



Avrupa Birliği tarafından
finanse edilmektedir.

TÜRKİYE'DE CEZASIZLIĞIN ESASİ VE USULİ BOYUTLARI ARAŞTIRMA RAPORU

Cezasızlıkla Mücadelede Güçbirliği Ağı

Hazırlayan
Deniz GEDİK



CEZASIZLIKLA
MÜCADELEDE
GÜÇBİRLİĞİ



Kapasite
Geliştirme
Derneği



CEZASIZLIKLA
MÜCADELEDE
GÜÇBİRLİĞİ

TÜRKİYE'DE CEZASIZLIĞIN ESASİ VE USULİ BOYUTLARI ARAŞTIRMA RAPORU

Cezasızlıkla Mücadelede Güçbirliği Ağı

Hazırlayan
Deniz GEDİK

Aralık 2020

TÜRKİYE'DE CEZASIZLIĞIN ESASİ VE USULİ BOYUTLARI ARAŞTIRMA RAPORU

Ocak 2021

Cezasızlıkla Mücadelede Güçbirliği Ağı

KAPASİTE GELİŞTİRME DERNEĞİ

Tunus Caddesi 87/8 Kavaklıdere/ANKARA
Telefon/Faks: +90 (312) 468 84 60

E-posta: kaged@kaged.org.tr
Web: www.kaged.org.tr

Araştırmacı

Deniz GEDİK

Danışman

Kerem ALTIPARMAK

Grafik Tasarım ve Basım

BULUŞ Tasarım ve Matbaacılık Hizmetleri San. Tic., Ankara
Tel: (312) 222 44 06 • Faks: (312) 222 44 07
www.bulustasarim.com.tr

Bu yayın, Avrupa Birliği tarafından finanse edilen, Merkezi Finans ve İhale Birimi yöneticiliğinde KAGED ve Sivil Toplum Geliştirme Merkezi tarafından yürütülen "Örgütlenme Özgürlüğü ve Katılım Hakkının Daha Fazla Geliştirilmesi İçin Sivil Toplum Örgütleri ve Sivil Ağların Kapasitesinin Geliştirilmesi" projesi kapsamında yayınlanmıştır. Avrupa Birliği ve Merkezi Finans ve İhale Birimi'nin resmi görüşlerini yansıtmamaktadır.



İÇİNDEKİLER

Cezasızlık Sorunu	7
1. Devletin Yükümlülükleri ve Cezasızlık	13
1.1. Devletin Yükümlülüklerinin ve Cezalandırma Yükümlülüğünün Kaynakları.....	13
1.2. Cezasızlık ve Uluslararası Hukuk.....	15
1.3. Bir Davranışın Devlete Atfedilebilirliği Sorunu.....	16
1.4. Devletin Yükümlülüklerinin Sınıflandırılması ve Cezasızlığın Yeri.....	17
2. Cezasızlıkla Mücadelenin Kapsamı ve Genel İlkeleri	21
2.1. Cezasızlıkla Mücadelenin Kapsamı.....	21
2.2. Cezasızlıkla Mücadelenin Genel İlkeleri.....	21
3. Yaşam Hakkı İhlalleri Bakımından Cezasızlık Sorunu	27
3.1. Yaşam Hakkının Uluslararası Düzeyde Korunması.....	27
3.2. Yaşam Hakkının Korunması Bakımından Devletin Yükümlülükleri ve Cezasızlıkla Mücadele.....	31
3.2.1. Siyasetin Belirlenmesi.....	32
3.2.2. Yasal Altyapının Hazırlanması.....	34
3.2.3. Önleme ve Özen Yükümlülüğü.....	38
3.2.4. Etkili Soruşturma Yükümlülüğü.....	40
3.3. Faillerin Cezalandırılması ve Etkili Giderim.....	46
3.4. Cezasızlığı Kolaylaştıran Etmenler.....	49
4. Türkiye'de Yaşam Hakkının Korunması ve Cezasızlık	53
4.1. Yaşam Hakkının Korunmasıyla İlgili Siyasanın Belirlenmesi ve Cezasızlık.....	53
4.2. Türkiye'deki Yasal Altyapının Cezasızlık Bakımından Değerlendirilmesi.....	55
4.3. Türkiye'nin Kolluk Yapısı.....	64
4.4. Nefret Suçlarının Düzenlenmemesi.....	68
4.5. Cezanın İnfazına İlişkin Yasal Altyapı.....	68
4.6. Uygulamada Yaşam Hakkı İhlalleri Bakımından Cezasızlık.....	69
5. İşkence ve Kötü Muamele Yasağı İhlalleri Bakımından Cezasızlık Sorunu	77
5.1. İşkence ve Kötü Muamelenin Uluslararası Düzeyde Yasaklanması.....	77
5.2. Uluslararası Hukukta İşkencenin Tanımları, Unsurları ve Diğer Kötü Muamele Türlerinden Ayrılması.....	80
5.3. Esnek Hukuk Kuralları ve İçtihatla İşkence ve Kötü Muamele Yasağı.....	84
5.4. İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Bakımından Devletin Yükümlülükleri ve Cezasızlıkla Mücadele.....	87
5.5. Türkiye'de İşkence Yasağı ve Cezasızlık.....	99
5.6. Uygulamada İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Bakımından Cezasızlık.....	107
6. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği İhlalleri Bakımından Cezasızlık Sorunu	115
6.1. Zorla Kaybetmenin Unsurları ve Uluslararası Hukukta Yasaklanması.....	116
6.2. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Bakımından Devletin Yükümlülükleri ve Cezasızlıkla Mücadele.....	123
6.3. Türkiye'de Zorla Kaybetme ve Cezasızlık.....	131

CEZASIZLIK SORUNU



Cezasızlık Sorunu

Cezasızlık, ağır insan hakkı ihlallerinin failleri hakkında cezai, medeni, idari yargılama veya disiplin süreçleri işletilerek hesap vermelerinin hukuken veya fiilen engellenmesi hali olarak tanımlanmaktadır. Zira cezasızlık nedeniyle bu eylemler, ağır hak ihlalleri faillerinin suçlanmalarına, yargılanmalarına, alıkonulmalarına ve eğer suçlu bulunurlarsa uygun cezalara mahkum edilmelerine, cezanın infazına ve kurbanların uğradığı zararları gidermeye yönelik herhangi bir hukuki sürece konu olmazlar. Bu tanım çerçevesinde cezasızlık, ağır bir insan hakkı ihlali gerçekleştikten sonra, failleri hakkında bir işlem yapıl(ma)mamasını ifade eder. Yani cezasızlık, ihlalin neden ve nasıl meydana geldiğinin ortaya çıkarılmasının yanı sıra, soruşturma ve suçun ispatlanması halinde cezalandırılmasıyla ve mağdurun giderim hakkıyla ilgilidir.

Hesap verilebilirliğin önünde fiili veya hukuki bir engel olarak cezasızlık, temel olarak devletin suçları aydınlatmama iradesinden kaynaklanmaktadır. Bu irade, genel siyasetin belirlenmesinden yasal düzenlemelere ve uygulamaya çok geniş bir alanda iz bırakmakta ve cezasızlığa neden olmaktadır. Hesap verilebilirliğin azlığı veya imkansızlığı, ister hukuktan ister siyasi iradeden/iradesizlikten, ister kültürel kodlardan kaynaklansın, hukuk devletini ve toplumsal barışı doğrudan etkilemektedir.

Cezasızlık şüphesiz uluslararası çatışmalarda da gündeme gelebilir. Ne var ki uluslararası nitelik taşıyan çatışmalarda tarafların birbirlerine yönelik gerçekleştireceği suçların bir diğeri tarafından ileri sürülmesi mümkündür. Bir devletin egemenlik sınırları içerisinde gerçekleşen hak ihlallerinin ise muhatabı bu hak ihlallerini gerçekleştiren devlet olması, cezasızlıkla mücadeleyi daha da güçleştirmektedir. Bu nedenle cezasızlık örneklerinin özellikle iç çatışmaların yaşandığı bölgeler ile otoriter rejimler tarafından yönetilen yerlerde yoğunlaştığını söylemek yanlış olmaz. Bu hallerde hak ihlallerinin, şayet doğrudan devlet tarafından yönlendirilmiyorsa, devletin desteği veya göz yumması ile gerçekleştiğini, bu nedenle de soruşturulup cezalandırılmalarında güçlük olduğunu ileri sürmek mümkündür. Bu nedenle cezasızlık genellikle yapısal, sistematik bir soruna işaret etmektedir. Nitekim cezasızlıkla mücadelenin insan hakları hukukunun merkezi konularından biri haline gelmesini sağlayan kararların, on yıllarca diktatörlükler ve cunta rejimleriyle yönetilen ve binlerce kişinin akıbetinin hala belirsiz olduğu Latin Amerika'dan çıkması şaşırtıcı değildir.

Latin Amerika'da kurumsallaşmış insan hakları ihlalleri ve beraberinde, özellikle af ve bağışıklık düzenlemeleriyle gelen cezasızlık, 1980'lerde sorgulanır olmuştur. Konuya ilişkin ilk uluslararası yargı kararında, Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi (AmeriHM), 29 Temmuz 1988 tarihli Velasquez Rodriguez/Honduras davasında, 1981-1984 yılları arasındaki zorla kaybedilme vakalarının yarattığı cezasızlığı tartışmıştır. Devletin insan haklarını koruma yükümlülüğü ve pozitif ödevler bakımından çok önemli bir karar olan Velasquez Rodriguez, cezasızlık meselesinin de insan hakları hukuku gündemine girmesini sağlamıştır. Sonraki süreçte, insan hakları ihlallerine karışmış kişilere yönelik af uygulamasının herkesin tarafsız ve bağımsız yargı önüne çıkarılmasını öngören adil yargılanma hakkıyla bağdaşmadığının kabul edilmesinden bu yana, insan hakları hukukunun merkezi konularından biri haline gelmiştir.

Cezasızlıkla mücadele, birbiriyle bağlantılı üç hakla ilişkilidir. Bunlar bilme hakkı, adalet hakkı ve giderim hakkıdır. Bilme hakkı, hakikat hakkı ile beraber hatıranın korunmasını kapsamaktadır. Hakikat hakkı, mağdurun başından geçenlerle ilgili gerçeklerin ortaya çıkarılmasını; ihlali gerçekleştiren faillerin tespit edilmesini, neden böyle bir ihlal gerçekleştiğini, ihlale ilişkin olgusal gerçekleri bilmeyi içerir. Aynı zamanda hem mağdurların hem de



toplulukların kayıplarını anma ve yaslarını tutma hakkını da kapsamaktadır. Hakikat hakkı, yalnızca mağdurlara ve yakınları tanınan bir hak değildir; aynı zamanda mensubu buldukları toplulukların ve tüm toplumun da hakkıdır. Bu hakkın hayata geçirilebilmesi için, bazen yargı mercilerinin yanı sıra, soruşturma veya hakikat komisyonlarının kurulması da mümkündür.

Adalet hakkı, insan hakları ihlalleriyle ilgili hızlı, bütünlüklü, bağımsız ve tarafsız soruşturma açılmasını, failerle ilgili özellikle ceza yargılaması alanında uygun tedbirlerin alınmasını, uluslararası hukuktaki ciddi suçların sorumlularının yargılanmalarının ve cezalandırılmalarının garanti altına alınmasını ifade eder.

Giderim hakkı ise, mağdurların zararlarının tazminini de içermekle birlikte bundan çok daha kapsamlıdır. Ağır insan hakkı ihlallerinde mağdura sağlanabilecek en önemli ve temel giderim, failerin bulunarak cezalandırılması ve mağdurların hakikate ulaşmasıdır. Giderim hakkı, tekerrürün önlenmesini, ağır insan hakkı gerçekleştiren kişinin görevine devam etmesinin engellenmesini de içermektedir.

Cezasızlığın sonuçları, tekil olarak cezasızlıkla sonuçlanan olayın ötesine geçmektedir. Tekrarlanan cezasızlık pratikleri, kamu görevlilerinin hukuka aykırılıklar nedeniyle hesap verememesine, bunun sonucu olarak da insan hakları ihlallerinin sistematikleşmesine neden olmaktadır. Bu durum devletin temel yükümlülüklerinden olan insan haklarının korunmasının ihlali teşkil etmenin yanı sıra, toplumun bir arada, barış içinde yaşamasının önünde de engeldir. Cezasızlık, özellikle çatışma sonrası geçiş dönemi demokrasilerinde veya barış inşası süreçlerinde kilit bir kavramdır. Bu boyutuyla cezasızlıkla mücadele, geçmişle hesaplaşma, bir arada yaşama imkânı ve kalıcı barışın inşası bakımından da önemli bir araçtır.

İnsan hakları bağlamında cezasızlık, devletin hakları ihlal etmeme yükümlülüğünün ötesinde, hakkın ihlaline yol açan zeminin oluşmasının engellenmesi, gerekli yasal altyapının hazırlanması, bu alana müdahale edildikten sonra da ihlalin giderilmesi için failin tespiti, ceza soruşturma veya kovuşturmasına tabi tutulması ve suçlu bulunursa uygun bir ceza alması şartının olduğu hallerde, failerin ceza yargısı önünde hesap vermesini, cezalandırılmasını ve cezanın infazını ilgilendirir.

Tıpkı iç çatışmaların yaşandığı diğer ülkeler gibi Türkiye’de de kamu görevlilerini koruyan bir zırh olarak cezasızlık, insan hakları ihlallerinin daha kolay ve yaygın işlenmesine, failerin karanlıkta kalmasına imkân tanıyan bir stratejiye dönüşmüştür. Bu yanı sıra gittikçe ağırlaşan bir kısır döngünün parçası haline gelen cezasızlık, insan hakları ihlallerinin payandası haline gelmiş bir sorundur. Kuruluşundan bugüne, başta militer ve paramiliter güçler tarafından gerçekleştirilen operasyonlarda meydana gelenler olmak üzere, ağır insan hakları ihlallerinin aydınlatılmasına ve failerin cezalandırılmalarına yönelik girişimlerin çok zayıf olduğu Türkiye’de cezasızlık kültürü kök salmıştır. Geçmişle hesaplaşma amacıyla açıldığı iddia edilen az sayıda dava da, politik güç savaşında bir cephaneye dönüştürülmüş ve yargılamaların amacı failerin tespiti ve cezalandırılmasından hızla sapmıştır. Türkiye’nin ağır insan hakları ihlalleri sicili ve cezasızlık kültürü, özellikle AİHM’e bireysel başvuru imkanının tanınmasından sonra açılan davalarla uluslararası kamuoyunun gündemine taşınmıştır. 1990’lı yıllarda olağanüstü hal ile idare edilen ve ağırlıklı olarak Kürtlerin yaşadığı illerde yaşanan sistematik hak ihlallerinin failerinin cezasız kalması, Türkiye’nin cezasızlık kültürünün yakın geçmişine ilişkin önemli veriler sunmaktadır. Bu ihlalleri belgelemek üzere kapsamlı araştırmalar yapılmış, böylece hem ağır insan hakları ihlallerinin hem de cezasızlığın boyutları aydınlatılmaya çalışılmıştır.



Bununla birlikte, Türkiye’nin cezasızlık sorunu 90’larda yaşanmış ve orada kalmış bir sorun değildir. Tıpkı tüm cezasızlık pratikleri gibi 90’ların cezasızlık pratiği de, özellikle çatışmaların yoğunlaştığı dönemlerde ağır insan hakları ihlallerini ve bu ihlallerin faillerine yönelik korumayı beraberinde getirmiştir. Bu bağlamda, Türkiye’nin daha yakın geçmişi ve bugünü de hem ağır insan hakları ihlalleriyle hem de buna eşlik eden yoğun bir adaletsizlikle gölgelemiştir. 2015’te özellikle 7 Haziran seçimlerinin ardından ülkenin sürüklendiği kaos, Türkiye’yi ağır insan hakları ihlallerinin yaşandığı bir sahaya dönüştürmüştür. Suruç ve 10 Ekim patlamaları, sokağa çıkma yasakları, darbe girişimi ve ardından meydana gelen kitlesel tutuklama ve ihlaller, ihlal-cezasızlık kısır döngüsünün son ve acı verici halkasını oluşturmaktadır.

Bu çalışmanın temel amacı, Türkiye’deki mevcut görünümün uluslararası cezasızlık standartlarıyla karşılaştırılmasıdır. Bunun için öncelikle cezasızlığın devletin yükümlülük haritasındaki yeri tespit edilecek, ardından cezasızlığa ilişkin genel ilkeler ve standartlar ortaya konulacaktır. Bunu ihlali halinde cezasızlık sonucu doğurabilecek haklarla ilgili standartların tespiti izleyecektir. Ardından bu standartların tamamı, Türkiye’deki mevzuat ve uygulama ile karşılaştırılacaktır. Sonuç olarak, Türkiye’de cezasızlık kültürünün son bulması için atılacak adımlarla ilgili bir yol haritası çıkarılması hedeflenmektedir.



1.

DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE CEZASIZLIK



1. Devletin Yükümlülükleri ve Cezasızlık

1.1. Devletin Yükümlülüklerinin ve Cezalandırma Yükümlülüğünün Kaynakları

Devletin insan hakları alanındaki yükümlülüklerinin kaynağı, uluslararası hukuk ve anayasadır. Uluslararası hukukun kaynaklarının neler olduğu, Uluslararası Adalet Divanı’nın (UAD) karar verirken dayanak olarak alması gereken kuralların sayıldığı UAD Statüsü’nün 38. maddesinde sıralanmıştır. Statü, Birleşmiş Milletler Şartının bir parçası olup kaynaklara ilişkin hükmü, UAD’nin yargı yetkisine tabi olsun olmasın tüm BM üyesi ülkeler açısından bağlayıcı bir kural niteliğindedir. Statü’ye göre (a) özel veya genel uluslararası sözleşmeler; (b) örf ve adet hukuku kuralları (teamül ve yapılageliş kuralları olarak da adlandırılmaktadır), (c) medeni uluslar tarafından kabul görmüş hukukun genel ilkeleridir. Aynı maddenin (d) bendinde, hukuk kurallarının neler olduğunun belirlenmesi için nitelikli doktrin görüşleri ve uyuşmazlığın tarafları bakımından bağlayıcı olmak üzere yargı kararları da Divan’ın karar verirken başvuracağı kaynaklar arasında sayılmıştır. Bu bentte sıralanan kaynaklar asli değil tamamlayıcı niteliktedir.

Uluslararası sözleşmeler her ne kadar devletin yükümlülüklerin birincil kaynağı olarak ele alınmışsa da, sözleşmelere konu bakımından bir sınırlama getirilmiştir. Statü 53. maddesindeki düzenlemeyle, uluslararası hukukun emredici kurallarıyla çelişen sözleşmelerin hükümsüz olduğunu belirtmektedir. Uluslararası hukukun emredici kuralları yani *jus cogens* kurallar, istisnası olmayan, çekince konulamayacak, aksi yönde sözleşme yapılamayacak kurallardır. Neler olduğu tüketici bir biçimde sayılamamakla beraber, devletlerarası saldırganlığın ve kuvvet kullanımının yasaklanması, kölelik, ırk ayrımcılığı ve işkence yasağı, yaşam hakkından keyfi olarak yoksun bırakma ve soykırım *jus cogens* kurallar olarak değerlendirilmektedir.

Bu kaynaklar, devletin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerinin de temelini oluşturmaktadır. Ayrıca hukuk devleti ilkesi uyarınca, devlet organları kendi anayasaları ve mevzuat ile de bağlıdırlar. Bunların yanı sıra, uluslararası örgüt ve kuruluşların bazı metinleri de, bir hakkın nasıl yorumlanacağı konusunda yol gösterirken, devletlerin yükümlülüklerinin neler olduğunun da netleşmesine katkı sağlarlar. Esnek hukuk (*soft law*) olarak adlandırılan bu belgeler, bağlayıcı kurallar koyan, hak ve borç yaratan sert hukuktan ayrıldığı gibi, hiçbir hak veya yükümlülük doğurmayan metinlerden veya salt politik beyanlardan da farklıdır. Guzman ve Meyer’e göre esnek hukuk en iyi, bağlayıcı sözleşmeler ile siyasi konular arasında bir yelpaze, bir süreklilik olarak düşünülürse anlaşılabilir. Yazarlar esnek hukuku, “bağlayıcı olmayan kurallar veya bağlayıcı kurallara ilişkin yorum yapan veya o kuralların nasıl anlaşılacağına ilişkin bilgilendiren veya gelecek davranışlara ilişkin beklenti yaratabilecek vaatleri temsil eden araçlar” olarak tanımlamaktadırlar. Esnek hukuk kuralları, devletlerin sözleşme şekil ve şartlarına uygun olmayan irade beyanlarından doğabileceği gibi, bu çalışmada önemli bir yer tutan uluslararası örgütlerin organları tarafından yapılan işlemler, alınan kararlardan da doğabilir. Başta BM ve Avrupa Konseyi organlarının ürettikleri olmak üzere, genel yorumlar ve tavsiye kararları, bildirgeler, ilkeler, yönerge ve benzeri yol gösterici belgeler esnek hukuk kurallarına örnek olarak verilebilir. Esnek kuralları, uygulamada, özellikle mahkeme kararlarında bir normun nasıl yorumlanması gerektiği konusunda atıf yapılan bir referans oluşturduklarından, devletlerin yükümlülüklerinin anlaşılması için bir kaynak olarak görülebilir.

İnsan haklarının korunması ve devletlerin insan hakları yükümlülüklerinin belirlenmesi için, evrensel temel sözleşmelerin yanı sıra, bölgesel sözleşmeler ve mekanizmalar da insan haklarının korunmasına katkı sunmaktadır. BM bünyesinde hazırlanan sözleşmeler,



insan haklarını çok geniş bir skalada koruma altına almaktadır. Temel hak ve özgürlüklerden mültecilerin statülerine, çevreden deniz hukukuna geniş bir alanda devlete yükümlülükler yükleyen bu sözleşmelerden insan haklarına ilişkin sözleşmeler, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (EKOSOS), Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (MSHS), Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme, İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani ve Küçültücü Muamele ve Cezalara Karşı Sözleşme, Tüm Göçmen İşçilerin ve Ailelerinin Haklarının Korunmasına Yönelik Uluslararası Sözleşme, Çocuk Hakları Sözleşmesi, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme (CEDAW), Engellilerin Haklarına İlişkin Uluslararası Sözleşme, Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme’dir. Bu sözleşmelerin bazıları, ek veya ihtiyari protokolleriyle çeşitli başvuru mekanizmaları öngörmektedir. Bu mekanizmalar devletlerin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği konusunda değerlendirmeler yapmakta ve görüşlerini sunmaktadırlar.

Bölgesel sözleşmeler ve denetim mekanizmaları arasında öne çıkanlar, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi (AİHHS) ve Mahkemesi (AİHMH), Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (AmerİHS) ve Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi (AmerİHM) ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Mahkemesi’dir (AİHM).

Taraf devletlere hak ve borç yükleyen klasik uluslararası sözleşmelerden farklı olarak insan haklarına ilişkin bildirge ve diğer dokümanlar, insanlığın ortak değerlerini korumaya yönelirler. Bu itibarla, taşıdıkları normatif değerlerin yanı sıra, koruduğu üstün menfaatlerin uluslararası kamuoyunun da dayandığı temel ilkeler olması nedeniyle bağlayıcılık açısından daha geniş bir etki alanına sahip olabilirler. Devletin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden sorumluluğunun doğduğu tartışmasızdır; bununla beraber insan haklarına ilişkin bazı düzenlemelerin, sadece taraflar arasında (*inter partes*) değil, tüm uluslararası topluma karşı, yani *erga omnes* yükümlülük doğurduğu kabul edilmektedir.

Erga omnes yükümlülüklerin bahsi ilk defa, Uluslararası Adalet Divanı (UAD) önünde görülen Belçika’nın İspanya ile karşı karşıya geldiği *Barcelona Traction, Light and Power Company* davasında geçmektedir. 5 Şubat 1970 günlü kararının 33. paragrafında Divan özetle, devletler ülkelerinde ister gerçek kişi ister tüzel kişi olsun, yabancı yatırımlara izin veriyorsa, hukukun korumasını onları kapsayacak şekilde genişletmelidir; devletlerin bir bütün olarak uluslararası topluma karşı yükümlülükleri ile bir devlete karşı diplomatik koruma alanından kaynaklanan yükümlülükleri arasında ayrıma gidilmelidir, diyerek yükümlülükler arasında bir ayrıma gitmiştir. Divana göre, uluslararası topluma karşı olan yükümlülükler tüm devletleri ilgilendirmektedir ve korunan hakların önemi dikkate alındığında, bu hakların korunmalarında tüm devletlerin menfaati vardır. Divan bunları *erga omnes* yükümlülük olarak adlandırmıştır. Bu kapsamda hangi yükümlülüğün *erga omnes* olduğuna veya bu şekilde kabul edilmesinin sonuçlarına dair kesin sınırlar çizilemese de, bu kavramın ilk defa kullanıldığı kararda Divan, *erga omnes* yükümlülüklerin saldırganlık ve soykırım suçunun yasaklanmasından, kölelikten ve ırk ayrımcılığından korunmak gibi insanların temel haklarından türediğini belirtmiştir.

Uluslararası hukukun kaynaklarından biri olarak örf ve adet hukuku kuralları, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 38/1/b bendine göre, “hukuk olarak kabul edilmiş genel uygulamanın kanıtı” şeklinde tanımlanmıştır. Örf ve adet hukuku kurallarının özelliği, açık rızaları olmasa bile devletlerin uluslararası sorumluluğunu doğurabilmeleridir. Bu itibarla *erga omnes* yükümlülüklerle yaklaşırlar, hatta bazı yazarlara göre ikisi eş anlamlıdır. İnsan haklarına ilişkin bağlayıcı olmayan çeşitli düzenlemelerin, zamanla örf ve adet hukuku kuralına



dönüşen belirlemeler içerdiği de doktrin ve mahkeme kararlarına yansıyan bir görüştür. Örneğin, Birleşmiş Milletler (BM) Şartı (1945) ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin (İHEB-1948) devletlere bir yükümlülük yükleyip yüklenmediği bir süre tartışılmıştır. Bu metinler sözleşme statüsünde olmadıkları için sözleşme gibi bağlayıcı olmasalar da, bazı hükümlerinin daha sonra yine Genel Kurul kararlarında istikrarlı bir şekilde tekrarlandıkları, BM ve bölgesel sözleşmelere rehberlik ettikleri, uluslararası denetim mekanizmaları tarafından dikkate alındıkları, devletlerin ulusal hukuklarında açıkça kullanıldıkları ve bunlara uymamanın kınanması nedeniyle bazı hükümleri örf ve adet hukuku kuralına dönüşmüştür. Örneğin BM Şartı’nda yer alan ayrımcılık yasağı ve İHEB’in çoğu düzenlemesinin örf ve adet hukuku kuralı haline dönüştüğü ve böylece birçok maddesinin tüm devletleri bağladığı kabul edilmektedir.

Uluslararası hukukun bir diğer kaynağı olan hukukun genel ilkelerinin gerek tanımı, gerek kapsamıyla ilgili çok sayıda çalışma yapılmıştır. Hukukun genel ilkeleri, sözleşme veya örf ve adet hukuku kuralının yokluğunda ortaya çıkabilecek boşluğu doldurmak için, genel olarak iç hukuklar tarafından kabul edilen silahların eşitliği, iyi niyet (*good faith*), kesin hüküm (*res judicata*), hakkaniyet (*equity*) gibi ilkelere dayanır.

Devletin yükümlülüklerinin somutlaştığı ve vakalara uygulandığı bir alan olarak içtihat, yukarıda sayılan tüm kaynakları dayanak olarak kullanır. Mahkeme veya diğer denetim organları, somut bir vakada ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediğine karar vererek ilkeleri yaşama geçirir.

1.2. Cezasızlık ve Uluslararası Hukuk

Temel hak ve hürriyetlerin korunması bakımından devletlere yükümlülük yüklemenin yanı sıra sözleşmeler, devletlere bazı fiillerin soruşturulması ve cezalandırılması yönünde de yükümlülük yüklemektedir. Bir ihlalin doğurduğu sonuçların, failin cezalandırılması dışında bir yolla giderilemeyeceği düşüncesinden hareketle, cezalandırma yükümlülüğü bazı sözleşmelerde açıkça öngörülmüştür. Örneğin, Uluslararası Ceza Mahkemesi, başlı başına uluslararası toplumun tamamını tehdit eden suçların cezasız kalmasını engellemek için kurulmuştur ve kurucu sözleşmesi olan Roma Statüsü’nde dört fiili suç olarak tanımlamaktadır. Bunlar, soykırım, insanlığa karşı suç, saldırganlık suçu ve savaş suçlarıdır (5. md).

Aynı şekilde, Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Yönelik Uluslararası Sözleşme, bizi başlığında cezalandırmadan bahsetmektedir. Sözleşmenin 1. maddesine göre, Taraf Devletler, ister savaş ister barış zamanı işlenmiş olsun, soykırımın uluslararası hukuk uyarınca bir suç olduğunu kabul ederek, soykırımı önleyeceklerini ve cezalandıracaklarını garanti ederler.

Apartheid Suçunun Ortadan Kaldırılması ve Cezalandırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme de bir ırksal grubun yekdiğeri üzerinde tahakküm kurması ve tahakkümü sürdürmesi amacıyla işlenen bazı fiillerin *apartheid* suçunu oluşturduğunu hüküm altına almaktadır. Hangi fiillerin bu suç kapsamında değerlendirilebileceğini detaylı bir biçimde 2. maddesinde sıralayan sözleşme, 4. maddesiyle *apartheid* suçunu veya benzeri segregasyon siyasetini cesaretlendirmeyi önleyecek, suçu bastırarak, faillerini cezalandıracak tüm önlemleri alma yükümlülüğü öngörmektedir.

İşkence ve Diğer Zalimane, Gayrı İnsani ve Küçültücü Muamele ve Cezaya Karşı Sözleşme de, işkencenin cezalandırılması mecburiyetini öngörmektedir (md. 4). Aynı meyanda, Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunması Sözleşmesi’nin 6. maddesi, zorla kaybetme suçunu gerçekleştirenlerin cezai olarak sorumlu tutulabilmeleri için gerekli önlemlerin alın-



masını düzenlemektedir. Irk Ayrımcılığı Sözleşmesi’nin 4. maddesi de, ırkçı eylem ve ifadeleri cezalandırma yükümlülüğü öngörmektedir.

Bununla beraber, bazı sözleşmelerde açıkça belirtilmese de cezalandırma yükümlülüğünden bahsedilebileceği, o sözleşmenin yetkili merciinin içtihadı ile ortaya konmuştur. Gerek evrensel, gerekse bölgesel düzeyde mahkemeler veya denetim organları, devletin genel insan haklarına saygı yükümlülüğünü etkili giderim hakkı ile beraber değerlendirmekle failerin soruşturulması ve cezalandırılmasını da devletin yükümlülükleri kapsamında değerlendirmişlerdir. Bir başka deyişle, genel insan haklarına saygı yükümlülüğü, bazı ihlaller bakımından ancak ceza yargılamasının yürütülmesi ve yargılama neticesinde sanığın fiili işlediği sabit görülürse cezalandırılması suretiyle yerine getirilebilir.

Sözleşmeler ve içtihadın yanı sıra, uluslararası planda cezasızlık sorunu bütüncül olarak esnek hukuk belgelerinde de tanımlanmış ve bağlamına oturtulmuştur. İlk olarak, BM Azınlıkların Korunması ve Ayrımcılığın Önlenmesi Özel Raportörü Louis Joinet, 21 Haziran 1985 günü Ekonomik ve Sosyal Konsey’de kabul edilen “Af Kanunları Üzerine Çalışma: İnsan Haklarının Desteklenmesi ve Korunmasındaki Rolü” adlı çalışmasında cezasızlık sorununa değinmiştir. Joinet, 12 yıl sonra, 26 Haziran 1997’de “İnsan Hakları İhlalleri (Medeni ve Siyasi) Failerinin Cezasızlığı Sorunu” başlıklı, Ekonomik ve Sosyal Konsey’e sunulan çığır açan raporunda doğrudan cezasızlık meselesini ele almış ve 2005’te Diane Orentlicher tarafından güncellenen temel ilkeleri tespit etmiştir. Joinet Raporu’nun tespit ettiği ilkeler, yine 2005 yılında BMGK tarafından kabul edilen “Ağır Uluslararası İnsan Hakları İhlalleri ve Ciddi Uluslararası İnsancıl Hukuk Mağdurları İçin Giderim ve Telafi Hakkı” (Van Boven/Bassiouni İlkeleri) çalışmasıyla desteklenmiştir.

Bölgesel düzeyde ise, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanan “Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Kökünün Kazınması: Rehber İlkeler ve Referans Metinler” (buradan sonra Rehber İlkeler olarak atıf yapılacaktır) çalışması da cezasızlığın önlenmesi için temel bir metindir.

1.3. Bir Davranışın Devlete Atfedilebilirliği Sorunu

Devletlerin insan hakları yükümlülükleri, bu kurallar bütününden neşet etmektedir. Ancak devletin uluslararası sorumluluğundan bahsedebilmek için, ortada devlete atfedilebilir bir davranış olmalıdır. Bu davranış, bir eylem şeklinde gerçekleşebileceği gibi, eylemsizlik/ihmal suretiyle de gerçekleşebilir. Atfedilebilirlik sorunu, devletin yükümlülüklerini belirleyen kurallardan da, eylemin veya eylemsizliğin hukuka aykırılığından da bağımsızdır. Uluslararası hukukta bir vakanın devlete atfedilir olup olmadığının tespiti için, Uluslararası Hukukçular Komisyonu’nun hazırlayıp BMGK’ye sunduğu “Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler” önemli bir kaynaktır.

Uluslararası hukuka göre, devlet organlarının eylemleri veya eylemsizlikleri devlete atfedilebilir. Bu noktada ilgili organ veya kurumun, devletin iç hukukundaki statüsü önem arz etmez: Yasama, yürütme yargı veya herhangi başka bir işlev gören organ olabileceği gibi, yerel veya özerk yönetimler de olabilir. Bir davranışın devlete atfedilebilirliğinde ast-üst ayrımı gözetilmez. Devlet tarafından yetkilendirilmeyen kişilerin davranışlarının devlete atfedilip atfedilemeyeceği ise her bir olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Bir kişinin resmi olarak devlet görevlisi olmaması, davranışının devlete atfedilmesine engel değildir. Bununla birlikte, devletle böyle bir atfedilebilirlik ilişkisi kurulamayan kişilerin eylemleri bireysel olarak değerlendirilebilir.



Burada paramiliter güçlerin veya devlet-dışı aktörlerin eylemlerinden doğan sorumluluk sorunu akla gelmektedir. Devlet organı olmamakla birlikte kamu gücünü kullanmaya yetkili kişi veya kuruluşların davranışları da devlete atfedilebilmektedir. Ortada böyle bir yetki olmadığı ve kişi de kamu görevlisi olmadığı halde de, eğer bu kişi veya gruplar devletin “yönlendirmesi veya kontrolü” altındaysa, devletin sorumluluğu olduğu söylenebilir.

AİHM içtihadı da bu çerçevede ile paraleldir. Buna ek olarak, eğer taraf devletin yetkilileri, üçüncü kişilerin eyleminden haberdarlarsa veya göz yumuyorlarsa ve bu davranış sözleşmede korunan hakları sınırlandırıyor da devletin sorumluluğunun doğabileceği kabul edilmiştir. Devletin yükümlülükleri, devletin üçüncü kişilerin haklara müdahale etmemesini güvence altına almasına dek genişletilebilir.

1.4. Devletin Yükümlülüklerinin Sınıflandırılması ve Cezasızlığın Yeri

Devletin insan hakları yükümlülüklerinin türleri ve kapsamı konusunda çok sayıda çalışma yapılmıştır. Yükümlülüklerin zaman içinde, hatta her kuşak hak bakımından farklı seyirlerle geliştiği dikkate alındığında, üçlü bir yükümlülük demetinden bahsetmek mümkündür. Bunlar devletin insan haklarına saygı duyma yükümlülüğü, insan haklarını koruma yükümlülüğü ve insan haklarını yerine getirme yükümlülüğüdür. Devletin öncelikli yükümlülüğü, insan haklarına saygı gösterme, yani insanların hak alanına müdahale etmeme yükümlülüğüdür. Doktrinde negatif yükümlülük olarak da adlandırılan bu yükümlülük, ancak beraberinde pozitif yükümlülüklerin de yerine getirilmesiyle bir hakkın korunması bakımından anlam ifade eder. Pozitif yükümlülükler ise, devletin hakkın korunması için aktif bir biçimde dahlini gerektiren ve hakkın yerine getirilmesi için atılması gereken adımları içeren yükümlülüklerdir. İnsan hakları alanında devletlerin pozitif yükümlülükleri, büyük ölçüde içtihat yoluyla geliştirilmiştir.

Pozitif yükümlülükler esasa ilişkin/maddi olabileceği gibi, usule ilişkin de olabilir. Maddi pozitif yükümlülük, hakkın özünün korunmasına ilişkindir ve devletin, güvence altına alınan haktan tam olarak faydalanılabilmesi için alması gereken önlemlere işaret eder. Usuli yükümlülükler koruma altındaki hak ve özgürlüklerin ihlallerine karşı devletin vermesi gereken cevap ile ilgilidir. Usuli yükümlülükler, kişilerin korunmasının güvence altına alınması için öngörülebilecek usullerle ilgilidir.

Yine pozitif yükümlülükler, bir ihlalin gerçekleşmesinden önce, ihlali önlemek için alınması gereken tedbirlere ilişkin olabileceği gibi, ihlalden sonrasına ilişkin de olabilir. İlki, ihlali engelleyecek politikanın belirlenmesi, gerekli yasal alt yapının oluşturulması ve hukuki güvencelerin sağlanması veya hukuki engellerin ortadan kaldırılması gibi geniş bir alana yayılan yükümlülüklerdir. İkincisi ise, ihlale ilişkin etkili ve hızlı bir soruşturmanın yürütülmesi, mağdura etkili giderimin sağlanması, tüm sorumluların tespit edilmesi ve ceza yaptırımını gerektirmesi halinde yargılanmaları, suçlu buldukları hallerde cezalandırılmaları ve cezasını çekmeleri gibi yükümlülükleri kapsamaktadır.

Cezalandırma yükümlülüğü de, bazı sözleşme hükümlerinin yanı sıra içtihadın bir hakkı, devletin temel hakları koruma yükümlülüğü ve etkili giderim hakkıyla birlikte değerlendirilmesinden doğmuş ve içtihatla geliştirilmiştir. Bu kapsamda hem BM sözleşmelerinde hem de bölgesel sözleşmelerde devletlerin genel insan hakları yükümlülükleri, cezasızlıkla mücadele etmeyi de kapsayacak şekilde yorumlanmaktadır. Bu tabloda cezasızlık, insan hakları yükümlülük sisteminde devletin pozitif yükümlülük alanlarına yayılmıştır.

2.

CEZASIZLIKLA MÜCADELENİN KAPSAMI VE GENEL İLKELERİ



2. Cezasızlıkla Mücadelenin Kapsamı ve Genel İlkeleri

2.1. Cezasızlıkla Mücadelenin Kapsamı

Cezasızlık, devletin pozitif yükümlülükleri alanına yayılmışsa da, her pozitif ödev ihlali cezasızlık sonucunu doğurmaz. Cezasızlığın söz konusu olabilmesi için, ilk kriter “*ihlal edilmesi durumunda ceza hukuku yaptırımı gerektiren [bir] hakkın*” ihlal edilmiş olmasıdır. Cezalandırma yükümlülüğü de “ağır ve ciddi” insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda doğmaktadır. Diğer hak ihlalleri bakımından farklı tazmin biçimleri öngörülebilmektedir; ancak ağır insan hakkı ihlalleri söz konusu olduğunda failer cezalandırılmadıkça adalet hakkının yerine gelmeyeceği, böylece suçun tekrarlanmasının önünün açılacağı kabul edilmektedir.

Neyin ağır ve ciddi insan hakları ihlali sayılması gerektiğini belirleyen emredici bir hukuk kuralı yoktur. Yukarıda da sıralanan, sözleşmelerde açıkça cezalandırma yükümlülüğünün öngörüldüğü haller, ağır insan hakları ihlalleri olarak kabul edilebilir. Ancak ağır ve ciddi hak ihlalleri ve dolayısıyla cezalandırma yükümlülüğü bunlarla sınırlı değildir.

Açıkça sayılanlar dışında hangi fiillerin ağır insan hakları ihlali teşkil ettiğine yönelik bir tespit, BM Güvenlik Güçlerinin BM-dışı Güvenlik Güçlerine Desteğinde İnsan Hakları Özen Yükümlülüğü belgesinde yapılmıştır. Bu belgeye göre, insancıl hukuk, insan hakları hukuku ve mülteci hukuku alanlarını kapsayabilen ağır insan hakları ihlalleri “*yargısız ve yasa dışı infazlar, işkence fiilleri, zorla kaybedilme, köleleştirme, tecavüz ve bununla mukayese edilebilir cinsel şiddet, mülteci hukukuna önemli ölçüde aykırı sınır dışı işlemleri*” olarak sayılmaktadır.

Cenevre Akademisi 2014 yılında, neyin ağır ve ciddi insan hakkı ihlali sayılacağını belirleyebilmek için geniş kapsamlı bir çalışma yürütmüştür. Önemli bir boşluğu dolduran bu çalışma uyarınca çeşitli kriterler benimsenmiştir. Bu kriterler, altına girilen yükümlülüğün doğası, ihlallerin boyutları ve şiddeti, bazı hallerde mağdurun statüsü ve ihlallerin etkisi olarak sıralanmıştır. Aynı kaynağın uluslararası uygulamadan yaptığı çıkarıma göre, geniş bir ‘ciddi insan hakları ihlalleri’ alanı bulunmaktadır. Bu çerçevede “*keyfi gözaltı ve tutuklama, silahlı çatışma esnasında sivillerin kasten hedef alınması, zorla kaybedilme, kolluk güçleri tarafından aşırı güç kullanımı, nüfusun zorla ve geniş kapsamlı yerinden edilmesi, silahlı çatışma esnasında ayırım gözetmeden saldırı, tecavüz ve benzeri cinsel şiddet, işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele, yasa dışı, yargısız ve keyfi infazları ve cinayetle katliam da kapsayacak şekilde yaşam hakkı ihlalleri, evlerin ve altyapının zarar görmesi şeklinde örneklenebilecek mülkiyet hakkı ihlalleri*” ağır insan hakları ihlalleridir.

2.2. Cezasızlıkla Mücadelenin Genel İlkeleri

Cezasızlıkla mücadele, ihlalin gerçekleşmesinden önce ve sonra gerekli önlemlerin alınmasıyla yürütülebilir. Hem siyasi hem hukuki olarak bütünlüklü bir yaklaşım gerektiren cezasızlıkla mücadeleye ilişkin genel ilkeler, Diane Orentlicher’in EKOSOS için hazırladığı raporda [Orentlicher İlkeleri] ve Avrupa Konseyi’nin “Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Kökünü Kazımak” başlıklı rehber ve referans metinlerinde [Rehber İlkeler] bütünlüklü bir biçimde sıralanmıştır.

Cezasızlığın önüne geçebilmek için her şeyden önce, ağır insan hakları ihlallerini engelleyecek siyasi zeminin oluşturulması gerekmektedir. Devletin temel hak ve özgürlüklere saygı yükümlülüğünü benimsemiş ve sindirmiş olması, hak ihlallerinin yargılanması yönünde bir irade ortaya koyması, genel siyasetin cezasızlıkla mücadele edecek biçimde oluşturulması açısından önemlidir. Ağır insan hakları ihlalleri kamusal olarak dışlanmalı ve kınanmalıdır. Geçmiş dönemlerdeki ağır insan hakları ihlalleriyle hesaplaşma iradesi ve hukuka aykırılıklarla mücadele, önemli siyasi ve hukuki adımlardır. Bu siyasa her türlü ayırmıcılıktan azade olmalıdır. Toplumun daha kırılğan kesimlerinin ve risk altındaki meslek gruplarının özel durumu da dikkate alınmalıdır.



Cezasızlığa yol açan hukuki boşlukların önüne geçilmesi, cezasızlıkla mücadeleye ilişkin bir diğer temel ilkedir. Bunun için devletler, ağır insan hakları ihlallerinin etkin bir biçimde cezalandırılabilmesi için, uluslararası yükümlülükleriyle uyumlu önlemler almalıdır. Bunların başında ihlalin suç olarak tanımlanması gelmektedir. Orentlicher İlkeleri'nde de belirtildiği gibi, ağır insan hakları ihlallerinin faillerine yönelik evrensel yargı yetkisinin tanınması da bu önlemlerin en önemlilerinden biridir. Yürütme ve yargının da bu önlemleri tutarlı ve ayrımcılık olmaksızın uygulaması temin edilmelidir. Cezasızlığa yol açan uygulamaların da disiplin veya ceza soruşturmasının konusu olması da sağlanmalıdır.

Ağır bir hak ihlali meydana geldiğinde, bunun ortaya çıkarılması için usullerin açıkça belirlenmesi, kolaylaştırılması, bildiren kişinin tacizlerden korunmasının sağlanması da cezasızlıkla mücadele bakımından önemli bir diğer ilkedir.

Kamuda hesap verilebilirliğin yerleşmesini sağlamak, ağır hak ihlallerinden sorumlu olan kişilerin görevden uzaklaştırılmasını temin etmek, bunu sağlayacak mesleki etik kurallarını yerleştirmek gerekmektedir.

Soruşturma yükümlülüğü, cezasızlıkla mücadelenin en önemli yapıtaşlarından biridir. Etkili soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilmesi için belirlenen standartlar hem Orentlicher ilkelerinde hem de Rehber ilkelerde yer almaktadır. Rehber İlkeler, soruşturmanın taşıması gereken nitelikleri şu şekilde sıralamaktadır:

- (1) Uygun: Etkili soruşturma, failerin tespit edilebilmesi ve cezalandırılmasını sağlayacak kapasitede olmalıdır. Soruşturma bir sonuç yükümlülüğü değil, özen yükümlülüğüdür. Devletin belirli bir sonuca ulaşması beklenmez, ancak olayla ilgili tüm kanıtların, bu sonuca ulaşacak şekilde toplanmış olması gerekir.
- (2) Bütünlüklü: Soruşturma, tüm ayrımcılığa dayalı saikleri, ihlale yol açan sistematik hataları ortaya çıkaracak şekilde, bütünlüklü bir biçimde yürütülmelidir.
- (3) Tarafsız ve Bağımsız: Soruşturmayı yürütenler bağımsız ve tarafsız olmalıdır. Soruşturmacılar, soruşturmaya tabi olan kişiyle aynı birimden olamazlar.
- (4) Hızlı: Soruşturma kanıtların en iyi şekilde toplanması için hızlı bir biçimde yürütülmelidir. Soruşturmanın hızla başlaması, kamuoyu nezdinde de suça hoş görü gösterilmediğinin göstergesidir.
- (5) Kamuoyu denetimine açık: Hesap verilebilirliğin güvence altına alınabilmesi için soruşturma, soruşturmanın selametini olumsuz etkilemeyecek ve tarafların haklarını ihlal etmeyecek biçimde kamuoyunun denetimine açık olmalıdır.

Soruşturma sürecine ilişkin önemli bir diğer nokta, soruşturmanın izne tabi olması meselesidir. Kamu görevlilerinin görevlerinden dolayı işledikleri suçlarla ilgili prosedür, cezasızlık alanı yaratan önemli bir engel olabilir.

Usulüne uygun bir biçimde yürütülen soruşturmanın ardından iddianame hızla hazırlanmalıdır. İddianamenin tamamlanmasının ardından yargılama süreci bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından yürütülmeli, bunun sağlanması için avukatların, hakim ve savcılarının korunması için gerekli önlemler alınmalıdır. Yargılama makul bir sürede sonuçlandırılmalıdır.

Etkili soruşturmanın ve kovuşturmanın ardından, ağır yaşam hakkı ihlalleri faillerinin uluslararası standartlara uygun yasalar çerçevesinde cezalandırılmaları gerekmektedir. Salt disiplin cezası, idari yaptırımlar veya tazminat yeterli bir giderim değildir.

Verilen ceza etkili, orantılı ve uygun olmalı ve hızla, tam anlamıyla infaz edilmelidir. Diğer hükümlülerden farklı koşullarda infaz, cezaevinde sağlanan ayrıcalık ve imtiyazlar da cezasızlık sonucu doğurabilir.



Cezasızlık, toplumsal barışa ilişkin bir sorunun yanı sıra, doğrudan hak ihlalinin muhatabı ve yakınlarının adalet arama ve hakikat hakkına da ilişkindir. Bu nedenle mağdur haklarının cezasızlıkla mücadelede önemli bir yeri bulunmaktadır. Mağdurun haklarının cezasızlığın en yaygın olduğu kitlesel ve ağır insan hakları ihlallerinde ‘kitle mağduriyeti’nin ortaya çıktığı ve mağdurun haklarının bu durumda cezasızlıkla mücadele bakımından ayrı bir önem taşıdığı açıktır. Mağdurlar İçin Adalet Elkitabı’nda kitlesel mağduriyet ile cezasızlık üzerinde durulmuş, faillerin cezalandırılmasında mağdur-tanıkların rolü, korunmaları ve etkili bir giderime ulaşmaları için çeşitli adımların atıldığından bahsedilmiştir. Aynı şekilde Orentlicher ilkeleri de, soruşturma açma yetkisinin münhasıran devlette olduğunu teslim etmekle beraber, mağdur ailelerinin soruşturma ve yargılama sürecinde yer almalarının önemini belirtmektedir.

Buna ek olarak, şüpheli ölüm ve zorla kaybedilme durumunda mağdurun akıbeti hakkında yakınlarının bilgilendirilmeleri, bilgi almak istemiyorsa buna imkan tanınması, iç hukuk yargılama sürecine katılmalarına izin veriyorsa uygun hukuki desteğin sağlanması, fiziksel ve ruhsal bütünlüklerinin garanti altına alınması mağdurlara tanınması gereken haklardır.

Cezasızlıkla mücadelede mağdurlara tanınan bir diğer güvenceye, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin (2006) 8 numaralı, suç mağdurlarının korunması başlıklı tavsiye kararının “Bilgi Edinme” başlıklı 6. maddesinde de yer verilmiştir. Buna göre, mağdurların dosyalarının içeriğine erişme hakkının devletler tarafından garanti edilmesi gerekmektedir. Özellikle soruşturmanın gizliliğine yönelik kararlar soruşturmanın şeffaflığı ilkesinin zedelenmesi ile birlikte mağdurun bilgi edinmemesi sonucunu doğururken, ilerleyen süreçte dosyanın ‘güvenlik’ veya başka gerekçelerle başka ve genelde uzak bir il mahkemesinde görülmesi de mağdurun yargılamaya katılmasını olumsuz etkilemektedir.

Görünürde mağdura güçlü haklar tanınmış olsa bile, yapısal bazı sorunlar bu hakların kullanılmasının önüne geçebilir. Mağdurların veya mağdurun yakınlarının anadilinde yargılamaya katılması önündeki engeller bunlara ek olarak gösterilebilir. Dil, mağdur yakınlarının yargılama süreçlerine katılmaları önünde önemli bir engel oluşturabilir.

Yargı süreçlerine yönelik kamuoyu denetimini sağlamaya yönelik geniş katılımın önemi de cezasızlıkla mücadelede vurgulanan bir husustur. Mağdurun yakınlarının yanı sıra, meşru menfaati olan sivil toplum örgütlerinin de yargılama sürecine katkı sunabilmesi, cezasızlıkla mücadelede önemli bir güvencedir.

Cezasızlıkla mücadelede öncelikli olarak harekete geçmesi gereken esas sorumlular devletlerdir. Devletlerin bunu sunamadığı hallerde, uluslararası yargı mercileri müdahil olabilir. Bu noktada, yasal çerçeve kısmında değinildiği üzere, devletlerin bu mahkemelerin statü ve/veya sözleşmelerine taraf olması, yargı veya yarı-yargısal yetkilerini tanıması gerekmektedir. Yine bu yargı mercilerinin verdiği kararlar ve tavsiyeler, hızla uygulanmalıdır. Bu husus Rehber İlkelerde de belirtilmiştir. Eğer dava AİHM önüne gelmişse, bu konuda Mahkeme’nin vermiş olduğu kararın tam anlamıyla ve hızla uygulanmasının temin edilmesidir.

Cezasızlıkla mücadele etmek üzere belirlenen standartlar, yalnızca yapılması gerekenlerden ibaret değildir. Cezasızlığın önüne geçmek için devletlerin sakınmaları gereken hususlar da mevcuttur. Orentlicher ilkeleri, bu sorunun üzerinde açıkça durmaktadır. 22. ilke, zamanaşımı, af, iltica hakkı, sınırdışı etme yasağı, *non bis in idem*, resmi bağışıklıklar, pişmanlık, askeri yargı yetkisi ve cezasızlığa katkı sunan yargıçların faydalandıkları güvenceleri zikrederek, bu kuralların kötüye kullanılmasının engellenmesi gerektiğini belirtir.

Zamanaşımı, soruşturma açılmasında ve/veya kovuşturmanın yürütülmesinde isteksizlik ve sürüncemede bırakma sonucu birçok suçun cezasız kalmasına neden olabilmektedir. Bu nedenle ağır insan hakları ihlali teşkil eden suçlarda zamanaşımına bir sınırlama getirilmesi önerilmektedir. Ancak bu durumda da suçun tavsifi sorunu ortaya çıkabilecektir.



Af sorunu da cezasızlık bakımından netameli bir konudur. Affin, uluslararası hukukta kabul görmüş bir tanımı olmadığı hatırlatılarak, Uluslararası Kızıl Haç tarafından şu şekilde tanımlanmaya çalışılmıştır: “Af, bir kişinin, grubun veya bir sınıf insanın soruşturma veya kovuşturmasının ve/veya belirli suçların geleceğe veya geçmişe dönük olarak kaldırılması ve cezaların ortadan kalkmasına yönelik yasama organı veya yürütme organı tarafından resmi olarak yapılan işlem olarak anlaşılabilir”. Mallinder, affi (*amnesty*) bağışlamadan (*pardon*) ayırır ve affin kural olarak henüz kovuşturulmamış veya mahkum olmamış kişiler bakımından geçerli olduğunu, bağışlamanın ise mahkum olup cezasını çekenlere uygulandığını belirtmektedir. Af kanunlarının sebepleri BM Azınlıkların Korunması ve Ayrımcılığın Önlenmesi Özel Rapor-törü Louis Joinet’in 21 Haziran 1985 günü Ekonomik ve Sosyal Konsey’de kabul edilen “Af Kanunları Üzerine Çalışma: İnsan Haklarının Desteklenmesi ve Korunmasındaki Rolü” adlı çalışması, af kanunlarının sebeplerini geniş bir biçimde ele almıştır: Pratik sebepler (cezaevlerinin kalabalıklaşması), çözüm süreçlerinde veya silahlı çatışmaların engellenmesi/hafifletilmesi için, insani sebepler (engellilerin, hastaların, çocukların tahliyesi) bunlar arasında sayılabilir. Buna ek olarak, özellikle ağır insan hakları ihlalleri üzerine kurulu cunta rejimlerinde de af kanunları sıklıkla başvuru bir yöntemdir. 1983’te Arjantin’de çıkarılan kanun ile 1978’de Şili’de çıkarılan KHK buna örnektir. Özellikle bu af kanunları cezasızlık alanı yaratmakta ve hukuk güvenliğini sarsmaktadır. Nitekim bu kanunlar BM organları önünde de eleştirilmiş, sistematik öldürme ve zorla kaybedilme fiilleri bakımından yarattıkları cezasızlık sıkça gündeme getirilmiştir.

Af, geniş anlamıyla ele alındığında yalnızca kesin hüküm etkisini ve eşitliği ortadan kaldırdığı için hukuk güvenliğini sarsmaz; aynı zamanda mağdurların hakikat, adalet ve giderim haklarını da ihlal eder. Orentlicher ilkeleri, bu durum üzerinde özellikle durmuş ve af çıkacaksa bile bunun mağdurların giderim hakkına engel olmayacak şekilde düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir (İlke 24/b).

Ağır insan hakkı ihlallerine sebep olanlara iltica hakkı verilmesi de genel bir cezasızlık nedeni olarak karşımıza çıkar. Buna diplomatik sığınma da dahildir. Her ne kadar evrensel yargı yetkisinin yaygınlaşmasıyla bu ihtimal azalmış gibi görünse de, ortadan kalkmış değildir.

Ceza hukukunun temel ilkelerinden *non bis in idem* yasağı, aynı fiil nedeniyle iki kere yargılanma yasağı anlamına gelmektedir ve sanık bakımından bir güvence teşkil eder. Ancak ilk soruşturma bir kimsenin cezai sorumluluktan kurtulması için kalkan olarak kullanılmış ve böylece cezasızlık sonucu doğmuşsa bu kuralın esnetilebilmesi ve sorumluların yeniden yargılanmasının önünün açılması gerekmektedir.

Emrin icrası da cezasızlık için bir sığınak olmamalıdır. Doktrinde *due obedience*, amirin emri, Nürnberg savunması olarak da bilinen emrin icrası, emri yerine getiren kişinin cezasız kalmasıyla sonuçlanamaz. Aynı şekilde emir komuta zinciri altında işlenen suçlarda da hiyerarşik üstlerin sorumluluğu ortaya çıkarılmalıdır. Bu kişinin resmi statüsü de ona bağımlılık sağlamaz.

Aynı şekilde, pişmanlık hükümleri de failleri sorumluluktan kurtaracak şekilde yorumlanamaz. Askeri yargı yetkisi, münhasıran askeri konularla sınırlı olmalı, askeri operasyonlar esnasında meydana gelen hak ihlalleri sivil mahkemeler önünde değerlendirilmelidir.

3.

YAŞAM HAKKI İHLALLERİ BAKIMINDAN CEZASIZLIK SORUNU



3. Yaşam Hakkı İhlalleri Bakımından Cezasızlık Sorunu

Yaşam hakkı, tüm hakların ön koşulu olan hayatta kalmaya ilişkin olması dolayısıyla en temel insan haklarından biridir. Yaşam hakkının en geniş anlamı, insanların doğal olmayan ölümlere karşı korunmasıdır. Yaşamın tehdit altında olduğu durumların çokluğu, yaşam hakkını çok geniş uygulama alanına sahip bir hak haline getirir. Ölüm cezasından hastanede meydana gelen bir can kaybına, ötanaziden kürtaja, silahlı çatışmalardan devletin gözetim ve denetimi altında bulunan kişilerin güvenliğine, zorla kaybedilmelerden kadın cinayetlerine yaşam hakkının korunması söz konusu olmaktadır. Yaşam hakkına müdahalenin çok sınırlı ve dar yorumlanması gereken hallerde hukuka uygun sayılabilmesi mümkündür. Ancak yaşam hakkı, insan hakları hukuku kapsamında, olağanüstü hallerde ve benzeri istisnai durumlarda da askıya alınamayacak haklardandır.

Hangi yaşam hakkı ihlallerinin cezasızlığa neden olabileceği, kapsamın belirlenmesi açısından önemli bir sorundur. Yaşam hakkının bazı ihlalleri bakımından cezalandırma yükümlülüğü, bazı sözleşme veya esnek hukuk metinlerinde açıkça yer almaktayken, bazen bu yükümlülük etkili giderim yükümlülüğü ve devletlerin genel insan hakları yükümlülüklerinin beraber değerlendirilmesi sonucu içtihat ile ortaya konmuştur. Bununla beraber, doktrin ve esnek hukuk kuralları da, hangi yaşam hakkı ihlallerinin 'ağır' kabul edileceğine dair yol göstermektedir.

Yaşam hakkının en vahim ihlallerini, soykırım ve insanlığa karşı suçlar gibi uluslararası kamuoyunu ilgilendirecek denli ağır, (genelde) kitlesel ölümlere neden olan fiiller teşkil etmektedir. Bu fiiller uluslararası ceza hukuku kapsamında yasaklanmıştır. Yine, çok sayıda can kaybının yaşandığı savaşlar ve çatışmalar da yaşam hakkı ihlallerinin geniş çapta meydana geldiği olaylardandır. Hem belirli hallerde (esir düşmek gibi) muhariplerin, hem de çatışmalardan etkilenen sivillerin başta yaşamları olmak üzere korunmalarına yönelik standartlar, insancıl hukuk sözleşmeleriyle belirlenmiştir. İnsan hakları hukuku ve insancıl hukuk ilişkisi çokça tartışılmıştır. Bunlar iki ayrı, ancak birbirini tamamlayan alandır ve insancıl hukuk sadece çatışmalara uygulanırken, insan hakları hukuku hem savaş hem de barış döneminde uygulama alanı bulur. Bu nedenle, bu çalışma kapsamında insan hakları hukukuna ilişkin standartlar esas alınacak, yeri geldikçe uluslararası ceza hukukuna da değinilecektir.

Yasadışı ve yargısız infazlar, kolluk güçlerinin barışçıl gösterilerde orantısız güç kullanımı sonucu meydana gelen can kayıpları, ayrımcılıktan ve nefret söyleminden beslenen öldürme fiilleri, risk altındaki meslek gruplarına veya kişilere (gazeteci, insan hakları savunucusu, avukat, siyasetçi) yönelik öldürme fiillerinin, yaşam hakkının ağır ve ciddi ihlalini oluşturduğu söylenebilir. Yaşam hakkı ihlallerinin belirli bir biçimde yenilerini takip etmesi, hatta bir örüntü oluşturması ihlali ağırlaştırmakta, cezasızlık olasılığını da kuvvetlendirmektedir. Kamu görevlilerinin yükümlülüklerini bariz bir biçimde veya sistematik olarak yerine getirmediği hallerde de 'ciddi' bir yaşam hakkı ihlalinden bahsetmek mümkündür. Böylece 'Kırmızı Pazartesi'vari bir cinayet veya sistematikleşen kadın cinayetleri de cezasızlığın konusunu oluşturacaktır.

Bu bölümde, devletin yaşam hakkı ihlallerine ilişkin yükümlülükleri, cezasızlığı önleme yükümlülükleri ile birlikte ele alınacaktır.

3.1. Yaşam Hakkının Uluslararası Düzeyde Korunması

Yaşam hakkı, uluslararası sözleşmelerde çok geniş bir biçimde korunan haklardan biridir. Bunun yanı sıra, yaşam hakkının geniş çapta, hatta kitlesel ihlali sonucunu doğuran ve ağırlığı nedeniyle tüm uluslararası kamuoyunun korunmasında menfaati olduğu kabul edilen



uluslararası suçları düzenleyen sözleşmeler de bu kapsamda ele alınabilir. Tüm insanlığı ilgilendirecek denli ağır fiillerin yaptırımsız kalmaması için uluslararası ceza hukuku doğmuştur. İkinci Dünya Savaşı’nda Nazilerin savaş suçlarının dışında kalan fiillerinin, özellikle Almanya topraklarında, Alman vatandaşlarına karşı gerçekleştirdikleri fiillerin cezasız kalmaması amacını güden Nürnberg, Tokyo yargılamalarından, Yugoslavya ve Ruanda’daki iç savaşların ardından kurulan *ad hoc* mahkemelere ve arından Uluslararası Ceza Mahkemesi’ne (UCM) varana kadar gelişen bu alan, bu ağır suçların yaşam hakkını da yakından ilgilendirmesi itibariyle bu başlık altında kısaca ele alınacaktır.

Uluslararası suçlar ile korunan hukuki menfaatlerden biri de yaşam hakkıdır; uluslararası suçlar, ağırlıkları bakımından yaşam hakkı ihlallerinden çok daha özel bir ihlale ilişkin olsa da, uluslararası suçlar bakımından cezasızlık alanının doğması, öldürme, zorla kaybetme gibi yaşam hakkı ihlali teşkil eden fiillerin belli bir saikle veya sistematik olarak işlenmesi halinde yaşam hakkı bakımından da cezasızlığa sebebiyet verecektir. İhlal alanı genişleyip sistematikleştikçe cezasızlığın da genişleme eğiliminde olduğu dikkate alındığında, ağır suçlar bakımından bir hukuki güvenceden yoksun kalmak, yaşam hakkı bakımından cezasızlığı da etkilemektedir.

İhlal alanı genişleyip sistematikleştikçe cezasızlığın da genişleme eğiliminde olduğu dikkate alındığında, ağır suçlar bakımından bir hukuki güvenceden yoksun kalmak, yaşam hakkı bakımından cezasızlığı da evleviyetle etkilemektedir. Zira, özellikle bir devletin kendi vatandaşlarının yaşam haklarını ihlal etmesi halinde; ihlal eden güçlerin ulusal yargı makamları tarafından soruşturulup cezalandırılmaması bu eylemlerin yaygınlaşmasına, sistematikleşmesine ve dolayısıyla uluslararası toplumun bir sorunu haline dönüşmesine neden olmaktadır. İktidarı elinde tutanların bu suçları cezalandırma iradelerinin veya güçlerinin olmaması, uluslararası mekanizmalar aracılığıyla adalet sağlanmasını zorunlu hale getirmektedir.

İnsanlığa karşı suçlar, Uluslararası Askeri Nürnberg ve Uzak Doğu (Tokyo) Mahkemeleri’nin kuruluş şartlarında yer almıştır. Mahkemelerin yargı yetkisini barışa karşı suçlar, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlarla sınırlayan şartlar, insanlığa karşı suçların kapsamını, “herhangi bir sivil nüfusa karşı işlenen cinayet, imha, köleleştirme, tehcir ve diğer insanlık dışı fiiller” olarak belirlemiştir (Nürnberg Şartı, m. 6, Uzak Doğu Şartı, m. 5). Birleşmiş Milletler Soykırım Suçunun Önlemesi ve Cezalandırması Sözleşmesi ile hukuki bir çerçeveye kavuşan soykırım suçu, Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri’nin şartlarında, insanlığa karşı suçlarla beraber yer almaktadır. UCM’nin kurucu sözleşmesi olan Roma Statüsü de soykırım, insanlığa karşı suçlar, saldırganlık suçu ve savaş suçlarını uluslararası suç olarak sınıflandırmıştır.

Roma Statüsü uyarınca UCM’nin yargı yetkisine giren suçlar (soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçu), diğer bazı eylemlerin yanı sıra, doğrudan yaşam hakkını ortadan kaldıran eylemlerin de belirli biçimlerde işlenmesiyle gerçekleştirilmektedir. Ulusal, etnik, ırki veya dini bir grubun üyelerini kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak niyetiyle öldürmek (m. 6/a) soykırım; herhangi bir sivil topluluğa karşı geniş çapta ve sistematik bir saldırının parçası olarak ve bunun bilinciyle öldürme (m. 7/1/a), toplu yok etme (m. 7/1/b), kaybolan şahıslar (m. 7/1/i) insanlığa karşı suç; bir savaş sırasında bir plan veya politikanın parçası olarak ya da bu tür suçların geniş çapta işlenmesinin parçası olarak kasten öldürme (m. 8/2/a/i) ile sivillere yönelik bilerek saldırı düzenlenmesi ve diğer hukuka aykırı öldürmeler (m. 8/2/b/i, ii, iii, iv, v, vii) savaş suçu olarak tanımlanmıştır.

Roma Statüsü’nün ilk maddesi uyarınca, UCM’nin yargı yetkisi ulusal yargı yetkisinin tamamlayıcısı niteliğindedir. Tamamlayıcılık ilkesi gereği öncelik, sanıkların ulusal yargı mercileri



önünde yargılanmasındadır; gerektiği takdirde UCM, tamamlayıcı bir rol üstlenmektedir. Tamamlayıcılık, UCM’nin yargı yetkisi kapsamındaki bir suçun faillerinin, ulusal merciler tarafından adil ve etkili bir biçimde yargılanmadıkları veya yargılanmasında ciddi eksikliklere veya hatalara düştüğü hallerde, suçun cezasız kalmasının önüne geçilmesi için UCM’nin devreye girmesi anlamına gelmektedir. Buradan çıkacak sonuç, ulusal mercilerin UCM’nin yargı yetkisini kullanmasına alan açmayacak bir yargılama yürütebilmelerinin ön koşulunun, ulusal düzenlemelerin Roma Statüsü’yle uyumlu olması gereğidir.

Uluslararası ceza hukukunun insan hakları hukukundan ayrıldığı temel nokta, ilki kişisel sorumluluğu esas alırken, ikincisinin devletlerin yükümlülüklerinin ihlal edilip edilmediğine odaklanmasıdır. Ancak amacın faillerin tespiti olması, devletlerin yükümlülüklerini ortadan kaldırmaz.

Yaşam hakkının dünya çapında korunmasını sağlayan temel sözleşmelerin en önemlilerinden olan MSHS’nin 6. maddesinin birinci fıkrası, *“Her insanın doğuştan gelen yaşama hakkı vardır. Bu hak yasalarla korunacaktır. Hiç kimsenin yaşamı keyfi olarak elinden alınamaz”* şeklindedir.

Yaşam hakkına ilişkin bu temel koruma diğer evrensel nitelikli sözleşmelerde de yer almaktadır. Toplumun şiddete daha sık maruz bırakılan veya daha dezavantajlı kesimlerine yönelik sözleşmelerde yaşam hakkının korunması ayrıca teyit edilmiştir.

Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’nin 2. maddesi, kadınlara karşı ayrımı ortadan kaldıran bir politika izleme gereğini vurgulayarak, kadın erkek eşitliğini anayasalara ve yasalara koyma yükümlülüğünü getirmiş ve kadınların, tüm haklardan eşit olarak yararlanacağını (md. 3) koruma altına almıştır.

Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesi:

“Taraflar Devletler, her çocuğun temel yaşama hakkına sahip olduğunu kabul ederler.

Taraflar Devletler, çocuğun hayatta kalması ve gelişmesi için mümkün olan azami çabayı gösterirler.”

şeklindedir.

Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme’nin 10. maddesi de şu şekildedir:

“Taraflar Devletler her insanın yaşama hakkına sahip olduğunu yeniden onaylayarak engellilerin bu haktan etkin ve diğer bireylerle eşit koşullar altında yararlanmalarını sağlayacak gerekli tüm tedbirleri alır”

Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme de, 9. maddesinde açıkça bu kişilerin yaşam hakkının kanunla koruma altına alınması gerektiğini ifade etmektedir.

Yaşam hakkını koruyan sözleşmelerin dışında, ırkçı saikle gerçekleştirilen şiddet eylemlerini *cezalandırma yükümlülüğü* de Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 4. maddesinin (a) bendinde düzenlenmiştir. Buna göre, taraflar devletlere, ırkçı üstünlüğe ya da nefrete dayalı tüm fikirlerin yayılması, teşviki, buradan kaynaklanan şiddet eylemleri ile bu eylemlere yardım edilmesini yasaklamanın ötesinde, suç olarak tanımlayacak ve cezalandıracak hükümleri iç hukuklarına ekleme yükümlülüğü yüklenmektedir.

Doğrudan yaşam hakkını korumamakla birlikte, ölümle sonuçlanma ihtimali yüksek olduğu için zorla kaybedilmeler ile ilgili sözleşmeler de bu bağlamda ele alınabilir. Zorla kaybedil-



meler kabaca, kişinin hukukun sağladığı güvenlik alanının dışına çıkarılması olarak tanımlanabilir. Böylelikle kişinin akıbetinden yakınları haber alamaz ve bir belirsizlik alanı yaratılmış olur. Bu veçhesiyle zorla kaybedilmeler, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkında ilgilidir. Bununla birlikte, geçmiş tecrübelerin bize gösterdiği, zorla kaybedilmelerin işkence yasağı ve yaşam hakkının korunmasıyla yakından ilişkili olduğudur. Zorla kaybedilmeler söz konusu olduğunda bu üç hakkın birbirinden ayrılması mümkün olmadığı gibi, doğru da değildir; zira bir eylemin sonucu diğer hakkın ihlaline sebebiyet verebilir ve ayrı değerlendirilmeleri, fiilin vahametini gizleyebilir. 2006 yılında Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme kabul edilmiştir. Sözleşme, zorla kaybetmenin suç olarak tanımlanması yükümlülüğünün yanı sıra (md. 4), bu fiili işleyenlerin ve dahli varsa hiyerarşik üstlerinin *cezalandırılması yükümlülüğünü* (md. 6) yüklemektedir. Türkiye bu sözleşmeye taraf olmamıştır.

Yaşam hakkı, bölgesel insan hakları mekanizmalarıyla da güvence altına alınmıştır. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı’nın 4. maddesi yaşam hakkını korurken, 1. maddesi, Şart kapsamında korunan hak ve özgürlükler ile öngörülen yükümlülüklerin taraf devletlerce tanınması gerektiğini ve uygulanabilmeleri için gerekli yasal düzenlemelerin yapılması gerektiğini belirtir. Afrika Çocuk Hakları ve Refahı Şartı’nın 5. maddesi, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı’na Ek Afrika’da Kadınların Hakları Protokolü’nün (Maputo Protokolü) 4. maddesi de yaşam hakkının korunmasını güvence altına almaktadır.

