGB kurumunun uygulanıp uygulanmayacağı değerlendirilirken her olayın somut koşulları çerçevesinde suçun niteliği ve mağdurun söz konusu suçtan etkilenme derecesiyle orantılı olarak yaptırımın caydırıcılığı hususu da göz ardı edilmeden yorumlanmalıdır.”*⁶⁴⁴. Anayasa Mahkemesi, mevzuatın derece mahkemelerine hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını uygulama olanağı vermekle birlikte uygulamanın zorunlu olmadığını, bu konuda hâkime tam bir takdir yetkisi tanındığını vurgulamaktadır⁶⁴⁵.

Toplantı ve gösteri yürüyüşleri sırasında kolluk görevlilerinin müdahalesi ile copla vurulması sonucunda parmak kırılması olayına ilişkin olaydan sorumlu kolluk görevlisi hakkında verilen on bir ay yirmi gün hapis cezasının açıklanmasının geri bırakılması, eyleme hoşgörü gösterildiği izlenimi vermesi ve benzer eylemlerin tekrarlanması yönünde caydırıcılık sağlamadığı, adalete olan güveni zedelediği için Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna götürmüştür⁶⁴⁶.

⁶⁴² “İşkence ve kötü muamele iddiaları yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasının, sanığın infaz edilebilir bir ceza almaması sonucunu doğurduğu ve bu kurumun uygulanmasında mağdurun muvafakati ya da mağdur açısından manevi bir telafinin sağlanmasının da aranmadığı gözetildiğinde anılan hükmün mağdur açısından yeterli ve etkili bir giderim de sağlamadığı açıktır.” Şenol Gürkan, § 110; Mustafa Rollas, § 81.

⁶⁴³ Edip Elma ve diğerleri, B. No: 2015/14826, 18/4/2019, § 69.

⁶⁴⁴ A.S.Y., B. No: 2015/4213, 15/11/2018, § 66.

⁶⁴⁵ Seyfullah Turan ve diğerleri, § 193.

⁶⁴⁶ Elif Aydın Dost, § 65.

İnsan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele olarak nitelendirilen başka bir olayda ise verilen 1.500 TL adli para cezasının açıklanmasının geri bırakılması nedeniyle cezasızlık sonucu doğduğu tespit edilmiştir⁶⁴⁷. Ceza infaz kurumunda darp edilen başvurucunun maruz kaldığı eylemin eziyet olarak nitelendirildiği bir diğer başvuruda caydırıcılık sağlamak yerine eylem ile orantısız şekilde adli para cezası öngörülerek HAGB verilmiş olması nedeniyle ihlal kararı verilmiştir⁶⁴⁸.

Anayasa Mahkemesince eziyet şeklinde nitelendirilen eylem yönünden kolluk görevlileri hakkında beş ay on sekiz gün hapis cezası tayin edilerek HAGB verilmesi cezasızlık sonucu doğuran bir başka uygulama olarak kabul edilmiştir⁶⁴⁹.

Kolluk görevlilerinin kötü muamelesine ilişkin yapılan *Edip Elma ve Diğerleri* başvurusunda da anayasal anlamda eziyet olarak nitelendirilen eylem karşılığında failler hakkında haksız tahrik ve iyi hâl indirimi yapılarak bin beş yüz lira adli para cezası takdir edilerek HAGB kararı verilmesi yine Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştırmıştır⁶⁵⁰.

Kamu görevlilerinin işledikleri suçlar hakkında HAGB uygulandığı hallerde kamu görevlilerinin korunması amacının varlığı gözetilerek cezasızlık sonucuna ulaşılması Anayasa Mahkemesi yönünden daha kolay ve olasıdır. Ancak üçüncü kişilerin işledikleri suçlar yönünden bu sonuca kamu görevlilerindeki kadar sık varılmamaktadır.

Erken tarihli bir karar olan *Esma Başbakkal* kararı, cinsel taciz nedeniyle yapılan şikâyeteye ilişkindir. Söz konusu olaya ilişkin yürütülen kovuşturmada sanık hakkında cinsel taciz suçundan verilen 1.500 TL adli para cezasının açıklanmasının geri

⁶⁴⁷ **Yunus Kalkan**, B. No: 2013/4383, 18/2/2016, § 69, 86.

⁶⁴⁸ **Süleyman Deveci**, § 103.

⁶⁴⁹ **Mehmet Şah Araş ve diğerleri**, § 82-84.

⁶⁵⁰ **Edip Elma ve diğerleri**, § 55.

bırakılmasına karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi yaptığı incelemede, eylemin anlık olduğunu ve sözlü taciz ile sınırlı kaldığını belirterek HAGB kararının orantılı olduğu sonucuna varmıştır⁶⁵¹.

Yakın tarihli kararlarda da benzer değerlendirmeler yapılmakla birlikte eylemin niteliğinin varılan sonuçla doğrudan bağlantılı olduğu anlaşılmaktadır. A.S.Y. kararı, yedi yaşındaki kız çocuğuna karşı on dört ve on beş yaşlarında olan diğer erkek çocuklar tarafından gerçekleştirilen eylemlere ilişkindir. Sanık çocuklar hakkında çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan dava açılmış ancak alınan sağlık raporlarında organ veya sair cisim sokma eyleminin gerçekleştiğine dair bulgu elde edilmemesi nedeniyle eylemin sarkıntılık boyutunda kaldığı sonucuna varılmıştır. Başvurucuların şikâyetleri öncelikle bu suç nitelendirmesine sonrasında çocuklar hakkında HAGB kararı verilmesine ilişkindir. Anayasa Mahkemesince suçun nitelendirilmesine ilişkin mesele, objektif bulgulardaki içerikle açıkça çelişmediği sürece derece mahkemelerinin takdirine müdahale edilmesinin mümkün olmadığı şeklinde karşılanmıştır⁶⁵². Sanıklar hakkında caydırıcı bir yaptırıma hükmedilmemesine ilişkin şikâyet yönünden ise her iki tarafın da çocuk olması, derece mahkemesince eylemin sarkıntılık aşamasında kaldığının kabul edilmesi, suça sürüklenen çocukların adli sicil kayıtlarının bulunmaması gerekçeleriyle öngörülen cezanın ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinin caydırıcılığı sağladığı ve başvurucunun maruz kaldığı kötü muamele vakasına karşı açıkça yetersiz olmadığına karar verilmiştir⁶⁵³. Bu sonuca ulaşırken Mahkemenin özellikle sanıkların çocuk olmasına ve “5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu”nun 4. maddesi ile Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 37. maddesinde yer alan “çocuklar

⁶⁵¹ Esma Başbakkal, B. No: 2012/1128, 8/5/2014, § 40.

⁶⁵² A.S.Y., § 58.

⁶⁵³ A.S.Y., § 69.

*hakkında özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirler ile hapis cezasına en son çare olarak başvurulması” yönündeki ilkeye vurgu yaptığı görülmektedir*⁶⁵⁴.

Otistik bir çocuğun öğrenim gördüğü okulda diğer öğrencilerin cinsel istismar ve cinsel tacizine maruz kaldığı ve bir kısım sanıklar hakkında HAGB verilen A.B. ve B.B. başvurusunda da benzer bir sonuca ulaşılmıştır. Başvuruya konu olayda eylemi cinsel istismar olarak değerlendirilen bir sanık hakkında hapis cezasına hükmedilirken eylemlerinin cinsel taciz boyutunda kaldığı değerlendirilen sanıklar hakkında HAGB uygulanmıştır. Anayasa Mahkemesince, suç faillerinin de çocuk olması, eylemin cinsel taciz olarak nitelendirilmesi ve cinsel istismar boyutuna ulaşmaması hususları değerlendirilerek hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinin cezayı etkisiz kılmadığı sonucuna ulaşılmıştır⁶⁵⁵.

E.A. başvurusunda ise üçüncü kişinin eyleminin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla sonuçlanmasının kötü muamele yasağını ihlal ettiği sonucuna varılmıştır. Başvuruya konu olayda, uyku halinde olan başvurucunun vücuduna sanık tarafından dokunulmak suretiyle cinsel saldırı suçu gerçekleştirilmiştir. Sanık hakkında bir yıl sekiz ay hapis cezasına hükmedilmiş ve HAGB kararı verilmiştir⁶⁵⁶. Bu kararda Anayasa Mahkemesi öncelikle ceza miktarı tayini konusuna değinmektedir. Buna göre, ceza miktarı tayininin derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamında kaldığında kuşku bulunmamakta ve Anayasa Mahkemesinin müdahalesi kural olarak kabul edilmemektedir. Ancak “*takdir yetkisinin bu tür olaylara müsamaha gösterme şeklinde kullanılması, etkin yargısal korumayı zayıflatarak temel hak ve hürriyetlerin zedelenmesine yol açabilecektir*⁶⁵⁷. Anayasa Mahkemesi, derece mahkemesinin ceza

⁶⁵⁴ A.S.Y., § 67-68.

⁶⁵⁵ A.B. ve B.B., B. No: 2015/7161, 31/10/2018, § 78.

⁶⁵⁶ E.A., § 20.

⁶⁵⁷ E.A., § 58.

tayini ve HAGB hususundaki takdir yetkisini eyleminin sonucunu hafifletmek için kullanıldığı durumlarda caydırıcı yasal önlemlerin etkisiz kılındığını belirtmektedir⁶⁵⁸.

AİHM, HAGB kurumunun cezanın ertelenmesinden de kuvvetli bir sonuç doğurduğunu belirtmektedir⁶⁵⁹. Buna göre, yaşam hakkı ya da işkence ve kötü muamele yasağının ihlalini teşkil eden suçlar yönünden HAGB uygulanması sanıkların cezadan muaf tutulması anlamına gelmekte⁶⁶⁰ ve cezasızlığa yol açarak etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlaline sebebiyet vermektedir⁶⁶¹.

AİHM, takdir yetkisinin eylemlere hoşgörü gösterilmeyeceğini ortaya koyacak şekilde kullanılması gerektiğini, mahkemelerin bu yetkilerini “*ciddi bir suç teşkil eden eylemin sonuçlarını hafifletmek ya da ortadan kaldırmak için*” kullandıklarının tespit edilmesi halinde ihlal sonucuna varılacağını içtihat etmektedir⁶⁶².

Bu test yapılırken Anayasa Mahkemesinde olduğu gibi kamu görevlilerinin işledikleri suçlar yönünden daha katı bir tutum sergilenmekte üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen eylemler karşısında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının caydırıcılığın sağlanması açısından yeterli olabileceği değerlendirilmektedir. Örneğin *Çalışkan/Türkiye* kararında AİHM, üçüncü kişiler arasında trafikte gerçekleşen yaralama olayında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesinin soruşturma yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna ulaşmamıştır. Somut olayın özelliklerini

⁶⁵⁸ E.A., § 67.

⁶⁵⁹ *Taylan /Türkiye*, § 46; *Ateşoğlu/Türkiye*, § 28.

⁶⁶⁰ *Okkalı/Türkiye*, § 75; *Kasap ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 8656/10, 14/1/2014, §17; *Taylan /Türkiye*, §46.

⁶⁶¹ *Eski/Türkiye*, § 36; *Taylan/Türkiye*, § 46; *Böber/Türkiye*, § 35; *Kasap ve Diğerleri/Türkiye*, § 60; *Ateşoğlu/Türkiye*, B. No: 53645/10, 20/1/2015, § 28.

⁶⁶² *Okkalı/Türkiye*, § 75; *Kasap ve diğerleri/Türkiye*, § 17; *Taylan /Türkiye*, §46.

dikkate alarak verilen HAGB kararının yeterli caydırıcı etkiye sahip olduğunu değerlendirmiştir⁶⁶³.

3.5. Erteleme

Hapis cezasının ertelenmesi, 5237 sayılı Kanun'un 51. maddesinde düzenlenmiştir⁶⁶⁴. Erteleme, belli ağırlığı aşmayan bir hapis cezasının infazının geri

⁶⁶³ Çalışkan/Türkiye, B. No: 47936/11, 1/12/2015, § 52; Cemile Kaya ve diğerleri/Türkiye [k.k.], 67385/09, 24/5/2016, § 29.

⁶⁶⁴ 5237 sayılı Kanun'un Hapis Cezasının Ertelenmesi kenar başlıklı 51. maddesi şöyledir:

- (1) İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır. Ancak, erteleme kararının verilebilmesi için kişinin;
 - a) Daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması,
 - b) Suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması, Gerekir.
- (2) Cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir. Bu durumda, koşul gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edilir. Koşulun yerine getirilmesi halinde, hakim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhal salıverilir.
- (3) Cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirlenir. Bu sürenin alt sınırı, mahkûm olunan ceza süresinden az olamaz. (4) Denetim süresi içinde;
 - a) Bir meslek veya sanat sahibi olmayan hükümlünün, bu amaçla bir eğitim programına devam etmesine,
 - b) Bir meslek veya sanat sahibi hükümlünün, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,
 - c) Onsekiz yaşından küçük olan hükümlülerin, bir meslek veya sanat edinmelerini sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesine, Mahkemece karar verilebilir.
- (5) Mahkeme, denetim süresi içinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebilir. Bu kişi, kötü alışkanlıklardan kurtulmasını ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini temin hususunda hükümlüye öğütte bulunur; eğitim gördüğü kurum yetkilileri veya nezdinde çalıştığı kişilerle görüşerek, istişarelerde bulunur; hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişme hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hakime verir.
- (6) Mahkeme, hükümlünün kişiliğini ve sosyal durumunu göz önünde bulundurarak, denetim süresinin herhangi bir yükümlülük belirlemeden veya uzman kişi görevlendirmeden geçirilmesine de karar verebilir.
- (7) Hükümlünün denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklerle, hakimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi halinde; ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir.
- (8) Denetim süresi yükümlülüklerle uygun veya iyi halli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş

bırakılmasını ve koşulların tamamlanması halinde cezanın infaz edilmiş sayılmasını sağlayan bir ceza muhakemesi hukuku müessesesidir. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’nda cezanın ertelenmesi, denetim süresini suç işlemekten geçiren hükümlünün mahkûmiyetini "*vaki olmamış*" saymakta iken 5237 sayılı yeni kanun, erteleme kararı verilmesi halinde koşullar gerçekleştiği takdirde cezayı infaz edilmiş saymaktadır⁶⁶⁵.

Erteleme kurumunun, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına benzer şekilde, suç işlemeyi alışkanlık haline getirmemiş kişileri tesadüfi olarak suç işleyenlerden ayırarak bu kişilerin ceza infaz kurumuna konulmasına engel olunması ve bu kişilerin ceza infaz edilmeden ıslah olmalarına yardım edilmesi amacına hizmet etmek için getirildiği kabul edilmektedir⁶⁶⁶. İlk kez suç işleyen kimsenin ceza infaz kurumuna girmesi engellenerek bu kişi için ceza tehdidinin caydırıcılığının aşınmasını önleneceği söylenmektedir⁶⁶⁷. Ancak mahkûmiyet hükmünü etkisiz kılması nedeniyle cezasızlık sonucu doğuran kurumlardan birini oluşturmaktadır.

İki yıl veya daha az süreli hapis cezaları için kişinin "*daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması*", ve "*suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması*" şartıyla erteleme kurumu uygulanabilir. Kişinin "*tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması*", kanun metninde failin pişmanlık göstermiş olması koşuluna bağlanmış, failin pişman olması bu yönde bir emare sayılmıştır⁶⁶⁸. Sanığın pişman olması koşulu erteleme için bir koşul olmakla birlikte tek koşul değildir. Cezanın ertelenmesi için hâkimin sanığın "*bir daha*

sayılır.

⁶⁶⁵ **İçel**, Ceza Genel, s. 705.

⁶⁶⁶ **Ali Parlar**, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Erteleme, Bilge Yay., B. 2, Ankara 2015, s. 256-257, 319.

⁶⁶⁷ **Hafızoğulları/Özen**, Ceza Genel, s. 459.

⁶⁶⁸ **Hafızoğulları/Özen**, Ceza Genel, s. 463.

*suç işlemeyeceği” yönünde kanaat edilmiş olması ve kendisinde kanaat uyandıran bu gerekçeleri kararında açıklaması gerekmektedir*⁶⁶⁹.

Ancak Yargıtay içtihadı, HAGB’ye benzer şekilde ertelemeye yer olmadığına dair kararın da gerekçeli olması gerektiği yönündedir⁶⁷⁰. Bunun anlamı, mahkemenin erteleme kararı vermediği hallerde kişinin yeniden suç işlemeyeceğine ilişkin kendisinde neden kanaat oluşmadığına ilişkin gerekçe sunması gerektiğidir. Suçun unsurları ve ağırlaştırıcı nedenler de ertelemeye yer olmadığı kararına gerekçe olarak kabul edilmemektedir⁶⁷¹.

Erteleme ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu arasındaki en önemli fark, denetim süresi sonunda ertelenen ceza infaz edilmiş sayılırken açıklanması geri bırakılan hükmün hiç verilmemiş sayılarak davanın düşürülmesidir. Ertelenen ceza tekerrüre esas alınırken⁶⁷² HAGB herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz.

HAGB ve erteleme, kısa süreli hapis cezalarının infaz kurumunda infaz edilmesi yönündeki sakıncaların bertaraf edilmesine yönelik getirilen tedbirler arasında sayılmakla birlikte seçenek yaptırımlara çevrilme için getirilen bir yıl ve daha kısa süreli hapis cezalarına ilişkin sınırın iki yıl ve üç yıl gibi sürelerle çekilmesi kısa süreli hapis cezalarının sınırının genişletilmesi eğilimini göstermekte ve suç ile mücadele edilmesini olumsuz yönde etkilemektedir⁶⁷³.

⁶⁶⁹ **Hafızoğulları/Özen**, Ceza Genel, s. 463; **İçel**, Ceza Genel, s. 695.

⁶⁷⁰ İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu 7/6/1976, E. 1976/4, K. 1976/4/3.

⁶⁷¹ Yargıtay CGK, 22/12/2009, E.2009/99 K.2009/304.

⁶⁷² **İçel**, Ceza Genel, s. 705.

⁶⁷³ **İçel**, Ceza Genel, s. 663; önceleri kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların olumsuz etkilerini bertaraf etmek amacıyla getirilen erteleme kurumunun kısa süreli sayılmayan cezalar için de başvurulabilir hale geldiği yönünde bkz. **Erdem**, s. 19.

Erteleme de cezaların işlenen fiillerle orantısızlığına yol açan uygulamalardan bir diğeri olarak AİHM kararlarında kendisine yer bulmakta ve eleştirilmektedir. Başvurucunun polis memurları tarafından darp edildiği olayda, kötü muamele yasağının mutlak niteliğine karşın polis memurları hakkında haksız tahrik indirimi yapılması eleştiri konusu edilirken verilen hafif hapis cezasının ve ertelenmenin, suçun ağırlığıyla açıkça orantısız olduğunu tespit etmiştir⁶⁷⁴. AİHM bu tür cezaların ertelenmesini, mahkûmiyet hükümlerinin etkisiz kalmasına yol açtığını tespit etmektedir⁶⁷⁵.

3.6. Zamanaşımı

Zamanaşımı kavramı, devletin, suçun üzerinden belli bir zaman geçmesi halinde faili cezalandırmaktan vazgeçmesini ifade etmektedir⁶⁷⁶. Dava zamanaşımı, suç tarihinden itibaren belli sürelerin geçmesiyle soruşturma yürütülmesine ve dava açılmasına ya da açılmış davanın sürdürülmesine engel olur⁶⁷⁷.

Zamanaşımı, suçun işlenmesinin üzerinden belirli bir zaman geçtikten sonra ceza verilmesi hakkının kullanılmasında kamu yararı kalmadığı anlayışına dayanmaktadır⁶⁷⁸. Buna göre, aradan geçen zaman delillere zarar vereceği için verilecek hükmün doğruluğu kuşkuya düşecek, suçun izleri silindiği için verilecek ceza, önceden bozulan kamu düzenini yerine getirmeyecektir⁶⁷⁹. Zamanaşımı kurumunun kabul edilmesine getirilen

⁶⁷⁴ **Atalay/Türkiye**, B. No: 1249/03, 18/12/2008, § 44-47; benzer yönde bkz. **Eski/Türkiye**, § 36; **Ali ve Ayşe Duran/Türkiye**, § 36.

⁶⁷⁵ **Taylan /Türkiye**, § 46; **Ciğerrhun Öner / Türkiye (n° 2)**, B. No: 2858/07, 23/11/2010, § 102.

⁶⁷⁶ **İçel**, Ceza Genel, s. 785; **Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yay., B. 4, İstanbul 2006, s. 624; **Kubilay Taşdemir**, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Cantekin Matbaacılık, Ankara 2011, s. 17.

⁶⁷⁷ **M. Emin Artuk/M. Emin Alşahin**, “*Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı*”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2013, C.19, S. 2, s.41.

⁶⁷⁸ **İçel**, Ceza Genel, s. 785; **Taşdemir**, s. 17; **Özbek vd.**, Temel Bilgiler, s. 421-422; **Toroslu/Toroslu**, s. 491.

⁶⁷⁹ **Taşdemir**, s. 17.

açıklamalardan bir diğeri de cezanın suç işlenmesini önleme etkisinin aradan geçen zamanla kaybolacak olması nedeniyle ceza verilmesinde de yarar kalmayacağıdır⁶⁸⁰.

Zamanaşımı kurumunun gerekliliğini açıklayan bu görüşlerin yanı sıra karşısında olan görüşler de bulunmaktadır. Örneğin Beccaria, “*insanların belleklerinde uzun süre iz bırakan canavarca işlenen suçlar*” yönünden zamanaşımı öngörülmemesi gerektiğini düşünmektedir⁶⁸¹. Türk hukuk sisteminde ise zamanaşımı kurumu kabul edilmiş olmakla birlikte, Beccaria’nın görüşüne yakın olarak bir kısım suçların zamanaşımına tabi olmayacaklarının düzenlendiği görülmektedir.

Zamanaşımı kurumunun hukuki niteliği Anayasa’nın “*Suç ve cezalara ilişkin esaslar*” başlığı altında yer alan 38. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre; “*kimse işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.*”

Dava zamanaşımı ve zamanaşımı süreleri 5237 sayılı Kanun’un 66. maddesinde düzenlenmektedir⁶⁸². Kanunlarda aksi yönde açık bir hüküm bulunmadığı takdirde tüm

⁶⁸⁰ Taşdemir, s. 25-26.

⁶⁸¹ Cesare Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında (Çev. Sami Selçuk), İmge Kitabevi, B. 3., Ankara 2013, s. 156.

⁶⁸² 5237 sayılı Kanun’un “*Dava zamanaşımı*” kenar başlıklı 66. maddesi şöyledir:

“(1) Kanunda başka türlü yazılmış olan haller dışında kamu davası;

a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda otuz yıl,

b) Müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmibeş yıl,

c) Yirmi yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıl,

d) Beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda onbeş yıl,

e) Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl, Geçmesiyle düşer.

(2) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise,

suçlar için dava zamanaşımı süreleri geçerlidir⁶⁸³. (7) numaralı fıkrada zamanaşımı sürelerine ilişkin ilk istisna düzenlenmektedir. Buna göre; “*Türk Ceza Kanunu’nun İkinci Kitabının Dördüncü Kısımında yazılı ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet veya on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçların yurt dışında işlenmesi halinde dava zamanaşımı uygulanmaz.*”

TCK’nın 76. maddesinde düzenlenen “soykırım suçu” ve 77. maddesinde düzenlenen “insanlığa karşı suçlar” ile 78. maddede düzenlenen “bu suçları işlemek amacıyla örgüt kurma, yönetme ve üye olma” suçları için zamanaşımı uygulanmayacağı ise yine suçları düzenleyen aynı maddelerde hüküm altına alınmıştır. Zamanaşımı uygulanmayacağına ilişkin istisnalar dava zamanaşımının yanı sıra ve ceza zamanaşımı için de geçerlidir⁶⁸⁴.

11/4/2013 tarihinde işkence suçu zamanaşımına tabi olan suçlar arasından çıkarılmıştır⁶⁸⁵. Bu tarihten önce işlenen suçlar yönünden ise zamanaşımı süreleri

üçte ikisinin geçmesiyle kamu davası düşer.

(3) Dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri de göz önünde bulundurulur.

(4) Yukarıdaki fıkralarda yer alan sürelerin belirlenmesinde suçun kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı göz önünde bulundurulur; seçimlik cezaları gerektiren suçlarda zamanaşımı bakımından hapis cezası esas alınır.

(5) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/8 md.) Aynı fiilden dolayı tekrar yargılamayı gerektiren hallerde, mahkemece bu husustaki talebin kabul edildiği tarihten itibaren fiile ilişkin zamanaşımı süresi yeni baştan işlemeye başlar.

(6) Zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar.

(7) Bu Kanunun İkinci Kitabının Dördüncü Kısımında yazılı ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet veya on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçların yurt dışında işlenmesi halinde dava zamanaşımı uygulanmaz.

⁶⁸³ Necati Meran, “Ceza Hukukunda Dava Zamanaşımı”, s. 66.

⁶⁸⁴ Özbek vd., Temel Bilgiler, s. 434.

⁶⁸⁵ 11/4/2013 tarihli ve 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda

uygulanmaya devam etmektedir.

“Yaşam hakkı” ile “işkence ve kötü muamele yasağının” ihlalini teşkil eden eylemlere ilişkin cezasızlık sonucu doğuran olguların başında şüphesiz zamanaşımı meselesi bulunmaktadır. Yürütülen adli süreçlerde zamanaşımı sürelerinin dolması sonucu soruşturmalar kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlar davalara ise düşme kararlarıyla sonuçlanmakta işlenen suçlar yaptırımsız kalmaktadır. Delil toplama aşamasında yaşanan güçlükler nedeniyle zamanaşımı süreleri dolabildiği gibi adli işlemlerin yavaş ve özensiz yapılmasının zamanaşımı sürelerinin dolmasına sebebiyet vermesi ya da dosyaların kasıtlı olarak sürüncemede bırakılması da pek tabii mümkündür.

İddianamedeki suç nitelendirmeleri de zamanaşımı sürelerini yakından etkilemektedir⁶⁸⁶. Dava zamanaşımı süreleri isnat edilen suç için kanunda öngörülen cezanın üst sınırına göre belirlendiği için eylemin daha hafif bir suçtan nitelendirilmesi, mahkemece hüküm verilmesi ve suç nitelenmesi yapılması aşamasına geçilemeden zaman aşımı sürelerinin dolmasına sebebiyet verebilmektedir⁶⁸⁷. Suç vasıflandırmasının zamanaşımı süreleri üzerindeki bir diğer etkisi suçun niteliğine göre görevli mahkemenin değişmesi ve olası görevsizlik kararları nedeniyle yargılama sürelerinin uzamasıdır⁶⁸⁸.

3/5/2016 tarihinde CMK’ya, kolluk personelinin işlediği suçlar hakkındaki soruşturmaların savcılık tarafından “bizzat ve öncelikle” yapılacağına ilişkin eklenen hüküm⁶⁸⁹ zamanaşımı sürelerinin dolmasının önüne geçilmesi yönünden önemli bir adım

Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile.

⁶⁸⁶ Üçpınar/Koç, s. 41.

⁶⁸⁷ Üçpınar/Koç, s. 41.

⁶⁸⁸ Üçpınar/Koç, s. 43.

⁶⁸⁹ 3/5/2016 tarihli 6713 sayılı Yasa’nın 10. maddesi ile Ceza Muhakemesi Kanunu’na eklenen “kolluk görevlilerine yönelik özel hükümler” başlıklı madde şöyledir: “kolluk görevlileri hakkındaki öldürme, kasten yaralama, işkence, zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması ve suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçları ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili iddialara ilişkin soruşturmaları

teşkil etmektedir. Bu gelişme esasında caydırıcılığın sağlanması yönünde genel bir amaca da hizmet etmektedir. Nitekim Beccaria, ceza ile suç arasındaki zaman aralığı ne kadar kısa olursa “suç” ve “ceza” arasında insanlar tarafından kurulan bağlantının o kadar güçlü ve kalıcı olacağını söylemektedir⁶⁹⁰. Cezanın çabuk uygulanması, caydırıcılığın en önemli unsurlarından birini oluşturmaktadır⁶⁹¹.

Cezasızlık sonucu doğuran en önemli hukuki kurumlardan biri şüphesiz zamanaşımıdır. Zamanaşımı nedeniyle kovuşturmaya yer olmadığına ya da davanın düşmesine karar verilen hallerde cezasızlık tespiti yapmak için Anayasa Mahkemesi, zamanaşımı süresinin kamu makamlarının kusuru nedeniyle dolmasını aramaktadır. Başvurucuların, kötü muamele iddialarını soruşturmanın etkili şekilde yürütülmesinin mümkün olduğu bir dönemde soruşturma makamlarının önüne taşımadıkları sonucuna ulaşılan başvurularda zamanaşımı sürelerinin dolmasından devletin sorumlu tutulamayacağı ve etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmaktadır⁶⁹².

İşkence iddialarının, olayın meydana geldiği ileri sürülen tarihten yaklaşık 15 yıl sonra kamu makamları önünde dile getirilmesi sonucu başlatılan soruşturmada zamanaşımının dolduğu gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilen *Hamit Çöklü* başvurusunda Anayasa Mahkemesi, “*başvurucunun iddiasını -etkili soruşturma yürütülmesinin mümkün olduğu bir dönemde ve bu konuda resen tespit edilmiş veya başvuru tarafından ortaya konmuş herhangi bir engelleyici durumun mevcudiyeti de söz konusu olmamasına rağmen- soruşturma makamının önüne*

Cumhuriyet savcıları bizzat ve öncelikle yapar. Bu suçlardan dolayı kolluk görevlileri hakkında açılan davalar, acele işlerden sayılır. Bu tür davaların kanun yolu incelemesi de öncelikli olarak yapılır.”

⁶⁹⁰ **Beccaria**, s. 102.

⁶⁹¹ **Beccaria**, s. 155.

⁶⁹² **Alırıza Aksoy**, B. No: 2013/4836, 9/3/2016, § 26; **Mukadder Aksoy ve diğerleri**, B. No: 2013/2943, 14/4/2016, § 52; **Hayrettin Bülent Tarakçıoğlu**, B. No: 2013/4559, 23/3/2016, § 30.

getirmemesinden bu makamın sorumlu tutulması dolayısıyla işkence ve kötü muamele bağlamında devlet tarafından etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiğinin kabulü mümkün değildir” şeklinde karar vermiştir.⁶⁹³

Kötü muamele yasağına ilişkin yapılan başvurularda Anayasa Mahkemesinin önüne en çok gelen zamanaşımı sorunu şüphesiz 12 Eylül 1980 Askerî Darbesi'nden sonra işlenen suçlara ilişkindir. Bu suçlara ilişkin yapılan başvurularda zamanaşımı sürelerinin işlememesi gerektiğine ilişkin argümanlar iki yönlüdür. Bunlardan ilki Anayasa'nın geçici 15. maddesinin kaldırılmasından önce suçların takibinin mümkün olmaması nedeniyle zamanaşımı sürelerinin işlememesi gerektiği yönündedir ki Anayasa Mahkemesi bu tür başvurularda, “*geçici 15. maddenin, 12 Eylül 1980 Askerî Müdahalesi sonrasında oluşturulan hükûmetler ile meclisin karar ve tasarruflarını yerine getiren kişi ve organları güvence altına aldığı, kamu görevlilerine işledikleri kişisel suçlar bakımından koruma sağlamadığı*” yönünde karar vermiştir⁶⁹⁴. Bu kapsamda geçici 15. maddenin kaldırılmasında sonra yapılan şikâyetler üzerine verilen takipsizlik kararlarına ilişkin Anayasa Mahkemesi, “*ışkence, eziyet veya insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele iddialarının gerçekliğinin tespitin ve varsa sorumluların belirlenerek etkili bir şekilde cezalandırılmalarının sağlanamamış olmasında, iddia edilen olay tarihi ile soruşturmanın başlatıldığı tarih arasında geçen ... sürenin etkili olduğu*”, “*başvurucunun, işkence iddialarını, etkili soruşturma yürütülmesinin mümkün olduğu bir dönemde, bu konuda herhangi bir engelleyici durum söz konusu olmamasına rağmen soruşturma makamlarının önüne taşımamış olmasından soruşturma makamlarının sorumlu tutulması ve dolayısıyla işkence yasağı bağlamında devlet tarafından etkili*

⁶⁹³ Hamit Çöklü, B. No: 2014/10299, 29/6/2016, § 30.

⁶⁹⁴ Zeycan Yedigöl [GK], B. No: 2013/1566, 10/12/2015, § 41.

soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiğinin” kabul edilemeyeceği yönünde karar vermektedir⁶⁹⁵.

12 Eylül 1980 Askerî Darbesi'nden sonra işlenen suçlar yönünden getirilen bir diğer argüman ise, insanlığa karşı suçlar kategorisinde bulunan işkence suçu için zamanaşımı uygulanmaması gerektiği yönündedir. Bu iddia yönünden yapılan değerlendirmede, Anayasa'nın 38. maddesinde zamanaşımı hükümlerinin aleyhe olacak şekilde geçmişe uygulanamayacağının düzenlendiği, *“Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi çerçevesinde Anayasa kurallarının bir arada, birbiriyle uyumlu bir şekilde yorumlanması zorunluluğu gereğince zamanaşımı düzenlemesinin geriye yürümezliğine ilişkin kuralın işkence ve kötü muamele yasağını ihlal edip etmediğinin değerlendirilmesi”* gerektiği belirtilmiştir⁶⁹⁶. Bu kapsamda, *“etkili soruşturma yükümlülüğünün temel amacı, caydırıcılık ve suç işlenmesinin önlenmesini sağlamak ile sorumlulara fiilleriyle orantılı cezalar verilmesidir. 2013 yılında 5237 sayılı Kanun'un 94. maddesindeki değişikliklerle anılan suç için zamanaşımı hükümlerinin uygulanmayacağının açıkça düzenlenmiş olması karşısında, somut olayda suç tarihindeki zamanaşımı hükümlerinin uygulanmasının, etkili soruşturma ilkesinin caydırıcılık ve suç işlenmesinin önlenmesi amacını zedelediği”* sonucuna ulaşılmıştır⁶⁹⁷. Zamanaşımı süresinin geçmesinden doğan cezasızlık sonucu şayet kişilerin uygun zamanda şikâyetle bulunmamasından kaynaklanmış ise burada kamu makamlarına kusur atfedilemeyeceği içtihat edilmektedir⁶⁹⁸.

Kamu makamlarının gerekli hız ve özeni göstermemesi nedeniyle zamanaşımına uğrayan dosyalarda ise etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar

⁶⁹⁵ Alirıza Aksoy, § 26.

⁶⁹⁶ Sait Özdemir, B. No: 2015/39, 11/10/2018, § 26-27.

⁶⁹⁷ Sait Özdemir, § 28.

⁶⁹⁸ Sait Özdemir, § 29.

verilmektedir. Zamanaşımı sürelerinin dolmasıyla sonuçlanan adli süreçlerde genellikle delillerin gereği gibi toplanmaması söz konusu olmakta ve Anayasa Mahkemesince yapılan incelemelerde hem yeterli araştırma ve incelemenin gereği gibi yapılmamış olması hem de sürecin zamanaşımına uğramasına sebebiyet verilmesi etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşılrken birlikte değerlendirilmektedir.

Göztaltında kötü muamele iddialarına ilişkin *Feride Kaya* başvurusu hem tıbbi delillerin öneminin vurgulanması hem de zamanaşımına uğrayan adli süreçler yönünden önem teşkil etmektedir. Başvurucu hakkında darp-cebir izine rastlanmadığı yönünde gerçeğe aykırı olduğu iddia edilen rapor düzenleyen tıbbi personel hakkında açılan davanın incelendiği başvuruda adli muayene raporlarını düzenlemekle görevli personel hakkındaki davanın da kötü muamele yasağı kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir⁶⁹⁹. Yapılan incelemede, kamu makamlarının kusuru bulunmayan sebeplerle de sürecin uzadığı tespit edilmekle birlikte zamanaşımı süresinin dolmasındaki kusurun bir kısmı da kamu makamlarına atfedilmiştir⁷⁰⁰.

Anayasa Mahkemesince, “*işkence ve kötü muamele iddialarının hızlı bir şekilde yürütülmesi ve yürütülen cezai işlemlerin zamanaşımına uğramasına imkân verilmemesi; hukuk devletine bağlılığın sağlanması, hukuka aykırı eylemlere hoşgörü ve teşvik gösterildiği görünümü verilmesinin engellenmesi, herhangi bir hile ya da kanunsuz eyleme izin verilmemesi ve kamuoyunun güveninin sürdürülmesi bakımından önem taşımakta ve etkili soruşturma yükümlülüğünün temel unsurlarından birini oluşturmaktadır.*”⁷⁰¹.

⁶⁹⁹ **Feride Kaya**, B. No: 2013/2365, 20/1/2016, § 47, 70.

⁷⁰⁰ **Feride Kaya**, § 81.

⁷⁰¹ **Feride Kaya**, § 82.

Zamanaşımı sürelerinin dolmasıyla kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararlar sonuçlanan adli süreçlerde genellikle delillerin gereği gibi toplanmaması ile zamanaşımı etkili soruşturma ilkelerini birlikte ihlal etmektedir⁷⁰².