İnsan Hakları Arap Şartı’nın 5. ve 6. maddeleri, İnsan Hakları ve Görevleri Amerikan Bildirgesi’nin 1. maddesi, Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 4. maddesi, Belém do Pará Konvansiyonu’nun 4. maddesi yaşam hakkını korumaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. maddesi yaşam hakkını korumaktadır. 2. maddenin 1. fıkrasının ilk cümlesi, “Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur” şeklindedir. Birleşmiş Milletler sözleşmelerinden farklı olarak AİHS düzenlemesinin ikinci fıkrası bu hakka getirilen istisnaları sıralamıştır. AİHS’in 2. maddesinin 2. fıkrasına göre,

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

- a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması;
- b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme;
- c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması “

AİHS çerçevesinde de yaşam hakkı, olağanüstü durumlarda -meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelme ihtimali hariç- askıya alınamayacak haklardan sayılmıştır (m. 15). Bu istisnalar, yaşam hakkı ihlallerini meşrulaştırmak anlamına gelmemektedir. Meşru amaçlar için gerekli olan güç kullanımının murat edilmeyen sonucu olarak öldürmenin hukuka uygunluğu tartışılabilir. İkinci fıkraya göre, “mutlak zorunlu olmayı aşmayacak bir güç kullanımı” şartı getirilerek, istisnanın da sınırı belirlenmiştir. İstisnanın bu şekilde ortaya konması, yasal düzenlemelerin ve iç hukukta yaşam hakkına getirilebilecek sınırlamaların da kapsamına işaret etmektedir.

Yine Avrupa Konseyi bünyesinde imzaya açılan ve kısaca İstanbul Sözleşmesi olarak bilinen Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi de yaşam hakkını koruyan ve sorumluların cezalandırılmasını öngören temel sözleşmelerden biridir. BM bünyesinde kabul edilen Kadına Karşı Her Türü Ayrımcılık



cılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nden çok daha geniş bir koruma sunan İstanbul Sözleşmesi, temel hakların ayrımcılık olmaksızın korunması mecburiyetinin altını çizmektedir. Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası devletlere kadına karşı her türlü şiddetten kaçınma yükümlülüğü yüklerken, 2. fıkrada devlet dışı aktörler tarafından uygulanan şiddetin önlenmesi, soruşturulması, cezalandırılması ve giderim sağlanması için özen yükümlülüğünü belirtmektedir.

Yaşam hakkı, sözleşmelerle çok geniş bir ölçekte korunduğu için, örf ve adet hukuku ve hukukun genel ilkelerine başvurmaya çok gerek kalmamaktadır. Bazı hakların uluslararası çok taraflı sözleşmelerde tekrar tekrar benimsenmesi veya askıya alınamayacak güvence-lerden sayılmaları, ulusal veya uluslararası mahkeme içtihatlarında yer bulmaları, doktrinde kabul görmeleri gibi unsurlar beraber değerlendirildiğinde örf ve adet hukuku kurallına dönüştükleri kabul edilmektedir. Yaşam hakkının tüm veçheleriyle örf ve adet hukuku olduğunu ifade etmek mümkün olmasa da, yaşam hakkının kitlesel ihlaline neden olan soykırım, insanlığa karşı suç gibi hallerde yaşam hakkının ihlalinin örf ve adet hukukunda da yasaklandığı savunulabilir. Bununla birlikte, keyfi ve yargısız infazlar konusunda sözleşmelerde çekince konulmasının sözleşmelerin özüyle bağdaşmayacağını belirten İnsan Hakları Komitesi'nin 24 numaralı yorumu da yaşam hakkının belirli bir ihlalinin örf ve adet hukuku ile yasaklandığını savunmayı mümkün kılar.

Yaşam hakkı, mahkeme içtihatlarında da sıklıkla ele alınmış ve sözleşmelerle güvence altına alınan hakkın nasıl etkili bir biçimde korunabileceği, sınırları içtihatla netleşmiştir. Yine, yaşam hakkının nasıl yorumlanacağına ilişkin çok sayıda esnek hukuk kuralı bulunmaktadır. Birleşmiş Milletler'in organları, yaşam hakkına ilişkin çok geniş bir alanda kararlar almış, ilkeler tespit etmiştir. Özellikle, risk altındaki kişi ve meslek gruplarını veya toplumun daha kırılgan kesimlerine mensup kişileri koruyan kararlar ve ilkeler bu bakımdan önemlidir. Bunlara örnek olarak, kadınların, insan hakları savunucularının korunmalarına yönelik ilkeler ve yol haritaları ile basın mensuplarının güvenliğiyle birlikte ele alan BMGK kararları verilebilir.

3.2. Yaşam Hakkının Korunması Bakımından Devletin Yükümlülükleri ve Cezasızlıkla Mücadele

Devletin yaşam hakkının korunması bakımından yükümlülüklerinin ve cezasızlıkla mücadelenin kapsamı, sözleşmelerin yanı sıra, sözleşmeleri yorumlayarak hayata geçiren içtihatla ve esnek hukuk kurallarıyla netleşmiştir. Devletin negatif yükümlülükleri, yaşam hakkına müdahale etmemek, ölüm cezasının kaldırılması veya yalnızca en ağır cezayı gerektiren suçlarla sınırlanması, kamu görevlilerinin özellikle silah kullanma yetkisi olan kolluk kuvvetlerinin yaşam hakkına müdahalesinin önlenmesi olarak sıralanabilir.

Gerek BMİHK, gerekse AİHM, yaşam hakkını koruyan temel hükümleri, genel insan haklarına saygı yükümlülüğü ve etkili giderim yükümlülüğü ile beraber değerlendirerek pozitif yükümlülüklerle ulaşmaktadır. Yaşam hakkının korunması, sadece devletin bu alana müdahale etmemesinden ibaret değildir, buna ek olarak devletin yaşam hakkını koruma, hak ihlal edildiğinde buna yanıt verme gibi yükümlülükleri de vardır.

Devletin yaşam hakkının korunması ile ilgili pozitif yükümlülükleri, bu koruma için gerekli siyaseti belirlemesi ve buna uygun yasal çerçevenin oluşturulması ile başlamaktadır. Yasal altyapı yükümlülüğünün kapsamı uluslararası sözleşmelere taraf olunmasından kuvvet kullanma mevzuatına hayli geniş bir alana yayılmıştır. Yine ihlal gerçekleşmeden önce, devletin koruma ve önleme yükümlülüğü vardır. Önleme yükümlülüğü hem kamu görevlilerinin yaşam hakkı ihlali gerçekleştirmesini önlemeye yönelik tedbirleri, hem de devlet-dışı aktörlerin gerçekleştireceği ihlleri önlemeye yönelik özen yükümlülüğünü kapsamaktadır.



İhlal gerçekleşikten sonra ise, devletlerin temel yükümlülüğü ihlale yanıt vermektir. Bu yanıt hızlı, tüketici, tarafsız bir soruşturmanın açılması ile başlayan yargılama süreci ve ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılmasına (giderim) yönelik etkili adımların atılmasıyla olur.

Usulüne uygun bir biçimde yürütülen soruşturmanın ardından iddianame hızla hazırlanmalıdır. İddianemenin tamamlanmasının ardından yargılama süreci bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından yürütülmeli, bunun sağlanması için avukatların, hakim ve savcılarının korunması için gerekli önlemler alınmalıdır. Yargılama makul bir sürede sonuçlandırılmalıdır. Yargılama adil olmalı ve mağdurların da yargılama sürecinde yer alması için gerekli adımlar atılmalıdır.

Etkili soruşturmanın ve kovuşturmanın ardından, ağır yaşam hakkı ihlalleri faillerinin uluslararası standartlara uygun yasalar çerçevesinde cezalandırılmaları gerekmektedir. Salt disiplin cezası, idari yaptırımlar veya tazminat yeterli bir giderim değildir. BMİHK, hem devletin yükümlülük alanının yorumlanması hem de giderim fikrinin genişlemesi bakımından önemli katkılar sunmuştur.

Verilen ceza etkili, orantılı ve uygun olmalı ve hızla, tam anlamıyla infaz edilmelidir. Diğer hükümlülerden farklı koşullarda infaz, cezaevinde sağlanan ayrıcalık ve imtiyazlar da cezasızlık sonucu doğurabilir.

Bu bölümde, devletin yaşam hakkının korunması ve cezasızlıkla mücadele bakımından yükümlülükleri, sözleşmelerde, içtihat ve esnek hukuk kurallarında ele alındığı şekliyle incelenecektir.

3.2.1. Siyasetin Belirlenmesi

Yaşam hakkının korunabilmesi ve yaşam hakkı ihlallerinde cezasızlığın önlenmesi için ön koşul, devletin siyasasının bu doğrultuda oluşturulmasıdır. Aksi takdirde, yani siyasal iradenin yokluğunda, yasal çerçeve uluslararası standartlarla ne kadar uyumlu olursa olsun, uygulamada ciddi sorunlarla karşılaşılacaktır.

Uygun siyasetin belirlenmesi yükümlülüğü sözleşmelerde bazen açıkça bazen zımnen yer almaktadır. Genellikle sözleşmelerin dibaceleri, bağlayıcı olmamakla birlikte, bu yöndeki siyasetin nasıl olması gerektiğine dair yol göstericidirler. Siyasetin belirlenmesi yükümlülüğü, tıpkı diğer pozitif yükümlülükler gibi, genel insan haklarının korunması yükümlülüğünden çıkarılabilir.

Roma Statüsü'nün dibacesinde, uluslararası topluluğu etkileyecek kadar ağır suçların cezasız kalmaması ve bu suçlar bakımından cezasızlığa son verilmesi gerektiğini belirttikten, Statü'ye taraf olsun olmasın her devlete, uluslararası suçların sorumluları hakkında cezai yargılama yetkisini kullanma yükümlülüğünden bahsedilmektedir. Bu yükümlülüğün kapsamı belirsizliğini korusa da, devletlerin egemenlik yetkilerinden kaynaklanan yargılama hakkından ayrı bir yaklaşıma işaret eden evrensel yargı yetkisi vurgusu, ceza politikasının uluslararası ceza hukuku kapsamındaki suçların faillerini yargılayacak biçimde şekillendirilmesi gereğine işaret eder. Bu hem yasal altyapı yükümlülüğüne hem de ceza siyaseti tercihlerine yönelik bir yükümlülük görünümündedir.

Yaşam hakkının korunması, özellikle nefret saikiyle işlenen cinayetlerin önüne geçilmesi için, genel olarak ayrımcı siyasetin ve dilin dışlanması şarttır. Yukarıda bahsedildiği gibi, Her Türlü İrk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme açıkça taraf devletlere ırk ayrımcılığını kınama ve uygun her imkanla ve gecikmeden, ırk ayrımcılığının her türünün ortadan kaldırılması ve tüm ırklar arasında bu anlayışın geliştirilmesi politikası



izlemeyi üstlenme yükümlülüğü yüklemektedir (md. 2). Devletin ayrımcı uygulamaları ve tüm kamu çalışanlarının buna uyması beklenirken, başka kişilerin veya grupların ayrımcı faaliyetlerini de korumamalıdır. Hükümet politikaları gözden geçirilmeli (md. 2/c), bütünlüğe amaçlı politikalar ile ırklar arasındaki engelleri kaldıran diğer araçlar teşvik edilmelidir (md. 2/e). Siyaset, nefreti körüklemeyecek biçimde inşa edilmeli ve kutuplaştırmadan uzak olmalı, toplumun bir kesimi hedef alan söylemlerden kaçınılmalıdır.

İstanbul Sözleşmesi, kadınların şiddetten korunmalarına yönelik siyasetin belirlenmesi için önemli yükümlülükler yükleyen bir belgedir. Kadınların şiddete karşı korunması, ayrımcılığın ortadan kaldırılması, kadın erkek eşitliğinin temini ve kadına yönelik şiddet vakalarına devletin güçlü bir yanıt vermesi ve şiddetle mücadele gibi konularda, kadınları korumaya yönelik siyasetin belirlenmesi yükümlülüğü, Sözleşme’de açıkça yer almaktadır. Sözleşme’nin II. Bölüm’ünün başlığı “Bütüncül Politikalar ve Veri Toplama’dır ve özellikle 7. madde siyasetin belirlenmesine ilişkin ana hatları çizmektedir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, (2002)5 sayılı ve 30 Nisan 2002 günlü kadınların şiddete karşı korunmasıyla ilgili tavsiye kararında, mağdurların üst düzey güvenliği ve korunması için gerekli ulusal siyasetin belirlenmesinin önemini vurgular.

Rehber İlkeler de, cezasızlıkla mücadele ihtiyacı başlığı altında, cezasızlığın çoğunlukla kamu görevlilerinin veya kurumlarının ağır insan hakları ihlallerine özenle tepki vermemelerinden kaynaklandığını belirtmekte (md. 1/2) ve devletlerin cezasızlıkla mücadeleyi mağdurlara adalet için, gelecekteki ihlalleri önleyecek caydırıcı bir etmen olarak, hukuk devleti ilkesinin tesisi ve adalet sistemine güven için yürütmeleri gerektiğini ifade etmektedir (1/3). Yine Rehber İlkeler’e göre, yetkililer ve temsilcileri, ağır insan hakları ihlallerine neden olan kişileri kamusal olarak kınamalı (III/2); davranışlarını kabul etmediklerini göstermelidir. Devletler siyasetlerini cezasızlıkla mücadeleyi öngören kurumsal kültürün yerleşmesiyle gerçekleştirebilirler. Bunu sağlamak için, insan haklarına saygı kültürünün desteklenmesi, uygun eğitim ve kontrol mekanizmalarının kurulması ve güçlendirilmesi, yolsuzlukla mücadele siyasetinin benimsenmesi, ilgili kurumların hakların korunması ve cezasızlıkla mücadele için yükümlülüklerinin bilincinde olacakları, gerekli önlemleri alacakları bir sistemin inşası, ağır insan hakları ihlallerine sıfır tolerans siyaseti yürütülmesi, özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişilerin korunmasının güvence altına alınması, ihlaller ve yetkililerin ihlallere yanıtıyla ilgili kamuoyunun bilgilendirilmesi, arşivlerin korunması ve uygun erişimin kolaylaştırılması gibi önlemleri de içerecek bir politik hat çizilmelidir. Ağır insan hakları ihlallerinin ihbarı kolaylaştırılmalı, gerektiğinde bildiren kişilerin güvenliği sağlanmalıdır (III/4 ve 5). Ağır insan haklarına yol açabilecek ayrımcılık karşıtı planlar ve politikalar belirlenmelidir (III/6). Hesap verebilirliğin sağlanması için mekanizmalar ihdas edilmelidir.

BMİHK, yaşam hakkının korunmasına ilişkin genel yorumunda, devletin yaşam hakkına ilişkin yükümlülüklerini ele alırken, açıkça siyasetin belirlenmesinden bahsetmese de toplumun, yaşam hakkının onurlu bir biçimde kullanılmasına doğrudan tehdit oluşturabilecek “genel durumuna” yönelik tedbirlerin önemine değinir. Bu tedbirler, silah kullanımının kontrolünden doğa tahribatının engellenmesine, yerli halkların korunmasından sağlık hakkına geniş bir skalada olabilir. Konumuz bakımından, cinsiyet kaynaklı şiddetin ve zararlı uygulamaların sona ermesi için planlama yapılması yükümlülüğü ayrıca önemlidir.

Van Boven/Bassiouni ilkelerine göre, devletin yükümlülüğü ağır insan hakları veya insan-cıl hukuk ihlallerinden zarar gören kişilerin zararlarını giderebilmeleri ve diğer desteklere ulaşabilmeleri için, ulusal programlar belirlenmelidir (para. 16).

AİHM’e göre, her ne kadar Sözleşme sisteminin birincil amacı bireysel telafi olsa da, kamu politikaları zemininde sorunların tespiti, insan haklarının korunması için genel standartların



belirlenmesi de Sözleşme’nin amaçları arasındadır. Mahkeme, en eski kararlarından itibaren vardığı hükümlerin etkisinin yalnızca önüne getirilen olayla sınırlı olmadığını, Sözleşme’yle konulan kuralların aydınlatılması, güvence altına alınması ve geliştirilmesi amacı güttüğünü, böylece de taraf devletlerin “yükümlülüklerini gözlemlemeye katkı sunduğunu” belirtmiştir. Bir başka deyişle, AİHM’in yaşam hakkına ilişkin verdiği her karar, somut olayın ötesinde devletin yaşam hakkının korunmasına ilişkin siyasetinin belirlenmesi bakımından da bir yol göstericidir.

Yaşam hakkının ihlaline zemin hazırlayan politikalar, AİHM önünde Kuzey İrlanda, Çeçenistan ve Türkiye’nin güneydoğusunda gerçekleşen bazı yaşam hakkı ihlallerinde tartışma konusu olmuştur. Zira buralarda, yaşam hakkı ihlallerine neden olan paramiliter gruplarla kamu görevlileri arasında işbirliği ihtimali olduğu ileri sürülmüştür. Mahkeme, siyasetin belirlenmesinde tespitlerde bulunmaya ve devletleri eleştirmeye pek istekli olmasa da, yaşam hakkı ihlallerinin yasadışı örgütlerle mücadele eden devlet politikasıyla ilişkili olmasının devletin yükümlülüklerini azaltmadığını belirtmiştir.

Bunlardan Kuzey İrlanda’ya ilişkin olanlardan biri Kelly ve Diğerleri/Birleşik Krallık davasıdır. Davaya konu olayda, dokuz kişi, 8 Mayıs 1987’de Loughgall’da gerçekleştirilen bir güvenlik operasyonunda hayatını kaybetmiştir. Hayatını kaybedenlerin biri sivildir; ikisi silahlı olmak üzere diğerleri yasadışı IRA örgütüne mensupturlar ve bir polis istasyonuna saldırı ihbarı üzerine yapılan operasyonda hayatlarını kaybetmişlerdir. Başvurucular Birleşik Krallık’ın, Kuzey İrlanda’da “öldürmek için vur” (*shoot-to-kill*) politikası izlediğini ileri sürmektedir (para. 83). Mahkeme bu politikaya dair açık bir karar vermekten uzak dursa da, devletin sorumlu kamu görevlilerinin hesap vermesini sağlamasının güç kullanımıyla ilgili haklı kaygıları gidereceği; bu süreçlerin yokluğunun ise, başvurucuların ileri sürdüğü “öldürmek için vur” politikası gibi kötücül saiklerden duyulan korkuyu besleyeceğini tespit etmiştir (para. 138).

3.2.2. Yasal Altyapının Hazırlanması

Yaşam hakkının korunmasına ilişkin yasal alt yapı yükümlülüğü de Sözleşmeler’den kaynaklanmakta, kapsamı esnek hukuk kuralları ve içtihatla netleşmektedir. Ancak yaşam hakkının ve bu alandaki cezasızlığın genişliği, devletlerin yasal altyapı yükümlülüğünün de genişlemesi sonucunu doğurmuştur.

Devletlerin yasal altyapı yükümlülükleri, öncelikle uluslararası sözleşmelere taraf olunmasını, ülkenin yasal düzenlemelerinin sözleşmelerle uyumlu olacak şekilde düzenlenmesini ve bazı fiillerin suç olarak tanımlanarak cezalandırılmasını içerir. Örneğin, uluslararası suçlar bakımından yaşam hakkının etkin bir biçimde korunabilmesi ve cezasızlığın önlenmesi için, Roma Statüsü’ne taraf olunmalı; Statü’de düzenlenen suçlar, iç hukukta da en az Statü kadar kapsamlı bir biçimde yer almalıdır. Aynı şekilde, Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme’nin 5. maddesi, taraf devletlere anayasalarına uygun düzenlemeleri yapma ve ceza kanunlarında, Sözleşme’deki soykırım tanımı ile uyumlu olarak soykırıma yer verme yükümlülüğü yüklenmiştir. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 4. maddesinin (a) bendi uyarınca taraf devletlerin, ırkçı üstünlüğe ya da nefrete dayalı fikirlerin tetiklediği suçların cezalandırılmasını sağlayacak yasal altyapıyı kurma yükümlülüğü vardır.

Bunun yanı sıra, yaşam hakkının yasalarla korunması ve yaşam hakkına istisna olabilecek durumların sınırlarının çok dar bir biçimde yasalarla belirlenmiş olması gerekmektedir. MSHS’nin 6. maddesinde açıkça, yaşam hakkının yasalarla korunma mecburiyeti zikredilmiştir. Ayrımcılık yasağı (2. md) ve eşit muamele ilkesi (3. md) ile beraber Sözleşme’nin



uygulanabilmesi için gerekli kanunların çıkarılması ve diğer önlemlerin alınması yükümlülüğü (2/2. md), yaşam hakkının etkili bir biçimde korunabilmesi için hem eşitlikçi bir siyasetin belirlenmesi mecburiyetine, hem de yasal altyapı yükümlülüğüne işaret etmektedir. AİHS’in 2. maddesi de, faillerin kamu görevlisi olup olmadığına bakılmaksızın, yaşam hakkının tehdit altında olduğu durumlara ilişkin etkili caydırıcı bir yasal ve idari altyapı kurma yükümlülüğüne işaret etmektedir. MSHS’nin uygulanmasını denetleyen ve bağımsız uzmanlardan oluşan İnsan Hakları Komitesi’nin yaşam hakkına ilişkin Genel Yorumunda da yaşam hakkının korunması için yasal altyapı yükümlülüğü hatırlatılmaktadır (para. 4). Yaşam hakkından keyfi olarak mahrum bırakılma yasaklanmış, ancak neyin keyfi olmadığına karar verilirken iç hukuka uygunluğun tek dayanak olamayacağı belirtilmiştir. Ancak hangi hallerin keyfi olmayacağı, bununla bağlantılı olarak yaşam hakkına getirilebilecek **istisnaların sınırları** titizlikle çizilmelidir. Genel yoruma göre, bir devlet, yaşam hakkının istisnası (ki her türlü istisna para. 3 gereğince dar yorumlanmalıdır) olabilecek hallerin sınırlarını **kanunla çizmiş ve bunlara uyulmasını sağlayacak kurumsal güvenceleri tesis etmiş olmalıdır** (para. 10).

Aynı doğrultuda, yasa dışı, kısa yoldan ve keyfi infazların önlenmesi için BMGK tarafından kabul edilen kararlar da yasal çerçevenin önemine değinmektedir. 2016 ve 2014 kararlarında altı çizilen zorla kaybedilmenin yasa dışı, kısa yoldan ve keyfi infazla sonuçlanabileceği ifade edilerek, zorla kaybedilmeye karşı mevzuatın önemine işaret edilir. Yine yasa dışı, kısa yoldan ve keyfi infazların bazı hallerde soykırım, insanlığa karşı suç veya savaş suçu radde-sine varabileceği vurgulanarak, her devletin vatandaşlarını bu müdahalelerden koruma yükümlülüğü olduğu hatırlatılır. Bu bağlamda 2016 tarihli karar, devletlerin Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü’ne (Roma Statüsü) taraf olmasının ve UCM’nin yargı yetkisini tanımanın önemine de vurgu yapar.

Yaşam hakkının korunmasıyla ilgili İHK’nin Genel Yorumunun 20. paragrafına göre, mevzuattaki düzenlemeler, yaşamdan mahrum bırakılma ile sonuçlanma ihtimali olan şiddet veya şiddete teşvik eylemlerinin ceza yaptırımıyla yasaklanmasını kapsamalıdır. Van Boven ilkeleri de ulusal mevzuatın uluslararası hukuki sorumluluklarla uyumlu bir biçimde düzenlenmesi gerektiğini belirtmekte ve özellikle, uluslararası insan hakları hukuku ile uluslararası insancıl hukuk normlarının ulusal düzeyde de mevzuatın bir parçası haline gelmesini veya başka türlü uygulanabilirlik kazanmasını; adalete adil, etkili ve hızlı erişim için uygun, etkili yasal ve idari usullerin ve diğer uygun tedbirlerin alınmasını; tazminatı da içeren uygun, etkili, hızlı ve erişilebilir giderim imkanlarının sağlanmasını; mağdurların korunmasını, yasal altyapı yükümlülüğünün temel gereklilikleri olarak sıralamaktadır.

Yaşam hakkının korunması bakımından yasal çerçeve çizilirken önem arz eden bir diğer nokta, kuvvet kullanım kurallarına ilişkindir. Kolluk kuvvetlerinin kuvvet kullanma mevzuatı, uluslararası standartlara uygun olmalıdır (Genel Yorum, para. 13). Kolluk kuvvetlerinin davranış kurallarıyla ilgili ilk çerçeve metin olabilecek 1979 yılında kaleme alınan ve BMGK’nin 34/169 numaralı kararıyla kabul edilen metinden 11 yıl sonra kabul edilen “Kolluk Görevlileri Tarafından Kuvvet ve Silah Kullanımına İlişkin Temel İlkeler” de, yasal çerçevenin çizilmesi konusunda devletlere açık yükümlülükler yüklemektedir. Her ne kadar sözleşme gibi bir bağlayıcılığı olmasa da, Mahkeme kararlarında yapılan atıflar, bu ilkelerin devletler tarafından benimsenmesi ve asgari standart olarak kabul edilmesi gereğini ortaya koymaktadır. Bu ilkelere göre hem hükümetlerin hem emniyet kuvvetlerinin kuvvet kullanımına ilişkin kural ve düzenlemeleri ihdas etme yükümlülüğü bulunmaktadır (para. 1). Bu kural ve düzenlemeler yapılırken, kuvvet kullanımına ve silahlara ilişkin etik meseleler sürekli yeniden değerlendirmeye tabi tutulmalıdır (para. 1). Yine bu kurallar, hangi şartlarda kolluk kuvvetlerinin silah taşıyabileceklerini, silahların kontrolünün, depolanmasının ve elde edilmelerinin düzenlenmesini içermelidir.



Rehber İlkeler, özellikle yaşam hakkı, işkence yasağı, angarya yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği ve özel hayatın gizliliği ile ilgili AİHM içtihadına uyumlu bir yasal altyapının hazırlanması gereğini vurgulamaktadır (II/3). Aynı şekilde, cezasızlıkla mücadelede, yasal boşlukların ortadan kaldırılması gereği üzerinde duran Rehber İlkeler, ağır insan hakları ihlallerinin cezalandırılması için gerekli cezai düzenlemelerin yapılması gereğinin altını çizmektedir, bunun için uygun mekanizmaların ihdasını gerekli görmektedir (III/1, para. 1 ve 3).

Devletin yaşam hakkının korunması konusunda yasal altyapının sağlanmasına ilişkin yükümlülükleri AİHM içtihadında da ortaya konulmaktadır. Mahkeme, kuvvet kullanma mevzuatından af yasalarının cezasızlığa etkisine, ceza hukuku yaptırımlarının yeterli olup olmadığına geniş bir alanda değerlendirmelerde bulunmuştur. Bunlardan en önemlilerinden biri, kuvvet kullanma mevzuatı bakımından yasal altyapının yetersizliğine vurgu yapan Makaratzis/Yunanistan kararıdır. Mahkeme, Yunanistan’ın Alman işgali altındayken yürürlükte olan ve polise çok geniş yetkiler veren kuvvet kullanma mevzuatına atıfla (her ne kadar daha sonra bir kararname ile sınırlandırılmışsa da), yasal çerçevenin “kanunla” sağlanması gereken koruma düzeyi bakımından yeterli görünmediğini tespit etmiştir. Yaşam hakkının korunmasını güvence altına almak için devletin öncelikli görevi kişilere karşı işlenebilecek suçlar bakımından caydırıcı yasal ve idari altyapıyı kurmasıdır ve bunu, ihlallerin **önlenmesi, bastırılması ve cezalandırılması için gerekli mekanizmalarla desteklemesi** şeklinde gerçekleştirmesi gerekir. Aynı şekilde, Osman/Birleşik Krallık başvurusunda da devletin yaşam hakkına saygı yükümlülüğünün, ihlallerin önlenmesi, bastırılması ve cezalandırılması için gerekli mekanizmalarla desteklenen caydırıcı ve etkili ceza hukuku yaptırımlarının hayata geçirilmesine kadar genişlediği tespit edilmiştir. Etkili bir yargısal sistem, bazı hallerde ceza hukukuna başvuruyu içermek mecburiyetindedir.

Kolluk operasyonlarına verilen yetkinin, keyfiliğin ve gücün kötüye kullanılmasının önlenmesine karşı etkili korumayı sağlayacak biçimde, hem ulusal mevzuatla sınırlanması, hem de yeterli bir biçimde düzenlenmesi gereklidir. Ayrıca, yasal ve idari çerçeve, hangi sınırlı hallerde kuvvet kullanılabileceğini açıkça belirtmeli; bu standartlar da, bu amaçla belirlenmiş uluslararası standartlarla uyumlu olmalıdır. Mahkeme burada, BM tarafından tespit edilen güç ve silah kullanma ilkelerine atıfta bulunmuştur. AİHM bu standartlara birçok kararında gönderme yaparak, kuvvet kullanma bakımından yasal altyapının taşıması gereken özelliklerin bu ilkelerle uyumlu olup olmadığını incelemiştir.

AİHM, McCann/Birleşik Krallık davasında, Birleşik Krallık’ın kuvvet kullanımına ilişkin yasal standartlarını Sözleşme’den daha geniş bulmuştur. Zira kuvvet kullanımına Sözleşme’de mutlak biçimde gerekli hallerde (“absolutely necessary”) izin verilirken, Cebelitarık Anayasası bu kriteri makul bir biçimde gerekçelendirilebilir (“reasonably justifiable”) olarak genişletmiştir. Bu farklığa rağmen Mahkeme, ancak kuralların yorumlanması ve ulusal yargı mercileri tarafından uygulanma biçimi AİHM standartlarıyla uyumlu olduğu için bu bakımdan ihlal görmemiştir. Bu görüş daha sonra da Kuzey İrlanda’daki ölüm vakalarında tekrarlanmıştır. Kılıç/Türkiye kararında Mahkeme, devletin öncelikli yükümlülüğünün kişinin yaşam hakkını ihlal edebilecek fiillerin önlenmesini sağlayacak, caydırıcı etkili ceza hukuku düzenlemelerini hayata geçirmek olduğunu belirtmiştir. Mahkeme devamla bu yükümlülüğün, kolluk kuvvetlerinin, yaşamları tehlikede olan kişi veya kişileri korumak için önleyici operasyonel önlemler almasına dek genişletilebileceğini tespit etmiştir. Bu önlemler, polislik faaliyeti yürütenler üzerine olanaksız veya orantısız bir yük bindirmemelidir. Bu kriter de, yaşam hakkının tehdit altında olduğunun kamu görevlileri tarafından bilinip bilinmemesi veya bilinmesi gerekip gerekmediği dikkate alınarak değerlendirilir.

Yasal altyapı yükümlülüğü, bazı hallerde ağır insan hakları ihlallerinin cezalandırılmasını engelleyen yasaların çıkarılmamasını da kapsamaktadır. Cezalandırmayı engelleyecek



düzenlemelerin kabul edilmesi, cezasızlık sonucunu doğuracaktır. Bunların en yaygını genel af yasalarıdır. Bu husus Marguš/Hırvatistan kararında değerlendirmiştir. Marguš davasında başvuru, diğer beş kişiyle beraber, Hırvat ordusu mensubuyken sivillerin öldürülmesi, sivillere bedensel zarar verilmesi, hırsızlık gibi suçlamalar nedeniyle yargılanırken 1996'da çıkarılan bir genel af yasası ile davası düşmüştür. Genel af, savaş suçu raddesine varmış olan insancıl hukukun en ağır ihlalleri ile saldırı, silahlı isyan ve çatışma esnasında işlenmeyen ve ceza hukuku kapsamına giren suçları da hariç tutmaktadır. Başvuru yıllar sonra aynı fiillerden yeniden yargılanmış ve fiillerin af kapsamına girmediğine karar verilmesiyle mahkum olmuştur. Başvurunun konusu, başvuruçunun iki defa yargılanmasının *non bis in idem* kuralının ihlali olup olmadığının değerlendirilmesidir. Mahkeme bu değerlendirmeyi temellendirirken, işkence ve kasti öldürme gibi fiillerin soruşturulmasının önemine ve bunların aynı fiilden iki defa yargılanma yasağıyla olan ilişkisine değinmiştir. Sivillere yönelik öldürme ve işkence gibi fiillerle ilgili af hükümlerinin, Sözleşme'nin 2. ve 3. maddeleri uyarınca devletin yükümlülükleriyle bağdaşmayabileceği, zira bu hükümlerin soruşturmayı engelleyebileceği ve cezasızlığa yol açabileceği Mahkeme tarafından tespit edilmiş ve bu yükümlülüklerin, 7 Numaralı Ek Protokolün 4. maddesinde düzenlenen *non bis in idem* yasağından bağımsız değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir. Mahkeme tüm af yasalarını kapsayacak bir tespit yapmasa da af düzenlemelerinin özellikle yaşam hakkı ve işkence yasağını da içeren ağır hak ihlalleri bakımından cezasızlık alanı yaratmayacak nitelikte olması gereğini vurgulamaktadır.

Genel olarak yaşam hakkının korunmasının haricinde, özellikle eril şiddet tehlikesi altında olan kadınların yaşam hakkının korunması için de devletlerin yasal altyapı yükümlülükleri bulunmaktadır. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne taraf olunmamışsa olunması ve tüm çekincelerin kaldırılması, Kadınlara Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Bildirge'nin 4/a maddesinde bir gereklilik olarak gösterilmiştir. Kadınlara yönelik yapılan haksız fiillerin **cezalandırılması ve giderilmesi** için gerekli ceza hukuku yaptırımlarının (idari ve iş hukukuna ilişkin olanların yanı sıra) **yasalarla tesis edilmesi**, Bildirge'nin 4/d maddesiyle bir yükümlülük olarak devlete yüklenmiştir. Bu yükümlülükler özel raportörlerin raporlarında da hatırlatılmış, ülkelere ilişkin raporlarda bu yöndeki eksiklikler tespit edilerek düzeltilmeleri talep edilmiştir. Aynı yönde, İstanbul Sözleşmesi de yasal altyapı yükümlülüğünü geniş bir alanı kapsayacak şekilde taraf devletlere yüklemektedir. İstanbul Sözleşmesi'nin 4. maddesi, "herkesin, özellikle de kadınların, gerek kamu gerekse özel alanda şiddete maruz kalmaksızın yaşama hakkını yaygınlaştırmak ve korumak için gerekli olan yasal ve diğer tedbirleri" alma yükümlülüğünün altını çizmektedir. Kadın erkek eşitliğinin yasallaşması ve ayrımcılığın yerine göre cezalandırılmasını da kapsayacak tedbirlerin getirilmesi bu kapsamdadır. Ayrıca, devlet dışı aktörlerce gerçekleştirilen şiddet eylemlerinin önlenmesi, soruşturulması, cezalandırılması ve tazmin edilmesiyle ilgili özen yükümlülüğünün yerine getirilebilmesi için gerekli yasal tedbirlerin alınması da devletin yasal altyapı yükümlülüğü kapsamında gereklidir (md. 5/2).

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin (2002)5 sayılı tavsiye kararı, kadına yönelik şiddetin önlenmesini esas alan siyasetin, cezai ve medeni yasal altyapı, kamusal farkındalığın arttırılması, meslek hayatında kadına yönelik şiddetle uğraşan kişilerin eğitimi ve şiddetin önlenmesi ile desteklenmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu yasal çerçeve, kadınların tüm temel hak ve özgürlüklerini garanti altına almalıdır. Bununla birlikte, aile birliği içinde gerçekleştirilen kadına karşı şiddet eylemlerinin tamamı suç olarak tanınmalı ve mağdurların korunabilmeleri için tedbir mekanizmaları geliştirilmelidir.



3.2.3. Önleme ve Özen Yükümlülüğü

Devletin yaşam hakkı ihlallerini önleme yükümlülüğü de sözleşmelerle ortaya konmuş, içtihat ve esnek hukuk kurallarıyla netleştirilmiştir. Devletin yaşam hakkına yönelik müdahaleleri önleme yükümlülüğü sonuç değil özen yükümlülüğüdür. Önleme yükümlülüğünden bahsedilebilmesi için, üçüncü kişilerden yaşam hakkına yönelen gerçek ve ani tehdit yetkililerin bilgisi dahilinde olmalıdır veya biliyor olmaları gerekmektedir. Bu itibarla özellikle içtihat, modern toplumlarda önleyici kolluk faaliyetinin sınırlarını da dikkate alarak önleme yükümlülüğünün sınırlarını çizmektedir.

Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme’nin 1. maddesi, suçun önlenmesi yükümlülüğünü açıkça zikretmektedir. Zorla kaybedilmenin önlenmesi gereği, Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına İlişkin Sözleşme’nin dibacesinde yer almaktadır. Bunun yanı sıra, kamu görevlilerinin zorla kaybetme suçuna karışmalarının önlenmesi için gerekli eğitimin sağlanması, yine devletin yükümlülüklerindedir (23. md).

BMİHK Genel Yorumu, devletin yaşam hakkına ilişkin yükümlülüklerinin bazı özel önlemler alması anlamına geldiğini belirtmektedir. Bu önlemler özellikle önceden mevcut şiddet örüntülerinin veya belirli bir tehdidin varlığı halinde gereklidir. İnsan hakları koruyucularının, yolsuzlukla mücadele eden kamu görevlilerinin, gazetecilerin, ev içi veya cinsiyet temelli şiddet mağdurlarının korunması, devletin gözetimi ve denetimi altında olan kişilerin korunması (para. 25) bu kapsamda ele alınmıştır. Yine Genel Yorum’a göre, kolluk yetkisi icra eden kişiler tarafından gerçekleştirilen yaşam hakkı ihlallerini **önlemek için de devletin gerekli tüm tedbirleri alma yükümlülüğüne** özel bir önem atfedilmiştir (para. 13). Yasa dışı, kısa yoldan ve keyfi infazlara ilişkin BMGK kararlarının 2. maddeleri de bu infazların durdurulmasının garanti altına alınması, önlenmesi, bunlarla mücadele edilmesi ve ortadan kaldırılması yükümlülüğünü devletlere yüklemektedir.

Birleşmiş Milletler Genel Kurul’u tarafından kabul edilen, yasa dışı, kısa yoldan ve keyfi infazlarla ilgili kararlarda da önleme yükümlülüğünün üzerinde durulmuştur. Bu kararlar en güncelinden başlayarak 19 Aralık 2016 günlü, 71/198 sayılı karar, 18 Aralık 2014 günlü, 69/182 sayılı karar, 20 Aralık 2012 günlü, 67/168 sayılı karar, 21 Aralık 2010 günlü 65/208 sayılı karar ve 15 Aralık 1980 günlü, 35/172 sayılı kararlardır. Bu kararların ölüm cezasının kaldırılmasına odaklanan en eski tarihli hariç tamamının 2. maddesi bu neviden infazların önlenmesi gereğini belirtmektedir.

Önleyici operasyonel tedbirleri almak özellikle AİHM içtihadında devletin önleme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmiştir. Bir mahpusun öldürülmesi, ev içi şiddet, ceza yargılamasında tanığın öldürülmesi, çatışma bölgesinde insanların öldürülmesi gibi durumlarda, devletin önleme yükümlülüğünden bahsedilebilir. Osman kararında AİHM, yaşam hakkını koruma yükümlülüğünün kapsamına ilişkin şu tespiti yapar: Yetkililer gerçek ve ani bir riskin varlığını biliyorlarsa veya bilmeleri gerekiyorsa, bu riski önlemek için yetkileri çerçevesinde makul olduğu düşünülecek önlemleri almalıdırlar. Mahkeme burada önleme yükümlülüğünü geniş yorumlamış ve devletin önleme yükümlülüğünün yalnızca büyük bir ihmal veya iradi görmezden gelme ile sınırlı tutulması gerektiği yönündeki savını reddetmiştir.

Bununla birlikte Mahkeme, devletlere sonsuz bir önleme yükümlülüğü yüklememektedir. Mahkeme’nin önleme yükümlülüğüne değindiği en önemli kararlarından biri Opuz/Türkiye başvurusuna ilişkin verdiği karardır. Modern devletlerde önleyici kolluğun zorluğuna ve insan davranışlarının belirsizliğine vurgu yapan Mahkeme, önleme yükümlülüğünü devletlere imkansız ve orantısız bir yük olarak görmemektedir. Mahkeme’ye göre, önceliklere ve kaynaklara göre operasyonel tercihlerin yapılması gerekmektedir. Yetkililerin bilgisi dahi-



linde olan veya bilmelerinin beklendiği tehditlerle ilgili, riskin önlenmesi için makul tedbirlerin alınması gerekmektedir.

Kadına yönelik şiddetin önlenmesi, kadınların ev içi şiddete karşı korunması (md. 1/a) ile ayrımcılığın önlenmesi (md. 4/2) İstanbul Sözleşmesi’nin temel amacıdır. Önleme yükümlülüğü, bir vechesiyle yasal altyapı yükümlülüğü ile iç içe geçmiştir. Ulusal mevzuattaki düzenlemeler, önleme yükümlülüğünün ilk adımı olarak değerlendirilebilir. Önleme yükümlülüğünün yerine getirilmesi için uygun finansal kaynakların ayrılması (md. 8), kurumlar arası koordinasyonun sağlanması da devletin yükümlülüklerindedir (md. 10). İstanbul Sözleşmesi’nde kadına yönelik şiddetin ve hane içi şiddetin önlenmesi için devletin yükümlülükleri III. Bölüm’de, genel yükümlülükler, farkındalığın artırılması, eğitim, önleyici müdahale ve tedavi programları ile özel sektör ve medyanın katılımı başlıkları altında düzenlenmiştir. Devletin genel önleme yükümlülüklerinin ilk adımlarından biri, erkeğin üstünlüğüne dair yerleşik kalıplar, klişeleşmiş kadın erkek rolleri, kadını dezavantajlı konuma getiren önyargılar, töre ve geleneklerin ortadan kaldırılması, töre, namus gibi kavramların şiddet gerekçesi olarak kullanımının engellenmesidir. Bu itibarla yerleşik kültürle mücadele, yeni ve eşitlikçi bir düzenin sağlanması, önleme yükümlülüğü kapsamındadır. Bu yükümlülük, Bakanlar Komitesi’nin (2002)5 sayılı tavsiye kararında da yinelenmiştir.

Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Bildirgesi de kadınların gerek devlet gerek devlet-dışı şahıslar tarafından devletlere, kadına şiddet eylemlerini önlemek, soruşturmak ve faillerini ulusal yasalara uygun bir biçimde cezalandırmak için gerekli özeni gösterme yükümlülüğü yüklemektedir. Kadınların yaşam hakkının korunabilmesi için devletin öncelikli yükümlülüğü, gerek devlet gerekse özel kişiler tarafından işlenen kadına karşı şiddet eylemlerinin önlenmesi, soruşturulması ve ulusal düzenlemelerle uyumlu olarak cezalandırılması için **özen yükümlülüğüdür** [md. 4(c)]. Bir başka deyişle, önleme ödevi “sonuç değil, davranış ödevidir”, yani devletin tüm ihlallerin önüne geçmesi beklenmez, ancak bu yönde gerekli tedbirleri alması ve gerekli özeni göstermesi şarttır.

Opuz davasında, başvuru ve annesi, başvuru evli olduğu erkek tarafından sistematik olarak şiddete maruz bırakılmıştır. Bazı şiddet vakaları sonrası şikayetçi olarak koruma talebinde bulunan iki kadın, şiddet görmeye devam etmişlerdir. Fail kısa süreliğine tutuklansa da serbest bırakılmış hakkındaki birçok soruşturma, şikayet çekildiği gerekçesiyle veya kadının beyanından başka delil olmadığı gerekçesiyle takipsizlikle sonuçlanmıştır. Başvurucunun annesi öldürülmüş, başvuru da yaşadığı şehri terk etmek zorunda kalmıştır. Başvuru yapıldığında Yargıtay önünde olan dosyada ise, başvuru annesinin öldürülmesi nedeniyle saldırgana verilen ceza iyi hal indirimiyle ve tahrik altında işlendiğinden bahisle müebbetten 15 yıl 10 aya düşürülmüştür.

Başvuru, ev içi şiddete yönelik hoşgörünün olduğu ve yetkililer ile toplumun ev içi şiddeti sineye çektiğini, failerin cezalandırılmadığını ileri sürmüştür (para. 119). Mahkeme, devletin pozitif yükümlülüklerinden önleyici operasyonel tedbirleri alıp almadığını değerlendirirken çeşitli kriterler tespit etmiştir (para, 128, 131 vd.). Bunlar, saldırgan tarafından silahlı bir saldırının yetkililerce öngörülebilir olup olmadığı; yetkililerin başvuru annesinin öldürülmesinin önlenmesinde özen yükümlülüğü (*due diligence*) sergileyip sergilemedikleridir. Özellikle ikinci kriteri değerlendirirken Mahkeme, mağdur şikayetini çekmiş olsa bile, suçun ağırlığı, silah kullanımı olup olmadığı, yeniden saldırı riski gibi birçok faktörün birlikte değerlendirilmesiyle yargı mercilerinin re’sen soruşturma veya kovuşturmayaya devam edebileceklerini ifade etmiştir (para. 138).

3.2.4. Etkili Soruşturma Yükümlülüğü

Soruşturma, meydana gelen bir ihlale devletin nasıl yanıt vereceğinin ilk göstergesidir. Faillerin hesap verip veremeyeceğinin görünür olduğu ilk etap, soruşturma aşamasıdır. Bu itibarla, yasalar çok mükemmel bir şekilde kaleme alınmış olsa bile cezasızlığın uygulamadaki (*de facto*) görünümü, en çok soruşturma aşamasında ortaya çıkmaktadır. Devletin, hukuka aykırı eylemi hoş görmediği, suça göz yummadığı ve suçu cezalandırma iradesi bu aşamada somutlaşmaktadır. Yasal altyapı ne kadar düzgün kurulmuş olursa olsun, eğer hak ihlallerinin araştırılmasına yönelik bir irade yoksa, daha da vahimi, hak ihlalleri sumen altı edilmek ve failleri korunmak isteniyorsa, etkili soruşturma yürütülmez ve dosya kapatılır. Bu halde, faillerin korunduğuna ilişkin bir inanç oluşabilir, cezasızlık sonucu doğar, bu da suçun tekrarlanması ihtimalini kuvvetlendirir.

Yaşam hakkının korunmasına ilişkin usuli bir yükümlülük olarak soruşturma yükümlülüğü, yaşam hakkına saygı ve yaşam hakkının korunması yükümlülüklerini tamamlayan asli bir unsurdur. Soruşturma eğer kişinin hukuka aykırı olarak yaşam hakkından mahrum bırakıldığına işaret ediyorsa, faillerin tespiti, yargılanmaları ve cezalandırılmaları gerekmektedir.

Soruşturma yükümlülüğü, Bütün Kişilerin Zorla Kaybetmeden Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme (md. 3, 10/2, 12), İstanbul Sözleşmesi (md. 5, Bölüm VI) gibi bazı sözleşmelerde açıkça yer almaktadır. Ancak açıkça yazmasa bile bu yükümlülüğün sözleşmelerde zımnen yer aldığı ve yaşam hakkını güvence altına alan sözleşme hükümlerinin genel insan haklarına saygı yükümlülüğü ve etkili giderim hakkı ile beraber değerlendirilmesi sonucu, sözleşmelerin zımnen soruşturma yükümlülüğünü içerdiği söylenebilir. Nitekim BMİHK yaşam hakkının korunmasına ilişkin genel yorumunda, MSHS’nin yaşam hakkını koruyan 6/1 düzenlemesi ile 2/1. maddesiyle güvence altına alınan genel insan haklarına saygı yükümlülüğünün ve 2/3. maddesiyle düzenlenen etkili giderim yükümlülüğünün beraber değerlendirilmesi sonucu zımnen soruşturma yükümlülüğünü içerdiği ifade edilmiştir (para. 27). AİHS de benzeri bir zımni yükümlülük içermektedir. Yaşam hakkını koruyan 2. maddenin genel insan hakları yükümlülüğünü öngören 1. madde ve etkili giderim hakkını düzenleyen 13. maddeyle beraber değerlendirilmesi sonucunda, yaşam hakkının ancak soruşturma yükümlülüğü yerine getirildiğinde korunabileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Soruşturma yükümlülüğünü yaşam hakkının bir parçası olarak ele alan BMİHK’nin yaşam hakkına ilişkin genel yorumunun 19. paragrafına göre:

*“Yaşam hakkını hukuken koruma yükümlülüğü, aynı zamanda taraf devletlerin, tüm devlet organlarının ve kamu gücünün icra edildiği yönetim yapısının, yaşam hakkına saygı gösterme ve onu güvence alma ihtiyacı ile uyumlu olarak örgütlenmesi gerekliliğini kapsar. Bu, yaşamdan yoksun kılmayı engelleyecek uygun kurum ve usullerin hukuken tesisi, yaşam hakkından hukuka aykırı bir biçimde mahrum bırakılma ihtimali olan vakaların **incelenmesi ve soruşturulması ile cezalandırılması ve tam giderim sağlanmasını** kapsamaktadır.”*

Yine Genel Yorum’a göre soruşturmalar, cezasızlıkla yakından ilişkilidir. Bu itibarla adaletin inkarına yol açmamalı ve ihlallerin devamını engelleyecek uygulama ve politikaların geliştirilmesi için dersler çıkarmaya müsait olmalıdır (para. 27).

Yaşam hakkı ihlallerinde soruşturma yükümlülüğünün ele alındığı BMİHK Genel Yorumu dışındaki diğer esnek hukuk metinleri, yasa dışı, kısa yoldan ve keyfi infazlara ilişkin Birleşmiş Milletler Genel Kurul kararlarıdır. Kararların ilki hariç tamamının 3. maddesi de şüpheli durumlarda tüketici ve tarafsız soruşturma yürütülmesi yükümlülüğünü taraf devletlere yüklemektedir. Kararların 6. maddesinin (b) bendi uyarınca taraf devletlerin, yaşam hakkı-



nın etkin bir biçimde korunmasını güvence altına almak için, uluslararası yükümlülükler gerektirdiğinde, ırk saikiyle, ulusal, etnik, dini veya dilsel bir azınlığa mensubiyet, cinsel kimlik ve yönelim nedeniyle özel kişi gruplarına yönelik öldürme; terörizmden veya rehin alma eylemlerinden etkilenen kişilerin, yabancı işgal altında yaşayanların öldürülmesi; göçmenlerin, ülke içinde yerinden edilmiş kişilerin, sığınmacıların, sokak çocuklarının ve yerli topluluklarının üyelerinin öldürülmesi; kişilerin, insan hakları savunuculuğu, avukatlık, gazetecilik veya protesto gösterilerine katılmak gibi yürüttükleri faaliyet nedeniyle öldürülmesi veya tutku veya namus adı altında veya hangi temelde olursa olsun ayrımcı saikle öldürmeler ile ilgili **hızlı, tüketici ve tarafsız soruşturmaların yürütülmesini** ve sorumluların ulusal veya gerekli olduğunda uluslararası yetkin, bağımsız ve tarafsız bir **adalet önüne çıkarılmasını** ve güvenlik güçleri, polis ve diğer güvenlik güçleri, paramiliter gruplar veya özel kuvvetler tarafından gerçekleştirilenler de dahil olmak üzere, bu tür öldürmelere göz yumulmadığının (...) güvence altına alması gerekir.

Bu kararlara ek olarak, Birleşmiş Milletler yasa dışı, keyfi ve kısa yoldan infazların etkili bir biçimde önlenmesi ve soruşturulması için ilkeler belirlemiştir. Bu ilkeler, Ekonomik ve Sosyal Konsey’in 1989/65 sayılı kararıyla 24 Mayıs 1989’da kabul edilmiştir. Önleme, soruşturma ve yargısal süreç olarak üç başlıkta ele alınan ilkeler, 20 paragraftan/maddeden oluşmaktadır. Buna göre, yasa dışı, keyfi ve kısa yoldan infaz olduğundan şüphelenilen her hal için, kapsamlı, hızlı ve tarafsız bir soruşturma yürütülmesi şarttır (para. 9).

Yaşam hakkı ihlallerinde soruşturma yükümlülüğü, Rehber İlkeler’de özel olarak ele alınmıştır. Mutlak bir yükümlülük olarak soruşturma yükümlülüğü, Rehber İlkeler’e göre, ister devlet ister özel kişiler tarafından öldürülmüş olsun, şüpheli her ölümden kaçınılmaz olarak kaybedilme gibi, mağdurun hayatını kaybedip kaybetmediğinin kesin olmadığı durumlarda da bu sorumluluk doğmaktadır.

Soruşturma yükümlülüğünün hangi hallerde ve ne kapsamda doğduğu, nitelikleri, nasıl yerine getirilmesi gerektiği esnek hukuk kuralları ve içtihatla netleşmiştir ve gelişmeye devam etmektedir. Soruşturmanın niteliklerinin yanı sıra, hukuka aykırılık ihtimali olan ölümlerin nasıl soruşturulacağına dair en kapsamlı ve yol gösterici esnek hukuk kuralı Minnesota Protokolü’dür. 2017’de revize edilen Minnesota Protokolü, özellikle insan hakları karnesi iyi olmayan ülkelerde, şiddet sonucu meydana gelen ölümlerin kayıt altına alınması ve haklarında etkili soruşturma yürütülmesi bakımından izlenen usullerin sorumluların tespiti ve yargı önüne çıkarılmaları için etkisiz ve yetersiz olduğunun belirlenmesi üzerine hazırlanmıştır. Amacı hukuk dışı olma ihtimali bulunan ölümler veya şüpheli zorla kaybedilmeler hakkında etkili soruşturma yürütülmesini destekleyerek, yaşam hakkını korumak, adalet, hesap verilebilirlik ve giderim hakkını geliştirmek ve bu alanda uluslararası standartları tespit etmektir. Minnesota Protokolü’nün kapsamı, yalnızca devlet görevlileri tarafından gerçekleştirilme ihtimali bulunan hukuk dışı öldürmeleri aşmaktadır.

Minnesota Protokolü’ne göre, devletin soruşturma yükümlülüğü, hukuk dışı olması muhtemel bir ölüm olayını öğrendiği veya öğrenmesi gerektiği anda başlamaktadır (15. md). Bunun için resmi bir suç duyurusunda bulunmaya ihtiyaç yoktur. Protokol’de bu tespit yapılırken, AİHM’in Ergi/Türkiye kararına atıfta bulunulmuştur. Ergi kararında Mahkeme, kişilerin kamu görevlilerinin kuvvet kullanımı sonucu ölme ihtimalleri olduğunda soruşturmanın açılması gerektiği yönündeki ilkesini genişleterek, soruşturma yükümlülüğünün ölümün kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine bakılmaksızın doğduğunu tespit etmektedir. Buna ek olarak, Mahkeme’ye göre, merhumun yakınlarının suç duyurusunda bulunup bulunmaması da soruşturma yükümlülüğü bakımından belirleyici değildir. Bu yükümlülük, eylemden dolayı devletin sorumlu tutulup tutulmayacağına bakılmaksızın



Üçüncü kişilerin neden olduğu ölümleri de kapsar (18. md). Bu ilke, AKBK’nin kadına yönelik şiddet eylemleriyle ilgili tavsiye kararında da tekrar edilmiştir. Soruşturma ve cezalandırma konusunda devletin özen yükümlülüğü olduğunu tespit eden karara göre, failin devlet veya üçüncü kişi olması önem arz etmez. Devlet, mağduru koruyucu tedbirler almalıdır. Gözaltında veya devletin gözetim ve denetimi altında yaşanan ölümler de derhal yargı merciine bildirilmelidir (17. md).

Minnesota Protokolü, silahlı çatışma halinde bu standartların durumun şartları dikkate alınarak uygulanması gerektiğini belirtmekle birlikte, bu halde de operasyon sonrası soruşturmanın mecburiyeti üzerinde durmaktadır (20 ve 21. md). Protokole göre, eğer eylem savaş suçu ağırlığına ulaşmışsa, soruşturulması ve sorumluların yargılanması zorunludur; ancak bu raddeye ulaşmayan insanlı hukuk ihlalleri için de hukuka aykırı bir davranışın tespit edilmesi halinde soruşturma yürütülmelidir.

Soruşturmanın nitelikleriyle ilgili dikkate alınması gereken üç esnek hukuk belgesi, Yasa Dışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazların Etkili Biçimde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler, Rehber İlkeler ve Minnesota Protokolü’dür. Yukarıda da değinildiği üzere, Rehber İlkeler bu standartları, uygunluk, bütüncülük, tarafsızlık ve bağımsızlık, hızlılık ve kamuoyu denetimi olarak sıralarken, Protokol’e göre soruşturma, hızlı, etkili ve bütüncül, bağımsız ve tarafsız ve şeffaf olmalıdır (m. 20, 22-33). Bu standartlar, AIHM içtihadıyla da benimsenmiştir. Hugh Jordan/Birleşik Krallık kararında bütünlüklü bir biçimde ifade edilen ve bu nedenle ‘Jordan ilkeleri’ olarak anılan hususlar, aşağıda ele alınmıştır.

Uygunluk, Etkililik ve Bütüncülük:

Etkili soruşturma, failerin tespit edilebilmesi ve cezalandırılmasını sağlayacak kapasitede olmalıdır. Tüm ifadelerle başvurulmalı, belge ve fiziki deliller toplanmalıdır. Soruşturma asgari olarak, kurbanı teşhis etmeli, faili ve olayın meydana geldiği şartları belirleyebilmeli, tanıkları ve delilleri tespit etmeli, ölümün nedenini, biçimini, yerini ve zamanını belirleyebilmeli, kimlerin ölüm olayına dahil olduğunu (emir komuta zinciri de dikkate alınarak) tespit edebilmelidir. Bunların çoğu otopsiyle ortaya çıktığı için, kural olarak otopsi yapılmalı, otopsi yapılmamasına karar verildiği hallerde ise bu gerekçelendirilmeli ve yargısal denetime açık olmalıdır.

Soruşturma, tüm ayrımcılığa dayalı saikleri, ihlale yol açan sistematik hataları ortaya çıkaracak şekilde, bütünlüklü bir biçimde yürütülmelidir. Bu husus, BMGK kararı, A/RES/71/198, para. 6 (b)’de de vurgulanmıştır: Yasadışı, keyfi ve kısa yoldan infazlar bakımından da özellikle daha kırılgan konumda bulunan, ulusal, etnik, dini, dilsel azınlıklar, göçmenler, sokak çocukları, zorla yerinden edilenler, terör mağdurları veya cinsel yönelimlerinden veya cinsiyetlerinden dolayı hedef alınanlar, insan hakları savunucuları, avukatlar, gazeteciler gibi risk altında olan gruplara karşı işlenmişse, faillerinin kamu görevlisi, paramiliter güç veya özel güç olmasına bakılmaksızın yargı önüne çıkarılmasının önemi üzerinde ayrıca durulmaktadır.

Ölümün nedeni, biçimi ve zamanını tespit etmeye dönük bu soruşturma, uygun otopsi, tüm fiziki ve belgeye dayalı delillerle beraber tanık ifadelerinin toplanması ve analizini kapsamalıdır. Soruşturma mercii, gerekli bilgileri elde edecek yetkilerle, bütçe ve teknik kaynaklarla donatılmış olmalı; kamu görevlilerini ifade vermeye davet edebilmelidir.

Soruşturma bir sonuç yükümlülüğü değil, özen yükümlülüğüdür. Devletin belirli bir sonuca ulaşması beklenmez, ancak olayla ilgili tüm kanıtların, bu sonuca ulaşacak şekilde toplanmış olması gerekir.



Tarafsızlık ve Bağımsızlık:

Soruşturmayı yürütenler hem kurumsal olarak hem de şeklen bağımsız ve tarafsız olmalı ve öyle görünmelidir. Soruşturmayı yürütenler kurum içinden ve dışından tüm etkilere karşı kapalı olmalıdır. Soruşturma, caydırıcılıktan, tacizden, uygunsuz müdahalelerden uzak yürütülmeli, tüm kanıtlar tarafsız bir biçimde değerlendirilmelidir. Soruşturmacılar, soruşturmaya tabi olan kişiyle aynı birimden olamazlar.

Çeşitli sebeplerle soruşturma merciinin bu görevleri uzmanlığın veya tarafsızlığın olmaması nedeniyle yürütmesi uygun değilse ve özellikle mağdurun yakınları bu durumdan şikayetçiye, hükümet soruşturmayı bağımsız bir soruşturma mercii tarafından yürütmelidir.

Tarafsızlık ve bağımsızlık standartlarıyla ilgili olarak, BM Yargı Bağımsızlığına İlişkin Temel İlkeler, BM Avukatların Rolüne İlişkin Temel İlkeler, BM Savcılarının Rolüne İlişkin Rehber İlkeler, Uluslararası İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk Görevlerinde Soruşturma Komisyonları ve Olgusal Tespit Görevleri için İlkeler, Lund-Londra Rehber İlkeleri, Siracusa Standartları gibi kurallar da dikkate alınmalıdır. Bu ilke ve standartlar, yargı tarafsızlığı ve bağımsızlığının yanı sıra, özellikle çatışmalı toplumlarda meydana gelen hak ihlalleriyle ilgili olguların tespit edilmesi ve hakikatin ortaya çıkarılması (fact-finding) için yapılması gerekenlere ilişkindir.

Hızlılık:

Soruşturma kanıtların en iyi şekilde toplanması için hızlı bir biçimde yürütülmeli, gereksiz gecikmelerden kaçınılmalıdır. Soruşturmanın hızla başlaması, kamuoyu nezdinde de suça hoşgörü gösterilmediğinin göstergesidir.

Şeffaflık ve Kamuoyu Denetimi:

Mağdur yakınları soruşturma dosyasına erişebilmelidir. Hesap verilebilirliğin güvence altına alınabilmesi için soruşturma ve soruşturmanın sonuçları, soruşturmanın selametini olumsuz etkilemeyecek ve tarafların haklarını ihlal etmeyecek biçimde kamuoyunun ve mağdur yakınlarının denetimine açık olmalıdır. Cezasızlık meselesi, hakikat hakkı ile de yakından ilişkili olduğundan mağdurun yakınlarının tüm süreçler hakkında bilgi sahibi olması ve süreçlere katılımlarının garanti altına alınması, cenazenin akıbetine ilişkin bilgilendirilmeleri, cezasızlıkla mücadele bakımından çok önemlidir (Orentlicher İlkeleri). Şeffaflığı engelleyecek bir önlem, meşru bir amaç için kesinlikle gerekli olmalıdır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin (2006) 8 numaralı, suç mağdurlarının korunması başlıklı tavsiye kararının “Bilgi Edinme” başlıklı 6. maddesi, mağdurların dosyalarının içeriğine erişme hakkının devletler tarafından garanti edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Özellikle soruşturmanın gizliliğine yönelik kararlar soruşturmanın şeffaflığı ilkesinin zedelenmesi ile birlikte mağdurun bilgi edinmemesi sonucunu doğururken, ilerleyen süreçte dosyanın ‘güvenlik’ veya başka gerekçelerle başka ve genelde uzak bir il mahkemesinde görülmesi de mağdurun yargılamaya katılmasını olumsuz etkilemektedir.

Protokol, soruşturma esnasında delillerin nasıl toplanacağı, tanık ifadelerinin nasıl alınacağı ve tanıkların nasıl korunacağı, olay yeri incelemenin, otopsinin, gerekiyorsa cenazelerin çıkarılması için kazıların nasıl yapılacağına dair teknik detaylar içermektedir. Bu detaylar, hem yaşam hakkının korunması, hem de cezasızlık bakımından önemlidir; ancak bunların tamamına burada yer vermek mümkün değildir.

BMİHK ağır insan hakkı ihlalleri bakımından giderimin kapsamı konusunda devletlerin, insan hakları ihlallerinin tam anlamıyla soruşturulması ve özellikle zorla kaybetme ve yaşam hakkı ihlalleriyle ilgili ceza hukuku uyarınca soruşturma açılması ve bu gibi ihlallerin



sorumlularının cezalandırılması yükümlülüğü de olduğunu ve bu yükümlülüğün, MSHS’nin 2/3. maddesinden kaynaklandığını değerlendirmektedir. Komite’nin “bu tür ihlaller bakımından” açıkça soruşturma, yargılama ve cezalandırma yükümlülüğünden bahsettiği kararlardan biri, 612/1995 başvuru numarasıyla değerlendirilen José Vicente ve diğerleri/ Kolombiya kararıdır. Komite, Sözleşme’nin şahıslara devletin bir başka kişi hakkında soruşturma başlatmasını talep etme hakkını vermediğini hatırlatır. Bir başka deyişle, suç duyurusuyla kamu görevlileri olay hakkında bilgilendirildikten sonra, bunun resmi bir soruşturmaya dönüşüp dönüşmemesinde kamu görevlilerinin takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak bu durum, insan hakları ihlalleri bildirildikten sonra soruşturma açılması yükümlülüğü ile birlikte düşünülmelidir. Komite’ye göre, özellikle zorla kaybedilme ve yaşam hakkı ihlalleri gibi ağır insan hakları ihlalleriyle ilgili ihbar olması veya bir başka biçimde bundan şüphelenilmesi halinde, devletin soruşturma yükümlülüğü doğmaktadır ve şüpheliler yargı önüne çıkarılmalıdır.

Chaulagin kararında Komite, bir gece köye gelen güvenlik güçleri tarafından hukuka aykırı olarak tutulan, kötü muamele gören ve ardından infaz edilen kadının ölümüyle ilgili soruşturma yürütülmemiş olmasının “adaletin reddine” varacak denli ağır olduğu ve hak ihlali yarattığını söylemektedir. Hayatını kaybeden kişinin cenazesinin topraktan çıkarılmaması, otopsi yapılmaması, kamu görevlilerinin taraf oldukları davalarda adil ve tarafsız bir yargılamanın mümkün olmaması gibi olgular, Komite’nin ihlal kararının gerekçesini oluşturmaktadır. Komite ayrıca cezasızlıkla ilgili ilgi çekici bir tespit daha yapmaktadır. Güvenlik güçleri tarafından kızının infaz görüntülerini izlemeye mecbur bırakılan babanın durumunu, uygun bir soruşturmanın yokluğu ve takip eden cezasızlıkla birlikte değerlendirerek, Sözleşme’nin 7. maddesinin (2. maddenin 3. paragrafıyla beraber okunduğunda) ihlali anlamına geldiğini tespit etmektedir.

Cezasızlık konusunda ise Komite, zorla kaybedilmeler kadar fazla olmasa da, yasa dışı, kısa yoldan ve keyfi öldürmelerle ilgili çeşitli vakaları incelemiştir. Öncelikle hem iki ihlalin, hem de cezasızlığın iç savaş veya benzeri çatışmaların görüldüğü ülkelerde yoğunlaştığı dikkat çekmektedir. Örneğin Nepal’de 1996-2006 yılları arasında devam eden Maoist isyancılar ile hükümeti karşı karşıya getiren iç savaş döneminde, çok sayıda yargısız infaz, zorla kaybedilme ve işkence vakaları yaşanmıştır. Bu olayların bir kısmı Komite önüne taşınmıştır. Aynı şekilde Moro İsyanı’nın yaşandığı Filipinler, ağır bir iç savaş geçiren Bosna Hersek, silahlı direnişe sahne olan Kolombiya gibi ülkeler, Komite içtihadının yoğunlaştığı ülkelerdir. AİHM bakımından da durum farklı değildir. PKK ile çatışmaların sürdüğü Türkiye, Kuzey İrlanda’da çatışmaların sürdüğü dönemde İngiltere, yaşam hakkı ihlali bakımından başvuruların yoğunlaştığı ülkeler olarak öne çıkmaktadır.

AİHM içtihadına gelecek olursak, yaşam hakkı bakımından devlete yüklenen pozitif yükümlülüklerin en önemlilerinden birinin usuli bir yükümlülük olan soruşturma yükümlülüğü olduğu açıktır.

AİHM, yukarıda da atıf yapılan McCann/Birleşik Krallık kararında, devlet görevlileri tarafından keyfi öldürme yasağının, kuvvet kullanma sınırlarının hukukiliğini denetleyecek bir yargı süreci olmadıkça etkisiz kalacağını tespit etmiştir. Yaşam hakkının ancak etkili soruşturma ile korunabileceğini tespit eden karar, soruşturma yükümlülüğünü ortaya koyması bakımından bir dönüm noktasıdır.

Ergi/Türkiye, Yaşa/Türkiye, Süheyla Aydın/Türkiye davalarında Mahkeme, McCann kararında kamu görevlilerinin kuvvet kullanımı bağlamında tespit ettiği soruşturma yükümlülüğünün kapsamını genişleterek, failin bilinemediği olaylarda da özerk bir soruşturma yükümlülüğünün varlığını kabul etmiştir. Daha sonra bu yaklaşımı da genişleterek, kamu görevlilerinin



dahlinin hiç ileri sürülmediği ölüm olayında da, eğer ölüm şüpheli şartlar altında gerçekleşmişse Sözleşme’nin 2. maddesinin usuli yükümlülüğünün doğabileceğini kabul etmiştir. Böylelikle AİHM içtihadında soruşturma yükümlülüğü, esasa ilişkin yükümlülüklerden ayrı, özerk bir yükümlülük haline gelmiştir.

Yaşa/Türkiye kararında da 1. maddeyle 2. madde arasında bağlantı kurularak devletin etkili soruşturma yükümlülüğü anımsatılmış (para. 98) ve 13. maddelerin ihlaliyle ilgili benzer bir değerlendirme yapılmıştır (para. 116, 117). Yaşa kararında Mahkeme, Kaya kararının 91. paragrafına atıfla, Türkiye’deki çatışma iklimine değinmiş ve bunun, yetkililerin 2. maddeden kaynaklanan yükümlülüklerini kaldırmayacağını, aksi takdirde “*bölgedeki cezasızlık ve güvensizlik iklimini daha da kötüleştireceğini ve böylece bir kısır döngü yaratacağını*” ifade etmiştir (para. 104). AİHM’in cezasızlığa ilk atfı olan bu karar, daha sonra sık sık referans verilen çatiyi oluşturmaktadır.

Kaya/Türkiye kararında ise Mahkeme, ölümcül kuvvet kullanımında devlet görevlilerinin hesap verebilirliklerinin güvence altına alınabilmesi için soruşturmanın önemini hatırlatarak (para. 87), başvuruçunun kardeşinin ölümüyle ilgili soruşturmanın etkili olup olmadığını değerlendirmiştir. Mahkeme, cenaze üzerinde yeterince inceleme yapılmadığını, olay yeri incelemesinin yapılmadığını, askerlerin ifadelerine başvurulmadığını hesaba katmış, savcılığın soruşturma için hiçbir somut tedbire başvurmadığını (para. 90) da not etmiştir. Mahkeme, Türkiye’nin güneydoğusundaki çatışmaların sıklığının ve trajik boyutlarının, devletin yaşam hakkından kaynaklanan yükümlülüklerini ortadan kaldırmayacağını belirterek (para. 91), etkili soruşturma yürütülmediğinden 2. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir (para. 92).

Hugh Jordan/Birleşik Krallık kararında Mahkeme, 2. madde bakımından ihlali değerlendirirken, yine güç kullanmanın olayın şartlarına göre haklı gösterilip gösterilemeyeceğinin belirlenmesi ve sorumlularının tespit edilip cezalandırılması için de etkili bir soruşturma yapılması gerektiğini belirtmektedir. Mahkeme bu kararında, polis memuru tarafından ölümcül güç kullanımına ilişkin soruşturmaların genel standartlarına ilişkin önemli çıkarımlarda bulunmuştur.

Mahkemeye göre, olaya karışan polis memurlarıyla olayı soruşturan memurlar arasındaki ilişki, soruşturmanın bağımsız olmadığına işaret etmektedir. Herhangi bir polisin soruşturulmayacağıyla ilgili mağdurun ailesine bilgi verilmemiş, kamu denetimi eksik kalmıştır. Olayda hayatını kaybeden kişiyi vuran polisin soruşturmada tanık sıfatıyla dinlenmesi uygun bulunmamıştır. Soruşturma süreci açığa çıkması muhtemel suça yönelik etkili rol üstlenmemiştir. Mağdurun ailesinin temsili için adli yardım sağlanmamıştır. Önceki tanık beyanları mağdurun ailesine iletilmediği için soruşturma sürecine katılım hakları engellenmiştir. Soruşturma hızlıca başlatılmamış ve makul bir sürede sona erdirilmemiştir. Tüm bu hususlar, Mahkeme’nin davaya konu olayda Birleşik Krallık’ın etkili soruşturma yükümlülüğünü yerine getirmediğini tespit etmesine neden olmuştur (para. 142 vd.).

Opuz kararında Mahkeme, soruşturma yükümlülüğünü kadına yönelik şiddet mağdurları bağlamında yeniden ele alırken, başvuru imkanlarının sağlanması gereğini de vurgulamaktadır. Ayrıca, savcıların soruşturmayı re’sen başlatabilmelerinin güvence altına alınmasının önemine değinen Mahkeme’ye göre, bir vakanın kadına yönelik şiddet vakası olması, kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilirken mutlaka dikkate alınmalı ve takipsizlik kararı verilmemesi için ağırlaştırıcı bir etmen olarak değerlendirilmelidir.

Soruşturmanın ardından vakit kaybetmeksizin iddianame tanzim edilmeli ve şüphelilerin yargılanmasına başlanmalıdır.



3.3. Faillerin Cezalandırılması ve Etkili Giderim

Adalet hakkı, hakikat hakkı ve giderim hakkıyla beraber cezasızlığın üç temel direğini oluşturmaktadır. Bazı insan hakları ihlallerinin ağırlığı, adaletin sağlanabilmesi için disiplin ve özel hukuk süreçlerinin işletilmesini yeterli görmez; faillerin cezalandırılmasını gerekli kılar. Sözleşmelerle ortaya konulan cezalandırma yükümlülüğü de buna işaret etmektedir. Bu bağlamda adil bir ceza yargılaması hem adalet hakkının, hem de etkili giderim hakkının konusunu oluşturmaktadır. Adalet hakkı ve etkili giderim hakkının öznesi, ağır insan hakları ihlalleri mağdurlarıdır. Bu itibarla her ikisinin de tesisinde, mağdurun sürece katılımı önem arz etmektedir.

Cezalandırma yükümlülüğü yukarıda genel hatlarıyla ele alınmış, açıkça faillerin cezalandırılmasını öngören uluslararası sözleşmelere yer verilmiştir. Ancak açıkça sözleşmelerde yer almasa da zamanla gelişen içtihat, yaşam hakkı ihlallerinin bazı biçimlerinin cezalandırılması gereğini ortaya koymuştur. Ağır yaşam hakkı ihlallerinde etkili giderim, etkili ve derin bir soruşturmanın yanı sıra, faillerin belirlenmesini ve cezalandırılmasını da kapsamaktadır. Buna cezanın, infaz hukuku ilkelerine uygun olarak infaz edilmesi de eklenebilir.

Roma Statüsü uyarınca UCM’nin yargı yetkisine giren uluslararası suçlar (soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçu), diğer bazı eylemlerin yanı sıra, doğrudan yaşam hakkını ortadan kaldıran eylemlerin de belirli biçimlerde işlenmesiyle gerçekleştirilmektedir. Ulusal, etnik, ırki veya dini bir grubun üyelerini kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak niyetiyle öldürmek (m. 6/a) soykırım; herhangi bir sivil topluluğa karşı geniş çapta ve sistematik bir saldırının parçası olarak ve bunun bilinciyle öldürme (m. 7/1/a), toplu yok etme (m. 7/1/b), kaybolan şahıslar (m. 7/1/i) insanlığa karşı suç; bir savaş sırasında bir plan veya politikanın parçası olarak ya da bu tür suçların geniş çapta işlenmesinin parçası olarak kasten öldürme (m. 8/2/a/i) ile sivillere yönelik bilerek saldırı düzenlenmesi ve diğer hukuka aykırı öldürmeler (m. 8/2/b/i, ii, iii, iv, v, vii) savaş suçu olarak tanımlanmıştır ve devletlerin bu suçları cezalandırma yükümlülüğü bulunmaktadır.

Yaşam hakkının kitlesel ihlali sonucunu doğuran soykırımın cezalandırılması yükümlülüğü Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Yönelik Uluslararası Sözleşmenin başlığının yanı sıra, 1. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, Taraf Devletler, ister savaş ister barış zamanı işlenmiş olsun, soykırımın uluslararası hukuk uyarınca bir suç olduğunu kabul ederek, soykırımı önleyeceklerini ve cezalandıracaklarını garanti ederler.

Her ne kadar açıkça yaşam hakkına göndermede bulunmasa da, ırkçı saikle gerçekleştirilen şiddet eylemlerini *cezalandırma yükümlülüğü* Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 4. maddesinin (a) bendinde düzenlenmiştir. Buna göre, taraf devletlere, ırkçı üstünlüğe ya da nefrete dayalı tüm fikirlerin yayılması, teşviki, buradan kaynaklanan şiddet eylemleri ile bu eylemlere yardım edilmesini yasaklama, suç olarak tanımlama ve cezalandırma yükümlülüğü yüklemektedir.

Cezalandırma yükümlülüğü, sözleşmelerde açıkça yazılmasa da, etkili giderim hakkından da neşet etmektedir. AİHS’in 13. maddesi, etkili giderim hakkını düzenlemektedir. Bir başvuru yolunun etkili olabilmesi için, ihlale konu olaya “çare sunması” gerekmektedir. Bu çarenin ne olduğu konusunda devletlerin takdir marjı varsa ve konu genel olarak yargılama süreçleri üzerinden tartışmaya açılmışsa da, özellikle Sözleşme’nin yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesiyle beraber değerlendirildiğinde, etkili başvuru hakkının kapsamı genişlemektedir.

Yaşam hakkı ihlallerinin bazı biçimlerinin ağırlığı nedeniyle cezalandırılması gereği, esnek hukuk kurallarında da belirtilmiştir. 2005 yılında BMGK tarafından kabul edilen “Ağır Ulus-



lararası İnsan Hakları İhlalleri ve Ciddi Uluslararası İnsancıl Hukuk Mağdurları İçin Giderim ve Telifi Hakkı” (Van Boven/Bassiouni İlkeleri) özellikle çatışmalı süreçlerden sonraki geçiş dönemlerinde giderim ile cezasızlık arasındaki bağın altını çizerek, İlkeler, devletlerin yükümlülüklerini sıralarken, insan hakları veya insancıl hukuk ihlallerinden dolayı mağdur olan kişilerin adalete eşit ve etkili erişim hakkı ile beraber, etkili giderim hakkına da değinir (para. 3, c ve d).

Van Boven/Bassiouni İlkeleri, mağdurların haklarına odaklanmıştır. İlkeler mağduru kabaca, ağır hak ihlalleri sonucu bireysel veya kolektif olarak zarar gören kişi olarak tanımlar (para. 8). Mağdurların giderim hakkı, adalete eşit ve etkili erişim; meydana gelen zararın uygun, etkili ve hızlı giderimi ve telifi ile ihlaller ve giderim mekanizmalarıyla ilgili bilgiye erişimi kapsamaktadır (para. 11). İlkelere göre, giderim ihlalin ağırlığı ve zararlar orantılı olmalıdır. İlkeleri etkili giderimi eski hale iade (*restitution*), tazminat (*compensation*), rehabilitasyon, tatmin (*satisfaction*) ve ihlalin tekrarlanmayacağına yönelik güvence olarak tasnif eder. Tatmin (para. 22), cezasızlıkta da önemli bir yeri olan hakikat hakkını (b, c) ve ihlalin sorumlularının yargısal veya idari olarak cezalandırılması gereğini (d, f) de kapsamaktadır.

Birleşmiş Milletler Genel Kurul’u tarafından kabul edilen, yasa dışı, kısa yoldan ve keyfi infazlarla ilgili yukarıda da atıf yapılan kararlarda, yasa dışı, kısa yoldan ve keyfi infazları da içeren insan hakkı ihlallerinin devamlılığının en önemli sebeplerinden birinin cezasızlık olduğu ortaya konmuştur. Kararlarda, etkili soruşturma yükümlülüğünün adil yargılanma hakkıyla bağlantısı kurulmuştur. Bu bağ Komite kararlarında, bireylerin karşı tarafın soruşturulmasını talep etme hakkı olarak anlaşılacak şekilde genişletilmese de, devletlere “ihlali gerçekleştirenleri adalete önüne çıkarma” yükümlülüğü yüklemektedir. Kararların 7. maddesi taraf devletlere, devletin gözetimi altındaki ölümleri soruşturmanın yanında bu ölümlere **yanıt verme** yükümlülüğü yüklemektedir. Kararlara göre bu infazlarda sorumlu olan kişilerin yargı önüne çıkarılmaları gerekmektedir. Bu bağlamda emrin icrası infazı meşrulaştıracak bir gerekçe olarak ileri sürülemez. Aynı şekilde, eğer hiyerarşik olarak üst konumda bulunanlar, kamu görevlileri veya başka kişiler, eğer bu tür eylemleri engelleme imkanları varsa, kendi yetkileri altındaki kişinin eylemlerinden sorumlulardır.

Kolluk Görevlileri Tarafından Kuvvet ve Silah Kullanımına İlişkin Temel İlkeler de kolluk güçleri tarafından keyfi veya suiistimal edecek biçimde kuvvet ve silah kullanımının cezalandırılması gerektiğini tespit etmektedir (para. 7). Siyasi istikrarsızlık ve olağanüstü hal gibi durumlar da bu ilkelerden sapmayı meşrulaştırmaz (para. 8).

BMİHK, hem devletin yükümlülük alanının yorumlanması hem de giderim fikrinin genişlemesi bakımından önemli katkılar sunmuştur. Buna göre de, disiplin/idare hukuku kapsamındaki giderimler veya tazminat, suçun ağırlığıyla orantılı değildir.

Japalali/Filipinler kararında da, Sözleşme’nin 2 (3) a maddesi çerçevesinde etkili giderim hakkına atıfla devletin yükümlülükleri sıralanmaktadır. Buna göre taraf devlet:

1. Ordu askerleri tarafından Bay ve Bayan Japalali’nin keyfi olarak yaşamdan mahrum kalmalarına yönelik tam ve etkili bir soruşturma yürütmek,
2. Başvurucuya ve ailesine, soruşturmanın sonuçlarına ilişkin detaylı bilgi sağlamak,
3. Başvurucuya uygun tazminat sağlamak yönünde uygun adımları atmalıdır.

Her ne kadar Komite cezasızlık terimini kullanmasa da, devamlı, taraf devletin yasa dışı infazlar gibi ciddi insan hakları ihlallerinde etkili giderim hakkından yararlanılmasının önünde engel olmamayı güvence altına aldığını hatırlatır ve gelecekte benzeri ihlalleri



önleme yükümlülüğü bulunduğu altını çizer. Yaşam hakkı ihlalleri bakımından devletin yükümlülüklerini yerine getirmediği ve cezasızlığın koşullarının gerçekleştiği hallerde Komite bu kararlara atıf yaparak benimsemiş olduğu standartları tekrar etmektedir.

AİHM içtihadına gelindiğinde, Hugh Jordan kararında Mahkeme, davaya konu olayda tazminata yönelik özel hukuk yargılamasının yeterli sayılması gerektiğini savunan Hükümet ile aynı fikirde olmadığını beyan ederek bazı hallerde cezai soruşturmanın yürütülmesi mecburiyetine işaret eder (para. 115). Mahkemeye göre, yalnızca zararın tazmin edilmesi, taraf devletin 2. madde yükümlülüklerinden kurtulması anlamına gelmemekte, sorumluların tespiti ve cezalandırılması için, 2. ve 13. madde kapsamında soruşturma yürütülmesi gerekmektedir (para. 115).

Kaya kararında, cezasızlıkla ilgili de önemli tespitler yapan Mahkeme, Türkiye’yi etkili giderim sağlamadığı için de 13. maddeden mahkum etmiştir. Mahkeme, 2. madde ile 13. madde arasında ilişki kurmuş ve değerlendirmesinde, etkili giderimin böyle bir bağlamda sorumluların tespit edilerek cezalandırılmasını da kapsadığını ifade etmiştir (para. 107). Mahkeme’ye göre, 13. maddenin kapsamı 2. madde kapsamındaki usuli yükümlülüğü aşmaktadır. Mahkeme, Kaya’nın yasadışı bir biçimde öldürüldüğünün, şüpheden uzak bir biçimde ortaya konamamış olmasına rağmen bu durumun 13. madde kapsamındaki yükümlülükleri değiştirmeyeceğini belirtmiştir.

Opuz kararında da Mahkeme, AKBK’nin tavsiye kararına atıfla, kadınlara yönelik ağır şiddet eylemlerinin cezalandırılmasının mecburi olduğunu hatırlatır.

Benzer ve diğerleri davası da bu açıdan önemli bir diğer örnektir. Davayı AİHM önüne taşıyan Tahir Elçi’nin, karardan on yıl sonra faili meçhul cinayete kurban gitmesi ve davasındaki gelişmelerin bir kez daha cezasızlık zırhına işaret etmesi acı bir tesadüften fazlasıdır. 26 Mart 1994 günü Şırnak iline bağlı Kuşkonar ve Koçağılı köyleri havadan bombalanmış, Koçağılı’da 13, Kuşkonar’da 25 kişi hayatını kaybetmiştir. Ölümünden haberdar olan kolluk güçleri, ölen kişilerin kimliklerini tespit etmek için köye gitmemiş, ölüm sonrası yapmaları gereken araştırmaları yapmamışlardır (para. 12). Askerler, köylülere şikayetçi olmamaları için baskı yapmıştır (para. 16). Basının hastanelere girmesi ve köylülerle konuşmaları engellenmiştir (para. 16). Dönemin başbakanı Çiller, “Köyleri bombalayan uçaklar orduya ait değildir” demiştir (para. 16).

29 Mart 1994 günü Şırnak Savcılığı olayın soruşturulmasını Şırnak Jandarma Komutanlığı’ndan talep etmiştir (para. 26). Köylüler, jandarma tarafından sorgulanmış, ancak korktukları için şikayetçi olmamışlardır. 7 Nisan 1994 günü, savcı olayın PKK saldırısı olduğuna kanaat getirmiştir. 1996’da bazı köylüler yeniden sorgulanmış, köye bombaların “düştüğünü” söylemişler, ancak hiçbir şikayetçi olmamıştır. 2004’te avukatları başvuruda bulunmuş köylüler korktukları için şikayetçi olmadıklarını ifade etmişler ve köyün o gün uçak ve helikopter tarafından bombalandığını ve ifade etmişlerdir (para. 41 ve devamı).

Savcılık, askeri mahkemenin görevli olduğundan bahisle görevsizlik kararı vermiştir (para. 53). Hava Kuvvetleri Komutanlığı’na o gün hangi uçuşların gerçekleştirildiğini soran askeri savcı, hiçbir uçuşun yapılmadığı bilgisini almış, bunun üzerine köylülerin iddialarını destekleyecek hiçbir kanıt olmadığından bahisle soruşturmayı kapatmıştır (para. 54, 55). 2007’de açılan bir başka soruşturma da 2012’ye kadar sonuçsuz bir şekilde uzatılmıştır.

Yaşam hakkı ve işkence yasağı iddialarını haklı bulan AİHM, Türkiye’yi mahkum etmiş ve hala açık olan soruşturmanın cezasızlığı önlemek için Bakanlar Komitesi’nin gözlemi altında yapılmasını gerekli bulmuştur (para. 219). Bu tespit, o dönemde “rekor tazminat” olarak



anılan tazminat kararının giderim için yeterli olmadığını, failerin cezalandırılması gerektiğini göstermesi bakımından önemlidir. Ancak cezasızlık sürmüş, başvuru AİHM önündeyken hala açık olan soruşturmayı yürüten Diyarbakır Savcılığı, zamanaşımının bitmesine 1 ay kala görevsizlik kararı vererek dosyayı, katliamın 20. yıldönümünden bir gün önce, 25 Mart 2014 günü Diyarbakır Askeri Savcılığı’na göndermiştir. Askeri savcılık, savaş uçaklarının köylüleri kasten vurduğuna dair bir delil olmadığı, kasten vurmuş olsa bile 20 yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu gerekçesiyle kamu davası açılmasının mümkün olmadığına karar vermiştir. AYM, soruşturmanın zamanaşımına uğratılmasının Anayasayı ihlal ettiğine karar vermiş ve fakat soruşturma zamanaşımına uğradığı için yeniden açılması yönünde bir karar vermemiştir.

3.4. Cezasızlığı Kolaylaştıran Etmenler

Yaşam hakkına ilişkin cezasızlıkla mücadele etmek üzere belirlenen standartlar, yalnızca yapılması gerekenlerden ibaret değildir. Cezasızlığın önüne geçmek için devletlerin sakıncaları gereken hususlar da mevcuttur. Yaşam hakkının korunmasıyla ilgili BMİHK’nin Genel Yorumu’na göre, kasten yaşam hakkını ihlal eden kişi ve üstlerine sağlanan af ve bağışıklıklar, kural olarak yaşam hakkına saygı ilkesine ve etkili giderim hakkına aykırıdır. Örentlicher ilkeleri, bu sorunun üzerinde açıkça durmaktadır. 22. ilke, zamanaşımı, af, iltica hakkı, sınır-dışı etme yasağı, *non bis in idem*, resmi bağışıklıklar, pişmanlık, askeri yargı yetkisi ve cezasızlığa katkı sunan yargıçların faydalandıkları güvenceleri zikrederek, bu kuralların kötüye kullanılmasının engellenmesi gerektiğini belirtir.

Zamanaşımı, soruşturma açılmasında ve/veya kovuşturmanın yürütülmesinde isteksizlik ve sürüncemede bırakma sonucu birçok suçun cezasız kalmasına neden olabilmektedir. Bir kimsenin sürekli yargılanma tehdidi altında olmamasına yönelik bir güvence olan zamanaşımı, ağır insan hakları ihlalleri bakımından bir cezasızlık zırhına dönüşebilmektedir. Bu nedenle ağır insan hakları ihlali teşkil eden suçlarda zamanaşımına bir sınırlama getirilmesi önerilmektedir. Ancak bu durumda da suçun tavsifi sorunu ortaya çıkabilecektir. Örneğin yaşam hakkının ağır bir biçimde ihlal edildiği olay hakkındaki davanın, eğer karartma niyeti varsa, başka bir suç kapsamına sokularak zamanaşımının yeniden devreye girmesi mümkündür.

Af sorunu da cezasızlık bakımından netameli bir konudur. Af, uluslararası hukukta kabul görmüş bir tanımı olmadığı hatırlatılarak, Uluslararası Kızıl Haç tarafından şu şekilde tanımlanmaya çalışılmıştır: “Af, bir kişinin, grubun veya bir sınıf insanın soruşturma veya kovuşturmasının ve/veya belirli suçların geleceğe veya geçmişe dönük olarak kaldırılması ve cezaların ortadan kalkmasına yönelik yasama organı veya yürütme organı tarafından resmi olarak yapılan işlem olarak anlaşılabilir”. Mallinder, affı (*amnesty*) bağışlamadan (*pardon*) ayırır ve affın kural olarak henüz kovuşturulmamış veya mahkum olmamış kişiler bakımından geçerli olduğunu, bağışlamanın ise mahkum olup cezasını çekenlere uygulandığını belirtmektedir. Af kanunlarının sebepleri BM Azınlıkların Korunması ve Ayrımcılığın Önlenmesi Özel Rapor-törü Louis Joinet’in 21 Haziran 1985 günü Ekonomik ve Sosyal Konsey’de kabul edilen “Af Kanunları Üzerine Çalışma: İnsan Haklarının Desteklenmesi ve Korunmasındaki Rolü” adlı çalışması, af kanunlarının sebeplerini geniş bir biçimde ele almıştır: Pratik sebepler (cezaevlerinin kalabalıklaşması), çözüm süreçlerinde veya silahlı çatışmaların engellenmesi/hafifletilmesi için, insani sebepler (engellilerin, hastaların, çocukların tahliyesi) bunlar arasında sayılabilir. Buna ek olarak, özellikle ağır insan hakları ihlalleri üzerine kurulu cunta rejimlerinde de af kanunları sıklıkla başvurulan bir yöntemdir. 1983’te Arjantin’de çıkarılan kanun ile 1978’de Şili’de çıkarılan KHK buna örnektir. Özellikle bu af kanunları cezasızlık alanı yaratmakta ve hukuk güvenliğini sarsmaktadır. Nitekim bu kanunlar BM organları önünde



de eleştirilmiş, sistematik öldürme ve zorla kaybedilme fiilleri bakımından yarattıkları cezasızlık sıkça gündeme getirilmiştir.

Af, geniş anlamıyla ele alındığında yalnızca kesin hüküm etkisini ve eşitliği ortadan kaldırdığı için hukuk güvenliğini sarsmaz; aynı zamanda mağdurların hakikat, adalet ve giderim haklarını da ihlal eder. Orentlicher ilkeleri, bu durum üzerinde özellikle durmuş ve af çıkacaksa bile bunun mağdurların giderim hakkına engel olmayacak şekilde düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir (İlke 24/b). Orentlicher, konu ile ilgili bir makalesinde ulusal uzlaşmaları kolaylaştırmak için toptan bir af yönteminin benimsenmesini eleştirmiş ve hakikat ile adalet arasında daha dinamik bir ilişki öngören Güney Afrika modeline değinmiştir. Daha güncel bir makalesinde ise insanlığa karşı suçlara ilişkin sözleşme hazırlanırken, bu suçların af kapsamından tamamen çıkarılması gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır. AİHM'in af kanunlarını yasal altyapı yükümlülüğü ve cezasızlık bakımından ele aldığı kararlar da mevcuttur. Bunlar aşağıda ilgili başlıklar altında ele alınmıştır.

Ağır insan hakkı ihlallerine sebep olanlara iltica hakkı verilmesi de genel bir cezasızlık nedeni olarak karşımıza çıkar. Buna diplomatik sığınma da dahildir. Her ne kadar evrensel yargı yetkisinin yaygınlaşmasıyla bu ihtimal azalmış gibi görünse de, ortadan kalkmış değildir.

Ceza hukukunun temel ilkelerinden *non bis in idem* yasağı, aynı fiil nedeniyle iki kere yargılanma yasağı anlamına gelmektedir ve sanık bakımından bir güvence teşkil eder. Ancak bu ilke, özellikle uluslararası suçlar bakımından bir cezasızlık kalkanına dönüşme riski taşımaktadır. Devletler, ulusal mahkemelerin kararlarına atıfla göstermelik yargılamalarla sorumluların yargıldığını ileri sürebilmektedir. Böylece ilk soruşturma bir kimsenin cezai sorumluluktan kurtulması için kalkan olarak kullanılabilir. Bu durum, uluslararası ceza yargısıyla ilgili olarak tartışılmıştır. Uluslararası ceza yargılaması (Yugoslavya ve Ruanda Mahkemeleri ile UCM), kendi vermiş oldukları karara ilişkin *non bis in idem* yasağını mutlak biçimde uygularken (intra-jurisdictional, bir yargı yetkisi alanının içinde iki defa yargılama söz konusuysa), ulusal yargı mercilerinin kararlarıyla (inter-jurisdictional, farklı yargı yetkisi alanlarının arasında) ilgili yaklaşımları farklılık arz etmektedir. Bu itibarla *non bis in idem* yasağı, ulusal yargı mercileriyle uluslararası ceza yargısının yetkileri arasında çakışma bağlamında değerlendirilebilir. Burada tamamlayıcılık ilkesi devreye girmektedir. Öncelikli olarak yargılama ve soruşturma yetkisi ulusal yargı mercilerinde olmakla birlikte, yeterli soruşturma yapılmamış veya göstermelik yargılamalarla hukuki süreç sona erdirilmişse, UCM'nin yargı yetkisi doğacaktır. Ancak bu, *non bis in idem* yasağının cezasızlık sonucu doğurabileceği hallerin, yalnızca UCM'nin yargı yetkisi tanındığı hallerde aşılabileceği anlamına gelebilecektir. Örneğin, bir hükümet döneminde işlenen ağır suçlarla ilgili soruşturma açılması ve yargılamanın cezasızlıkla sonuçlanması, yargılamaya yönelik bir irade doğduğunda etkili bir yargılama yapılmasının önüne geçebilir.

Emrin icrası da cezasızlık için bir sığınak olmamalıdır. Doktrinde *due obedience*, amirin emri, Nürnberg savunması olarak da bilinen emrin icrası, emri yerine getiren kişinin cezasız kalmasıyla sonuçlanamaz. Aynı şekilde emir komuta zinciri altında işlenen suçlarda da hiyerarşik üstlerin sorumluluğu ortaya çıkarılmalıdır. Bu kişinin resmi statüsü de ona bağlılık sağlamaz.

Aynı şekilde, pişmanlık hükümleri de failleri sorumluluktan kurtaracak şekilde yorumlanamaz. Askeri yargı yetkisi, münhasıran askeri konularla sınırlı olmalı, askeri operasyonlar esnasında meydana gelen hak ihlalleri sivil mahkemeler önünde değerlendirilmelidir.

4.

TÜRKİYE'DE YAŞAM HAKKININ KORUNMASI VE CEZASIZLIK



4. Türkiye’de Yaşam Hakkının Korunması ve Cezasızlık

Türkiye, insan hakları ihlalleriyle yüzleşme ve hesaplaşma konusunda kötü bir karneye sahiptir. Kuruluş öncesi ve kuruluş dönemindeki suçlardan yakın tarihe çok sayıda ağır insan hakları ihlali karanlığa gömülmüştür. Ağır hak ihlalleri ve cezasızlık, devletin siyasetiyle ve tercihleriyle yakından ilişkilidir. Özellikle askeri müdahaleler esnasında, çatışmalı dönemlerde, temel hak ve özgürlüklerin askıya alındığı olağanüstü hal dönemlerinde artan ihlaller ve bu ihlallerin araştırılmaması iradesi, Türkiye’nin cezasızlık sicilini karartmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti’nin 97 yıllık tarihinde, istisna halleri ve istisnai hukuk rejimi altında geçen süre, olağan hale denktir. “Fiili olağanüstü halleri” de eklediğimizde bu denklik, olağanüstü hal lehine bozulacaktır. Bu olağanüstü yönetimlerin bilançoları, mağdur yakınlarının mücadeleleriyle, avukatların, insan hakları savunucularının çalışmalarıyla kısmen ortaya konabiliyorsa da, bu çaba ihlallere ilişkin bilginin en önemli kaynağının devlet olduğu gerçeği karşısında çok sınırlı verinin elde edilmesi sonucunu doğurmaktadır. İhlallerin aydınlatılması yönünde devlet iradesinin yokluğu, hatta aydınlatılmasının önüne taş konulması cezasızlığın en önemli nedeni olarak karşımıza çıkar. Faillerin tespiti, yargılanmaları ve orantılı bir ceza almaları da böylelikle imkansız hale gelmektedir. Bazı hallerde sorumluların yargı önüne çıkarılması için zemin oluşsa bile, açılan davalar siyasi hesaplaşmanın gölgesi altında yürümekte, adil yargılama sağlanamamakta dolayısıyla da ağır hak ihlallerindeki cezasızlık sorunu devam etmektedir. Bu köklü geçmişle cezasızlık, hak ihlallerinde sürekliliği temin etmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti’nin kuruluşundan da eskiye götürülebilecek cezasızlık kültürünün anlaşılabilmesi için son 40 yılın birkaç olayına kabaca göz atmak bile yeterlidir. 12 Eylül darbesi, geçici maddeleriyle darbecilere cezasızlık alanı yaratan 1982 anayasasının koruması altına alınmıştır. Böylece İHD verilerine göre, 300 kişinin şüpheli, 171 kişinin de işkence altında öldüğü, 49 kişinin idam edildiği bu dönem, ancak 2012 yılında, 2010 anayasa değişikliğinin ardından yargılanabilir olmuş, yargılama hala sonuçlanamamıştır. Faili meçhullerin çok yaygın olduğu ve olağanüstü halle yönetilen 1990’larda Kürt nüfusunun yoğun olarak yaşadığı illerde cezasızlık adeta bir politikaya dönüşmüş, terörle mücadele söylemi her türlü hukuka aykırılığı örten bir kılıf olarak kullanılmıştır. Dönemin Başbakanı Tansu Çiller, derin devletin ve devletin yasa dışı faaliyetlerinin adeta ortaya saçıldığı Susurluk kazası sonrası Meclis kürsüsünden “Devlet uğruna kurşun atan da yiyen de, her zaman bizim için saygıyla anılır, onlar şereflidir” sözleriyle uyuşturucu ticaretinden faili meçhullere uzanan bir suç zincirini ikrar etmiş, dahası sahiplenmiştir.

Faillerin koruması silsilesi daha sonra da devam etmiştir. Çözüm masasının devrildiği 2015 yılının ikinci yarısında şiddetlenen çatışmalar, 2016 yılında gerçekleşen darbe girişimi ve ilan edilen olağanüstü hal yeni bir cezasızlık döngüsünü tetiklemiştir. Bu bölümde, 2015 ve sonrası dönemde gerçekleşen yaşam hakkı ihlallerinden öne çıkanlar, devletin yaşam hakkının korunması ve cezasızlıkla mücadele yükümlülükleri çerçevesinde ele alınacaktır. Bu ihlallerde, geçmişin cezasızlık pratiklerine ilgisi kurulabildiği ölçüde yer verilecektir.

4.1. Yaşam Hakkının Korunmasıyla İlgili Siyasanın Belirlenmesi ve Cezasızlık

Bir devletin siyasetinin ne olduğunu açıklıkla tespit etmek her zaman çok kolay değildir. Yazılı kaynak olarak strateji belgeleri ve stratejik planlar yol gösterici olabilirse de, bunların genellikle yazıda kaldığı akılda tutulmalıdır. Bu nedenle üst düzey görevlilerin söylemleri, tutumları ve bazen sessizlikleri hak ihlallerine verilecek cevap konusunda belgelerden daha yol göstericidir. Gerek toplum gerek kamu görevlileri üzerinde esas etki eden unsurlar,



siyasi tercihler, siyasi söylem ve hamlelerde, kamuoyunun bilgisi dışında yapılan müzakere ve pazarlıklarda oluşmaktadır.

Yaşam hakkı ihlallerinde cezasızlıkla mücadele açısından devletin yargının yönetimine yönelik nasıl bir yol haritasını benimsediğine ilişkin ipuçlarına iki üst politika belgesi olan Adalet Bakanlığı tarafından Mayıs 2019’da yayımlanan Yargı Reformu Strateji Belgesi ile 2019-2023 Stratejik Planı’nda rastlanabilir. Ancak uygulama üzerinde esas etkisi olan husus, sorumlu yöneticilerin söylemleridir. Bu başlık altında öncelikle bu iki belgede cezasızlıkla mücadeleye ilişkin yükümlülükler dair yapılan tespitler değerlendirilecek, ardından 2015 sonrası yöneticilerin söylemlerinin yaşam hakkı ihlallerinin araştırılması yönündeki katkısı ele alınacaktır.

Yargı Reformu Strateji Belgesi’nde, uluslararası hukuka saygı vurgusunun güçlü olması olumlu görünmektedir. Gerek mevzuatta gerekse uygulamada, uluslararası standartlardan çok uzak olan terörle mücadele mevzuatının da evrensel ilkelere uygun olması yönünde hassasiyetin vurgulanması, siyasa belirleyen belgeler ile uygulama arasındaki uçurumun genişliğine işaret etmektedir.

Reformun özünde yer alan amaçlardan biri, uyuşmazlıkların derinleştirilmeden ve çoğaltılmadan çözülmesi olarak benimsenmiş, buna sebep olan etmenler arasında da infaz uygulamasından kaynaklanan cezasızlık algısından bahsedilmiştir. Yani cezasızlık bir olgu olarak değil, ancak kamuoyunda oluşmuş bir kanaat, neredeyse yanılsama gibi ele alınmaktadır. Başlı başına bu husus bile, cezasızlığın öneminin anlaşılmadığına, veya daha kötüsü, anlaşılmış olsa bile sorun olarak görülmediğine işaret etmektedir. Belgeye göre mücadele edilmesi gereken cezasızlık değil, toplumdaki cezasızlık algısıdır. Bu genel olarak cezasızlıkla mücadele için yanlış bir bakış açısidir. İkinci sorun, cezasızlık algısının yalnızca infaz uygulamasından kaynaklandığı fikrine yer verilmesidir. Oysa cezasızlık, uygun bir yasal altyapının geliştirilmesinden, failerin cezalandırılmalarına ve cezanın infazına bütüncül bir sürece yayılmıştır ve bunun sadece en son halkasını ele almak, cezasızlık kültürünü besleyen bir eksikliklerdir.

Reformun belirlediği 9 amaçtan biri, hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesidir. Belirlenen alt hedefler arasında yaşam hakkına doğrudan atıf yapılmasa da, İnsan Hakları Eylem Planı’nın hazırlanması, AYM ve AİHM kararlarına etkili çözümler geliştirilmesi, uluslararası mekanizmaların gözlem ve raporlarının dikkate alınması ve yargı mensuplarının bu yönde eğitilmesi, yaşam hakkının korunması bakımından da faydalı bir adım olarak değerlendirilebilir.

Reform Strateji Planı’nın bir diğer amacı olan yargı bağımsızlığı, tarafsızlığı ve şeffaflığının geliştirilmesi de doğrudan yaşam hakkı veya cezasızlık zikredilmese bile, tüm hak ve özgürlüklerin korunması ve cezasızlık sorunu bakımından önemlidir. Plana göre bu amacın gerçekleşmesi için özellikle hakim ve savcıların atama, nakil ve terfilerinin nesnel ve liyakate dayalı ölçütler içermesi gerektiğini, disiplin prosedürünün yeniden yapılandırılması gerektiğini ve yargı etiğinin güçlendirilmesi gerektiğini hedef olarak belirlemiştir. Gerçekten uygulamada, iktidarın tasvip etmediği yönde karar alan yargıçların görev yerlerinin ‘bir gece ansızın’ değiştirildiği veya başka caydırıcı adımların atıldığı görülmektedir. Bu itibarla yargı bağımsızlığının temini için atılması öngörülen adımlar olumlu ancak yetersizdir.

Cezasızlığa ilişkin bir diğer nokta da, cezasızlığın yine bir ‘algı’ olarak ele alındığı, ceza adaleti sisteminin etkinliği başlıdır. Suç-yaptırım dengesine odaklanan bu hedef, “Bazı suçlar yönünden toplumda oluşan cezasızlık algısının ortadan kaldırılması ve suçla etkin mücadele için ceza mevzuatındaki yaptırımlar ile infaz sistemi yeniden yapılandırılmasını” öngörmektedir. Suç ile ceza arasındaki orantısızlık önemli bir cezasızlık alanı olmakla birlikte,



yine cezasızlığın bir ‘algı’dan ibaret ele alınması ve yalnızca bir boyutunun zikredilmesi son derece yetersizdir. Zira uygulamadaki sorunlar genelde suçla yaptırım arasındaki dengesizlikten değil; daha ziyade fiilin genellikle daha az ceza öngören bir suç kapsamında değerlendirilmesinden yani suçun tavsifinden kaynaklanmaktadır.

Altı amaç belirleyen Stratejik Plan’ın ilk amacı olan ceza adaleti sisteminin etkinliğinin artırılmasında strateji olarak benimsenen savcılarının yetkilerinin genişletilmesi, ön ödeme ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi, bazı soruşturmaların fail ile savcı arasında anlaşmaya bağlı sonuçlandırılabilir olması gibi olası uygulamalar, çok hassas bir biçimde düzenlenmedikçe cezasızlığa neden olabilecektir. Stratejik Plan’da da cezasızlık sorununa değil, cezasızlık algısına bir atıf vardır ve strateji hedefleri bu algının ortadan kaldırılmasıdır. Bunun için de, cezasızlığın esas nedenine değil, suçla etkin mücadele için ceza mevzuatındaki yaptırımların yeniden düzenlenmesine ve infaz sisteminin yeniden yapılandırılmasına vurgu yapılmıştır. Hak ve özgürlüklerin korunması amacı Stratejik Plan’da da aynen muhafaza edilmiştir.

Bu üst politika belgelerindeki eksiklikler ve yanlışlıklar bir yana, siyasetin belirlendiği yer bu belgeler değil, yöneticilerin tavır ve tutumları ile söylemleridir. 2015 ve takip eden süreçteki yaşam hakkı ihlallerini ve buna bağlı olarak gelişen cezasızlığı anlamak için siyasi iklimin anlaşılması önemlidir.

28 Şubat 2015’te, Başbakan Yardımcısı Yalçın Akdoğan ile İmralı Heyeti, Başbakanlık Dolmabahçe Ofisi’nde “Dolmabahçe Mutabakatı” olarak bilinen yol haritasını kamuoyuna duyurmuştur. Kürt sorununun barışçıl yolla çözümü için önemli bir adım teşkil eden bu mutabakatın inkarı diyaloga dayalı bir siyasetten güvenlikçi bir siyasete dönüş sinyallerini vermiştir. Ardından, bir süredir ara verilen askeri operasyonlar başlamıştır. Bu esnada, Kürt sorunu için diyalogla adil ve kalıcı bir barışı savunan Halkların Demokratik Partisi de hedef haline gelmiştir. Bu gerilim diliyle, HDP’nin seçimlerden önceki son miting olan 5 Haziran’da Diyarbakır mitingine saldırı ile başlayan, 20 Temmuz’da Suruç ve ardından 10 Ekim Barış Mitingi saldırıları ile çok sayıda insanın hayatını kaybetmesine neden olan süreç arasında bağ kurmak güç değildir.

Aynı şekilde, sokağa çıkma yasakları, tamamen güvenlik ve terörle mücadele söylemi ile savunulmuş, bu süreçteki hak ihlallerine vurgu yapan ve özellikle yaşam hakkının korunması gerektiğini hatırlatan kişiler hedef alınmışlardır. En önemli örneği, bu hak ihlallerinin vardığı boyuta dikkat çeken “Bu suça ortak olmayacağız” bildirisini imzalayan Barış İçin Akademisyenlerin örgüt propagandası ile yargılanmasıdır. Bunun dışında da, bu süreçteki kolluk şiddetini protesto etmek, hak ihlallerine vurgu yapmak, faillerin tespitini ve yargılanmalarını talep etmek çok sayıda iddianamede suç olarak tanımlanmıştır.

Sonuç olarak, üst politika belgeleri ne derse desin, ağır, kitlesel hak ihlalleriyle hesaplaşmanın ve cezasızlıkla mücadelenin ilk adımı, ortada bir hak ihlali olduğunun kabulü ve bunun kovuşturulma iradesidir. Türkiye’de bu iradenin varlığına işaret edecek hiçbir siyasi adım bulunmamaktadır.

4.2. Türkiye’deki Yasal Altyapının Cezasızlık Bakımından Değerlendirilmesi

Yaşam hakkı ihlalleri bakımından cezasızlık, siyasi yol haritasının buna cevaz veren yapısının mevzuattaki eksikliklerle birleşmesi sonucu perçinlenmektedir. Yaşam hakkının korunması bakımından devletin ödevlerinden biri, uluslararası hukuk standartlarıyla uygun düzenlemelerin yapılmasıdır. Mevzuatın taşınması gereken özellikler yukarıda belirtilmiştir. Bu çerçeveden ele alındığında karşımıza, taranması gereken son derece geniş bir mevzuat çıkmaktadır.



4.2.1. Uluslararası Ceza Hukuku Standartları ve Türkiye

Uluslararası kamuoyunun dahlini gerektiren en ağır suçların cezasız kalmasının önüne geçme fikri, uluslararası ceza hukukunun temelini oluşturmaktadır. UCM, bu suçların kovuşturulması için kurulmuş, daimi bir mahkemedir. Roma Statüsü ise soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırganlık suçlarının yargılanması için kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin kurucu sözleşmesidir. Her ne kadar UCM’nin yargı yetkisi kapsamına alınan suçların ağırlığı, yaşam hakkı ihlali teşkil eden kasten öldürme gibi suçları aşıyorsa da temelinde korunan hukuki menfaat paraleldir. Cezasızlık alanı da, ihlal ne denli büyük ve sistematikse o denli genişlediği için ağır suçlar bakımından bir hukuki güvenceden yoksun kalmak, yaşam hakkı bakımından cezasızlığı da etkilemektedir.

Roma Statüsü, 17 Temmuz 1998 günü kabul edilmekle birlikte, dört yıl sonra, Statü uyarınca gerekli koşulların yerine gelmesiyle 1 Temmuz 2002 günü yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Statü’nün hazırlanması sürecinde katkı sunmuşsa da, Statü’ye taraf olmamıştır. Bu da kural olarak Türkiye’nin, UCM’nin yargı yetkisine tabi olmayacağı anlamına gelmektedir. İstisnai olarak ise, BM Güvenlik Konseyi kararıyla uluslararası barış ve güvenliğin tehdit veya ihlal edildiği yönünde kanı oluşmuşsa, BM Şartı VII. Bölüm uyarınca UCM’nin devreye girmesi mümkündür. Türkiye’nin Statü’nün tarafı olmaması, kamu görevlileri tarafından yürütüldüğü açık olan bazı eylemlerin cezalandırılmaması ihtimalini güçlendirmektedir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, UCM’nin yetkisi tamamlayıcı niteliktedir. Yani aslolan, UCM’nin yargı yetkisi kapsamına giren suçların iç hukukta kovuşturulmasıdır. Bu nedenle teorik olarak tek başına Roma Statüsü’ne taraf olmamak cezasızlık sonucu doğurmaz. Bir başka deyişle, eğer yasal altyapı Roma Statüsü ile uyumlu olarak inşa edilir ve etkili bir soruşturma/kovuşturma sürecinin ardından failler uygun cezalar alırsa, UCM’ye gerek kalmayacaktır. Ancak suçlar ağırlaştıkça yargılama iradesinin zayıflaması ve yaygın cezasızlık kültürü dikkate alındığında iç hukukta hiç yargılama yapılmaması veya yapılsa bile failerin gerektiği gibi cezalandırılmaması durumunda devreye giren UCM’nin cezasızlık alanını daraltacağı muhakkaktır.

Türkiye Roma Statüsü’ne taraf olmadığı gibi, Türk Ceza Kanunu’nda UCM’nin yetki alanına giren suçlar, Roma Statüsü’yle uyumlu olacak şekilde tanımlanmamıştır. Soykırım ve insanlığa karşı suç kavramları, Türkiye’nin ceza mevzuatında 2004 yılında yürürlüğe giren TCK ile yer almaya başlamıştır. Yeni kanunun görüşüldüğü dönemde devam eden Avrupa Birliği üyelik sürecinin etkisiyle olduğu düşünülebilecek bu yenilik önemlidir. Ancak, Roma Statüsü’nde yer alan savaş suçları ve saldırganlık suçuna hiç yer verilmemiştir. Ayrıca, TCK’da düzenlenen insanlığa karşı suçların kapsamı, Roma Statüsü’ne göre çok daha dar bırakılmıştır. Bu farklılıkların yaratabileceği cezasızlık alanının daha net görülebilmesi için suçun unsurları iki düzenleme bakımından da karşılaştırılmalı bir biçimde ele alınacaktır.

İnsanlığa karşı suçların unsurları, UCM tarafından hazırlanan ve Statü’nün yorumlanmasına yardımcı olan “Suçların Unsurları” el kitabında değerlendirilmiştir. Roma Statüsü’nün 7. maddesinde düzenlenen insanlığa karşı suç, sayılan fiillerin herhangi bir sivil nüfusa karşı yaygın ve sistematik olarak ve saldırının bilincinde olarak işlenmesidir. Fiillerin yaygın ve sistematik niteliği ile saldırının bilincinde olmak, suçun unsurlarıdır. Soykırımda olduğu gibi milli, etnik, dini vb. bir grubun hedef alınması gerekmediği gibi, Roma Statüsü saik unsuru da öngörmemiştir. Roma Statüsü ile TCK’daki düzenleme arasındaki ilk ayırım burada ortaya çıkmaktadır. TCK, suçun hem siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle işlenmesi halinde insanlığa karşı suç olacağını belirlemekte, hem de “yaygın veya sistematik” kriterinden daha farklı olan “bir plan doğrultusunda” kriteri öngörmektedir.



Roma Statüsü, yaygın ve sistematik işlenmesi halinde insanlığa karşı suç teşkil edecek 10 bentte çeşitli fiiller sıralanmıştır. TCK’de ise 8 bentte sayılan fiiller ise Roma Statüsü’nden çok daha dar kapsamlıdır. Bu farklılıklar ayrı bir araştırmanın konusu olabilir; burada sadece yaşam hakkı ihlallerinin cezasızlıkla sonuçlanmasına ilişkin kısımlara değinilecektir.

Roma Statüsü 7/1/a bendinde, öldürme fiili düzenlenmiştir. Suçların Unsurları el kitabına göre, burada kastedilen, bir veya daha çok kişiyi öldürme veya ölümüne/ölümlerine sebep olma şeklinde anlaşılmalıdır; sivil bir nüfusa yönelmiş yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olmalıdır; suçu işleyen kişi, bunun sivil nüfusa karşı yaygın veya sistematik bir biçimde işlendiğini biliyor olmalıdır. Suçun maddi unsuru, sivil nüfusa karşı yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak öldürme veya ölüme sebep olma eylemidir. Suçun manevi unsuru bakımından ise, failin yaygın ve sistematik bir biçimde işlendiğini bilmesi gerektiği için özel kast aranmaktadır, ancak öldürme fiilinin kasten veya taksirle işlenmiş olması gerekliliği konusunda bir sınırlama yoktur.

TCK’deki düzenlemeye göre ise özel saik ve “bir plan doğrultusunda” kriterlerinin yanı sıra, fiil kasten öldürme ile sınırlanmıştır.

Roma Statüsü 7/1/b düzenlemesi, yok etmeyi düzenlemektedir. Bu, nüfusun bir kısmının yok edilmesiyle sonuçlanması öngörülen yaşam şartlarının dayatılmasını da kapsayacak şekilde bir veya daha fazla kişinin öldürülmesi demektir. Fiil, sivil nüfusun kitlesel öldürülmesinin bir parçası olarak işlenmiş olmalıdır.

TCK’de böyle bir fiile hiç yer verilmemiştir. Yaşam şartlarının kötüleştirilmesi sonucu can kayıplarının yaşanması halinde, olayın insanlığa karşı suç teşkil edip etmeyeceği tartışılması gereken bir nokta olacaktır.

Aynı şekilde zorla kaybetme fiilinin de TCK’de ayrı bir suç olarak düzenlenmemesi ve insanlığa karşı suçlar kapsamında da sayılmaması hem insanlığa karşı suçun tanımının uluslararası mevzuatla arasındaki uyumu bir kez daha bozmakta, hem de ayrı bir cezasızlık alanı yaratmaktadır. Zorla kaybedilmeler temel olarak kişi özgürlük ve güvenliği ile ilişkili olmakla birlikte, ölümle sonuçlanması ihtimali yüksek olan ihlallerdir. Nitekim AIHM göre de Roma Statüsü uyarınca (m. 7/1/i), sistematik veya yaygın bir biçimde, sivil nüfusun bir kısmına karşı işlenmeleri halinde insanlığa karşı suç kapsamında değerlendirilmesi gereken zorla kaybedilmeler TCK’de yer almamaktadır.

Roma Statüsü ile TCK arasındaki uyumsuzluklar, Statü’ye taraf olunmaması ile doğabilecek cezasızlık alanını daha muhtemel bir hale getirmektedir. Zira, UCM’nin yargı yetkisi tanımadığı için bu suçların yargılanma ihtimali Güvenlik Konseyi’nin imkansız yakın bir karar almasına bağlı kılındığı gibi, iç hukukta da uluslararası standartlar karşılanmamaktadır. Böylece bu fiillerin iç hukukta yargılanma ihtimalleri de azalmaktadır. Yine, TCK’nin Roma Statüsü’ne göre hayli dar kalan kapsamı, tehcir ve zorla kaybedilme suçlarının hiç düzenlenmemiş olması gibi, yasal altyapıyı kurma ödevi bakımından daha derin eksiklikleri de ortaya çıkarmaktadır.

TCK’nin 77. maddesi bugüne kadar uygulanabileceği hiçbir olayda uygulanmamıştır. Bunun tek istisnası, 2019 yılında 10 Ekim Ankara Gar Patlaması Davası sanıklarından Erman Ekici hakkında hazırlanan iddianamedir. 10 Ekim Ankara Gar Patlaması ana davasına da bakan mahkeme olan 4. Ağır Ceza Mahkemesi, ana davayı bu kapsamda değerlendirmeyerek katliamı insanlığa karşı değil devlete karşı bir suç olarak değerlendirmiştir. O davadan mahkum olan Erman Ekici hakkında 77. maddeden ayrı bir iddianame düzenlenmiştir.



4.2.2. Evrensel ve Bölgesel Uluslararası Sözleşmeler ve Türkiye

Türkiye, yaşam hakkını koruma altına alan pek çok sözleşmeye tarafsa da, taraf olmadığı sözleşmeler yaşam hakkı ihlalleri bakımından cezasızlık alanı yaratmaya müsaittir. Burada dikkat edilmesi gereken noktalardan biri, sözleşmelerin denetim organlarını kuran ve faaliyet alanını belirleyen ek veya ihtiyari protokollere taraf olunmamasının sözleşmelerin etkisini daraltma ihtimalidir. Bu nedenle sadece sözleşmeler değil, sözleşmelerin ek protokolleri de dikkate alınmalıdır. Her ne kadar AİHS içtihadıyla geliştirilen yaşam hakkı standartları çok geniş bir alanda koruma sağlıyorsa da bazı sözleşmelere taraf olmamak ve/veya denetim organlarının yetkisini kabul etmemek veya çekincelerle koruma alanını daraltmak, insan haklarının korunması yükümlülüğüyle bağdaşmaz.

Türkiye MSHS’yi 24 yıllık uzun bir gecikmeyle, 15 Ağustos 2000’de imzalamıştır, ancak Sözleşme’nin Türkiye bakımından hüküm doğurması, Sözleşme’nin onaylanmasını uygun bulan 4868 sayılı kanunun Meclis’ten geçerek Resmi Gazete’de yayımlanması, Türkiye’nin onay belgelerini BM Genel Sekreterliği’ne sunması üzerine ancak 23 Aralık 2003 tarihinden itibaren mümkün olmuştur. MSHS’nin denetim organı İnsan Hakları Komitesi’dir. Denetim mekanizması Ek İhtiyari Protokol ile kurulmuştur. Türkiye Ek Protokol’ü 2004 yılında imzalamış, 1 Mart 2006 günlü ve 5468 sayılı Kanunla onaylanmasını uygun bulmuştur. Türkiye’den İHK’ye giden başvuru sayısı yok denecek kadar azdır.

Yukarıda sayılan, yaşam hakkını doğrudan koruyan sözleşmelere Türkiye taraftır. Yine yaşam hakkının korunmasıyla da bağlantılı olan İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (İşkenceye Karşı Sözleşme) ve İhtiyari Protokolü’ne de sırasıyla 2 Ağustos 1988 ve 27 Eylül 2011 günü taraf olmuştur. Sözleşme Türkiye bakımından 1 Eylül 1988 tarihinde, Protokol ise 28 Ocak 2014 günü ilgili Bakanlar Kurulu kararının Resmi Gazete’de yayımlanmasıyla yürürlüğe girmiştir. Çocuk Hakları Sözleşmesi, 14 Eylül 1990 tarihinde imzalanmış, ilgili onay kanunu 1994’te kabul edilmiş; Sözleşme’nin resmi Türkçe çevirisi, 27 Ocak 1995 tarih ve 22184 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme, 30 Mart 2007 tarihinde imzalanmış, 3 Aralık 2008 tarih ve 5825 sayılı Kanunla uygun bulunmuş; Bakanlar Kurulu onayı ve Sözleşme metninin Resmi Gazete’de yayımlanmasının ardından gerekli belgeler BM’ye teslim edilmiş ve Sözleşme Türkiye bakımından, 28 Ekim 2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Korunması Sözleşmesi’ni 13 Ocak 1999 tarihinde imzalamış, 26 Nisan 2001 tarihli ve 4662 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunmuştur; Sözleşme’nin tercümesi, 8 Temmuz 2004 günü Resmi Gazete’de yayımlanmış, onay belgeleri ise 27 Eylül 2004 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği’ne tevdi edilmiştir. Ancak Türkiye’nin önemli sorunlarından biri olan zorla kaybedilmelerle ilgili sözleşmeye Türkiye henüz taraf olmamıştır. Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına İlişkin Sözleşme, BM Genel Kurulu’nda 20 Aralık 2006 tarihinde kabul edilmiş ve 6 Şubat 2007 tarihinde imzaya açılmıştır. 2010 yılının sonlarında yürürlüğe giren Sözleşme’ye Türkiye henüz taraf değildir. Bu da ceza kanunlarında zorla kaybedilmenin suç olarak tanımlanmadığı dolayısıyla iç hukukta kovuşturulmasının ancak başka suçlar kapsamına girmesi halinde yapıldığı Türkiye’de önemli bir eksikliklerdir.

Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni 4 Kasım 1950 tarihinde imzalamış ve 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun ile onaylamıştır. Kanun ve Sözleşme 19 Mart 1954’te Resmi Gazete’de yayımlanmış ve onay evrakları 18 Mayıs 1954’te Avrupa Konseyi’ne tevdi edilmiştir. Ancak AİHS’in yaşam hakkına yönelik koruması ile Anayasa arasında çeşitli uyumsuzluklar vardır. Türkiye’de yaşam hakkı, uluslararası standartların yanı sıra Anayasa’nın “Kişinin Dokunulmazlığı, Maddî ve Manevî Varlığı” başlıklı 17. maddesiyle korunmaktadır.



Anayasa’da yaşam hakkının düzenlenmesini kavrayabilmek için, 1982 Anayasası’nın temel hak ve özgürlüklere bakışı üzerinde kısaca durmak gerekecektir. Bir darbe anayasası olan 1982 Anayasası’nda temel hakların korunması 1961 Anayasası düzenlemelerinin gerisinde kalmaktadır. 2. maddede, Cumhuriyetin nitelikleri sıralanırken kullanılan “insan haklarına saygılı” sıfatı, “insan haklarına dayanan” sıfatının yerini almış, temel hak ve hürriyetlerin kullanımından çok sınırlanması düzenlenmiştir. Özellikle temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmamasına ilişkin 14. madde, genel bir hak sınırlama hükmünü içermektedir. Yaşam hakkı bakımından da hakka getirilen sınırlamaların fazlalığı, anayasal olarak hakkın korunması bakımından önemli bir eksiklik teşkil eder.

2001 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle Türkiye’de ölüm cezaları sınırlandırılmış, 2004 değişiklikleriyle de tamamen kaldırılmıştır. İdamın kaldırılması, yaşam hakkının korunması bakımından önemli bir adım teşkil etmektedir. Aynı 2004 değişiklikleriyle, Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrasına, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere, kanunlarla farklı hükümler içermeleri halinde öncelik tanınmasına dair hüküm de eklenmiştir.

Bu önemli adımlara rağmen, yaşam hakkının korunmasına ilişkin anayasal çerçeve, AİHS standartlarından çeşitli sapmalar içermektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile 1982 Anayasası’nın yaşam hakkına ilişkin düzenlemeleri arasındaki önemli bir farklılık, 17/4’te sıralanan istisnaların genişliğidir. Dahası bu istisnaların sınırı da çizilmemiştir. 1982 Anayasası’nda Sözleşme’de öngörülmemeyen “sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması” halinin de kişinin yaşam hakkından yoksun bırakılması için bir neden olarak düzenlenmiş olması da bir sapma olarak karşımıza çıkar. Ancak burada, hem Anayasa’nın diğer maddelerini, hem Anayasa Mahkemesi’nin yorumlarını, hem de, yine 2004 değişiklikleriyle Anayasa’ya eklenmiş, “Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması” başlıklı 15. maddenin 2. fıkrasında yer alan “*savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşam hakkına (...) dokunulamaz*” hükmünü de dikkate almak gereklidir. Yaşam hakkının dokunulabileceği tek halin savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler olarak tanımlanmış olması, olağanüstü hallerde uygulanması gereken standartlar bakımından da bir eşik teşkil etmelidir. Buna rağmen yaşam hakkını düzenleyen maddede böyle istisnaların varlığı hem hakkın korunma standartlarını düşürmekte, hem de cezasızlığa kapı aralamaktadır.

Ayrıca, yaşam hakkının istisnaları mutlaka Anayasa’nın 13. maddesindeki genel ilke olan hakların sınırlanmasında ölçülülük kriteriyle birlikte değerlendirilmelidir. AİHS, genel gereklilik ve zorunluluk kriterleri daha da daraltarak, “mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda” kriterini açıkça ortaya koymuş, kuvvet kullanımında orantılılığı bir ilke ve istisnanın koşulu olarak belirlemiştir. Bir başka deyişle AİHS standartlarına göre de yaşam hakkına getirilen istisnalar değerlendirilirken, her vaka bakımından kuvvet kullanımının derecesinin ve uygunluğunun da değerlendirilmesi gerekecektir. Bu nedenle istisna kapsamında sayılan haller, ölüme cevaz verilen haller şeklinde anlaşılacak, bu hallerde yaşam hakkı ihlali olup olmadığı test edilirken, başta orantılılık üzere çeşitli kriterler uygulanacaktır. Nitekim AİHM kararlarında da pozitif yükümlülükler bu yönde farklı kriterler oluşturacak şekilde gelişmiştir. 1982 Anayasasında ise, “(...) *silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri*” koruma kapsamı dışında bırakılmıştır (m.17/son). Buradan çıkan kriterler, silah kullanımına kanunla cevaz verilmiş olması ve zorunlu hallerdir; orantılılığa ilişkin herhangi bir kriter getirilmemiştir. Buradaki belirsizlik, mevzuattaki eksikliklerle de birleşince geniş bir cezasızlık alanı yaratmaya müsaittir.

Anayasal çerçeveye ilişkin bir diğer sorun, Anayasa’nın 15. maddesinde düzenlenen istisna rejimlerinin genişliğidir. Olağanüstü hal dönemleri, yaşam hakkı ihlallerinin çoğaldığı ve



yaygınlaştığı dönemlerdir. Özellikle 1990’larda Türkiye’nin güneydoğusunda yaygın bir biçimde ilan edilen olağanüstü hal döneminde, OHAL bölge valilikleri altında adeta yeni bir idari yapı kurulmuş ve yaşam hakkı sistematik olarak ihlal edilmiştir. AİHM de bu dönemde Türkiye’nin OHAL pratiğini yaşam hakkı ihlalleri bakımından geniş bir içtihadta ele alarak eleştirmiştir. Anayasa’nın 15. maddesi, Olağanüstü Hal Kanunu’nun belirsizlikleriyle birleştiğinde, yaşam hakkı ihlallerinin önü açılmakta ve hesap verilebilirlik alanı daralmaktadır.

4.2.3. Soruşturma ve Kovuşturmanın Tarafsızlığı ve Bağımsızlığıyla İlgili Yasal Altyapı

Soruşturma ve kovuşturma süreci, cezasızlık örüntülerinin açıkça ortaya çıktığı süreçlerdir. Bu süreçlerdeki yargılamama iradesi uygulamadaki gecikme ve aksaklıklarda ortaya çıkarken, faillerin yargılanmasını engelleyen yasal düzenlemeler de mevcuttur. Soruşturma süreci bu veçhesiyle, Gülşah Kurt tarafından Hakikat Adalet Hafıza Merkezi için hazırlanan Cezasızlık Sorunu: Soruşturma Süreci raporunda detaylarıyla ele alınmıştır. Ayrıca, TESEV bünyesinde Mehmet Atılğan ve Serap Işık tarafından hazırlanan Cezasızlık Zirhını Aşmak: Türkiye’deki Güvenlik Güçleri ve Hak İhlalleri Raporu da soruşturma ve kovuşturma sürecinde yaşanan sorunları ele almaktadır. Yine Tolga Şirin’in Türkiye’de Cezasızlık Sorunu ve Anayasa Mahkemesi makalesi, soruşturma sürecindeki sorunları Anayasa Mahkemesi’nin nasıl değerlendirildiğini inceleyen titiz bir çalışmadır.

Hakimlerin ve Savcılarının Bağımsızlığı

Türkiye’de yargı bağımsızlığı hep tartışmalı bir konu olmuştur. Olağanüstü yargılama usulleri ve özel mahkemelerin yanı sıra, yargı alanında gücü eline geçirenin, muhalif gördüğünü ‘yargıladığı’ bu sistem, siyasi tartışmaların da göbeğinde yer almıştır. Yargının siyasi kararlar vermesi Türkiye’de yeni bir sorun olmamakla birlikte, anayasal ve yasal düzenlemelerle yargı erki, siyasi müdahalelere daha açık hale gelmektedir. Özellikle son yıllarda Türkiye’nin yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusundaki gerilemesi çok sayıda rapora da konu olmuştur.

Türkiye’nin köklü cezasızlık sorunu, hakimlerin ve savcılarının bağımsızlığıyla yakından ilişkilidir. Yargının yürütmenin yörüngesine girmesinin seyri, hakim ve savcılarının mesleğe kabul edilmesi, özlük haklarıyla ilgili işlemlerin yapılması, atama, nakil işlemleri, meslekte kalmaları uygun görülmemeler hakkında karar verme, görevden uzaklaştırma gibi, yargı bağımsızlığını doğrudan ilgilendiren konularda karar verme yetkisine sahip olan Hakimler ve Savcılar Kurulu’nun geçirdiği aşamalarda izlenebilir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin tavsiye kararına da yansıdığı üzere, hakimlerin seçimi ve meslek hayatları konusunda karar veren merci hükümet ve idareden bağımsız olmalıdır.

Yargının bağımsızlığını sağlamak amacıyla, Yüksek Hakimler Kurulu anayasal bir yapı olarak 1961 Anayasasıyla kurulmuş, hemen ardından çıkarılan Yüksek Hakimler Kurulu kanunu ile de Yüksek Savcılar Kurulu kurulmuştur. 1971 askeri müdahalesinin ardından yapılan anayasal değişikliklerle anayasal bir kuruma dönüştürülen Yüksek Savcılar Kurulu’na Adalet Bakanı’nin başkanlık etmesi ve müsteşarının da üye olması kuralı getirilmiştir. Bunu müteakiben yürütmenin bu kurullar üstündeki etkisi git gide güçlenmiş, böylece yargı siyasi etkiye daha açık hale gelmiştir. İki kurulun birleştirilmeleri ve başkanının Adalet Bakanı olması, Adalet Bakanlığı Müsteşarının da doğal üye sayılması 12 Eylül’le olmuş ve bu yapı anayasallaşmış, yine anayasa ile, HSYK’nın kararlarına karşı dava açılmayacağı kuralı getirilmiştir.

2010 Anayasa değişikliği, Anayasa Mahkemesi ve HSYK’nın yapısını değiştirmesi itibarıyla çokça tartışılmıştır. Bu değişiklik özellikle belirli grupların (o dönem yargı içinde örgütlenmeye çalışan, daha sonra darbe girişimine karışan Fethullah Gülen Cemaati) yargı içinde örgütlenmelerinin önünü daha da açması yönünden eleştirilmiştir. Üye sayısı ve üyelerinin



dağılımı değişen Kurul, sonraki icraatlarıyla da gündemden düşmemiştir. Kurulun yapısı dönemin yargılama süreçlerini de derinden etkilemiştir. O kadar ki bugün, o dönem yapılan yargılamalar, ayrı yargılamaların konusu olmuştur ve kararlar altında imzası olan hakim ve savcılar örgüt üyeliği iddiasıyla yargılanmaktadır. Cemaatle iktidar partisinin arasının açılması, HSYK’nin yapısına da yansımış, 15 Şubat 2014 gününde yapılan HSYK kanunu değişikliğiyle Kurul yeniden düzenlenmiştir. Bu süreçte yapılan HSYK işlemleri, uluslararası raporlara da yansımıştır. İki HSYK kararnamesiyle önce 20, ardından 96 hakim ve savcının görev yeri değiştirilmiştir. Venedik Komisyonu, 20 Haziran 2015 günlü açıklamasında, bu durumu açıkça eleştirmiştir. 2016 Haziranında yayımlanan ICJ raporu da, yargı erki üzerinde artan yürütmenin etkisi ve avukatlara yönelik baskı ve şiddetin artması ile beraber, hakim ve savcılarının tutuklan, görevden alınma ve görev yerlerinin keyfi olarak değiştirilmesini yargının durumuna dair kaygı verici gelişmeler olarak sıralamıştır.

2017 Anayasa değişikliğinde de yargıyı kontrol etme çabası devam etmiş, ‘Yüksek’ sıfatını kaybeden Hakimler ve Savcılar Kurulu’nun (HSK) yapısı bir kez daha değiştirilmiştir. Yeni yapıda, 13 kişiden oluşan HSK’de Adalet Bakanı ve Yardımcısı koltuğunu korurken, Cumhurbaşkanı 4, TBMM Genel Kurulu da 7 üye seçmektedir. Böylece Meclis çoğunluğunun, (değişiklikler sonrası partiye üye olabilen) Cumhurbaşkanı’yla aynı partide olması durumunda -ki sistem adeta bu birlik üzerine inşa edilmiştir-, HSK’nin tamamı iktidar partisindedir.

HSK’nin yapısı dışında HSK’nin yetki alanının genişliği de yargı bağımsızlığını etkileyen önemli bir husustur. Hakimlerin ve savcılarının görevlerini mevzuata uygun bir biçimde yerine getirip getirmediğini denetleme, haklarında gerektiğinde soruşturma yürütme gibi yetkiler çok geniş etki alanına işaret etmektedir. Bunun sonucu olarak, iktidarın ‘beğenmediği’ kararları alan hakim ve savcılarının görev yerlerinin değiştirilmesi, görevden alınmaları, soruşturmaya tabi tutulmaları mümkündür. Nitekim uygulamada da bunun vahim örneklerine rastlanmaktadır.

Hakim ve savcılarının göreve başlama sürecinde şeffaf yürütülmeyen ve Bakanlığın söz sahibi olduğu mülakata tabi olması da yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanmasının önünde önemli bir yasal altyapı eksikliği olarak görülebilir.

4.2.4. Soruşturmanın İzne Bağlanması

Etkili soruşturmaya engel olan yasal altyapı sorunlarının diğeri, kamu görevlileri hakkında soruşturmanın izne bağlanmış olmasıdır. Anayasa’nın 129/son hükmü, kamu görevlileri hakkında **kovuşturma** açılmasını idari merciin iznine bağlamaktadır. Oysa 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri dolayısıyla işledikleri suçlardan dolayı savcılar yalnızca toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespit edebilirler, şüpheli hakkında **soruşturma** başlatamazlar. Anayasa’ya göre, soruşturmanın tamamlanarak iddianamenin mahkemeye gönderilmesinden sonra işletilmesi gereken izin süreci kanun ve uygulamada soruşturma sürecine ilişkin uygulanmaktadır.

Kanun biri 2003 (4778 sayılı kanun), 2004 (5232 sayılı kanun), biri 2016 (6745 sayılı kanun), biri 2018 (703 sayılı KHK), biri 2019’da (7196 sayılı kanun) olmak üzere dört değişiklik geçirmiştir. Bunlardan özellikle ilk ikisi cezasızlık bakımından dikkate değerdir. İlki, soruşturulmasının izne bağlandığı suçlar bakımından bir kısıtlama getirmiştir. AB uyum süreci kapsamında çıkan bu yasaya göre, işkence ve kötü muamele iddialarında soruşturma izni şartı kaldırılmıştır. Bu değişiklikten iki yıl sonra yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 161/5 hükmü de, *“kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuri-*



yet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurları hakkında” soruşturma izni olmaksızın işlem yapılabilmesini düzenlemiş, böylece izne gerek olmayan suçlar kapsamını genişletmiştir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, yaşam hakkı ihlalleriyle ilgili olan suçlar bu kapsamda değildir. Bu durum da yaşam hakkı ihlalleri bakımından cezasızlığın alanını genişletmektedir.

2004 yılındaki değişiklik ise tam tersi yöndedir. Buna göre, kamu görevlileri hakkında soruşturma açılmasına neden olabilecek ihbar ve şikayetleri belirli şekil şartlarına bağlamakta, taşınması gereken unsurları ele almaktadır. Şikayette veya ihbarda bulunan kişinin doğru adı, soyadı, imzası ile iş ve ikamet şartının belgede yer alması mecburiyeti, özellikle kimliğinin ortaya çıkmasını istemeyen, tespiti halinde kendisinin veya ailesinin zarar görmesi ihtimali olan kişiler bakımından caydırıcı bir değişikliktir. Aynı doğrultudaki bir diğer değişiklik, yine ihbar ve şikayetçileri caydıracak niteliktedir. Buna göre, önceki düzenlemede, ihbar ve şikâyetlerin “garaz, kin ya da mücerret hakaret” için uydurma suçlama ile yapılmasının anlaşılması halinde ihbar veya şikayet eden kişi hakkında soruşturma başlatılması gerekirken; yeni düzenlemeyle bu özel kasit kaldırılmış yerine çok daha geniş bir anlam ifade eden “mağdur etmek amacıyla” kriteri getirilmiştir. İhbar ve şikayet usulünü zorlaştıran bu düzenlemeler, cezasızlık alanını genişletecek niteliktedir.

Nitekim, dönemin Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer de, *“düzenlemeler, suç işleyen memur ve kamu görevlilerinin korunduğu izlenimine yol açması yönünden, yurttaşların hukuk devletine ve kamu otoritelerinin saygınlığına olan güvenini zedeleyecek niteliktedir. Bu nedenle, incelenen Yasanın, suçun ve suçluların ortaya çıkarılmasını zorlaştırdığı, başka bir deyişle suçluların korunduğu izlenimini veren 2 ve 6. maddelerindeki düzenlemeler, hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu gibi, kamu yararı ile de bağdaşmamaktadır”* argümanı ile yasayı tekrar görüşülmesi için TBMM’ye göndermiş, TBMM’nin aynen kabul etmesiyle değişiklikler gerçekleşmiştir.

Soruşturma izinleriyle ilgili 4482 sayılı kanun, genel kanun niteliğindedir. Bunun dışında bazı kanunlarda özel düzenlemeler vardır. Siyasi bir krize de neden olan Milli İstihbarat Teşkilatı (MİT) mensuplarının yargılanması meselesine kısaca değinmek gerekmektedir. MİT mensupları da 2937 sayılı kanun uyarınca özel soruşturma iznine tabidirler. MİT Kanunu’nun 26. maddesi uyarınca bu düzenleme MİT mensuplarını kapsamaktayken MİT Krizi veya 7 Şubat krizi olarak bilinen Hakan Fidan’ın ifadeye çağırılması olayından sonra yapılan kanun değişikliğiyle “belirli bir görevi ifa etmek üzere kamu görevlileri arasından Başbakan tarafından görevlendirilenleri” de kapsamaya başlamıştır. Son derece belirsiz bu düzenleme, Başbakan tarafından görevlendirilen herhangi biri hakkında özel yetkili mahkemelelerin yetki alanına giren suçlar da dahil, herhangi bir soruşturmanın açılmasını Başbakan’ın iznine bağlamaktadır. Bu düzenleme, soruşturma izni meselesini ayrı bir boyuta taşımaktadır. Zira Cumhurbaşkanının kapsamı belirsiz bir biçimde görevlendirdiği kişinin yaptığı faaliyetlerden dolayı soruşturulabilmesi, Cumhurbaşkanının iznine tâbi kılınmaktadır. Böylece cezai sorumluluğuna gidilmesi anayasal olarak çok ağır şartlara bağlanmış olan Cumhurbaşkanı’nın görevlendirdiği kişilere de sınırsız denebilecek bir dokunulmazlık ve cezasızlık alanı yaratılmaktadır.

Özel soruşturma izinleriyle koruma alanı yaratılması, asker kişiler bakımından da geçerlidir. Görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan’da yargılanacak olan Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri komutanları hakkında Başbakan (artık Cumhurbaşkanı), Jandarma Genel Komutanı hakkında İçişleri Bakanı, araştırma, gerekiyorsa ön inceleme yaptırarak soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine karar verir (353 sayılı kanun m. 15/A). Yabancı asker kişilerin yargılanması da Milli Savunma Bakanlığı’nın iznine bağlanmıştır (353 sayılı kanun m. 11).



CMK 161/5 hükmü uyarınca en üst dereceli adli kolluk amirleri bakımından da güçlü bir koruma öngörülmüştür. Buna göre, *“en üst dereceli kolluk amirleri hakkında ise, hâkimlerin görevlerinden dolayı tabi oldukları yargılama usulü uygulanır”*. En üst dereceli kolluk amirlerinin hakimlerin yargılama güvencelerinden faydalanması cezasızlık bakımından hayli sorunlu bir uygulamadır. Kurt bu durumu, *“Görevlerinin niteliği ve teşkilat yapısı bu kadar farklı olan kamu görevlilerinin aynı usule tabi tutulmaları bir yana, hakimler ve savcılar açısından bir “güvence” niteliği taşıdığı varsayılan soruşturma usulünün, adli görevleriyle ilgili suçları nedeniyle en üst dereceli kolluk amirleri açısından kabul edilmiş olması, bu kişiler için çok açık olarak bir “koruma zırhı” yaratılmak istendiğini düşündürmektedir.”* şeklinde yorumlamıştır. Bu da üst düzey kolluk amirleri bakımından 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu’nun 82. maddesi vd. hükümlerinin uygulanacağı anlamına gelmektedir. Soruşturma için Adalet Bakanlığı’nın izni aranmaktadır ve soruşturmayı yürüten kişinin daha kıdemli olması şartı aranmaktadır (m. 82).