Savcılık soruşturması aşamasının incelendiği *Ayser Demiralp* kararı hem gerekli delillerin toplanmaması hem de zamanaşımının dolması nedeniyle cezasızlık konusunda önemli tespitlerin yer aldığı bir karardır. Anayasa Mahkemesince, soruşturma sürecinde delil toplama yükümlülüğünün yerine getirilmediği tespit edildikten sonra⁷⁰³ zamanaşımı süresi dolana kadar Cumhuriyet Savcılığına yazılan matbu yazılar dışında işlem yapılmadığı tespit edilmiştir⁷⁰⁴. Anayasa Mahkemesine göre “*soruşturmada birtakım önemli eksiklikler bırakılması nedeniyle kesin bir sonuca ulaşılmasını ortadan kaldıracak şekilde gerçekleşen dava, zamanaşımı nedeniyle kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmesi ile sonuçlanmasının da eklenmesiyle sürecin bir bütün olarak yine özelde başvuru ve genel olarak da toplumdaki diğer bireyler açısından, yaşamın kasten ihlali niteliğinde olabilecek bir eylemin cezasız kalmasına neden olduğu çıkarımı yapılmasına yol açabilecek nitelikte yürütülmüştür.*”⁷⁰⁵

Zamanaşımı nedeniyle kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararı ile sonuçlanan bir diğer soruşturma süreci *Yavuz Durmuş ve diğerleri* kararında incelenmiştir. Anılan kararda, bir ağaca asılmış şekilde bulunan başvurucular yakınının ölümünden sorumlu olan kişi ya da kişilerin bulunmasını sağlayacak nitelikte parmak, ayak, araç izi gibi delillerin toplanmamış olması⁷⁰⁶, soruşturmanın zamanaşımına kadar sürüncemede bırakılması⁷⁰⁷ nedenleriyle etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar

⁷⁰² **İsak Tepe**, B. No: 2014/4038, 16/6/2016, § 75,80; **Birsen Gülünay**, B. No: 2013/2640, 21/4/2016, § 96.

⁷⁰³ **Ayser Demiralp**, B. No: 2013/2849, 7/1/2016, § 70.

⁷⁰⁴ **Ayser Demiralp**, § 73-74.

⁷⁰⁵ **Ayser Demiralp**, § 75.

⁷⁰⁶ **Yavuz Durmuş ve diğerleri**, § 63.

⁷⁰⁷ **Yavuz Durmuş ve diğerleri**, § 66.

verilmiştir.

Muzaffer Özer ve diğerleri kararında, kolluk görevlilerine isnat edilen eylemler hakkında yürütülen adli süreçte kamu makamlarının özensizlik ve kusurları sonucunda zamanaşımı sürelerinin dolması nedeniyle ihlal kararı verilmiştir⁷⁰⁸.

Üçüncü kişilerin işledikleri suçlar yönünden yürütülen adli süreçlerin de zamanaşımı süreleri dolmadan sonuçlandırılması etkili soruşturma yükümlülüğünün bir gereğidir. Başvurucunun üçüncü kişiler tarafından darp edildiği iddiasıyla ilgili yürütülen kovuşturma sonucunda zamanaşımı nedeniyle düşme kararı verilmesine ilişkin *Bilal Çiçek* kararında, sanıkların isnat edilen eylemleri gerçekleştirdikleri mahkeme tarafından tespit edilmiş olmasına karşın zamanaşımı süresinin dolmasına sebebiyet verilmesinin eziyet mahiyetindeki eylemin cezasız kalmasına yol açtığı vurgulanmıştır⁷⁰⁹.

Başvurucuları yaralayan üçüncü kişilerin zamanaşımı süresinin dolması nedeniyle cezasız kaldıkları tespit edilen *Mehmet Kutlu ve Sadullah Kutlu*⁷¹⁰, *Tuncay Alemdaroğlu*⁷¹¹ ve *Ayşe Uslu*⁷¹² kararlarında da etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

⁷⁰⁸ **Muzaffer Özer ve diğerleri**, § 71-74.

⁷⁰⁹ “Somut olayda, iki dereceli yargılama sürecinde başvurucunun davanın hızlı ve etkili bir şekilde sonuçlanmasındaki menfaati ve gecikmesinde hiçbir dahlinin olmaması, davada sanık sayısının az olması ve davanın çok karmaşık olmaması gibi hususlar göz önünde bulundurulduğunda soruşturmada başvurucunun ifadesinin alınmaması ve temyiz aşamasında yaşanan gecikmeler nedeniyle dokuz yılı aşan kovuşturmanın uzun olduğu anlaşılmaktadır. Bunun da ötesinde, davadaki tüm sanıklar hakkında Mahkeme tarafından verilen ilk mahkûmiyet kararının esasa ilişkin temyiz nedenleri reddedilerek sadece usule ilişkin gerekçelerle bozulmuş olması da eziyet mahiyetindeki eylemin cezasız kalmasına yol açmış; özelden başvurucunun ve genel olarak da toplumdaki diğer bireylerin hukukun üstünlüğüne olan bağlılığını sürdürmesine engel olarak hukuka aykırı eylemlere hoşgörü gösterildiği ya da kayıtsız kalındığı görünümünün verilmesine neden olmuştur”. **Bilal Çiçek**, B. No: 2014/29, 13/7/2016, § 59.

⁷¹⁰ **Mehmet Kutlu ve Sadullah Kutlu**, B. No: 2014/17939, 4/10/2017, § 55-56.

⁷¹¹ **Tuncay Alemdaroğlu**, B. No: 2012/827, 15/10/2014, § 50.

⁷¹² **Ayşe Uslu**, B. No: 2015/1033, 15/11/2018, § 29.

Zamanaşımı nedeniyle takipsizlik kararı ile sonuçlanan *Maşallah Güzelsoy* başvurusunda ölüm sebebini ve failleri belirleyebilecek delillerin toplanmadığı⁷¹³ve soruşturmanın sürüncemede bırakıldığı gerekçesiyle ihlal sonucuna ulaşılmıştır⁷¹⁴.

AIHM’ de aynı şekilde yaşam hakkı ve kötü muamele yasağının ihlali iddialarına ilişkin yürütülen süreçlerin yeterince hızlı ve özenli şekilde yürütülmemesinin zamanaşımı sürelerinin dolmasına yol açabildiğini vurgulamakta⁷¹⁵, yetkili makamların yeterli hız ve özenle hareket etmemeleri nedeniyle eylemlerin cezasız kaldığını tespit etmektedir⁷¹⁶. AIHM’e göre, ölüm ya yaralanma olaylarına ilişkin soruşturmaların zaman aşımına uğraması kabul edilemez⁷¹⁷.

AIHM bir kamu görevlisinin kötü muamele yasağına aykırı fiillerinin zamanaşımına uğratılması, af, bağışlama ya da ceza infazının ertelenmesine konu edilmesinin Sözleşmeyi ihlal ettiğini karara bağlamaktadır⁷¹⁸.

⁷¹³ **Maşallah Güzelsoy**, B. No: 2014/14583, 18/5/2016, § 72.

⁷¹⁴ “Bu nedenle soruşturmanın, sözü edilen delillerin toplanması için makul olan tüm tedbirlerin zamanında alınmamasının yanında sonrasında bu eksikliklerin giderilmesine çalışılması yerine çok uzun bir süre sonuca götürecek hiçbir işlem yürütülmeksizin sürüncemede bırakılıp kişilerin hukukun üstünlüğüne olan bağlılığını sürdürmesi ve hukuka aykırı eylemlere hoşgörü gösterildiği ya da kayıtsız kalındığı görünümü verilmesinin engellenmesi açısından somut bir adım atılmayarak herhangi bir kesin sonuca ulaşılmasını ortadan kaldıracak bir şekilde kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlar sonlandırıldığı anlaşıldığından Anayasa’nın 17. maddesinin gerektirdiği yeterlilik ve süratte bir inceleme içermediği sonucuna ulaşılmıştır.” **Maşallah Güzelsoy**, § 73.

⁷¹⁵ **Batı ve diğerleri/Türkiye**, § 145-147; **Ciğirhun Öner/Türkiye (2)**, § 96-97; **Temizalp/Türkiye**, § 37-38.

⁷¹⁶ **Baştürk/Türkiye**, § 28; **İbrahim Demirtaş/Türkiye**, B. No. 25018/10, 28/10/2014, § 35-36; **Temizalp/Türkiye**, § 39; **Batı ve Diğerleri / Türkiye**, § 148; **Uğur/Türkiye**, § 105.

⁷¹⁷ **Alikaj ve diğerleri/İtalya**, § 108.

⁷¹⁸ **Temizalp/Türkiye**, B. No: 36395/06, 21/10/2014, § 38; **Abdülşamet Yaman / Türkiye**, § 55; **Okkalı / Türkiye**, § 76; **Mete ve diğerleri/Türkiye**, B. No: 294/08, 04/10/2011, § 123; **Zeynep Özcan/ Türkiye**, B. No. 45906/99, 20/2/2007, § 45.

3.7. Af

Cezanın infazını engelleyen hallerden biri olarak af müessesesi cezasızlık sonucu doğurabilen durumlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Af Anayasa Mahkemesince, “suç teşkil eden fiiller için ceza vermek hakkını ortadan kaldıran, verilmiş olan cezaların kısmen veya tamamen infazını önleyen hukuki tasarruflar” olarak tanımlanmaktadır⁷¹⁹. Centel, Zafer ve Çakmut tarafından ise af, “kural olarak yasama organının yaptığı bir işlemle, kamu davasının ya da cezanın kaldırılması, infazının sona erdirilmesi veya infaz süresinin kısaltılması” olarak tanımlanmaktadır⁷²⁰. Af çıkarılması devletin cezalandırma hakkından feragat ettiği manasına gelmektedir⁷²¹. Kaynağını Anayasa’dan alan ve kamu davası ile cezanın infazını sona erdiren bir düşme nedenidir⁷²².

Anayasa madde 87 uyarınca “genel af” çıkarma yetkisi TBMM’ye aittir⁷²³. Anayasa’nın 104. maddesinde ise Cumhurbaşkanı’nın af yetkisi düzenlenmiştir. Af, sonuçlarına göre “genel af” ve “özel af” şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır⁷²⁴. Genel ve özel ifadeleri haktan yararlanacak sanık, hükümlü veya suç tipleri yönünden bir genelliğe ya da özeliğe değil cezanın tüm sonuçlarıyla ortadan kalkmasına (genel) ya da

⁷¹⁹ Anayasa Mahkemesi Norm Denetimi Kararı, E.2001/4, K. 2001/332, 18/7/2001.

⁷²⁰ Centel/Zafer/Çakmut, s.616.

⁷²¹ Anayasa Mahkemesi Norm Denetimi Kararı, E.2001/4, K. 2001/332, 18/7/2001.

⁷²² Selahattin Keyman, Türk Hukukunda Af (Genel Af-Özel Af), Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1965, s. 7.

⁷²³ Anayasa’nın “II. Türkiye Büyük Millet Meclisinin Görev ve Yetkileri” kenar başlıklı 87. maddesi şöyledir: Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri, kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak; bütçe ve kesin hesap kanun tekliflerini görüşmek ve kabul etmek; para basılmasına ve savaş ilânına karar vermek; milletlerarası andlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilânına karar vermek ve Anayasanın diğer maddelerinde öngörülen yetkileri kullanmak ve görevleri yerine getirmektir.

⁷²⁴ Centel/Zafer/Çakmut, s.620; İçel, s. 782.

cezanın sonuçlarının korunarak yalnızca infazın ortadan kaldırılmasına (özel) ilişkin olmasına işaret etmektedir⁷²⁵.

“Genel af” çıkarılması durumu, kamu davasının düşmesine ve hüküm kurulmuş ise cezanın tüm sonuçları da dahil olmak üzere ortadan kalkmasına sebebiyet vermektedir⁷²⁶. Bununla birlikte, genel affın mahkûmiyetin sonuçlarından olmayan disiplin cezalarına bir etkisi bulunmamaktadır⁷²⁷. Özel af yalnızca kesinleşmiş olan ceza bir hakkında söz konusu olabilmektedir⁷²⁸. Hapis cezası ortadan kaldırılabilir, kısaltılabilir veya para cezasına çevrilebilir. Özel af, eylemin suç olma özelliğini kaldırmamaktadır⁷²⁹. Özel aftan sonra mahkûmiyet hükmü varlığını koruduğundan dolayı erteleme, tekrür, adli sicilde yer alma gibi mahkûmiyet sonuçları devam etmektedir⁷³⁰.

Af kurumu oldukça fazla eleştiri almaktadır⁷³¹. Af kurumunun, cezanın genel önleme işlevini yok ettiğini, potansiyel failleri suça teşvik ettiğini, siyasetçiler tarafından oy düşüncesi ile kötüye kullanıldığını, mağdurları intikam almaya ittiğini ve yeni suçlular

⁷²⁵ **Ersan Şen**, “*Türk Ceza Hukuku Yönünden Af*”, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Af Sorunu Sempozyumu (Ed.Serap Keskin Kızıroğlu), Okan Üniversitesi, İstanbul 2011 (**Af**), s. 107, 109.

⁷²⁶ 5237 sayılı Kanun’un “Af” kenar başlıklı 65.maddesi şöyledir:

- (1) Genel af halinde, kamu davası düşer, hükmolunan cezalar bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkar.
- (2) Özel af ile hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir.
- (3) Cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunlukları, özel affa rağmen etkisini devam ettirir.

⁷²⁷ **Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yay., B. 9, Ankara 2006, s.366.

⁷²⁸ Anayasa Mahkemesi Norm Denetimi Kararı, E.2001/4, K. 2001/332, 18/7/2001.

⁷²⁹ Anayasa Mahkemesi Norm Denetimi Kararı, E.2001/4, K. 2001/332, 18/7/2001.

⁷³⁰ **Keyman**, s. 113-117.

⁷³¹ Detaylı bilgi için bkz. **Timur Demirbaş**, “*Af Tartışmaları*”, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal’e Armağan, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2001, s. 533-547.

yarattığını söylemek mümkündür⁷³². Devlete karşı işlenen suçlar affedilmezken bireyler aleyhine işlenen suçların affedilmesi de bir diğer eleştiri konusudur⁷³³.

Öncelikle belirtmek gerekir ki af, yargısal bir karar değildir⁷³⁴. Af, kararı veren merciye göre -organik olarak- sınıflandırıldığında yasama tasarrufu ya da yürütme tasarrufu⁷³⁵ maddi anlamda sınıflandırıldığında ise siyasi bir karardır⁷³⁶. Esasında affi, benzer sonuçlar doğuran “erteleme”, “koşullu salıverme”, “kamu davasının açılmasının ertelenmesi” ya da “hükümün açıklanmasının geri bırakılması” gibi hukuki kurumlardan ayıran tek özellik sayılan kurumların tamamının bir yargı organı tasarrufu olmalarına karşın affin siyasi bir tasarruf olmasıdır⁷³⁷.

Çıkarılan af kanunlarının çoğunluğunun geniş siyasi veya toplumsal olaylardan sonra ve bunlarla bağlantılı olarak yapıldıkları görülmektedir⁷³⁸. Affin, kendisini diğer hukuki kurumlardan ayıran siyasi tasarruf olma özelliğine uygun olarak daha çok siyasi saiklerle kullanıldığı anlaşılmaktadır.

Siyasi tasarruf olma özelliğine uygun olarak affin siyasi suçlara ilişkin toplumsal şartların değişmesi nedeniyle kullanılması gerektiği⁷³⁹, özellikle bireyin temel hak ve özgürlükleri üzerinde sonuç doğuran suçlar yönünden af yetkisi tanınmaması gerektiği düşünülmektedir⁷⁴⁰. Aksi durumda kullanılan af yetkisi ceza hukukunu etkisizleştirmekte

⁷³² Öztürk/Erdem, s. 366.

⁷³³ Öztürk/Erdem, s. 366.

⁷³⁴ Keyman, s. 4; Özbek vd., Temel Bilgiler, s. 420.

⁷³⁵ Keyman, s. 5.

⁷³⁶ Veli Özer Özbek, İnfaz Hukuku, Seçkin Yay., B. 11, Ankara 2019, s. 360.

⁷³⁷ Seyfullah Çakmak, “Türk Hukukunda Af Sorunu”, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Af Sorunu Sempozyumu (Ed. Serap Keskin Kızıroğlu), Okan Üniversitesi, İstanbul 2011, s. 41; Keyman, s. 7.

⁷³⁸ Çakmak, s. 45.

⁷³⁹ Çakmak, s. 51.

⁷⁴⁰ Şen, Af., s. 122.

ceza hukukuna olan güveni azaltmakta, suç işleme iradesi karşısındaki caydırıcılığa ciddi zarar vermektedir⁷⁴¹. Suçların affedilebileceğini ve cezanın suç işleyenler için kaçınılmaz olmadığını göstermek cezasız kalma umudu doğmasına sebep olacaktır⁷⁴².

Anayasa’da orman suçları yönünden getirilen istisna hariç af getirilebilecek suçlar yönünden bir sınırlama bulunmamaktadır. Nitekim “*yaşam hakkı*” ile “*işkence ve kötü muamele yasağını*” ihlal eden eylemler hakkında da af çıkarılması mümkündür. Kötü muamele fiillerinin affedilmesi halinde kötü muamelenin caydırıcı etkisi ortadan kalkmakta ve sorumluların cezasız kalması söz konusu olmaktadır⁷⁴³.

Cezasızlıkla mücadele için yayınlanan Avrupa Normlarına dayanan kılavuz ilkelerinde de kötü muamele failleri hakkında her türlü af ya da cezai sorumluluktan muafiyet uygulanmasının engellenmesi için gerekli tedbirlerin alınması yer almaktadır⁷⁴⁴.

AİHM, polisler hakkındaki iddiaların af ile sonuçlanmasının cezasızlığa yol açtığı vurgusu yapmaktadır⁷⁴⁵. Yukarıda belirtildiği gibi AİHM, bir kamu görevlisinin kötü muamele yasağına aykırı fiillerinin zamanaşımına uğratılması, af, bağışlama ya da ceza infazının ertelenmesine konu edilmesini cezasızlığa yol açmaları nedeniyle eleştirmektedir⁷⁴⁶.

Anayasa Mahkemesi şimdiye kadar, kanunda öngörülen yetkiler içinde dahi olsa hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi bazı kurumların uygulanmasını hakkın ihlali

⁷⁴¹ Şen, Af., s. 115.

⁷⁴² Beccaria, s. 218.

⁷⁴³ Gültekin Yılmaz, s. 166.

⁷⁴⁴ Svanidze, Kılavuz İlkeler, s. 78.

⁷⁴⁵ Mete ve diğerleri / Türkiye, § 124.

⁷⁴⁶ Temizalp/Türkiye, B. No: 36395/06, 21/10/2014, § 37; Abdülsamet Yaman/Türkiye, § 55; Okkalı/Türkiye, § 76; Mete ve diğerleri / Türkiye, § 123.

niteliğinde bulmuştur. Henüz yapılmış bir tespit bulunmamakla birlikte af uygulamalarına ilişkin de benzer bir sonuca ulaşılmasının önünde bir engel görünmemektedir.

3.8. Uzlaşma

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253-255 maddeleri arasında uzlaşma kurumu düzenlenmiştir⁷⁴⁷. Uzlaşma, cezai uyuşmazlık konusunu kamu davası yürütülmesi dışında çözüme kavuşturan bir yoldur⁷⁴⁸.

Uzlaşma, şüpheli ile mağdurun uzlaşması halinde kamu davası açılmamasını öngörmektedir⁷⁴⁹. Kanunda uzlaşma başlığıyla düzenlenen bu kurumun uzlaştırma türlerinden yalnızca birini oluşturan fail-mağdur uzlaşmasını düzenlediği belirtilmektedir⁷⁵⁰.