Özellikle kuvvet kullanma yetkisine sahip olan kamu görevlilerinin hukuka aykırı olma ihtimali olan eylemlerinin soruşturulmasının önüne yasak engeller konulması, sürecin cezasızlıkla sonuçlanma ihtimalini kuvvetlendirmektedir.

4.2.5. Soruşturma Evrakına Erişimin Kısıtlanması

1 Haziran 2005’te yürürlüğe giren 5271 Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) 153. maddesi, müdafinin dosyayı inceleme yetkisini düzenlemektedir. Çok kısa bir süre içinde iki defa değişen bu madde, soruşturmanın etkili bir biçimde yürütülmesi bakımından kritik önemdedir. Kural olarak müdafinin soruşturma evresinde dosyayı inceleyebilir ve dosyadan örnek alabilir. Ancak bu yetki, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise savcının talebi ve hakim kararlarıyla kısıtlanabilir. Madde, 21 Şubat 2014 tarihli 6526 sayılı kanun ile değiştirilmiş ve kısıtlamaya ilişkin hüküm kaldırılmıştır. Böylece müdafinin ve suçtan zarar görenin vekili, soruşturma sürecinde hiçbir kısıtlama olmaksızın dosya içeriğini inceleyebilir hale gelmiştir. Kanunun genel gerekçesinde bu düzenlemenin amacı,

“İddia ve savunma makamları arasında, iddia ve savunma faaliyetinin gereği gibi yapılmasına engel olacak ayırımlar yapılması; örneğin iddia makamının bildiği bir delili savunma makamının bilmemesi, silâhların eşitliği olarak bilinen ilkeye aykırılık teşkil etmektedir. Silâhların eşitliği, savunma makamının bir hukuk devletinde kendisine tanınmış bulunan hakları etkin bir şekilde kullanabilmesi anlamına gelmektedir. Bu ilkenin daha etkin bir şekilde hayata geçirilebilmesi amacıyla Ceza Muhakemesi Kanununun 153 üncü maddesinde önemli bir değişiklik yapılmaktadır.”

şeklinde ifade edilmiştir. Bu değişiklik, soruşturma sürecinde cezasızlığa neden olan hususları inceleyen Kurt’a göre olumludur. Ancak silahların eşitliğine yönelik atılan bu adım uzun ömürlü olmamış, değişiklik yürürlükte bir sene bile kalmadan, 6572 sayılı kanunun 44. maddesiyle bir kere daha değiştirilmiştir. Madde gerekçesine göre, alenilik ilkesi kovuşturmanın sürecinde esas iken, soruşturma sürecinde gizlilik ilkesi esastır ve soruşturmanın sağlıklı yürütülmesi için bu kısıtlama imkanına ihtiyaç duyulmaktadır. Oysa değişikliğe ilişkin Komisyon raporuna Cumhuriyet Halk Partisi üye vekilleri tarafından sunulan muhalefet şerhi, yargı bağımsızlığından cezasızlığa önemli tespitler içermektedir. Şerhe göre, zaten soruşturma evresinde dosyaya erişim izni, 17 Aralık sonrasında gündeme gelen yolsuzluk soruşturmalarına ilişkin evraka yönelik olarak kaldırılmış, HSYK’nin yapısının değiştirilmesinin ardından da kısıtlama geri gelmiştir. Bu değişiklik muhalefet şerhine göre, yasama yetkisinin kötüye kullanımınıdır.

Yeni hüküm, kısıtlama imkanını geri getirmiş; ancak kapsamını belirli suçlarla sınırlamıştır. Bu suçlardan, kasten öldürme, suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220), devletin güvenliğine karşı suçlar (madde 302, 303, 304, 307, 308), anayasal düzene ve bu düzenin



işleyişine karşı suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316), yaşam hakkıyla ilişkili olarak düşünülebilir. Nitekim aşağıda, uygulama başlığında daha detaylı ele alınacak olan Suruç Patlaması dosyasına gizlilik kararı verilmiş, mağdur avukatlarının itirazı üzerine konu Anayasa Mahkemesi’ne taşınmış ve Mahkeme gizlilik kararının yaşam hakkının korunmasına yönelik usuli yükümlülükler bakımından ihlal teşkil etmediğine karar vermiştir.

4.2.6. Soruşturma ve Kovuşturma Esnasında Mağdur Hakları

Yeni CMK, mağdur haklarına ilişkin önceki düzenlemeye kıyasla daha kapsamlı hükümler içermektedir. CMK’nin Dördüncü Kitap, Birinci Kısmı, Suçun Mağduru ile Şikayetçinin Hakları başlığını taşımaktadır. Bu kapsamda mağdur ve şikayetçiye, soruşturma aşamasında delillerin toplanmasını isteme, soruşturmanın gizliliğini ve amacını bozmayacak şekilde savcılıktan belge isteme, bazı hallerde vekil görevlendirilmesini isteme, belge ve elkonulan eşyaları inceleme ve takipsizlik kararına itiraz hakları tanınmıştır. Seçkin, Mağdur Hakları isimli çalışmasında, mağdura tanınan delil toplanmasını isteme hakkını, “toplumsal adaletin sağlanması açısından çok önemli bir nitelik” olarak görmektedir.

Mağdura tanınan belge isteme hakkı da yukarıda değinilen 157. madde düzenlemesi ile birlikte ele alınmalıdır. Eğer soruşturmaya ilişkin kısıtlama kararı alınmışsa, mağdurun belge istemesi de söz konusu olamayacaktır.

Mağdura 5271 sayılı CMK ile tanınan “Vekili yoksa, baro tarafından kendisine bir avukat görevlendirilmesini isteme” hakkı, 2008 yılında yapılan değişiklikle sınırlandırılmıştır. Madde gerekçesine göre, şüpheli veya sanık müdafii görevlendirmesi bakımından benimsenen 5 yıllık ceza alt sınırı, mağdur veya şikayetçiye müdafii görevlendirilmesi için de benimsenmekte, böylece müdafii görevlendirilmesinde paralellik sağlanması amaçlanmaktadır.

Ağır insan hakları ihlallerinde verilen takipsizlik kararları, cezasızlık sonucunun kovuşturma aşamasına geçilmeden hasıl olması anlamına gelmektedir. Bu husus dikkate alındığında, mağdura tanınan kovuşturmaya yer olmadığına yönelik karara karşı itiraz hakkı, cezasızlıkla mücadele bakımından önemli bir katkıdır.

4.2.7. Askeri Yargı Sivil Yargı Ayrımı

Asker kişilerin yargılanmasına hasredilen mahkemeler Türkiye’de hep olmuşsa da bunların anayasal kurumlara dönüşmeleri 1961 Anayasası ile olmuştur. Askeri yargı Türkiye’de askeri ve sivil olarak iki başlı yargı sistemi eleştirilere konu olmuştur. Özellikle Avrupa Birliği uyum sürecinde gündeme gelen reform tartışmaları meyvesini vermiş, askeri yargı yetkisi git gide daraltılmış; nihayet 2017’de gerçekleşen Anayasa değişikliğiyle askeri yargı tamamen kaldırılmıştır.

Askeri yargının, asker kişiler bakımından farklı tutumlar benimsemesi bir cezasızlık alanı yaratabileceği gibi, askeri ve sivil yargı mercileri arasında seneler süren gidip gelmeler de kovuşturmanın sürüncemede bırakılmasının önünü açmaktadır. Nitekim JİTEM davasında görevli mahkemenin belirlenebilmesi, soruşturmanın tamamlanmasının sonraki 17. yılda olmuştur.

4.3. Türkiye’nin Kolluk Yapısı

Kolluk kuvvetleri, teorik olarak adli ve idari kolluk olarak ikiye ayrılmaktadır. İdari kolluk, suçun gerçekleşmesini önlemek için faaliyet gösterirken, adli kolluk bir suç işlendikten sonra devreye girmektedir. Yani adli kolluğun, delillerin toplanması, şüphelilerin tespiti ve savcının soruşturmaya ilişkin başkaca taleplerinin yerine getirilmesi gibi görevleri vardır. Oysa kolluğun teşkilat yapısı bu ayrıma göre şekillenmemiştir. Başka bir deyişle aynı polis



görevlisi, aynı gün içinde işlerin bir kısmını idari kolluk bir kısmını da adli kolluk sıfatıyla yürütüyor olabilir. Özel bir adli kolluk sisteminin olmaması da soruşturma kalitesini etkilemektedir.

4.3.1. Kolluk Kuvvetlerinin ve Silahlı Kuvvetler Mensuplarının Güç Kullanımı ile İlgili Yasal Altyapı

Kolluk kuvvetlerinin orantısız güç kullanımı sonucu yaşanan ölümler ve yaralanmalar, zırhlı araç kullanımı sonucu ölümlerle birlikte Türkiye'de yaşam hakkı ihlallerinin önemli bir nedenidir. Uluslararası insan hakları örgütlerinin raporlarına da sıkça yansıyan bu sorun, uygulama kadar mevzuattaki sorunlardan da kaynaklanmaktadır.

Polislerin kuvvet kullanma yetkisi, PVSK'nın "Zor ve Silah Kullanma" başlıklı 16. maddesinde düzenlenmiştir. İlk fıkra polisin zor kullanabileceği halleri, ikincisi ise silah kullanabileceği halleri belirlemiştir ve ikisi de ölçülülüğe atıf yapmaktadır. Silah ile kastedilen, cop, göz yaşartıcı gaz, polis köpeği veya atı değildir; bunlar maddi güç tanımının içinde yer almaktadır. Dolayısıyla silahtan, ateşli silahı anlamak gerekmektedir.

Polise 4 halde silah kullanma yetkisi verilmiştir (m. 16/7):

"Polis;

- a) Meşru savunma hakkının kullanılması kapsamında
- b) *Bedenî kuvvet ve maddî güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında, bu direniş kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde,*
- c) *Hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde,*
- d) *(Ek: 27/3/2015-6638/4 md.) Kendisine veya başkalarına, işyerlerine, konutlara, kamu binalarına, okullara, yurtlara, ibadethanelere, araçlara ve kişilerin tek tek veya toplu halde bulunduğu açık veya kapalı alanlara molotof, patlayıcı, yanıcı, yakıcı, boğucu, yaralayıcı ve benzeri silahlarla saldıran veya saldırıya teşebbüs edenlere karşı, saldırıyı etkisiz kılmak amacıyla ve etkisiz kılacak ölçüde,*

silah kullanmaya yetkilidir."

Bu yetkiler, Birleşmiş Milletlerin Kolluk Kuvvetlerinin Güç ve Ateşli Silah Kullanmalarına İlişkin Temel İlkeler ile uyumlu değildir. Bu ilkeler meşru savunma halini, "kendisinin veya bir başkasının öldürülmesine veya ciddi biçimde yaralanmalarına yönelik yakın bir tehlike" ile sınırlamıştır (para. 9). Ayrıca, her halükarda, kasıtlı silah kullanımı, yaşamın korunması için sıkı bir biçimde karşı konulamazsa mümkündür (para. 9/son). Aynı şekilde, bedeni kuvvet ve maddi güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş kriteri son derece belirsizdir. Zira direniş salt bedensel olabilir; toplumsal bir protesto veya gösteri esnasında dağılmayan bir grubun bu kapsamda olduğu değerlendirilebilir. Bu kriterlerle ilgili değişiklik 2015 yılında, 6638 sayılı kanunla yapılmıştır. Kanunun gerekçesinde, "Anılan düzenleme [PVSK md. 16 kastedilmektedir] çok soyut olduğundan uygulamada tereddütlere düşülmektedir. Ayrıca silah kullanıldığı takdirde yürütülen soruşturma ve kovuşturmanın çok uzun olması sonucunda personel mağdur edilmektedir. Belirtilen nedenlerle, kanuni şartları gerçekleşmesine rağmen polisin silah kullanmaması nedeniyle vatandaşların can ve mal güvenliği telafisi imkânsız bir tehlike altında kalabilmektedir" demektedir. Yani düzenlemenin amacı, polisin silah kullanma yetkisinin genişletilmesidir.

Temel ilkelerle uyumsuzluk taşıyan bu düzenlemeler, TCK’nin 256. maddesinde yer alan düzenlemeyle birlikte değerlendirilince önemli bir cezasızlık alanının oluştuğu görülmektedir. “Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması” başlıklı madde, “Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.” hükmünü amirdir. Bu hüküm, zor kullanma sonucu ölümün gerçekleşmesi halinde, kasten öldürme hükümleri yerine, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama hükümlerinin uygulanmasına neden olabilecektir. Böylece kolluk kuvvetinin alabileceği ceza, hayli azalmaktadır.

Olağanüstü Hal döneminde ise silah kullanma yetkisi, OHAL Kanunu’nun 23. maddesiyle düzenlenmiştir. Bu madde kolluk kuvvetlerine, kendilerine görev verilen özel kolluk kuvvetlerine ve asker kişilere uygulanmaktadır. PVS’ye göre daha geniş bir silah kullanma yetkisi belirleyen bu madde, “teslim ol emrine itaat edilmemesi veya silahla mukabeleye yeltenilmesi veya güvenlik kuvvetlerinin meşru müdafaa durumuna düşmeleri halinde görevli güvenlik kuvvetleri mensupları **doğruca ve duraksamadan hedefe ateş edebilirler**” hükmünü getirmektedir. Doğruca ve duraksamadan ateşli silah kullanılması, AİHM içtihadıyla kapsamlı bir şekilde getirilen, operasyonun yaşam hakkını ihlal etmeyecek veya riski en aza indirecek şekilde planlanması, ateşli silah kullanılmadan önce diğer seçeneklerin tüketilmiş olması gibi pozitif yükümlülükler ile orantılılık ve zorunluluk kriterlerine açıkça aykırıdır. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi de, Terörle Mücadele Kanunu’nun Ek 2. maddesiyle öngörülen “Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk kuvveti görevlileri, failleri etkisiz kılmak amacıyla **doğruca ve duraksamadan hedefe karşı silah kullanmaya yetkilidir.**” düzenlemesini, emre uyulmaması ve silah kullanmaya teşebbüsün her durumda doğruca ve duraksamadan silah kullanımını zorunlu kılamayacağını AİHS’in yaşam hakkına ilişkin düzenlemesine atıfla iptal etmiştir.

Dahası aynı maddenin 3. fıkrası, çoklu bir güvence sistemi kurmuştur. İlk cümle uyarınca, “Silah kullanan bütün personel hakkında 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 87 nci maddesinin V ve VI ncı fıkraları hükümleri ile 1481 sayılı Asayiş Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkındaki Kanunun 3 üncü maddesi hükümleri uygulanır.” İç Hizmet Kanunu’nun “Askerlerin Silah Kullanma Yetkileri” başlıklı 87. maddesinin “Ateş Emri Vermeye Yetkili Makamlar” başlıklı V. fıkrası geniş bir yetki öngörmektedir. Cezasızlığı daha fazla ilgilendiren düzenleme ise, Sorumluluk başlıklı VI. fıkradır. Açık bir sorumsuzluk düzenlemesi olan bu madde “Her olayın cereyan ettiği haller ve şartlar göz önünde tutulmak kaydıyla bu madde hükümlerine göre silahını kullanan askere ve silah kullanma emrini veren birlik komutanına sorumluluk yüklenemez” şeklindedir. Bu genel sorumsuzluk hükmü, hesap verilmesi imkanını son derece kısıtlar niteliktedir.

Benzeri bir güvence, 1481 sayılı Asayiş Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkındaki Kanunun 3. maddesi ile de öngörülmüştür. Buna göre, “Dava açıldığında sanık duruşmadan varestede tutulabilir ve hakkında açığa alma, işten el çektirme işlemi uygulanmaz”. Aynı şekilde, OHAL Kanunu 23/3/son hükmü ise, haklarındaki soruşturmaların tutuksuz yapılacağını hüküm altına alarak önemli bir başka koruma daha sağlamıştır.

Terörle Mücadele Kanunu’nun yukarıda AYM kararına konu olduğu belirtilen Ek 2. maddesi, 2006 yılında, 5532 sayılı kanunun 16. maddesiyle yeniden düzenlenmiştir. Buna göre, “Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda “teslim ol” emrine itaat edilmemesi veya silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk görevlileri, tehlikeyi etkisiz kılacak ölçü ve orantıda, doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı silah kullanmaya yetkilidirler.” Böylece teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanılmaya yeltenilmesi kriteri, yerini itaat edilmeme **veya** silah kullanmaya teşebbüs edilmesine bırakmış, yani silah kullanma yetkisi bu anlamda genişlemiştir. Ancak, doğrudan ve duraksamadan ateş edilmesi için ölçü



ve orantı kriteri getirilmiştir. Bu düzenlemenin, AYM'nin iptal gerekçesi olan endişeleri ortadan kaldırdığını iddia etmek güçtür.

Askerlerin Silah Kullanımı ise 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 87. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde de BM standartları ve AIHM içtihadıyla belirlenen standartların çok gerisinde düzenlemeler içermektedir. Silah kullanılmasını gerektiren haller başlığı altında sayılan, "*a) Bu hizmetlerden birini yaparken müessir bir fiil ile taarruz uğranıldığı veya müeesir bir fiil veya tehlikeli bir tehdit ile bu hizmetlerle yapılmasına mukavemet edildiği takdirde bu taarruz ve mukavemetleri gidermek için,*" düzenlemesi son derece geniş ve belirsizdir. Müessir yani etkili fiil, eski TCK'de, mevcut yaralama suçunun karşılığı olarak kullanılmaktadır. Fiziksel olarak zarar verebilecek her eylem silah kullanımı ile karşılık verilebilmesi, hatta ortada zarar verici bir eylem dahi yokken, sadece "tehlikeli bir tehdit" altında da silah kullanılabilmesi, silah kullanımının kapsamını çok genişletmektedir. Aynı maddenin (b) ve (e) fıkralarında yer alan, "*Bir taarruz veya mukavemete hazırlanan*", kişiye karşı ve "*askerlere karşı, sözle yapılan sataşma veya hareketlerin bertaraf edilmesi sırasında mukavemet, taarruz, müessir fiil veya tehlikeli bir tehditle karşılaşıldığında*" düzenlemeleri de bu belirsizliği arttırmakta, orantılılık kriterini ortadan kaldırmaktadır.

Köy korucuları da özellikle 1990'lar boyunca çok sayıda yasadışı faaliyete karışmışlardır. Bu hukuka aykırılıkların önemli bir kısmı uygulamadaki yasadışı faaliyetlerden kaynaklanıyorsa da, korucularla ilgili yasal altyapı da son derece sorunludur. Köy Kanunu'nun 73. maddesi uyarınca silahlı köy korucuları, kanunda 1985 ve 2007 yıllarında yapılan iki değişiklikle farklı bir yapıya kavuşmuşlardır. Buna göre, şiddet eylemlerinin görüldüğü belirli illerde, valinin teklifi ve İçişleri Bakanı'nın onayıyla 40.000'e kadar korucu görevlendirilebilir. Korucular bu değişikliklerle, güvenlik güçleriyle beraber operasyona çıkan, terörle mücadelede görev alan amorf bir yapıya dönüşmüştür. Açık bir cezasızlık hükmü sayılmasa da, 694 sayılı KHK ile madde metnine işlenen ve 7078 sayılı kanunla kabul edilen "*Teröristle mücadelede görev alan güvenlik korucuları ile gönüllü güvenlik korucularının, bu görevlerin ifasından doğduğu iddia edilen suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda müdafî olarak belirlediği en fazla üç avukatın ücreti İçişleri Bakanlığı bütçesine konulacak ödenekten valilikler tarafından karşılanır. Güvenlik korucuları ile gönüllü güvenlik korucularının avukatlık ücretinin ödeme usul ve esasları yönetmelikle düzenlenir.*" düzenlemesi devletin koruculara olan desteğini gösterir niteliktedir.

Köy Kanunu'nun 77. maddesi, korucuların hangi hallerde silah kullanabileceğini düzenlemektedir. Bu hayli eski hüküm, "*Vazifesini yaparken ahaliden bir kimsenin can veya ırz tehlikesi altında kaldığını görür ve onu kurtarmak için başka bir çare bulamaz da bunalırsa;*" gibi ilginç bir düzenleme barındırmaktadır. Buna göre, çare bulamayıp bunalmak, silah kullanmayı kanuni sayacak bir hal olarak tanımlanmıştır.

Bekçilere silah kullanma yetkisi verilmesiyle ilgili çok tartışmalı bir kanun teklifi TBMM Genel Kurulu'nda kabul edilerek yasalaşmıştır. İçişleri Komisyonu'nda kabul edilen teklifin genel gerekçesine göre, "*çarşı ve mahalle bekçilerinin Emniyet ve Jandarma teşkilatları bünyesinde genel kolluk kuvvetlerine yardımcı olmak üzere istihdam edilen **silahlı bir kolluk olarak düzenlenmesi** ve **sınav, atama ve çalışma şartları ile hukuki statülerinin tespit edilmesi amaçlanmaktadır***". Herhangi bir eğitime tabi tutulmayan bekçilere kuvvet kullanma yetkisi verilmesi, başlı başına uluslararası standartlara ve hesap verilebilirlik kriterlerine aykırılık teşkil etmektedir.

TCK'nin, meşru müdafaa kapsamını herhangi bir hakka yönelik saldırıya karşı mümkün olabilecek şekilde geniş tutması yaşam hakkı ihlallerine yol açabilecektir. Ayrıca ceza sorumluluğunu kaldıran hallerde sınırın aşılması da cezasızlık alanı yaratmaya uygun bir



diğer düzenlemedir. Sevdiren’e göre, TCK 27/2’de yer alan, “*Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faille ceza verilmez*” düzenlemesi, yoruma çok açıktır. Özellikle toplumsal olaylarda, kolluk güçlerinin heyecanlanabileceği, korkabileceği veya telaşa kapılabilecekleri düşünüldüğünde, bu hüküm cezasızlık alanı yaratmaya müsaittir. Nitekim AİHM, önüne gelen Aydan/Türkiye başvurusunda tam olarak bu maddenin uygulamasını değerlendirmiştir. Otomatik silahla kalabalığın üzerine rastgele ateş açan jandarmanın davranışını TCK 27/2 kapsamında değerlendiren Yargıtay kararını eleştiren AİHM, bu uygulamanın güvenlik güçlerine silah kullanırken açık çek verildiği anlamına gelecek şekilde yorumlanabileceğini ifade etmiştir. Bu şekilde güç kullanımının AİHS’in 2. maddesinde yer alan “mutlak surette zorunlu” kriterini karşılamadığı sonucuna varan Mahkeme, Türkiye’yi 2. maddeyi ihlalden mahkum etmiştir.

4.4. Nefret Suçlarının Düzenlenmemesi

Nefret suçu, “failin din, dil, ırk, etnik köken, engellilik, cinsiyet ve cinsel yönelime dair sahip olduğu önyargı ile ve bu özelliklerden birine sahip olduğunu bildiği veya varsaydığı bir diğer kişiye karşı gerçekleştirdiği suç” şeklinde tanımlanmaktadır. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 4. maddesinin (a) bendi uyarınca taraf devletlerin, ırkçı üstünlüğe ya da nefrete dayalı fikirlerin tetiklediği suçların cezalandırılmasını sağlayacak yasal altyapıyı kurma yükümlülüğü vardır. Türkiye’de ayrımcılık hayli yaygındır ancak bu saikle işlenen suçlar için özel bir ceza öngörülmemektedir. 2014 yılında değiştirilen TCK’nin 122. maddesi, ayrımcılıkla beraber nefret ibaresini içermeye başlamıştır. Bu maddeye göre,

“Nefret ve ayrımcılık

(1) Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;

- a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,*
- b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,*
- c) Bir kişinin işe alınmasını,*
- d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını, engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”*

Ancak nefret nedeniyle cezalandırılacak fiillerin kapsamı son derece sınırlı tutulmuştur. Ayrıca, nefretin kaynakları da sınırlı sayıda belirtilmiştir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesini dikkate alarak “ve benzeri” gibi geniş bir kapsamın kullanılmaması hukuk güvenliği açısından anlaşılabilirse de, sıklıkla gündeme gelen cinsel yönelimin veya etnik kökenin sayılması önemli bir eksikliklerdir.

Kasten öldürme suçunun nitelikli hallerinde çeşitli saikler sayılmışsa da nefret saiki bunlardan biri değildir. Bu nedenle faillerinin orantılı bir ceza almasına engel olan yasal altyapı eksikliği bulunmaktadır.

4.5. Cezanın İnfazına İlişkin Yasal Altyapı

Usulüne uygun bir yargılama neticesinde orantılı bir cezaya mahkum edilen failin, bu cezasını çekmemesi de bir cezasızlık uygulaması olarak karşımıza çıkar. Cezanın infazı, uygulamada farklı koşulların uygulanması nedeniyle çok daha hafif çektirilebileceği gibi, af veya benzeri uygulamalarla hiç mümkün olmayabilir.



Türkiye’de 1922, 1923, 1933, 1960, 1963, 1966 ve 1974 yıllarında olmak üzere toplam yedi kez genel af ilan edilmiştir. Ancak bunlar dışında gerek infaz gerekse ceza muhakemesi hükümlerinde yapılan değişikliklerle af sonucu doğuran düzenlemelerin yapıldığı da olmuştur. Zira af, çok çeşitli amaçlar için, çok farklı biçimlerde öngörülebilmektedir.

Genel af düzenlemesi haricinde, Cumhurbaşkanı’na anayasa ile tanınmış (m. 104/16) *“sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle kişilerin cezalarını hafifletme veya kaldırma”* yetkisi vardır. Bu tartışmalı yetki en son, 2 Temmuz 1993’te Sivas ilinde Madımak Otelinde yakılarak öldürülen 33 aydının öldürülmesi davasından hüküm giyen Ahmet Turan Kılıç için kullanılmıştır. Ölümcül hasta ve Kılıç’tan daha yaşlı yüzlerce mahkumun olduğu cezaevlerinde tercihin bu yönde kullanılması, cezasızlığa işaret etmektedir.

4.6. Uygulamada Yaşam Hakkı İhlalleri Bakımından Cezasızlık

Yaşam hakkı ihlalleri bakımından cezasızlık sorunu, uygulamada mevcut yasaları tanımayan uygulamalar nedeniyle büyümektedir. Cezasızlığın en görünür olduğu alan uygulamadır; zira yasal çerçeve ne denli yeterli olursa olsun, uygulama iradesinin yokluğunda cezasızlık sonucu doğacaktır. Uygulamada cezasızlığa tekil olarak bazı davalarda rastlanabildiği gibi, benzer davalarda benzer uygulamaların bir örüntü oluşturması sonucunda daha sistematik olarak da rastlanabilir. Aynı şekilde cezasızlık, çoğunlukla ihlalin gerçekleşmesinin ardından sürecin tamamına çok çeşitli görünümde yayılmaktadır. Uygulamada sadece 2015 sonrası meydana gelen yaşam hakkı ihlalleri bakımından bile cezasızlığın tüketici bir biçimde açıklanması imkansız denecek kadar zordur. Ancak bazı örüntüler, çeşitli tespitlerin yapılabilmesine imkan vermektedir. Burada, sık rastlanan veya sık rastlanmasa bile cezasızlığın tipik unsurlarını taşıyan yaşam hakkı ihlallerine yer verilecektir. Bu başlık altında Suruç ve 10 Ekim Katliamı davaları, Ceylanpınar’da iki polisin şüpheli biçimde öldürülmesi davası ve sokağa çıkma yasaklarıyla ilgili yargı süreçleri ele alınacaktır. Akılda tutmak gerekir ki bu dönem, aynı zamanda Türkiye’nin Suriye’ye Fırat Kalkanı, Zeytin Dalı, Barış Pınarı ve Bahar Kalkanı adı altında operasyonlar düzenlediği bir dönemdir. Bu operasyonlardaki yaşam hakkı ihlalleri, insan hakları hukuku ile birlikte uluslararası insancıl hukuk kapsamında değerlendirilmelidir. Bu operasyonlar, sağlıklı verilere ulaşmanın güçlüğü ve ülke sınırları dışında gerçekleştirilmesi itibarıyla cezasızlığın farklı bir boyutunu ilgilendirdiği için bu çalışma kapsamı dışında tutulmuştur.

20 Temmuz Suruç Katliamı Davası

20 Temmuz 2015 günü, Sosyalist Gençlik Dernekleri Federasyonu (SGDF) üyesi olan ve Kobanê’deki çatışmalardan olumsuz etkilenen çocuklara oyuncak, boya kalemi gibi malzemeler götürmek için Urfa’nın Suruç ilçesine gelen 300 kadar gence yönelik bombalı saldırı olmuştur. Bu saldırıda 33 kişi hayatını kaybetmiştir.

Nisan 2017 tarihinde, Suruç için Adalet Platformu tarafından hazırlanan rapor, soruşturma süreci ve dava dosyası ile ilgili çok önemli tespitler içermektedir. Bu tespitlere göre, katliamın gerçekleştiği yere olay yeri incelemesi ekibi ve savcının varması iki saatten uzun sürmüştür, aradan geçen sürede kolluk, delillerin korunması için hiçbir işlem yapmamıştır. Bu süreçteki işlemler Minnesota Protokolü’nün belirlediği esaslara aykırıdır.

Soruşturma hakkında derhal gizlilik kararı verilmiştir. Gizlilik kararına yapılan itiraz da Şanlıurfa 1. Sulh Ceza Hakimliği’nin 2015/2305 Değişik İş sayılı kararı ile reddedilmiştir. Bu karar Anayasa Mahkemesi’ne taşınmıştır.

Anayasa Mahkemesi, yaşam hakkından kaynaklanan pozitif yükümlülüklerin ihlal edildiği gerekçesiyle yapılan Anayasa’nın 5. ve 17. maddelerinin ihlal edildiğinin tespit edilmesini



talep eden başvuruya konu olayları anlatırken, patlamada hayatını kaybeden insanları “Bir terör örgütünün gençlik yapılanmasının üyeleri olduğu iddia edilen bir grup” olarak nitelermekte bir sakınca görmemiştir (para. 10). Daha sonra başvuruyu yaşam hakkı ihlalinin usul boyutuna ilişkin olarak ele almış ve AİHM içtihadına atıfla, yürütülen soruşturmanın ve sonuçlarının kamu denetimine yeterince açık olması ve ölen kişinin yakınlarının meşru menfaatlerini korumak için bu sürece gerekli olduğu ölçüde katılmalarının sağlanması ilkesi bakımından değerlendirmiştir (para. 31). Anayasa Mahkemesi, iddianamelerin kabul edilmesiyle birlikte soruşturma evrakına erişme olanağı bulan başvuru sahiplerinin, soruşturma evresinde verilen kısıtlama kararı nedeniyle sürece etkin katılım imkânı bulamadıklarına ilişkin iddialarının açıkça dayanaktan yoksun olduğu sonucuna varmıştır (para. 66).

Bu esnada, 21 Temmuz 2015 tarihinde Suroç Sulh Ceza Hakimliği 2015/335 Değişik İş sayılı karar ile internet ve sosyal medya platformları aracılığıyla Suroç Patlaması hakkında yapılan yayınlara ait içeriğin kaldırılması kararı vermiştir. Böylece kamuoyu denetimi kısıtlanmıştır.

Olaydan yaklaşık 3 ay sonra, 9 Ekim 2015 günü mağdur avukatlarının soruşturma savcısı ile yaptıkları görüşmede savcı, dosyanın tamamının Terörle Mücadele Şubesi’nde (TEM) olduğunu, otopsi raporlarının, olay yerine ait görüntülerin incelenmesinin ve maktullerin eşyalarının incelenmesinin tamamlanmadığını ifade etmiş, görüşme boyunca TEM şube polisleri odada bulunmuştur. Bu da katliamda ihmallerine ilişkin iddia ve bulguların çok güçlü olduğu bir birimin aynı zamanda soruşturmanın yürütüldüğü birim olduğuna işaret etmektedir. Sözleşmenin tarafsızlığı ve bağımsızlığını zedeleyen bu durumun önüne geçilmesi için mağdur avukatları dosyanın savcı tarafından incelenmesini talep etmişse de, talepleri uzun bir süre kabul edilmemiş, soruşturma TEM tarafından yürütülmüş, deliller uzun süre TEM tarafından muhafaza edilmiştir.

İŞİD tarafından gerçekleştirilen saldırıyla ilgili iddianamenin hazırlanması 18 ay sürmüştür. Bu süre boyunca mağdur yakınları soruşturma sürecine katılmadıkları gibi, soruşturmanın bulguları açıkça başka saldırı ihtimaline işaret ettiği halde hiçbir tedbir alınmamıştır. Bu tedbirsizlik, 10 Ekim’de Ankara’da gerçekleşen Barış Mitingi’ne yönelik saldırının kolaylaştırıcısı olmuştur. Mağdur vekilleri soruşturma sürecinde yalnızca tek işleme dahil olabilmıştır, o da bazı maktul yakınlarının ifadelerinin alınmasıdır. Katliam saldırısından yaralı ve sağ olarak kurtulan mağdurların ifadelerine başvurulmamıştır.

İddianamede Yakub Şahin, İlhami Balı, Deniz Büyükçelebi, Halil İbrahim Durgun ve Yunus Durmaz olmak üzere beş şüpheli yer almaktaysa da, Halil İbrahim Durgun ve Yunus Durmaz’ın, Gaziantep’te farklı zamanlarda yapılan ev baskınlarında çıkan çatışmalarda hayatını kaybettiği bildirilmiş, ancak avukatların sanıkların akıbetinin sorulması talepleri reddedilmiştir. Sanıklardan İŞİD’in Türkiye ve Suriye sınır sorumluları olarak bilinen Deniz Büyükçelebi ile İlhami Balı’nın Türkiye’de olmadığı, İlhami Balı’nın ‘sınır emiri’ iken Rakka’ya gönderildiği haberlere yansımıştır. Balı, 5 Haziran’da HDP’nin Diyarbakır mitingine yapılan saldırının da firari sanığı konumundadır. Diğer sanık Yakub Şahin ise, Sincan 1 No’lu F Tipi Hapishanesi’nde tutukludur. Tutuklanma sebebi Suroç patlaması değil, bundan tam 82 gün yani iki ay yirmi gün sonra, 10 Ekim’de gerçekleşen Ankara katliamındaki rolüdür. Suroç patlamasından Ankara patlamasına kadar, sanık hakkında hiçbir önlem alınmamıştır.

4 Mayıs 2017 günü, olaydan 1 yıl 9 ay 14 gün sonra görülmeye başlayan davanın tek sanığı 10 Ekim 2015 Ankara Katliamı nedeniyle tutuklu bulunan Yakub Şahin’dir. Dosyanın 2 sanığı firari, 2 sanığı ise polis operasyonları sırasında intihar etmiş örgüt mensuplarıdır.

Bu raporun hazırlandığı Mayıs 2020 itibarıyla, Suroç Davası’nın 14 duruşması yapılmıştır. Urfa 5. Ağır Ceza Mahkemesi’nde görülen davanın son duruşması 20 Mayıs 2020 günü gerçekleşmiştir. Tutuklu sanık Yakub Şahin’in susma hakkını kullandığı duruşmada, olay



günü motosikletiyle Amara Kültür Merkezi önüne gelerek içeri işaret verdiği tespit edilen ve halk tarafından polise teslim edilen Abdullah Ömer Arslan’ın tutuklanması talebi son duruşmada tekrarlanmış, ancak Mahkeme tarafından reddedilerek duruşma 18 Ağustos’a ertelenmiştir.

Suruç katliamının öncesindeki güvenlik zafiyeti ve ihmallere ilişkin bir dava açılmıştır. Mülkiye müfettişlerinin yaptığı inceleme sonucu hazırladıkları 12 Ekim 2015 tarihli raporda birden fazla kamu görevlisinin sorumluluğuna işaret edilmektedir. Rapora rağmen Suruç Kaymakamı hakkında soruşturma izni vermeyen Valilik, Suruç İlçe Emniyet Müdürü Mehmet Yapalıal hakkında soruşturma izni vermiştir. Suruç İlçe Emniyet Müdürü hakkında TCK’nın 257. maddesi uyarınca görevi kötüye kullanma suçundan dava açılmıştır.

Davaya dayanak rapora göre, Adıyaman Emniyeti, Abdurrahman Alagöz ile 10 Ekim’de Ankara’da canlı bomba saldırısı yaparak 103 kişiyi öldüren ağabeyi Yunus Emre Alagöz’ün adlarını ‘Terör Nitelikli Kayıp Şahıslar’ başlıklı evrakla 13 Haziran’da Şanlıurfa Emniyeti’ne bildirmiş, bu evrak 3 gün sonra Suruç Emniyeti’ne iletilmiştir.

Sanığın ifadesi, mağdur avukatlarının katılımının engellenmesi amacıyla onlara tebliğ edilen gündün bir gün önce alınmıştır. Yapalıal hakkında görevi kötüye kullanma suçunun alt sınırından verilen 10 ay hapis cezası 7.500,00-TL para cezasına çevrilmiş, bu para cezası da 12 taksitde bölünmüştür. Böylelikle olayda ihmali olan sorumlular ortaya çıkarılmamış, yalnızca Emniyet Müdürü’nün deyim yerindeyse göstermelik bir ceza almasıyla dosya kapatılmıştır. Bu durum etkili soruşturma yükümlülüğü ile birlikte, orantılı ceza verme yükümlülüğüne de aykırılık teşkil etmektedir.

Çözüm Sürecinin Sonu: Ceylanpınar’da İki Polisin Vurulması Olayı

Suruç katliamından iki gün sonra, 22 Temmuz 2015 günü, Şanlıurfa ilinin Ceylanpınar ilçesinde Feyyaz Yumuşak ve Okan Acar adındaki iki polis memuru, evlerinde ölü bulunmuştur. Şüpheli ölüm olduğu açık olan vakanın soruşturmasında ve kovuşturulmasındaki eksiklikler, yaşam hakkı ihlallerinin cezasızlıkla sonuçlanmasına neden olmuştur.

Olaydan hemen sonra 2016/280 numaralı soruşturma kapsamında iki şüpheli ihbar telefonuyla bazı kişiler gözaltına alınmıştır. 2016/331 sayılı iddianamede asıl faillerin yakalanamadığı, tutuklu yedi ve tutuksuz iki kişinin “*gözlemci, rehber, kolaylık sağlayan olarak feri iştirak ettikleri*” belirtilmiştir. Dosya hakkında kısıtlılık kararı verilmiş ve dokuz ay boyunca soruşturma evrakı gizli tutulmuştur. Hazırlanan iddianame, Şanlıurfa 2. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından kabul edilmiş, dava 2016/120 esas numarasıyla görülmeye başlamıştır.

Öldürülen polislerle birlikte kaldığı iddia edilen ve polis olan üçüncü kişiden iddianamede hiç bahsedilmemektedir. Olay günü, olay yeri civarındaki neredeyse hiçbir MOBESE kamerası çalışmamıştır. Sedat Aydın ve Naci Yılmaz isimli sanıkların, olayın olduğu saatlerde nerede olduklarını ispatlayan HTS verileri, olaydan sadece üç gün sonra hiçbir kopyası bırakılmaksızın polislerce imha edildiği, TEM imha tutanağı ile dosyaya girmiştir.

Üstelik yargılama devam ettikçe, sanıkların parmak izi mukayese raporları, suçun faili olmadıklarını göstermiştir. Buna mukabil ceset kimlik tanığı yapılan polis memuru Burak Kuru, olay mahallinde bulunan 10 yabancı parmak izinden 4’ünün sahibi çıkmış ancak dosyada kendisinin ifadesine başvurulmamıştır.

Sanıkların tamamı, 1 Mart 2018 günü görülen 13. duruşmada beraat etmiş, daha sonra açıklanan gerekçeli kararda, sanıklarla ilgili herhangi bir bulgu, iz veya emare tespit edilemediği belirtilmiştir.



Faili meçhul kalan bu cinayetlerin aydınlatılması için yeterince kuvvetli bir yanıt verilmesi, etkili bir soruşturma yürütülememesi ve suçla ilgili kimsenin tespit edilememesi, cezasızlık sonucunu doğurmuştur. Dahası bu cinayetler, daha sonra siyasi olarak “çözüm sürecini bitiren olay” olarak adlandırılmış, özellikle HDP’nin hedefe konduğu kutuplaştırıcı bir söyleme temel teşkil etmiştir. Bu söylem git gide sertleşmiş, Türkiye hızla çatışmalı bir sürece sürüklenmiştir. Bu örnekte karanlıkta kalan iki yaşam hakkı ihlali, çok daha karanlık bir sürece davetiye çıkarmıştır.

10 Ekim Ankara Katliamı Davası

Türkiye’nin hızla içine sürüklendiği çatışmalara karşı ses çıkarmak için 10 Ekim günü meslek ve emek örgütleri KESK, DİSK, TMMOB ve TTB’nin çağrısıyla örgütlenen Barış Mitingi’ne yönelik canlı bomba saldırısında 103 kişi hayatını kaybetmiş, 500’ü aşkın kişi yaralanmıştır. Ambulansların alana ulaşması gecikmiş, patlamadan yalnızca 10 dakika sonra, kalabalığı dağıtmak için polis su, gaz ve copla yaralıların ve ölümlerin bulunduğu alana müdahale etmiştir.

Olay yeri koruma altına alınmamış, ilk bir saat içinde çok fazla delil tahrip edilmiş, delilleri korumak isteyen avukatlar olay yerinden uzaklaştırılmış, sadece 3 avukata izin verilmiştir. Olay yeri inceleme ekipleri patlamadan bir buçuk saat savcı ise iki buçuk saat sonra alana gelmiştir. Minnesota Protokolü’nde önemli bir yer tutan olay yeri incelemesi (167 vd. maddeler) standartları olan alana girişin kısıtlanarak belgeleme yapılması, delillerin güvence altına alınması gibi şartlar karşılanmamıştır. Avukatların ölü muayene ve otopsi işlemlerine katılma talepleri “avukatların dışarıya bilgi verdiği gerekçesiyle” reddedilmiştir. Bu husus da Protokol’ün 37. maddesi uyarınca maktul yakınlarının temsilcilerinin otopsiye katılmalarına izin verilmesi gereğine aykırıdır.

2015/141243 sayılı soruşturma dosyası hakkında savcılığın talebi üzerine, kısıtlılık ve yayın yasağı kararı alınmış, avukatlar dosyadan yalnızca ölü muayene ve otopsi tutanaklarına erişebilmiştir. Soruşturma süreci boyunca avukatların savcılarla görüşmeleri sonuç vermemiş, en basit talepler bile reddedilmiştir. Savcılık, kolluğun katliamdan hemen sonra kitleye gazla müdahalesi hakkında soruşturmanın, katliama uğrayanlara memura aktif direnme ve kamu malına zarardan yürütüleceğini ifade etmiş, sorumluluğu olan kamu görevlilerinin yargılanmasına da “Teröristlerle kamu görevlilerini birlikte sanık yapmam” diyerek engel olmuştur.

Soruşturma esnasında avukatlar, katliamda sorumluluğu bulunan İçişleri Bakanı, MİT Müsteşarı, Emniyet Genel Müdürü, Emniyet İstihbarat Daire Başkanı’nın da aralarında bulunduğu üst düzey bürokratların soruşturmaya dahil edilmelerini ve soruşturmanın emniyet görevlileri değil doğrudan savcılık tarafından yürütülmesini talep etmişlerse de bu talepleri reddedilmiştir.

Sorumlu kamu görevlilerinin yargılanması yönündeki talebin reddine ilişkin ilk tebliğ, sorumluların tespiti yönündeki mülkiye müfettişi raporuyla birlikte 12 Nisan 2016 günü yapılmıştır. Raporda, 13 emniyet müdüründen altısı hakkında ihmalleri olduğundan bahisle soruşturma izni verilmesi önerilmiş, valilik hiçbir memurun soruşturulmasına izin vermemiştir. Yine rapor, canlı bomba saldırısı olacağına dair ihbarların ve bilgilerin istihbaratın elinde bulunduğunu ama bir TEM Büro Amiri tarafından ilgili birimlere iletilmediğini tespit etmiştir.

İddianame 27 Haziran 2016’da tamamlanmış, 13 Temmuz 2016 günü Ankara 4. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından kabul edilerek yargılamaya başlanmıştır. Şüphelilere yöneltilen suçlamalar arasında anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs, insan öldürme, izin-



siz olarak patlayıcı bulundurma, nakletme ve muhafaza etme, silahlı terör örgütüne üye olma suçları yer almaktadır. İddianamede insanlığa karşı suç nitelenmesine hiç gidilmemiş, yargılama sürecinde de bu ihtimal, patlamanın sistematik ve planlı bir biçimde toplumun bir kesimine yönelik, belirli bir saikle yapılmış olduğuna ilişkin uzman mütalaasına rağmen yok sayılmıştır.

İddianamede yer alan şüphelilerin bazılarının katliama nasıl karıştığı tespit edilmemiş, IŞİD üyesi oldukları şüphesiyle devlete karşı suç işledikleri için yargılamaya konu olmuşlardır. Sanıkların yalnızca dördü yakalanıp Mahkeme huzuruna çıkarılmıştır. Suruç katliamı ile Ankara katliamı arasındaki bağ hem kişisel hem örgütsel ilişkilerle ortaya konulmuşsa da Suruç sonrası bu kişilerle ilgili önlem alınmamıştır.

Yargılama sonunda sanıklar ceza almışsa da hiçbir kamu görevlisi 10 Ekim katliamındaki ihmalleri nedeniyle yargılanmamıştır. Sürecin en başından beri ihmalleri olan, gerekli önlemleri almayan, ihbarlara rağmen harekete geçmeyen, delilleri yok eden kişilerin tespitine yönelik çalışma çok sınırlı kalmıştır.

Müfettişlerin ön inceleme raporuna rağmen, kendisi de yargılanması gereken kişiler arasında bulunan Ankara Valisi tarafından soruşturma izni verilmemesi, izin müessesesinin cezasızlık üzerindeki etkisini bir kez daha göstermektedir.

Yargılama bu şekilde devam ederken, 10 Ekim anmaları polis saldırısı altında gerçekleşmiş, anmaya katılmak birçok iddianamede suç olarak nitelenmiştir.

Sokağa Çıkma Yasakları: Çok Sayıda Eksik Soruşturma Örneği

Sokağa çıkma yasakları ilk olarak 16 Ağustos 2015 günü Muş'un Varto ilçesi ve Hakkâri'nin Şemdinli ilçesinde ilan edilmiştir. Yasaklar önceleri günlük olarak ilan edilirken, sonraki süreçte tam zamanlı olarak ve süresiz olarak ilan edilmeye başlamıştır. 4 Eylül 2016 günü Cizre'de ilan edilen, 12 Eylül 2016 günü sona eren ve 22 kişinin hayatını kaybettiği yasak, tam zamanlı ve belirsiz süreli yasakların habercisidir. Cizre, Silopi, İdil, Şırnak, Yüksekova, Nusaybin ve Sur'da Ağustos 2015'ten Ağustos 2016'ya kadar 863 kişinin hayatını kaybettiği sokağa çıkma yasaklarından en az 1 milyon 671 bin kişinin yaşam ve sağlığa erişim hakkı olumsuz etkilenmiştir. Sokağa çıkma yasakları dönemlerinde, sivil halkın su, elektrik gibi altyapı hizmetlerine ve gündelik gıdaya erişimi sınırlanmış hatta ortadan kalkmış, çoğu evin su deposunun hedef haline getirilmesi, halkın yaşamsal ihtiyaçlarından yoksun kalması sonucunu doğurmuştur.

Bunlara rağmen, yaşam hakkı ihlalleriyle ilgili etkili soruşturma yürütülmemiş, otopsiler ve olay yeri inceleme raporları usule uygun gerçekleştirilmemiş, hayatını kaybeden kişiler adına yapılan başvurular hakkında hızlıca kovuşturmayla yer olmadığına ilişkin kararlar verilerek dosyalar kapatılmıştır. Sokağa çıkma yasaklarının yasallığının tartışıldığı idari davalarda ise, hukuki zeminin yokluğu 'terörle mücadele' ile meşrulaştırılmaya çalışılmıştır. Böylelikle olağan dönem, olağanüstü hal ikiliğinin yanına, yepyeni ve olağanüstü hal rejiminin kurallarını dahi tanımayan bir rejim eklenmiştir. Bu durum Venedik Komisyonu'nun sokağa çıkma yasaklarına ilişkin hazırladığı raporunda da değerlendirilmiştir. Özellikle hukuka uygunluk denetimi yapılamaması üzerinde duran rapora göre (para. 49), bu şekilde sokağa çıkma yasağı ilan edilmesi Türkiye'nin mevcut anayasal çerçevesiyle de bağdaşmaktadır (para. 50, 51).

Sokağa çıkma yasaklarının uygulandığı coğrafyada Kürt nüfusun yoğun olarak yaşaması, özellikle HDP'ye yüksek oy çıkan yerlerde yasakların uygulanmasının siyasi bir saik taşıdığını akla getirmesi, yasakların süresi, yaygınlığı, sistematikliği ve uygulanan usullerin sertliği,



kişilerin hukuki temeli son derece tartışmalı olan yasaklar nedeniyle özgürlüklerinden alıkonulması, tahliye koridoru oluşturulmaması ve sivillerin korunması için hiçbir önlemin alınmaması, içeride kalanların tamamının silahlı çatışan olduğunun varsayılması gibi durumlar, olguların münferit yaşam hakkı ihlallerinin ötesine geçerek, insanlığa karşı suçlar bağlamında değerlendirilmesini gerektirecek ağırlıkta olduğunu düşündürmektedir.

Olağan hukuk güvencelerini askıya almaksızın, olağanüstü hal uygulamalarının bile izin vermeyeceği ağırlıkta bir müdahalede bulunmak, çok ağır insan hakları ihlalleriyle sonuçlanmış bir dönemin hukuk normları ve denetimi dışına çıkarılması iradesini göstermektedir. Bu bağlamda ‘terörle mücadele’ argümanı, başlı başına devletin istediği tasarrufta bulunabileceği bir zırha dönüşmektedir. Nitekim, ilanları idari yargı önünde aklanan sokağa çıkma yasakları ile ilgili hiçbir kamu görevlisi hakkında dava açılmamış, bu dönemde meydana gelen yaşam hakkı ihlallerinin sorumluları, cezasızlık kalkanının arkasında kalmıştır. Eğer Türkiye Roma Statüsü’ne taraf olsaydı, iç hukukun sükuneti, sorumluların yargı önüne çıkarılması sonucunu doğurabilirdi.

Sokağa çıkma yasaklarında hayatını kaybeden yüzlerce kişiden yalnızca birinin öldürülmesi davaya konu olmuştur. 12 yaşındaki Helin Hasret Şen, 12 Ekim 2015 günü, sokağa çıkma yasağının devam ettiği Sur’da ekmek almak için evden çıktığı esnada vurularak hayatını kaybetmiştir. Benzer durumdaki çok sayıda olay hakkında kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karar veren savcılık, istisnai olarak Helin Şen davasında soruşturmayı tamamlayarak polis A. E. hakkında iddianame hazırlamıştır. Soruşturma sürecinde mağdur avukatlarının incelenmesini talep ettiği hususlar reddedilmiş, sanık görevini yürütmeye devam etmiştir.

Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı Memur Suçları Soruşturma Bürosu Savcılığı tarafından hazırlanan iddianamede, polis A.E. hakkında “yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, çocuğu veya beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak kişiyi tasarlayarak öldürmek” suçundan dava açılması istenmekteydi. Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı’na sunulan iddianame, “sevk maddelerindeki hata” nedeniyle iade edilmiş, yeniden düzenlenen iddianamede, polis A.E. hakkında “taksirle öldürmek” suçundan iddianame hazırlanmıştır. Bir başka deyişle kasten öldürme suçunun nitelikli halinden hazırlanan iddianame, bir bariyere takılarak taksirle öldürmeye dönüşmüştür. Kasıt unsuru yargılamada değerlendirilebilecekken, Başsavcılık tarafından iddianameye müdahale edilmiş ve sanığın, soruşturmayı yürüten savcının tespitlerine göre ağırlaştırılmış müebbet ile yargılanması gerekirken sanık hakkında istenen ceza 2 yıl 6 aya düşmüştür.

Ölümün gerçekleşmesinden 4 yıl sonra, Diyarbakır 1. Ağır Ceza Mahkemesi’nde 2019/475 esas numarasıyla açılan davanın ilk duruşması 17 Şubat 2020 günü görülmüş, sanık tüm duruşmalardan varestede tutulmuş, ifadesine SEGBİS ile başvurulması tercih edilmiştir. Avukatların kuvvetli suç şüphesinin varlığını ileri sürmelerine karşın sanığın tutuklanması talebi Mahkeme tarafından reddedilmiştir. Bu haliyle Helin Şen davası, sokağa çıkma yasaklarında yaşanan ihlallere ilişkin cezasızlık sarmalını kıracak bir dava görünümünden uzaktır

5.

**İŞKENÇE VE KÖTÜ MUAMELE
YASAĞI İHLALLERİ BAKIMINDAN
CEZASIZLIK SORUNU**



5. İşkence ve Kötü Muamele Yasağı İhlalleri Bakımından Cezasızlık Sorunu

Doğrudan insanlık onurunu ve kişiliğini hedef alan bir fiil olan işkencenin tarihi çok eskilere dayanmaktadır. Bir ceza muhakemesi tekniği olarak 'yargısal işkence', özellikle engizisyon yargılamalarında 13. ve 16. yüzyıllar arası hakikati ortaya çıkarmanın bir aracı olduğu iddiasıyla kullanılmıştır. Bir suçu kabul ettirmek veya bir başkası üzerine iftira atmak için uygulanan 'yargısal işkence', mahkûmiyet ve benzer bedensel acıları öngören cezalarla sonuçlanmaktaydı. Zamanla işkence ve kötü muamele muhakeme usulü olmaktan çıkarılmış ve bedensel cezalarla birlikte işkencenin de yasaklanma eğilimi ağır basmıştır.

İşkence ve kötü muamelenin uluslararası hukukta yasaklanması ve insan haklarının kurumsal güvencelerinin artması işkencenin ortadan kalkması sonucunu doğurmasa da işkence, yasal alanın mutlak surette dışında bırakılmıştır. Bununla beraber, 21. yüzyılın başlarında işkence yeniden tartışma konusu olmuştur. ABD'nin ülke sınırları içinde olmamakla birlikte fiili kontrolü altında bulunan *Guantanamo* ve *Abu Ghraib* cezaevlerindeki işkence ve kötü muamelelerin ortaya çıkması bu tartışmaların fitilini ateşlemiştir. Ülke sınırları dışında kaldığından işkence yasağının uygulanmayacağı veya işkence yasağının özellikle terörle mücadele kapsamında görelileştirilmesinin mümkün olduğunun ileri sürülmesi işkence yasağının mutlak niteliğinin devletler tarafından içselleştirilmediğinin ve kabul görmediğinin bir göstergesidir. Bugün, işkence tamamen ve mutlak surette yasaklanmış olmakla birlikte hala sıklıkla başvurulan bir yöntemdir ve işkenceye bağlı cezasızlık da önemli bir sorun olmaya devam etmektedir.

Yasağın hiçbir istisnaya izin vermeyen mutlaklığı, neyin işkence ve kötü muamele sayılacağı sorusunun önemini artırmaktadır. Buna mukabil, işkence ve diğer kötü muamele biçimlerinin tanım ve kapsamı üzerinde mutabakat yoktur. Tanım ve kapsamın muğlaklığı, yasağın mutlaklığıyla uzlaşmaz bir tezat oluşturmaktadır. İşkence ve kötü muameleyi tanımlamak, aynı zamanda 'hukuken uygulanabilir şiddetin' de sınırını çizmek anlamına gelmektedir. Yasağın mutlak niteliği bu sınırı genişletme eğilimiyle birleşince, işkence ve kötü muamele kapsamının daraltılması yönünde bir baskı oluşmaktadır.

İşkence ve kötü muamele yasağı ile birlikte bu muamelelerin cezalandırılması gereği sözleşmeler ve teamül hukuku kurallarının yanı sıra, içtihatlarla da koruma altına alınmış ve geliştirilmiştir. İşkence yasağının uygulanmasına ve özellikle bu alanda cezasızlığın sona erdirilmesine ilişkin önemli bir kaynak da esnek hukuk kurallarıdır. Bu bölümde, öncelikle uluslararası hukukta işkence ve kötü muamele yasağının sözleşmeler, teamül hukuku kuralları, içtihat ve esnek hukuk kurallarıyla nasıl tesis edildiği üzerinde durulacaktır. Daha sonra bu çerçevenin devlete yüklediği ödevler tespit edilecek ve cezasızlığa ilişkin genel ilkelerin işkence yasağı bakımından nasıl uygulanacağına yönelik düzenleme ve kurallar değerlendirilecektir. Bunu, Türkiye'de işkence ve kötü muamele yasağı bakımından cezasızlık sorununun uluslararası yükümlülükler çerçevesinde ele alınması izleyecektir.

5.1. İşkence ve Kötü Muamelenin Uluslararası Düzeyde Yasaklanması

Evrensel düzeyde işkence BM sözleşmeleriyle yasaklanmıştır. MSHS'nin 7. Maddesine göre, *"Hiç kimse işkenceye ya da zalimane, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele ya da cezalandırmaya maruz bırakılamaz. Özellikle, hiç kimse kendi özgür rızası olmadan tıbbi ya da bilimsel deneylere tabi tutulamaz."*

Yine MSHS'nin 10. maddesi, özgürlüğünden yoksun bırakılan herkese insanca ve kişinin doğuştan sahip olduğu onura saygı gösterilerek davranılması yükümlülüğünü getirerek,



kötü muameleyi yasaklamaktadır. MSHS’nin 4/2. fıkrası düzenlemesi, olağanüstü durumlarda sözleşmenin askıya alınamayacak maddeleri arasında işkence yasağını da saymıştır.

İşkenceye ve Diğer Zalimane; Gayrı İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin 1. maddesi işkence tanımını yapmaktadır. Buna göre işkence, *“bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözetken herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatiyle uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ıstırap veren bir fiil anlamına gelir”* şeklinde tanımlanmıştır.

İKS’nin 2. maddesinin 2. fıkrası ise, *“Hiçbir istisnai durum ne harp hali ne de bir harp tehdidi, dahili siyasi istikrarsızlık veya herhangi başka bir olağanüstü hâl, işkencenin uygulanması için gerekçe gösterilemez”* düzenlemesiyle hem yasağı hem de yasağın mutlak niteliğini ortaya koymaktadır.

Bölgesel düzeyde işkence AİHS’in 3. Maddesinde düzenlenmiştir:

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

3. madde ile korunan haklar mutlak niteliktedir. AİHS sistematüğinde, hakları korumaya alan maddelerin ilk fıkralarında hakka, devam fıkralarında ise istisnalara yer verilmektedir. İşkence yasağının hiçbir istisnası olmadığı, yasağın mutlak bir biçimde düzenlenmesinden anlaşılmaktadır. Ayrıca, 15/2 düzenlemesiyle bu güvencenin savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde de askıya alınamayacak düzenlemelerden olduğu tespit edilmiştir.

AİHM kararlarında da işkence yasağının mutlak niteliği vurgulanmıştır. Mahkeme her ne kadar terörist şiddet karşısında devletin toplumu korumak için zor durumda kalabileceğini kabul ediyorsa da mağdurun durumu ne olursa olsun işkence yasağının mutlak niteliğini hatırlatmaktadır.

Soering kararında AİHM, işkence yasağının yalnızca mevcut ihlalleri değil, olası ihlalleri de kapsadığını tespit etmektedir. Bununla uyumlu olarak devletlerin yükümlülüğü, yasağın uygulanmasını sağlayacak ulusal tedbirlerin alınması ve yasağa aykırı kanunların yürürlükte kalmasının engellenmesini de kapsamaktadır.

Beganovic/Hırvatistan kararında AİHM, ceza yaptırımları belirlenmesinin temel amacını, failin daha fazla zarar vermesini sınırlamak ve faili daha ileri gitmekten caydırmak olarak ortaya koymuştur. Mahkeme reşit olmayanların cezalarının seçenek yaptırımlara dönüştürülebileceğini kabul etse de kötü muamele fiiline karşı etkili korumanın amacını göz önüne alarak, kamu görevlilerinin hareketsizliği neticesinde soruşturmanın zaman aşımına uğramasını kabul edilemez bulmaktadır. Bu itibarla da devletin usuli yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna ulaşmaktadır (para. 88).

Yine Avrupa Konseyi düzeyinde, **İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi** tamamen işkence ve kötü muamele yasağına ilişkindir. Bu Sözleşme ile, işkencenin ve gayriinsani ya da küçültücü ceza veya muamelenin önlenmesi için bir komite (CPT) kurulmuştur.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AmerİHS) 5. maddesi, herkesin fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkı olduğunu düzenledikten sonra, 2. fıkrada kimsenin işkence veya zalimane, insanlık dışı veya alçaltıcı ceza veya muameleye maruz bırakılamayacağı düzenlenmiştir.



Özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişilere, insana içkin olan onura saygıyla davranılması gerekmektedir. AmeriHS de insancıl muamele güvencesini, askıya alınamayacak haklardan saymıştır (Md. 27/2).

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi'nin 4. maddesi, kişi bütünlüğünü ve dokunulmazlığını, 5. maddesi ise insanlığa içkin olan haysiyete saygıyı düzenlemektedir. İşkence yasağı, her türlü sömürü ve kölelik yasağı ile birlikte bu maddede güvence altına alınmıştır.

İşkence yasağı, insancıl hukukun da temel normlarından biridir. Cenevre Sözleşmeleri işkenceyi açıkça yasaklar ve işkence yasağı ihlalini ağır ihlal olarak değerlendirir. İnsan onur ve haysiyetini korumaya yönelik Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesinin yanı sıra başkaca güvenceler de her dört sözleşmede ve ek protokollerinde benimsenmiştir.

İşkencenin uluslararası ceza hukukunda da önemli bir yeri vardır. İşkence, Uluslararası Ceza Mahkemesinin (UCM) Roma Statüsü ile düzenlenen suçların bir unsuru olarak karşımıza çıkar. Buna göre, UCM'nin yargı yetkisine giren insanlığa karşı suç, diğer fiillerin yanında işkencenin yaygın ve sistematik olarak işlemesiyle de mümkündür (Roma Statüsü, Md. 7/1/f). Aynı maddenin 2. fıkrasının e bendi işkenceyi şu şekilde tanımlamıştır: "İşkence, gözetimdeki veya sanığın kontrolü altındaki bir kişiye kasten ağır fiziksel veya ruhsal acı veya ıstırap çektirilmesidir (...)" Tanıma göre işkence, hukuka uygun yaptırımlara içkin acı ve ıstırap kapsamaz. Yine Roma Statüsü, savaş suçları başlığı altında Cenevre Sözleşmelerine atıfla, Sözleşmelerle korunan kişi ve mülklere karşı işlenen hangi fiillerin savaş suçu sayılacağını sıralarken işkence ve insanlık dışı muameleye de değinmiştir (Md. 8/2/a/ii). Bu düzenleme biyolojik deneyleri de kapsamaktadır.

İşkence yasağının ihlali tüm uluslararası kamuoyunu ilgilendirmektedir. Bu itibarla *erga omnes* bir yükümlülüktür ve bir *jus cogens* kuralıdır. MSHS'ye konulan çekincelerle ilgili Genel Yorumunda İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, *jus cogens* normları zedeleyecek çekincelerin Sözleşme'nin amacına uygun düşmeyeceğini belirterek, işkence yasağının çekinceye konu olamayacağını ortaya koymuştur. İşkence yasağının *jus cogens* bir kural olması, tutuklu veya hükümlülerin işkence görecekleri bir ülkeye gönderilmesi yasağını da kapsar; bunu öngören herhangi bir uluslararası sözleşme geçersiz olacaktır.

İşkence yasağının *jus cogens* olduğu çeşitli mahkeme kararları tarafından kabul edilmiştir. 10 Aralık 1998 tarihli Anto Furundzija kararında Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, işkence yasağının *erga omnes* etkisini ve *jus cogens* karakterini değerlendirmiştir. Mahkemenin değerlendirmesine göre, koruduğu değer üstünlüğü işkence yasağının *jus cogens* olmasını sağlamakta böylece de onu uluslararası hukukta sözleşmelerin ve örf ve adet hukuku kurallarının üstüne yerleştirmektedir. İşkence yasağının *jus cogens* korumadan faydalanmasının bir sonucu olarak, hiçbir devlet yasağın uygulanmasını askıya alamamakta, yasağı ihlal edecek sözleşmelerle, yerel veya özel örf ve adet hukuku kurallarıyla bağlı olamamaktadır. Aynı şekilde işkenceye izin veren, müsamaha gösteren veya faillerini affeden ulusal düzenlemeler de işkence yasağının *jus cogens* niteliği karşısında hükümsüz olacaktır. İşkencenin *jus cogens* niteliği, aynı mahkemenin 16 Kasım 1998 günlü Delacic ve diğerleri kararının 454. paragrafında ve 22 Şubat 2001 günlü Kunarac kararının 466. paragrafında yinelenmiştir. Furundzija kararı, bireysel düzeydeki ceza sorumluluğunu *jus cogens* niteliğinin bir sonucu olarak ele alır ve işkence yasağının her devlete, soruşturma, kovuşturma ve cezalandırma veya sınırdışı etme yükümlülüğü yüklediğini hatırlatır. AİHM de, UCM'nin Furundzija kararına atıfla işkencenin *jus cogens* niteliğine Ould Dah/Fransa kararında işaret etmiştir.



Furundzija kararının Viyana Sözleşmesi’nin ötesine geçerek, *jus cogens* niteliğindeki bir kuralın (bu durumda işkence yasağı) iç hukuktaki bir düzenlemeyi de hükümsüz kılacak kadar geniş yorumlanabileceğine işaret etmesi dikkate şayandır. Bu ulusal yargı mercileri tarafından bazı istisnalar haricinde *jus cogens* normların esas alınması sonucunu doğurmamaktaysa da, işkence yasağının etki alanının her zaman genişletilebileceğini göstermesi açısından bu önemli bir yaklaşımdır.

Furundzija kararında, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, teamül hukukunda işkence yasağının nasıl geliştiğini açıklamaktadır. Mahkeme ilk olarak silahlı çatışmalarda işkence yasağının teamül hukukunda kademeli olarak kristalize olduğunu tespit etmektedir. Bunun için öncelikle kronolojik sırayla bu yasaktan bahseden temel metinleri sıralar. Kararda ilk atıf, “*Lieber Code*” olarak bilinen Amerika Birleşik Devletleri ordularının sahada nasıl yönetileceğine ilişkin yönergeye yapılmakta; ardından 1907 Den Haag Konvansiyonlarının 4. maddesi üzerinde durulmaktadır. 2. Dünya Savaşı sonrasındaki yargılamaları yürüten, Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi’ni kuran Londra Anlaşmasında açıkça atıf yapılmadığını belirten karar, işkencenin *Allied Control Council Law* No. 10’un 2. maddesinin 1/c hükmü uyarınca insanlığa karşı suç olarak kabul edilen eylemlerden biri olduğuna işaret eder. Son olarak, Cenevre Sözleşmelerinde de işkencenin yasak olduğunu hatırlatır.

Mahkeme, işkence yasağının örf ve âdet hukuku kuralına dönüşüp dönüşmediğini tartışırken, üç temel argüman ileri sürmektedir. Bunlardan ilki, Cenevre Sözleşmelerine uluslararası toplumun yoğun katılımı; ikincisi, silahlı çatışma esnasında hiçbir devletin işkence uygulayacağını ileri sürmemiş olması veya işkence yasağına itiraz etmemiş olması; üçüncüsü ise, Uluslararası Adalet Divanı’nın işkenceye açık bir atıf içermese de Nikaragua kararında Cenevre Sözleşmelerinin müşterek 3. maddesinin örf ve âdet hukuku kuralına dönüştüğünü kabul etmesi olarak sıralanmıştır. Mahkeme, işkence yasağının hem teamül hukukuyla hem de sözleşmeler hukukuyla korunduğunu teslim etmektedir. Bu kabul, silahlı çatışmalar esnasında işkence yasağı ile sınırlı olmakla birlikte, işkence yasağının olağan dönemde evleviyetle uygulanabilir olduğu açıktır.

Birleşmiş Milletlerin iç karışıklıklar ve gerginlikler, ilan edilmiş olsun olmasın istisnai yönetim usulleri altında uygulanacak asgari insancıl standartları belirlediği beyannamede de işkence yasağına yer verilmiştir (Md. 3/2-a) . İHEB’in 5. maddesi de kimsenin işkence veya zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye veya cezaya maruz bırakılmayacağını düzenlemektedir.

5.2. Uluslararası Hukukta İşkencenin tanımları, unsurları ve diğer kötü muamele türlerinden ayrılması

İşkence yasağına ilişkin güvencenin kapsamı ve devletin yükümlülükleri, esnek hukuk kuralları ve hem BM hem AK düzeyinde alınan kararlar, sunulan görüş ve raporlarla somutlaşmıştır. Sözlük karşılığı “bir kimseye yapılan aşırı eziyet, maddi ve manevi cefa” olan işkencenin hukuki tanımında oy birliği yoktur. Bu kadar geniş bir kapsamda yasaklanan işkence ve kötü muamelenin ne olduğu, aralarındaki fark ve bir fiilin hangi kriterlere göre nasıl sınıflandıracağı konusunda farklı yaklaşım ve yorumlar vardır. Bu farklılıklar yalnızca devlet uygulamaları veya ulusal içtihadattan kaynaklanmaz, yukarıdaki sözleşmesel çerçevede de yeknesak değildir.

Bu farklılıklar işkencenin unsurları gibi temel öğelerden kaynaklanabilir. Örneğin Roma Statüsü, işkencenin hangi saik ile yapıldığının ve kamu görevlisi tarafından yapılıp yapılmadığının önemli olmadığını vurgularken, İKS’ye göre bilgi alma, itiraf gibi saikler işkencenin bir unsurunu oluşturmaktadır. Roma Statüsü’nün yorumlanmasını kolaylaştırmak için UCM



tarafından hazırlanan ‘Suçların Unsurları’ belgesine göre, insanlığa karşı suçun gerçekleşebilmesi için işlenebilecek fiillerden biri olan işkencenin unsurları beş tanedir. Bu unsurlar, failin bir veya birden fazla kişiye ciddi fiziksel ve ruhsal acı çektirmesi; bu kişilerin gözaltında veya failin kontrolünde olması; hukuka uygun cezalara içkin olan acı veya ıstıraptan kaynaklanmaması; sivil bir nüfusa karşı sistematik veya yaygın olarak işlenmiş olması ve failin bunu bilmesidir. Ancak bu unsurların, insanlığa karşı suçun gerçekleşmesi için arandığı akıldaki tutulmalıdır.

Uluslararası ceza hukuku ile insan hakları hukuku, ilk bölümde kısaca açıklandığı üzere amaçları, usulleri, sonuçları bakımından birbirinden ayrıldığı için uluslararası ceza hukukunda işkencenin tanımıyla, insan hakları belgelerindeki tanımlar arasında farklılık olması anlaşılabilir. Nitekim, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi de, Kunarac ve diğerleri kararında da bu ayrımın üzerinde durmuştur. Devletlerin işkenceden kaynaklanan sorumluluğu bakımından İKS’nin tanımının uluslararası teamülü yansıttığını belirten Mahkeme, işkence suçu söz konusu olduğunda farklı değerlendirmelerin yapılması gerektiğini belirtmiştir. Uluslararası insancıl hukuk bakımından insan hakları hukuku kapsamında aranan failin kamu görevlisi olma mecburiyetinin aranmayacağı da bu kararlarla kabul edilmiştir.

İşkencenin en açık tanımı İKS’de yapılmıştır. Bu tanımla uyumlu olarak, İKK kararlarında ve gözlem raporlarında işkencenin çeşitli unsurları, failin ciddi acı ve ıstırapa neden olması; failin acı verme kastıyla hareket etmesi; failin belirli bir amaç için hareket etmesi; failin kamu görevlisi olması veya resmi bir görev ifa etmesi; acı ve ıstırapın, cezaya içkin olan sınırı aşması. Bunların yanı sıra risk altındaki grupların işkenceden korunması bakımından devletin daha geniş yükümlülükleri doğabilir.

Bunun yanı sıra, unsurlarla (ciddi acı ve ıstırap) ilişkisi kurulabilirse de işkencenin kötü muamele, onur kırıcı, insanlık dışı (gayri insani), aşağılayıcı (küçültücü) muamele ve eziyet kavramları arasındaki farklar da önemlidir. Zira, yasak mutlak niteliğini korusa da devletin bazı yükümlülükleri, hangi kötü muamele türünün kastedildiğine göre değişebilmektedir. Devletin işkenceye ve kötü muamele yaşama ilişkin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüğü ile iç hukuktaki işkence ve kötü muameleyle ilişkin suçların düzenleniş biçimi arasındaki fark da değinilmesi gereken bir diğer noktadır. Burada, BMİHK, İKS ve AİHM kararlarına göre işkence ve kötü muamelenin diğer biçimlerinin birbirlerinden nasıl ayrıldığı ele alınacaktır.

İşkence ve kötü muamele arasındaki ilişki de bazen karmaşaya neden olabilmektedir. Her ne kadar bazen arada bir derece farklılığı varmış gibi kullanılıyorsa da, kötü muamele; işkence, zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı, küçültücü muamelelerin tamamına verilen genel bir isimdir.

İşkence ve diğer kötü muamele türleri arasındaki ilişki de uzunca bir süre bir ağırlık farkı olarak anlaşılmıştır. Bu yaklaşıma göre kötü muamele biçimleri, gerçekleştirilen eylem sonucu çekilen acı ve ıstırapın yoğunluğuna göre sınıflandırılmaktadır. AİHM içtihadında bu yaklaşımın örneği, işkenceye ilişkin değerlendirmenin yapıldığı ilk karar olan Yunanistan davasında (başvurunun yapıldığı ve karara bağlandığı dönemde Komisyon tarafından) ortaya konmuştur. Askeri cunta yönetimi altındaki Yunanistan’a karşı Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda’nın ayrı ayrı yapmış oldukları başvuruların birleştirilmesiyle incelenen bu davada, Komisyon bir kademelendirmeye başvurmuştur. Buna göre, her işkence insanlık dışı ve küçültücü muameledir ve her insanlık dışı muamele de aynı zamanda küçültücü muameledir. İnsanlık dışı muamele, kasıtlı olarak ruhsal veya fiziksel, ciddi acı veren ve durumun koşullarıyla haklı çıkarılamayan eylemler olarak tanımlanmıştır. Küçültücü muamele ise, bireyi iradesi hilafına davranmaya iten ve aşağılayan davranıştır.



AİHM'in işkence ve kötü muamele arasındaki ayrıma ilişkin önemli bir diğer kararı İrlanda/Birleşik Krallık kararıdır. Dava İrlanda tarafından Birleşik Krallık ve Kuzey İrlanda hükümetlerine karşı, Komisyon önünde 16 Aralık 1971'de açılmış, ardından 1976'da Mahkeme önüne gelmiştir (para. 1-9'da süreç detaylarıyla açıklanmaktadır). Davanın temelinde Kuzey İrlanda'da yıllara yayılan çatışmalar yer almaktadır. "Sorunlar" (The Troubles) diye adlandırılan 1968-1998 arasındaki dönemde, hükümet ile gerilla yöntemleri benimseyen IRA (İrlanda Kurtuluş Ordusu) arasında çatışmalar şiddetlenmiştir. Başvurunun yapıldığı 1971, şiddetin yoğunlaştığı bir dönem olmuştur. 9 Ağustos 1971 sonrasındaki gözaltı ve müteakip sorgulardaki kötü muamele iddiaları, Mahkeme'nin önüne gelmiştir (para. 92 vd). Kayıt dışı sorgulama merkezlerindeki bazı muameleler (duvarda kolları açık bir biçimde 'stres pozisyonu'nda durma, sorgu hariç sürekli yüzünü koyu renk bir torbayla kapatma, gürültüye maruz bırakma, uykusuz bırakma, aç ve susuz bırakma, para. 96) çeşitli inceleme raporlarına ve soruşturma komisyonlarının araştırmalarına da konu olmuştur. AİHM değerlendirmesini yaparken, insanlık dışı ve küçültücü muamelenin işkenceden nasıl ayrılacağına ilişkin bir kriter sunmuştur. Mahkeme, Komisyon'un yorumundan ayrılmış, bir fiilin işkence sayılabilmesi için kasti insanlık dışı muameleye ek olarak özel bir damga ("*a special stigma*") aranması gerektiğini belirtmiştir (para. 167). Buna ek olarak Mahkeme, BMGK'nin 9 Aralık 1975 günlü, 3452 (XXX) sayılı kararına atıfla işkencenin zalimane, insanlık dışı veya küçültücü muamelenin ağırlaştırılmış ve kasıtlı bir hali olduğunu belirtmiştir. Mahkeme her ne kadar bu beş sorgu tekniğinin amacının her ne kadar itiraf elde etmek olduğunu ve sistematik bir biçimde uygulandığını tespit etmişse de belirli bir yoğunluk ve zalimlik eşiğini geçmediğini belirterek, işkence düzeyine varmadığı sonucuna ulaşmıştır (para. 167). Mahkeme Aksoy/Türkiye kararında da, yapılan muamelenin (Filistin askısı sonucu bir süreliğine iki kolun da felç olması ve gözlerinin bağlanması sonucu yön algısını kaybetme) "özel bir iz" bıraktığını (para. 63) tespit ederek 3. madde mahkumiyetini işkence üzerinden kurmuştur (para. 64).

AİHM Selmouni/Fransa kararında ise, Selmouni'nin maruz kaldığı muamelenin "ciddi" olup olmadığını ve özel bir iz bırakıp bırakmadığını değerlendirmenin gerekli olduğunu hatırlatmakla birlikte (para. 96), İKS'ye atıfla ciddilik derecesinin 3. maddenin uygulanabilmesi için gereken asgari düzey olduğunu tespit etmiştir (para. 100). Mahkeme dinamik bir yorumu benimsediğini ve insan hakları standartlarını gittikçe daha yukarı taşımak gerektiğini hatırlatarak, daha önce insanlık dışı veya küçültücü muamele olarak tanımladığı bazı hallerin gelecekte işkence sayılabileceğini belirtmiştir (para. 101). Selmouni/Fransa kararından bu yana AİHM, işkencenin tanımı için İKS'yi referans almaktadır.

Süheyla Aydın/Türkiye başvurusunda da Mahkeme, "özel bir iz" kriterini hatırlattıktan sonra (para. 195), İKS'ye atıfla amaç unsurunu vurgular ve somut olaydaki ezanın, Necati Aydın'ın bir amaç uğruna kötü muameleye maruz bırakılması ihtimali dışlanmasa da bunu gösterir bir bulgu olmadığından, insanlık dışı muamele olduğu sonucuna varır (para. 196, 197). Bu karar, uygulanan şiddetin tavsifinde amacın ön plana çıktığını göstermektedir.

İşkenceyle ilgili genel yorumunda BMİHK, bu kapsama giren fiillerin MSHS'de tanımlanmadığını ve bir liste ile yasak fiillerin belirlenmesinin de gerekli olmadığını belirterek, muamelenin doğası, amacı ve sertliğine göre bir değerlendirme yapılması gerektiğini ifade eder (para. 4). Ancak bu kriterler, özellikle muamelenin sertliği görelî niteliği nedeniyle belirsizliklere neden olabilmektedir.

İKS'nin aksine MSHS bir işkence tanımı ortaya koymaz. BMİHK, bir fiilin işkence veya diğer kötü muamele olup olmadığını değerlendirirken, olayın tüm şartlarını dikkate almaktadır. Bir fiilin kötü muamele teşkil edip etmediği, yani yasak kapsamına girip girmediği değerlendirilirken, muamelenin süresi ve biçimi, fiziksel ve ruhsal etkileri ile mağdurun cinsiyeti, yaş



ve sağlık durumu göz önünde bulundurulmalıdır. Aynı zamanda BMİHK, mağdurun fiziksel veya ruhsal olarak ciddi acı ve ıstırap çekmiş olmasını da aramaktadır. Bu da göreceli ve değişken bir eşik sorununu ortaya çıkarmaktadır.

Benzeri bir eşik sorunu, işkence ve diğer kötü muamele türleri arasında da vardır. 2 nolu Genel Yorum, işkence ile kötü muamele arasındaki farkı acı ve ıstırap derecesi ve kötü muamelede belirli bir amacın güdülmemesi olarak tespit etmektedir. (Genel yorum 2, para. 10). Ayrıca bir fiil aynı zamanda işkence teşkil ediyorsa sadece kötü muamele olarak değerlendirilmesi de hak ihlalidir.

Komitenin değerlendirdiği bir diğer kriter, mağdurun maruz kalınan cezaya içkin utanç dışında, haysiyetini etkileyecek veya mağduru aşağılayacak bir müdahaleyle karşılaşmış karşılaşmadığıdır.

İKS'de de, işkence ve diğer kötü muameleler arasındaki fark bir derece sorunu olarak ortaya konmuştur. İKS'nin 16. maddesine göre, "işkence derecesine varmayan diğer zalimane, gayri insani veya küçültücü muamele veya ceza" gibi fiiller de yasaktır. Ancak uygulamada İKK işkenceyle zalimane, insanlık dışı veya küçültücü muamele arasında net bir sınır çizmemektedir. İKK, devletin gözetim ve denetimi altında bulunan kişiye kasten ciddi acı ve ıstırap veren fiilleri işkence olarak nitelendirmektedir. Buna mukabil İKK, her ne kadar gerekçesini belirtmese de, Roman evlerinin yakılması ve yıkılması ile ilgili 16. maddeyi uygulamıştır. Nowak, buradaki farkın mağdurların gözaltında/tutuklu olmamaları olduğunu tespit etmektedir. İKK üzerine yapılan etnografik bir araştırma, bu tercihin nedenini devletlerin bu ayırmadan faydalanmasını engellemek olduğunu, uzmanlarla yapılan görüşmeye dayanarak tespit etmektedir.

İşkence Özel Raportörü Manfred Nowak, işkencenin sayılan unsurlarının tamamını taşımayan özellikle kastilik veya belirli bir amaç güdülmesi unsurlarının olmadığı halleri İKS'nin 16. maddesi kapsamında ele almaktadır. Nowak, AİHM içtihadına ve doktrine atıfla, işkence ve kötü muamele arasındaki ayrımı bir derece veya yoğunluk farkı olarak ele almamak gerektiğini, davranışın amacı ve mağdurun güçsüzlüğü (*the powerlessness of the victim*) kriterleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir (para. 39). Bir kimsenin kamu görevlisinin veya başka bir kişinin kontrolü altında olmadığı durumlarda (kişinin karşı koyma imkanı olduğunda) devreye giren orantılılık ilkesi, kontrol sağlandığında değerlendirme dışı kalır. İşkence ve kötü muamele yasağının mutlak niteliğiyle devreye girdiği nokta, Nowak'ın tespitine göre budur (para. 40, 41). Eğer iki kişi arasında *de jure* veya *de facto* bir kontrol ilişkisi yoksa (kelepçeleme, polis aracına alma, nezarethane vb.) kolluk kuvveti kullanımının sınırları ve orantılılığı tartışma konusu olacaktır (para. 38). Kuvvet kullanma sınırları söz konusu olduğunda da yapılan muamelenin kötü muamele kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.

Gerçekten de şiddetin yöneldiği kişinin durumunun da dikkate alınması işkence ve kötü muamele yasağının sınırlarının belirlenmesi bakımından önemlidir. Bununla birlikte, kontrol ilişkisinin kurulmadığı hallerde de müdahalenin yalnızca orantısız olarak değerlendirilmeyeceği, kötü muamele eşiklerini aşabileceği haller de bulunmaktadır. Nowak'ın değerlendirmesinden daha sonra verilen AİHM kararı, mağdurların kolluk kuvvetlerinin kontrolü altında olmadığı ve direnme imkanlarını korudukları hallerde de işkence ve kötü muamele yasağının söz konusu olabileceği değerlendirmesini yapmıştır. Cestaro/İtalya kararında AİHM, 2001 yılında Cenova'da gerçekleşen G8 protestoları esnasında, zirveyi protesto etmek için şehre gelen kişilerin konaklaması için belediye tarafından tahsis edilmiş okula arama amaçlı yapılan baskını bu çerçevede değerlendirmiştir. Kararda, okulda bulunanlara hakaret eden, onları tekmeleyen ve copleyan polislerin davranışları sonucu meydana



gelen ihlal tartışılmaktadır. Mahkeme şehirde sorun çıkaran protestocuların bu binaya sığındıkları kabul edilse bile, bunların davranışlarının kimse için, özellikle de silahlı polisler için tehdit oluşturmayacağını göz önünde bulundurmıştır. Mahkeme burada açıkça mağdurun güçsüzlüğünü tartışmamakla birlikte, binada direnme ihtimali bulunan kişilerin varlığını, kolluk kuvvetlerinin davranışlarının işkence olarak değerlendirilmesi önünde bir engel olarak görmemiştir.

5.3. Esnek Hukuk Kuralları ve İçtihadta İşkence ve Kötü Muamele Yasağı

BMİHK, işkence yasağıyla ilgili hükmü, 9. maddeyle korunan özgürlük ve güvenlik hakkı ve 10. maddeyle korunan özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin haklarıyla beraber değerlendirmektedir. Komite, bazı hallerde işkence veya diğer kötü muamele derecesine varmayan fiilleri veya tutulma koşullarını, 10. maddenin 1. fıkrasıyla güvence altına alınan özgürlüğünden mahrum bırakılan herkesin insancıl muamele ve doğuştan sahip olduğu insanlık onuruna saygı hakkının ihlali olarak değerlendirmektedir. Ancak bir uygulamanın 10/1. madde korumasını aşır 7. madde bağlamında değerlendirilmesi, alıkonulmanın genel koşullarından farklı olarak daha sert bir müdahaleye tabi tutulmasıyla mümkün olmaktadır. Mukong/Kamerun başvurusunda BMİHK, tek parti sistemine muhalif bir gazeteci ve yazar olan Albert Womah Mukong'un bir röportajıyla ilgili tutuklanması olayında, önce nezaret-hanedeki gözaltı koşullarını, ardından gönderildiği kamptaki tutukluluk koşullarını değerlendirmiştir. Kararda, Nelson Mandela kuralları olarak da bilinen Mahpusların Islahı için Asgari Standart Kurallar'a atıfla gözaltına alınan kişinin tutulduğu yerde asgari standartların sağlanmadığı tespit edilmiştir (para. 9.3). Ancak Komite genel koşulların değerlendirilmesinin ötesine geçerek, *incommunicado* tutukluluğu, işkence ve ölüm tehdidini, sindirmeyi, gıda verilmemesini, birkaç gün aralıksız hücrede tutulmasını not etmiş ve 20 nolu Genel Yorum'un 44. paragrafına atıfla 7. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir (para. 9.4).

Yine BM bünyesinde, İKS'nin 17. maddesi uyarınca kurulan İşkenceye Karşı Komite (İKK), taraf devletlerin İKS'den kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini denetleyerek, rutin olarak sunulan devlet raporlarını değerlendirir. Yılda iki defa toplanan ve 10 bağımsız uzmandan oluşan Komite, bireysel başvuruları da incelemektedir. İKK'nin bu faaliyetlerinin yarı yargısal nitelikte olduğu kabul edilmektedir.

İKK ayrıca, üç ayrı genel yorumla işkence ve kötü muamele yasağının kapsamını aydınlatmaya çalışmıştır. Bunlar, 2008 tarihli önleyici tedbirlerin uygulanmasına ilişkin 2 no'lu genel yorum, 2012 tarihli giderim hakkının uygulanmasına ilişkin 3 no'lu genel yorum ve 1 no'lu genel yorumun yerini alan, 2017 tarihli sınırdışı yasağına ilişkin 4 no'lu genel yorumdur.

İKK kararlarında da devletin hem negatif hem de pozitif yükümlülüklerine değinmektedir. İşkence ve kötü muamelenin önlenmesi, işkencenin suç olarak tanımlanması ve faillerin cezalandırılması, İKK'nin üzerinde önemle durduğu yükümlülüklerdir. İKK'nin son dönem kararlarının çoğu, sınırdışı halinde işkence yasağının ihlal edilip edilmediğine ilişkindir.

İKK, işkenceye ilişkin devletin yükümlülüklerini tespit ederken, EKOSOK'un taraf devletlerin yükümlülüklerine ilişkin 3 no'lu genel yoruma atıfla işkence yasağının etkili giderim hakkı ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Buna göre, devletlerin soruşturmada ve ceza yargısı önüne çıkarmada veya hukuk davası açarak takip edilmesine izin vermekteki yetersizliği, İKS'nin 14. maddesiyle güvence altına alınan giderim hakkıyla bağdaşmayacaktır.

Yine etkili giderim ile ilgili yasaların çıkarılması, mağdurun giderim yollarına ilişkin bilgilendirilmesi ve sonrasındaki sürecin şeffaf işlemesi de işkence yasağı bakımından devletin



yükümlülükleri arasındadır. BMİHK genel yorumuna göre de, işkence yasağının 2. maddede düzenlenen giderim hakkıyla beraber değerlendirilmesi gerekir. Vurgulanması gereken önemli bir nokta, 7. madde ile yasaklanan fiillerden herkesin korunması yükümlülüğünün, BMİHK yorumuna göre kamu görevlisi tarafından ika edilen fiillerle sınırlı olmamasıdır (para. 2).

Yargılama sürelerinin uzunluğu da etkili giderim hakkıyla ilişkilidir. Başvurucuların davacı olarak soruşturma sürecine katılmalarının bile beş yıldan fazla sürmesi, Komite’nin etkili giderim hakkı tanınmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermesine neden olmuştur. Komite taraf devleti, hızlı, tarafsız ve bağımsız bir soruşturma yürütmeye tüm failer hakkında işkenceden dava açılmasına ve iç hukuktaki yaptırımlarla cezalandırılmalarına; başvuruculara mağdur statüsünün tanınmasına ve mağdur olmaktan kaynaklı tüm hakların güvence altına alınmasına; başvuruculara etkili giderimin sağlanmasına ve son olarak da ihlalin tekrar edilme-mesi için gerekli önlemlerin alınmasına karar vermiştir.

İKK, özellikle periyodik raporları incelerken, yasal altyapıdaki eksiklik veya uyumsuzluklardan kaynaklanan sorunlara da atıf yapmaktadır. Örneğin, İKS’nin 19. maddesi uyarınca ABD tarafından sunulan periyodik inceleme raporuna ilişkin değerlendirmesinde, ABD’nin bir fiilin işkence kabul edilebilmesi için aradığı “uzun süreli manevi rahatsızlık” kriterini çok dar bularak eleştirmiş ve ciddi manevi acı veren diğer fiillerin de kapsama alınması gerektiğini belirterek yasal altyapı yükümlülüğüne işaret etmiştir.

BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği bünyesinde hazırlanan İstanbul Protokolü olarak bilinen El Kılavuzu, işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı, onur kırıcı, aşağılayıcı muamele veya cezaların etkili soruşturulmaları ve belgelendirilmesine yönelik rehber ilkeler içeren bir kılavuzdur. Esnek hukuk kuralı niteliğinde olan tavsiye kararına, AİHM ve AYM içtihatlarında da atıf yapılmaktadır.

İstanbul Protokolü, tam adıyla İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi için El Kılavuzu, işkencenin tespiti, araştırılması ve belgelenmesi için farklı ülkelerden uzmanların katılımıyla hazırlanmıştır. İstanbul Protokolü, işkence yasağıyla ilgili uluslararası standartların sıralanmasının ardından, ilgili tıp etiği kurallarının sayılmasıyla devam eder. Eğer hukuk kurallarıyla etik kuralları çelişiyorsa, hekimler etik dışı davranmaya zorlanamaz (68. md). Ardından Protokol, işkencenin soruşturulmasıyla ilgili ilkeleri tespit etmektedir. Bunlar aşağıda, etkili soruşturma yükümlülüğü başlığı altında ele alınacaktır.

Avrupa Konseyi bünyesinde de, Avrupa Konseyi İşkenceyi Önleme Komitesinin(CPT) ülke ziyaretlerini müteakiben yayınladığı raporlar ve CPT standartları, Viyana Sözleşmesi’nde sayılan kaynaklardan olmamakla birlikte, AİHM içtihadında referans alınarak kriter olarak benimsenmektedir. CPT, işkencenin önlenmesi ve işkenceyle mücadele için çok geniş bir alanda, detaylı bir standart ve araçlar listesi hazırlamıştır. Bu standart ve araçların uygulanmaması hem işkence yasağının ihlali, hem de cezasızlık sonucu doğurmaya müsaittir. İşkence, insanlık dışı veya onur kırıcı muamelelerin en sık rastlanan ve en ağır sonuçlar doğuran örnekleri, kişinin özgürlüğünün elinden alındığı, gözaltı, tutukluluk, göçmenler bakımından geri gönderme merkezleri ve kamplar, psikiyatri kurumları, çocuk islahavleri, hastane, nakil araçları gibi yerlerde meydana gelmektedir. CPT, bu gibi yerlerin her biri için ayrı ayrı standartları tespit etmiştir. Bu standartlar, kolluğa, cezaevlerine, mülteci merkezlerine, psikiyatri kurumlarına, çocuk islahavlerine, kadın cezaevlerine, nakil araçlarına ve hesap verilebilirlik/şikayet mekanizmalarına ilişkindir. Her başlık altında da işkence ve kötü muamele ihtimalinin arttığı koşullar ele alınmıştır. Her belgeye değinmek bu çalışma kapsamında mümkün ve anlamlı değilse de, genel ilkeler kısaca belirtilecek ve bunun işkence ve



kötü muamele yasağı ve cezasızlıkla ilişkisi üzerinde durulacaktır.

Polis gözetimine ilişkin CPT, gözaltındaki kişinin üç temel hakkının önemini vurgulamıştır. Bunlar, gözaltına ilişkin üçüncü tarafların (aile, arkadaş vb.) bilgilendirilmesi hakkı, avukata erişim hakkı ve kendi seçebileceği bir doktor tarafından muayene edilme hakkıdır. Gözaltına alınan kişiye hakları söylenmeli, muayenenin polislerin duyamayacağı ve mümkünse göremeyeceği şekilde yapılması sağlanmalıdır (para. 37, 38). Bu ilkeler on yıl sonra geliştirilmiştir. Şüphelilerin sorgulanmasının özel bir eğitim gerektirdiği, sorgunun amacının net bir biçimde belirlenmesi ve mümkünse elektronik olarak kaydedilmesi gerektiği, sorgu odasının koşullarının içeride bulunan sopa vb. araçların ve itirafa dayalı ceza usullerinin kötü muamele ihtimalini güçlendirdiği gibi tespitler polis gözetimine ilişkin temel gözlemlere eklenmiştir.

Cezaevindeki koşullarla ilgili de çok sayıda standart ve araca yer veren CPT, kötü muamelelerin yalnızca kasıtlı eylemlerden değil, aynı zamanda organizasyon sorunlarından da kaynaklanabileceğini bu yüzden cezaevi koşullarının da önemli olduğunu tespit etmektedir. Yine CPT’ye göre, hapisanede tecrit zaten sınırlanmış olan hakların daha da fazla sınırlanması anlamına geldiğinden AİHM içtihadıyla geliştirilmiş standartların uygulanması gerekmektedir. Bunlar: Orantılılık, hukukilik, hesap verilebilirlik, gereklilik ve ayrımcı olmamadır. Özellikle hesap verilebilirliğin yokluğu, hukuka aykırı davranışların cezasızlığına neden olabilir.

CPT’nin işkence ve kötü muameleyi önlemek için odaklandığı tek yer cezaevleri değildir. Mültecilerin geri gönderme merkezleri veya idari bir tedbir olarak gözetim altında tutulduğu diğer yerler, psikiyatri hastaneleri, ıslahevleri de tutulan kişilerin kötü muamele riskiyle karşı karşıya olduğu yerlerdir. Mültecileri özgürlüklerinden mahrum bırakan idari gözetim kararı da tıpkı tutuklama gibi son çare olmalı, dikkatli incelemeler sonucu her olay bakımından ayrı ayrı karar verilmelidir. CPT’ye göre zaman sınırlaması olmayan idari gözetim kararları, kolaylıkla insanlık dışı muamele derecesine ulaşabilir. Hakkında idari gözetim kararı verilen mültecinin kötü muamelenin önlenmesi bakımından sahip olduğu haklar, gözaltına alınan kişiyle paraleldir. Avukata ve doktora erişim hakkı, akraba veya yakınlarını bilgilendirme hakkı, haklarına ilişkin bilgilendirilme ve etkili başvuru yolunun tanınmasının yanı sıra, mültecilere tercüman desteği de sağlanmalıdır. Uygulamada, geri gönderme merkezlerindeki denetimsizlik kötü muamelenin önünü açtığı gibi, sonrasında başvurulabilecek mekanizmaların işlememesi, işlese bile mültecilerin başvuru süreçlerini yürütecek bilgi ve imkanlardan yoksun olması, cezasızlık ihtimalini arttırmaktadır.

CPT, işkence ve kötü muamele bakımından cezasızlıkla mücadele için hazırladığı belgede, kötü muameleye derhal ve etkili bir soruşturmayla cevap verilmezse, faillerin yaptıklarının cezasız kalacağını düşünebilecekleri belirtilmiştir. Bunun engellenebilmesi için, kötü muamele ihtimalinin olduğu yerlerdeki kültürün değişimi CPT için en öncelikli adımlardan biridir (para. 26). CPT, bu suçların re’sen, yani şikayete bağlı olmadan soruşturulması gereğini hatırlatarak, soruşturma açmama yönünde takdir yetkisi kullanan savcılıkları eleştirmektedir (para. 27). Yine, mağdurların savcı veya hakim önüne çıkarıldıklarında, kötü muamele gördüklerini beyan etmelerine rağmen bunun kulak arkası edilmesi ve kötü muamele iddialarına başvuru yapmaktan caydırılmaları cezasızlığı beslemektedir (para. 28). CPT, işkence ve kötü muamele iddialarına ilişkin etkili soruşturma yükümlülüğü ile beraber disiplin sürecini işletmenin ve tazminat davası açabilmenin de gerekli olduğunu tespit etmektedir (para. 37, 40). CPT’ye göre kötü muamelenin tespiti halinde failin çarptırılması gereken ceza oranlı olmalıdır (para. 41).



5.4. İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Bakımından Devletin Yükümlülükleri ve Cezasızlıkla Mücadele

Devletlerin işkence ve kötü muamele yasağı bakımından yükümlülükleri, yaşam hakkı bakımından yükümlülükleriyle paraleldir. Öncelikle devletin, kişinin vücut bütünlüğüne saygı duyma ve müdahale etmeme, bir başka deyişle işkence ve kötü muamele yapmama yükümlülüğü bulunmaktadır. Devletlerin, kişi onuru ve haysiyeti ile vücut bütünlüğünü hedef alan işkence ve diğer kötü muamele türleri veya cezaları icra etmeme yükümlülükleri vardır. Bu, devletin işkence yasağı bakımından negatif yükümlülüğüne işaret eder. Devletin negatif yükümlülüğü, kamu görevlilerinin doğrudan işkence yapmasını veya kötü muamelede bulunmasının, buna teşvik etmesinin, cesaretlendirmesinin, azmettirmesinin veya başkaca bir biçimde dahil olmasının da yasaklanması anlamına gelmektedir (İKK 2 Nolu GY, para. 17).

Bu yasak mutlak niteliktedir ve savaş hali, iç karışıklık, olağanüstü hal gibi hiçbir istisnai durum, yasağın ihlalini meşrulaştıramaz. İKK, bazı hallerde farklı sözleşmelerin ve özel normların uygulanması gerektiğini ve bu uygulamalarla işkencenin ortadan kaldırılması amacının geri plana düşebileceği yönündeki devlet görüşüne itiraz ederek, silahlı çatışma hukukunda da işkencenin mutlak yasak olduğunu hatırlatmaktadır. Özellikle ABD'nin 11 Eylül saldırıları sonrası politikası ve uygulamalarının, yasağın mutlak niteliğiyle bağdaşmadığı da aynı değerlendirmede tespit edilmiştir. Benzer tespit, çatışma nedeniyle özel kanunun uygulanacağını ileri süren İsrail'in periyodik raporlarının değerlendirilmesinde de yapılmıştır. Sadece silahlı çatışma değil, aynı zamanda durumun gerekleri de İsrail devleti tarafından sorgulamada fiziksel şiddetin kullanılabilmesi için bir gerekçe olarak ileri sürülmüştür. Bölümün başındaki dipnotta değinilen saatli bomba varsayımı İsrail'in argümanıdır ve Temmuz 2002'de yayımladığı resmi verilere göre, Eylül 1999'dan raporun yayımlandığı tarihe kadar 90 Filistinli, 'saatli bomba istisnası altında' sorgulanmıştır. İKK, hiçbir gereklilik durumunun işkenceyi meşrulaştıramayacağını net bir biçimde tespit etmektedir.

İşkence ve kötü muamele yasağı yalnızca devletin egemen olduğu ülke topraklarında değil, aynı zamanda yargı yetkisine sahip olduğu, yani fiili de olsa uluslararası hukuka göre kontrolünde olan tüm topraklarda uygulanmalıdır. Gemiler ve uçaklar, askeri işgal veya barış operasyonları, elçilikler, askeri üsler vb. yerlerde de devletler işkence ve kötü muamele yasağını uygulamak zorundadır (İKS 2 Nolu genel yorum, para. 16). Bu değerlendirme, İKK kararlarında da yer almaktadır. Özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nin dünya çapında tartışma yaratan kampları ve hapishaneleriyle gündeme gelen bu sorunda İKK, işkence yasağının yalnızca hukuki egemenlik alanında değil, fiili egemenlik alanında da devleti bağladığını belirtmiştir. Aynı değerlendirmesinde İKK, Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin ziyaretine dahi izin verilmeyen gizli tutuklama merkezlerinin varlığının da İKS'yi ihlal ettiğini tespit etmektedir. Yine aynı yerde, Afganistan ve Irak'ta taraf devletin askerleri veya sivil görevlileri tarafından işlenen işkence ve diğer kötü muamele suçları eleştirilmekte, sorumluların cezalandırılması için taraf devlete çağrı yapılmaktadır. İKK, benzer bir soruna İsrail'in İKS'nin İşgal Altındaki Filistin Toprakları'nda (Gazze Şeridi ve Batı Şeria) uygulanmayacağına ve yerleşimcilerin şiddet eylemlerinden İsrail devletinin sorumlu tutulamayacağına yönelik değerlendirmesinin İsrail'in İKS'den kaynaklanan yükümlülükleriyle bağdaşmadığını tespit etmiştir.

Devletin negatif yükümlülükleri yanında, işkencenin önlenmesi, etkili bir biçimde soruşturulması ve orantılı bir ceza ile yaptırıma bağlanması, mağdura etkili başvuru ve giderim yollarının sağlanması gibi pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır. Üçüncü kişilerin işkence veya kötü muamele olarak sınıflandırılacak fiillerini önleme bakımından devletlerin özen



yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu fiillerin de soruşturularak cezalandırılması, devletin pozitif yükümlülüklerindedir.

Önleyici tedbirlere ilişkin genel yorumda, işkence ve bu dereceye varmayan diğer kötü muamele biçimlerine dair devletlerin önleme yükümlülüğüne odaklanılmıştır. Yasağın mutlaklığı hatırlatılırken (para. 6), işkence ve kötü muamelenin iç hukukta uluslararası hukuktaki kriterleri karşılayacak şekilde yasaklanması ve cezalandırılması (para. 8 ve 9) gereğinin altı çizilmektedir.

Devletin bir diğer yükümlülüğü de, kişinin işkence veya kötü muameleye maruz bırakılacağı bir yere gönderilmesini engelleme yönündedir. Sınırdışı veya geri gönderme yasağı olarak bilinen bu yükümlülük de işkenceyle mücadele bakımından önemlidir.

Kadına yönelik şiddet ve ev içi şiddetle ilgili devletin önleme ve özen yükümlülüğü bulunmaktadır. Kamu görevlilerinin bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde devletin yükümlülüğünden bahsetmek mümkündür. Örneğin İKK’nin Kamerun’la ilgili sunduğu görüşünde, kadın sünnetinin yasal olduğu devletlerde, bu uygulamayı yasaklayan kanunun olmayışı veya uygulanmayışının, ihlalle ilgili devletin bilgisi olduğu anlamına geldiği yorumu yapılmıştır. Tecavüz failinin mağdurla evlenmesinin faile ceza verilmesi önünde engel teşkil etmesi de İKK tarafından eleştirilmiştir. Bununla birlikte bazı uzmanlar, ev içi şiddetin Komite’nin sorumluluğu kapsamı dışında kaldığını düşünmektedirler. AİHM de şiddetin üçüncü kişiler tarafından uygulanması halinde devletin ceza hukuku mekanizmalarını işletmesi gerektiğini tespit etmekle beraber, pozitif yükümlülüklerinin kamu görevlilerinin dahil olduğu ihlallerden daha dar kapsamlı olabileceğini ifade etmektedir.

İşkence yasağına ilişkin bir devletin uluslararası hukuktan doğan yükümlülükleri ile ceza hukuku düzenlemeleri arasındaki ilişki hayli önemlidir. Bir kişinin cezai sorumluluğu farklı, devletin uluslararası insan hakları hukukundan kaynaklanan yükümlülükleri farklı bir konudur. Ancak işkence ve diğer kötü muamele faillerinin tespit edilebilmesi ve orantılı bir ceza ile cezalandırılmaları, aynı zamanda devletin uluslararası yükümlülükleriyle ilgilidir. Ceza hukuku kapsamında neyin işkence kapsamına girdiği, neyin diğer kötü muamele teşkil ettiği ve bunlara ilişkin cezalandırma standartları, devletlerin uluslararası insan haklarından kaynaklanan yasal altyapı, önleme ve etkili giderim yükümlülükleriyle doğrudan ilişkilidir.

AİHM de bu ayrıma bazı kararlarında açıkça değinmiştir. Özellikle 2. ve 3. madde ihlallerine ilişkin, ceza hukuku sorumluluğu ile devletin sorumluluğunun birbirinden farklı olduğunun akılda tutulması gerektiğini hatırlatan Mahkeme, kendi incelemesinin Sözleşme’nin amaçlarıyla sınırlı olduğunu belirtir. Devletlerin Sözleşme’den kaynaklanan yükümlülükleri, organları, memurları veya çalışanlarının eylemleri nedeniyle ortaya çıkmaktadır ve ulusal ceza yargısı mercileri önüne taşınmış süreçlerle karıştırılmamalıdır. Bu noktada Mahkeme, kendi incelemesini suçluluk veya aklanmaya ilişkin verilmiş herhangi bir kararla ilgili saymamaktadır.

5.4.1. Siyasetin Belirlenmesi

Tıpkı yaşam hakkında olduğu gibi, gerek işkence ve kötü muamele yasağının uygulanabilmesi gerekse bu alanda cezasızlığın önüne geçilebilmesi, temel itibarıyla devletin bu sorunu bir sorun olarak görmesine, uygulamayı reddetmesine ve uygulandığında da bununla mücadele etme iradesine bağlıdır. Bu nedenle devletin, ayrımcılık gözetmeyen, kolluk ve diğer görevlilerin kuvvet kullanma yetkisini sınırlayan ve sınırlar aşıldığında bununla mücadele eden, nezarethane, cezaevi, islahevi, geri gönderme merkezi gibi yerleri öncelikli olarak kapsayan bir ‘işkenceye sıfır tolerans’ politikasına ihtiyacı vardır.



‘Sıfır tolerans’ politikası politik söylemlerde yürürlükte görünse de savaş, çatışma, iç karışıklık gibi durumlar, zaten kökü hiçbir zaman kazanmamış işkenceyi yaygınlaştırmaktadır. Türkiye, İsrail, Kuzey İrlanda, Nepal, diktatörlük ve cunta rejimleriyle çalkantılı süreçlerden geçen Latin Amerika ülkeleri, Abhazya gibi çatışmalara sahne olan yerler işkence ve kötü muamele sorununun en sık gündeme geldiği yerlerdir. Sadece çatışmalı süreçler değil, devletlerin organize suçlulukla mücadele yöntemleri de işkence ve kötü muamele uygulamalarını yaygınlaştırabilir. Genellikle ulusal güvenlik sorunu çerçevesinde tartışılan ve hatta resmen kabul edilmese de terörle ve organize suçlarla mücadelenin bir aracı olarak uygulanan veya uygulanmasına göz yumulan işkence ve diğer kötü muamele biçimlerinin ortadan kaldırılması, temelde bu sorunların ele alınma biçimlerinin dönüştürülmesiyle, yani buna uygun siyasanın benimsenmesiyle mümkündür.

Aynı şekilde kadına ve LGBTİ'lere yönelik sistematik erkek şiddeti, cinsiyet ayrımcılığının ve ataerkil politikaların ortadan kaldırılmasıyla azaltılabilir. Buna karşı duran, hedef gösteren söylemlerin kullanımı şiddeti besleyecek, cinsiyet ayrımcılığı mağdurlarını daha da kırılgan bir konuma yerleştirecektir. Nitekim İKK'nin 2 numaralı yorumu da bu noktaya değinmektedir. En temel insan haklarından olan ayrımcılık yasağının ihlali, çeşitli grupları işkence ve kötü muamele fiillerine karşı korumasız bırakabilir; bazı kişi ve grupları marjinalleştirerek hedef haline getirebilir. Bu itibarla azınlıklar, dışlanan gruplara mensup kişiler, risk altındaki toplumsal grup veya sınıfların işkenceye karşı korunması özel önem arz etmektedir (İKK, 2 nolu yorum, para. 21).

CPT'nin cezasızlıkla mücadele başlıklı belgesi de işkence bakımından devlet yetkililerinin cezasızlıkla mücadele etme iradesinin önemine değinir. Bu konuda hiçbir şüpheye mahal bırakılmaması gerektiğini hatırlatan CPT, bu tavrın tüm düzeylerde desteklenmesi gerektiğini, gerekli görüldüğünde en yetkili ağızlardan işkenceye müsamaha gösterilmediğinin resmi biçimde açıklanması gerektiğini belirtmektedir.

İşkence ve kötü muamele yasağıyla ilgili devletin politikasındaki kaymanın işkence ve kötü muamelenin yaygınlaşmasına, sistematikleşmesine ve normalleşme düzeyine varacak kadar tartışmaya açılmasına neden olan önemli bir örnek, ABD'nin 11 Eylül sonrası tepkisi ve uygulamalarıdır. İkiz Kuleler ve Pentagon'a yönelik saldırıların ardından 'teröre karşı savaş' ilan eden George W. Bush başkanlığındaki ABD yönetimi, bir hafta içinde askeri kuvvet kullanımı için yetkiyi meclislerden geçirmiş, yürütmeye sınırsız denebilecek yetkiler tanımıştır. Bir ay içinde BM tarafından uluslararası terörizmle mücadelede İKS ile uyumlu davranma mecburiyeti ABD'ye hatırlatılmıştır.

Ardından yayımlanan memorandumlar, ABD'nin teröre açtığı savaşın uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerinden nasıl uzaklaştığını, yer yer kendini bu normlarla bağlı tutmama iradesini yansıtmaktadır. El Kaide ve Taliban'a karşı yürütülen mücadeleyi, ülkeler arasında gerçekleşen savaştan farklı bir kavram olarak ele alan bir memorandumda Cenevre Sözleşmelerinin uygulanmayacağı, bu kapsamda yakalananların savaş esiri, işlenen fiillerin de savaş suçu sayılmayacağı gibi görüşlere yer verilmiştir. 1 Ağustos 2002 tarihli memorandum doğrudan İKS'ye ilişkindir. Bu memorandum, işkencenin tanımını çok daraltan (mağdurun ölümü, organını yitirmesi veya fonksiyon kaybına uğraması, psikolojik etkinin ise aylarca hatta yıllarca süren bozukluklara neden olması) ve böylelikle "ileri sorgulama teknikleri" gibi işkence ve kötü muamelenin sistematikleşmesini ve kurumsallaşmasını kolaylaştıran yöntemleri meşrulaştırmıştır.

Her ne kadar işkence ve kötü muamele yasağı tartışmaları terör ile bağlantılı olarak gündeme gelse de örgütlü diğer suçlarla mücadele bakımından da işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edilmesi örnekleriyle sıklıkla karşılaşılmaktadır. Örneğin mafya benzeri yapılanmalarla



mücadele kapsamında tutuklanan başvuru, Labita/İtalya davasında, Pianosa Cezaevi’nde kendilerine karşı yapılan küçük düşürücü muamelenin, tehdit ve aşağılamaların amacının mahpusların yıldırılması için bir araç olduğunu ileri sürmüş, faillerin tespit edilememesini de hükümetin bu muameleleri cesaretlendirmesi olarak yorumlamıştır (para. 117, 118).

5.4.2. Yasal Altyapı Yükümlülüğü

İşkence ve kötü muamele yasağının ulusal hukukta tanınması ve işkence suçunun uluslararası standartlarla uyumlu olarak tanımlanması ve cezalandırılması yasal altyapı yükümlülüğünün temelini oluşturmaktadır. İşkence ve kötü muamelenin yasaklanması, BMİHK Genel Yorumuna göre, 7. maddeden kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi için yeterli değildir. Aynı zamanda işkence suç olarak tanınmalıdır (para. 8). İKS’nin 4. maddesi de taraf devletlerin tüm işkence eylemlerinin kendi ceza kanununa göre suç olmasını sağlayacağını güvence altına almaktadır.

Bu noktada İKS ile diğer uluslararası sözleşmeler arasındaki bir farka değinmek gerekmektedir. İKS, yalnızca işkence suçunun ceza kanununa göre suç olarak tespit edilmesini ve cezalandırılmasını yükümlülük olarak devletlere yüklüyor gibi görünmektedir. Aynı şekilde evrensel yargı yetkisinin tanınması yükümlülüğü de yalnızca işkence fiillerini kapsamakta, diğer zalimane, insanlık dışı ve küçültücü muamele bakımından böyle bir yükümlülük bulunmamaktadır. İKS’nin 16. maddesinde düzenlenen, işkence derecesine varmayan diğer kötü muamele biçimleriyle ilgili yasal altyapı yükümlülüğü daha dar tutulmuştur. Oysa benzeri bir ayırım MSHS ve AİHS’te gözetilmemiştir. Bu itibarla, kötü muamelenin tüm biçimleri bakımından yasal altyapı yükümlülüğünün geçerli olduğu tartışmasızdır.

Yasal altyapı yükümlülüğünün temeli işkencenin suç olarak tanımlanması ve cezalandırılması olsa da, bu yükümlülüğün kapsamı, bundan çok daha geniştir. İşkence meydana gelmeden önce, önlenmesi için kurulması gereken yasal altyapının yanı sıra, işkenceye verilecek cevaba ilişkin yasal altyapının bütünü, bu yükümlülük kapsamındadır.

Taraf devletler işkencenin cezalandırılması için yasal, idari ve yargısal tüm önlemleri almalıdır (İKS md. 2). Bu düzenlemelerde, yasaklanan fiiller için hangi cezaların öngörüldüğü açıkça belirtilmelidir (para. 13). İnsanlık onuruyla bağdaşmayan muameleyi teşvik eden, emreden, hoş gören veya uygulayan herkes, cezalandırma yükümlülüğünün kapsamındadır (para. 13). İşkencenin cezalandırılması, işkence yapmaya teşebbüs, işkenceye iştirak veya suç ortaklığı yapan şahsın fiilinin de suç sayılmasını gerektirmektedir. Bu suçlar için öngörülen cezalar, fiilin ağırlığıyla orantılı olmalıdır.

İşkencenin ve kötü muamelenin önlenmesine dair yasal altyapı yükümlülüğü, bu yasağı ihlal eden fiillere yönelik emre uymayan memurun korunmasına ilişkin yasal güvenceleri de kapsar. Hukuka aykırı olan emre itaat etmeyen kişinin cezalandırılması veya başka bir biçimde olumsuz davranışla karşılaşması devletin yükümlülüğüyle bağdaşmaz. Bu kişilerin korunması için gerekli tedbirlerin alınması da devletin yasal altyapı yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmelidir.

Yasal altyapı yükümlülüğünün işkence ve kötü muameleyle neden olabilecek yasal veya diğer düzenlemelerin ilgası da yasal altyapı yükümlülüğünün bir parçasıdır. Uzun gözaltı süreleri, hekim, hakim veya avukat görüşü olmaksızın tutulma, gayrınizami gözaltı yerleri veya kişinin özgürlüğünden mahrum olarak kaldığı geri gönderme merkezleri gibi yerlerin varlığı da işkenceye yol açma ihtimalini arttıran unsurlardır. Bunların işkenceye mahal vermeyecek şekilde düzenlenmesi ve gerekli güvencelerin sağlanması da yasal altyapı yükümlülüğünün bir parçası olarak değerlendirilmelidir.



Yasal altyapı yükümlülüğü aynı zamanda işkence suçu bakımından evrensel yargı yetkisinin tanınmasını da içermektedir. Buna göre bir ülke, işkence şüphelinin, suçun nerede ve hangi ülkenin vatandaşına karşı işlendiğine bakılmaksızın yargılanmasını temin etmelidir (İKS. md 5). Bunun için şüphelinin yargılanacağı şekilde sınır dışı edilmesi veya ülke içinde yargılanması gerekmektedir (İKS. md. 7).

Yasal altyapı yükümlülüğü, işkence gerçekleşikten sonra verilecek yanıtla ilişkin düzenlemelerin de uluslararası standartlarla uyumlu olmasını kapsamaktadır. Bu yükümlülüğün bir görünümü, işkence sonucu elde edilen delillerin herhangi bir yargılamada kullanılmasının yasaklanmasıdır. (İKS. md. 15). Yasal altyapı yükümlülüğü sadece işkence ve kötü muamelelerin cezalandırılmasını değil, aynı zamanda bu yolla elde edilen ifadelerin, yargı süreçlerinde kullanımının da yasaklanmasını da kapsamaktadır (para. 12).

İşkence ve kötü muameleyle verilecek cevap, yine etkili giderim hakkı ile beraber 7. madde ile yasaklanan fiillerin derhal durdurulmasına ilişkin güvencelerin sağlanmasını ve bunlara karşı şikayet yolunun iç hukukta tanınmasını da kapsamaktadır (para. 14).

Yasal altyapı yükümlülüğü, kamu görevlisinin dahil olduğu kötü muamele veya işkence fiilleriyle ilgili af veya bağışlamanın reddedilmesini de kapsar. Bu aynı zamanda, devletin işkence ve kötü muamele faillerinin hakkaniyetli bir ceza ile cezalandırması ve etkili giderim yükümlülüğü kapsamındadır. Bu nedenle aşağıda o başlıklarda ele alınacaktır.

5.4.3. Önleme Yükümlülüğü

İşkence ve kötü muamelelerin önlenmesi, devletlerin işkence yasağından kaynaklanan yükümlülüklerinin bir parçasıdır (İKS, md. 2, BMİHK Genel yorum, para. 8). İKS'nin 2. maddesi uyarınca sözleşmeye taraf devlet, yetkisi altındaki ülkelerde işkence olaylarını önlemek için etkili kanuni, idari, adli veya başka tedbirleri almakla yükümlüdür. İşkenceye ilişkin devletin önemli bir yükümlülüğü de sınırdışı edilmesi halinde işkence veya kötü muamele görme riski olan kişilerin sınırdışı edilmesine yönelik yasaktır.

Önleme yükümlülüğü yalnızca işkenceyle sınırlı değildir, bu raddeye ulaşmayan diğer kötü muamele ve cezalandırma biçimlerini de kapsamaktadır. Bu durum, İKS'nin 16. maddesinde açıkça belirtilmiştir:

"Devlet kendi egemenliği altındaki bir ülkede, birinci maddede tanımlanan işkenceye varmayan diğer zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya ceza fiillerinin bir kamu görevlisi ve resmi sıfatla hareket eden bir diğer kimse tarafından veya bu kimsenin teşviki veya rızası veya muvafakati ile işlenmesini önlemeyi taahhüt eder."

2 no'lu genel yoruma göre de, İKS'nin 16. maddesinde değinilen kötü muamelelerin önlenmesi, işkencenin önlenmesinden ayrı düşünülemez. Bu ikisi birbiriyle bağlantılı ve ilişkilidir; kötü muameleyle zemin hazırlayan koşullar işkenceyi de kolaylaştırmaktadır (para. 3)

Bu madde uyarınca, işkence düzeyine varmayan diğer kötü muamelelerin de önlenmesi devletin yükümlülükleri arasındadır. Bu neviden muamelelerin önlenmesi için özellikle 10-13. maddeler arasına atıf yapılmışsa da, önleme yükümlülüğünün kapsamı daha geniştir.

İKS'nin 10-13. maddelerinde anılan önlemler, BMİHK'nin genel yorumundaki önerilerle paralellik göstermektedir. Buna göre önleme yükümlülüğü, kolluk kuvvetlerinin ve özgürlüğünden herhangi bir biçimde mahrum bırakılan kişilerle temas kuran diğer kamu görevlilerinin işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin bilgilendirilmesi ve eğitilmesini içermektedir (İKS md. 10, BMİHK genel yorum para. 10).



İKK’nin 2 nolu genel yorumu da, işkence ve diğer kötü muamele biçimlerinin önlenmesine odaklanmaktadır. İşkencenin önlenmesi için, taraf devletler gözaltı ve sorgulama kural, yönerge, metod ve uygulamalarını sistematik olarak gözden geçirmelidir (BMİHK Genel Yorum, para. 11). Bazı soruşturma yöntemleri doğrudan kötü muamele oluşturabilir. Özellikle 11 Eylül saldırısı sonrası ABD’de uygulanan “ileri sorgulama teknikleri” işkencenin sistematikleşmesine katkı sunması itibariyle insan hakları örgütleri tarafından eleştirilmiş, çeşitli raporlara konu olmuştur. Basınçlı su ile sorgulama (*waterboarding*), yalancı infaz (*mock executions*), uykudan mahrum bırakma gibi yöntemler 2002 ile 2009 yılları arasında 11 Eylül saldırısıyla bağlantılı olarak tutuklanan 119 kişiden en az 39’una uygulanmıştır. Bu yöntemler, İKK tarafından da eleştirilmiştir.

Gözaltındaki kişilerin, resmen gözaltı merkezi/nezarethane olarak tanınan yerlerde ve kayıt altına alınarak tutulmaları, gözaltından kimin sorumlu olduğunun bilinmesi ve gözaltındaki kişinin yakınlarının bilgilendirilmesi de işkence ve kötü muamelenin önlenmesi için sağlanması gereken standartlardır. Bu aynı zamanda, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkıyla da yakından ilişkilidir ve zorla kaybedilmenin önlenmesi için de kritik önemdedir (BMİHK genel yorum para. 11, İKK 2 nolu GY, para. 13).

Önleme yükümlülüğü, kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakıldıkları yerlerde görevli personelin ve özellikle sorgulamada yer alan kolluk görevlilerinin işkence ve kötü muamele yasağıyla ilgili eğitim almasını da kapsamaktadır. Bu eğitim, sorgu yöntem ve usullerine, bir kişinin işkence ve kötü muameleye maruz kaldığının nasıl anlaşılacağına ilişkin de olmalıdır. Kamu görevlilerinin, işkence ve diğer kötü muamele izleri tespit etmesi halinde bunu üstlerine rapor etmesi mecburiyeti de önleme yükümlülüğünün bir parçasıdır.

İşkence ve kötü muamelenin önlenmesi için, gözaltında veya başka şekillerde devletin denetimi altında bulunan kişilerin tutuldukları yerlerde bu tür muamelelerde kullanılacak araçlar bulundurulmamalıdır (BMİHK Genel Yorum para. 11). Yine bu kişilerin hızlı ve düzenli bir biçimde doktor ve avukat erişimi olmalıdır (para. 11). Özellikle avukat erişimini kısıtlama eğilimi, işkence ve kötü muamelenin önlenmesi yükümlülüğünün ihlalini oluşturmaktadır. İsrail’in gözaltındaki bir kişinin hakim önüne çıkarılması için azami sürenin 96 saat oluşu ve avukat erişimi olmadan 21 gün özgürlüğünden mahrum bırakılabilmesi, İKK tarafından eleştirilmiştir.

İşkence ve kötü muamelenin önlenmesi, CPT’nin de temel amacıdır. Bu itibarla Sözleşme’nin 2. maddesi uyarınca CPT’nin ülke ziyaretine izin vermek, 3. maddesi uyarınca da CPT ile işbirliği yapmak, devletin yükümlülüğüdür. 11/2. madde uyarınca CPT raporları taraf devletin talep etmesi halinde yayımlanabilir. İşkence ve kötü muamele genellikle devlet gözetimi ve denetimi altında doğrudan kamu görevlilerince veya devletin göz yumması sonucu gerçekleştiğinden, raporun yayımının devletin talebine bağlanması işkenceye karşı koruma standartlarını düşüren bir tercih olmuştur. Bununla birlikte, taraf devletlerin raporun açıklanmasına izin vermemesi, hem işkencenin önlenmesi ve işkenceyle mücadele, hem de hesap verilebilirlik bakımından şüphe uyandırıcıdır.

CPT’ye göre avukata erişim, işkencenin önlenmesi amacıyla gözaltına alınan kişilere tanınan üç temel haktan biridir. 2011 yılında yayınladığı genel raporun bir kısmı, gözaltında avukata erişime ilişkindir. Bu hak kişi özgürlüğünden yoksun kaldığı anda tanınmalıdır; zira kişinin özgürlüğünden mahrum bırakıldıktan sonraki ilk zamanları, caydırıcı fiziksel kötü muameleye en çok maruz kaldığı zamanlar olarak tespit edilmiştir (para. 19). Gözaltı sebebinin ağırlığının da avukat erişimini kısıtlamaması gerekmektedir, zira Komite’ye göre zaten ağır vakalar (terörle mücadele gibi) kötü muamele ihtimalini güçlendirmektedir (para. 21).



CPT, polis gözetimi altında kötü muamelenin engellenmesi için 2019 yılında görüşlerini güncellediği yeni bir rapor daha yayınlamıştır. Önceki ilkeleri tekrarlayanın yanı sıra CPT, yasal altyapı uluslararası standartlarla ne kadar uyumlu olursa olsun, uygulamadaki sapmaların kötü muameleye neden olduğunu hatırlatmaktadır (para. 68, 85). Kötü muamelenin bu itibarla polis kültürüyle ilişkili olduğu ve ceza adaleti sisteminin bütünlüklü bir dönüşümü olmaksızın kökünün kazınmasının zorluğu üzerinde de durulmaktadır (para. 70, 71).

AİHM de işkence ve kötü muamele yasağı ile ilgili devletlerin önleme yükümlülüğü üzerinde durmaktadır. Tıpkı Osman/Birleşik Krallık kararında olduğu gibi, Z ve diğerleri/Birleşik Krallık kararında da Mahkeme, devletlerin işkence ve kötü muameleyi engellemek için uygun önlemlerin alınmasını vurgulayarak, bu önlemlerin etkili bir koruma sağlaması gerektiğini tespit etmiştir. Önleme yükümlülüğünün özellikle çocuklar ve diğer hassas kişiler söz konusu olduğunda daha önemli olduğunu belirten Mahkeme, bu yükümlülüğün yetkililerin kötü muameleyi bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde makul adımların atılmasını da kapsadığını tespit etmiştir.

Yine, İrlanda/Birleşik Krallık kararında Mahkeme, kolluk kuvvetlerinin İngiliz ordusunun Kuzey İrlanda’daki bir yerleşkesi olan Palace Barracks’ta, kötü muamelede bulunduğunu bilmemenin mümkün olmadığını belirterek, bu tür kötü muamelenin meydana gelmemesi ve tekrar edilmemesi için yetkililerin hiçbir önlem almadığını değerlendirmiştir. Aynı kararda, her ne kadar aşırı güç kullanımı ordu talimatnameleriyle yasaklanmış ve gözaltındaki kişilere uygun bir biçimde davranılmasına ilişkin Başsavcılık (the United Kingdom Attorney-General) tarafından yönerge yayımlanmış olsa da, uygulamada bunlara uyulduğuna ilişkin tatmin edici kanıtın olmamasını Mahkeme önleme yükümlülüğüne aykırı olarak değerlendirmiştir (para. 135). Aynı şekilde, işkence veya kötü muamele altında alınan ifadelerin olağan ceza yargılamasında delil olarak kullanılması mümkün değilken, bu yasağın mahkeme dışı süreçlerde veya üçüncü kişilerin ifadelerinde geçerli olmaması da önleme yükümlülüğünün ihlali olarak görülmüştür (para. 136). Önleme yükümlülüğü, tekerrürün önlenmesini de kapsamaktadır.

5.4.5. Etkili Soruşturma Yükümlülüğü

İşkence ve kötü muamele iddialarına ilişkin etkili soruşturma yükümlülüğü, İKS’nin 12. maddesiyle taraf devletlere açıkça yüklenmiştir. MSHS ve AİHS sisteminde ise, tıpkı yaşam hakkında olduğu gibi, işkence ve kötü muamele yasağını getiren maddelerin, devletin genel insan hakları yükümlülüğü ile birlikte değerlendirilmesinden doğmaktadır. Örneğin AİHM, Assenov ve diğerleri/Bulgaristan kararında, yaşam hakkına ilişkin içtihadına atıfla, işkence yasağını düzenleyen 2. maddenin, genel insan hakları yükümlülüğünü düzenleyen 1. madde ile birlikte değerlendirilmesi sonucu sorumluların tespit edilip cezalandırılmalarına yönelik etkili soruşturma yükümlülüğü doğurduğunu tespit eder (para. 102).

Yine AİHM tarafından soruşturma yükümlülüğü, esasa ilişkin ihlalden bağımsız bir biçimde değerlendirilmektedir. 12 Eylül darbesinin ardından işkencede öldürülen x’in eşi tarafından açılan Teren Aksakal/Türkiye davasında, işkence suçunun soruşturulması bakımından önemli bir karar vermiştir. X’in 12 Kasım 1980 günü hayatını kaybetmesinin ardından açılan soruşturma/yargılama 2003’e kadar devam etmiştir. AİHM ihlal her ne kadar Türkiye’nin Mahkeme’nin yargı yetkisini kabul etmesinden önce gerçekleşmiş olsa da, soruşturma yükümlülüğünü esasa ilişkin ihlalden bağımsız bir biçimde değerlendirmiş ve soruşturma ödevinin devlete yüklenebileceğini kabul etmiştir (para. 69). Soruşturma işlemlerinin önemli bir kısmının yargı yetkisinin tanındığı günden sonra yapılmış olup olmadığı da AİHM tarafından incelenecektir.



Bu yükümlülük yalnızca işkence ve kötü muamele yasağının usuli yükümlülüğüne değil, aynı zamanda etkili giderim hakkına da ilişkindir. Bu yorumu AİHM de benimsemektedir. Aksoy/Türkiye kararında, 3. maddenin 13. maddeyle beraber değerlendirilmesi sonucu, etkili giderim hakkının işkence ve kötü muamele yasağı ihlalleri bakımından tam ve etkili bir soruşturma yürütülmesini de kapsadığı, AİHM tarafından tespit edilmiştir.

Soruşturma yükümlülüğünün kapsamı, içtihat ve esnek hukuk kurallarıyla netleşmiştir. İşkence ve kötü muamele yasağı bakımından bu yükümlülüğün sınırları özellikle İstanbul Protokolü ile çizilmiştir. AİHM kararlarında da atıf yapılan ve standart olarak kullanılan bir esnek hukuk belgesi olarak Protokol, neredeyse sözleşmesel bir güce ulaşmıştır. Yine BMİHK genel yorumu, CPT ilkeleri, İKK karar ve görüşleri etkili soruşturma yükümlülüğünü aydınlatan kaynaklardır. Bu kaynakların birlikte değerlendirilmesinden, etkili soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğini tespit edebilmek için değerlendirilmesi gereken unsurlar ortaya çıkmaktadır. Bunlar yukarıda yaşam hakkı bakımından ele alınan standartlarla paraleldir. İşkence ve kötü muamele yasağı bakımından da cezasızlığın önlenmesi için soruşturma bağımsız ve tarafsız olmalı, soruşturmacıların yetkin olmalı, re'sen soruşturma ilkesi benimsenmeli, soruşturma olgusal gerçekliğin ortaya çıkarılmasını hedef almalı, şeffaf ve hızlı olmalıdır.

Bağımsızlık, Tarafsızlık ve Yetkinlik: Soruşturmanın etkili olduğundan bahsedebilmek için soruşturmacıların tarafsızlığı ve bağımsızlığı garanti edilmelidir. Bu, soruşturmacılarla şüphelilerin aynı kuruluş bünyesinde çalışmamalarını ve aralarında hiyerarşik bağ bulunmamasını gerektirmektedir, ancak bununla sınırlı değildir. Soruşturmacıların kurumsal tarafsızlık ve bağımsızlığın yanı sıra, uygulamada da tarafsız ve bağımsız olmaları gerekir. Bir başka deyişle soruşturmacılar objektif ve subjektif olarak bağımsız ve tarafsız olmalıdır.

İKK, İsrail'de 2002 ile 2007 arasında işkence iddiasıyla yapılan 550 şikayetin yalnızca 4'ünün disiplin cezasıyla cezalandırılmasını ancak hiçbir soruşturma açılmamasını eleştirmiş, soruşturmanın İsrail Güvenlik Birimi (*Israel Securities Authority* -ISA-) dışında bağımsız ve tarafsız bir mekanizma tarafından yürütülmesinin gerekliliğine değinmiştir.

AİHM de, soruşturmanın bağımsızlığı sorununu çeşitli başvurularda değerlendirmiştir. Bunlardan biri Ümit Gül/Türkiye başvurusudur. Mahkemeye göre, kötü muamele iddialarına ilişkin soruşturmanın, şüphelilerin amiri tarafından yürütülmüş olması, aynı zamanda yine şüphelilerin hiyerarşik üstü konumundaki vali tarafından soruşturma izni verilmemiş olması soruşturmanın bağımsızlığına hanel getirmiştir (para. 53). Mahkeme, hükümetin soruşturma izninin memuru asılsız ithamlardan korumak için tanınmış bir güvence olduğu yönündeki itirazına itibar etmemiştir (para. 54).

Aynı şekilde, Saçılık/Türkiye başvurusunda da Mahkeme, yerel mahkemedeki duruşmaya zorla çıkarılmak istenen tutuklulara yönelik sert müdahaleyi değerlendirdiği kararında, ilk soruşturmanın doğrudan şüphelilerin amiri olan askerler ve vali tarafından yürütülmesinin, soruşturmacının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesiyle bağdaşmadığı sonucuna varmıştır (para. 98). Böylelikle yargı mercilerinin hızla toplanması elzem olan delillere ulaşması da gecikmiştir. Ayrıca Mahkeme, savcılarının da bağımsızlığını ve tarafsızlığını tartışma konusu yapmıştır. Buna göre, herhangi bir soruşturma yapmaksızın Burdur savcısının Adalet Bakanlığı'na ve Jandarma Genel Komutanlığı'na kuvvet kullanımını haklı çıkarmaya çalışan mektuplar yazması ve ordu komutanının savcıya, mağdurlar lehine idari yargıda tazminata hükmedilmiş olmasından bahisle dosyayı kapatması yönünde telkinde bulunması da soruşturmanın bağımsızlığını olumsuz etkilemiştir (para. 100, 101, 102).

Ayrıca soruşturmaya ilgili tüm bilgileri toplanabilmesi için gerekli yetki, bütçe ve teknik imkanların da soruşturmacılara sağlanması gerekmektedir. Bunlar, soruşturmaya ilişkin



gerekli bilgilerin toplanması bakımından önemli olduğu gibi, şüphelilerin ifadesinin alınması ve haklarında işlem başlatılması bakımından da gereklidir.

Hızlılık: BMİHK genel yorumuna ve İstanbul Protokolü'ne göre, işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin şikayetler hızlıca ve bağımsız, yetkin otoritelerce soruşturulmalıdır (Genel Yorum, para. 14).

AİHM, Tekin/Türkiye kararında, başvuruçunun şikayetlerine rağmen etkili bir soruşturma yürütülmemesinin (soruşturmaya ancak AİHK'in başvuruyla ilgili iddiaları hükümete sorması ile başlanması, buna rağmen sorumlu amirlerin birinden ifade alınmasının 4 ay sürmesi, diğerinin ifadesine de hiç başvurulmaması ve bir yıl sonra da takipsizlik kararı verilmesi -para. 67-) etkili giderim hakkının ihlaline neden olduğunu tespit etmiştir (para. 68).

Mahkeme Batı ve diğerleri/Türkiye kararında da, işkence ve kötü muamele iddialarına konu olan olayın üzerinden 8 yıl geçtikten sonra kolluk görevlileri hakkındaki dosyanın Yargıtay önünde derdest olmasının, olaydan sonra soruşturmanın açılma hızı, tamamlanması ve ilk derece yargılamasının süresini de hesaba katarak hızlı soruşturma ilkesini ihlal ettiğine hükmetmiştir. Mahkeme devamla, soruşturmanın yavaşlığı ve özensizliğinin şüpheliler bakımından gerçek bir cezasızlık yarattığını tespit ederek, cezai bir giderimden bahsedilemeyeceğini belirtmiş ve 13. maddenin de ihlal edildiğine hükmetmiştir (para. 148, 149).

AİHM, Demirbaş ve diğerleri/Türkiye başvurusunda da benzer tespitleri tekrarlamıştır. Kötü muamele iddiasına dayanak teşkil eden olaydan sonra soruşturma açılmadığını, ancak 3 yıl sonra, başvuruçunun avukatı tarafından başvuru yapıldıktan sonra harekete geçildiğini, şikayetten sonra bile iddianamenin hazırlanıp mahkemeye gönderilmesinin bir yıl üç ay sürdüğünü ve mahkemenin de iki buçuk yıl sonunda yetkisizlik kararı vermesini, dosyanın gönderildiği mahkemenin ise davayı düşürdüğünü değerlendiren Mahkeme, yukarıdaki kararlardan farklı olarak 13. madde dolayımına başvurmaksızın, Sözleşme'nin 3. maddesinden kaynaklanan usuli yükümlülüklerin ihlal edildiğine hükmetmiştir (para. 68-71).

Re'sen Soruşturma İlkesi: Soruşturma, mağdurun şikayeti olmasa bile re'sen başlatılmalıdır (İstanbul Protokolü, para. 10, 79). Bu soruşturmanın kendiliğinden başlaması ilkesi olarak da ifade edilmektedir. AİHM içtihadı da bu yöndedir. Aksoy/Türkiye davasında AİHM, kötü muameleyle ilişkin gözle görülür belirtiler taşıyan mağduru görmesine rağmen harekete geçmeyen savcının hareketsizliği nedeniyle etkili giderim hakkının ihlal edildiğini tespit etmiştir. İşkence Özel Raportörü de çeşitli kararlarında işkence iddiasının gözetim altındaki kişi veya yakını veya avukatı tarafından ileri sürülmesinin ardından, hatta başvuruya gerek olmaksızın soruşturma mecburiyetinin doğduğunu çeşitli önerilerinde belirtmiştir.

Uygunluk ve Bütüncüllük: Etkili bir soruşturmanın amacı öncelikle işkence iddiasına ilişkin olguların açığa çıkarılması olmalıdır (para. 77). Soruşturma, olgusal gerçekliğin ortaya çıkarılması amacının yanı sıra, tekerrürü önlemek için alınması gereken önlemlerin tespiti ve sorumluların yargılanmaları ve/veya haklarında disiplin sürecinin yürütülmesi amacını gütmeli ve bunları kolaylaştırmalıdır (para. 78, a, b, c). Soruşturma, sorumluların tespit edilebilmesine yönelik olmalıdır; böylelikle mağdurlar için etkili giderim ceza yargılaması ve benzeri yollarla sağlanabilir (para. 77). Bu amacın gerçekleştirilebilmesi için bir soruşturma en azından mağdurun ifadesini içermeli; tıbbi kanıtlar da dahil olmak üzere kanıtları korumalı, olası tanıkları tespit ederek ifadelerine başvurmalı; olayların nasıl, ne zaman, nerede gerçekleştiğini ve bir örüntü teşkil edip etmediğini tespit etmelidir (para. 77).

Assenov ve diğerleri/Bulgaristan kararında AİHM, her ne kadar işkence iddiaları hakkında soruşturma yürütülmüşse de soruşturmanın mağdurun polis tarafından değil, babası tara-



findan darp edildiğini ispatlamaya yönelik olduğunu belirtmektedir (para. 103). Bağımsız tanıkların dinlenmemiş olması da etkili soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilmediğine yönelik bir başka gösterge olarak ihlal kararı çıkmasına katkı sunmuştur (para. 105).

Soruşturmanın Tekerrürü Önleyecek Nitelikte Olması: Yukarıda açıklandığı üzere cezasızlık, suçun tekrarlanmasını sağlayan bir sarmal yaratmaktadır. Soruşturma aşamasında suçun etkili bir biçimde soruşturulmasının bir parçası olarak, suçun tekrarının önlenmesi de gerekmektedir. Bunun için başvurulabilecek çeşitli önlemler vardır. Bunlardan biri, hakkında işkence ve kötü muamele iddiası olan kişinin derhal görevden uzaklaştırılmasıdır (İstanbul Protokolü, para. 80). Kişinin görevden uzaklaştırılmak yerine terfi ettirilerek adeta taltif edilmesi de cezasızlık sorununun tipik bir görünümüdür.

AİHM sorgu esnasında dayak yiyen Halil İbrahim Okkalı/Türkiye başvurusunda, disiplin süreçleriyle cezasızlık arasındaki ilişkiye değinmiştir. Her ne kadar dava boyunca şüpheli polislerin görevden uzaklaştırıldığı ileri sürülmüşse de, hükümetin bunu destekleyen hiçbir kanıt sunmadığını; haklarında başkaca bir disiplin süreci de işletilmediğini tespit ederek; başvurucuların, sanıkların terfi ettiğine yönelik iddialarını cevapsız bırakan hükümetin tavrının altını çizen Mahkeme, kötü muamele vakalarında özgürlüğü kısıtlayıcı cezaların yanında disiplin tedbirlerinin de alınması gerektiğini hatırlatmaktadır (para. 71). Aynı şekilde, Abdül-samet Yaman/Türkiye başvurusunda da AİHM, soruşturma geçiren veya yargılanan kamu görevlisinin görevden uzaklaştırılmasının, eğer mahkum olursa da ihracının önemine değinmektedir. Görevden uzaklaştırmanın önemi, İKK’nin Türkiye’nin ikinci periyodik raporu üzerine sunduğu görüşlerde de vurgulanmıştır.

Şeffaflık ve Erişilebilirlik: Soruşturma aşamasında mağdurun ve avukatının dosya içeriğine erişebilmesi, etkili soruşturma yükümlülüğü bakımından sağlanması gereken bir diğer kriterdir (para. 81). Bu hem soruşturmanın şeffaflığı bakımından önemlidir, hem de mağdurun katılımı ve taleplerinin dikkate alınması, cezasızlık ihtimalini azaltan bir unsurdur.

İşkencenin araştırılmasında rol alan tıp uzmanları, yüksek etik standartlarla hareket etmeleri, yine etkili soruşturma yükümlülüğünün bir parçasıdır (para. 83). Muayene, tıbbi standartlara göre, mağdurun mahremine saygı gösterilerek, kolluk kuvvetlerinin olmadığı bir ortamda yapılmalıdır. Hazırlanan rapor, muayene/görüşmenin hangi koşullar altında yapıldığını, mağdura ilişkin bilgileri, olayın arka planını, fiziksel ve psikolojik muayene bulgularını hekimin görüşünü ve raporun kimler tarafından hazırlandığını içermelidir (para. 83, a, b, c, d, e). Protokol, soruşturma süreçlerine ve muayeneye ilişkin daha detaylı bir yol haritası çizmektedir. Bu çalışma kapsamında yeri geldikçe detaylara yer verilecektir.

5.4.6. Adil Yargılanma

AİHM içtihadında soruşturma yükümlülüğü ile birlikte ele alınan yargılanma süreci de işkence yasağı bakımından cezasızlık sorununun önemli bir ayağını oluşturmaktadır. Zira failin tespit edilebildiği ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabildiği bir soruşturma, ceza yargılamasına dönüşmelidir; aksi takdirde failerin cezalandırılması mümkün değildir.

İşkence ve kötü muamele yasağı bakımından devletin sorumluları ceza yargısı önüne çıkarma, mağdurun tüm haklarını gözeterek adil bir biçimde yargılama ve orantılı bir ceza ile cezalandırma ödevi bulunmaktadır. İşkence mağdurlarına şikayet hakkı tanınması ve bu şikayetin hızlıca, tarafsız merciler tarafından incelenmesi İKS’nin 13. maddesi uyarınca taraf devletlerin yükümlülüğüdür.

Tıpkı soruşturma mercilerinin bağımsızlığı gibi, kovuşturma safhasında da mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, cezasızlık zırhının delinebilmesi bakımından önemlidir. Türki-



ye’de yaygın olarak uygulanan ve ceza adaleti sisteminin önemli bir sorunu olan özel yargılama usulleri, işkence ve kötü muamele yasağı bakımından da cezasızlığı kolaylaştıran bir etmen olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim AİHM gerek özel statülü Devlet Güvenlik Mahkemeleri’nin, gerek ikili yargı düzeninde askeri yargı mercilerinin, gerekse sıkıyönetim bölgelerinde faaliyet gösteren Sıkıyönetim Mahkemeleri’nin yaptığı yargılamalar bakımından çeşitli kararlarında mahkemelerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını değerlendirmiştir. Adil yargılanma hakkı bakımından incelenen bu konu, aynı zamanda devletin işkence yasağı bakımından pozitif yükümlülüklerini de ilgilendirmektedir. Askeri mahkemeler kaldırılmakla birlikte, örgütlü suçlara özgü ağır ceza mahkemesi ve yargılama usulleri problemleri halen devam etmektedir.