Uzlaşma kapsamına giren suçlar 5271 sayılı Kanun'un 253. maddesinin (1) numaralı fıkrasında düzenlenmiştir⁷⁵¹. Buna göre, nitelikli hali dışında kasten yaralama

⁷⁴⁷ Uzlaştırmaya tabi bir suçun işlendiğine dair yeterli şüphe bulunması durumunda evrak uzlaştırma bürosuna tevdi edilmektedir. Uzlaştırmacı tarafından suçun mağduru ya da suçtan zarar görene ve şüpheliye uzlaştırma isteyip istemedikleri sorulur. Tarafların kabul etmesi halinde uzlaştırma görüşmelerine başlanır. Uzlaştırmacı tarafların taleplerinin birbirine iletmekle görevlidir. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilir. **Centel/Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 570-573.

⁷⁴⁸ **Epözdemir**, s. 79.

⁷⁴⁹ **Yenidünya/ İçer**, s. 195.

⁷⁵⁰ **Centel/Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 563-564.

⁷⁵¹ (1) Aşağıdaki suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur:

- a) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar.
- b) Şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanununda yer alan;
 1. Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88),
 2. Taksirle yaralama (madde 89),
 3. Tehdit (madde 106, birinci fıkra),
 4. Konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116),
 5. İş ve çalışma hürriyetinin ihlali (madde 117, birinci fıkra; madde 119, birinci fıkra (c) bendi),
 6. Hırsızlık (madde 141),

suçu ile, ihmali davranışla işlenen kasten yaralama suçları ve tehdit suçları da uzlaştırma hükümleri kapsamındadır. Kamu görevlisinin sahip olduğu nüfuzu kötüye kullanması suretiyle yaralama suçunu işlemesi nitelikli haller arasında sayılmakta ve yerinde bir tercihle uzlaşma hükümleri kapsamı dışında kalmaktadır⁷⁵².

Bununla birlikte Türk Ceza Kanunu ya da diğer yasalarda açıkça düzenlenmesi halinde başka suç türleri de uzlaştırma kapsamına dahil edilebilecektir⁷⁵³.

Kanun kapsamında uzlaştırma hükümlerinin uygulanamayacağının düzenlendiği tek suç tipi cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardır. 5271 sayılı Kanun'un 253. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca, şikâyet tabi olsa dahi cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar yönünden uzlaştırma hükümleri uygulanamayacaktır. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar yönünden uygulanmasının uzlaşma kurumunun amacına uygun olmadığı değerlendirilerek kapsam dışında tutulmuştur⁷⁵⁴. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçların kapsam dışında bırakılması yerinde olduğu düşünülmektedir⁷⁵⁵.

Kamu davası açılmaması ve failin cezalandırılmaması ile sonuçlanması yönünden uzlaştırma hükümlerinin cezasızlığa yol açabileceğini söylemek mümkünse de mağdurun

7. Güveni kötüye kullanma (madde 155),

8. Dolandırıcılık (madde 157),

9. Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi (madde 165),

10. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234),

11. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, madde 239),

suçları.

c) (Ek: 24/11/2016-6763/34 md.) Mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması koşuluyla, suça sürüklenen çocuklar bakımından ayrıca, üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlar.

⁷⁵² Tezcan vd., Teorik ve Pratik, s. 240.

⁷⁵³ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 567.

⁷⁵⁴ Yenidünya/ İçer, s. 196.

⁷⁵⁵ Aynı yönde bkz. Taner, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 261.

talep edeceği herhangi bir edim şartına bağlanabilmesi ve her halükârda mağdurun kabul şartına bağlı olması dikkate alındığında mağdurlar açısından HAGB kurumundan daha fazla bir güvence sağladığını kabul etmek yanlış olmayacaktır.

3.9. Cezaların İnfazı

Ceza ve ceza muhakemesi hukukunda yer alan kurumlar dışında infaz hukuku da cezasızlık olgusu kapsamında incelenmelidir. İnfaz hukukunun alanı mahkeme kararının kesinleşmesiyle başlamakta ve verilen cezanın infazı aşamasını düzenlemektedir. İnfaz hukuku, verilen cezanın somut olaya ve cezanın amacına uygun şekilde nasıl yerine getirileceğini belirleyen bağımsız bir hukuk alanı olarak kabul edilmektedir⁷⁵⁶.

İnfaz hukukunun, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukundan bağımsız bir hukuk dalı olarak hareket etmesi kanımızca verilen cezaların etkililiğinin her olayda gözetilememesi sonucu doğurmaktadır⁷⁵⁷. İnfaz aşaması dikkate alınmaksızın verilen bir ceza infaz aşamasında neredeyse yok hükmüne dönüşebilmekte, infaz hukuku da suçların ya da faillerin kendine özgü hassasiyetlerini gözetememektedir. Ceza hukuku kapsamında yürütülen kovuşturmalar sonucu hükmedilen ceza miktarları infaz kanunu uyarınca çok daha kısa sürelerde infaz edilmektedir. Yapılan konjonktürel düzenlemelerle infaz süreleri kısaltılabilmektedir⁷⁵⁸.

İnfaz kanunu uyarınca hükümlülere tanınan koşullu salıverilme imkânı ceza sürelerini kısaltan bir uygulama olarak bu kapsamda incelenmelidir. Koşullu salıverilme, hapis cezasının bir bölümünün infazından vazgeçilerek bu sürenin birtakım koşullara tabi

⁷⁵⁶ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 13.

⁷⁵⁷ Cezanın amacına ulaşabilmesinin infaz rejiminin başarısına bağlı olduğu yönünden bkz. Özbek vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 47.

⁷⁵⁸ Örnek olarak bkz. 671 sayılı KHK'nın 32. maddesi ile 5275 sayılı Kanun'a eklenen geçici 6. madde; 14/4/2020 tarihli ve 7242 sayılı Kanun'la 5275 sayılı Kanun'un 107. maddesinde yapılan değişiklik.

olarak infaz kurumu dışında tamamlanmasına imkân tanıyan bir infaz müessesidir⁷⁵⁹.

Koşullu salıverilmenin “*objektif*”, “*sübjektif*” ve “*disipline ilişkin*” olmak üzere üç koşulu bulunmaktadır⁷⁶⁰.

Objektif koşul, ceza ve suç türlerine göre kanunlarda belirlenen sürelerin tamamlanmasıdır⁷⁶¹. Yapılan farklı düzenlemeler ile ceza infaz kurumunda geçirilmesi gereken minimum süreler değişiklik gösterebilmektedir. Güncel olarak uygulanan sistemde suç tiplerine göre bu süreler, hükmedilen cezanın 1/2’si, 2/3’ü arasında değişmektedir⁷⁶². Bilinmelidir ki infaz rejimine ilişkin kuralların istisnası olarak koşullu salıverilmeye ilişkin hükümler yönünden derhal uygulama ilkesi geçerli değildir ve lehe kanun uygulanmaktadır. Ceza infaz kurumunda geçirilmesi gereken minimum sürelerin kısaltılması halinde tüm hükümlüler yönünden geçerli olmakta ve ceza infaz kurumlarından toplu çıkışlar gerçekleşmektedir.

Sübjektif koşul, hükümlünün iyi halli olmasıdır. Disipline ilişkin koşul ise hükümlünün iyi hal kriterini sağlayabilmesi için bir ön koşuldur. Hükümlünün iyi halli sayılabilmesi için kaldırılmamış disiplin cezası bulunmaması gerekir. Verilen disiplin cezaları infaz edildikten sonra ceza türüne göre belirli süreler sonunda kaldırılmakta ve hükümlü koşullu salıvermeden yararlanabilmektedir⁷⁶³.

5275 sayılı Kanun’un “*Koşullu salıverilmede iyi hâlin saptanması*” başlıklı 89. maddesi şu şekilde düzenlenmekte idi:

⁷⁵⁹ İçel, Ceza Genel, s. 707.

⁷⁶⁰ Feridun Yetgin, İnfaz Hukuku El Kitabı, Adalet Yay., Ankara 2018, s. 456.

⁷⁶¹ Yetgin, s. 457.

⁷⁶² 7242 sayılı Kanunla koşullu salıverilme süreleri istisna tutulan suçlar hariç olmak üzere ½ oranına indirilmiştir.

⁷⁶³ Özbek, İnfaz Hukuku, s. 335-336.

“Hükümlünün, Kanunun 107nci maddesinde öngörülen süreleri, ceza infaz kurumlarının düzen ve güvenliği amacıyla konulmuş kurallara içtenlikle uyarak, haklarını iyi niyetle kullanarak, yükümlülüklerini eksiksiz yerine getirerek geçirmiş ve uygulanan iyileştirme programlarına göre de toplumla bütünleşmeye hazır olduğunun disiplin kurulunun görüşü alınarak idare kurulunca saptanmış bulunması gerekir.”

İyi halli olma koşulunun, ceza infaz kurumu kurallarına uyulması, hakların iyi niyetle kullanılması, yükümlülüklerin eksiksiz yerine getirilmesi hususları değerlendirilerek alınacak iyi hal kararı ile sağlanacağı düzenlenmekte idi.

İyi halli olma şartının koşullu salıverilme kurumunun getirilme amaçlarıyla uyumlu olarak denetlenmediği ve kelimenin tam anlamıyla otomatik bir uygulamaya döndüğü bilinmektedir⁷⁶⁴. İyi halli olma kavramı disiplin cezası almamış olma şeklinde anlaşılmakta⁷⁶⁵, infaz edilmemiş ve kaldırılmamış disiplin cezası bulunmamak iyi halli olma koşulunun sağlanması için yeterli görülmektedir.

7242 sayılı Kanunla iyi hal değerlendirmelerine ilişkin hüküm değiştirilmiştir⁷⁶⁶.

⁷⁶⁴ **Ersan Şen/Beyza Başer**, Koşullu Salıverilme, Denetimli Serbestlik, Ceza İnfaz Sorunları, Seçkin Yay., B. 2, Ankara 2018, s. 27.

⁷⁶⁵ **Özbek**, İnfaz Hukuku, s. 335.

⁷⁶⁶ 7242 sayılı Kanun’un 36. maddesiyle, 5275 sayılı Kanunun 89 uncu maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Hükümlülerin değerlendirilmesi ve iyi hâlin belirlenmesi

MADDE 89 – (1) Hükümlüler, ceza infaz kurumlarında bulundukları tüm aşamalarda, ceza infaz kurumlarının düzen ve güvenliği amacıyla konulmuş kurallara uyup uymadığı, haklarını iyi niyetle kullanıp kullanmadığı, yükümlülüklerini eksiksiz yerine getirip getirmediği, uygulanan iyileştirme programlarına göre toplumla bütünleşmeye hazır olup olmadığı, tekrar suç işleme ve mağdura veya başkalarına zarar verme riskinin düşük olup olmadığı hususlarında idare ve gözlem kurulu tarafından iyi hâlin belirlenmesine esas olmak üzere en geç altı ayda bir değerlendirmeye tabi tutulur.

(2) Birinci fıkra uyarınca yapılacak değerlendirmede, infazın tüm aşamalarında hükümlülerin katıldığı iyileştirme ve eğitim-öğretim programları ile spor ve sosyal faaliyetler, kültür ve sanat programları, aldığı sertifikalar, kitap okuma alışkanlığı, diğer hükümlü ve tutuklular ile ceza infaz kurumu görevlileri ve dışarıyla olan ilişkileri, işlediği suçtan dolayı duyduğu pişmanlığı, ceza infaz kurumu kuralları ile kurum

Buna göre; iyi hal değerlendirmesinin hükümlünün ceza infaz kurumuna girmesinden itibaren düzenli aralıklarla değerlendirilmesi ve bir rapor düzenlenmesi iyi hal kararı verilmesinde bu raporların değerlendirilmesi söz konusu olacaktır. Bunun yanı sıra içinde çalışma konumuz yönünden önem taşıyan kasten öldürme ve cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar yönünden (bunun yanı sıra suç önemli olmaksızın 10 yıl ve üzeri hapis cezalarında) iyi hal değerlendirmesini yapacak kurula Cumhuriyet savcısının başkanlık etmesi ayrıca, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığı il veya ilçe müdürlükleri tarafından belirlenen birer uzman katılacağı hüküm altına alınmıştır.

Belirtilmelidir ki yapılan değişikliklerin iyi hal değerlendirmesi yönünden bu çalışmada eleştirilen hususlarda olumlu etkisi olması beklenmektedir. Mevzuat değişikliğinin olumlu getirileri olup olmayacağının tespiti zaman içinde uygulamanın değerlendirilmesiyle mümkün olacaktır.

bünyesindeki çalışma kurallarına uyumu ve aldığı disiplin cezaları dikkate alınır.

(3) Toplam on yıl ve daha fazla hapis cezasına mahkûm olanlar ile terör suçları, örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçları, örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar, kasten öldürme suçları, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar ve uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarından mahkûm olanlar hakkında yapılacak açık ceza infaz kurumuna ayırmaya, denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazına ve koşullu salıverilmeye ilişkin değerlendirmelerde idare ve gözlem kuruluna Cumhuriyet başsavcısı veya belirleyeceği bir Cumhuriyet savcısı başkanlık eder. Ayrıca, idare ve gözlem kuruluna Cumhuriyet başsavcısı tarafından belirlenen bir izleme kurulu üyesi ile Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığı il veya ilçe müdürlükleri tarafından belirlenen birer uzman kişi katılır.

(4) İdare ve gözlem kuruluna Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığı ile izleme kurulundan katılan üyelere katıldıkları her bir toplantı günü için memur maaş katsayısının (500) rakamı ile çarpılması sonucu bulunacak miktarda huzur hakkı ödenir.

(5) Kanunlarda iyi hâlliliğin arandığı durumlarda, hükümlülerin tutum ve davranışlarının değerlendirilmesi bakımından bu madde hükümleri uygulanır.

(6) Açık ceza infaz kurumuna ayırmaya, denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazına ve koşullu salıverilmeye ilişkin olarak tutum ve davranışları olumsuz değerlendirilen hükümlülerin yeniden değerlendirilmeye tabi tutulma süreleri bir yılı geçemez.

(7) İdare ve gözlem kurulu tarafından yapılacak değerlendirmelere esas olacak ilkeler ve kurulun bu maddeye ilişkin çalışma usul ve esasları ile tutum ve davranışları olumsuz değerlendirilen hükümlülerin yeniden değerlendirilmeye tabi tutulma süreleri yönetmelikle düzenlenir.”

Kişi hakkında hükmedilen ceza süresi dolmadan kişinin serbest bırakılmasını sağlayan koşullu salıverilme, hükümlüler yönünden bir hak olarak düzenlenmiştir⁷⁶⁷.

Koşullu salıverilme için birtakım koşullar öngörülmekte ise de bu koşullar zaman zaman esnetilmekte ya da geçici bir süre uygulanmamasına karar verilebilmektedir⁷⁶⁸. Nitekim koşullu salıverme kurumunun hapis cezası alanların tümü için uygulanması sonucu, verilen cezalardan şartlı salıverme süresinin düşülerek kalan cezanın kişinin aldığı asıl ceza olarak değerlendirildiği, bu şekilde şartlı salıverme kurumunun amacına aykırı hale geldiği kabul görülmektedir⁷⁶⁹.

Cezalandırmanın farklı amaç ve işlevleri bulunmaktadır. Bunlar, suçlunun ıslahı, toplumun suçtan korunması ve caydırma. Koşullu salıverilme müessesisiyle amaçlanan ise, cezanın bu işlevlerinin yerine getirilmesi ve cezanın infazına devam edilmesinde bir fayda görülmemesi halinde hükümlünün ceza infaz kurumundan çıkmasının sağlanabilmesidir. Bu amaçla kanunda şartlı salıverilme için belli koşullar öngörülmüştür. Ancak mevcut uygulamada bu koşullardan iyi halli olma kriterinin otomatik olarak uygulandığı, hükümlünün rehabilite olması yönünde önemli bir amacı olan müessesenin içinin boşaltıldığı ve adeta af benzeri bir sisteme dönüştürüldüğü görülmektedir⁷⁷⁰. Günümüzde hapis cezası alan mahkûmlar için esas alınan ceza miktarı koşullu salıverilmeye kadar ki zaman olarak hesaplanmaktadır⁷⁷¹.

⁷⁶⁷ Özbek, İnfaz Hukuku, s. 332-333; Şen, Af, s. 110.

⁷⁶⁸ 15/8/216 tarihli ve 671 sayılı KHK'nın 32. Maddesi ile CGTİHK'aya getirilen geçici 6. madde ile getirilen düzenleme örnek olarak verilebilir. Bu düzenleme ile belli bir tarihe kadar işlenmiş olan bir kısım suçlar yönünden normalde 2/3 olan infaz süresi yarıya indirilmiştir.

⁷⁶⁹ Şen, Af, s. 111.

⁷⁷⁰ Şen/Başer, s. 17.

⁷⁷¹ Şen/Başer, s. 22.

Koşullu salıverilme kurumunun uygulanma biçimi toplum nazarında, alınan cezanın yalnızca bir kısmının çekileceği anlayışını oluşturmuş⁷⁷² ve cezanın özellikle caydırıcılık amacına ciddi zarar vermiştir. Koşullu salıverme müessesesi suçlunun ıslahını ve topluma kazandırılmasını hedeflemekte olsa da uygulama sırasında toplumun korunmasının gözetilmesi de bir zorunluluktur⁷⁷³. Islah sürecini tamamlamamış ve toplum için tehlikeliliği devam eden bir suçlunun ceza infaz kurumundan tahliye edilmesi devletin, toplumu suçtan koruma yönündeki pozitif yükümlülüklerinin ihlali niteliğindedir.

Koşullu salıverilme, cezanın bireyselleştirilmesi araçlarından biri olarak kişinin, mahkûm olduğu ceza süresinden daha kısa zamanda ceza infaz kurumundan çıkma beklentisiyle ıslah programının gereklerine uygun davranmasını sağlamalı, mahkûmları iyi halli olmaya teşvik etmelidir⁷⁷⁴. İyi hal konusundaki esnek uygulama ve koşullu salıverilme kurumunun otomatikleşmesi, kurumun amacına hizmet etmeyerek örtülü bir af işlevi görmesinden öteye geçmemektedir.

İnfaz hukukunda cezasızlık sonucu doğuran uygulamalara bir yenisi eklenerek 2012 yılında, “*cezanın denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazı*” kabul edilmiştir⁷⁷⁵. Suç ve cezalar yönünden bir istisna getirilmeksizin uygulanan bu kuruma

⁷⁷² Şen/Başer, s. 17-18.

⁷⁷³ Şen/Başer, s. 18.

⁷⁷⁴ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., B. 12, Ankara 2016, s. 745.