Yargılama sürecine mağdurun katılımı ve taleplerinin dikkate alınması da işkence ve kötü muamele yasağı bakımından cezasızlık sonucunun doğma ihtimalini azaltabilir.

5.4.7. Etkili Giderim Hakkı

İKS’nin 14. maddesi, işkence mağdurlarının etkili giderim hakkını düzenlemektedir. Sözleşme telafi (*redress*) ve adil ve uygun bir tazminat (*compensation*) hakkından bahsediyorsa da, işkence yasağı bakımından etkili giderim, bu çalışmanın giriş kısmında açıklanan Van Boven/Bassiouni İlkeleri ile birlikte düşünülmeli ve tazminattan çok daha geniş yorumlanmalıdır. İşkence ve kötü muamele yasağı bağlamında etkili giderim yükümlülüğü de, mağdurun sahip olduğu başvuru imkanları hakkında bilgilendirilmesinden, failerin orantılı ve makul bir ceza almasına kadar geniş bir alanda değerlendirilmelidir. Örneğin, yürütülmeyen bir ceza soruşturması, şüpheli kişilerin yıllar sonra terfi ettirilmesi veya bu kişilerin af kapsamına alınmaları etkili giderim hakkının ihlali olduğu gibi, cezasızlığın en önemli görünüşlerinden biridir.

Mağdurların kötü muamele iddialarıyla ilgili başvuru yollarına ilişkin gerekli bilgilere erişiminin sağlanması, başvuru önündeki usuli engellerin ortadan kaldırılması gerekmektedir. Genel yoruma göre de, taraf devletler sundukları raporlarında kötü muamele mağdurlarına sunulan başvuru ve giderim imkanlarına ilişkin spesifik olarak bilgi vermelidirler (para. 14). Başvuru sayıları ve başvuruların nasıl takip edilip sonuçlandırıldığı da, sunulan giderimin kalitesini ölçmek bakımından önem arz etmektedir.

Daha sonra şüphelilerle ilgili etkili bir soruşturma ve kovuşturma yürütülmelidir. AİHM’e göre de işkence ve kötü muamele yasağının ihlaline ilişkin savunulabilir bir iddia olduğunda etkili giderim hakkı, uygun hallerde tazminat ödenmesinin yanı sıra, sorumluların tespit edilip cezalandırılmalarını sağlayacak bütünlüklü ve etkili bir soruşturma yürütülmesini, mağdurun süreçlere katılımının teminini de kapsamalıdır.

Etkili giderim hakkı, zamanaşımı ve af gibi uygulamalarla zedelenmektedir. Bazı devletlerin işkence faillerine yönelik af çıkardığını hatırlatan BMİHK, genel yorumunda af uygulamalarının işkence ve kötü muameleyi soruşturma, önleme ve bir daha meydana gelmemesini güvence altına alma yükümlülükleri ile bağdaşmadığının altını çizmektedir (para. 15).

BMİHK, Hugo Rodriguez kararında, Uruguay’ı işkenceden mahkum etmiş ayrıca etkili giderim için devletin yapması gerekenleri üç maddede şu şekilde sıralamıştır: Başvurucunun işkence iddialarının failinin bulunmasına yönelik bir soruşturma yürütmek ve başvurucunun medeni yargı önünde giderim talebine imkan sağlamak; uygun bir tazminat vermek; gelecekte benzer ihlallerin meydana gelmeyeceğini güvence altına almak. Aynı kararda Komite, geçmiş insan hakları ihlalleri için soruşturma imkanını ortadan kaldıran af kanununun etkili giderim hakkının gerçekleştirilmesini çok zor bir hale getirdiğini de tespit etmekte



ve işkence yasağı bakımından yükümlülüklerinin ihlali olduğuna vurgu yapmaktadır (para. 12.2, 12.4). Devamla Komite böyle bir kanunun ihdasının, cezasızlık atmosferini besleyeceği, demokratik düzeni zayıflatacağı ve ağır insan hakları ihlallerinin gelecekte işlenmesinin de önünü açacağı tespitinde bulunmuştur (para. 12.4).

AİHM, temel insan haklarının ağır ihlali düzeyine ulaşmış bir fiil bakımından koşulsuz af düzenlemesini Ould Dah/Fransa (işkence) kararında incelemiştir. Başvurucu Moritanyalıdır ve başvuruya konu olayda, Kasım 1990-Mart 1991 tarihleri arasında Moritanyalı Arap-Berberilerle diğer etnik gruplar arasında çatışma meydana gelmiştir. Diğer etnik gruplardan bazı görevliler, darbe girişimi yapmakla suçlanarak gözaltına alınmışlardır ve burada işkence gördüklerini iddia etmektedirler. İşkence faileri arasında başvurucu da bulunmaktadır. 14 Haziran 1993’te, anılan olayları kapsayan bir af kanunu çıkarılması üzerine başvurucu hakkında hiçbir işlem yapılmaz; ta ki bir eğitim için Fransa’da bulunduğu esnada hakkında suç duyurusunda bulunulana dek. Soruşturma ve yargılamanın ardından başvurucu 10 yıl hapse mahkum edilir. Başvurucu Mahkeme önünde, kanunsuz suç ve ceza olmayacağını güvence altına alan 7. maddenin ihlal edildiğini iddia etmektedir. Mahkeme, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin içtihadıyla, yine AİHM önüne gelmiş olan Al-Adsani/Birleşik Krallık kararına atıfla, işkence yasağının *jus cogens* niteliğini hatırlatır. Mahkeme konunun özünün, işkence failerinin kovuşturulması yükümlülüğüyle, bir devletin toplumsal uzlaşmanın sağlanabilmesi için kovuşturulmaması arasındaki çatışma olduğunu tespit eder. İşkence yasağının mutlak niteliği ve buna bağlı olan failerin kovuşturulması yükümlülüğü Mahkeme’ye göre, af kanunu marifetiyle failere cezasızlık alanı yaratılarak zayıflatılamaz.

Abdülsamet Yaman/Türkiye kararında da Mahkeme’ye göre, işkence veya kötü muameleyle ilgili bir suçla itham edilen kamu görevlisi hakkında yürütülen cezai süreçlerin zamanışımından beri olması, af veya başkaca bağışlanmaya izin verilmemesi yüksek önemdedir (para. 55).

Yine etkili giderim, failerin aftan faydalanmadan soruşturulmaları ve kovuşturulmalarının yanı sıra tazminat ve mümkün mertebe rehabilitasyon ile mümkündür (BMİHK Genel yorum, para. 15). İKK de etkili giderim hakkının mağdurlara tanınması üzerinde hassasiyetle durmaktadır. Cinsel şiddet de dahil olmak üzere tüm işkence ve kötü muamele mağdurlarına tam anlamıyla giderim imkanı sağlanması, zararlarının tazmin edilmesi ve rehabilitasyon sağlanması, devletin yükümlülükleri arasında sayılmıştır. ABD’nin 11 Eylül sonrası uygulamalarında özellikle ABD vatandaşı olmayan kişilerin maruz kaldığı işkence ve kötü muamele fiilleriyle ilgili başvuru imkanlarının kısıtlı olması, İKK tarafından eleştirilmiştir.

AİHM önüne gelen Tekin/Türkiye başvurusunda, Aksoy/Türkiye kararına da atıfla, işkence ve ağır kötü muamele iddiaları bakımından etkili giderimin tazminatın yanı sıra, sorumluların bulunmasına yönelik, mağdurun da erişimine açık etkili bir soruşturmanın yürütülmesini kapsadığını hatırlatmıştır (para. 66). Soruşturmanın başvuruçunun şikayeti üzerine değil AİHKomisyonu’na yapılan başvurunun hükümete iletilmesiyle başladığını, sorumlu memurun ifadesine çok geç başvurulduğunu, amirinin ifadesinin ise çok daha geç alındığını değerlendiren Mahkeme, soruşturmanın etkili olmadığını değerlendirmiş, bunun da 13. madde kapsamında etkili giderim hakkıyla bağdaşmadığını tespit etmiştir (para. 67, 68). Mahkemeye göre etkili giderim, uygun bir tazminatın ödenmesinin yanı sıra, sorumluların tespit edilmesini sağlayacak etkili ve bütünlüklü bir soruşturmanın yürütülmesini de kapsar (Tekin, para. 66, Aksoy, para. 98).

Etkili giderim, verilen cezanın işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı olmasını gerektirmektedir. Hafif cezalar veya uygulama alanı çok tartışmalı olan hafifletici sebeplerin uygulanması,



takdir yetkisinin gerekçelendirilmeksizin fail lehine kullanılması da işkence yasağının pozitif yükümlülükleriyle beraber etkili giderim hakkını da ihlal etmektedir. Yukarıda da atıf yapılan Okkalı kararında verilen cezaya ve infaza yönelik de önemli değerlendirmeler yapılmıştır. Mahkeme, kötü muameleye maruz kalan başvurusunun sadece 12 yaşında olduğuna hiçbir kararda atıf yapılmamasını ve bunun ağırlaştırıcı bir sebep olarak hiç değerlendirilmemiş olmasını eleştirmiş, bu eksikliği cezasızlığın izlemesini 3. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir (para. 70). Mahkeme, sanıkların tevilli ikrarda bulunmasını hafifletici sebep sayan yerel mahkemenin, sanıkların ısrarlı inkarları karşısında nasıl böyle bir sonuca vardığını açıklayamadığını tespit etmiştir (para. 72). Bu iki olgu karşısında, neden alt sınırdan hüküm kurulduğunun da izah edilemediğine vurgu yapan Mahkeme, takdir yetkisinin bu yönde kullanılmasının bu tür eylemlere hoşgörü gösterildiği şeklinde yorumlanabileceği sonucuna varmıştır (para. 75).

Aynı kararda, zamanaşımı ve af gibi kurumların işletilmesiyle mahkumiyet kararını işlevsiz kılan etkiye atıfla ("*effet de rendre une condamnation inopérante*", para. 76) verilen cezanın yasadışı bu eylemleri önleyecek, bu fiilleri işlemekten olası faileri caydıracak nitelikte olmadığına, bu itibarla da etkili giderimin sağlanmamış olduğuna karar vererek 3. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır (para. 78).

5.5. Türkiye’de İşkence Yasağı ve Cezasızlık

Tıpkı diğer ağır insan hakları ihlalleri gibi Türkiye’nin işkence sicili hiçbir zaman çok temiz olmamıştır. Özellikle darbeler ve darbe girişimleri ile çatışmalı dönemlerde yoğunlaşan işkence vakalarının tamamını kapsayan bir cezasızlık analizi bu raporun kapsamını aşacaktır. Bu nedenle 2015 ve sonrasında gerçekleşen veya gerçekleştiğine yönelik kuvvetli şüphe bulunan işkence veya kötü muamele vakaları üzerinden bir değerlendirme yapılacaktır.

5.5.1.Siyasetin Belirlenmesi

1980 darbesi sonrasında Türkiye’de, cezaevlerinin ve nezarethanelerin sistematik ve yoğun işkence alanlarına dönüştüğü sır değildir. 1990’ların çatışmalı ortamı da özellikle olağanüstü hal yönetimi altında olan Kürt nüfusunun yoğun olarak yaşamakta olduğu bölgelerde işkence uygulamasının yaygınlaşmasına ve cezasızlıkla sonuçlanmasına zemin hazırlamıştır. Ardından F tipi hapisanelere karşı ölüm orucu eylemine müdahalenin sertliği, cezaevlerini ve işkence konusunu alevlendirmiş, 1999’da Türkiye’nin adaylığının onaylanmasıyla hızlanan Avrupa Birliği uyum sürecinin dinamosunu oluşturduğu birtakım politika değişikliklerine gidilmiştir. Bu değişim yasal birtakım reformlara zemin hazırlamışsa da uygulamada işkence ve kötü muameleyi ortadan kaldırmakta yetersiz kalmıştır.

1999 yılında TİHV’e 686 kişi işkence ve kötü muameleden kaynaklanan rahatsızlıkların tedavisi için başvurmuşken, bu sayı 2001 yılında ancak 643’e düşmüştü; 2002’de ise 988’e tırmanmıştır. Yine TİHV raporlarına göre, AB uyum sürecine bağlı yapılan reformlar ve OHAL’in kaldırılması, her ne kadar sistematik işkenceyi tamamen ortadan kaldırmamışsa da işkencenin şiddeti, 1990’lara nazaran azalmıştır. Azalmakla birlikte devam eden işkence ve kötü muamele vakalarının cezalandırılmaması yönündeki eğilim ise hiçbir değişime uğramadan devam etmiştir.

Ancak, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde orantısız güç kullanımı özellikle 2007 PVSK değişikliklerinden sonra artmış, kolluk görevlilerinin yetkileri, demokratik hak ve özgürlükler aleyhinde sürekli arttırılmıştır. Sistemikleşen polis şiddeti, bu yetki artırımından önce gerçekleşen bir olayda AİHM’e konu olmuş ve Mahkeme, barışçıl gösterilerde kolluk kuvvetlerinin aşırı güç kullanımının yaygınlığı ile ilgili önüne gelen dosyalarla ilgili bir bilanço



yer vermiştir. Sonraki süreçte polis şiddeti hiç azalmamıştır. Newroz kutlamaları, 8 Mart, 1 Mayıs etkinlikleri, Gezi protestoları, esnasında kullanılan aşırı güç davalara konu olmuştur. Bugün gelinen noktada, iktidara yakın kesimler hariç kimse toplantı ve gösteri yürüyüşü yapamamakta, görüşlerini sokakta ifade etmek isteyenler sert bir biçimde gözaltına alınmakta, davalarla yıldırılmaya çalışılmaktadır.

İşkence ve kötü muameleyle ilgili ilan edilen ‘sıfır tolerans’ politikasıyla ilgili bir diğer kırılma, 2015 yılında başlayan ve 2016’da ağırlaşan sokağa çıkma yasakları süreciyle 2016 yılında gerçekleşen darbe girişiminin ardından yaşanmıştır. Bu tarihten sonra, gittikçe daha yaygın işkence vakaları basına yansımakta ve işkence iddiaları, yetkililer tarafından ya görmezden gelinmekte ya da inkar edilmektedir. Yine bu dönemde, uluslararası kurum ve kuruluşlarla diyalog kesintiye uğramış, yurtdışından Türkiye’ye dönük uyarılar da artmıştır. 2 Aralık 2016 günü BM İşkence Özel Raportörü Nils Melzer Türkiye’yi işkenceye sıfır tolerans siyasetine dönmeye çağırmıştır. 15 Temmuz darbe girişiminden sonra Türkiye’ye yaptığı ziyaretin ardından yayınladığı raporunda Melzer, siyaset ile cezasızlığa yol açan hakikat arasında bir kopukluk olduğunu ifade etmiş, etkili soruşturmanın yürütülmediğini ortaya koymuştur (para. 74 vd.).

CPT de 28-29 Nisan 2016 tarihlerinde gerçekleştirdiği ziyarete ilişkin raporu yayınlamıştır. Bunu takip eden 29 Ağustos-6 Eylül 2016, 10 Mayıs-23 Mayıs 2017, 4 Nisan-13 Nisan 2018, 6 Mayıs-17 Mayıs 2019 tarihlerinde gerçekleştirdiği ziyaretlere ilişkin raporların yayımlanması çok gecikmiş ve bu durum İnsan Hakları İzleme Örgütü’nün raporunda eleştirilmiştir. 2017 periyodik ziyareti ile 2019 *ad hoc* ziyaretin raporları, 5 Ağustos 2020’de ancak yayımlanabilmiştir. Türkiye açısından çok kritik, darbe sonrası döneme ilişkin 29 Ağustos-6 Eylül 2016 raporu ise hala yayınlanmamıştır. Ağırlıklı olarak adi suçlara ilişkin şüphelilerle görüşülen 10 Mayıs-23 Mayıs 2017 raporlarında bile işkenceye ilişkin önemli saptamaların olduğu düşünüldüğünde darbe dönemine ilişkin bu raporun içeriğinin açıklanmasının önemi anlaşılabilir.

Bu dönüşüm Uluslararası Af Örgütü ve İnsan Hakları İzleme Örgütü’nün (HRW) raporlarına da yansımıştır. HRW, “Açık Çek: Türkiye’de Darbe Girişimi Sonrası İşkenceye Karşı Koruma Tedbirleri’nin Askıya Alınması” raporu, bu politika değişikliğine şu şekilde işaret etmektedir: “Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan dahil Türkiye hükümeti yetkilileri darbe girişiminden sonra işkenceye sıfır tolerans göstereceklerini ilan ederek bunun iktidardaki AKP’nin 2003 yılından bu yana resmi politikası olduğunu vurguladılar. Ne var ki, yetkili makamlar son işkence iddialarına gereğince yanıt vermek yerine bu iddiaları dile getirenleri taraflı ve darbe yanlısı olmakla veya Gülen hareketi’nin propagandasını yapmakla suçladılar. Hükümetin Uluslararası Af Örgütü’nün işkence iddialarıyla ilgili 24 Temmuz 2016 tarihli açıklamasını kısa yoldan reddetmesi buna bir örnektir.”

Bu siyaset aradan geçen 4 yılda devam etmiştir. İşkence ve kötü muamele iddialarının araştırılmasına yönelik önergeler Meclis’te kabul edilmemiş, işkence eğer olumlanmamışsa inkar edilmiştir. Son dönemde Diyarbakır’da iki ayrı olayda kötü muamele görüntülerinin basına adeta servis edilmesi, 2016 ile başlayan eğilimin sürmekte, hatta sertleşmekte ve olağanlaşmakta olduğuna işaret etmektedir.

5.5.2. Yasal Altyapı Yükümlülüğü

Türkiye’de işkence ve kötü muamele yasağıyla ilgili yasal altyapı da siyasi seyre paralel olarak çeşitli değişimler geçirmiştir. Bu değişimler hiçbir zaman kötü muamele ve buna bağlı cezasızlığı silememiştir.

Soruşturma ve kovuşturmanın bağımsızlığının temini bakımından yaşam hakkı ihlalleri



başlığı altında ele alınan sorunlar, işkence ve kötü muamele yasağı bakımından da geçerlidir ve bu konuda da cezasızlık alanı yaratmaya müsaittir.

Avrupa Birliği üyelik müzakerelerinin etkisiyle başlayan dönüşüm, işkence ve kötü muameleyle ilgili yasal düzleme ilk olarak dönemin ceza kanununun 243. ve 245. maddelerine ceza artırımını öngören bir değişiklikyle yansımıştır. 1999 yılının sonlarına doğru, her ne kadar yargılamalarda idari izin şartını korusa da 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’un yürürlüğe girmesiyle kamu görevlileri bakımından cezasızlığın önlenmesine yönelik bir adım atıldığı düşünülebilir. 2001 yılında anayasa değişikliği ile toplu olarak işlenen suçlarda hakim önüne çıkarılma süresinin 15 günden 4 güne düşürülmüşse de, OHAL bölgelerine yönelik çıkarılan 430 sayılı OHAL KHK’si ile gözaltı süreleri uzatılmış ve Anayasa Mahkemesi, OHAL’e ilişkin olduğundan bahisle inceleme yapmayı reddetmiştir.

CPT’nin 2003 yılında Türkiye’ye ilişkin hazırladığı raporda, işkenceye karşı mücadelenin güçlendiği, mevzuatın Avrupa standartlarına yaklaştığı tespit edilmişse de uygulamaya dair bazı şüphelere de dikkat çekilmiştir. Ancak bu yasal değişiklikler, uygulamada yeterince karşılık bulamamış, cezasızlık kültürü hakimiyetini sürdürmüştür.

2006 yılına gelindiğinde Terörle Mücadele Kanunu’ndaki, 2007’de ise Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’ndaki değişikliklerle gözaltında hukuki desteğe erişimin sınırlandırılması ve polisin yetkilerinin artırılması, hem polis şiddetinde artışa ivme kazandırmış, hem de cezasızlık sorununu ağırlaştırmıştır. Bu durum, HRW’nin “Adalet Karşı Safları Sıklaştırmak: Türkiye’de Polis Şiddetiyle Mücadele Önündeki Engeller” başlıklı raporunda ele alınmış, özellikle cezasızlık sorunu Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun tespitleriyle ortaya konulmuştur. Gezi Protestoları, polisin aşırı kuvvet kullanımının önemli bir örneği olmuş ve cezasızlığın boyutları bir kez daha gözler önüne serilmiştir. 2015 yılında çıkarılan ve kamuoyunda İç Güvenlik Paketi olarak bilinen 6638 sayılı Polis Vazife Ve Salahiyet Kanunu, Jandarma Teşkilatı Görev Ve Yetkileri Kanunu, Nüfus Hizmetleri Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, kolluğun yetkilerini temel insan hak ve özgürlükleri aleyhine genişletmiştir. Kolluğun güç kullanımına ilişkin yaşam hakkı ihlalleri bakımından cezasızlığa yol açabilecek hükümler, işkence ve kötü muamele yasağı bakımından da aynı niteliktedir.

Yasal altyapıya ilişkin son erozyon, çatışma sürecinin yeniden alevlendiği 2015’in ikinci yarısında başlamış, darbe girişimi sonrasında ilan edilen OHAL ile hızlanmıştır. Bu değişim, kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı soruşturma başlatılması için gereken izin prosedürünü zorlaştırmak da dahil olmak üzere farklı ölçeklerde dokunulmazlık sağlayan böylece cezasızlık ihtimalini güçlendiren düzenlemeler; mağdurun haklarına ilişkin düzenlemeler ve avukat-müvekkil ilişkisine yönelik düzenlemeler olarak sınıflandırılabilir. Bu başlıklara geçmeden önce, işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin cezasızlığa yol açabilecek ceza hukuku düzenlemeleri ele alınacaktır.

5.5.2.1. Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Yasağı

Ceza hukukundan kaynaklanan sorumluluk, bir devletin uluslararası hukuktan kaynaklanan sorumluluğundan farklı olmakla birlikte, bu iki sorumluluk biçiminin kesiştiği bazı noktalar da bulunmaktadır. Örneğin, maddi gerçeğin ve failin tespit edilip uygun bir ceza ile cezalandırılması ceza muhakemesi sürecini ve ceza sorumluluğunu ilgilendirirken, bu süreçlerin uluslararası yükümlülüklerle aykırı bir biçimde yürütülmesi, devletin sorumluluğunu doğurabilecektir. Anayasa Mahkemesi’ne göre, insan hakları hukukundaki işkence yasağı, ceza hukukundan bağımsız değerlendirilmelidir. Gerçekten de işkence ve kötü muamele yasağı



bakımından yasal altyapı yükümlülüğü, işkence suçu tanımının standartlaştırılması ve tüm devletlere empoze edilmesi anlamına gelmez. Ancak ulusal hukuktaki düzenleme, uluslararası hukukta işkence sayılan fiillerin cezasız kalmasına yol açan bir tanımla benimsiyorsa bu, devletin uluslararası hukukta sorumluluğunun doğmasına neden olacaktır. Bunun için ulusal ceza mevzuatının, uluslararası hukukun belirlediği standartlarla uyumunu değerlendirmek gerekmektedir.

İşkence suçunun yeni Türk Ceza Kanunu’nda ele alınma biçimi, 765 sayılı eski TCK’den daha kapsamlıdır ve eski kanun döneminde cezasızlığa yol açan unsurlardan bir ölçüde arındırılmıştır. Bununla birlikte, uygulamada işkencenin soruşturma aşamasını geçip yargı önüne gelebildiği ender hallerde, yargının yaklaşımı kanunun dar yorumlanması yönünde olmaktadır. İşkence olarak değerlendirilmesi uluslararası standartlar bakımından mecburi olan bazı hallerde davanın yaralama suçundan açılması, işkencenin cezasız kalması sonucunu doğurmaktadır. Ağırlık kriteri ve sistematik olarak belirli bir süre boyunca işlenme kriterinin dar yorumlanması, bu konuda cezasızlığa davetiye çıkarmaktadır.

5237 sayılı TCK’nin işkenceyi düzenleyen 94. maddesi, “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 (...)” şeklindedir. İşkencenin unsurları arasında ciddi acı ve ıstırap kriterine yer verilmediği gibi, bir kimsenin aşağılanmasına yol açacak davranışlar da bu maddede düzenlenmiştir. Bu nedenle düzenleme, uluslararası hukukta kötü muamelenin kullanıldığı gibi, diğer kötü muamele hallerini de kapsayan bir şemsiye gibi kullanılmış olduğu yorumlarına neden olmuştur. Belki de bu sebeple, işkence bakımından öngörülen ceza aralığı çok geniştir. Kanun işkence suçunun 3 ila 12 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasını öngörmektedir. Takdir yetkisinin bu denli geniş olması, faillerin yetersiz bir ceza ile cezalandırılması sonucunu doğurabilecektir.

TCK’nin düzenlemesine göre, işkence yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenebilir. Kamu görevlileri, fiili görevlerini ifa sırasında işleyip işlemediklerine bakılmaksızın suçun faili olabilirler. Bunun yanı sıra, özgü suçlarda kural olarak ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabileceken (TCK md. 40/2), işkence suçunda buna bir istisna getirilmiş ve kamu görevlisi olmayan iştirakçilerin de fail gibi cezalandırılacakları hüküm altına alınmıştır. Bu husus, kağıt üzerinde kalmadığı hallerde cezasızlığı engelleyecek bir düzenleme olarak değerlendirilebilir.

Hem işkence suçunun mahiyetiyle ilgili olarak tartışılan hem de işkence yasağı bakımından cezasızlık sorunuyla ilgili olan bir husus, hareketin işkence teşkil etmesi için, sistematik bir biçimde işlenmesi gerekip gerekmediğidir. Doktrinde işkencenin ani olarak işlenemeyeceği, acı ve ıstırap veren fiillerin sistematik olması gerektiği savunulmaktadır. Bunun kanundaki dayanağı, 94. maddenin lafzının çoğul olarak “davranışlar” ifadesini tercih etmesi ve kanun gerekçesinde yer alan “(...) bu fiiller, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler (...)” ifadesidir. Yargıtay içtihadı da bu yöndedir. Ancak sistematiklik, fiilin günlerce değil, belirli bir süre devam etmesi şeklinde de anlaşılabilir.

Sistematiklik unsuru eski Yargıtay Başkanı Hasan Gerçeker’e göre, işkence suçunu zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçundan ayıran iki husustan biridir. Bu yorum, özellikle kolluk görevlileri tarafından işlenen işkence suçlarına çok dar bir alan bırakmakta, bu itibarla da cezasızlık ihtimalini güçlendirmektedir. TCK’nin 256. maddesi şu şekildedir: “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 da TCK’nin 86. maddesinde düzenlenmekte ve bir yıldan



üç yıla kadar hapis cezası yaptırımıyla karşılanmaktadır. Gerek cezanın ağırlığı bakımından gerekse işkence suçunda soruşturma izni aranmaması, hükmün açıklanmasının geri bırakılabilmesi ve suçun zamanaşımı gibi önemli hususlar bakımından bu yorumun yaygın bir biçimde kabulü işkence ve kötü muamele yasağı bakımından cezasızlığa kapı aralamaktadır. Nitekim İKK de Türkiye’ye ilişkin periyodik inceleme raporunda bu değerlendirmenin işkence bakımından cezasızlığa yol açtığını açıkça ortaya koymuştur (para. 7). İKK değerlendirmesinde, Türkiye’ye soruşturmanın hangi hallerde zor kullanma yetkisine ilişkin sınırı aşılması, hangi hallerde kasten yaralama ve hangi hallerde işkence suçu bakımından yürütüleceğine ilişkin bir rehber ilkeler hazırlaması tavsiyesinde bulunmaktadır (para. 7).

5.5.3. Kamu Görevlilerini Korumaya Yönelik Düzenlemeler

Sokağa çıkma yasaklarıyla beraber artan şiddet olaylarını, kamuoyunda “askere dokunulmazlık yasası” olarak bilinen 6722 sayılı TSK Personeli Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un kabulü izlemiştir. Kanun uyarınca, sokağa çıkma yasaklarının hukuki gerekçesi olarak gösterilen İl İdaresi Kanunu’nun 11. maddesine uzun bir fıkra eklenmiş ve askerin yetkisi arttırılmıştır. Kanunun 12. maddesiyle, İl İdaresi Kanunu’na eklenen bir diğer fıkra, soruşturma için gerekli olan izin prosedürünü ağırlaştırarak, askeri personele adeta dokunulmazlık zırhı kazandırmıştır. Düzenlemeye göre:

- “a) Adli yargının görevine girdiğinden bahisle asker kişiler hakkında soruşturma yapılması; Genelkurmay Başkanı ve kuvvet komutanları için Başbakanın, diğer personel için Millî Savunma Bakanının, Jandarma Genel Komutanı ve Sahil Güvenlik Komutanı ile bu komutanlıklardaki diğer personel için İçişleri Bakanının iznine tabidir.*
- b) Kanunlardaki özel hükümlerin yetki verdiğiinden bahisle Cumhuriyet savcılarınca memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında doğrudan soruşturma yapılması; İçişleri Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının merkez teşkilatlarında görevli olanlar ile valiler için İçişleri Bakanının, bölge veya ilde görevli olanlar ile kaymakamlar için valinin, ilçede görevli olanlar için kaymakamın iznine tabidir.”*

Bu hüküm aynı düzenlemeyle koruculara şamil hale getirilmiştir. Kanunun Resmî Gazetede yayımlanmasının ertesi günü darbe girişimi gerçekleşmiştir.

Darbe girişiminin ardından çıkarılan OHAL KHK’leri de geniş bir sorumsuzluk alanı yaratacak hükümler içermektedir. 667 sayılı KHK’nin 9. maddesi, KHK’ler kapsamında alınan önlemler ve yapılan işlemlerden kaynaklı hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğun doğmayacağına dair hüküm içermektedir. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Nils Muznieks, KHK’nin yayınlanmasının ardından yaptığı açıklamada, özellikle bu cezasızlık hükmünün sorunlarına işaret etmiştir.

24 Kasım 2016 günlü ve 29898 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6755 sayılı kanunun 37. maddesi uyarınca, “15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında karar alan, karar veya tedbirleri icra eden, her türlü adli ve idari önlemler kapsamında görev alan kişiler ile olağanüstü hal süresince yayımlanan kanun hükmünde kararnameler kapsamında karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin bu karar, görev ve fiilleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmaz.” hükmüyle geniş bir alanda cezai sorumluluğun doğmayacağı güvence altına alınmıştır. Bu düzenlemeye, 24 Aralık 2017 günlü Resmî Gazetede yayımlanan 696 sayılı KHK’nin 121. maddesiyle aşağıdaki fıkra eklenmiştir:

“(2) Resmi bir sıfat taşıyıp taşımadıklarına veya resmi bir görevi yerine getirip getirmediğine bakılmaksızın 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunla-



rin devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında hareket eden kişiler hakkında da birinci fıkra hükümleri uygulanır."

Böylece cezasızlık, görev alan kişilerin dışına çıkarak darbeye karşı duran ve terör eylemlerinin bastırılmasına katkı sunan herkesi kapsayacak şekilde genişletilmiştir.

Bu düzenlemelerin ikisi de TBMM tarafından kanunlaştıktan sonra, ana muhalefet partisi CHP'nin başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi kararlarına konu olmuştur. 6749 sayılı kanunla ilgili verdiği kararda Mahkeme, yetkililerin darbe teşebbüsünü bastırmak üzere karar alan ve görevini yerine getiren kişiler olduğunu ve sorumluluğun bu görevler nedeniyle doğmayacağını hatırlatarak, bu fiillerin *kanuni yetkinin icrası* olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir (para. 130, 131). Mahkeme, suç teorisindeki hukuka uygunluk sebeplerine atıf yaparak (para. 132), "*Kanunların verdiği yetkinin kullanılması ya da kanunlarca verilen görevlerin yerine getirilmesi veya bu kapsamda kararlar alınması, hukuk sistemimizde hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiştir*" tespitini yapmıştır.

Devamla Mahkeme, hangi fiilin görev kapsamında kalıp hangisinin kalmadığının mahkemeler tarafından değerlendirilebileceğini, çünkü iptal talebine konu hükmün bir yargılama engeli öngörmediğini tespit etmiştir (para. 134). Mahkeme, "*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*" diyerek, bunun cezasızlık teşkil edecek bir düzenleme olmadığını; kanun koyucunun olağanüstü dönemlere özgü olarak getirilen tedbirlerle sınırlı bir düzenleme öngördüğünü ve amacının olağan döneme hızla dönülmesi olduğunu değerlendirmiştir (para. 134-136). Bu itibarla düzenlemenin amacı görevlilere bağımsızlık veya imtiyaz tanımak değil, görevlerin endişe ve tereddüt duyulmadan yerine getirilmesini sağlamaktır (para. 136).

Bu düzenlemelerin resmi görevi olmayan kişilere sirayet ettirildiği düzenlemeyi değerlendirdiği kararında ise Anayasa Mahkemesi, ilk olarak şekil bakımından Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmış ve düzenlemenin bir af kanunu niteliği taşımadığını tespit ederek, kanun görüşülürken af kanunu çıkarılması için gereken özel çoğunluğun aranmamış olmasını hukuka aykırı bulmamıştır (para. 15).

Esasa ilişkin değerlendirmesinde ise Mahkeme, düzenlemenin ihlal ettiği ileri sürülen maddelerden biri olan 2. maddede yer alan hukuk devleti ilkesi üzerinde durmuştur. Mahkeme, "*...terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında...*" ve "*...devamı...*" ibarelerinin, hukuk devleti ilkesinin bir unsuru olan belirlilik ilkesiyle bağdaşmadığı iddiasını reddetmiştir (para. 22, 23).

Daha sonra Mahkeme, ilk karardaki değerlendirmesini tekrarlayarak bir kanunla "*belirtilen kişilere hukuka aykırı, haksız fiil veya suç işleme görev veya yetkisinin verilemeyeceği*" açıktır demektedir ve kuralın haksız fiil veya suç teşkil eden eylemleri kapsamadığını değerlendirmektedir (para. 31). Yine ilk karardaki değerlendirmeye açık atıf yapmamakla birlikte, düzenlemenin yargılama engeli getirmediğini ve bir fiilin darbe girişimini bastırma eylemi esnasında gerçekleşip gerçekleşmediğini, bunun meşru müdafaa teşkil edip etmediğini yerel mahkemelerin değerlendirebileceğini tespit etmiştir (para. 32). Her iki karar da oybirliğiyle alınmıştır.

Özetleyecek olursak Mahkeme, 1) Düzenlemenin hukuk devlet ilkesini ihlal etmeyecek biçimde, açık ve sınırları belirli olduğu; 2) Kanun düzenlemesi kapsamında olan fiillerin hukuka uygunluk sebeplerinden faydalandığını (kanunun verdiği görevin yerine getirilmesi ve meşru müdafaa), kanunla da suç işleme görevi ve yetkisi verilemeyeceğine göre, kuralın



haksız fiil veya suç teşkil eden eylemleri kapsamadığı 3) Düzenlemenin yargılama engeli teşkil etmediği ve bu itibarla fiillerin denetimsiz kalmayacağı sonuçlarına varmaktadır.

Mahkemenin tespitleri birkaç bakımdan çelişkilidir. Öncelikle Mahkeme, düzenlemenin Anayasa’ya uygunluğunu denetlerken, düzenleme kapsamında kalan fiillerin hukuka uygunluk sebeplerinden faydalandığını, bu nedenle suç sayılmayacağını tespit etmiştir. Hukuka uygunluk sebepleri, “Ceza sorumluluğunu kaldıran sebepler” başlığı altında TCK’nin 24 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Eğer bir fiil hukuka uygunluk sebebinden faydalaniyorsa, zaten ceza hukukunun genel ilkelerine göre suç tamam olmayacaktır, yani suçun varlığından söz etmek mümkün değildir. Bir fiil suç teşkil etmiyorsa da ceza verilmesi mümkün değildir. Bununla ilgili kanunda ayrıca bir düzenleme yapılmasına gerek yoktur. Kanun koyucunun abesle iştigal etmeyeceği ilkesi, Mahkeme’nin bu yorumunu zayıflatmaktadır. Kanun koyucunun zaten tereddüt olmayan bir konuda özel hüküm getirmesi, düzenlemenin kapsamının hukuka uygunluk sebeplerinden faydalanan fiillerin dışında kalan bir alana yayıldığını akla getirmektedir.

Bu açık sorumsuzluk hükümlerinin yanı sıra, hangi işlemin kimin tarafından yapıldığının bulunmasını zorlaştıracak çeşitli düzenlemelere de yer verilmiştir. Örneğin 667 sayılı KHK’nin 6. maddesinin f fıkrası, *“Tutuklu olanların bulunduğu ceza infaz kurumlarında görev yapan kamu görevlileri tarafından düzenlenen tutanaklara, ilgili görevlinin açık kimliği yerine sadece sicil numarası yazılır. Kurum görevlilerinin ifadesine başvurulması gerektiği hallerde çıkarılan davetiye veya çağrı kâğıdı görevlinin işyeri adresine tebliğ edilir. Bu kişilere ait ifade ve duruşma tutanaklarında işyeri adresi gösterilir.”* şeklindedir. Bu da idare şayet sorumluların tespiti konusunda isteksizse, bu kişilerin tespit edilmesini zorlaştıran bir düzenlemedir. Bu itibarla cezasızlığın önünü açtığı söylenebilir.

5.5.4. Avukat-Müvekkil İlişisine Yönelik Sınırlamalar

Darbe girişiminin ardından ilan edilen OHAL, OHAL ilan edilmesini gerektiren konularla bağlantılı olup olmadığına bakılmaksızın çok geniş bir alanda KHK’lerin yayımlanmasıyla devam etmiştir. Bu KHK’lerin bazı hükümleri, CMK gibi temel kanunları değiştirerek hukuk güvenliği ilkesinin yanı sıra, avukat haklarına ve avukat müvekkil ilişkisine de müdahale etmiştir. Bu müdahalelerden bazıları işkence ve kötü muameleye zemin hazırlayacak niteliktedir, bazıları ise doğrudan cezasızlık alanı yaratmaktadır.

OHAL’in kaldırılmasını müteakiben, 25 Temmuz 2018 günü kabul edilen ve 31 Temmuz 2018 günü Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren kanunla, bazı OHAL uygulamaları kalıcılaşmıştır. Kısaca, hem KHK’lerle, hem KHK’leri kalıcılaştıran kanun ile işkence ve kötü muamele yasağını zayıflatan ve cezasızlığa alan açan yasal düzenlemeler üzerinde durulacaktır.

OHAL ilanının ardından çıkarılan 23 Temmuz 2016 günlü Resmî Gazetede (no. 29779) yayımlanarak yürürlüğe giren 667 sayılı KHK’nin soruşturma ve kovuşturma işlemleri başlıklı maddesiyle, belirli suçlar bakımından gözaltı süreleri 30 güne çıkarılmıştır. Yukarıda bahsedildiği üzere, uzun gözaltı süreleri işkence ve kötü muameleye zemin hazırlamaktadır. Nitekim HRW’nin raporunda da gözaltından salıverilenler ile avukatların ifadelerine dayanılarak, uzatılan bu sürenin gözaltındaki şahısların tehdit edilmesi, üzerlerinde baskı kurulması için kullanıldığı belirtilmiştir.

Bunun yanı sıra, tutukluların avukatlar görüşmelerine de çeşitli sınırlandırmalar getirilmiştir. 6. maddenin d bendi uyarınca,

“Tutuklu olanların avukatları ile görüşmelerinde, toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliği-



nin tehlikeye düşürülmesi, terör örgütü veya diğer suç örgütlerinin yönlendirilmesi, bunlara emir ve tâlimat verilmesi veya yorumlarıyla gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletilmesi ihtimalinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısının kararıyla, görüşmeler teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir, tutuklu ile avukatın yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla görevli hazır bulundurulabilir, tutuklunun avukatına veya avukatın tutukluya verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tutukluları kayıtlara el konulabilir veya görüşmelerin gün ve saatleri sınırlandırılabilir. Tutuklunun yaptığı görüşmenin, belirtilen amaçla yapıldığının anlaşılması hâlinde, görüşmeye derhal son verilerek, bu husus gerekçesiyle birlikte tutanağa bağlanır. Görüşme başlamadan önce, taraflar bu hususta uyarılır. Tutuklu hakkında, tutanak tutulması hâlinde, Cumhuriyet savcısının istemiyle tutuklunun avukatlarıyla görüşmesi sulh ceza hâkimliğince yasaklanabilir. Yasaklama kararı, tutuklu ile yeni bir avukat görevlendirilmesi için derhal ilgili baro başkanlığına bildirilir. Baro tarafından bildirilen avukatın değiştirilmesi Cumhuriyet savcısı tarafından istenebilir."

Bu düzenleme iptal edilmesi talebiyle Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Mahkeme kararında düzenlemeyi hukuk devleti ilkesinin yanı sıra, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirmiştir. Mahkeme düzenleme ile haklara sınırlama getirildiğini kabul etmekle beraber, Anayasa'nın 15. maddesinde düzenlenen hakların olağanüstü hallerde sınırlanma kriterleri uyarınca yaptığı değerlendirmede, bu düzenlemenin durumun gerektirdiği ölçüde bir sınırlama içerdiğine ve hukuka uygun olduğuna karar vermiştir (para. 103-108). Anayasa Mahkemesi düzenlemenin işkence ve kötü muamele yasağı ile olan bağlantısına değinmemiş olsa da bu hüküm, savunma hakkı bakımından önemli kısıtlamalar içermesinin yanı sıra, olası bir kötü muamele şüphesiyle ilgili işlem yapılmasının önünde engel teşkil edebilecektir. Gözaltındaki kişinin avukatla ve yakınlarıyla görüşmesine getirilen sınırlama, alelade bir gözaltını yukarıda değinildiği üzere işkence ve kötü muamele ihtimalinin arttığı hallerden olan fiilen tecrit gözaltısına (*incommunicado*) çevirebilecektir. İşkence ve kötü muamelenin önlenmesi ve tespiti halinde gerekli başvuruların yapılabilmesi için özgürlüğünden mahrum bırakılan kişinin yakınları ve avukatlarıyla görüşmesi ve bu görüşmenin savunma hakkını kısıtlamayacak şekilde olması kritik önemdedir.

KHK düzenlemesinin g bendi de, avukat hakkında soruşturma veya kovuşturma bulunması halinde müdafilik görevinden yasaklanabileceğini hüküm altına almaktadır. Hem cezaevi ziyaretinde, hem duruşmalarda, tutuklunun tercih ettiği avukata yönelik bu gibi kısıtlamalar da aynı sonucu doğurabilir. Kendi avukatıyla görüştürülmeyen tutukluya Baro tarafından avukat atanması, bu durumu hafifletmemektedir. Zira görevlendirilen avukatların baskı ve manipülasyona açık olabilecekleri HRW'nin raporuna da yansımıştır.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, 26 Temmuz 2016 günü yapmış olduğu açıklamayla, Türkiye'nin geçmiş OHAL ve işkence pratiklerine Aksoy/Türkiye kararı üzerinden atıf yapmış ve uzun gözaltı süresi ile beraber avukata derhal erişimin sağlanmamasının yaratabileceği sorunlara değinmiştir.

27 Temmuz 2016 günü, 29783 sayılı 2. Mükerrer Resmî Gazetede yayımlanan 668 sayılı KHK de soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin çeşitli düzenlemelere yer vermiştir. KHK'nin özellikle 3. maddesiyle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından birtakım düzenlemeler yapılmıştır. Bu suçlar bakımından yakalama emrinin savcı tarafından verilebilmesi ve gözaltı süresinin 30 güne çıkarılması; müdafinin dosyayı inceleme ve örnek almasının savcılık kararıyla



kısıtlanabilmesi; her ne kadar bu sürede ifade alınamayacak olsa da gözaltındaki şüphelinin avukatıyla görüşme hakkının 5 gün süreyle kısıtlanabilmesi düzenlenmiştir.

29 Ekim 2016 günlü Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 676 sayılı KHK de özellikle avukatların soruşturma ve yargılamaya katılımıyla ilgili, çoğu CMK’ye eklenen önemli değişiklikler getirmiştir. Bu KHK’nin 1. maddesiyle duruşmalarda avukat temsiline sınırlama getirilmiş; 2. maddesiyle, müdafilik görevinden kısıtlama koşullarını genişletilmiş; 3. maddesi ile bazı suçlar bakımından gözaltındaki şüphelinin müdafi ile görüşme hakkının Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmi dört saat süreyle kısıtlanabileceği hükmü getirilerek, 668 sayılı KHK ile genişletilen 5 günlük kısıtlama daraltılmıştır. 676 sayılı KHK’nin 5. maddesiyle müdafiinin duruşmayı terk etmesi (veya 696 sayılı KHK ile eklendiği şekliyle “mazeretsiz olarak duruşmaya gelmemesi”) halinde duruşmaya devam edileceği; 6. maddesiyle, TMK kapsamındaki suçlardan mahkum olanların avukatlarıyla görüşmelerinin uzatmaya tabi bir biçimde üç ay, bazı hallerde altı ay süreyle teknik cihazla sesli veya görüntülü kayıt altına alınması ve özel görüşmeye izin verilmemesi, görüşmelerin sınırlandırılması ve evrak alışverişine kısıtlama getirilebilmesi hüküm altına alınmıştır.

Temelde savunma ve adil yargılanma hakkıyla beraber kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yönelik getirilen tüm bu kısıtlamalar, işkence ve kötü muamelenin önlenmesi için gerekli güvenceleri zayıflatmaktadır. Bununla birlikte, kişilerin işkence ve kötü muameleye maruz kalma ihtimalinin arttığı koşullarda bu güvencelerden yoksun kalmaları, olası bir kötü muamelenin tespitini, ispatını ve takibini güçleştirmekte, bu itibarla da hesap verilebilirlik imkanlarını daraltmakta, cezasızlığın önünü açmaktadır.

Bu süreçte kapatılan çok sayıda derneğin arasında üç tane hukuk örgütünün de bulunması, temel insan haklarına yönelik saldırıların görünür olmasını güçleştirmiştir. İnsan haklarının korunması alanında önemli raporlar ve katkılar hazırlayan, gözaltılar ve cezaevlerindeki hak ihlallerini izleyen Çağdaş Hukukçular Derneği, Özgürlükçü Hukukçular Derneği ve Mezopotamya Hukukçular Derneği bir OHAL kararnamesiyle kapatılmıştır. Buna ek olarak çocuk haklarına yönelik çalışmalarıyla ön plana çıkan Gündem Çocuk Derneği gibi spesifik alanlardaki hak ihlalleriyle mücadele eden derneklerin kapatılması, yalnızca sivil toplum alanının daraltılması ve tektipleştirilmesi sonucunu doğurmakla kalmamış, bu alanlardaki ihlalleri ve cezasızlık kültürünü de beslemiştir.

5.6. Uygulamada İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Bakımından Cezasızlık

2015 ve sonrasında gerçekleştiği iddia edilen işkence ve kötü muamele vakalarına yargı mercilerinin etkili bir yanıt verdiğini söylemek çok güçtür. Bu vakalarla ilgili etkili soruşturma yürütülmemiş, sorumluların ortaya çıkarılmasına yönelik gerekli adımlar atılmamıştır.

5.6.1. Sokağa Çıkma Yasaklarında İşkence ve Kötü Muamele

Yaşam hakkı ihlallerinde de açıklandığı üzere sokağa çıkma yasakları, iki yıl boyunca Kürtlerin yoğun olarak yaşadıkları illerde ciddi insan hakları ihlallerine neden olmuş ve bu ihlallerin üzeri ağır bir cezasızlık örtüsüyle örtülmüştür. İşkence ve kötü muamele yasağına ilişkin cezasızlık uygulamalarına da bu süreçte maalesef rastlanmıştır. Sokağa çıkma yasaklarının en ağır yaşandığı yerlerden biri olan Mardin’in Nusaybin ilçesine bağlı Koruköy’de (Xerabê Bava) yaşananlar buna bir örnek olarak gösterilebilir. Her ne kadar sokağa çıkma yasakları temel olarak ilçe ve şehir merkezlerini hedef almışsa da civar köylerde de kısa süreli yasaklar uygulanmış, buralarda da hak ihlalleri yaşanmıştır.

Nusaybin’de 1-6 Ekim 2015, 9-10 Ekim 2015, 13-26 Kasım 2015, 29 Kasım-3 Aralık 2015,



6-9 Aralık 2015, 14-24 Aralık 2015 tarihleri arasında uygulanan sokağa çıkma yasaklarına verilen kısa bir aradan sonra 25 ay sürecek olan yasak, 14 Mart 2016 günü ilan edilmiştir. 20 Nisan 2018 günü kaldırılan yasaktan geriye bir harabe kalmıştır. Bu yasak sürerken, 11 Şubat ile 2 Mart 2017 tarihleri arasında Koruköy’de bir yasak daha ilan edilmiştir. Bu görece kısa süren yasakta, 3 kişinin öldürüldüğü, 2 kişinin kaybolduğu, çok sayıda kişinin köy meydanında kötü muameleye maruz kaldığı ve 39 kişinin gözaltına alındığı iddiaları ortaya atılmıştır. Köylülerin anlatımlarına göre, köy halkından bazı kişilere yasak esnasında fiili ve usulsüz gözaltı uygulanmıştır.

Diyarbakır Barosu ile birlikte köye ulaşmaya çalışan ancak izin verilmeyen İHD, konu ile ilgili yaptığı basın açıklamasında, köylülerin temel ihtiyaçlardan mahrum kaldıklarını; avukatlara ve baroya müdahale edilerek köyde fiilen gözaltında tutulan kişilerin ve jandarma karakoluna gönderilen kişilerin hukuki güvencelerden yoksun bırakıldıklarını ifade etmiştir. Bu uygulamalar, hem olağan gözaltı süreci dışında fiili ve hukuk dışı bir gözaltı usulü uygulanması bakımından işkence ve kötü muamele yasağı bakımından devletin yükümlülüklerinin ihlalini teşkil etmektedir; hem de halkın bu şartlar altında temel ihtiyaçlardan mahrum bırakılması, ihmal suretiyle kötü muamelenin gerçekleşmiş olabileceğine işaret etmektedir.

Operasyonların sona ermesine rağmen köy bir süre daha abluka altında kalmaya devam etmiştir. Köyden alınan ve yaralı halde fotoğraflarının basına yansıdığı Abdi Aykut ile 6 kişi daha ‘örgüte yardım ve yataklık’ iddiasıyla tutuklanmıştır. Yine basına yansıyan haberlerden Aykut’un evinin yakıldığı, çok sayıda ev ve ahırın, erzak deposu olarak kullanılan mağaraların, sığınak olarak kullanıldığı iddiasıyla yakıldığı veya tahrip edildiği iddia edilmiştir. Mardin Valiliği operasyonlarda 2 üst düzey PKK’linin ‘ölü olarak ele geçirildiği’ni açıklamıştır.

Hem Abdi Aykut, hem de Aykut’un işkence ve kötü muamele gördüğüne ilişkin iddiaları dillendiren Sezgin Tanrıkulu, İçişleri Bakanı Süleyman Soylu tarafından örgüt propagandasıyla itham edilmiştir. Aykut ile ilgili olarak Bakan, *“O yaşlının bulunduğu evi biz beş aydır takip ediyoruz. O ev İstanbul’da, Mersin’de, İzmir’de ve milletin canını acıtan patlamalara ev sahipliği yapan planın evidir. O yaşlı dediğiniz adam ise teröre ev sahipliği yapıyor.”* demiştir.

17 Ağustos 2017 tarihinde, Mardin 3. Ağır Ceza Mahkemesi’nde ilk duruşması görülen Aykut dahil yedi kişi tahliye edilmiş, 16 Şubat 2019 günü de delil yetersizliği nedeniyle beraat etmişlerdir.

Tutukluluğa ilişkin bu süreç devam ederken, köylülerin avukatları işkence ve kötü muamelede bulunduğu gerekçesiyle 1 Mart 2017 günü şikayetçi olmuş, 3 Mart 2017 günü de savcılığa suç duyurusunda bulunmuşlardır. Soruşturma aradan geçen üç yılı aşkın süredir Nusaybin Cumhuriyet Başsavcılığında 2017/646 soruşturma numarasıyla derdesttir ve dosyanın avukatları, herhangi bir gelişme olmadığını ifade etmektedir.

Mantar Toplayan Köylüler

İşkence ve kötü muamele yasağına yönelik cezasızlıkla ilgili önemli bir diğer vaka, Van ilinin Gevaş ilçesinde yaşanmıştır. 9 Haziran 2017 tarihinde Gevaş İlçe Emniyet Müdürlüğü’ne yönelik gerçekleştirilen saldırı sonrası, mantar toplamaktan dönen üç köylü gözaltına alınmıştır. Bu kişiler iktidara yakın medya tarafından saldırının sorumluları olarak gösterilmiş ve gözaltında kötü muameleye maruz kaldıklarına ilişkin görüntülere yer verilmiştir.

Daha sonra köylülerin aracına PKK’li militanlarca el konulduğu, saldırının bu araçla gerçekleştirildikten sonra aracın köylülere iade edildiği ortaya çıkmış, 6 günlük gözaltından sonra köylüler adli kontrol şartıyla serbest bırakılmıştır. Bununla birlikte, darp izlerine rağmen yargı mensupları harekete geçmemiş, kötü muameleye yönelik re’sen başlatılması gereken



soruşturma başlatılmamıştır. Köylüler, 21 Haziran 2017 tarihinde suç duyurusunda bulunmuşlardır. Buna rağmen soruşturma başlatmayan savcılığı, Meclis İnsan Hakları İnceleme Komisyonu Başkanlığı’ndan gönderilen yazı harekete geçirmiş, bunun üzere Gevaş Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından soruşturma başlatılmıştır.

Şikayet ve teşhis edilen yedi polisten biri olan O.Ş. hakkında “basit yaralama” ve “zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması” suçlarından dava açılmış, diğer altı polis hakkında takipsizlik kararı verilmiştir. Gevaş Asliye Ceza Mahkemesi’nde yaklaşık iki yıl süren yargılamanın sonucunda O.Ş. hakkında tüm görüntü ve ses kayıtlarına rağmen beraat kararı verilmiştir. Köylülerin avukatının itirazı üzerine Erzurum İstinaf Mahkemesi beraat kararını bozmuştur. İstinaf Mahkemesi çok kısa kararında “*Vicdani kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede; inceleme raporunda tespit edilen kanuna aykırılık hallerinin ancak yeniden yargılama yapılarak giderilebileceği kanısına ulaşıldığından*” davanın yeniden görülmesine hükmetmiştir.

Davanın yeniden görülmesi üzerine dosyayı yeniden inceleyen Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi 7. Ceza Dairesi, polis memuru O.Ş.’ye “Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suretiyle kasten yaralama” suçundan ceza vermiştir. Bu ceza, failin sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki gözlemlenen davranışları, cezanın sanığın üzerindeki olası etkileri dikkate alınarak 150 gün karşılığı toplam 3 bin TL adli para cezasıdır. Bu hükmün açıklanması da, O.Ş.’nin sabıkasız oluşu, polisin ileride yeniden suç işlemeyeceği konusunda mahkemece olumlu kanaat oluşması, suç nedeniyle oluşan bir zararın bulunmaması, sanığın kabul etmesi dikkate alınarak geri bırakılmıştır.

Burada hem faillerin tam olarak tespitine yönelik bir soruşturma yürütülmemesi, davanın işkence suçundan açılması gerekirken yukarıda tartışıldığı gibi zor kullanma sınırının aşılması suçundan açılması ve sonucunda da failin adeta korunduğu bir ceza alması, işkence ve kötü muamele yasağı bakımından cezasızlık sorununa bir örnektir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, AİHM’e atıfla “*Adli makamların, yetki alanları kapsamındaki kişilerin yaşamları ile fiziksel ve ruhsal bütünlüklerini korumak üzere konan kanunların koruyucuları olarak, sorumlu olanlara yaptırım uygulamakta kararlı olmaları ve suçun ağırlık derecesi ile verilen ceza arasında açık bir orantısızlığa izin vermemeleri*” gerektiğini vurgulamıştır.

Aynı kararda, “*bir sanık yönünden davanın zamanaşımına uğramış olması, mahkûm olan jandarma görevlisi hakkında ise, Mahkemenin gerekçesinde belirttiği vahim nitelikteki eylemleri de dikkate alındığında, işlenen suç ile verilen ceza arasında orantısız bir uygulama yapılmış olması ve verilen cezanın yasal olmayan bu tür eylemlerin önlenmesini sağlayabilecek caydırıcı bir etki doğurmaması nedenleriyle, devletin söz konusu davada başvuru- ruların fiziksel ve ruhsal bütünlüklerini kanunlar aracılığıyla koruma hususundaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği anlaşılmıştır*” (para. 106, vurgu bana ait) değerlendirmesi yapılarak, işlenen suç ile verilen ceza arasındaki dengeye dikkat çekilmiştir.

Olağanüstü Hal Sürecinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı

Olağanüstü hal süresince de, işkence ve kötü muamele şikayetleri artmış, darp edilen kişilerin fotoğraflarının medyaya servis edilmesi tartışmalara neden olmuştur. OHAL döneminde özellikle gözaltında yaşadığı iddia edilen işkence ve kötü muameleler, bazı raporlara konu olmuştur. İHD İstanbul Şubesi tarafından hazırlanan ve 26 Ekim 2017’de kamuoyu ile paylaşılan “OHAL’de Türkiye Raporu, Türkiye’nin Terörle Mücadelesi: Aşırı ve Kanunsuz”, İnsan Hakları İzleme Örgütü (HRW) tarafından hazırlanan 12 Ekim 2017 tarihli, “Gözaltında: Türkiye’de Polis İşkencesi ve İnsan Kaçırma Raporu” ile yine HRW tarafından hazırlanan 2016 tarihli “Açık Çek: Türkiye’de Darbe Girişimi Sonrası İşkenceye Karşı Koruma Tedbirlerinin



Askiya Alınması” raporları, bu ihlallere ve takip eden cezasızlığa ışık tutması bakımından önemlidir.

İşkence Özel Raportörü Nils Melzer de, bu dönemde kendisine ulaşan işkence iddialarındaki artışa dikkat çekmiştir. Melzer’in görüştüğü avukatlar ve tutuklular özellikle darbe girişimini takip eden gün ve haftalarda işkence ve diğer kötü muamele biçimlerinin yaygınlığını ifade etmiştir. Kolluk kuvvetlerinin, hükümete muhalif olduğunu değerlendirdiği herkese yönelik taciz ve hakarete rahat davrandığı, onları yıldırmaya ve sindirmeye çalıştığı; bunun karşılığında da külli bir cezasızlıkla korunduğu Melzer’in raporunda yer almıştır. Bu durum, İHD’nin OHAL’de Türkiye raporuna da “onur kırıcı muameleyi teşvik eden müsamahalı tutum” olarak yansımıştır.

OHAL dönemindeki hukuki zemin gözden geçirildiğinde, Türkiye’nin hem Avrupa Konseyi’ne hem de Birleşmiş Milletler’e, OHAL nedeniyle AİHS ve MSHS’nin bazı maddelerini askıya aldığını bildirdiğini akılda tutmak, uygulamada işkence yasağının anlaşılması için yol göstericidir. Her ne kadar savaş hali dahil askıya alınamayacak mutlak bir yasak olarak işkence ve kötü muamele yasağı yürürlükteyse de bu yasağın etkili bir biçimde uygulanmasını sağlayan çok sayıda hak ve özgürlük bu dönemde askıya alınmış böylece işkence yasağına karşı güvenceler son derece zayıflamıştır.

Türkiye, AİHS’in hangi maddelerini askıya aldığını belirtmese de, 2 Ağustos 2016’da yürürlüğe giren işlemlerle MSHS’nin etkili giderim, etkili başvuru haklarını düzenleyen ve alınan kararın icrasını güvence altına alan 2. maddesinin 3. fıkrası; kişi özgürlüğü ve güvenliğini düzenleyen 9., özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilerin insanca muamele hakkını düzenleyen ve işkence yasağı ile yakın ilişkisine yukarıda değinilmiş olan 10. maddeleriyle beraber, yargı önünde eşitliği güvence altına alan 14. ve 26. maddelerinin de aralarında bulunduğu bazı hükümleri askıya aldığını bildirmiştir.

Yukarıda değinildiği gibi, KHK’ler ile değiştirilen temel kanunlardaki güvencelerin aşınması, işkence ve kötü muameleyi kolaylaştırmıştır. Yasal planda beş güne çıkarılan avukatla görüşme yasağı, fiiliyatta daha uzun süreler boyunca uygulanmıştır. Aynı şekilde, şüphelilerin istedikleri avukatı seçmelerine yönelik kısıtlama, uygulamada kötü muamelenin üzerini örtme halini almıştır.

Uygulamada, savcılık kararıyla avukatla görüşmelerin izlenebilmesi ve kaydedilebilmesiyle ilgili KHK hükmü de uygulamada, kötü muamele iddialarının nezarethane veya cezaevi dışına çıkması önünde bir engele dönüşmüştür.

İstanbul Protokolü’nde belirlenen muayene standartlarına uygulamada riayet edilmemesi de kötü muamele yasağına ilişkin güvenceleri çok zayıflatmıştır. Bazı hallerde doktorun şüphelileri hiç görmediği, muayene esnasında polisin varlığı ve müdahaleleri de gözaltında bulunan kişileri daha kırılğan bir duruma sokmuştur. Aynı şekilde İstanbul Protokolü tarafından da öngörülen raporun bir kopyasına kişinin veya avukatının erişim hakkı, dosyaya yönelik kısıtlamalarla engellenmiştir.

Bu süreçte yine resmi olmayan gözaltı yerlerinin belirlenmesi ve çok sayıda insanın burada olağan gözaltı koşullarının dışında tutulmaları da kötü muamele yasağı standartlarına aykırıdır. OHAL döneminde spor salonları, toplu gözaltı merkezlerine dönüştürülmüştür. Özellikle bu gibi resmi olmayan gözaltı merkezlerinde işkence ve diğer kötü muamele biçimlerinin yaygınlaştığını Melzer de tespit etmiştir. Halkın köy meydanında toplanması, resmi gözaltı işlemi olmaksızın polis aracılığıyla gezdirme, spor salonları buna birkaç örnektir.



HRW’nin “Gözaltında” raporunda yer verilen vakalardan biri, işkence gördüğü iddiasıyla başvuruda bulunan O.D.’dir. Rapora göre, O.D., *“terörle mücadele şubasının spor salonuna götürüldüğünü ve orada yüzlerce başka insanla birlikte tutulduğunu, bunlardan bazılarının alınarak sorguya götürüldüğünü, bunların topallayarak ve ağlayarak geri döndüklerini”* anlatmıştır. İHD de raporunda spor salonlarında uzun süre çıplak ve ters kelepçe ile bekletilen kişilerin, basına yansıyan darp görüntülerinin işkence iddialarını güçlendirdiğini ifade etmektedir. Yine İHD raporu, yurtdışından gelen bir gazetecinin, resmi olmayan gözaltı yeri olarak kullanılan Gazi Üniversitesi Spor Salonu’na ilişkin ifadelerine yer vermektedir: *“Bir odada 50 kişi bulunmaktaydı. Bazı kişilerin acı ile bağırduklarını duydum, 2 gün orada kalmış olmama rağmen cehennem gibiydi. Sürekli ilaç kullanmam gerekliken ilacımı kullanmama izin vermediler. Sağlık durumum ağırlaştığında sakinleştirici kullanmaya zorlandım. Oradan hatırladığım sahne, solunum desteğine izin verilmediği için bir hayvan gibi yerde yatan çok yaşlı bir adamın görüntüsü”*.

Bu süreçte işkence ve kötü muamele iddiaları artmıştır ve darbe girişiminin üzerinden geçen 4 yılda bu iddialara etkili bir yanıt verilmemiştir. HRW’nin “Gözaltında” raporuna yansıyan vakalarla ilgili olarak görüşülen avukatlar, müvekkillerinin gördükleri muameleye yönelik sorgulama veya soruşturma başlatıldığından haberdar olmadıklarını beyan etmişlerdir. Bunun rapora yansıyan olaylar bakımından tek istisnası, Kırıkkale Ağır Ceza Mahkemesi tarafından, ilk celsede yedi kişi tarafından dile getirilen kötü muamele ve işkence iddialarına ilişkin soruşturma açılmasının talep edilmesidir.

Bu sükunetin, yeni vakaların gündeme gelmesini kolaylaştırdığını düşünmek yanlış olmaz. Örneğin HDP milletvekili Ömer Faruk Gergerlioğlu tarafından çokça dillendirilen, nizami bir gözaltı merkezi olan Ankara Emniyet Müdürlüğü’nde gözaltında tutulan, çoğu üniversite öğrencisi 40’a yakın kişinin işkence gördüğü iddiası, köpekle işkence edildiği ileri sürülen ve yaralı görüntüleri paylaşılan yerel yönetimler çalışanı ve eski Edremit Belediye Eş Başkanı Sevil Rojbin Çetin, polisi vurduğu iddiasıyla gözaltına alınan M.E.C.’nin basına sızdırılan görüntüleri güncel ve vahim örnekler olarak karşımızda durmaktadır.

27 Kasım-2 Aralık 2016 tarihleri arasında Türkiye’ye gerçekleştirdiği ziyaretle ilgili ön gözlemlerini ve tavsiyelerini paylaşan Melzer’e göre, işkenceye verilen yanıt, bireysel şikayetlerin işleme alınması, binlerce hakim, savcı ve diğer kamu görevlilerinin ihracı sonrası yavaşlamakta, İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu da ihraçlar sebebiyle cezaevleri, nezarethaneler gibi özgürlüğünden mahrum bırakılan kişilerin tutulduğu yerlerde, kendisinden beklenen düzenli, bağımsız ve objektif araştırmalar vasıtasıyla sağlanan önleyici rolünü icra edememektedir.

6.

**KIŐI ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ
İHLALLERİ BAKIMINDAN
CEZASIZLIK SORUNU**



6. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği İhlalleri Bakımından Cezasızlık Sorunu

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, kişilerin özgürlüklerini devletin keyfi müdahalelerine karşı koruyan bir haktır. Bir başka deyişle, kişinin keyfi tutuklama, yakalama, gözaltı, cezalandırmaya maruz bırakılmaması; bedensel bütünlüğünün ve hareket serbestisinin korunması anlamına gelmektedir.

Kişi özgürlüğünün yokluğu bireyi kırılğan ve başta kötü muamele olmak üzere çeşitli tehditlere açık hale getirmektedir. Kişi kural olarak özgürdür ve özgürlüğünden mahrum bırakılması için çerçevesi hem uluslararası hem ulusal standartlarla sıkı bir biçimde çizilmiş koşulların oluşması gerekmektedir. Aksi takdirde özgürlüğe getirilen sınırlama hukuka aykırı olacaktır.

Giriş kısmında açıklandığı üzere, her hukuka aykırılığın yaptırımsız kalması cezasızlık sonucu doğurmaz. Bunun için ortada ağır bir hak ihlalinin bulunması gerekmektedir. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının her ihlali de ağır insan hakları ihlali teşkil etmez. Rehber İlkeler, “özgürlük ve güvenlik hakkının bazı veçheleri” diyerek bu yaklaşımı doğrulamaktadır. Bir diğer ifadeyle, bir kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ihlalinin cezasızlık kapsamına girmesi için, belirli bir eşiği aşması gerekmektedir.

AmeriHM’nin bir kararına yazdığı şerhte hakim Sergio García Ramírez, özgürlük hakkının ihlalinin özellikle keyfi, belirli bir zamana yayılmış ve uluslararası hukuk anlamında zorla kaybetme halini aldığı anda “ağır insan hakları ihlali” olarak değerlendirilebileceğini belirtmiştir. Faillerin kendilerinden temel hak ve özgürlüklerin korumaları beklenen kıdemli kamu görevlileri olmaları halinde de olguların ağırlığı artacaktır. Gerçekten de, bu eşiğin zorla kaybedilme vakalarında aşıldığı kabul edilmektedir.

Bununla birlikte kişinin keyfi olarak özgürlüğünden mahrum bırakıldığı ve bunun ağır bir insan hakları ihlali teşkil ettiği başka durumlar da olabilir. Örneğin, Roma Statüsü’nün insanlığa karşı suçları düzenleyen 7. maddesinin (e) fıkrası, uluslararası hukukun temel ilkelerini ihlal edecek şekilde hapsedme veya fiziksel özgürlüğünden ciddi biçimde yoksun bırakma fiilinin ve (i) fıkrası da zorla kaybetmenin yaygın ve sistematik olarak işlenmesi halinde insanlığa karşı suç teşkil edeceğini belirlemiştir.

Bu bölümde kişi özgürlüğü ve güvenliğinin ağır ihlali olan zorla kaybetme ve cezasızlık sorunu ele alınacaktır. Diğer iki bölümden farklı olarak, bu bölümde uluslararası korumanın gelişimi kronolojik olarak ele alınacaktır. Zira zorla kaybetme özgün bir ihlal biçimi olarak görece geç tanınmıştır ve bu tanınma sürecini, arada geçilen aşamaları gözardı ederek uluslararası mevzuat/içtihat sırasıyla ele almak, bağlamın tam olarak kavranması önünde engeldir. Zorla kaybetme özel bir ihlal alanı olarak tanımlanmadan önce, yaşam hakkı, işkence yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ihlalleriyle bağlantılı olarak evrensel hukuk kurallarıyla kısmi bir koruma sağlamıştır. Ancak diğer suç tiplerinden ayrılan yapısı, farklı mekanizmalar tarafından farklı ihlal biçimleri kapsamında ele alınması, kaybedilenlerin dağınık ve kısmi bir korumadan faydalanması sonucunu doğurmuştur.

Bu nedenle zorla kaybetmeye ilişkin metinler, fiilin tanımlanma aşamalarıyla birlikte değerlendirilerek kronolojik olarak ele alınacaktır. Ardından zorla kaybetme suçunun unsurları incelenecek, daha sonra devletlere anılan mevzuatla, esnek hukuk kurallarıyla ve içtihatla yüklenen yükümlülükler, cezasızlıkla ilişkilendirilerek açıklanacaktır. Daha sonra Türkiye’de son dönemde artan zorla kaybetme vakaları üzerinden devletin yükümlülükleri ve cezasızlık sorunu ele alınacaktır.



6.1. Zorla Kaybetmenin Unsurları ve Uluslararası Hukukta Yasaklanması

6.1.1. Bir Suç Olarak Zorla Kaybetme ve Uluslararası Hukukta Yasaklanması

Ağır insan hakkı ihlali sayılan zorla kaybetme fiili, aleni bir devlet politikası olarak ilk defa Nazi Almanyasında Gece ve Sis Kararnamesi olarak adlandırılan gizli kararnamenin yürürlüğe girmesiyle uygulamaya konulmuştur. Gece ve Sis Kararnamesi, Almanya’nın işgal ettiği topraklarda artan direniş hareketlerini sindirmek için çıkarılan bir kararnamedir. Kararnameye göre, işgal ordusuna direnenlerden yalnızca ölüm cezası alması muhtemel olanlar yargılanacak, diğerleri Gestapo’ya teslim edilerek gizlice Almanya’ya transfer edilecektir. Kararnamenin uygulanmasıyla, komünist unsurlar ve Almanya’ya muhalif kişiler, hiçbir iz bırakılmaksızın kaybedilmiştir. Gece ve Sis Kararnamesi, aynı zamanda uluslararası hukukun zorla kaybedilmeler bakımından uygulandığı ilk örnektir. Zorla kaybetme, Nürnberg Mahkemeleri’nde yargılanmıştır. Nürnberg içtihadı, ilk olarak zorla kaybetmenin altında yatan davranışların savaş teamül hukuku kurallarına aykırı olduğunu ve insanlığa karşı suç teşkil ettiğini değerlendirmiştir. Kararnameyi ayırt edici kılan husus, olağan hukuk usul ve güvencelerinin bazı kişiler bakımından uygulanmayacak olmasıdır. Aynı şekilde tespit edilen kişilerin akıbetinin yakınları ve toplum tarafından bilinmesinin engellenmesi, bunun sonucu olarak da toplumun geri kalanında caydırıcı bir etki yaratılması da kararname ile uygulanan kaybedilmeleri, diğer fiillerden ayıran bir diğer noktadır. Böylelikle fiil, yalnızca mağduru değil, yakınlarını ve çevresini de etkilemekte, hatta tüm topluma dönük bir gözdağına dönüşmektedir. Nürnberg yargılamalarında bahsi geçmesine rağmen, uluslararası insancıl hukuk metinlerinde zorla kaybetme veya kayıplar ayrıca düzenlenmemiştir ve koruma özgürlük ve güvenlik hakkı, yaşam hakkı ve işkence yasağını güvence altına alan düzenlemelerle sağlanmaktadır.

Özgün bir suç tipi ve ihlal biçimi olarak zorla kaybedilme, uluslararası hukuk metinlerine görece geç girmiştir. Bu ‘yeni’ ihlal alanının tanımlanmasında, AmerİHM içtihadı ve ülke raporları yol açıcı olmuştur. Zira zorla kaybetmeye ilişkin Nazi Almanyasında gözlemlenen örüntünün bir benzeri, Latin Amerika’nın askeri diktatörlükleri ve iç savaşlarında tedavüle girmiş ve özellikle AmerİHM önüne taşınan vakalarla, uluslararası hukukun yakıcı konularından biri haline gelmiştir. 1960 ve 70’lerde Guatemala ve Brezilya’da uygulanmaya başlanan zorla kaybetme, 80’lerde birçok Latin Amerika ülkesine yayılmıştır. AmerİHK, 1981’de yayımladığı raporunda, 1966’dan itibaren Guatemala’da sıklıkla görülen zorla kaybetmeleri yaşam hakkıyla ilişkilendirmekle birlikte, kaçırma, yasadışı tutukluluk/gözaltı gibi farklı uygulamaların bir örüntü oluşturduğuna işaret etmektedir. Aynı raporda tüm bu kaybetmelerin tam anlamıyla cezasızlık içinde yapıldığı vurgulanmaktadır. Zorla kaybedilenler, siyasi parti liderleri veya çalışanları, sendikacılar, öğrenciler, gazeteciler, velhasıl toplumun rejime muhalif kabul edilen kesimleri olmuştur. Çocuklar da bu yöntemin mağduru olmuşlardır. Kaybedilen gebe kadınların doğum yapması, kaybedilen ailelerin çocukları ve ailenin kaybedilmesinden bağımsız olarak kaybedilen çocuklar da AmerİHK’nin raporlarında yer almıştır.

Çığır açıcı Velasquez Rodriguez kararında AmerİHM, belirli kişilerin yok olmasının ötesinde, zorla kaybetmenin toplumun tamamına yayılan bir kaygı, güvensizlik ve korku iklimi yarattığından bahsetmektedir (para. 149). Yine bu karar, zorla kaybetme örüntüsünü tanımlarken, önce mağdurların kuvvet kullanılarak, genellikle gündüz vakti ve kamusal alanlardan sivil giyimli, silahlı ve görünür bir cezasızlıkla hareket eden adamlarca kaçırıldıklarını ve resmi hiçbir iz taşımayan, bazen plakası bile olmayan araçlara bindirildiklerini ifade etmiştir (para. 147, b). Gerçekten de çoğunlukla hiçbir yargı mercii önüne götürülmeden, kısa yoldan infaz edilen mağdurların faileri ortaya çıkarılamamakta, suçun izleri silinmektedir (para 157).

Zorla kaybedilme, kişiyi hukukun tüm güvencelerinden mahrum bırakarak, işkence veya



diğer kötü muamele biçimlerine de açık hale getirmektedir. Nitekim BMİHK, zorla kaybedilme vakalarında işkence yasağına ilişkin mevzuata da atıfta bulunmaktadır. Komite, dış dünyayla bağlantının belirsiz bir biçimde kopması bağlamında, işkence yasağını düzenleyen 7. madde hakkındaki Genel Yorum No. 20’yi anımsatarak, “*incommunicado detention*” olarak adlandırılan, tutuklunun kimseyle görüşmesine izin verilmediği halin yasaklanması için taraf devletlerin önlem alması gerektiğini hatırlatmaktadır.

Üst düzey bir siyasi baskı aracı veya devlet terörünün ayrıcalıklı bir aygıtı olarak araçsallaştırılan zorla kaybetmeler özellikle iç çatışma veya benzeri siyasi gerilimlerin yaşandığı, Bosna-Hersek, Sri Lanka, Nepal, Türkiye gibi yerlerde de yaygın bir biçimde görülmektedir. Zorla kaybedilmenin ilk adımı olan özgürlükten keyfi olarak mahrum bırakılmayı bir “ihlaller demeti” izler. Bu ilk adım, kişi özgürlük ve güvenliğinin ihlaliyken, daha sonraki fiiller bazı hallerde yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı, bazı hallerde hukuk önünde tanınma hakkı, etkili başvuru hakkı ve özel hayatın ve aile hayatının korunması kapsamında değerlendirilebilir. Ancak kişinin akıbeti belirsiz olduğundan özellikle yaşam hakkı ve işkence yasağı ihlallerine yönelik iddiaları kanıtlamak genellikle kolay değildir. Olgusal tespitlere yönelik bu zorluk, AİHM içtihadında bazı strateji değişikliklerine neden olmuştur. Ayrıca zorla kaybedilme, tüm bu hak alanlarının bilinen ihlallerinden farklı karakteristik özellikler taşıdığından, spesifik olarak bu alandaki düzenleme ve mekanizmalar kritik önemdedir.

Zorla kaybedilmeye hasredilmiş uluslararası hukuk metinleri ancak 1970’lerin sonunda ortaya çıkmaya başlamıştır. Bu dönemde BMİHK’nin önüne de çok sayıda kayıp vakası gelmiştir. 1980’ler ve 90’lar kayıplarla ilgili uluslararası tepkinin yaygınlaştığı; kurumsal ve normatif düzenlemelerin yapıldığı bir dönem olmuştur. 20 Aralık 1978 günlü 33/173 sayılı BMGK kararı, zorla kaybetmenin yaşam hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, işkence yasağı, keyfi alıkoyma ve tutuklama yasağı, adil yargılanma hakkı gibi pek çok hakkı ihlal ettiğine atıf yaparak, BMİHKom’dan kayıp kişiler meselesini, uygun tavsiyeleri belirleyecek şekilde değerlendirme talebinde bulunmuştur. Bir sonraki sene de EKOSOK kayıplar meselesinin önceliğini vurgulayarak bu talebi yinelemiştir. Bunu temel alan BMİHKom, 20 (XXXVI) sayılı ve 29 Şubat 1980 günlü kararıyla, Zorla ve İrade Dışı Kaybedilenler Üzerine Çalışma Grubu kurulmuştur. Çalışma grubu temel olarak, kaybedilen kişilerin ailelerine destek olmakta, aileler ile hükümetler ve diğer raporlama kaynakları arasındaki iletişimi sağlamaya katkı sunmaktadır. Çalışma grubunun yetkisi, kayıpları raporlama ve devletlere tavsiyelerde bulunmayla sınırlı olduğundan, zorla kaybedilmeyle mücadelede çok etkili olduğunu değerlendirmek mümkün değildir.

Bu dönemde BMİHK de bazı bireysel başvuruları incelemiştir. Edouardo Bleier/Uruguay başvurusu bunlardan ilkidir. Başvurucunun babası, Ekim 1975’te Montevideo’da mahkeme kararı olmaksızın tutuklanmış, tutuklamadan yakınları haberdar edilmemiş ve bilinmeyen bir merkezde tecrit edilmiştir. Ordu biriminin yayınladığı tutuklu listesinde birkaç ay boyunca adı bulunan Edouardo Bleier’in adı daha sonra arananlar listesinde bir kez daha yayınlanmıştır ve sonrasında kendisinden hiçbir haber alınamamıştır. Sonradan aileleriyle temas kuran ve Bleier ile beraber tutulan kişiler, Bleier’in gördüğü işkenceyi anlatmıştır. Komite, Bleier’in tutukluluk ve kaybolma sürecine ilişkin gerekli soruşturmayı yapma yükümlülüğünün taraf devlette olduğunu hatırlattıktan sonra (para. 11.1.), MSHS’nin işkence yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ve özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiye insanca ve saygılı davranma yükümlülüğü maddelerinin ve nihai olarak yaşam hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (para. 14).

BMİHK önüne gelen bir diğer zorla kaybedilme vakası Quinteros/Uruguay başvurusudur. Burada Komite, Bleier’e paralel olarak işkence yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ve



özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiye insanca ve saygılı davranma yükümlülüğü maddelelerinden ihlal kararı vermiştir. Ancak Bleier kararından farklı olarak, kızı zorla kaybedilen Başvurucu’nun çektiği ıstırap ve ezaya dair de karar vermiş ve kızının akibetinin ve nerede olduğunun belirsizliğinin kızıyla birlikte Başvurucu’yu da mağdur ettiğini tespit ederek işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir (para 14).

Yerel düzeyde de kayıp kişilerin bulunması için ilk uzmanlaşmış yapı da Kıbrıs’ın Rum ve Türk toplulukları arasındaki anlaşmaya dayanarak BM nezaretinde 1981’de kurulmuştur. Kayıp Şahıslar Komitesi’nin (KŞK) amacı, “1963’den 1964’e toplumlararası çatışmalar sırasında ve 1974 olayları sırasında kaybolan 2002 kayıp (492 Kıbrıslı Türk ve 1510 Kıbrıslı Rum) bulmak, tanımlamak, kimliklendirmek ve ailelerine iade etmek” olarak tanımlanmıştır. Kıbrıs’ta kaybedilenlere ilişkin vakalar, KŞK’nin kurulmasından yaklaşık on yıl sonra AİHM önüne gelmiştir. Varnava/Türkiye adı altında birleştirilen 9 dosya, 18 Kıbrıslıya ilişkindir. Başvurucular yakınlarının, Türkiye’nin Kıbrıs’a çıkarma yaptığı 1974 yılında, Türkiye’ye ait silahlı kuvvetlerce gözaltına alındıktan sonra bir daha kendilerinden haber alamadıklarını, yakınlarının kaybolduğunu ileri sürmektedirler. Bu başvuru aynı zamanda zorla kaybedilmenin mütemadi niteliğini de ilgilendirdiği için aşağıda ele alınacaktır.

BMGK 1992’de bir esnek hukuk belgesi olan Tüm Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Yönelik Bildiri ile zorla kaybetme suçuna ilişkin ilke ve esasları tespit etmiştir. Bildiri’nin 7. maddesine göre, savaş tehdidi, savaş, iç siyasi kargaşa, olağanüstü hal gibi hiçbir durum, zorla kaybetmeyi meşrulaştırmak için kullanılamaz. Bu itibarla zorla kaybetme yasağı da mutlak bir yasak olarak karşımıza çıkar.

Uluslararası hukukta, spesifik olarak zorla kaybedilmeye karşı ilk bağlayıcı metin, Kişilerin Zorla Kaybedilmesine Karşı Amerikalıların Sözleşme’dir. Bu sözleşme, kişilerin zorla kaybedilmesinin icrasını, buna izin verilmesini veya göz yumulmasını olağanüstü şartlar altında dahi yasaklamaktadır (1. md, a). Sözleşme, taraf devletlere zorla kaybedilmenin suç olarak tanımlanması ve cezalandırılması yükümlülüğü yüklemekte; kişilerin zorla kaybedilmesinin önlenmesi, cezalandırılması ve ortadan kaldırılması için işbirliği içinde olma ve yasal, idari, yargısal ve diğer önlemleri alma yükümlülüğü yüklemektedir (1. md, b, c, d). Zorla kaybedilme, Sözleşme’nin 2. maddesinde tanımlanmıştır.

Uluslararası ceza hukuku da zorla kaybetmeyi, 1998’de kabul edilen Roma Statüsü’nün 7. maddesinin 1(i) düzenlemesi uyarınca, sistematik ve yaygın olarak işlenmesi halinde insanlığa karşı suç teşkil edecek fiiller arasında saymıştır.

Bu dönem, Türkiye’de 1990’larda yaygınlaşan kaybedilme vakalarının da AİHM önüne yığıldığı bir dönemdir. Hakikat Adalet Hafıza Merkezi’nin kesin olmayan verilerine göre, 1980 darbesinden sonra 1353 kişi, devletle doğrudan veya dolaylı bağlantılı güçler tarafından zorla kaybedilmiştir. 1990’lar boyunca OHAL bölgesi ilan edilen Kürtlerin yoğun olarak yaşadığı yerler zorla kaybedilme vakalarının da en çok görüldüğü yerlerdir. Yine Hafıza Merkezi’nin derlediği verilere göre Diyarbakır, en az 382 kişiyle en çok zorla kaybedilmenin yaşandığı il olurken, Şırnak’ta 211, Mardin’de 184 kişi zorla kaybedilmiştir. Bu illeri Batman, İstanbul, Hakkari izlemektedir. 1980-1990 yılları arasında 33 kişi zorla kaybedilmişken, bu sayı 1991’de 18 olmuş, 1993’e gelindiğinde 103’e, 1994’e gelindiğinde ise 518’e fırlamıştır. 1995’te 232 kişi, 1996’da ise 170 kişinin zorla kaybedildiği tespit edilmiştir. Ardından kademeli olarak düşen zorla kaybedilme vakalarının tamamen ortadan kalktığını söylemek mümkün değildir. Bu kişilerden bazılarının cenazeleri sonraki yıllarda toplu mezarlarda bulunurken, akibetlerinden haber alınamayan çok sayıda kişi mevcuttur. Bu süreçte AİHM önüne gelen Kurt, Taş, Timurtaş gibi başvurular, AİHM’in zorla kaybedilmelere ilişkin genel ilkeleri tespit ettiği vakalar olmuştur. Daha sonra Yugoslavya’nın çözülmesi sürecinde yaşa-



nan iç savaşla ilgili başvurular zorla kaybetmelerin ele alındığı vakalar olmuştur. Rusya’nın Çeçenistan başta olmak üzere Kafkaslardaki ihlalleri de AİHM’in önüne zorla kaybetmeler bağlamında gelmiştir.

Bu başvurulardan ilki, Kurt/Türkiye’dir. 23-25 Kasım 1993 tarihleri arasında güvenlik güçleri, köye silahlı militanların geleceğini haber alarak operasyon yapmış, iki çatışma meydana gelmiş, ardından evleri teker teker arayan kolluk güçleri, on ila on iki evi ateşe vermiş ve köylülere köyü boşaltmaları için bir haftalık süre tanımışlardır. Başvurucunun oğlu köyde, jandarma ve korucular tarafından gözaltına alınmış, bir daha kendisinden haber alınamamıştır. Mağdurdan haber alınmadığı için yaşam hakkının da işkence yasağının da ihlal edilip edilmediğine ilişkin hiçbir bulgu yoktur. Olay Mahkeme önüne gelmeden Komisyon, bir kimsenin gözaltına alındıktan sonra kendisinden haber alınamamasıyla AİHS’in 5. maddesiyle sağlanan kişi özgürlüğü ve güvenliğine ilişkin güvencelerin yadsındığı tespitini yapmış ve kişi özgürlüğü ve güvenliğinin ağır bir biçimde ihlal edildiğini saptamıştır. Buna ek olarak, oğlunu kaybeden başvuru bakımından Komisyon, 3. maddenin de ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme kaybedilmeyle ilgili incelemeyi yaparken, resmi merciler tarafından hoşgörüle karşılanan kaybedilme ve buna eşlik eden kötü muamele veya infaz pratiklerinin, dava konusu olayda başvuru bakımından tek dayanağı olduğunu tespit etmiş ve bunu 2. maddenin ihlali için yeterli bulmamıştır (para. 108). Bununla birlikte, devletin başvuru bakımından oğlunun yaşamını koruma yükümlülüğünün 5. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır (para. 109). Aynı doğrultuda, kayıp kişi bakımından 3. maddenin ihlal edildiği yönündeki iddiaları da 5. madde bağlamında incelemeye karar vermiştir (para. 117). Mahkemenin bu yaklaşımı daha sonra değişecektir.

Mahkeme’ye göre 5. maddenin sağladığı güvenceler, özellikle hakim önüne çıkarma mecburiyeti, yaşamı tehdit edebilecek veya ciddi kötü muameleyle yol açabilecek davranışları önlemeyi hedeflemektedir (para. 123). Mahkeme’ye göre bilgi verilmeksizin gözaltı, tüm bu güvencelerin yadsınmasıdır ve bu da, gerekli inceleme yapılmaması, başvuru bakımından ifade sine hiç başvurulmaması, olaya karışan güvenlik güçlerinin teşhisi için hiçbir şey yapılması ile beraber düşünüldüğünde, 5. maddenin en ağır ihlali teşkil eder (para. 124 vd.).

Mahkeme, etkili giderim hakkını da soruşturmanın akıbetiyle birlikte değerlendirmektedir. Kurt/Türkiye davasında başvuru, savcılığa yaptığı hiçbir şikayetten sonuç alamamıştır. Başvurucuya başkaca hiçbir etkili giderim yolu sunulmamıştır. Mahkeme’ye göre başvuru bakımından kaybolduğu koşullar, yetkililere yükümlülük yüklemektedir ve bu yükümlülük yerine getirilmediğinden 13. madde de ihlal edilmiştir (Kurt, para. 135-142).

Bununla birlikte, Mahkeme ayrımcılık yasağı iddiasını değerlendirirken sunulan BM Çalışma Grubu’nun 1991-1994 yılları arasını kapsayan raporuna değinmiş, fakat başvuru bakımından oğlunun etnik kökeni nedeniyle kasten hedef haline geldiğine ilişkin veri bulunamadığından bahisle 14. maddeden ihlal olmadığına karar vermiştir (Kurt, para. 144-147).

Mahkeme kayıplara yönelik bu yaklaşımını, başvuru bakımından kötü muamele yasağının gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirirken derinleştirmiştir. Başvuru bakımından annesidir ve oğlunun köyde gözaltına alınmasının görgü tanığıdır. Mahkeme, başvuru bakımından baş etmek zorunda kaldığı uzun süreli ıstırap ve endişenin 3. maddede aranan eşiği aştığını tespit etmiş ve 3. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir (para. 130-134). Bu durum, Varnava/Türkiye, Çakıcı/Türkiye kararlarında da vurgulanmış, kaybedilmenin belirsizliğinin ailelere yüklediği özel yükten bahsedilmiştir.

Bununla birlikte Mahkeme daha sonra, kayıp yakınıyla ilgili değerlendirme için çeşitli kriterler geliştirmiştir. Çakıcı/Türkiye başvurusunda, Kurt/Türkiye başvurusunda bu kararın veril-



miş olmasının gerekçesinin oğlu kaybedilen annenin karşısında, yetkililerin rahatlığı olduğu hatırlatılmıştır (para. 98). Başvurucu aile üyesinin yakınının kaybedilmesinin, 3. madde bakımından ihlal oluşturup oluşturmayacağına ilişkin koşullar da aynı yerde sıralanmıştır. Buna göre Mahkeme, ağır insan hakları ihlallerine uğrayanların yakınlarının yaşayacağı ıstırapla, zorla kaybedilmeden kaynaklanana birbirinden ayırmakta ve zorla kaybedilmeye özel bir önem atfetmektedir. Bununla birlikte, her zorla kaybedilme de kaybedilenin yakınları bakımından 3. maddenin ihlali olmaz. Mahkemeye göre, zorla kaybedilenin yakınları bakımından 3. maddenin ihlal edilip edilmediği değerlendirilirken dikkate alınacak kriterler, aile bağının yakınlığı, ilişkinin belirli koşulları, mevzubahis olaylara aile üyelerinin tanık olup olmadıkları, aile üyesinin kaybeden yakınıyla ilgili bilgi alma sürecine dahil olup olmadığı ve yetkililerin bu çabayı nasıl karşıladığıdır. Çakıcı/Türkiye ile belirlenen bu ilkeler Timurtaş/Türkiye (para. 95, ilkelerin uygulanması para. 96) ve Orhan/Türkiye’de (para. 358) de yinelenmiştir.

Yine Mahkeme, kayıplarla ilgili başvuruları 2. madde yerine 5. madde kapsamında değerlendirmeye yönelik yaklaşımını da değiştirmiştir. Mahkemeye göre, iki koşulun gerçekleşmesi halinde 2. maddenin esas bakımından ihlal edildiği varsayımının kabulü mümkündür. Bunlar, mağdur kişinin en son hayatının tehlike altında olduğunu düşündürecek koşullarda görülmüş olması ve taraf devlet ilgili kişinin akıbetine ilişkin ikna edici bir açıklama sunmaktan yoksun olmasıdır. Aynı şekilde, kaybedilmenin bu koşullar altında gerçekleşmesi devletin 2. madde bakımından usul yükümlülüğünü de doğuracaktır.

Zorla kaybedilmeden korunma hakkı, AmeriHM’nin 2006 tarihli bir kararında, *ius cogens* bir norm olarak tanınmıştır. Avrupa Konseyi tarafından 2016’da hazırlanan kayıplarla ilgili bir raporda da bu görüş tekrarlanmış, zorla kaybedilmeden korunmanın *ius cogens* bir norm haline geldiği ifade edilmiştir.

20 Aralık 2006 tarihinde BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen ve 7 Şubat 2007 tarihinde imzaya açılan Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme de, 23 Aralık 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye’nin taraf olmadığı sözleşme, zorla kaybedilmeye ilişkin evrensel temel normlardan biridir. Yasağın mutlak niteliği burada da vurgulanmıştır (1. maddenin 2. fıkrası).

Sözleşme’yle kurulan ve on uzmandan oluşan Komite, Sözleşme’nin uygulanıp uygulanmadığını denetlemekte, taraf devlet raporlarını inceleyerek görüşlerini sunmakta, devletlere tavsiyeler vermektedir. Komite, kayıp kişinin yakınlarından bu kişinin aranması ve bulunmasına ilişkin başvuru aldığı anda “ivedi usul” işletilebilir.

6.1.2. Zorla Kaybetmenin Tanımlanması, Diğer İhlallerden Ayrılması ve Unsurları

Zorla kaybetme, Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 2. maddesinde şu şekilde tanımlanmaktadır:

“Zorla kaybedilme, devlet görevlileri veya devletin yetkisi, desteği veya bilgisi dahilinde hareket eden kişi ve gruplar tarafından gözaltına alınması, tutuklanması, kaçırılması veya başkaca bir biçimde özgürlüğünden yoksun bırakılması ve ardından özgürlüğünden yoksun bırakıldığının reddedilmesi, kayıp kişinin akıbetinin veya nerede olduğunun gizlenmesi suretiyle bu kişinin hukukun koruması dışında bırakılmasıdır”.

Bu tanım, Kişilerin Zorla Kaybedilmesine Karşı Amerikalılararası Sözleşme’nin tanımına da paraleldir. İkinci sözleşme hukukun koruması dışına çıkarmayı, başvurulabilir hukuki çarelere başvurmadan ve usuli garantilerden alıkoymak olarak formüle etmiştir.



Buna paralel bir tanım da Roma Statüsü’nde yer almaktadır. Statü’ye göre zorla kaybedilme “bir devlet veya siyasi örgüt tarafından veya onların yetkisi, desteği veya bilgisi dahilinde şahısların alıkonulması, tutuklanması veya kaçırılması ve onu takiben bu kişilerin hukuk güvencesinin dışına çıkarılması amacıyla, akıbetleri ve nerede olduklarıyla ilgili bilgi vermeyi ve özgürlükten mahrum edildiklerini teyit etmeyi reddetmeleri anlamına gelir” şeklinde tanımlanmıştır. Roma Statüsü’nde yer alan suçların unsurlarını açıklayan belgeye göre, zorla kaybetmenin unsurları şu şekildedir: Fail bir veya daha fazla kişiyi alıkoymuş, tutuklamış veya kaçırmış olmalı ve bunu inkar etmeli veya bu kişilerin akıbetiyle ilgili bilgi vermeyi reddetmelidir. Bir başka deyişle, kişinin özgürlüğünden mahrum edilmesini bunun inkarı izlemelidir. Ayrıca özel bir kasıt öngörülmüştür: Kişinin akıbetiyle ilgili bilgi verilmemesinin amacı, kişinin hukuk güvencesi dışına çıkarılması olmalıdır. Oysa Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme uyarınca, bir kişinin hukuka aykırı olarak özgürlüğünden mahrum bırakılmasının ardından akıbetiyle ilgili bilgilerin gizlenmesinin doğrudan sonucu o kişinin hukuk güvencelerinden mahrum kalmasıdır. Yine Roma Statüsü, failin bu kişi veya kişileri hukukun koruması dışına belirli bir zaman dilimi için çıkarmış olması gerekmektedir. Bu zamanın ne kadar olduğu belirtilmemiştir. Roma Statüsü cezai sorumluluğa ilişkin olduğu için incelemenin geri kalanında Herkesin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin tanımı esas alınacaktır.

Bu tanıma göre, zorla kaybetmenin faili devlet görevlileri veya devletin yetkisi, desteği veya bilgisi dahilinde hareket eden kişi ve gruplar olabilir. Roma Statüsü faillikle ilgili devlet görevlilerine ek olarak siyasi bir örgütü de eklemiştir.

Suçun maddi unsurları değerlendirildiğinde, karşımıza birbirini izleyen hareketler çıkmaktadır. İlk hareket özgürlükten yoksun bırakmadır. Özgürlükten yoksun bırakılmayı, bu durumun resmi usule uyulmaması, bilgi verilmemesi ve hatta çoğunlukla inkar edilmesi izler. Özgürlükten yoksun bırakılmanın tanınmaması ve inkarı, kişiyi hukuken belirsiz bir durumda bırakmaktadır. Bu belirsizlik sonucu kişi hukuki güvencelerin dışına itilmiş olur. Bir başka deyişle, akıbetinden haber alınamayan bir kişinin ayrıca hukukun koruması dışında olup olmadığının değerlendirilmesine gerek yoktur. Yukarıda belirtildiği gibi Roma Statüsü, kişiyi hukuki güvencelerin dışına itme kastını özel bir kasıt olarak aramaktaysa da uluslararası insan hakları hukuku metinlerinde bu güvencesizlik hali, akıbeti gizlemenin doğal bir sonucudur ve özel bir kasıt aranmaz. Bu yoruma göre, failin neticesinin, kişinin hukukun koruma alanı dışına çıkarılması olduğu ve bu itibarla hareketin neticesine bağlı bir suç olduğu söylenebilir.

Zorla kaybetmenin mağdurları kayıp oldukları için, suçun aydınlatılması da hayli güçtür. Bu durum, zorla kaybetme suçunun ayırt edici özelliklerinden biridir ve hem failerin tespitini, hem de başkaca hak ihlali yaşanmışsa onların tespitini güçleştirmektedir. Esasen zorla kaybedilmenin toplumun belirli kesimlerine dönük bir gözdağı niteliği hesaba katıldığında, failinin kim olduğunu herkes aşağı yukarı tahmin etmektedir; ancak spesifik bir vakanın aydınlatılması da bir o kadar güçtür.

Bununla birlikte, zorla kaybedilme suçunun tamam olması için, kişinin öldürülmüş olmasına gerek yoktur. Unsurlardan anlaşılacağı gibi, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması ve bunun inkar edilmesi, suçun gerçekleşmesi için yeterlidir. Daha sonra kişinin ortaya çıkması, zorla kaybedilmeyi suç olmaktan çıkarmaz; yalnızca mütemadi bir suçun sona ermesi anlamına gelir.

Zorla kaybetme suçunun mağdurla doğrudan ilgili olmayan bir boyutu daha vardır: Yakınlarından haber alamayan aile fertlerinin içine düştükleri belirsizlik ve kaygı iklimi. Esasen kayıpların caydırıcı ve sindirici etkisinin Nürnberg yargılamalarından bugüne ısrarla vurgu-



lanması, bazı hallerde kötü muamele eşiğinin mağdurun yakınları tarafından aşıldığının kabul edilmesi, insan hakları hukuku açısından genelleşmesinin yeniden değerlendirilmesi gereken bir istisna görünümündedir.

Zorla kaybetme, mütemadi bir suç olarak tanımlanmaktadır. Tüm Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Yönelik Bildiri’nin 17. maddesi uyarınca, failer, kaybolan kişilerin akıbetine ve nerede olduklarına ilişkin bilgileri saklamaya devam ettikleri için ve olgular açıklanmamış bir şekilde kaldığı için zorla kaybetme mütemadi bir suç olarak tanımlanmıştır.

BMİHK, zorla kaybedilmeyle ilgili öncelikle şu tespiti yapmaktadır: “Sözleşme’nin [MSHS] hiçbir hükmü açıkça “zorla kaybedilmeden” bahsetmiyorsa da, bu sözleşme ile tanınan çeşitli hakların mütemadi ihlalini teşkil eden bütünlüklü ve özel bir eylem silsilesini ifade eder”.

AmerİHM, Heliodoro Portugal/Panama davasında zorla kaybedilme ve hukuk dışı infazlar arasında ayrıma gitmiştir. 1970 yılında, yani Panama’nın Mahkeme’nin yargı yetkisini kabul etmesinden 20 yıl önce gerçekleşen kaybedilme olayında Mahkeme ilginç bir karar vermiştir. Panama’da 1968’de gerçekleşen darbenin ardından, askeri rejime muhalif olan Heliodoro Portugal, 1968’de tutuklanıp 1969’da serbest bırakılmış, 14 Mayıs 1970’te de kırmızı bir araçla oturduğu kafeteryadan zorla götürülmüştür. Panama’nın AmerİHM’nin yargı yetkisini kabul ettiği 1990’dan önce gerçekleşmiş olan ve anlık bir eylem olan yasadışı infazıyla ilgili yargı yetkisi olmadığını, ancak Portugal’ın zorla kaybedilmiş olması ve suçun mütemadi niteliği nedeniyle yargı yetkisinin bulunduğu karar vermiştir (para 30-34). Bu itibarla Portugal davasını Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi’nin kişi özgürlüğünü düzenleyen 7., önlem alma yükümlülüğünü düzenleyen 1. ve Amerikalılararası Kişilerin Zorla Kaybedilmesine İlişkin Sözleşme’nin 2. maddesi uyarınca ihlal kararı vermiştir (para. 275.4).

AİHM, zorla kaybedilmenin mütemadi suç olarak kabul edilmesi gerektiğini açıkça tespit etmektedir. Kıbrıs’ta 1974’te tutuklanan ve sonra kendilerinden haber alınamayan kişilerin yakınları tarafından yapılan 9 ayrı başvuruyu incelediği Varnava kararında AİHM, 1485 Kıbrıslı Rum’un süregiden bir yaşam hakkı ihlaliyle karşı karşıya olduklarını tespit etmektedir. Zira taraf devlet, yaşamı tehdit eden koşullarda kaybolan bu kişilerin nerede olduklarını ve akıbetlerini açıklığa kavuşturmak için etkili bir soruşturma yürütmekte yetersiz kalmıştır (para. 121). Davaya konu olayın kalbinde, etkili soruşturma yürütülmemesi yatmaktadır (para. 136). AİHM bazı kararlarında öldürme eylemleriyle ilgili zaman bakımından yetkisizlik kararı vermesine rağmen, soruşturma yükümlülüğünü ayrı ve özerk bir yükümlülük olarak değerlendirmenin mümkün olduğunu da belirtmektedir.

Kaybedilme, süregiden bir belirsizlik ve hesap vermeme haliyle nitelenebilir (para 148); bu nedenle diğer suçlardan ayrılması mümkündür. Suçun mütemadi niteliğiyle beraber bu özelliği, soruşturma yükümlülüğünün de özünü belirlemektedir. Buna göre, devletin soruşturma yükümlülüğü, kayıp kişinin akıbeti hakkında hesap verilebilene kadar devam eder (para 148). Ölüm karinesinin varlığında bile bunu kabul etmek gerekir (para 148). Böylece devletin soruşturma yükümlülüğü de mütemadi bir hal almakta ve bu itibarla bir öldürme eyleminden farklılık arz etmektedir.

Bu nitelik aynı zamanda suç bakımından zamanaşımını da belirlemekte ve onu bir yaşam hakkı ihlalinden veya kötü muamele fiilinden ayırmaktadır. Nitekim, zorla kaybetme suçunda zamanaşımı Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 8. maddesi uyarınca sınırlanmıştır. Buna göre, suçun mütemadi niteliği göz ardı edilemez ve süre kaybedilme sona erdikten sonra başlamalıdır.



Zorla kaybedilme nedeniyle yaşam hakkı ihlalleri bakımından İnsan Hakları Komitesi’nin içtihadında dalgalanmalar olmuştur. Komite’nin yargı yetkisini kabul etmeden önce zorla kaybedilen kişiler tarafından yapılan başvurularda önceleri zaman bakımından kendisini yetkisiz bulan Komite, daha sonra zorla kaybedilmenin mütemadi bir suç olduğu değerlendirilmesini yaparak dosyayı incelemeye devam etmiştir, ancak daha sonra tekrar eski içtihadına dönmüştür. Sarma/Sri Lanka, 16 Temmuz 2003 kararı bu yaklaşım bakımından istisna teşkil eden bir karardır. İhtiyari Protokol’ü 1997’de imzalayan Sri Lanka aleyhine, Haziran 1990’da ordu mensupları tarafından alınıp, en son Ekim 1991’de görülen kişi hakkında yapılan başvurunun esasa ilişkin değerlendirmesinde Komite, etkilerin İhtiyari Protokol’ün yürürlüğe girmesinden sonra da devam ettiği değerlendirmesini yapmıştır ve kabul edilebilirlik kararı vermiştir (para. 6.2.). Ölümün kesin olarak tespit edilebildiği hallerin aksine kaybetmenin devam eden niteliği Komite’nin bu yorumunun temelinde yer almaktadır. Bu karara verirken, Roma Statüsü’nün zorla kaybedilme tanımına atıfla bulunması, içtihat değişikliğinde Statü’nün olumlu etkisi olduğuna yönelik bir işaret olarak okunabilir (para. 9.3.). Komite, esasa ilişkin değerlendirmesinde, başvurucunun bu yönde bir talebi olmadığından oğlunun ölüm karinesinden yararlanmasını doğru bulmamış ve 11. maddenin de aynı korumayı sağlayacağını ifade ederek yaşam hakkıyla ilgili değerlendirme yapmamıştır (para. 9.6.).

AmeriHM de zaman bakımından yetkisinin tartışmalı olduğu Blake/Guatemala kararında, bu riski görerek cezasızlık karşısında tavır almıştır. Davaya konu olay, Guatemala’nın AmeriHM’nin yargı yetkisini tanıdığı 1987 yılından önce, 1985 yılında gerçekleşmiştir. Serbest çalışan gazeteci Nicholas Blake, Guatemala’da faaliyet gösteren (Marksist-Leninist) Yoksulların Gerilla Ordusu (EGP) örgütüyle röportaj yapmak için Guatemala’ya gitmiş ve kendisinden bir daha haber alınamamıştır. AmeriHM, zorla kaybedilmelerin çeşitli insan haklarını ihlal ettiğini tespit ederek, bu ihlallerin etkilerinin -bazıları tamamlanmış olsa bile- mağdurun akıbeti ve nerede olduğu öğrenilene kadar sürekli ve kalıcı olarak uzadığını kabul etmiştir. Mahkeme, Blake’in kaybolduğunun bildirildiği 28 Mart 1985’ten, kalıntılarının bulunduğu (cenazesi yakılmış ve yeri değiştirilmiştir) 14 Haziran 1992’ye kadar geçen süre boyunca suçun devam ettiğini tespit etmiş ve olayı zaman bakımından yetki dahilinde değerlendirmiştir. AiHM de Varnava ve diğerleri/Türkiye kararında, AmeriHM’nin Blake/Guatemala kararına atıfla, kaybın öğrenilmesinin “devam eden bir sürecin” başlangıcına işaret ettiğinin altını çizmektedir.

6.2. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Bakımından Devletin Yükümlülükleri ve Cezasızlıkla Mücadele

6.2.1. Siyasetin Belirlenmesi

Tıpkı diğer ağır insan hakları ihlallerinde olduğu gibi, zorla kaybetmenin önlenmesi bakımından da siyasetin bu amaç doğrultusunda belirlenmesi önemlidir. Zorla kaybetmenin suç ve hak ihlali olarak tanımlanmasının önünü açan Latin Amerika’da, siyasetin zorla kaybetmeler ve cezasızlık arasındaki ilişkisi hayli belirgindir.

Arjantinli diktatör Jorge Rafael Videla, Arjantin’de kayıpların ve çocuk kaçırmaların en yoğun olduğu dönemde, bu suçun yöneldiği kesime işaret ederek “teröristler sadece silah veya bomba taşıyanlar değildir; Hıristiyan ve Batı medeniyeti değerlerine karşı fikir yayan herkes teröristtir” demiş ve suçun mevcut ve olası mağdurlarını daha kırılğan bir konuma yerleştirmiştir. Aynı şekilde Guatemala’da da ‘Ulusal Güvenlik Doktrini’ yaklaşımı toplumun bir kısmının iç düşman olarak tanımlanmasına neden olmuş, böylece ağır bir şiddet sarmalına sürüklenilmiştir.



Siyasanın belirlenmesinin ağır insan hakları ihlalleri ve cezasızlıkla ilgisi diğer başlıklar altında detaylı bir biçimde ele alındığından burada yeniden açıklanmayacaktır.

6.2.2. Yasal Altyapının Hazırlanması

Zorla kaybedilmeye ilişkin yasal altyapı yükümlülüğünün en görünür gereği, bu suç tipinin ceza kanunlarında tanınmasıdır. Kayıplar Sözleşmesi’nin ve Bildirisinin 4. maddesi, taraf devletlere zorla kaybetme fiilinin iç hukuklarında suç olarak tanımlanması için gereken önlemleri alma yükümlülüğü yüklemektedir. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi’nin 2005 tarihli ve 1463 sayılı kararı, bu yükümlülüğün subjektif unsurlardan arındırılmış olmasının, böylece de uygulamada ispat zorluğunun önünün alınmasının önemini hatırlatmaktadır.

Yasal altyapı yükümlülüğü zorla kaybetmenin suç olarak tanımlanmasının yanı sıra, fiilin ağırlığının da hesaba katıldığı uygun bir ceza ile müeyyidelendirilmesini de kapsamaktadır (7. md). Eğer fail, kaybedilen kişinin sağ olarak dönmesini sağlarsa bunun hafifletici sebep, zorla kaybetmenin hamile bir kadına, çocuğa, engelli veya başka şekilde kırılgan bir kişiye karşı işlenmesinin de ağırlaştırıcı sebep olarak tanımlanabileceği de Sözleşme’de yer almaktadır.

Sözleşme’nin 8. maddesinin 1. fıkrasının a bendi uyarınca, yasal altyapı yükümlülüğü dava açma ve zamanaşımı süresinin, suçun ağırlığıyla orantılı ve dolayısıyla uzun olmasını da kapsar. Sözleşme, yukarıda tartışılan suçun mütemadi niteliğine de vurgu yapmaktadır. Aynı maddenin b bendi uyarınca, zamanaşımı suç sona erdiğinde işlemeye başlamalıdır. Zorla kaybetme bakımından suç, ancak kaybedilen kişi ortaya çıktığında veya akıbeti tam olarak öğrenildiğinde sona ermektedir.

Bunun yanı sıra, diğer ağır insan hakları ihlalleri gibi devletlere, zorla kaybetme suçu ile ilgili yargı yetkisini genişletmesi yükümlülüğünü yüklemektedir. Buna göre eğer zorla kaybetme fiili devletin yargı yetkisi veya kontrolü dahilinde gerçekleşmişse, kendi vatandaşına karşı gerçekleşmişse, veya taraf devlet uygun gördüğünde, zorla kaybetme ile ilgili yargı yetkisini kullanmalı ve suçun cezasız kalmasının önüne geçmelidir.

Sözleşme’nin 5. maddesi, zorla kaybetmenin yaygın ve sistematik bir biçimde uygulanmasının uluslararası hukukta insanlığa karşı suç olarak tanımlandığını hatırlatarak, bu fiilin uluslararası hukukun yaptırımlarına tabi olduğunu hüküm altına almaktadır. İnsanlığa karşı suçlar, devletlerin uluslararası sorumluluğunun yanı sıra, doğrudan faillerin cezai sorumluluğunu da gerektirmektedir. Bu hükmün Sözleşme’ye taraf devletleri dolaylı olarak insanlığa karşı suçlara ilişkin düzenlemelerinde zorla kaybetmeye yer vermeye davet ettiği düşünülebilir.

Bunun yanı sıra, zorla kaybetmeye ilişkin her türlü emir ve yönerge de hukuka aykırı olacaktır. Hiyerarşik olarak ast konumda bulunan kişiler, hukuka aykırı emirlere uymaya zorlanamayacaklar, bu nedenle cezalandırılmayacaklardır. Bunu sağlayacak yasal güvenceler yasal altyapı yükümlülüğünün bir parçasıdır.

Yasal altyapı yükümlülüğüne ilişkin olarak Uluslararası Kızıl Haç Örgütü, kayıplarla ilgili yol gösterici nitelikte bir kanun prototipi yayınlamıştır. Bu metin özellikle silahlı çatışma veya iç şiddet olaylarında kişilerin kaybolmasının önlenmesi, kaybolmuşsa da aranmaları ve izlerinin sürülmesi amacını gütmektedir. BM Zorla ve İrade Dışı Kaybedilenler Çalışma Grubu da ulusal ceza hukukundaki düzenlemelerin güçlendirilmesi için bir çalışma yayınlamıştır. Buna göre, öncelikle fiilin suç olarak tanımlanması gerekmektedir. Rapor suçun dört unsurunu sıralamaktadır: Özgürlüğünden mahrum bırakma, failin kimliği, özgürlüğünden mahrum bıraktığını inkar etme ve yerini söylememe, kişinin hukuk güvenliğinden çıkarılması.



Türkiye'nin Kayıplar Sözleşmesi'ne taraf olmaması, yasal altyapı yükümlülüğünün bulunmadığı anlamına gelmez. Yasal altyapıyı sağlama ve özellikle zorla kaybetmeyi suç olarak tanımlama yükümlülüğü, zorla kaybetme faillerinin kovuşturulması ve cezalandırılması ile birlikte, uluslararası hukuktan kaynaklanan temel insan haklarını koruma ödevleriyle birlikte teamül hukukundan da çıkarılabilir. Zira zorla kaybetmenin suç olarak tanımlanması, bu fiilin kovuşturulması ve cezalandırılması için gereklidir.

6.2.3. Önleme Yükümlülüğü

Zorla kaybetmeler bakımından önleme yükümlülüğünün temelinde kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına saygı duymak yatmaktadır. Kayıplar Sözleşmesi, devletin önleme yükümlülüğünün çerçevesini çizerken bu nedenle kişi özgürlüğü ve güvenliğiyle ilgili güvencelere özel bir önem atfetmiştir.

Sözleşme'nin 17. maddesi gizli gözaltını kesin olarak yasaklamakta ve genel olarak bir kimsenin özgürlükten yoksun bırakılabileceği hallere ilişkin detaylı bir yasal altyapının oluşturulması yükümlülüğünü taraf devletlere yüklemektedir. Bu yasal çerçeve, bir kişinin özgürlükten yoksun bırakılmasına kimin, hangi koşullarda, hangi usulle karar verebileceğini kapsamalıdır.

Aynı şekilde özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiler yalnızca ve yalnızca bu işe hasredilmiş resmi mekanlarda tutulabilirler. Zorla kaybedilmeden şüphelenildiğinde ise, mağdur yakınlarına konuyu yargı önüne taşımaları için gerekli mekanizmaların ve güvencelerin sağlanması yine devletin yükümlülüğüdür.

Gözaltı veya tutukluların resmi kayıtlarının olması mecburiyeti, yine zorla kaybetmeyi önlemeye dönük bir yükümlülüktür. Bu kayıtlar, özgürlüğü kısıtlanan kişinin kimliğini, gözaltı/tutuklama tarihi, yeri ve kararı veren mercii, kararın gerekçelerini, kararın hangi yolla denetlenebileceğini içermelidir. Aynı şekilde bu kişinin sağlık durumu ile hayatını özgürlüğünden yoksunken kaybettiyse ölümün nasıl gerçekleştiğinin de kaydı tutulmalıdır.

Bu kayıtlar serbest bırakılanları da kapsamalıdır. Zira yetkililerin, kişinin gözaltına alındıktan sonra serbest bırakıldığını ileri sürdüğü ancak kişinin kaybolduğu olaylar nadir değildir. Bu kaygı Sözleşme'nin 21. maddesine, bu kişilerin gerçekten serbest bırakıldıklarından güvenilir bir biçimde emin olacakları bir biçimde serbest bırakılmalarının garanti edilmesi yükümlülüğü olarak yansımıştır.

Bu kayıtlar, bilgilendirme hakkı kapsamında, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin yakınları, avukatı gibi bilgi alması meşru olan kişilerle de paylaşılmalıdır (18. md).

Önleme yükümlülüğü Sözleşme'nin 23. maddesi uyarınca, kolluk kuvvetlerinin ve özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerle temasta olabilecek kamu görevlisi veya sivillerin eğitimini de kapsamaktadır.

Kayıplar Bildirisi de devletlere zorla kaybetmeleri önleme ve sona erdirme yükümlülüğü yüklemektedir.

Bölgesel düzeyde AKPM'nin zorla kaybedilmelere ilişkin kararı, önleme yükümlülüğüne özel bir önem atfetmiştir. Meclis, zorla kaybetmenin önlenmesi için tecrit gözaltısının ve gizli tutuk merkezlerinin tamamen yasaklanması mecburiyetini; keyfi gözaltı ve tutuklamaya ilişkin hızlı, basit ve etkili giderimlerin sağlanmasını; soruşturma yükümlülüğünü; tüm gözaltı ve tutukluların güncel kaydının tutulması mecburiyetini; aynı güvencelerin serbest bırakılırken de uygulanmasını; kolluğun uygun biçimde eğitimini önleme yükümlülüğü kapsamında saymıştır (para. 10.4).



BMİHK, zorla kaybedilme vakalarında da taraf devletlerin suç teşkil eden fiillerle kişilerin yaşam hakkından yoksun bırakılmasını önleyecek tedbirler almak ve faileri cezalandırmak yükümlülüğünün yanı sıra, kendi güvenlik güçleri tarafından gerçekleştirilen keyfi öldürmeleri engellemek ödevi olduğunu da hatırlatmaktadır. AİHM de zorla kaybedilmeyi yaşam hakkı ihlaliyle birlikte değerlendirdiği kararlarında, yaşam hakkına ilişkin yükümlülük setini zorla kaybedilmelere de uygulamaktadır. Yani devletin önleme yükümlülüğü, zorla kaybetmeler bakımından da geçerlidir.

Burada sayılmayan ancak işkence ve diğer kötü muamelelere ilişkin yasağın öngördüğü özgürlükten yoksun bırakılmanın koşullarına ilişkin güvenceler ve önlemler, zorla kaybedilmenin önlenmesi bakımından da geçerlidir.

6.2.4. Etkili Soruşturma, Yargılama ve Cezalandırma Yükümlülüğü

Kayıplar Sözleşmesi’nin 3. maddesi uyarınca taraf devletler, zorla kaybetmelerin soruşturulması amacıyla uygun önlemleri almalıdır. Devletin aynı zamanda sorumluları yargı önüne çıkarma ve cezalandırma yükümlülüğü de bulunmaktadır.

Aynı sözleşmenin 10. maddesi de, bir kimsenin zorla kaybetmeye karıştığı konusunda devlet elindeki verilerden tatmin olmuşsa, o kişinin gözaltına alınarak hakim önüne çıkarılacaktır. Devletin hakikatin ortaya çıkarılması için gerekli incelemeyi ve soruşturmayı derhal yürütme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Soruşturmanın açılabilmesi için resmi bir şikayete gerek bulunmamaktadır. Sözleşme’nin 12. maddesi uyarınca, yetkili merciler bir kimsenin kaybolduğuna dair ikna edici bir ize rastlamışlarsa tarafsız ve bütünlüklü bir soruşturma başlatma yükümlülükleri bulunmaktadır.

Kayıplar Bildirisi’nin 13. ve 14. maddeleri de zorla kaybetmeyle ilgili hızlı ve bütünlüklü bir soruşturma yürütülmesi gerektiğini belirtmekte ve sorumluların cezalandırılması gereğini vurgulamaktadır.

Zorla kaybedilen kişiler belirli bir zaman sonra ortaya çıkabilecekleri gibi, akıbetleri tamamen belirsizliğe de terk edilmiş olabilir. Bu itibarla zorla kaybedilme doğrudan yaşam hakkı ihlali teşkil etmese de BM’nin yaşam hakkıyla ilgili Genel Yorumunda (n. 36), zorla kaybedilmeler yaşam hakkı bakımından ciddi bir tehdit olarak sınıflandırılmaktadır. Yorum, taraf devletlerin uygun cezai yaptırımlarla zorla kaybetmelerin cezalandırılmasının garanti edilmesi gereğini açıkça belirtmektedir.

Bu gereklilik, AİHM içtihadında da defalarca vurgulanmıştır. Varnava ve diğerleri/Türkiye kararında Mahkeme, AmeriHM içtihadında (Blake/Guatemala, Serrano-Cruz Sisters/El Salvador, Heliodoro Portugal/Panama) vurgulanan cezalandırma yükümlülüğünü hatırlattıktan sonra (para. 93-98), soruşturmanın sorumluların tespiti ve cezalandırılmasına yönelik olması gerektiğini belirtmiştir (para. 191). Aslakhanova ve diğerleri/Rusya kararında da AİHM, Varnava kararına atıfta bulunarak, kaybedilmeyle ilgili bir vakada devletin yükümlülüğünün sorumluların cezalandırılmasıyla sonuçlanan etkili bir soruşturma yürütmek olduğunu hatırlatmaktadır (para. 214). Mahkeme, zorla kaybetme eyleminin sorumlularının aradan yıllar geçse de soruşturulup yargılanması gerektiğine ilişkin uluslararası mutabakatın varlığını da Er ve diğerleri/Türkiye kararına atıfta tespit etmektedir. Aynı yerde, özel olarak kayıplara ilişkin olarak, devletin kayıp kişinin akıbetini ortaya çıkarma yükümlülüğünün de altı çizilmektedir.

Bunun yanı sıra, zorla kaybedilmelerin tarafsız ve bağımsız merciler tarafından eksiksiz soruşturulmaları için hızlı ve etkili soruşturma usullerine yer verilmesi gerekmektedir. Bu



tür eylemleri gerçekleştirenlerin veya buna göz yumanların adalet önüne çıkarılması da bir mecburiyettir. Kaybedilen kişinin ailesi, giderime hak kazanabilmek için kayıp kişiyi ölü olarak beyan etmeye zorlanamazlar.

Tıpkı diğer ağır insan hakları ihlallerinde olduğu gibi, soruşturma, yargılama ve cezalandırma yükümlülüğü, bunları engelleyecek af, dokunulmazlık gibi bağışıklıklara izin verilmemesini de kapsamaktadır. Bu husus Sözleşme’de düzenlenmemekle birlikte, Bildiri’nin 18. maddesinde yer almaktadır.

Aynı şekilde, bölgesel düzeyde de AKPM’nin zorla kaybetmelere ilişkin öneri, cezasızlığın önlenmesi ve cezalandırma yükümlülüğünün yerine getirilmesi için zorla kaybetme faillerinin af ve benzeri önlemler ile ayrıcalık ve bağışıklıklardan azade tutulması gerektiğini içermektedir (para. 10.3.4.).

Zorla kaybedilme vakalarında suçun mütemadi niteliği ve suçun ancak kişinin akıbetine ilişkin tam olarak bilgi edinildiği zaman sona ermesi nedeniyle, zorla kaybedilme vakalarında zamanaşımını yaşam hakkı veya işkence yasağı ihlallerini yorumladığı gibi yorumlanmaktadır. Öyle ki, kişinin bedeni bulunmuş olsa bile, bu kişinin akıbetini tamamen aydınlatmadığından, etkili soruşturma ödevi devam etmektedir.

BMİHK içtihadına baktığımızda da bu yükümlülüklerin açıkça ortaya konduğu görülmektedir. Komite, zorla kaybedilmenin kişinin özgürlükten yoksun bırakıldığı kabul edilmeksizin veya kişinin akıbeti gizlenerek özgürlüğünden yoksun bırakılması, böylece kişinin hukukun koruması dışına çıkarılması anlamına geldiğini ifade etmektedir. Komite’ye göre, İhtiyari Protokol’ün 4. maddesinin 2. fıkrasında, devletin Sözleşme’nin ihlali yönündeki iddiaları iyi niyetli bir biçimde araştırma yükümlülüğü zımnen yer almaktadır.

Komite, Genel Yorum No. 31 (2004)’e atıfla, devletin sorumluları adalet önüne çıkarma yükümlülüğü olduğunu vurgulayarak bu ödevin yerine getirilmemesini sözleşmenin ihlali olarak tanımlar. AKPM’nin zorla kaybedilmelere ilişkin kararı adalet önüne çıkarma yükümlülüğüne ilişkin bir detayı vurgulamaktadır. Karara göre, failer askeri mahkemelerin değil sivil yargının önüne çıkarılmalıdır (para. 10.3.5.).

AİHM içtihadı ise, suçun bu niteliğini kısmen gözardı eder niteliktedir. Mahkeme, kaybedilmenin ayrıksı bir olgu olduğunu teslim etmektedir. Mahkemeye göre, süregiden belirsizlik ve hesap verilemezlik, kaybedilmenin karakteristik bir özelliğidir. Buradan hareketle Mahkeme, usul yükümlülüğünün potansiyel olarak, hatta ölüm karinesinin kabul edildiği hallerde dahi, kaybedilen kişinin akıbetinin ortaya çıktığı ve bu konuda hesap verildiği ana dek devam ettiğini ve soruşturmada zaafa düşülmesinin süregiden bir ihlal olarak değerlendirilebileceğini tespit etmektedir (para. 122). Bununla birlikte AİHM, suçun temadi niteliğinin sınırsız bir başvuru süresi imkanı tanımadığını, başvuru süresi bakımından suçun temadi niteliğinden, kayıp yakınının bir süre beklenmesinin meşru görülüp görülemeyeceğinin değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Burada başvuruçunun ‘özen ödevi’ kavramı devreye girmektedir. Kayıp davalarında kayıp yakınının beklemesi, bazı hallerde meşru görülebilir, ancak bunun kaynağı ihlalin mütemadi niteliği değildir. Mahkemeye göre, olayla ilgili soruşturma hiç yoksa, başvurunun olaydan birkaç yıl sonra yapılması, eğer sorunlu da olsa bir başvuru varsa, başvuruçuların “ilerleme umudu buharlaşana kadar” birkaç yıl beklemelerini makul kabul edilebilir. Eğer olayın üzerinden on yılı aşkın bir süre geçmişse, Mahkemeye göre başvuruçular gecikmenin sebebinin ikna edici bir biçimde açıklanmalıdır (Varnava/Türkiye, para. 166).

Zorla kaybedilme vakalarıyla ilgili soruşturmanın nasıl yürütülmesi gerektiği, AİHM’in Timurtaş kararında ele alınmıştır. Timurtaş kararında Komisyon, soruşturma sürecine iliş-



kin, Başvurucu tarafından bildirilen tanıkların dinlenmesinin çok uzun bir zaman aldığı, ifadelerde Başvurucunun kaybedildiğinden şüphelenilen oğluna ilişkin sorular sorulmadığı, köyün muhtarının olayı doğrulamasına rağmen üzerine gidilmediği, aksine inkar edildiğini tespit etmiştir (para. 47). Kayıp olduğu düşünülen kişinin Şırnak cezaevleri, nezarethaneleri veya tutulabileceği diğer yerlerde olup olmadığına resmi soruşturma kapsamında sorulmasının iki yılı alması, gözaltı merkezleri ve cezaevlerinin savcı tarafından ziyaret edilmemesi, Komisyon’a göre etkili bir soruşturmanın yokluğuna işaret etmektedir (para. 47). Mahkeme de soruşturmanın yüzeysel, sürüncemede bırakılmaya dönük ve yarım yamalak yürütüldüğünü ve başvurucunun oğlunun bulunmasına yönelik olmadığını tespit etmiştir (para. 88).

AİHM, üzerinden uzun süre geçmesine ve aradan geçen sürenin görgü tanıklarının bulunması veya failerin teşhisini zorlaştırmasına rağmen Kıbrıs’taki kayıp vakalarında da usul yükümlülüğünü hatırlatarak çeşitli tespitlerde bulunmuştur. Mahkemeye göre, soruşturmanın temel amacı yaşam hakkını koruyan iç hukuk kurallarının doğru bir biçimde uygulanmasını sağlamak ve özellikle kamu görevlilerinin karıştığı ihlallerde, kendi sorumlulukları altında gerçekleşen ölümlerde hesap verilebilirliği garanti altına almaktır (para. 191). Soruşturmayı engelleyebilecek hususların varlığı, devletin hızlı bir yanıt vermesi önünde engel değildir. Bağımsız olmasının yanı sıra, bir soruşturma mağdur yakınlarının erişimine açık olmalı, makul bir hızla yürütülmeli ve ölümün hukuka aykırı gerçekleşip gerçekleşmediğini, eğer aykırıysa sorumluların tespitini ve cezalandırılmalarını sağlayacak ölçüde etkili olmalıdır (para. 191). Mahkeme, Kuzey İrlanda’da kurulan soruşturma organlarına atıfla, her ne kadar üzerinden uzun bir süre geçse de, devlet gerekli çabayı göstermekten imtina edemeyeceğini ve soruşturma yükümlülüğünün sürdürdüğünü tespit etmiştir (para. 192).

AİHM, zorla kaybetmelere ilişkin soruşturma yükümlülüğünün spesifik özelliklerine, Osmanoğlu/Türkiye kararında da değinmiştir. Mahkemeye göre, soruşturma mercileri kayıp kişinin bulunması için sonuca götürme yolunda makul olasılıklar sunabilecek birkaç temel önlem alabilmelidirler. Başvurucudan bilgi toplanması, tanıkların sorgulanması bu kapsamdadır. Kaybedilen kişiyi götürülenlerin kolluk gücü olup olmadığına yönelik tespit yapılması, kayıp kişinin götürülebileceği binaların incelenmesi, kaybedilen kişinin gözaltına alınıp alınmadığının tespiti için o tarihlerde gözaltı merkezlerinde tutulanların ifadelerine başvurulması, görevli memurların ifadelerine başvurulması, görgü tanıklarının incelenmesi, yine Mahkeme’ye göre kayıp vakalarında etkili bir soruşturmanın taşınması gereken özelliklerdir.

Soruşturma yükümlülüğünün bir diğer görünümü, diğer haklar bakımından da tartışıldığı gibi mağdurun veya mağdur yakınlarının sürece katılımının sağlanmasıdır. Bu katılım, zorla kaybedilmeler söz konusu olduğunda daha da önem kazanan bilme hakkı kapsamında da ele alınabilir.

Kayıplar Sözleşmesi’nin 12. maddesine göre kayıpla ilgili şikayette bulunanların, avukatlarının, tanıkların korunması da devletin yükümlülüğüdür. Bu hem soruşturmanın hem de yargılamanın sıhhati için önemlidir.

Sözleşmenin 6. maddesi açıkça devletlerin cezalandırma yükümlülüğünü düzenlemektedir. Buna göre, zorla kaybeden, zorla kaybetmeyi emreden veya buna iştirak eden, veya işlenmesini teşvik eden kimse ceza hukuku uyarınca sorumlu tutulmalıdır.

Bununla birlikte, suçtan haberi olan veya kontrolü altında zorla kaybetme suçu işlendiğine veya işlenebileceğine yönelik istihbaratı kasten görmezden gelen; zorla kaybetmeyle ilgili mesuliyeti ve denetimi olan; zorla kaybetmeyi önlemek veya bastırmak için yetkisi dahilinde gerekli ve makul önlemleri almamış olan amirin de cezai sorumluluğu bulunmaktadır.



Kamu görevlilerinden gelen hiçbir talimat, zorla kaybetme suçunu meşrulaştırmak için kullanılamaz. 7. madde ise, cezanın uygun olması gereğini düzenlerken, hafifletici ve ağırlaştırıcı sebeplerin neler olabileceğini düzenler.

Devletin cezalandırma yükümlülüğü, zorla kaybetmeyle de sınırlı değildir. Sözleşme'nin 25. maddesi uyarınca, zorla kaybedilen çocukların veya annesi, babası veya yasal vasisinin zorla kaybedilmeye maruz bırakılan çocukların veya zorla kaybedilmeye maruz bırakılan annenin doğurduğu çocukların haksız bir biçimde yerinin değiştirilmesinin de önlenmesi ve ceza hukuku kapsamında cezalandırılması için gerekli tedbirlerin alınması gerekir.

Kişilerin Zorla Kaybedilmesine Karşı Amerikalılararası Sözleşme'nin de 1. maddesi, eylemin sorumlularının cezalandırılması mecburiyetini, 3. maddesi de zorla kaybetmenin suç olarak düzenlenmesi mecburiyetini düzenlemektedir.

Cezalandırma yükümlülüğü, cezanın orantılı olmasını da kapsamaktadır. Zorla ve İrade Dışı Kaybedilenler Üzerine Çalışma Grubu'nun, Bildiri'nin ve uygulamanın incelenmesi sonucu önerdiği ceza 25 ila 40 yıl arası hapis cezasıdır. Bu yasal altyapı yükümlülüğü kapsamında ele alınıyorsa da, verilmesi gereken cezanın orantılı olmasından neyin kastedildiğine ilişkin de bir fikir sunmaktadır.

6.2.5. Etkili Giderim

Zorla kaybedilmelere ilişkin en can alıcı noktalardan biri, mağduru akıbetinin belirsizliği, çoğunlukla 'bir mezarının bile olmamasıdır'. Bu nedenle etkili giderimin kapsamı, zorla kaybedilmeler bakımından diğer ihlallere göre daha geniş tutulmuştur.

Öncelikle bir kişinin zorla kaybetmeye maruz bırakıldığını düşünen herhangi birinin, keyfiyeti yetkili mercilere raporlama ve iddiasının hızlı ve tarafsız bir biçimde incelenmesini talep etme hakkı, Sözleşme'nin 12. maddesiyle tanınmıştır.

BM Kayıplar Sözleşmesi'nin 8. maddesinin 2. fıkrası, zorla kaybetme mağdurlarına zamanaşımı süresi içinde etkili giderim hakkı sunma yükümlülüğünü düzenlemektedir. Aynı şekilde 20. maddenin 2. fıkrasının son cümlesinde de giderim hakkının hiçbir surette askıya alınmayacağı veya sınırlanamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Etkili giderim sorununa ilişkin BMİHK'nin de önemli tespitleri bulunmaktadır. 1996 yılında başlayan ve 2006'ya kadar devam eden iç çatışmaların yaşandığı Nepal'de gerçekleşen çok sayıda zorla kaybedilme vakası Komite önüne taşınmıştır. Komite'ye göre, işkence ve zorla kaybedilme gibi ciddi insan hakları ihlalleri için, hukuki bir giderim gerekmektedir. Öyle ki Komite, geçiş dönemi adaleti organı olarak kurulan Komisyon tarafından sağlanan giderimi, organ yargı mercii olmadığı için bu kapsamda saymamaktadır.

AİHM de kayıplarla ilgili etkili giderim meselesini Aslakhanova ve diğerleri/Rusya başvurusunda değerlendirmiştir. Mahkeme, kayıpları araştırmadaki sistematik başarısızlığın telafisinin iki grupta ele alınabileceğini tespit etmiştir. İlki, Varnava kararına atıfla, öldüğü varsayılabilir şartlar altında kaybedilen aile üyelerinin akıbetinin acı verici belirsizliğini yaşamak zorunda kalan mağdurun ailesinin durumuna ilişkindir. Mahkeme'ye göre, Çeçenistan'da zorla kaybedilme vakalarının çözülme oranı 2002 yılında %7,5'tan %3,5'e düşmüştür. Mahkeme de uluslararası uzman kuruluşların çeşitli raporlarında yer alan önerilere atıfla, bölgedeki kayıpların araştırılması için bir üst düzey organ oluşturulması gerektiğini önermektedir (para. 225). Buna ek olarak mağdurun aileleri bakımından etkili bir giderim, Mahkeme'ye göre, cenazelerin gömüldüğünün tespit edildiği yerlerde uzman adli tıp faaliyetinin yürütülmesi ve bunun için gerekli kaynağın sağlanmasıdır (para. 226). Mahkeme'ye



göre, ailelere uygun bir tazminat ödenmesi de önemlidir ve bu ödemeye devletin kayıp yakınlarını maruz bıraktığı acı verici ve yıkıcı durumun sorumluluğunu aldığını açıklıkla ve tartışmasız bir biçimde kabul etmesi eşlik etmelidir (para. 227).

İkinci grupta ise, yukarıda da ele alınan soruşturmanın etkililiği yer almaktadır. Bağımsız bir etkili soruşturma yükümlülüğünün yanı sıra, hakikatleri ortaya çıkaracak nitelikteki bir soruşturma, etkili giderim yükümlülüğünün de önemli bir kalemını oluşturmaktadır. Mahkeme aradan uzun süre geçse de devam eden soruşturma yükümlülüğünü hatırlatmaktadır (para. 230). Aynı şekilde, yasadışı militan gruplarla mücadele edenlere cezasızlığın garanti edildiği bir sistemin de demokratik hukuk devletinde kabul edilemeyeceği; terörle mücadele ve güvenlik güçlerinin hesap verilebilirliğinin sağlanmasının etkili giderimin önemli bir boyutu olduğu belirtilmiştir (para. 231).

Mahkeme’ye göre, zorla kaybetme örüntülerinin tespit edilmesine yönelik bir eylem planı oluşturulmalı ve bu eylem planı, zorla kaybedilenlere ilişkin yaygın ihlallere neden olan suçlara ilişkin mevcut yasal tanımların uygun olup olmadığının değerlendirilmesini de kapsamalıdır (para. 232).

Mahkeme, mağdur yakınlarının dosyaya erişiminin, özellikle soruşturmanın sürünce-medede bırakıldığı hallerde önemli olduğuna değinmektedir (para. 236). Mahkeme Rusya’nın mevzuatının mağdurların/mağdur yakınlarının meşru menfaatlerine hanel getirdiğini tespit etmektedir.

Son olarak Mahkeme, suçların ağırlığı dikkate alındığında zamanaşımı gerekçesiyle ret kararları verilmesini, yaşam hakkından kaynaklanan yükümlülüklerle bağdaşmadığını tespit etmektedir. (para. 237) Mahkeme burada, zamanaşımının sadece soruşturma ve cezalandırma yükümlülüğüyle değil, etkili giderim yükümlülüğüyle bağlantısını da açıkça kurmaktadır.

Cezasızlık sorunuyla ilişkisine yukarıda değinilen hakikat hakkı, zorla kaybedilenlerin yakınları bakımından giderim sorununun anlaşılması için kritik önemdedir. Nitekim, Zorla ve İrade Dışı Kaybedilenler Üzerine Çalışma Grubu, Zorla Kaybedilmelere Dair Hakikat Hakkı Üzerine Genel Yorum’unda bu öneme değinmiştir. Yoruma göre, zorla kaybedilmeler bakımından hakikat hakkı, soruşturmanın aşamalarını ve sonuçlarını; kaybedilen kişinin akıbetini; kaybedilme koşullarını ve failin kimliğini bilme hakkını kapsamaktadır (1. md). Hakikat hakkı, Genel Yorum’da mutlak bir hak olarak tanımlanmıştır; zira kayıp yakınlarının kaybedilenlerin akıbetini bilmemesinden kaynaklanan eza, işkence boyutuna varabilmektedir (4. md). Bildiri’nin 4. para. 13. cümlesiyle belirlenen ilgili kişilerin soruşturmaya ilişkin bilgi alma hakkına getirilen davayı tehlikeye düşürmeme şartının, hakikat hakkının bir parçası olduğu için dar yorumlanması gerektiği de Genel Yorum’da belirtilmiştir (3. md).

Hakikat hakkına ilişkin en önemli gelişmeler, yine kaybedilmelerin yoğun olarak yaşandığı Latin Amerika’da meydana gelmiştir. Baskıcı rejimlerden görece demokratik yönetimlere geçiş süreçlerinde veya toplumsal barış inşası süreçlerinde, kayıpların aydınlatılması için kurulan hakikat komisyonları, yarı hukuki veya hukuk dışı bir giderim mekanizmasına dönüşmüştür. Örneğin Guatemala için hazırlanan “Guatemala: Memory of Silence/Tz’inil Na’Tab’Al” raporu, çoğu Maya 23,671 kişinin keyfi olarak infaz edildiğini, 6,159 kişinin ise zorla kaybedildiğini; zorla kaybetmelerin çoğunun istihbarat operasyonu olan sistematik bir ihlal olduğunu (para. 89, s. 35) tespit ettikten sonra, sağlıklı bir çözüm için giderim önerilerini sıralamaktadır. Rapora göre, kayıpların aranması, kayıp statüsünün tanınması ve yakınların ölüm karinesini kabul etmeye zorlanmamaları, cenazelerin/buluntuların topraktan çıkarılmasına dair aktif bir politika, zorla kaybetmeler bakımından giderim önerileridir.



Bildiri’nin 19. maddesi de zorla kaybedilenlere ve ailelerine bütünlüklü bir rehabilitasyonu da kapsayacak uygun bir tazminat hakkı tanınması gereğini düzenlemiştir. Bildiri’nin 19. maddesiyle ilgili Genel Yorum, keyfi infazlar bakımından doğan giderim yükümlülüğü ile zorla kaybedilmeler arasındaki giderim yükümlülüğünün farkına değinmektedir. 74. paragraf, keyfi infazın aksine, zorla kaybedilmede giderimin mağdurun hayatını kaybetmesine bağlanamayacağı belirtilmiştir.

6.3. Türkiye’de Zorla Kaybetme ve Cezasızlık

6.3.1. Yokluğu Değerlendirmek: Türkiye’deki Yasal Altyapı

Zorla kaybetme sicili kabarık olan Türkiye, ne Bütün Kişilerin Zorla Kaybetmeden Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme’yi imzalamış, ne de zorla kaybetmeyi ulusal mevzuatta suç olarak tanımlamıştır. İnsanlığa karşı suç tanımı, uluslararası ceza hukuku standartlarını karşılamakta yetersiz kalan TCK’de insanlığa karşı suçlar bağlamında da zorla kaybetmeye yer verilmemiştir. Yaygın ve sistematik gerçekleştirilmesi halinde zorla kaybedilmelere insanlığa karşı suç kapsamında yer veren Roma Statüsü’ne taraf olunmaması dikkate alındığında, geniş bir cezasızlık alanının ortaya çıktığını görmek zor değildir.

Zorla kaybetmenin suç olarak tanımlanarak TCK’de yer almasıyla ilgili çeşitli tartışmalar geçmiştir TBMM’de yapılmıştır. Ancak siyasi iktidar, bu yönde bir adım atmakta hiçbir zaman istekli olmamıştır.

Aynı şekilde Kayıplar Sözleşmesi de aralıklarla gündeme gelmektedir. Özellikle PKK ile çatışmaların sona ermesi amacıyla kurulan, tam adı Meclis Toplumsal Barış Yollarının Araştırılması ve Çözüm Sürecinin Değerlendirilmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırma Komisyonu olan ve kamuoyunda Çözüm Komisyonu olarak bilinen Komisyon çalışmalarını yürütürken, Kayıplar Sözleşmesi’ne taraf olunmasının gündeme gelebileceği, dönemin Meclis İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Başkanvekili Naci Bostancı tarafından dile getirilmiştir. Ancak 2013’ten bu yana, bu konuda da hiçbir gelişme yaşanmamıştır.

Zorla kaybetme, birçok ihlal alanına yayılmakla birlikte, hiçbir ihlalle tam olarak karşılanmadığı için, zorla kaybetmeye ilişkin yukarıda açıklanan uluslararası yasal çerçeveye uyumlu düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Bu düzenlemelerin en başında, zorla kaybetmenin suç olarak tanınması gelir. Çok iyimser bir bakışla, TCK’de zorla kaybetmenin yalnızca ilk unsuru olan özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin kısmi bir korumanın kişiyi hürriyetinden yoksun kalma suçu ile sağlanabileceği düşünülebilir. Bunun dışında, ancak bazı sınırlı hallerde kasten öldürme veya işkence suçları kapsamında değerlendirilebilecek zorla kaybetme fiillerinin, yasal altyapı eksikliği nedeniyle cezasızlıkla sonuçlanması çok muhtemeldir. Zira gerek zamanaşımı uygulaması, gerekse ispat standartları ve yükümlülüğü bu suç tiplerinde zorla kaybetme suçunun niteliğinden kaynaklanan güçlüklerle birleşince cezasızlık meydana gelmektedir. Bugüne kadar zorla kaybetme suçunun etrafına örülen kalın cezasızlık zırhı iki istisnaya delinmiştir. Diyarbakır’da kaybedilen Mehmet Şerif Avşar dosyasında beş sanık kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçundan altışar yıl, iki kişi de kasten öldürme suçundan otuzar yıl ceza almışlardır. İkinci istisna, yine Diyarbakır’da kaybedilen Şeyhmus Yavuz dosyasından 10 yıl ceza verilen kişidir.

Zorla kaybetmenin suç olarak tanımlanması tek başına yeterli değildir, gerek suçun unsurları ve nitelikleri, gerekse yukarıda sayılan diğer standartlar bakımından uluslararası normlarla uyumlu olmalıdır. Bu husus BMİHK’nin Çalışma Grubu’nun 2016 yılı Türkiye raporunda da yer almıştır.