⁷⁷⁵ 5/4/2012 tarihinde 6291 sayılı Kanun ile 5275 sayılı Kanun’a eklenen 105/A hükmü ile “cezanın denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazı” düzenlenmiştir. 7242 sayılı Kanun’un 46. maddesi ile de uygulanma koşullarında değişiklik yapılmıştır. 5275 sayılı Kanun’un 105/A maddesi şöyledir:

(1) (Değişik: 14/4/2020-7242/46 md.) Hükümlülerin dış dünyaya uyumlarını sağlamak, aileleriyle bağlarını sürdürmelerini ve güçlendirmelerini temin etmek amacıyla, açık ceza infaz kurumunda veya çocuk eğitimevinde bulunan ve koşullu salıverilmesine bir yıl veya daha az süre kalan iyi hâlli hükümlülerin talebi hâlinde, cezalarının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına, ceza infaz kurumu idaresince hazırlanan değerlendirme raporu dikkate alınarak, hükmün infazına ilişkin işlemleri yapan Cumhuriyet başsavcılığının bulunduğu yer infaz hâkimi

tarafından karar verilebilir.

(2) (Değişik: 14/4/2020-7242/46 md.) Açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartları oluşmasına karşın, iradesi dışındaki bir nedenle açık ceza infaz kurumuna ayrılamayan veya bu nedenle kapalı ceza infaz kurumuna geri gönderilen iyi hâlli hükümlüler, diğer şartları da taşımaları hâlinde, birinci fıkrada düzenlenen infaz usulünden yararlanabilirler.

(3) Yukarıdaki fıkralarda düzenlenen infaz usulünden;

a) Sıfır-altı yaş grubunda çocuğu bulunan ve koşullu salıverilmesine iki yıl veya daha az süre kalan kadın hükümlüler;

b) Maruz kaldıkları ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatlarını yalnız idame ettiremeyen ve koşullu salıverilmesine üç yıl veya daha az süre kalan hükümlüler, diğer şartları da taşımaları hâlinde yararlanabilirler. Ağır hastalık, engellilik veya kocama hâli, Adli Tıp Kurumundan alınan veya Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca düzenlenip Adli Tıp Kurumunca onaylanan bir raporla belgelendirilmelidir.

(4) (Değişik: 18/6/2014-6545/80 md.) Adli para cezasının ödenmemesi nedeniyle, cezası hapse çevrilen hükümlüler yukarıdaki fıkralardaki infaz usulünden yararlanamazlar.

(5) Denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle cezasının infazına karar verilen hükümlünün, koşullu salıverilme tarihine kadar;

a) Kamuya yararlı bir işte ücretsiz olarak çalıştırılması,

b) Bir konut veya bölgede denetim ve gözetim altında bulundurulması,

c) Belirlenen yer veya bölgelere gitmemesi,

d) Belirlenen programlara katılması,

(6) Hükümlünün;

a) Ceza infaz kurumundan ayrıldıktan sonra, talebinde belirttiği denetimli serbestlik müdürlüğüne beş gün içinde müracaat etmemesi,

b) Hakkında belirlenen yükümlülüklerle, denetimli serbestlik müdürlüğünün hazırladığı denetim ve iyileştirme programına, denetimli serbestlik görevlilerinin bu kapsamdaki uyarı ve önerileriyle hakkında hazırlanan denetim planına uymamakta ısrar etmesi,

c) Ceza infaz kurumuna geri dönmek istemesi, hâlinde, denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine, koşullu salıverilme tarihine kadar olan cezasının infazı için açık ceza infaz kurumuna gönderilmesine, denetimli serbestlik müdürlüğünün bulunduğu yer infaz hâkimi tarafından karar verilir.

(7) (Yeniden Düzenleme: 14/4/2020-7242/46 md.) Hükümlü hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlandıktan sonra işlediği iddia olunan ve cezasının alt sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suçtan dolayı kamu davası açılmış olması hâlinde, denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine infaz hâkimi tarafından, hükümlünün açık ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilebilir. Kovuşturma sonucunda beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi veya düşme kararı verilmesi hâlinde, hükümlünün cezasının infazına denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak devam olunmasına infaz hâkimi tarafından karar verilir.

(8) Denetimli serbestlik müdürlüğüne müracaat etmesi gereken sürenin bitiminden itibaren iki gün geçmiş olmasına karşın müracaat etmeyenler ile (...) ceza infaz kurumuna iade kararı verilmesine rağmen iki gün içinde en yakın Cumhuriyet başsavcılığına teslim olmayan hükümlüler hakkında, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 292 nci ve 293 üncü maddelerinde yazılı hükümler uygulanır.

göre hükümlüler koşullu salıverilme sürelerinden de önce ceza infaz kurumundan salıverilmektedirler. Cezanın denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazı talebi kabul edilen hükümlüler, belirtecekleri adrese göre yetkili olan denetimli serbestlik müdürlüğünce denetime tabi tutulmaktadır.

Cezanın “denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazı” yönünde karar verilebilmesi için, hükümlünün açık ceza infaz kurumunda bulunması ya da açık ceza infaz kurumuna ayrılma koşullarını sağlamış olması ve koşullu salıverilmesine bir yıl veya daha az süre kalması ve iyi hâlli olması gerekmektedir. Hakkında koşullu salıverilme hükümleri uygulanamayacak olanlar hakkında cezanın denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazı kararı da alınamaz⁷⁷⁶.

2012 yılında getirilen bu kurum açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartlarını taşıyan ve koşullu salıverilme süresine bir yıl kalan hükümlülerin serbest bırakılmasına yol açmaktadır. Üstelik bu bir yıllık süre daha sonra yapılan düzenleme ile bir kısım suçlar istisna tutularak iki yıla çıkarılmıştır⁷⁷⁷. Koşullar Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği’nde düzenlenmektedir⁷⁷⁸.

(9) Yüklümlüklerin gereklerine ve denetim planına uygun davranan hükümlünün koşullu salıverilmesi hakkında denetimli serbestlik müdürlüğü tarafından hazırlanan gerekçeli rapor, 107 nci ve 108 inci maddeler uyarınca işlem yapılmak üzere ilgili mahkemeye gönderilir.

(10) Denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezaların infazına ilişkin esas ve usuller yönetmelikle düzenlenir.

⁷⁷⁶ Yetgin, s. 504.

⁷⁷⁷ 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK’nın 32. maddesi ile CGTİHK’na getirilen geçici 6. madde ile.

⁷⁷⁸ Açık Kuruma Alınacak veya Ayrılacak Hükümlüler

Doğrudan açık kuruma alınacak hükümlüler

MADDE 5 – (1) Terör suçları, örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar hariç olmak üzere;

- a) Kasıtlı suçlardan toplam üç yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm olanların,
- b) Taksirli suçlardan toplam beş yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm olanların,
- c) Adli para cezası hapis cezasına çevrilenlerin,
- ç) 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu gereğince tazyik hapsine tabi tutulanların,

cezaları doğrudan açık kurumlarda yerine getirilir.

Kapalı kurumdan açık kuruma ayrılacak hükümlüler

MADDE 6 – (1) Hükümlülerden;

a) (Değişik:RG-22/8/2015-29453) Toplam (Değişik ibare:RG-22/2/2017-29987) cezaları on yıldan az olanlar bir ayını, on yıl ve yukarı olanlar ise onda birini kurumlarda infaz edip, iyi hâlli olan ve koşullu salıverilme tarihine yedi yıl veya daha az süre kalanlar,

b) Müebbet hapis cezasına mahkûm olup, koşullu salıverilme tarihine beş yıl veya daha az süre kalanlar,

c) Cezaları yüksek güvenlikli kapalı kurumlar veya diğer kapalı kurumların yüksek güvenlikli bölümlerinde infaz edilenlerden toplam cezalarının üçte birini bu kurumlarda iyi hâlli olarak geçiren ve koşullu salıverilme tarihine üç yıl veya daha az süre kalanlar,

açık kurumlara ayrılabilir.

(2) Açık kurumlara ayrılabilmek için, ayrıca;

a) (Değişik:RG-18/8/2016-29805) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 142, 148, 149, 188 ve 190 ncı maddeleri ile 1/3/1926 tarihli ve mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 403, 404, 491/3-4, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498 ve 499 uncu maddelerinden mahkûm olanların koşullu salıverilme tarihine beş yıldan az süre kalması,

b) (Değişik:RG-18/8/2016-29805) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102 ve 103 üncü maddeleri ile eşe karşı işlenen 82/1-d, 86/3-a ve 96/2-b maddeleri ve 1/3/1926 tarihli ve mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 414, 416/1, 418/1 maddeleri ile eşe karşı işlenen 449/1, 456 ve 457/1 maddelerinden mahkûm (Değişik ibare:RG-11/4/2019-30742) olanların koşullu salıverilme tarihine üç yıldan az süre kalması,

c) 29/7/2003 tarihli ve 4959 sayılı Topluma Kazandırma Kanunu, 30/7/1999 tarihli ve mülga 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanununun 14 üncü maddesi ve 5237 sayılı Kanunun 221 inci maddesinden yararlananların koşullu salıverilme tarihine iki yıldan az süre kalması,

ç) Terör ve örgütlü suçlardan hükümlü olup, mensup oldukları örgütten ayrıldıkları idare ve gözlem kurulu kararıyla tespit edilenlerin koşullu salıverilme tarihine bir yıldan az süre kalması,

şartı aranır.

(3) Birden fazla cezanın toplanarak infazı hâlinde, açık kuruma ayrılmada esas alınacak suç, koşullu salıverilme tarihine en az sürenin arandığı suçtur.

(4) Açık kuruma ayrılma süresini dolduranlar hakkında altı aylık deneme süresinin tamamlanması beklenmeden açık kuruma ayrılma kararı alınabilir.

Çocuk eğitimevinden açık kuruma ayrılacak hükümlüler

MADDE 7 – (1) Çocuk eğitimevinde cezası infaz edildiği sırada eğitime devam etmeyenler on sekiz yaşını bitirdiklerinde, eğitime devam edenler ise yirmi bir yaşını bitirdiklerinde suç türüne bakılmaksızın açık kuruma gönderilir. (Ek cümle:RG-22/8/2015-29453) Açık kuruma gönderilenlerin on sekiz yaşını doldurmadan önce işlediği diğer suçların cezaları da açık kurumlarda infaz edilir.

Açık kuruma ayırlamayacak hükümlüler

MADDE 8 – (Değişik:RG-22/8/2015-29453)

(1) Kapalı kurumlarda bulunan hükümlülerden;

a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm olanlar,

b) Haklarında ikinci defa tekrerrür hükümleri uygulananlar,

Her ne kadar ayrı bir kurum gibi düzenlenmişse de gerek işlevi gerek uygulanma biçimi dikkate alındığında koşullu salıverilme süresini uzatan bir müessese olduğu anlaşılan denetimli serbestlik yoluyla cezanın infazı kurumu tamamen ceza infaz kurumlarındaki kişi sayısının azaltılmasına yönelik olarak getirilmiş olup penolojik gerekliliklere uygun düzenlenmemiştir⁷⁷⁹.

Ülkemizde ceza kanunlarının caydırıcılığı olmadığı ve cezaların hafif olduğu yönünde var olan algının, öngörülen ceza miktarlarının az olmasından değil infaz hükümleri gereğince ceza infaz kurumunda geçirilecek sürelerin oldukça kısa olmasından hatta bazı durumlarda cezaların ceza infaz kurumuna girme sonucu dahi doğurmamasından kaynaklandığı görülmektedir. Cezaların caydırıcı olması ise

c) (Değişik:RG-22/2/2017-29987) Haklarında iyi hal kararı verilse bile, 5275 sayılı Kanunun 44 üncü maddesinde sayılan eylemlerden dolayı toplam beş ve daha fazla hücreye koyma cezası alıp, son hücreye koyma cezasının kaldırılması üzerinden bir yıl geçmemiş olanlar,

ç) Terör ve örgütlü suçlardan hükümlü olup, 6 ncı maddenin ikinci fıkrasının (c) ve (ç) bentleri dışında kalanlar, açık kurumlara ayrılamaz.

(2) Ayrıca;

a) Koşullu salıverilme kararı geri alınanların, geri alınan cezalarının tamamı,

b) Denetimli serbestlik tedbirinin ihlali sonucunda, koşullu salıverilme tarihine kadar olan sürenin tamamı,

c) Çocuk eğitimevleri hariç, kapalı kurumlardan firar edenler ile açık kurumlardan ikinci kez firar etmiş olanların, firar tarihinden önce kesinleşmiş olan cezaları ve koşullu salıverilme tarihine kadar kesinleşerek infazına başlanacak olan cezalarının tamamı,

ç) 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu gereğince verilen hapsen tazyik veya tazyik hapisleri dışında, diğer kanunlarda düzenlenen tazyik, disiplin veya zorlama hapislerinin tamamı,

kapalı kurumlarda infaz edilir. Diğer cezalar, Yönetmelikte aranan koşulların bulunması halinde açık kurumlarda infaz edilebilir.

(3) Kapalı kurumda hükümlü olup;

a) İşlediği iddia olunan başka bir suçtan dolayı haklarında 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 100 üncü maddesine göre tutuklama kararı verilenler,

b) Yaş, sağlık durumu, bedensel veya zihinsel yetenekleri bakımından çalışma koşullarına uyum sağlayamayacakları idare ve gözlem kurulu kararıyla saptananlar,

bu durumları devam ettiği sürece açık kurumlara ayrılamaz.

⁷⁷⁹ **Hakan A. Yavuz**, Ceza İnfaz Sistemi ve Denetimli Serbestlik, Seçkin Yay., Ankara 2018, s. 258-259.

miktarlarının fazla olmasından ziyade kaçınılmaz olmaları ile sağlanabilecektir⁷⁸⁰.

İnfaz kanunu elbette yalnızca kamu görevlilerinin ya da belli grupların işledikleri suçlar yönünden geçerli olmadığından cezasızlık sonucu doğurmak için bilinçli olarak kullanıldığı söylenmeyecekse de işlenen suçların cezalandırılmadığı ve hafif suçlar nedeniyle hapse girilmeyeceği algısının yaratılmış olması bakımından cezasızlığın sonuçlarını doğurmaktadır.

Suç işleyen kimsenin hapsedilmesi toplumun suçtan hızlı bir şekilde korunmasını sağlarken ödetme duygusunun da tatmin edilmesini sağlamaktadır⁷⁸¹. Suçlunun rehabilitasyonu ve topluma kazandırılması yönünde bir araç olarak kullanılan koşullu salıverilme ya da denetimli serbestlik gibi müesseselerin iyi bir bireyselleştirme çalışmasına tabi olmaksızın konunun uzmanı kişilerce değerlendirilmeksizin ve yargısal mercilerin sıkı denetimine tabi olmaksızın uygulanması durumunda suçlunun ödüllendirilmesine toplumdaki adalet inancının zedelenmesine ve toplumun suçtan korunamamasına sebebiyet vereceği anlaşılmalıdır⁷⁸².

Cezaların infazına ilişkin Anayasa Mahkemesince etkili soruşturma yükümlülüğü kapsamında yapılmış herhangi bir tespit henüz bulunmamaktadır.

3.10. Disiplin- Görevden Uzaklaştırma- Görevden İhraç

Cezasızlık görünümlerinden bir diğeri de işkence ya da kötü muamele suçu işleyen kolluk görevlileri hakkında disiplin cezası verilmemesi hatta birçoğu hakkında disiplin soruşturması dahi yürütülmemesidir.

⁷⁸⁰ Yavuz, s. 299.

⁷⁸¹ Yavuz, s. 101.

⁷⁸² Yavuz, s. 102.

Hakkında ceza soruşturması başlatılan kamu görevlilerinden hakkında disiplin soruşturması başlatılan hele ki hakkında disiplin cezası verilen kamu görevlilerinin oranı çarpıcıdır. 2005-2009 yılları arasında yapılan bir araştırmada, bu tarihler arasında hakkında ceza soruşturması başlatılan kamu görevlilerinin yalnızca %15'i hakkında disiplin soruşturması başlatıldığını bu soruşturmaların ise tamamına yakını ceza verilmesine yer olmadığı ya da zamanaşımı kararlarıyla sonuçlandığını göstermektedir⁷⁸³. Faillerin ceza almadığı durumlarda buna ek olarak herhangi bir disiplin cezası da uygulanmaması ihlalin sonuçlarını ağırlaştırmaktadır⁷⁸⁴.

Polisler arasında dayanışma duygusunun yoğun olduğu kabul edilmekte ve polisin hukuka uygun olmayan eylemlerine karşı kurum içinde tarafsız bir yaptırım uygulanacağı konusunda tereddütler oluşmaktadır⁷⁸⁵. Bu nedenle disiplin soruşturması ve işlemlerinin bağımsız organlar ve/veya yargı organları tarafından denetlenmesinin önemi büyüktür⁷⁸⁶.

Kamu görevlilerinin işledikleri suçların bir disiplin yaptırımıyla karşılaşp karşılaşmadığı meselesi yaptırımın caydırıcılığı hususunun değerlendirilmesinde dikkate alınan hususlardan birini oluşturmaktadır.

Protesto gösterilerinde polisin orantısız güç kullanması nedeniyle yaralanma olayının meydana geldiği *Elif Aydın Dost* kararında, kötü muamele fiilinin mahkemece tespit edilmesine karşın HAGB kararıyla birlikte, sanığın disiplin cezasıyla cezalandırılmamış olması caydırıcı bir yaptırıma hükmedilmediğinin tespiti yönünden değerlendirme konusu yapılmıştır⁷⁸⁷. Anayasa Mahkemesi, kolluk görevlisinin sabit görülen eyleminden dolayı HAGB'nin yanı sıra sanığın disiplin soruşturmasına tabi

⁷⁸³ Üçpınar/Koç, s. 35.

⁷⁸⁴ Cezmi Demir ve diğerleri, § 66.

⁷⁸⁵ M. Kerem Osmanoğlu, *Polisin Zor Kullanma Yetkisi ve İnsan Hakları*, Beta Yay., Ankara 2012, s. 94.

⁷⁸⁶ Osmanoğlu, s. 94.

⁷⁸⁷ Elif Aydın Dost, § 67.

kılınmaması ve disiplin yaptırımıyla karşılaşmamasının cezasızlığın etkisini ağırlaştırdığını tespit etmiştir⁷⁸⁸.

Naif Bal (2) kararında da “zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suretiyle basit yaralama” eyleminden verilen adli para cezasının açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinin yanı sıra infaz ve koruma memurları hakkında bir disiplin cezasına da hükmedilmemiş olması ihlal sonucunun gerekçelerinden birini oluşturmaktadır⁷⁸⁹. Aynı şekilde *Edip Elma ve diğerleri* kararında da failler hakkında disiplin cezası verilmemiş olması ihlal sonucunun gerekçesinde kullanılmıştır⁷⁹⁰.

İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele olarak nitelendirilen olaya ilişkin yürütülen disiplin soruşturması sonucunda “disiplin cezası verilmesine yer olmadığı” kararı verilen başka bir dosyada, sanıklar hakkında verilen HAGB kararı kamu görevlileri hakkında bir disiplin cezası da uygulanmadığı hususuyla birlikte değerlendirilmiş ve “sorumluların fiilleriyle orantılı ceza almaları” koşulunun yerine getirilmemesi nedeniyle cezasızlık sonucunun doğduğu tespit edilmiştir⁷⁹¹.

Mehmet Şah Araş başvurusunda, Anayasa Mahkemesince eziyet olarak nitelenen eylemler yönünden dört kolluk görevlisi için ayrı ayrı verilen beş ay on sekiz gün hapis cezasının açıklanmasının geri bırakılması kararının yanı sıra kamu görevlilerine “altı ay kademe ilerlemesinin durdurulması” disiplin cezası verilmesi sanıklar açısından caydırıcılık ve mağdurlar açısından etkili giderim sağlayacak yeterlilikte bulunmamıştır⁷⁹².

⁷⁸⁸ Elif Aydın Dost, § 66.

⁷⁸⁹ Naif Bal (2), B. No: 2015/2465, 11/9/2019, § 70.

⁷⁹⁰ Edip Elma ve diğerleri, § 55.

⁷⁹¹ Yunus Kalkan, § 86.

⁷⁹² Mehmet Şah Araş ve diğerleri, § 85.

Abdullah Süngü kararında ise, haksız tahrik indirimi ve HAGB uygulanmasına ilişkin eleştirilerden sonra yapılan ihlal tespitinde kamu görevlisi hakkında disiplin cezası verilip verilmediği yönünde başvuru dosyasında bir bilgi mevcut olmaması da ihlal kararını destekleyici bir argüman olarak kullanılmıştır⁷⁹³.

Türkiye’de, kamu görevlilerinin karıştığı işkence ve kötü muamele yasağının ihlalini teşkil eden olaylara ilişkin idari soruşturma yürütülmesi ve disiplin yaptırımları uygulanması dikkat çekici bir eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır ki “*Birleşmiş Milletler İşkenceyi Önleme Komitesi de Türkiye Hakkındaki Tavsiye Kararı*”nda, yürütülen soruşturma ve kovuşturma aşamaları sonuçlanıncaya kadar bu kamu görevlilerinin görevden uzaklaştırılmasını, mahkûmiyetlerine karar verilmesi halinde ise meslekten ihraç edilmelerini önermektedir⁷⁹⁴.

AİHM de benzer şekilde işkence ve kötü muamele yasağını ihlal eden eylemlerle suçlanan kamu görevlisinin soruşturma ve kovuşturma aşamasında görevden uzaklaştırılması ve kişinin suçlu bulunması halinde ise meslekten ihraç edilmesinin önemine dikkat çekmekte, işkence ve kötü muamele olaylarında caydırıcı bir ceza yaptırımına hükmedilmemesinin yanı sıra disiplin yaptırımı uygulanmamasını da cezasızlık uygulamalarının bir parçası olarak değerlendirmektedir⁷⁹⁵.

⁷⁹³ **Abdullah Süngü**, § 81.

⁷⁹⁴ Birleşmiş Milletler İşkenceyi Önleme Komitesi Nihai ve Tavsiye Kararları: Türkiye, 27/5/2003, CAT/C/CR/30/5,(Çevrimiçi), https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2fC%2fCR%2f30%2f5&Lang=en, erişim tarihi: 18/3/2020.

⁷⁹⁵ **Abdülşamet Yaman/Türkiye**, § 55; **Serdar Güzel/ Türkiye**, B. No:39414/06, 15/3/2011, § 42; **Eski/Türkiye**, § 34; **Fazıl Ahmet Tamer ve diğerleri/Türkiye**; B. No: 6289/02, 14/11/2006, § 97- 99; **Fırat Can/Türkiye**, § 47; **Ciğirhun Öner / Türkiye (n° 2)**, § 101; **Alikaj ve diğerleri/İtalya**, § 110.

SONUÇ

Hem kamu görevlilerinin hem üçüncü kişilerin diğer bireylerin insan haklarını ihlal etmelerinin önüne geçilmesinin sağlanmasında cezai sorumluluğun önemi yadsınamaz. Cezasızlık uygulamalarıyla mücadele edilmeyerek başta kamu görevlileri olmak üzere kişilerin suç teşkil eden eylemlerinin sorumluluklarını üstlenmelerinin engellenmesi insan haklarının korunmasını kişilerin vicdanına teslim etmek anlamına gelecektir. Böyle bir durumun kabul edilebilir olmadığı açıktır.

Bir suç işleyen kimseye verilen cezanın iki amacı bulunmaktadır: Ödetmek ve önlemek⁷⁹⁶. Suçluya işlediği suç karşısında bedel ödetilmesi aynı zamanda mağdur açısından da giderim sağlayan husustur. Belirtmek gerekir ki suçun mağduru cezanın önleme amacıyla yani caydırıcılıkla ilgilenmez. Mağdur açısından giderim sağlayan unsur suçluya ödetilen bedeldir. Cezanın önleme amacı ise hem suçu işleyen kişinin hem de toplumdaki diğer kimselerin suç işlemekten çekinmeleri sonucu doğurmasını ifade eder⁷⁹⁷. Ancak bu etki ödetme amacının yerine getirilebilmesine bağlıdır. Suç için verilen ceza suçun karşılığını yeterince ödetmediği takdirde caydırıcılık etkisi de doğmayacaktır. Hem suçlu hem de toplum üzerinde yaratılan suçun yaptırımsız kaldığı algısı caydırıcılığı sağlamayı imkânsız hale getirecektir. Üstelik bu algının oluşması için çok az sayıda olayda dahi ödetme amacının yerine getirilememesi yeterlidir.

Ceza tehdidi, suç işleme eğilimine karşılık ceza korkusundan gelen karşıt bir eğilim yaratmakta, suç işlenmesine engel olmak için manevi bir güç oluşturmaktadır⁷⁹⁸. Suç işlendikten sonra ceza tehdidinin yerine getirilmesi yani ödetme ise ceza tehdidi amacının yerine getirilebilmesi için bir araçtır⁷⁹⁹. Başka bir ifade ile ceza tehdidi suç

⁷⁹⁶ Akkaya, s. 5.

⁷⁹⁷ Akkaya, s. 5.

⁷⁹⁸ Hafızoğulları/Özen, Ceza Genel, s. 413.

⁷⁹⁹ Hafızoğulları/Özen, Ceza Genel, s. 415-416.

işlendikten sonra yerine getirilmemiş ise artık tehdit caydırıcı olmaktan çıkacaktır. Ceza tehdidinin fiilen gerçekleşmesi, suçun karşısında hukuk düzeni ve devletin gücünü teyit ederek önleyici etkinin devam etmesini sağlamaktadır⁸⁰⁰. Cezanın en önemli amaçlarından biri genel önleme olup bunun anlamı, topluma suçun cezasız kalmayacağını gösterilerek suç işlemekten caydırmaktır⁸⁰¹. Yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağı kapsamındaki anayasal yükümlülükler uyarınca sorunlu noktaların tespit edilerek cezasızlıkla mücadele edilmesi için atılması gereken uygun adımların belirlenmesi bir zorunluluktur.

Çalışma kapsamında tespit edilen ilk sorun, bir suç isnadı hakkındaki adli süreci yürütenlerin ve bu süreçte görev alanların suç işleyeni koruma güdüsüyle hareket etmeleridir. Tarafsızlığın sağlanamadığı her aşama, kolluk araştırması, savcılık soruşturması ya da kovuşturma süreçlerinde farklı sorunlar ortaya çıkarabilmektedir.

Yürütülen soruşturmalarda görev alan personelin suç isnadı altında olan personelin görev yaptığı birimden farklı birimler aracılığıyla yürütülmesi, tarafsız bakış açısının sağlanması yönünde getirilecek eğitimler, ön yargılar ve algı yapılarıyla mücadele edilmesi ve en önemlisi de sürecin sıkı bir denetime tabi tutulması bu konuda alınabilecek önlemler arasında sayılabilecektir.

Polis, asker, infaz ve koruma memuru, bekçi gibi görevleri nedeniyle kuvvet ve silah kullanma yetkisine sahip kamu görevlilerinin yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağını ihlal eder nitelikte kasıtlı eylemleri ile kamu görevlilerinin ihmali davranışları sonucu meydana gelen yaralanma ve ölüm olaylarında işletilen izin sistemi cezasızlık sonucu doğuran önemli kurumların başında gelmektedir. Kamu görevlileri hakkında uygulanan izin sistemi, delillerin derhal toplanması önünde engel teşkil etmesi

⁸⁰⁰ **Hafızoğulları/Özen**, Ceza Genel, s. 424.

⁸⁰¹ **Demirbaş**, İnfaz Hukuku, s. 58.

ile kamu görevlisinin yargılamadan muaf tutulması amacıyla kullanılması yönleriyle cezasızlık araçlarından birini oluşturmaktadır. İzin sisteminin kaldırılması yönündeki ciddi talepler, kamu görevlilerinin asılsız isnatlardan korunması yoluyla devlet kurumlarının yıpratılmasının önüne geçilmesi amacıyla karşılanmakta ise de bu zayıf gerekçe günümüzde özel soruşturma usullerinin varlığını meşrulaştırmak için yetersiz kalmaktadır. Bunun yanı sıra izin sisteminin kullanılma şekli de kesinlikle ileri sürülen bu amaca uygun olmayıp somut cezasızlık görünümlerinden biri olarak hukuk sisteminin ortasında varlığını korumaya devam etmektedir. Hem sistemin devamının hem de uygulanma biçimlerinin gözden geçirilmesi cezasızlıkla mücadele konusunda elzem noktalardan birini oluşturmaktadır.

Yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağının ihlalinin teşkil eden bir suçla ilişkin maddi olayın açıklığa kavuşturulması için gerekli tüm delillerin toplanması yönündeki her türlü eksiklik ile toplanan delillerin tutarlı ve mantık çerçevesinde bir analizine dayanmayan sonuçların her türlü cezasızlık sonucuna hizmet eden diğer unsurlardır. Bu aşamada, özgürlüğünden mahrum bırakılan kişilere tanınan usul güvencelerinin eksiksiz yerine getirilmesi büyük önem taşımakta bu konuda görevli personelin eğitimi ve denetlenmesine ağırlık verilmesi gerekmektedir. Adli mercilerce varılan sonuçların uygun şekilde gerekçelendirilmesi ise toplanan deliller ile arasındaki tutarlılığın denetlenmesi için vazgeçilmez önemdedir.

Bir eylemin kanunda öngörülen suç tipi olarak değil de daha az ceza gerektiren yani daha hafif denilebilecek bir suç tanımıyla nitelendirilmesi de hem suç için öngörülen ceza miktarını azaltmakta hem soruşturma iznine tabi olmayan bir suç soruşturma iznine tabi kılınabilmekte hem de öngörülen zamanaşımı sürelerini kısaltmakta böylece kamu görevlilerinin cezadan korunması amacıyla en çok başvuru yollardan birini oluşturmaktadır. Suç nitelendirmeleri adli mercilerin yetkisinde olmakla birlikte cezasızlık araçlarından biri olarak kullanıldığına ilişkin soru işaretleri bulunması halinde

takdir yetkisinin denetlenmesinin gündeme gelmesi gerektiği gözden kaçırılmamalıdır. Temel cezanın belirlenmesinde yasal gerekçelere uygun olmaksızın alt sınırdan ya da alt sınıra yakın şekilde ceza belirlenmesi ile takdiri indirim uygulanması, hürriyeti bağlayıcı ceza yerine adli para cezalarının ya da seçenek yaptırımların tercih edilmesi cezaların belirlenmesi aşamasında kullanılan cezasızlık araçlarıdır. Mahkemelerin takdir yetkisi anılan hususlar için de asıl olmakla birlikte takdir yetkisinin açıkça suç işleyenin ağır yaptırımlardan korunması amacına hizmet ettiğinin anlaşılması halinde denetim görevi devreye girmelidir.

Hem sanığa infaz edilebilir bir ceza verilmesi sonucunu doğurmaması hem de mağdurun muvafakati ya da mağdur açısından manevi bir telafinin sağlanması koşulunun aranmaması nedeniyle caydırıcı olmadığı ve etkili bir giderim sağlamadığı tespit edilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun da kötü muamele iddiaları yönünden uygulanmamasının cezasızlıkla mücadele yönünde bir zorunluluk olduğu belirtilmelidir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına benzer şekilde erteleme kurumu da mahkûmiyet hükmünü etkisiz kılması nedeniyle cezasızlık sonucu doğuran kurumlardan birini oluşturmakla yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağının ihlalini teşkil eden suçlar yönünden tercih edilmemesi gerekmektedir.

Cezasızlık sonucu doğuran olguların başında şüphesiz zamanaşımı meselesi bulunmaktadır. Yürütülen adli süreçlerde zamanaşımı sürelerinin dolması sonucu soruşturmalar kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararlar, davalar ise düşme kararlarıyla sonuçlanmakta, işlenen suçlar yaptırımsız kalmaktadır. Delil toplama aşamasında yaşanan güçlükler nedeniyle zamanaşımı süreleri dolabildiği gibi adli işlemlerin yavaş ve özensiz yapılmasının zamanaşımı sürelerinin dolmasına sebebiyet vermesi ya da dosyaların kasıtlı olarak sürüncemede bırakılması da pek tabii mümkündür.

Cezanın infazını engelleyen hallerden biri olarak af müessesesi cezasızlık sonucu doğurabilen durumlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bireyin temel hak ve özgürlükleri üzerinde sonuç doğuran suçlar yönünden af yetkisi tanınmaması önüne anayasal bir engel getirilmelidir. Anayasal bir engel bulunmasa dahi bu suçlar yönünden af çıkarılmasının insan hakları yargısı tarafından cezasızlık sonucu doğurduğuna karar verilmesi mümkündür.

Ülkemizde ceza kanunlarının caydırıcılığı olmadığı ve cezaların hafif olduğu yönünde var olan algının, öngörülen ceza miktarlarının az olmasından değil infaz hükümleri gereğince ceza infaz kurumunda geçirilecek sürelerin oldukça kısa olmasından hatta bazı durumlarda cezaların ceza infaz kurumuna girme sonucu dahi doğurmamasından kaynaklandığı görülmektedir. İşlenen suçların cezalandırılmadığı ve hafif suçlar nedeniyle hapse girilmeyeceği algısının yaratılmış olması bakımından infaz düzenlemeleri cezasızlık sonucu doğurmaktadır.

Son olarak, işkence ya da kötü muamele suçu işleyen kolluk görevlileri hakkında disiplin cezası verilmemesi hatta birçoğu hakkında disiplin soruşturması dahi yürütülmemesi bu tür suçlara gösterilen müsamahanın çarpıcı göstergelerinden biridir.

Cezasızlık sonucu doğurduğu tespit edilen uygulamaların tamamı öncelikle derece mahkemeleri önündeki kanun yolu aşamalarında daha sonra da Anayasa Mahkemesi önüne getirilen bireysel başvurular aracılığıyla Anayasa Mahkemesinin denetimi altındadır. Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği hak ihlali iddialarının öncelikle derece mahkemeleri önünde giderilmesi beklenmektedir. Bu durumda, tespit edilen sorun noktalarının öncelikle soruşturma ve kovuşturmayı yürüten merciler daha sonra da bu mercilerin verdikleri kararlara karşı başvurulmuş kanun yollarında gözetilmesi ve telafi edilmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesinde esas incelemesine konu edilecek başvurular ancak bu adli merciler tarafından giderilmeyen ihlal iddialarına

ilişkin olacaktır.

Anayasa Mahkemesi önüne gelen başvurularda tüm hususları birlikte değerlendirerek olayda cezasızlık sonucu doğmasına sebebiyet verilip verilmediğini araştırmakta ve meydana gelen olayda çeşitli sebeplerle sorumluların tespit edilerek sorumluluklarıyla orantılı şekilde cezalandırılmadıkları sonucuna ulaştığında ihlal tespiti yapmaktadır. Anayasa Mahkemesi adli süreçleri detaylı bir incelemeye tabi tutmakla birlikte cezasızlıkla mücadele açısından üstüne düşen bir yükümlülüğü yerine getirmekte daha istekli davranması gerektiği düşünülmektedir ki o da cezasızlık sonucunun altında yatan sebeplerin incelenmesidir. Kamu görevlilerinin ya da suç işleyenin korunması saikiyle hareket edildiğine ilişkin açık emareler bulunduğu Anayasa Mahkemesinin bu hususu tespit etmesinin süreçte yer alan merciler üzerinde zorlayıcı bir etki doğurarak cezasızlıkla mücadele için önemli bir adım olacağı düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

Basılı Eserler

- Akbulut, Berrin:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınları, Ankara 2015.
- Akkaya, Çetin:** Cezaların İnfazı ve İnfaz Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, B. 6.
- Aktaş, Sururi:** *"Cezalandırmanın Amacı Üzerine"*, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2009, C. 13, S.1-2, s. 1-25.
- Akyıldız, Ali:** *"Memur Yargılamasında İdari Süreç"*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, Y. 2001, C.5, S. 2, s.144-209.
- Altıparmak, Cüneyd:** 100 Başlıkta Soruşturma Evresi El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, B. 6.
- Altıparmak, Kerem:** "İşkenceyi nasıl bilirsiniz? Türkiye'de Orantısız Güç Kullanma Sorunu", Türkiye İnsan Hakları Vakfı, Y. 2008, s. 355–381.
- Altıparmak, Kerem:** "Anayasa Mahkemesinin Zor Sorusu: İşkence ve Kötü Muamele, Ama Hangisi?", Anayasa Yargısı Dergisi, Y. 2016, C. 32, S. 1. s. 145-184.
- Altıparmak, Kerem:** Cezasızlıkla Mücadele El Kitabı, Cezasızlıktan Hesap Verilebilirliğe: Sivil Toplum Örgütlerinin İzleme ve Müdahale Kapasitesinin Geliştirilmesi Projesi, İnsan Hakları Ortak Platformu-İHOP 2016.
- Altıparmak, Kerem:** Zaman ve Aşımı: Ağır İnsan Hakları İhlallerinin Kılıfını Kaldırmak, Cezasızlıktan Hesap Verilebilirliğe: Sivil Toplum Örgütlerinin İzleme ve Müdahale Kapasitesinin Geliştirilmesi Projesi Cezasızlık Kültürü - Yayın No: 3, İnsan Hakları Ortak Platformu-İHOP 2016.
- Artuç, Mustafa:** *"Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması"*, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2008, C.3, S.21, s. 107-126.
- Artuç, Mustafa:** Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınları, Ankara 2010, B. 3.
- Artuç, Mustafa:** Kişilere Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, B. 2.
- Artuk, Mehmet Emin / Alşahin, Mehmet Emin:** *"Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı"*, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul, Y. 2013, C. 19, S. 2.
- Artuk, Mehmet Emin / Gökcen, Ahmet / Alşahin, Mehmet Emin / Çakır, Kerim (Artuk vd):** Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, B. 16, (Ceza Özel).

- Artuk, Mehmet Emin /Gökcen, Ahmet/ Yenidünya, A. Caner:** Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2012, B. 12.
- Ataman, Hakan:** “*Nefret Suçlarını Farklı Yaklaşımlar Çerçevesinden Ele Almak: Etik, Sosyo-Politik ve Bir İnsan Hakları Problemi Olarak Nefret Suçları*”, Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları (Der: Yasemin İnceoğlu), Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2012, S. 47-61.
- Atılğan, Mehmet / Işık, Serap:** Cezasızlık Zırhını Aşmak: Türkiye’de Güvenlik Güçleri ve Hak İhlalleri, TESEV Yayınları 2011.
- Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Avrupa Konseyi, 2010.
- Aytekin İnceoğlu, Asuman:** “*Nefret Suçu Kavramı ve Türk Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi*”, Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları (Der: Yasemin İnceoğlu), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012, S. 103-124.
- Bahadır, Oktay:** Yaşama Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Bakıcı, Sedat:** 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri 4. Cilt, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- Bakım, Sevi:** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu, Beta, İstanbul 2008.
- Başköy, Sabri:** Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve Uygulaması, Anıl Matbaa, Ankara 2000.
- Beccaria, Cesare:** Suçlar ve Cezalar Hakkında (çev. Sami Selçuk), İmge Kitabevi, Ankara 2013, B. 3.
- Birtek, Fatih:** AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, B.2.
- Bulut, İlhan:** Nefret Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem:** Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016, B. 4.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2019, B. 16.
- Çağırın, Mehmet Emin:** Uluslararası Alanda İnsan Hakları, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, B. 3.
- Çakmak, Seyfullah:** “*Türk Hukukunda Af Sorunu*”, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Af Sorunu Sempozyumu (ed, Serap Keskin Kızıroğlu), Okan Üniversitesi, İstanbul 2011.

- Çetin, Erol:** Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, B.2.
- Çiftçioğlu, Cengiz Topel:** (2017), Açıklamalı Uygulama Örnekleriyle Savcılık Kurumunun Hukuki Statüsü Bağlamında Cumhuriyet Savcısının Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararı ve Kararın Denetimi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, B. 3.
- Demir Koşar, G. Ceren:** Yaşam Hakkı ile İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Kapsamında Kamu Görevlileri Hakkında Soruşturma İzni İşlemleri, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- Demirbaş, Timur:** “*Af Tartışmaları*”, Prof. Dr. Mahmut Tefik Bırsel’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 2001, s. 533-547.
- Demirbaş, Timur:** “*Nefret Söylemi ve Nefret Suçları*”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, Y. 2017 C. 19, Özel Sayı, S. 2693-2701.
- Demirbaş, Timur:** İnfaz Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, B. 6.
- Demirbaş, Timur:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, B. 14.
- Doğru, Osman:** İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006.
- Doğru, Osman / Nalbant Atilla:** İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar (1. Cilt), İstanbul 2012, Legal Yayıncılık.
- Doğru, Osman:** Yaşama Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 5, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, Avrupa Konseyi, Ankara 2019, B. 2.
- Doğusoy, Bahadır:** Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve Bu Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 2002.
- Dursun, Gizem:** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İşkence Yasağı ve İşkenceyi Etkili Biçimde Soruşturma Yükümlülüğü, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Engin, Zeynep:** İşkence ve Türkiye: Türkiye’de İşkenceye İlişkin Hukuki Durum ve İşkencenin Cezasız Kalma Sorunu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, Cilt: 14, Sayı: 1, s. 11-24.
- Epözdemir, Rezan:** Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınları, Ankara 2017, B. 2.

- Ercan, İsmail:** Ceza Hukuku (Genel Hükümler-Özel Hükümler), İkinci Sayfa, İstanbul 2009, B. 5.
- Ercan, İsmail:** (2013), Ceza Muhakemesi Hukuku, XII Levha Yayınları, İstanbul 2013, B. 6.
- Erdem, Mustafa Ruhan:** “*Ceza Hukukunda Cezaların Ertelenmesine İlişkin Düzenlemelere Anayasal Bakış*”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 18, Y. 2001, s. 17-39.
- Ersoy, Uğur:** “*Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m.122)*”, Ceza Hukuku Dergisi, C.12, S.34, Y. 2017, S. 7-56.
- Ersoy, Uğur:** “*Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 9, S. 35, Y. 2018, S. 111-174.
- Gemalmaz, Mehmet Semih:** Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/İşkence Yasağı) Analizi, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2006.
- Gemalmaz, Mehmet Semih:** (2012), Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş- Cilt 1, Legal Yayınları, İstanbul 2012, B. 8.
- Giffard, Camilla:** İşkencenin Rapor Edilmesi El Kitabı, Çev. Orhan Kemal Cengiz, Essex Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi, İzmir 2001.
- Gökcan, Hasan Tahsin:** Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, (5237 sayılı TCK M. 247-266), Seçkin Yayınları, Ankara 2008.
- Gökcan, Hasan Tahsin / Artuç, Mustafa:** Ceza Yargılamasında Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması), Adalet Yayınevi, Ankara 2016, B. 4.
- Gökcan, Ahmet / Balcı, Murat / Alşahin, Mehmet Emin / Çakır, Kerim:** Ceza Muhakemesi Hukuku I, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, B. 2.
- Gültekin Yılmaz, Gökçe:** İşkence ve Kötü Muamele Yasağında Cezasızlık Sorunu, On iki Levha Yayınları, İstanbul 2019.
- Günay, Erhan:** Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayınları, Ankara 2010.
- Güneş, Seyithan:** Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2018.
- Güngör, Devrim / Okuyucu Ergün, Güneş:** Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, AÜHFD., C. 65, S. 4, Y. 2016, s. 1951-1965.

- Hafizoğulları, Zeki / Özen, Muharrem:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara 2015, B. 8.
- Hafizoğulları Zeki / Özen, Muharrem:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayınları, Ankara 2016, B. 5.
- Hakeri, Hakan / Ünver, Yener:** Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, B. 7.
- Hakeri, Hakan:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, B. 21.
- Harris, David / O'Boyle, Michael / Warbrick, Colin:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku (çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı), Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Avrupa Konseyi 2013.
- Herkes Özgür ve Eşit Doğar, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği, BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, 2013.
- Horozgil, Denizhan:** Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Savaş Yayınevi, Ankara 2017.
- İçel, Kayıhan / Sokullu Akıncı, Füsun / Özgenç, İzzet / Sözüer, Adem / Mahmutoğlu, Fatih S. / Ünver, Yener (İçel vd):** Yaptırım Teorisi, Beta Yayıncılık, İstanbul 2002, B. 2.
- İçel, Kayıhan:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul 2017, B. 4.
- İpek, Ali İhsan:** Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- Kafes, Veli:** “Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi”, AUHFD, S. 60, C. 1, Y. 2011, s. 83-156.
- Kapani, Münci:** “İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması: Yeni Gelişmeler ve Sorunlar”, İnsan Hakları Yıllığı, S.1/1, 1979, s. 64-79, tekrar yayınlayan 55 Yıl 55 Makale, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara 2017, s. 384.
- Kalabalık, Halil:** İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, B. 5.
- Karahasan, Mustafa Reşit:** Tazminat Hukuku-Maddi Tazminat, Beta Yayınları, İstanbul 2001, B. 6.
- Karan, Ulaş:** “Nefret Suçlarından Ne anlıyoruz?”, Nefret Suçları ve Nefret Söylemi, Uluslararası Hrant Dink Vakfı Yayınları (Ed. Ayşe Çavdar, Aylin B. Yıldırım), İstanbul 2010, S. 55-62.
- Karaman, Ebru:** “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 2014, C. 72, S. 1, s. 411-434.

- Katoğlu, Tuğrul:** “*Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Tanımı*”, Legal Hukuk Dergisi. Y. 2014, C. 4, Rona Aybay'a Armağan, s.1457-1482.
- Keyman, Selahattin:** Türk Hukukunda Af (Genel Af-Özel Af), Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1965.
- Koca, Mahmut /Üzülmez, İlhan:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, B. 7.
- Koca, Mahmut /Üzülmez, İlhan:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, B. 4.
- Korff, Douwe:** Yaşam Hakkı-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap (çev. Özgür Heval Çınar/Abdulcelil Kaya), İnsan Hakları El Kitapları No: 8, Avrupa Konseyi 2006.
- Köse, Metin:** Ceza Kovuşturmasında Delillerin Ortaya Konulması ve Değerlendirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Kumbasar, Enver:** Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayınları, Ankara 2012.
- Kurt, Gülşah:** Cezasızlık Sorunu: Soruşturma Süreci, Hakikat Adalet Hafıza Merkezi, İstanbul.
- Meran, Necati:** “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Konusunda Bazı Çözüm Önerileri”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl 3 (2008), Sayı 23, Temmuz, s. 61-73.
- Meran, Necati:** “Ceza Hukukunda Dava Zamanaşımı” Terazi Hukuk Dergisi, C. 10, S. 112, s. 65-72.
- Nefret Suçlarını Önleme ve Karşılama, AGİT Bölgesindeki STK’lar için kaynak kılavuz, AGİT/ DKİHB, 2015.
- Okuyucu Ergün, Güneş:** Ceza Muhakemesi İşlemleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- Oran, Baskın:** “*Maksimum Rezillik: Nefret Suçu ve Nefret Suçunun Önkoşulu: Nefret Söylemi*”, Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları (Der: Yasemin İncoğlu), Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2012, S. 39-45.
- Osmanoğlu, M. Kerem:** Polisin Zor Kullanma Yetkisi ve İnsan Hakları, Beta Yayınları, Ankara 2012.
- Önok, R. Murat:** Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006.
- Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar (Özbek vd):** Ceza Genel Hukuku Temel Bilgiler, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, B: 6 (**Temel Bilgiler**).
- Özbek, Veli Özer / Kanbur, Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe İlker:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, B. 9.

- Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar (Özbek vd):** Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, B. 12.
- Özen, Mustafa:** Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- Özgenç, İzzet:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, B: 12.
- Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan:** Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, B. 9.
- Öztürk Bahri /Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan ve diğerleri:** Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, B: 14.
- Parlar, Ali:** Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Erteleme, Bilge Yayınevi, Ankara 2015, İkinci Baskı.
- Pazarıcı, Hüseyin:** Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, B: 8.
- Reisoğlu, Safa:** Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları, Beta, İstanbul 2001.
- Sevdiren, Öznur:** Türkiye'nin Cezasızlık Mevzuatı, Hakikat Adalet Hafıza Merkezi, İstanbul 2015.
- Soyaslan, Doğan:** Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, B. 10 (Ceza Özel).
- Soyaslan, Doğan:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, B. 8.
- Svanidze, Eric:** Effective investigation of ill-treatment, Council of Europe 2009.
- Svanidze, Eric:** Kötü Muamelenin Etkili Soruşturulması- Avrupa Normlarına Dayanan Kılavuz İlkeler, Kötü Muamele İddialarının Etkili Soruşturulması ve Cezasızlıkla Mücadelenin Geliştirilmesi Projesi, Avrupa Konseyi 2019.
- Şahin, İlyas:** “4483 Sayılı Kanun’da Öngörülen Ön İnceleme Görevlisinin Yetkileri ve Bu Çerçeve İzin Sisteminin Gerekliliği Hakkında Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2015, S. 3, s 249-319.
- Şahin, Cumhur:** Ceza Muhakemesi Hukuku – I, Seçkin Yayınları, Ankara 2018, B. 9.
- Şahin, Cumhur / Göktürk Neslihan:** Ceza Muhakemesi Hukuku – II, Seçkin Yayınları, Ankara 2018, B. 7.
- Şen, Ersan:** Uluslararası Ceza Mahkemesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.
- Şen, Ersan:** (2011), “Türk Ceza Hukuku Yönünden Af”, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Af Sorunu Sempozyumu (ed. Serap Keskin Kızıroğlu), Okan Üniversitesi, İstanbul 2011.
- Şen, Ersan / Maviş, Mert:** Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması (HAGB), Seçkin Yayınları, Ankara 2014.

- Şen, Ersan / Başer, Beyza:** Koşullu Salıverilme, Denetimli Serbestlik, Ceza İnfaz Sorunları, Seçkin Yayınları, Ankara 2018, B. 2.
- Şenol, Cem:** “Etkin Soruşturma Yükümlülüğü ve Etkili Başvuru Hakkı”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2011, S.1. **(Makale)**
- Şenol, Cem:** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013. **(Kitap)**
- Şirin, Tolga:** “Türkiye’de Cezasızlık Sorunu ve Anayasa Mahkemesi”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, Y. 2019, C.21, Özel Sayı, s.1577-1607.
- Taner, Fahri Gökçen:** Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, B. 2.
- Taner, Fahri Gökçen:** “Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararına Karşı Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru: Dar, Sarp ve Kısmen Açık Bir Yol”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y: 2018, S.135, s. 117-166.
- Tanrıkulu, Sezgin:** İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Etkili Başvuru Hakkı, Ankara 2012, Seçkin Yayıncılık.
- Tarhan, Bülent:** “Ceza Usul Hukuku Açısından Türkiye’de ve Dünyada Hesap Verilebilirlik ve Cezasızlık Boyutuyla Kamu Görevlilerinin Yargılanma Ayrıcalıkları”, TESEV İyi Yönetişim Raporları: Kamu Görevlilerinin Yargılanma Ayrıcalıkları ve Hesap Verilebilirlik (ed. İtir Akdoğan), TESEV Yayınları, Ankara 2017.
- Taşdemir, Kubilay:** Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Cantekin Matbaacılık, Ankara 2011.
- Taşkın, Ahmet / Zengin, İbrahim:** Ceza Hukuku El Kitabı, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.
- Telli, Kutlay:** Cezasızlık Olgusuna Karşı Uluslararası Ceza Mahkemesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan /Sancakdar, Oğuz/ Önok, R. Murat:** İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, B: 2.
- Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan /Önok, R. Murat:** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2010, B. 7.
- Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan /Önok, R. Murat:** Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, B. 4.
- Töngür, Ali Rıza:** Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı (Doktora Tezi), İstanbul 2008.

- Topuz, İbrahim:** Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Soruşturma ve Yargılama Usulleri, Mahalli İdareler Derneği Yayınları, Ankara 2005.
- Toroslu, Nevzat / Feyzioğlu, Metin:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2013, B. 11.
- Toroslu, Nevzat / Toroslu, Haluk:** Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınları, Ankara 2018, B. 24.
- Toroslu, Nevzat:** Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2018, B. 9.
- Türay, Aras:** “Nefret Suçları ve Türk Ceza Hukukundaki^[1] Güncel Gelişmeler”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 9, S. 26, Y. 2014, S. 77-95.
- Üçpınar, Hülya / Koç, Aysun:** Mevzuat ve Uygulamalar Işığında Cezasızlık Olgusu, TİHV Yayınları, İzmir 2011.
- Ünver, Yener:** Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız, Ceza Hukuku Dergisi, Y. 2006, C. 1, S. 2, s. 103-205.
- Ünver, Yener /Hakeri, Hakan:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, B: 4.
- Ünver, Yener /Hakeri, Hakan:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, B. 11.
- Üzülmez, İlhan:** Türk Hukukunda İşkence Suçu, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.
- Üzülmez, İlhan:** “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Y. 2005, S. 5, s. 227-248.
- Üzülmez, İlhan:** Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Yalçın, Can:** Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı (Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2019.
- Yaşar, Osman:** Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu: Madde 244-326, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, B: 8.
- Yavuz, Hakan A.:** Ceza İnfaz Sistemi ve Denetimli Serbestlik, Seçkin Yayınları, Ankara 2018.
- Yenidünya, Caner / İçer, Zafer:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Yenisey, Feridun / Nuhoglu, Ayşe:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, B. 6.
- Yetgin, Feridun:** İnfaz Hukuku El Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Yıldırım, Akif:** Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayınları, Ankara 2018.

Yılmaz, Sibel: Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Yaptırımlar, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2011.

Yücel Beyaztaş, Fatma: “Adli Raporlar Konusunda Hekimin Sorumluluğu”, Anadolu Psikiyatri Dergisi, Y: 2000, C.1, S.4, s. 231-234.

2014 Yılında Türkiye’de Gerçekleşen Homofobi Veya Transfobi Temelli Nefret Suçları Raporu, KAOSGL, Ankara, 2015.

Cevrimici Kaynaklar

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 30 Mart 2011 tarihinde kabul edilen Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Kılavuz İlkeler,

<https://www.failibelli.org/wp-content/uploads/2015/10/Avrupa-Konseyi-%C4%B0nsan-Haklar%C4%B1-El-Kitaplar%C4%B1-A%C4%9F%C4%B1r-%C4%B0nsan-Haklar%C4%B1-%C4%B0hlallerinde-Cezas%C4%B1zl%C4%B1%C4%9F%C4%B1n-Ortadan-Kald%C4%B1r%C4%B1lmas%C4%B1-2013.pdf>

Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konsey İnsan Hakları Komisyonunun yayınladığı Cezasızlıkla Mücadele Yoluyla İnsan Haklarının Korunması Ve Teşvik Edilmesini Amaçlayan Prensipler,

<https://www.failibelli.org/wp-content/uploads/2015/10/Birle%C5%9Fmi%C5%9F-Milletler-Ekonomik-ve-Sosyal-Konsey-Cezasizlik-2005.pdf>

Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün 20/2/2015 tarihli ve 158 sayılı Genelgesi:

<http://www.cigm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1822020142702158nolu.pdf>

Minnesota Protokolü:

<http://www.tihv.org.tr/wp-content/uploads/2015/04/minnesota-protokol%C3%BC.pdf>

Türk Ceza Kanunu Tasarısı işkence suçu madde gerekçesi:

https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_gd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=24110, erişim tarihi: 17/3/2020.

İstanbul Protokolü:

<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/training8Rev1en.pdf>

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları

A.B. ve B.B., B. No: 2015/7161, 31/10/2018.

A.S.Y., B. No: 2015/4213, 15/11/2018.

Abdullah Süngü, B. No: 2016/7039, 28/11/2019.

Aliriza Aksoy, B. No: 2013/4836, 9/3/2016.

Ateoğlu/Türkiye, B. No: 53645/10, 20/1/2015.

Ayser Demiralp, B. No: 2013/2849, 7/1/2016.

Aye Uslu, B. No: 2015/1033, 15/11/2018.

Bayram Tuğrul Yıldırım ve Hasan Yıldırım, B. No: 2014/5280, 24/5/2018.

Bilal iek, B. No: 2014/29, 13/7/2016.

Bilal Turan ve diğerleri (2), B. No: 2013/2075, 4/12/2013.

Birsen Glnay, B. No: 2013/2640, 21/4/2016.

Cembeli Erdem, B. No: 2014/19077, 18/4/2018.

Cemil Danıman, B. No: 2013/6319, 16/7/2014.

Cezmi Demir ve diğerleri, B. No: 2013/293, 17/7/2014.

Cihan Aydın, B. No: 2013/3355, 21/4/2016.

Dilek Gen ve diğerleri [GK], B. No: 2014/3944, 1/2/2018.

Doğan Demirhan, B. No: 2013/3908, 6/1/2016.

E.A. [GK], B. No: 2014/19112, 17/5/2018.

Edip Elma ve diğerleri, B. No: 2015/14826, 18/4/2019.

Elif Aydın Dost, B. No: 2014/19954, 12/6/2018.

Emrah Kaplan, B. No: 2014/11469, 30/10/2018.

Esma Babakkal, B. No: 2012/1128, 8/5/2014.

Fahriye Erkek ve diğerleri, B. No: 2013/4668, 16/9/2015.

Feride Kaya, B. No: 2013/2365, 20/1/2016.

Feride Kaya (2), B. No: 2016/13985, 9/6/2020.

Fırat Can, B. No: 2016/762, 2/6/2020.

Filiz Aka, B. No: 2013/8365, 10/6/2015.

Hamdiye Aslan, B. No: 2013/2015, 4/11/2015.

Hamit kl, B. No: 2014/10299, 29/6/2016.

Hayrettin Bülent Tarakioğlu, B. No: 2013/4559, 23/3/2016.

Hıdır ztrk ve Dilif ztrk, B. No: 2013/7832, 21/4/2016.

Hidayet Enmek ve Eyüpsabri Tina, B. No: 2013/7907, 21/4/2016.

Hüseyin Caru, B. No: 2013/7812, 6/10/2015.

İrfan Yücesoy, B. No: 2013/7625, 9/3/2016.

İsak Tepe, B. No: 2014/4038, 16/6/2016.

Kaverzin/Ukrayna, B. No: 23893/03, 15/5/2012.

Maşallah Güzelsoy, B. No: 2014/14583, 18/5/2016.

Mehmet Doğan [GK], B. No:2014/8875, 7/6/2018.

Mehmet Kaya ve diğerleri, B. No: 2013/6979, 20/5/2015.

Mehmet Şah Araş ve diğerleri, B. No: 2014/798, 28/9/2016.

Mehmet Kaya ve diğerleri, B. No: 2013/6979, 20/5/2015.

Mehmet Kutlu ve Sadullah Kutlu, B. No: 2014/17939, 4/10/2017.

Muhterem Turantaylak, B. No: 2014/15253, 9/5/2018.

Mukadder Aksoy ve diğerleri, B. No: 2013/2943, 14/4/2016.

Mustafa Rollas, B. No: 2014/7703, 2/2/2017.

Muzaffer Özer ve diğerleri, B No: 2013/1146, 4/2/2016.

Naif Bal (2), B. No: 2015/2465, 11/9/2019.

Nail Artuç, B. No: 2013/2839, 3/4/2014.

Naziker Onbaşı ve diğerleri, B. No: 2014/18224, 9/5/2018.

Neriman Şan ve Niyazi Şan, B. No: 2013/6801, 6/10/2015.

Nesrin Demir ve diğerleri, B. No: 2014/5785, 29/9/2016.

Rahil Dink ve diğerleri, B. No: 2012/848, 17/7/2014.

Sadık Koçak ve diğerleri, B. No: 2013/841, 23/1/2014.

Sait Özdemir, B. No: 2015/39, 11/10/2018.

Salih Akkuş, B. No: 2012/1017, 18/9/2013.

Salih Kılıç, B. No: 2013/5330, 21/1/2016.

Selçuk Yıldız, B. No: 2014/10382, 15/2/2017.

Serhat Ölgen, B. No: 2016/3389, 20/11/2019.

Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, B. No. 2012/752, 17/09/2013.

Seyfi Yayla ve diğerleri, B. No: 2013/829, 11/12/2014.

Seyfullah Turan ve diğerleri, B. No: 2014/1982, 9/11/2017.

Süleyman Deveci, B. No: 2013/3017, 16/12/2015.

Süleyman Göksel Yerdut [GK], B. No: 2014/788, 16/11/2017.

Şenol Gürkan, B. No: 2013/2438, 9/9/2015.

Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013.

Tuna Ayçiçek, B. No:2014/6526, 24/1/2018.

Tuncay Alemdaroğlu, B. No: 2012/827, 15/10/2014.

Turan Uytun ve Kevzer Uytun, B. No: 2013/9461, 15/12/2015.

Yavuz Durmuş ve diğerleri, B. No: 2013/6574, 16/12/2015.

Yunus Kalkan, B. No: 2013/4383, 18/2/2016.

Z.C. [GK], B. No: 2013/3262, 11/5/2016.

Zeycan Yedigöl [GK], B. No: 2013/1566, 10/12/2015.

Anayasa Mahkemesi Norm Denetimi Kararları

AYM, E.2001/4, K. 2001/332, 18/7/2001.

AYM, E. 2016/205, K. 2019/63, 24/7/2019.

AYM, E.2018/31, K.2020/38, 16/07/2020.

Yargıtay Kararları

Yargıtay CGK, E.2008/11-250, K.2009/13,3/2/2009.

Yargıtay CGK, 3/2/2009, E. 2008/11-250, K. 2009/13.

Yargıtay CGK, 13/5/2014, E. 2014/3-1, K. 2014/256.

Yargıtay 1. CD, 20/10/2010, E.2010/4828, K. 2010/6802.

Yargıtay 2. CD., 5/5/1999; E. 1999/1931, K. 1999/5828.

Yargıtay 9. CD., 28/1/2016, E. 2015/8436, K. 2016/791.

Yargıtay 13. CD., 23/9/2014, E. 2014/28096, K. 2014/26464.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

A./Birleşik Krallık, B. No: 25599/94, 23/9/1998.

A.K. ve V.K./Türkiye, B. No: 38418/97, 30/11/2004.

A.S./Hollanda, k.k., B. No: 20102/13, 20/11/2018.

Abdurrahman Orak/Türkiye, B. No: 31889/96, T. 14/2/2002.

Abdülşamet Yaman/Türkiye, B. No: 32446/96, 2/11/2004.

Adalı/Türkiye, B. No: 38187/97, 31/3/2005.

Afet Süreyya Eren/Türkiye, B. No: 36617/07, 20/10/2015.

Akkoç/Türkiye, B. No: 22947/93, 22948/93§118, 10/10/2000.

Aksoy/Türkiye, B. No: 21987/93, 18/12/1996.

Aktaş/Türkiye, B.No: 24351/94, 24/4/2003.

Ali ve Ayşe Duran/Türkiye, B. No: 42942/02, 8/4/2008.

Alikaj ve Diğerleri/İtalya, B. No: 47357/08, T. 29/3/2011.

Anguelova/Bulgaristan, 38361/97, 13/5/2002.

Armani Da Silva/Birleşik Krallık [BD], B.No: 5878/08, 30 Mart 2016.

Assenov ve diğerleri/Bulgaristan, B. No: 24760/94, 28/10/1998.

Atalay/Türkiye, B. No: 1249/03, 18/12/2008.

Ataykaya/Türkiye, B. No: 50275/08, T. 22/7/2014.

Ateşoğlu/Türkiye, B.No: 53645/10, 20/1/2015.

Ayder ve diğerleri/Türkiye, B.No: 23656/94, 8/1/2004.

Ballıktaş/Türkiye, B. No: 7070/03, 20/10/2009.

Baştürk/Türkiye, B.No: 49742/09, 28/4/2015.

Batı ve diğerleri/Türkiye, B. No: 33097/96, 57834/00, 3/6/2004.

Bektaş ve Özalp/Türkiye, B. No: 10036/03, T. 20/4/2010.

Bozdemir ve Yeşilmen/Türkiye, B. No: 33860/03, 9/7/2013.

Böber/Türkiye, 62590/09, 9/4/2013.

Budayeva ve diğerleri/Rusya, B. No: 15339/02, T. 20/3/2008.

Büyükdağ / Türkiye, Başvuru No.: 28340/95, 21/12/2000.

Calveli ve Ciglio/İtalya [BD], B.No: 32967/96, 17/1/2002.

Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık, B. No: 7511/76, 7743/76, T. 25/2/1982.

Coşar/Türkiye, B. No: 22568/05, 26/03/2013.

Ciğerhun Öner/Türkiye (2), B. No. 2858/07, 23/11/2010.

Çalışkan/Türkiye, B. No: 47936/11, 1/12/2015.

Çamdereli/Türkiye, B. No: 28433/02, 17/7/2008.

Dedovskiy ve diğerleri/Rusya, B. No: 7178/03, T. 15/5/2008.

Demiray/Türkiye, B. No: 27308/95, 21/10/2000.

Dilek Aslan/Türkiye, B. No. 34364/08, 20/10/2015.

Dilek ve diğerleri/Türkiye, B. No:31149/09, 3/11/2011.

Durmaz/Türkiye, B. No: 3621/07, T. 13/11/2014.

Egmez/Kıbrıs, B. No: 30873/96, 21/12/2000.

Ekinci/Türkiye, B. No: 25625/94, 18/7/2000.

El-Masri/Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti [BD] B: No: 39630, 13/12/2012.

Ergi Türkiye, B. No: 23818/94, 28/7/1998.

Eski/Türkiye, 8354/04, 5/6/2012.

Fazıl Ahmet Tamer ve diğerleri/Türkiye; B.No: 6289/02, 14/11/2006.

Fırat Can/Türkiye, B. No:6644/08, 24/5/2011.

Gafgen/Germany [BD], B. No: 22978/05, 1/6/2010.

Giuliani ve Gagigio/İtalya, B.No: 23458/02, 24/3/2011.

Gül/Türkiye, B. No: 2676/93, T. 14/12/2000.

Gülbahar ve diğerleri/Türkiye, B. No:5264/03, 21/10/2008.

Güleç/Türkiye, B. No: 54/1997/838/1044, 27/07/1998.

Halil Yüksel Akıncı ve diğerleri/Türkiye, B. No: 39125/04, 11/12/2012.

Hamiyet Kaplan ve diğerleri/Türkiye, B. No: 36749/97, T. 13/9/2005.

Hugh Jordan/Birleşik Krallık, B. No: 24746/94, 4/5/2001.

Hüseyin Esen/Türkiye, B. No: 49048/99, 8/8/2006.

İşildak/Türkiye, B. No: 12863/02, 30/9/2008.

İbrahim Demirtaş/Türkiye, B. No. 25018/10, 28/10/2014.

İlbeyi Kemaloğlu ve Meriye Kemaloğlu/ Türkiye, B.No: 19986/06, 10/4/2012.

İlhan / Türkiye [Büyük Daire], B. No: 22277/93, 27/06/2000.

İrlanda/Birleşik Krallık, B. No:5310/71,18/1/1978.

İşeri ve diğerleri/Türkiye, B. No: 29283/07, 9/10/2012.

Jasinskis/Letonya, B. No: 45744/08, 21/12/2010.

Karahan/Türkiye, B. No: 11117/07, 25/3/2014.

Karakoca/Türkiye, B. No: 46156/11, 21/5/2013.

Kasap ve diğerleri/Türkiye, B. No: 8656/10, 14/1/2014.

Kaya/Türkiye, B. No: 22729/93, 19/2/1998.

Kmetty / Macaristan, Başvuru No.: 57967/00, 16/12/2003.

Labita / İtalya [Büyük Daire], Başvuru No.: 26772/95, 06/04/2000.

Lari/Moldova, B. No: 37847/13, 15/9/2015, § 34.

Lopes de Sousa Fernandes/Portekiz [BD], B. No: 56080/13, T. 19/12/2017.

M. Özel ve diğerleri/Türkiye, B.No: 14350/05, 17/11/2015.

McCann/Birleşik Krallık, B. No: 19009/04, 13/5/2008.

Mehmet Emin Yüksel/Türkiye, B. No: 40154/98, 20/7/2004.

Mehmet Eren/Türkiye, B. No: 32347/02, 14/10/2008.

Menesheva/Rusya, B. No:59261/2000, 9/6/2006.

Mesut Deniz/Türkiye, B. No: 36716/07, 5/11/2013.

Mete ve diğerleri /Türkiye, Başvuru No.: 294/08, 04/10/2011.

Mikheyev / Rusya, B. No: 77617/01, T. 26/1/2006.

Milic ve diğerleri/Hırvatistan, B. No: 38766/15, T. 25/1/2018.

Mustafa Tunç ve Fecire Tunç/Türkiye [BD], B. No: 24014/05, 14/4/2015.

Nachova ve diğerleri/Bulgarsitan [BD], B.No: 43577/98, 6/7/2005.

Nazif Yavuz/Türkiye, B. No: 69912/01, 12/1/2006.

Nikolova ve Velichkova/Bulgaristan, B.No: 31195/96, 25/3/1999.

Nuray Şen/Türkiye (No:2), B. No: 25354, T. 30/3/2004.

Nuri Kurt/Türkiye, B.No: 37038/97, 29/11/2005.

Oğur/Türkiye [BD], B.No: 21594, 20/5/1999.

Okkalı/Türkiye, B. No: 52067/99, 17/10/2006.

Orhan/Türkiye, B. No: 25656/94, T. 18/12/2002.

Osman/Birleşik Krallık, B. No: 87/1997/871/1083, 28/10/1998.

Öneryıldız/Türkiye, B. No: 48939/99, 30/11/2004.

Özalp Ulusoy/Türkiye, B. No: 9049/06, T. 4/6/2013.

Perez/Fransa [BD], B. No: 47287/99, 12/02/2004.

Perk ve diğ erleri/Türkiye, B.No: 50739/99, 28/3/2006.

Rahmi şahin / Türkiye, Başvuru No.: 39041/10, 05/07/2016.

Salin ve Karşin / Türkiye, Başvuru No.: 44188/09, 23/06/2015.

Salman/Türkiye, B. No: 21986/93, T. 27/6/2000.

Savin/Ukrayna, B: No: 34725/08, 16/2/2012.

Selmouni/Fransa, B.No: 25803/94, 28/7/1999.

Serdar Güzel/ Türkiye, B. No:39414/06, 15/3/2011.

Sergey Ivanov/Rusya, B. No: 14416/06, 15/5/2018.

Sevim G ng r/Türkiye, k.k., 75173/01, 14/4/2009.

Sevtap Veznedaroğlu/Türkiye, B. No: 32357/96, 11/4/2000.

Shchukin ve diğ erleri / Kıbrıs, Başvuru No.: 14030/03, 29/07/2010.

Slimani/Fransa, B. No: 57671/00, T. 27/7/2004.

Sunal/Türkiye, B. No: 43918/98, 25/1/2005.

S heyla Aydın/Türkiye, B. No: 25660/94, T. 24/5/2005.

Süleyman  elebi ve diğ erleri/Türkiye, B. No: 37273/10..., 24/5/2016.

Tanlı/Türkiye, B. No: 26129/95, T. 10/4/2001.

Tanrıkuu/Türkiye, B.No: 23763/94, 8/7/1999.

Taylan/Türkiye, B.No: 32051/09, 3/7/2012.

Tekdağ/Türkiye, B. No: 27699/95, T. 15/1/2004.

Tekin ve Arslan/Bel ika, B.No: 37795/13, 5/9/2017.

Temizalp/Türkiye, B. No: 36395/06, 21/10/2014.

Tepe/Türkiye, B. No: 27244/95, T. 09/05/2003.

Tyrer/Birleşik Krallık, B. No:5856/72, T. 25/4/1978.

Tüfekçi/Türkiye, B. No: 52494/09, 22/7/2014.

Uğur/Türkiye, B. No: 37308/05, 13/01/2015.

Ümit G l/Türkiye, B.No: 7880/02, 29/9/2009.

Vo/Fransa [BD], B.No: 53924/00, 8/7/2004.

Yeter/Türkiye, B. No: 33750/03, 13/1/2019.

Z. ve Diğ erleri / Birleşik Krallık [Büyük Daire], Başvuru No.: 29392/95, 10/05/2001.

Zengin/Türkiye, B. No: 46928/99, T. 28/10/2004.

Zeynep  zcan/ Türkiye, No. 45906/99, 20/2/2007.

ÖZET

YAŞAM HAKKI İLE İŞKENCE VE KÖTÜ MUAMELE YASAĞI KAPSAMINDA CEZASIZLIK SORUNU

Gizem Ceren DEMİR KOŞAR

Yüksek Lisans Tezi, İnsan Hakları Anabilim Dalı

Danışman: Prof. Dr. Abdurrahman SAYGILI

Ocak, 2021, 220 sayfa

Yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağı ihlallerinin etkili şekilde cezalandırılmamaları cezasızlık sonucunu doğurmaktadır.

Kasıtlı öldürmeler, üçüncü kişilerin her türlü saldırıları, işkence, kamu görevlilerinin kasıtlı yaralama eylemleri, kamu görevlilerinin ihmalleri sonucu gerçekleşen ölüm ya da yaralanmalar, kuvvet kullanımında sınırın aşılması gibi suçların tamamı cezasızlık olgusuna konu olmaktadır.

Kamu görevlisinin yargılanması, orantılı bir biçimde cezalandırılması veya cezanın infazının sağlanması önünde engel teşkil eden düzenlemeler ile uygulamadaki aksaklıklar cezasızlık sonucuna yol açabilmektedir.

Mevzuatta cezasızlığa zemin hazırlayan noktaların ve uygulama sorunlarının tespit edilmesi sorunun çözüme kavuşturulabilmesi açısından hayati önem taşımaktadır. Cezasızlığın önlenmesi, sorumluların bedel ödenmesini ve mağdurlar açısından gerekli giderimin sağlanmasını mümkün kılarken ayrıca toplum tarafından adalete duyulan güvenin sağlanması ile olası insan hakları ihlallerine yönelik caydırıcı bir etki doğmasına imkân verecektir.

Çalışma kapsamında ilk bölümde, cezasızlık olgusunun etkili soruşturma yükümlülüğü ile ilişkisi incelenmekte cezasızlığın tespiti ve giderim yolları üzerinde durulmaktadır.

Mevcut hukuk sisteminde cezasızlık sonucu doğuran ya da bu yönde araç olarak kullanılan durum ve kurumlar ikinci ve üçüncü bölümlerde inceleme altına alınmaktadır.

Çalışma konusu Türk ulusal hukukuna özgülenmiş olup Devletin cezasızlıkla mücadele etme konusundaki anayasal yükümlülüğünün yerine getirilmesinde yol gösterici bir rol izlemeyi hedeflemektedir. Çalışmanın tamamında Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin tespitlerine her bir konu başlığı altında yer verilmektedir.

Anahtar Kelimeler: cezasızlık, etkili soruşturma, yaşam hakkı, işkence, kötü muamele, kuvvet kullanımı, caydırıcılık



ABSTRACT

THE PROBLEM OF IMPUNITY IN RESPECT OF RIGHT TO LIFE AND PROHIBITION OF TORTURE AND ILL-TREATMENT

Gizem Ceren DEMİR KOŞAR

Master Thesis, Human Rights Department

Supervisor: Prof. Dr. Abdurrahman SAYGILI

Ocak, 2021, 220 sayfa

The right to life and the prohibition of torture violations not being prosecuted effectively is resulting in impunity situations.

The crimes such as wilful killing, attacks from third persons, torture, intentional harmings of civil servants, deaths or injuries due to negligence of civil servants or exceeding the limit in the use of force are all subject to the concept of impunity.

Regulations constituting an impediment on the prosecution and proportionate punishment or the execution of punishment of civil servants with the flaws in practice can cause cases of impunity.

Identifying the causes of impunity and the practical problems is essential in finding a solution. Preventing impunity makes it possible for the responsible to pay the price and the victim to be compensated as well as providing social trust for jurisdiction and a deterrent effect on possible human rights violations.

In this study first, the relation between impunity and the obligation to conduct an effective investigation will be examined followed by the assessment on the ways of compensation.

The situations and institutions resulting in impunity or being used as a tool for this concept in the current legal system will be considered in the second and third sections.

The purpose of this study is to provide a guiding role about the constitutional obligation of the state to fight impunity. Evaluations of the Constitutional Court and the

European Court of Human Rights is given under each topic throughout the whole study.

Keywords: impunity, effective investigation, right to life, torture, ill-treatment, use of force, deterrence