Sonuç olarak, Türkiye’nin hızla Kayıplar Sözleşmesi’ne taraf olması ve Sözleşme’den kaynaklanan yükümlülüklerle uyumlu olarak gerekli yasal düzenlemeleri yapması gerekmektedir.

İşkence yasağı bakımından sayılan güvence ve yükümlülükler, özellikle kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakıldıkları esnada kaybedilmemeleri bakımından da güvence teşkil etmektedir. Bu nedenle önceki bölümlerde yasal altyapı yükümlülüğüne ilişkin sayılan eksiklikler, burada da geçerlidir.

6.3.2. Uygulamada Zorla Kaybetme ve Cezasızlık

Türkiye’de Kıbrıs ve Kürt sorunu bağlamında gündeme gelen ve ağır bir cezasızlık zırhıyla kuşatılan zorla kaybetme vakaları, darbe girişiminin ardından yeniden tedavüle girmiştir. Bununla birlikte, zorla kaybetmenin salt bu örüntüden ibaret olduğunu düşünmek de güçtür. Her ne kadar 1990’larda olduğu gibi yaygın, hatta sistematik denecek bir örüntüye rastlanıyorsa da, Şırnak’ın Beytüşşebap ilçesinde kaybolan Şimuni-Hurmüz Diril çifti, yine altı ayı aşkın süredir kendisinden haber alınamayan Gülistan Doku, şüpheli kayıplara örnektir.

6.3.4. Bitmeyen Döngü: Zorla Kaybetme

Yasa dışı infazlarla iç içe geçen ve çok sayıda davaya konu olan 1990’ların uygulamalarından farklı bir örüntü ile, 2016’da gerçekleşen darbe girişimi sonrasında kayıp ve kaçırma vakaları yeniden gündeme gelmiştir. Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi’nin Ortak İzleme Raporu ile HRW’nin çalışmaları, zorla kaybedilmenin bu yeni görünümüne ilişkin vahim detayları ortaya koymaktadır.

Ankara’da yoğunlaşan bu vakalar, kişilerin gündüz vakti, kendisini polis olarak tanıtan silahlı kişilerce siyah Transporter araçlara bindirilerek kaçırılması şeklinde başlamış, kaçırılan kişilerin yakınları onlardan haber alamamış; gözaltı merkezinde veya cezaevinde olduklarını teyit edememişlerdir. Yedi başvuru, yakınlarının kaçırıldığı iddiasıyla Baro’ya başvurmuştur. 5 ay ila 9 ay sonra Başvurucuların yakınlarından altısı gözaltında veya tutuklu olarak ortaya çıkmıştır, bir kişiden rapor tarihinde hala haber alınamamıştır. Örneğin Mustafa Yılmaz, eşinin anlatımlarına göre, 19 Şubat 2019 günü işe gittiği esnada siyah bir Transporter ile kaçırılmıştır. Eşinin kayıp kişinin bulunmasına ilişkin başvuruları sonuçsuz kalmıştır. 22 Ekim 2019 gecesi gelen telefonla eşinin Karapürçek Polis Merkezi’nde olduğu eşine bildirilmiştir.

Gökhan Türkmen de benzer bir biçimde kaçırılan kişilerden biridir. Antalya’da işe giderken 7 Şubat 2019 günü kaçırılan Türkmen’in akıbetinden 5 Kasım 2019’a kadar haber alınamamıştır. Türkmen de Yılmaz gibi polis merkezinde ortaya çıkmıştır. Eşi tarafından Gökhan Türkmen için açılan Twitter hesabına 7 Mart 2019 gecesi saat 2.34’te, “Devletten çaldığı ona ait olmayan verileri kimle paylaştı sorusuna cevap vermeden ona ölüm yasak. Bildiğin logara sıkışmış lağım faresi gibi yalvararak bakıyor. Sorulara kanıtları ile birlikte cevap vermediği takdirde C20H25N3O ile acı çekerek yok olacak” mesajının gönderildiğini, eşi Zehra Genç Türkmen 4 Nisan 2019 günü polise verdiği ifadesinde belirtmiştir.

Kaçırılmasından yaklaşık bir yıl sonra görülen ilk duruşmasında Türkmen, kaybedilmesi ve gördüğü işkenceyi açıklamış, baskının bununla bitmediğini, avukatının anlatımlarına göre, kendisini MİT görevlisi olarak tanıtan kişilerin onu cezaevinde de ziyaret ettiğini belirtmiştir. Duruşmadan sonra da Türkmen’in bu şahıslar tarafından ziyaret edildiği ve duruşmadaki ifadelerini geri çekmesi için baskı gördüğü, avukatı tarafından HRW’ye aktarılmıştır.



42 gün süresince zorla kaybedilen Önder Asan, Gülen cemaatiyle ilişkili olmak suçundan 12 yıl 6 aylık cezaya mahkum olmuştur ve Burhaniye Cezaevi’nde bulunmaktadır. Kaçırılma sonrası aldığı Adli Tıp Kurumu raporu uyarınca akut stres tanısı almıştır; ancak HRW’nin çalışmasına göre raporda, “söz konusu stresin, kaçırılmış ve işkence görmüş olmaktan kaynaklandığına ilişkin ifadesine yer” verilmemiştir.

Bu kayıp vakalarından Mustafa Yılmaz’ın eşinin yaptığı başvuruya ilişkin, 2019/32930 numaralı soruşturmada 9 Mart 2019 günü kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiştir. İtiraz üzerine Ankara 5. Sulh Ceza Mahkemesi şikayeti haklı görerek dosyayı Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı’na iade etmişse de sonuç değişmemiş, Başsavcılık, şahsın reşit olduğu ve kendi iradesiyle evden ayrıldığından bahisle kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir. Başvurucu’nun Anayasa Mahkemesi’ne yaptığı tedbir talepli başvuru da reddedilmiştir.

Bu kayıp vakaları, olayın gerçekleşme biçimi ve sonucu itibarıyla 1990’ların zorla kaybetmelerinden ayrılmaktadır. Aylar sonra polis nezaretinde ortaya çıkan bu kişilerin kaçırılmasıyla ilgili başvurular yapılmışsa da bazı soruşturmalar kapatılmış, bazı dosyalarda gizlilik kararı verilmiş, diğer soruşturmalarda da aşama kaydedildiğine ilişkin bir veriye rastlanamamıştır.

Ankara Barosu İHM’nin raporu, bu vakalarla ilgili ortak noktaları tespit etmiştir. Buna göre, yakınlarının başvurularının ardından yedi kayıp kişinin altısı ortaya çıkmıştır. Gözaltı süreçleriyle ilgili verilen ifadeler ve kayıp yakınlarının fiziksel durumları hakkındaki ifadelerin birbirine benzediği tespit edilmiştir. Başvurucuların anlatımlarına göre, kaybedilen kişiler, yakınlarının getirdiği avukatları kabul etmemişler, karakolda kendilerine gösterilen avukatlar dışında avukat talepleri olmadığını ifade etmişler ve yapılan tüm başvuruların geri alınmasını talep etmişlerdir. Gözaltında ortaya çıkan kayıpların doktor muayenesi olup olmadıklarına ilişkin kesin bilgi bulunmamaktadır ve ısrarla işkence veya kötü muameleyle maruz kalmadıklarını beyan etmişlerdir. Bu beyanın sorgulanmaksızın kabul edilmesi uluslararası standartlarla uyuşmadığı gibi, avukatlarla görüşmenin reddi, doktor kontrolünün belirsizliği, kişilerin hakim önüne çıkarılmamış olmaları işkence ve kötü muamele ihtimalini arttırmaktadır.



Dipnotlar

1. Louis Joinet, İnsan Hakları İhlalleri Faillerinin Cezasızlığı Sorunu (Medeni ve Siyasi), “Question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political)”, Ekonomik ve Sosyal Konsey, İnsan Hakları Komisyonu, Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu Raporu, 2 Ekim 1997, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, s. 17, A. (Daha sonraki atıflarda Joinet Raporu olarak geçecektir) <https://digitallibrary.un.org/record/245520?ln=en>. Diane Orentlicher, Cezasızlıkla Mücadele için İlkelerin Güncellenmesi Amacıyla Hazırlanan Bağımsız Uzman Raporu, “Impunity Report of the Independent Expert to Update the Set of Principles to Combat Impunity”, Ekonomik ve Sosyal Konsey, İnsan Hakları Komisyonu, E/CN.4/2005/102, 18 Şubat 2005, s. 7, para. 16’da bu tanıımı tekrarladığını ifade eder (Daha sonraki atıflarda Orentlicher Raporu olarak geçecektir.) <https://www.refworld.org/docid/42d66e7a0.html>.
2. Joinet Raporu, a. yer.
3. AmeriHM, Velasquez Rodriguez/Honduras, 29 Temmuz 1988 günlü kararı, özellikle para. 157, 175, 176. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_ing.pdf
4. Joinet Raporu, s. 3, para. 3. Raporda açıkça zikredilmese de bu kararlar, Arjantin ve Uruguay’ın af düzenlemelerinin değerlendirildiği AmerKomisyonu’nun Arjantin için 10.147 sayılı Alicia Consuelo Herrera, 10.181 sayılı Rosaria Valenzi de Sánchez, 10.240 sayılı Deniz Mekanik Okulu Davası, 10.262 Fundación Servicio Paz y Justicia (90 ayrı vaka), 10.309 Luis Adolfo Holmquits ve diğerleri ve 10.311 Rosa Ana Frigerio ve diğerleri kararları ile, Uruguay için 10.029 sayılı Hugo Leonardo de los Santos Mendoza, 10.036 sayılı Alvaro Balbi, 10.145 sayılı Enrique Rodríguez Larreta Pieri, 10.305 sayılı Noris Alejandra Menotti Cobas ve diğerleri, 10.372 sayılı Juan Manuel Brieba, 10.373 sayılı Félix Sebastián Ortíz, 10.374 sayılı Amelia Sanjurjo Casal ve 10.375 sayılı Antonio Omar Paitta davalarıdır. Alıntılar, Arjantin için, Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu’nun 28/92 sayılı raporu: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/92eng/Argentina10.147.htm> Uruguay için, aynı Komisyon’un 29/92 sayılı raporu: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/92eng/Uruguay10.029.htm>
5. Joinet Raporu, s. 5, para. 16. Orentlicher de bu üçlü zemini devam ettirmiştir.
6. Ekonomik ve Sosyal Konsey, İnsan Hakları Komisyonu, Hakikat Hakkı Üzerine Bir Çalışma (Study on the Right to Truth), E/CN.4/2006/91, 8 Şubat 2006, s. 4, para. 3, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/106/56/PDF/G0610656.pdf?OpenElement>; Eduardo Gonzales, Howard Varney (ed.), Truth Seeking: Elements of Creating an Effective Truth Commission, Uluslararası Geçiş Adaleti Merkezi (The International Center for Transitional Justice), New York, 2013, s. 3, <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Book-Truth-Seeking-2013-English.pdf>.
7. Gozales, Vamey, a. yer.
8. a. yer.
9. “Impunity: Report of the independent expert to update the Set of principles to combat impunity, Diane Orentlicher”, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 Şubat 2005, EKOSOS’a sunulan rapor, 19. ilke. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/00/PDF/G0510900.pdf?OpenElement>. Bundan sonra Orentlicher ilkeleri olarak anılacaktır.
10. Özellikle İnsan Hakları Derneği (İHD), Türkiye İnsan Hakları Vakfı (TİHV), Hakikat, Adalet, Hafıza Merkezi (Hafıza Merkezi) ve Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı’nın (TESEV) çalışmaları geçmişle hesaplaşma literatürü bakımından önemli kaynaklardır. Bu çalışmalara ilişkin detaylı atıflara aşağıda yer verilmiştir.
11. Stefan Kadelbach, “Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules-The Identification of Fundamental Norms”, The Fundamental Rules of the International Legal Order: *Jus Cogens* and *Obligations Erga Omnes*, (eds.) Christian Tomuschat, Jean-Marc Thouvenin, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, ss. 21-40, s. 32, 33
12. Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi Genel Yorum No. 24, Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 4 Kasım 1994, para. 8, <https://www.refworld.org/docid/453883fc11.html>. Genel Yorum, emredici kuralları zedeleyecek çekincelerin MSHS’nin amacına aykırı olacağını belirterek *jus cogens* kapsamında değerlendirilecek bazı fiilleri saymıştır.
13. Andrew T. Guzman, Timothy L. Meyer, “International Soft Law”, *Journal of Legal Analysis*, ilkbahar 2010, C. 2., S. 1, ss. 171- 225, s. 173.
14. a. yer. s. 174.
15. 16 Aralık 1966 günü Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nda (BMGK) kabul edilerek imzaya açılmış ve 3 Ocak 1976’da yürürlüğe girmiştir. <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx>
16. 16 Aralık 1966 günü BMGK’de kabul edilmiş ve 23 Mart 1976’da yürürlüğe girmiştir. <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>. <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/117-medeni-ve-siyasi-haklara-iliskin-uluslararası-sozlesme/>
17. 9 Aralık 1948 günü BMGK’de kabul edilmiş ve 12 Ocak 1951’de yürürlüğe girmiştir. <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CrimeOfGenocide.aspx>
18. 10 Aralık 1984 günü BMGK’de kabul edilmiş ve 26 Haziran 1987’de yürürlüğe girmiştir. <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cat.aspx>
19. 18 Aralık 1990 günü BMGK’de kabul edilmiş ve 1 Temmuz 2003’te yürürlüğe girmiştir. <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx>
20. 20 Kasım 1989 günü BMGK’de kabul edilmiş ve 2 Eylül 1990’da yürürlüğe girmiştir. <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>



21. 21 Aralık 1965 günü BMGK'de kabul edilmiş ve 4 Ocak 1969'da yürürlüğe girmiştir. <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cerd.aspx>
22. 18 Aralık 1979 günü BMGK'de kabul edilmiş ve 3 Eylül 1981'de yürürlüğe girmiştir. <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>
23. 13 Aralık 2006 günü BMGK'de kabul edilmiş ve 3 Mayıs 2008'de yürürlüğe girmiştir. https://www.ohchr.org/Documents/Publications/AdvocacyTool_en.pdf
24. 20 Aralık 2006 günü BMGK'de kabul edilmiş ve 23 Aralık 2010'da yürürlüğe girmiştir. <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/ced/pages/conventionced.aspx>
25. Banjul Şartı olarak da bilinen Sözleşme, Afrika Birliği Örgütü (*Organisation of African Unity*) tarafından 28 Haziran 1981 günü kabul edilmiş 21 Ekim 1986'da yürürlüğe girmiştir. 1999 itibarıyla Şart, Afrika Birliği Örgütü'ne üye tüm ülkeler tarafından imzalanmıştır. <https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=49>
26. 22 Kasım 1969 günü, İnsan Hakları Üzerine Uzmanlaşmış Amerikalılararası Konferans'ta kabul edilmiş, 18 Temmuz 1978 günü yürürlüğe girmiştir. <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>
27. Avrupa Konseyi tarafından 4 Kasım 1950'de kabul edilmiş ve 3 Eylül 1953'te yürürlüğe girmiştir. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf
28. Kadelbach, s. 22, dn. 7.
29. Uluslararası Adalet Divanı, The Barcelona Traction, Light and Power Company (Belçika/İspanya), İkinci Aşama, 5 Şubat 1970, para. 33, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>
30. a. yer.
31. a. yer., para. 34.
32. <https://www.refworld.org/docid/3deb4b9c0.html>
33. Vojin Dimitrijevic, Customary Law as an Instrument for the Protection of Human Rights, Çalışma Makalesi (Working Paper) no. 7, Istituto per gli Studi di Politica Internazionale, Milano, 2006, s. 6.
34. a. yer., s. 13.
35. İnsan haklarını teker teker tespit edip korumaya da BM Şartı, ayrımcılık yasağı gibi temel değerleri korumakta, temel hak ve özgürlüklere de genel bir atıfla yetinmektedir. Olivier de Schutter, *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, s. 14.
36. a. yer. s. 49.
37. Hurst Hannum, The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol, 25, 1995/96, ss. 287-397, s. 289.
38. Michael O'Boyle, Michelle Lafferty, "General Principles and Constitutions as Sources of Human Rights Law", *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, (ed. Dinah Shelton), ss. 195-222, s. 196, 197.
39. Roma Statüsü, 17 Temmuz 1998 günü kabul edilmiş, 1 Temmuz 2002 günü yürürlüğe girmiştir. <https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf>
40. 1974'te kabul edilen sözleşme 18 Temmuz 1978 günü yürürlüğe girmiştir. https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.10_International%20Convention%20on%20the%20Suppression%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Apartheid.pdf
41. a. yer. s. 5, 6.
42. E/CN.4/Sub.2/1985/16, <https://digitallibrary.un.org/record/88682?ln=en>
43. E/CN.4/Sub.2/1997/20, <https://www.refworld.org/docid/3b00f1a124.html>
44. 16 Aralık 2005 günlü, 60/147 sayılı BMGK kararı ile kabul edilmiştir. <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/remedyandrepairation.aspx>
45. Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanan "Ciddi İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Kökünün Kazınması: Yol Haritası ve Referans Metinler", 2011, Strasbourg, s. 8 <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680695d6e>.
46. International Law Commission, "Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries", *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, C. II, Bölüm 2, New York ve Cenevre, 2007. Sonraki atıflar da, ilgili maddelerin yorumlarına yapılmıştır. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf
47. a. yer. s. 39, para. 6, s. 40, para. 6 vd.
48. a. yer. s. 42, para. 1. Buna örnek olarak, cezaevi güvenliğinin özel güvenliğe devredilmesi verilmiştir. s. 43, para. 2.
49. a. yer. s. 47, para. 3.
50. AIHM, İlaşcu ve Diğerleri/Moldova ve Rusya Federasyonu, Başvuru No. 48787/99, 8 Temmuz 2004 tarihli karar, para. 318.
51. William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, (Daha sonraki atıflarda ECHR olarak kısaltılacaktır) Oxford University Press, Clarendon, 2015, s. 90.
52. de Schutter, a. yer. s. 242 vd. Ida Elisabeth Koch, 'Dichotomies, Trichotomies or Waves of Duties?', *Human Rights Law Review*, Vol. 5, No. 1, 2005, 81-103, s. 82 vd.
53. Jean-François Akandji-Kombe, Positive obligations under the European Convention on Human Rights: A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights, *Human rights handbooks*, No. 7, Avrupa Konseyi Yayını, 1 Baskı, Belçika, 2007, s. 5.



54. a. yer., s. 8.
55. a. yer., s. 16.
56. a. yer., s. 8.
57. a. yer., s. 16.
58. Kerem Altıparmak, Cezasızlıkla Mücadele El Kitabı, Kapasite Geliştirme Derneği Yayını, Ankara, (yıl belirtilmemiş), s. 5.
59. BM Güvenlik Güçlerinin BM-dışı Güvenlik Güçlerine Desteğinde İnsan Hakları Özen Yükümlülüğü “Human Rights Due Diligence Policy on UN support to non-UN security forces”: <http://dag.un.org/handle/11176/387416>
60. Geneva Academy, What amounts to ‘a serious violation of international human rights law’? An analysis of practice and expert opinion for the purpose of the 2013 Arms Trade Treaty, Academy Briefing No. 6, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Cenevre, Ağustos 2014, s. 14.
61. BM Güvenlik Güçlerinin BM-dışı Güvenlik Güçlerine Desteğinde İnsan Hakları Özen Yükümlülüğü Belgesi.
62. Geneva Academy, a. yer., s. 5.
63. a. yer. Ayrıca ağır insan hakları ihlali olarak değerlendirilmesi mümkün olan başka haller de sıralanmıştır.
64. Avrupa Konseyi, “Eradicating impunity for serious human rights violations: Guidelines and reference texts”, 2011, Strasbourg, <https://rm.coe.int/1680695d6e>.
65. Rehber İlkeler, s. 8. III/2.
66. a. yer., s. 8, III/1.
67. Orentlicher İlkeleri, 21. ilke.
68. Rehber İlkeler, s. 8, III/1
69. Rehber İlkeler, s. 11, 12, 13’ten kısaltılarak alıntılanmıştır.
70. Aynı husus, BMGK kararı, A/RES/71/198, para. 6 (b)’de de vurgulanmıştır: Yasadışı, keyfi ve kısa yoldan infazlar bakımından da özellikle daha kırılabilir konumda bulunan, ulusal, etnik, dini, dilsel azınlıklar, göçmenler, sokak çocukları, zorla yerinden edilenler, terör mağdurları veya cinsel yönelimlerinden veya cinsiyetlerinden dolayı hedef alınanlar, insan hakları savunucuları, avukatlar, gazeteciler gibi risk altında olan gruplara karşı işlenmişse, faillerinin kamu görevlisi, paramiliter güç veya özel güç olmasına bakılmaksızın yargı önüne çıkarılmasının önemi üzerinde ayrıca durulmaktadır.
71. Rehber İlkeler, s. 14.
72. a. yer.
73. Rehber İlkeler, s. 14.
74. BM Uyuşturucunun Kontrolü ve Suçun Önlenmesi Ofisi, Uluslararası Suçların Önlenmesi Merkezi, Mağdurlar İçin Adalet Elkitabı: Suç ve Yetkinin Kötüye Kullanılması Mağdurları İçin Adaletin Temel İlkeleri Bildirgesinin Kullanımı ve Uygulanması, 1999, New York, s. 98.
75. Orentlicher İlkeleri, 19.
76. Rehber İlkeler, s. 13.
77. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin (2006) 8 numaralı, 14 Haziran 2006 tarihli, Suç Mağdurlarının Korunmasına yönelik tavsiye kararı, https://victimsupport.eu/activeapp/wp-content/uploads/2012/09/Recommendation-Rec20068-of-the-Committee-of-Ministries_Council-of-Europe4.pdf
78. Orentlicher İlkeleri, 19.
79. Orentlicher İlkeleri n. 20.
80. Rehber İlkeler, s. 5.
81. Orentlicher ilkeleri, n. 22, s. 13.
82. ICRC, Af ve İnsancıl Hukuk: Amaç ve Kapsamı konulu bilgi notu: https://www.icrc.org/en/download/file/56504/170545_amnesties_factsheet_14_july_2017_clean_en.pdf
83. Louise Mallinder, Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide, Hart Publishing, Oxford ve Portland, 2008, s. 6. Black’s Dictionary’deki tanım da bu ayrımla uyumludur; ancak bu görüşte olmayan yazarlar da vardır. Max Pensky, “Amnesty on trial: impunity, accountability, and the norms of international law”, Ethics & Global Politics, 2008, C. 1 S. 1-2, ss. 1-40, s. 7.
84. Louis Joinet’nin cezasızlık konusunda da 12 yıl kadar sonra hazırladığı bir rapor bulunmaktadır. Yukarıda Joinet raporu olarak atıf yapılan bu belge, af kanunlarıyla ilgili olan bu raporla karıştırılmamalıdır. BM, Ekonomik ve Sosyal Konsey, İnsan Hakları Komisyonu’na sunulan 21 Haziran 1985 tarihli raporu, E/CN.4/Sub.2/198, <https://digitallibrary.un.org/record/604651?ln=en>, s. 8-14.
85. a. yer., s. 9.
86. Bu konuda çok sayıda örnek vardır, sadece birkaç tanesini alıntılacak olursak: Şili’de İnsan Haklarının Korunmasıyla ilgili Ekonomik ve Sosyal Konsey Raporu, 21 Kasım 1979’da BMGK tarafından kabul edilmiştir. Sayı: A/34/583/Add.1 s. 85, 86, para. 168. 1990’ların başından beri Uganda’da süren iç karışıklıklarından 2000 yılında çıkarılan ve sonrasında dinmeyen tartışmalara neden olan af yasası, UCM’nin de önemli bir gündemi haline gelmiştir. Detaylı bilgi için bkz., Pensky, a. yer., özellikle s. 5. Libya’da 2015’te çıkarılan af yasasının da terörizm, tecavüz, işkence, yolsuzluk ve ırka ve etnisiteye dayalı öldürmeyi dışarıda bırakmasına rağmen, diğer ağır insan hakları ihlallerini içermemesi, cezasızlığa neden olması bakımından tartışılmış ve 23 Ocak 2020 tarihli İHK raporunda eleştirilmiştir. Nikaragua’da hükümet karşıtı protestoları bastırmak için kuvvet kullanan ve ciddi insan hakları ihlallerine imza atan kamu görevlilerinin yargılanmasının önüne geçebilecek nitelikteki af paketi de mağdurların hakikat hakkı ve giderim hakkı zedeleneceğinden bahisle BM İnsan Hakları Yüksek Komiseri Nikaragua’ya uyarılarda bulunmuştur: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail.aspx?NewsID=24684&LangID=E>.



87. E/CN.4/Sub.2/198, s. 7, para. 19/b.
88. Mallinder, a. yer., s. 7.
89. Osman Doğru, Yaşama Hakkı: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-5, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara, Temmuz 2018, s. 3.
90. a. yer., s. 4.
91. a. yer., s. 3.
92. <https://www.icrc.org/en/doc/war-and-law/ihl-other-legal-regmies/ihl-human-rights/overview-ihl-and-human-rights.htm>
93. Geneva Academy, a. yer., s. 26, 27.
94. a. yer. s. 27.
95. a. yer.
96. a. yer., s. 17.
97. International Law Commission, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2008, s. 112, md. 40. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf
98. Kenneth S. Gallant, The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law içinde "Nuremberg, Tokyo, and Other Postwar Cases", Cambridge University Press, Cambridge, 2009, s. 76.
99. International Court of Justice için, Türkçeye resmi çeviride Mahkeme yerine Divan terimi tercih edilmiştir.
100. Uluslararası Askeri Nürnberg ve Uzak Doğu (Tokyo) Mahkemeleri'nin kuruluş şartları, özellikle yasallık ve suçun geriye yürümezliği bakımından en tartışmalıdır. Uluslararası Askeri Nürnberg Mahkemesi Şartı: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf, Uluslararası Askeri Uzak Doğu (Tokyo) Mahkemesi Şartı: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf
101. Roma Statüsü, 17 Temmuz 1998 günü kabul edilmekle birlikte, dört yıl sonra, Statü uyarınca gerekli koşulların yerine gelmesiyle 1 Temmuz 2002 günü yürürlüğe girmiştir.
102. Philippe Sands, From Nuremberg to the Hague: The Future of International Criminal Justice, Cambridge University Press, s. 63.
103. William A. Schabas, "Crimes Against Humanity", Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity, (ed. Dinah L. Sheldon), Thomson Gale, ss. 209-216, s. 209.
104. Afrika Birliği Örgütü tarafından Haziran 1981'de kabul edilmiş, 21 Ekim 1986'da yürürlüğe girmiştir <https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=49>
105. Afrika Birliği Örgütü tarafından 1 Temmuz 1990'da kabul edilmiş, 29 Kasım 1999'da yürürlüğe girmiştir. https://www.un.org/en/africa/osaa/pdf/au/afr_charter_rights_welfare_child_africa_1990.pdf
106. Afrika Birliği Meclisi tarafından 11 Temmuz 2003 günü kabul edilmiş, Kasım 2005'te yürürlüğe girmiştir. https://www.un.org/en/africa/osaa/pdf/au/protocol_rights_women_africa_2003.pdf
107. <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Executions/Pages/InternationalStandards.aspx>
108. Giuliani ve Gaggio/İtalya, Başvuru no. 23458/02, para. 175, 24 Mart 2011'den aktaran, Schabas, a. yer, dn. 35.
109. Dimitrijevic, a. yer., s. 10.
110. Özellikle insan haklarının korunmasına ilişkin temel sözleşmelerden olan MSHS'de imzası olmayan ABD mahkemeleri, önce *Filartiga* kararıyla işkencenin, daha sonra başka kararlarıyla keyfi gözaltı ve tutuklamaların, infaz ve cinayetlerin örf ve adet hukuku tarafından yasaklandığını kabul etmişlerdir. a. yer. s. 13, dn. 30 ve 33.
111. a. yer., s. 12.
112. Yukarıda 11 numaralı dipnot <https://www.refworld.org/docid/453883fc11.html>
113. Kronolojik olarak sıralarsak, 18 Aralık 2013 günlü 68/163 sayılı BMGK kararı, ertesini yıl aynı konudaki 69/185 sayılı BMGK kararı, 17 Aralık 2015'te alınan 70/162 sayılı BMGK kararı, 19 Aralık 2017'de alınan 72/175 sayılı BMGK kararı ve son olarak, Firas Hassan Jabbar'ın 29 Kasım 2019 tarihli, A/74/399/Add.2 sayılı raporu ve Genel Sekreter'in A/74/314 sayılı, 16 Ağustos 2019 günlü raporu üzerine alınan 18 Aralık 2019 günlü, A/RES/74/157 sayılı BMGK kararı: <https://undocs.org/en/A/RES/74/157>.
114. BM İnsan Hakları Komitesi'nin kararları, her ne kadar etkisi yargısal organlara nazaran çok daha sınırlı kalsa da, yarı-yargısal nitelikleri dikkate alınarak içtihatlar kısmında ele alınacaktır.
115. Rehber İlkeler, s. 14.
116. a. yer.
117. Doak, a. yer. s. 161.
118. Rehber İlkeler, s. 14.
119. Gülşah Kurt, Cezasızlık Sorunu: Soruşturma Süreci, Hakikat Adalet Hafıza Merkezi, İstanbul, 2014, s. 14'te, Susurluk kazası sürecinde dönemin Emniyet Müdürü olan Mehmet Açar'ın cezaevinde adeta konuk sıfatıyla ağırlandırılmasının yarattığı cezasızlık üzerinde durmaktadır. <https://hakikatadalethafiza.org/wp-content/uploads/2015/02/Cezasizlik-Sorunu.pdf>
120. Uluslararası sözleşmelerin dibaceleri beyan niteliğindedirler ve kural olarak hak ve borç doğuramazlar; ancak burada yer alan bir irade beyanına açıkça aykırı bir davranışın da hukuka uygun kabul edileceğini söylemek güçtür. Jan Klabbbers, "Treaties and Their Preambles", Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties (ed. Michael J. Bowman, Dino Kritsiotis) içinde, Cambridge University Press, Ekim 2018, ss. 172-200, s. 172.



121. Markus Benzing, "The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight against Impunity", Max Planck Yearbook of United Nations Law, C. 7, 2003, 591-632, s. 596.
122. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Kadınların Şiddete Karşı Korunması Hakkında Tavsiye Kararı, (2002)5 https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805e2612
123. BMİHK, Genel Yorum No. 36, para. 26.
124. AİHM, Konstantin Markin/Rusya, Başvuru No. 30078/06, 22 Mart 2012 günlü kararı, para. 89.
125. AİHM, İrlanda/Birleşik Krallık, Başvuru No. 5310/71, 18 Ocak 1978 günlü kararı, para. 154. Bu ilke daha sonra da birçok kararında tekrar edilmiştir. Örneğin, AİHM, Capital Bank AD/Bulgaristan, Başvuru No. 49429/99, 24 Şubat 2012 günlü kararı, para. 79.
126. AİHM, Kelly ve diğerleri/Birleşik Krallık, Başvuru No. 30054/96, 4 Ağustos 2001 günlü karar.
127. Mahkeme'nin yorumu da aynı yöndedir. AİHM, Önerıldız/Türkiye, Başvuru No. 48939/99, para. 89-90.
128. 30 Ekim 2018 tarihinde dağıtımına giren 36 sayılı genel yorum, yaşam hakkına ilişkin 6 sayılı ve 14 sayılı sırasıyla 1982 ve 1984 yıllarında yayınlanan genel yorumların yerini almıştır. General comment No. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life, 30 Ekim 2018, CCPR/C/GC/36: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/1_Global/CCPR_C_GC_36_8785_E.pdf
129. Keyfi olup olmamak ise, eylemin iç hukuka uygun olmasından çok daha geniş bir anlam taşımaktadır. Genel yorum hukuka uygunluk yanında yedi kriter daha belirlemiştir: uygunluk, adillik, öngörülebilirlik, yasal güvencelere uygunluk, makullük, gereklilik ve orantılılık (para. 12). Yorumda *due process of law* olarak geçen yasal güvencelere uygunluk, Anglosakson hukuku kökenli bir kavramdır. Bu kavram Amerikan hukukunda usuli güvencelerin korunması amacıyla benimsenmiş, ancak daha sonra uygulamayla kapsamı bunu çok aşmıştır. Detaylı bilgi için bkz. Kerem Altıparmak, "Due Process of Law" Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 45, S. 1, 1996, ss. 219-250.
130. Bunlar en güncelinden başlayarak 19 Aralık 2016 günlü 71/198 sayılı karar (https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/71/198), 18 Aralık 2014 günlü, 69/182 sayılı karar (<https://undocs.org/en/A/RES/69/182>), 20 Aralık 2012 günlü, 67/168 sayılı karar (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/488/68/PDF/N1248868.pdf?OpenElement>), 21 Aralık 2010 günlü 65/208 sayılı karar (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/525/02/PDF/N1052502.pdf?OpenElement>) ve 15 Aralık 1980 günlü, 35/172 sayılı karardır (<https://undocs.org/en/A/RES/35/172>).
131. İHK'nin yasaklanmasını önerdiği eylemler arasında, "namus" cinayetleri, linç, vahşi nefret suçları, kan davası da yer almaktadır.
132. "Code of Conduct for Law Enforcement Officials", (21.12.2019), <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/LawEnforcementOfficials.aspx>.
133. United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, "Basic Principles on the Use of Force and Firearms", 1990, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/useofforceandfirearms.aspx>.
134. AİHM, Makaratzis/Yunanistan, Başvuru No. 50385/99, 20 Aralık 2004 günlü kararı.
135. a. yer., para. 62.
136. Makaratzis/Yunanistan, para. 57. Aynı yönde, Railean/Moldova, Başvuru No. 23401/04, 5 Ocak 2010, para. 27.
137. AİHM, Osman/Birleşik Krallık, Başvuru No. 23452/94, 28 Ekim 1998 günlü kararı, para. 115.
138. a. yer., para. 115.
139. Schabas, ECHR, s. 127.
140. Makaratzis/Yunanistan, para. 58. Aynı doğrultuda, AİHM, Giuliani ve Gaggio/İtalya, Başvuru No. 23458/02, 24 Mart 2011 günlü kararı, para. 209.
141. a. yer., para. 59.
142. Çok sayıda örnek arasından: Atıman/Türkiye, Başvuru no. 62279/09, Eylül 2014 günlü kararı, para. 23, 30, Benzer ve diğerleri/Türkiye, Başvuru no. 23502/06, 12 Kasım 2013 günlü kararı, para. 90, Hugh Jordan/Birleşik Krallık, Başvuru No. 24746/94, para. 88.
143. AİHM, McCann/Birleşik Krallık, Başvuru No. 18984/91, 27 Eylül 1995 günlü kararı, para. 154.
144. AİHM, McCann/Birleşik Krallık, Başvuru No. 18984/91, 27 Eylül 1995 günlü kararı, para. 155.
145. Korff Douwe, The Right to Life: A guide to the implementation of Article 2 of the European Convention on Human Rights, Human Rights Handbooks No. 8, Council of Europe, Belçika, 2006, s. 25. Shanaghan, Hugh Jordan, Kelly and McKerr davalarının tamamı Birleşik Krallık'a karşıdır ve tamamında bu değerlendirmeye yer verilmiştir.
146. AİHM, Kılıç/Türkiye, Başvuru No. 22492/93, 28 Mart 2000 günlü kararı, para. 62.
147. a. yer.
148. AİHM, Marguš/Hırvatistan, Başvuru No. 4455/10, 27 Mayıs 2014 günlü kararı.
149. a. yer., para. 127, 128.
150. Birçok diğer örneğin yanı sıra, Kadına Yönelik Şiddet, Nedenleri ve Sonuçları Özel Raportörü Rashida Manjoo, 23 Mayıs 2012 günlü ve A/HRC/20/16 sayılı raporunda devletin yükümlülüklerini hatırlatmıştır. https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A.HRC.20.16_En.PDF, para. 82-85.
151. AKBK (2002)5 sayılı tavsiye kararı.
152. a. yer.



- 153.BMİHK, Genel Yorum No. 36, para. 23.
- 154.https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/71/198
- 155.<https://undocs.org/en/A/RES/69/182>
- 156.<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/488/68/PDF/N1248868.pdf?OpenElement>
- 157.<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/525/02/PDF/N1052502.pdf?OpenElement>
- 158.<https://undocs.org/en/A/RES/35/172>
- 159.AİHM, Osman/Birleşik Krallık, para. 116.
- 160.a. yer.
- 161.AİHM, Opuz/Türkiye, Başvuru No. 33401/02, 9 Haziran 2009 günlü kararı.
- 162.Opuz/Türkiye kararında (para. 129) ortaya konan bu tespit çok sayıda kararda yinelenmiştir.
- 163.Schabas, a. yer., s. 127.
- 164.Opuz/Türkiye, para. 129.
- 165.Altıparmak, Cezasızlıkla Mücadele El Kitabı, s. 2.
- 166.Doğru, a. yer., s. 295, 296.
- 167.United Nations, "Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions", A/RES/65/208 (2010); United Nations, "Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions", A/RES/67/168 (2012); United Nations, "Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions", A/RES/69/182 (2014); United Nations, "Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions", (2016).
- 168.United Nations, Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, 2010, 2012, 2014, 2016, .
- 169.<https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/executions.pdf>
- 170.United Nations, **The Minnesota Protocol on the Investigation of Potentially Unlawful Death (2016) The Revised United Nations Manual on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Execution**, 2017.
- 171.a.g.e., s. 1.
- 172.Jan Hessbruegge, "Minnesota Protocol on the Investigation of Unlawful Death Gets a New Life", **EJIL: Talk!**, 2017, <https://www.ejiltalk.org/minnesota-protocol-on-the-investigation-of-unlawful-death-gets-a-new-life/>.
- 173.Bu ilke McCann ve Kaya kararlarıyla açıkça ortaya konmuştur.
- 174.AİHM, Ergi/Türkiye, Başvuru no. günlü kararı, para. 82.
- 175.a. yer.
- 176.Aynı doğrultuda, BMİHK, Sözleşme'ye taraf devletlerin genel yasal yükümlülüklerinin doğası, Genel Yorum no. 31, para. 10. <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhk-b7yhsjYoiCfMKolRv2FVaVzRkMjTnjRO%2Bfud3cPVrcM9YR0iW6Txaxgp3f9kUFpWq%2FhW%2FTpKi2tPhZs-bEjw%2FGeZRASjdFuujQRnbJeaUhby31WiQPI2mLFDe6ZSwMMvmQGVHA%3D%3D>.
- 177.AKBK'nin (2002)5 sayılı tavsiye kararı.
- 178.Rehber İlkeler, s. 11, 12, 13'ten kısaltılarak alıntılanmıştır.
- 179.26 Ağustos-6 Eylül tarihleri arasında Milan'da gerçekleştirilen 7. Suçun Önlenmesi ve Failere Yönelik Muamele konulu BM Kongresi'nde kaleme alınmış ve 40/32 sayılı, 29 Kasım 1985 günlü ve 40/146 sayılı ve 13 Aralık 1985 günlü BMGK kararları ile kabul edilmiştir. <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/IndependenceJudiciary.aspx>
- 180.27 Ağustos-7 Eylül 1990 tarihleri arasında Havana'da gerçekleştirilen 8. Suçun Önlenmesi ve Failere Yönelik Muamele konulu BM Kongresi'nde kabul edilmiştir. <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/roleoflawyers.aspx>
- 181.27 Ağustos-7 Eylül 1990 tarihleri arasında Havana'da gerçekleştirilen 8. Suçun Önlenmesi ve Failere Yönelik Muamele konulu BM Kongresi'nde kabul edilmiştir. <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RoleOfProsecutors.aspx>
- 182.https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Col_Guidance_and_Practice.pdf
- 183.https://www.ibanet.org/Fact_Finding_Guidelines.aspx
- 184.<https://searchlibrary.ohchr.org/record/13577?ln=en>
- 185.Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin (2006) 8 numaralı, 14 Haziran 2006 tarihli, Suç Mağdurlarının Korunmasına yönelik tavsiye kararı, <https://victimssupport.eu/activeapp/wp-content/uploads/2012/09/Recommendation-Rec20068-of-the-Committee-of-Ministries-Council-of-Europe4.pdf>
- 186.Bautista/Kolombiya, başvuru no. 563/1993 (1995), aktaran Doak, a. yer., s. 162, 163.
- 187.José Vicente ve diğerleri/Kolombiya, Başvuru No. 612/1995, CCPR/C/60/D/612/1995.
- 188.a. yer., para. 8.8.
- 189.a. yer. para. 8.8.
- 190.a. yer., para. 11.5
- 191.a. yer., para. 11.6.
- 192.Alastair Mowbray, **The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights**, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2004, s. 28.
- 193.AİHM, McCann/Birleşik Krallık, para. 161.
- 194.AİHM, Ergi/Türkiye, Başvuru No. 23818/94, 28 Temmuz 1998 günlü kararı, para. 81.
- 195.Yaşa/Türkiye, Başvuru No. 63/1997/847/1054, 2 Eylül 1998 günlü kararı.
- 196.Süheyla Aydın/Türkiye, Başvuru no. 25660/94, 24 Mayıs 2005 günlü kararı, para. 171.



- 197.Doğru, a. yer., s. 296. Aynı yönde, Juliet Chevalier-Watts, "Effective Investigations under Article 2 of the European Convention on Human Rights: Securing the Right to Life or an Onerous Burden on a State?", The European Journal of International Law, C. 21, S. 3, ss. 701-721, s. 706, Kerem Altıparmak, Zaman ve Aşımı: Ağır İnsan Hakları İhlallerinin Kılıfını Kaldırmak, Hukuki Analiz, İHOP, "Cezasızlıktan Hesap Verebilirliğe: Sivil Toplum Örgütlerinin İzleme ve Müdahale Kapasitelerinin Geliştirilmesi" Projesi Cezasızlık Kültürü - Yayın No: 3, Ankara, (tarih belirtilmemiş), s. 13.
- 198.AİHM, Rod/Hırvatistan, Başvuru No. 47024/06, 18 Eylül 2008 günlü kararına atıfla, Chevalier-Watts, a. yer., s. 707.
- 199.Altıparmak, Zaman ve Aşımı, s. 11.
- 200.Yaşa/Türkiye, Başvuru No. 63/1997/847/1054.
- 201.Kaya/Türkiye, para. 91'de Türkiye'nin güneydoğusundaki güvenlik durumu dikkate alındığında, yaşam kayıplarının trajik ve sık olduğunu not ederek eklemektedir: "*Buna rağmen, ne şiddetli silahlı çatışmaların yaygınlığı, ne de ölümle sonuçlanma oranının yüksekliği, devletin 2. maddeden neşet eden, güvenlik güçleriyle girilen çatışmalardan kaynaklanan veya somut olayda olduğu gibi, koşulların belirsiz kaldığı ölümlerle ilgili etkili, bağımsız soruşturma yapma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaktadır.*"
- 202.Sevdiren, a. yer, para. 15.
- 203.AİHM, Kaya/Türkiye, Başvuru No. 158/1996/777/978, 19 Şubat 1998 günlü kararı.
- 204.AİHM, Hugh Jordan/Birleşik Krallık, Başvuru No. 24746/94, 4 Ağustos 2001 günlü kararı.
- 205.AİHM, Opuz/Türkiye, para. 81.
- 206.Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, "Guide sur l'article 13 de la Convention: Droit à un recours effectif", par. 57.
- 207.Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, "Guide sur l'article 13 de la Convention: Droit à un recours effectif", Strasbourg, 2019, par. 31.
- 208.a.g.e., par. 32.
- 209.Filipinler ve Japonya'nın, insan hakları ihlallerine karışan devlet organlarına cezai soruşturma açma mecburiyetini açıkça tanıyan önerileri kabul görmemiştir. Docs.E/CN.4/365 (Filipinler) ve A/C.3/4.1166 (Japonya)'ya atıfla, Anja Seibert-Fohr, "The Fight against Impunity under the International Covenant on Civil and Political Rights", **Max Planck Yearbook of United Nations Law Online**, C. 6, S. 1, 2019, ss. 301-44. s. 315, dn. 58. Komite kararları, içtihat kısmında ayrıca değerlendirilecektir.
- 210.a.g.e., par. 318, 319.
- 211.a. yer.
- 212.a.g.e., par. 18, 19.
- 213.United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, "Basic Principles on the Use of Force and Firearms", 1990, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/useofforceandfirearms.aspx>.
- 214.Doak, a. yer. s. 161.
- 215.Japalali/Filipinler, CCPR/C/125/D/2536/2015, para. 9.
- 216.a. yer.
- 217.AİHM, Opuz/Türkiye, para. 81.
- 218.Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Makbule Kaymaz ve diğerleri/Türkiye, Başvuru no: 23502/06, Karar tarihi: 12.11.2013.
- 219.<https://www.evrensel.net/haber/82442/devlet-bir-katliam-davasini-daha-kapatiyor>
- 220.Abdulaziz Bengi ve diğerleri, B. No: 2014/14048, 10/6/2020.
- 221.a. yer.
- 222.Orentlicher ilkeleri, n. 22, s. 13.
- 223.ICRC, Af ve İnsancıl Hukuk: Amaç ve Kapsamı konulu bilgi notu: https://www.icrc.org/en/download/file/56504/170545_amnesties_factsheet_14_july_2017_clean_en.pdf
- 224.Louise Mallinder, Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide, Hart Publishing, Oxford ve Portland, 2008, s. 6. Black's Dictionary'deki tanım da bu ayrımla uyumludur; ancak bu görüşte olmayan yazarlar da vardır. Max Pensky, "Amnesty on trial: impunity, accountability, and the norms of international law", Ethics & Global Politics, 2008, C. 1 S. 1-2, ss. 1-40, s. 7.
- 225.Louis Joinet'nin cezasızlık konusunda da 12 yıl kadar sonra hazırladığı bir rapor bulunmaktadır. Yukarıda Joinet raporu olarak atıf yapılan bu belge, af kanunlarıyla ilgili olan bu raporla karıştırılmamalıdır. BM, Ekonomik ve Sosyal Konsey, İnsan Hakları Komisyonu'na sunulan 21 Haziran 1985 tarihli raporu, E/CN.4/Sub.2/198, <https://digitallibrary.un.org/record/604651?ln=en>, s. 8-14.
- 226.a. yer., s. 9.
- 227.Bu konuda çok sayıda örnek vardır, sadece birkaç tanesini alıntılacak olursak: Şil'de İnsan Haklarının Korunmasıyla ilgili Ekonomik ve Sosyal Konsey Raporu, 21 Kasım 1979'da BMGK tarafından kabul edilmiştir. Sayı: A/34/583/Add.1 s. 85, 86, para. 168. 1990'ların başından beri Uganda'da süren iç karışıklıkların ardından 2000 yılında çıkarılan ve sonrasında dinmeyen tartışmalara neden olan af yasası, UCM'nin de önemli bir gündemi haline gelmiştir. Detaylı bilgi için bkz., Pensky, a. yer., özellikle s. 5. Libya'da 2015'te çıkarılan af yasasının da terörizm, tecavüz, işkence, yolsuzluk ve ırka ve etnisiteye dayalı öldürmeyi dışarıda bırakmasına rağmen, diğer ağır insan hakları ihlallerini içermemesi, cezasızlığa neden olması bakımından tartışılmış ve 23 Ocak 2020 tarihli İHK raporunda eleştirilmiştir. Nikaragua'da hükümet karşıtı protestoları bastırmak için kuvvet kullanan ve ciddi insan hakları ihlallerine imza atan kamu görevlilerinin yargılanmasının önüne ge-



- çebileceği nitelikteki af paketi de mağdurların hakikat hakkı ve giderim hakkı zedeleneceğinden bahisle BM İnsan Hakları Yüksek Komiseri Nikaragua'ya uyarılarda bulunmuştur: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail.aspx?NewsID=24684&LangID=E>.
- 228.E/CN.4/Sub.2/198, s. 7, para. 19/b.
- 229.Mallinder, a. yer., s. 7.
- 230.Diane Orentlicher, "Swapping Amnesty for Peace and the Duty to Prosecute Human Rights Crimes," *ISLA Journal of International & Comparative Law* 3, no. 2 (Kış 1997): 713-718, s. 713, 714..
- 231.Diane Orentlicher, "Immunities and Amnesties" L. Sadat (Ed.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, 2011, Cambridge, Cambridge University Press içinde, ss. 202-222.
- 232.Burada Mahkemelerin kuruluşu ile ilgili bir noktaya dikkat çekmek gerekebilir. Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri birincil bir yargı yetkisi icra ederken UCM'de durum böyle değildir.
- 233.Diane Bernard, "Ne bis in idem - Protector of Defendants' Rights or Jurisdictional Pointsman?", *Journal of International Criminal Justice*, C 9, S 4, Eylül 2011, ss. 863-880, s. 867. <https://academic.oup.com/jicj/article/9/4/863/2188931>
- 234.a. yer., s. 870.
- 235.Haluk İnanıcı'nın derlediği *Parçalanmış Adalet, Türkiye'de Özel Ceza Yargısı, İletişim Yayınları*, 2011 kitabında yer alan "Örfi İdare Yargısından Yeni Devlet Güvenlik Mahkemelerine Sanık Hakları" başlıklı makalesinde İnanıcı, sıkıyönetim, *de facto* sıkıyönetim ve OHAL dönemlerini sayar. 19.07.1987 tarihine kadar, Cumhuriyet döneminin toplam sıkıyönetim süresini Zafer Üskül 25 yıl 9 ay 11 gün olarak verir. İnanıcı buna 1987-2002 arası OHAL durumunu da ekler ve Cumhuriyet tarihinin yarısında ülkenin istisnai bir rejimle yönetildiğini vurgular. s. 19, dn. 8. Bu hesap 2011 tarihli olduğundan, 2016 sonrasındaki OHAL sürecini de kapsamaz.
- 236.<https://www.ihd.org.tr/12-eylul-karanligina-hayir/>
- 237.Daha önce, darbenin başını çeken Kenan Evren'in yargılanması için iddianame hazırlayan eski Adana savcısı Sacit Kayasu'nun başına gelenler, cezasızlığın kılcal damarlarını göstermesi açısından önemlidir. Sacit Kayasu'nun iddianamesi reddedilmiş, Kayasu hakkında görevi kötüye kullanmak ve askeri kuvvetleri tahkir ve tezyif nedeniyle dava açılmış, Kayasu mesleğinden ihraç edilmiş ve hapis cezasına çarptırılmıştır. AİHM, önüne gelen başvuruda, Türkiye'yi 10. madde ihlalinden mahkum etmiştir. (Kayasu/Türkiye, Başvuru no. 64119/00, 76292/01, 13.02.2009 günlü karar.
- 238.sayılar Hafıza Merkezi
- 239.4 Kasım 1996'da meydana gelen kazada, Abdullah Çatlı, eski İstanbul Emniyet Müdürü Hüseyin Kocadağ ve Doğru Yol Partisi milletvekili Sedat Bucak'ın bulunduğu otomobil bir kamyonla çarpıştı ve "derin devlet" ilişkileri deyim yerindeyse ortalığa saçıldı. Daha detaylı bilgi için: Ayşegül Sabuktay, *Devletin Yasal Olmayan Faaliyetleri: Susurluk Olayına Hukuk-Siyaset Kuramından Bakış*, Metis Yayınları, İstanbul, Mart 2010.
- 240.s. 8, para. 14-18.
- 241.s. 11, para. 32.
- 242.s. 29.
- 243.s. 78.
- 244.s. 32.
- 245.HDP'nin seçim bürosu açılışlarına, toplantılarına, seçim çalışması yürüten üye, yönetici ve sempatanlarına saldırılar gerçekleşmiştir (18 Nisan-Bursa Orhangazi ilçe teşkilatı parti lokalinin açılışına saldırı, 23 Nisan-Tokat'ta seçim aracına saldırı, 27 Nisan-Manisa Soma'da seçim bürosunun ateşe verilmesi, 1 Mayıs-Uşak'ta iki satırlı saldırı, 1 Mayıs-Trabzon'da HDP'lilere saldırı, parti bayraklarının yakılması, 5 Mayıs-İstanbul Büyükkçekmece seçim standına saldırı, 6 Mayıs-Elazığ seçim bürosuna saldırı, 8 Mayıs-Adana'da seçim çalışması yapanlara saldırı, 10 Mayıs-Erzurum'da HDP seçim aracına saldırı, 11 Mayıs-Antalya ve Mersin'de HDP'nin seçim aracına ve milletvekili adaylarına taşlı saldırı, 15 Mayıs-Tekirdağ'da seçim irtibat bürosuna saldırı, 18 Mayıs-Adana ve Mersin HDP binalarına bombalı saldırı, 21 ve 23 Mayıs-Diyarbakır-HÜDAPAR'lıların HDP'lilere saldırıları, 30 Mayıs-Balıkesir Edremit'te HDP afişlerinin silahlarla taranması, 31 Mayıs-HDP'nin Samsun mitingine saldırı, 3 Haziran-Bingöl seçim aracına saldırı, 1 ölü.
- 246.International Court of Justice için, Türkçeye TBMM sayfasında yayımlanan çeviride Mahkeme yerine Divan terimi tercih edilmiştir..
- 247.Rıza Türmen, "İnsanlığa Karşı Suç Türkiye'de", 9 Aralık 2019, *Birikim Dergisi* çevrimiçi <https://www.birikimdergisi.com/guncel/9816/insanliga-karsi-suc-turkiyede>
- 248.Roma Statüsü'ne taraf devletlerin New York'ta 3-10 Eylül 2002 tarihleri arasında gerçekleşen oturumdaki toplantının resmi tutanaklarından derlenen bu belge, 31 Mayıs 11 Haziran 2010 tarihleri arasında Kampala'da düzenlenen gözden geçirme konferansında kabul edilmiştir. Uluslararası Ceza Mahkemesi, <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/ElementsOfCrimesEng.pdf>
- 249.a. yer., s. 4., dn. 7.
- 250.<https://www.evrensel.net/haber/387244/10-ekim-ankara-katliami-sanigi-erman-ekici-insanliga-karsi-suc-tan-yargilanacak>
- 251.<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/117-medeni-ve-siyasi-haklara-iliskin-uluslararası-sozlesme/>
- 252.<https://www.apc.ch/en/knowledge-hub/opcat-database/turkey>
- 253.<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/124-cocuk-haklarna-dair-sozlesme/>
- 254.<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/132-engellilerin-haklarna-iliskin-sozlesme/>



- 255.<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/131-tum-gocmen-iscilerin-ve-aile-fertlerinin-haklarinn-konrunmasna-dair-uluslararası-sozlesme/>
- 256.<https://www.ihd.org.tr/avrupa-insan-haklari-sozlesmesi-ve-eki-protokollerde-yer-alan-haklar-ve-ozgurlukler/>
- 257."Savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemez." hükmü, Anayasa'nın Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar başlıklı 38. maddeye, 4790 sayılı kanunun 15. maddesiyle eklenmiştir.
- 258.Yukarıda bahsedilen fıkra ilga edilerek yerine 5170 sayılı kanunun 5. maddesiyle "Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez." hükmü eklenmiş, bununla uyumlu olarak yaşam hakkıyla ilgili 17. maddede, temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasıyla ilgili 15. maddede değişiklikler yapılmıştır. Yine ölüm cezasının yerine getirilmesine ilişkin TBMM'nin yetkilerinde de düzenleme yapılmış ve 87. maddede yer alan "mahkemelerde verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine" ibaresi madde metninden çıkartılmıştır.
- 259.Öznur Sevdiren, "Türkiye'nin Cezasızlık Mevzuatı", İstanbul, 2015, ss. 60, 61.
- 260.Çakıcı/Türkiye, Taş/Türkiye, Timurtaş/Türkiye, Ertak/Türkiye, Kılıç/Türkiye, Kaya/Türkiye, Akkoç/Türkiye, Ergi/Türkiye, Oğur/Türkiye, Gül/Türkiye, Avşar/Türkiye, Akdeniz ve diğerleri/Türkiye, Demir/Türkiye, Yaşa/Türkiye, Tanrıkulu/Türkiye kararları, Sevdiren, a. yer. s. 62.
- 261.Gülşah Kurt, Cezasızlık Sorunu: Soruşturma Süreci, Hakikat Adalet Hafıza Merkezi, İstanbul, 2014. <https://hakikatadalethafiza.org/wp-content/uploads/2015/02/Cezasizlik-Sorunu.pdf>
- 262.Mehmet Atılgan, Serap Işık, hazırlanan Cezasızlık Zirhını Aşmak: Türkiye'deki Güvenlik Güçleri ve Hak İhlalleri Raporu, TESEV, İstanbul, 14 Mart 2012 https://www.tesev.org.tr/wp-content/uploads/rapor_cezasizlik_zirhini_asmak.pdf
- 263.Tolga Şirin, "Türkiye'de Cezasızlık Sorunu ve Anayasa Mahkemesi", D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.21, Özel S., 2019, ss. 1577-1607.
- 264.Orhan Gazi Ertekin, 1954-56-58, 1961 sonrası ve 2006 sonrasında siyasi kanatlar arasındaki yargı bağımsızlıkçılığı/yargı vesayetçiliği kamplaşmasından hareketle, yargı alanındaki düzenlemelerin siyasi niteliğini göstermektedir. Orhan Gazi Ertekin vd., **Türkiye'de Yargı Yoktur**, ed. Orhan Gazi Ertekin, Ankara: Nika Yayınevi, 2013, ss. 18, 19.
- 265.Son örneklerden ikisi, Avrupa Komisyonu'nun 29 Mayıs 2019 tarihli Türkiye İzleme Raporu, özellikle s. 14. ve 22. <https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/20190529-turkey-report.pdf> ile daha yeni olan ve kapsamlı bir yargı bağımsızlığı değerlendirmesi içeren, 19 Şubat 2020 tarihli Avrupa Konseyi İnsan Hakları Yüksek Komiseri Dunja Mitrović'in raporu, özellikle s. 7, para. 9 vd. <https://rm.coe.int/report-on-the-visit-to-turkey-by-dunja-mijatovic-council-of-europe-com/168099823e>
- 266.Kurt, a. yer., s. 30.
- 267.Demirhan Burak Çelik, "16 Nisan Anayasa Değişikliği ve Yeni Hakimler ve Savcılar Kurulu Üzerine Bir Değerlendirme", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 73, S. 4, 2018, s. 1059.
- 268.a.yer.
- 269.1971 değişiklikleriyle, daha önce Yüksek Hakimler Kurulu toplantılarına katılabilen ancak oy hakkı olmayan Adalet Bakanı'na, Kurul'a başkanlık etme yetkisi, 1972 yılında yapılan Yüksek Hakimler Kurulu kanunu değişiklikleriyle de oy hakkı tanınmıştır. a. yer.
- 270.Senelere yayılan tartışmaların geniş bir özeti için: <http://www.diken.com.tr/ne-yeni-yargi-ne-de-yargiya-son-darbe/>
- 271.<http://venice.coe.int/files/turkish%20declaration%20June%202015.pdf>
- 272.<https://www.icj.org/wp-content/uploads/2016/07/Turkey-Judiciary-in-Peril-Publications-Reports-Fact-Findings-Mission-Reports-2016-ENG.pdf>
- 273.Kurt, a. yer. s. 31.
- 274.a. yer.
- 275.Atılgan/Işık, s. 18.
- 276.Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında 9.6.2004 Tarih ve 5186 Sayılı Kanun ile Anayasanın 89 uncu ve 104 üncü Maddeleri Gereğince Cumhurbaşkanınca Bir Daha Görüşülmek Üzere Geri Gönderme Tezkeresi ve Adalet Komisyonu Raporu (1/833), Sıra Sayısı: 652, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss652m.htm>
- 277.Daha sonra, 2017 Anayasa değişikliğiyle Başbakan'ın yerini Cumhurbaşkanı almıştır.
- 278.Kurt, a. yer., s. 72.
- 279.Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yasama Dönemi:24, Yasama Yılı: 4, Sıra Sayısı: 560, İstanbul Milletvekili Mehmet Doğan Kubat ve Bartın Milletvekili Yılmaz Tunç ile 109 Milletvekilinin; Terörle Mücadele Kanununun 10 uncu Maddesi Uyarınca Kurulan Ağır Ceza Mahkemelerinin Kaldırılmasına ve Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ile Cumhuriyet Halk Partisi Grup Başkanvekili İstanbul Milletvekili Mehmet Akif Hamzaçebi ve Mersin Milletvekili Ali Rıza Öztürk ile 1 Milletvekilinin; 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 8. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss560.pdf>
- 280.Kurt, a. yer., s. 116, 117.
- 281.Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayısı: 655, Kırıkkale Milletvekili Ramazan Can ve Isparta Milletvekili Recep Özel ile 52 Milletvekilinin; Hakimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, Artvin Milletvekili Uğur Bayraktutan'ın; 1512 Sayılı Noterlik Kanununun 59. Maddesinde Noterlerin Hastalıkları Halinde Yapılacak İşlemlere



- İlişkin Sorunların Giderilmesi Hakkında Kanun Teklifi, İstanbul Milletvekili Aydın Ağan Ayaydın'ın; 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi, Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanvekilleri Kayseri Milletvekili Mustafa Elitaş, Adıyaman Milletvekili Ahmet Aydın, Kahramanmaraş Milletvekili Mahir Ünal, İstanbul Milletvekili Mihrimah Belma Satır ve Amasya Milletvekili Mehmet Naci Bostancı ile 33 Milletvekilinin; Hakimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, İstanbul Milletvekili Bülent Turan ve Elazığ Milletvekili Şuay Alpay ile 1 Milletvekilinin; Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ile Adalet Komisyonu Raporu, s. 9, 10. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss655.pdf>
- 282.a. yer., s. 75.
- 283.a. yer.
- 284.Anayasa Mahkemesi, Abdullah Akhamur ve diğerleri Başvurusu, Başvuru No. 2015/14355, 31 Ekim 2018 günlü karar, Resmi Gazete tarih ve sayı: 27 Kasım 2018, 30608.
- 285.Mehmet Beyhan Seçkin, Mağdur Hakları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 163.
- 286.TBMM, Yasama Dönemi: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 269, Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/589), s. 14. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss269.pdf>
- 287.Cezasızlık Zırhını Aşmak, a. yer., s. 60.
- 288.Kerem Altıparmak, Ahmet Murat Aytaç, Onur Karahanoğulları, Türkan Hançer, Devrim Aydın, Polis Vazife ve Salahiyet Kanununda Değişiklik: Durdurma-Kimlik Sorma-Arama- Parmak İzi Alınması-Silah Kullanma, İnsan Hakları Çalışma Metinleri: V, Ankara, 2007, s. 26. http://www.ihmpolitics.org/files/metinler/pvsk_raporu.pdf
- 289.a. yer.
- 290.Anayasa Mahkemesi, E. 1996/68, K. 1999/1, 6.1.1999 tarihli kararı.
- 291."b) Bir taarruz veya mukavemete hazırlanan ve silahını veya mukavemete elverişli bir aleti bırakmaya davet edildiği halde, bu davete derhal itaat etmeyen veyahut bıraktığı silahı veya aleti tekrar eline almaya davranan veya alan kimseyi itaate zorlamak için, e) Bu maddede sayılan görevleri yapan askerlere karşı, sözle yapılan sataşma veya hareketlerin bertaraf edilmesi sırasında mukavemet, taarruz, müessir fiil veya tehlikeli bir tehditle karşılaşıldığında bu halleri gidermek için"
- 292.Sevdiren, a. yer., s. 79.
- 293.11 Haziran 2020 günü kabul edilen 7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu, 18 Haziran 2020 günlü, 31159 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.
- 294.TBMM 27. Yasama Dönemi, 3. Yasama Yılı, 174 sıra sayılı İçişleri Komisyonu Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss174.pdf>
- 295.Sevdiren, a. yer. s. 82, 83.
- 296.a. yer. s. 83.
- 297.a. yer. Aynı yerde Sevdiren, Ethem Sarıslülük'ün iddianesiyle, Siirt'te basın açıklaması esnasında bir grubun taş atmaya başlaması üzerine, rastgele ateş açan çavuş hakkında Yargıtay kararını örnek olarak vermiştir. s. 83, 84.
- 298.AİHM, Aydan/Türkiye, Başvuru no. 16281/10, 12 Mart 2013 günlü kararı, para. 97.
- 299.a. yer., para. 100.
- 300.a. yer., para. 101.
- 301.Rayburn N. R., Mendoza M., Davison, G C. "Bystanders' Perception of Perpetrators and Victims of Hate Crimes. Journal Of Interpersonal Violence", C. 18 S. 9, 2003, s. 1055-1074'den aktaran, Timur Demirbaş, "Nefret Söylemi ve Nefret Suçları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Şeref Ertaş'a Armağan, Cilt III, İzmir 2017, ss. 2693-2701, s. 2698, dn. 12.
- 302.Koray Kaplıca, "Türkiye Tarihindeki Aflar", Doğruluk Payı, 27 Ağustos 2018, https://www.dogrulukpayi.com/bulten/turkiye-tarihindeki-aflar?gclid=Cj0KQCQjw-r71BRDuARIsAB7i_QMvKnM2bXwrH8HB70aYxJlJGAY9o-P1acwtrFL-H6_BaTrEUTrzNNcaAg2xEALw_wcB
- 303.2073 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararı, 31 Ocak 2020, 31025 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
- 304.Şanlıurfa C. Savcısı'nın 22 Temmuz 2015 tarihli talebi uyarınca, Şanlıurfa 2. Sulh Ceza Hakimliği'nin 2015/2425 Değişik İş sayılı kararı ile.
- 305.Anayasa Mahkemesi, Abdullah Akhamur ve diğerleri Başvurusu, Başvuru No. 2015/14355, 31 Ekim 2018 günlü karar, Resmi Gazete tarih ve sayı: 27 Kasım 2018, 30608.
- 306.İddianamede yer alan 5 kişi arasından, sadece Yakup Şahin isimli bir kişi tutukludur. Deniz Büyükçebe ve İlhami Balı Suriye'de bulunan IŞİD militanlarıdır. Sanıklardan Halil İbrahim Durgun ve Yunus Durmaz'ın, Antep'te polis baskınında öldürüldüğü basına yansımış, ancak bu olaya dair dosyanın Suruç dosyasına sunulması yönünde avukatların yaptığı talep kabul edilmemiştir.
- 307.<http://www.hurriyet.com.tr/ilhami-bali-hdp-saldirisindan-once-turkiyeye-girmis-40128164>
- 308.<https://www.evrensel.net/haber/405177/suruc-davasi-14uncu-kez-ertelendi>
- 309.İsmail Saymaz, "Adı 35 gün önce bildirilmiş: Kimlik sorulsa 34 kişi ölmezdi", Hürriyet Gazetesi, 29 Mayıs 2016 günlü haberi, <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/adi-35-gun-once-bildirilmis-kimlik-sorulsa-34-kisi-olmezdi-40110695>. Ayrıca dosya içeriğinde yer alan, Şanlıurfa Valiliği İl Emniyet Müdürlüğü'nün 13/06/2015 tarih ve "Terör Nitelikli Kayıp Şahıslar" konulu, Dağıtım Yerlerine başlıklı, "Adıyaman İl Emniyet Müdürlüğü'nün 10/06/2015 Tarih ve 2015061013120703952 Sayılı Yazısı ve bu yazının ilgi tutulduğu yazı.
- 310.<http://www.sabah.com.tr/gundem/2015/07/22/2-polis-sehit-edildi>



- 311.Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan, “Sırtını terör örgütüne dayadığını alenen ifade eden çevrelerin PKK’nın vahşi terör eylemleri karşısında sessiz kalması, yaptığı saldırıları kinayacak cesareti bile gösterememesi, utanç verici bir durumdur. Ülkemizin huzur ve istikrarına, milletimizin birlik ve beraberliğine kastedenlere ne adına olursa olsun asla izin verilmeyecektir.” demiş, dönemin Başbakanı Ahmet Davutoğlu, “HDP Şimdi ‘Çatışmasızlığa dönelim’ diyor, evet dönelim. Biz hiçbir zaman çatışmayı, şiddeti savunmadık. Ama çatışmasızlıktan kasıtları, yine başka bir gece, başka polislerimizi katledeceklerse biz buna sessiz kalmayacağız, biz buna izin vermeyiz.” diyerek HDP’yi cinayetin sorumlusu olarak göstermiştir. <https://m.bianet.org/bianet/siyaset/194800-ceylanpinar-cinayetiyle-ilgili-kim-ne-demisti>
- 312.Gülşah Kaya, Barış Işık, Birkan Bulut, Fulya Alikoç (10 Ekim Ankara Katliamı Davası Avukat Komisyonu Katkısıyla), Duymak Zorundasınız: 10 Ekim Ankara Katliamı Davası, Kor Kitap, 2. Basım, Ekim 2019, İstanbul, s. 16. Kitapta hem iddianame hem yargılama sürecine ilişkin detaylı bilgiler yer almaktadır. Bu çalışma kapsamında sonraki atıflar “Duymak Zorundasınız” şeklinde yapılacaktır.
- 313.Duymak Zorundasınız, s. 14.
- 314.a. yer., s. 21.
- 315.a. yer., s. 19, 20.
- 316.a. yer., s. 26.
- 317.a. yer., s. 27, 28.
- 318.a. yer., s. 35, 41.
- 319.a. yer., s. 33.
- 320.a. yer., s. 36.
- 321.Suruç bombacısının abisi Yunus Emre Alagöz’ün eylem yapacağı bilgisi de defalarca rapor edilmiştir. a. yer., s. 37.
- 322.a. yer., s. 45.
- 323.TİHV Dokümantasyon Merkezi tarafından verilen kısmi bilgiye göre en az 321 kişinin, 16 Ağustos 2015 ile 16 Ağustos 2016 tarihleri arasında sadece resmi sokağa çıkma yasağı ilan edilmiş zaman dilimleri içerisinde, bu kapsamdaki bölgelerde yaşamlarını yitirdikleri tespit edilebilmiştir. Bu kişilerden; 79’u çocuk, 71’i kadın ve 30’u 60 yaşın üzerindedir. Yine bu kişilerden en az 73’ünün sağlığa erişim hakkından yoksun bırakılmaları sonucu yaşamlarını yitirdikleri iddia edilmektedir. En az 202 sivilin ise ev sınırları/kapalı alanlar içerisinde yaşamlarını yitirdikleri belirtilmektedir. <http://tihv.org.tr/16-agustos-2015-16-agustos-2016-tarihleri-arasinda-sokaga-cikma-yasaklari-ve-yasamini-yitiren-siviller-bilgi-notu/>
- 324.TİHV Dokümantasyon Merkezi’nin verilerine göre ve yalnızca 11 Aralık 2015 – 8 Ocak 2016 arasını kapsayan yasaklara ilişkin hazırlanmış rapor uyarınca: <http://tihv.org.tr/16-agustos-2015-16-agustos-2016-tarihleri-arasinda-sokaga-cikma-yasaklari-ve-yasamini-yitiren-siviller-bilgi-notu/>
- 325.Bunlar, sivil halkın hayatta kalması için vazgeçilmez olan malzemenin korunmasını düzenleyen Cenevre Sözleşmelerine Ek 2 nolu Protokolün 14. maddesinin ihlali olarak değerlendirilebilir.
- 326.Sokağa çıkma yasakları 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’nun 11. maddesinin (c) bendine dayandırılarak ilan edilmiştir. Bu madde, “*Valilerin hukuki durumları, görev ve yetkileri*” başlığı altında yer almakta ve valinin il sınırları içindeki kolluğun amiri olduğu hükmünü getirerek görev ve yetkilerini düzenlemektedir. (c) bendinde ise valinin ödev ve görevlerini saymaktadır. Buna göre “*İl sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi valinin ödev ve görevlerindedir*”. Ancak, Türkiye’nin idari sistemi ve insan hakları rejimine göre, bu maddenin sokağa çıkma yasağı ilan ederek şehri ağır zırhlı araçlarla abluka altına almayı kapsadığı düşünülemez. Zira sokağa çıkma yasağı ilanı yetkisi Sıkıyönetim Kanunu (mülga) ve Olağanüstü Hal Kanunu ile özel olarak tanınmış, temel hak ve hürriyetleri sınırlandıran bir yetkidir.
- 327.Sokağa çıkma yasakları, valilik ve kaymakamlık açıklamalarında artan “terör olayları” nedeniyle asayişin yeniden tesisinin sağlanması şeklinde matbu bir nedene dayandırılmaktadır.
- 328.Anayasa Mahkemesi, Mehmet Girasun ve Ömer Elçi (TAK), Başvuru No: 2015/15266, 11/9/2015, para. 14; Meral Danış Beştaş (TAK), Başvuru No: 2015/19545, 22/12/2015, para. 16, daha sonra alınan bir kararda, Anayasa Mahkemesi, Mehmet Yavuzel ve Diğerleri, Başvuru No: 2016/1652, Karar Tarihi: 29/1/2016, para. 32’deki değerlendirme “*mülki amirler tarafından sivillerin yaşamını koruma gereğiyle sokağa çıkma kararı alındığı*” yönündedir.
- 329.Venedik Komisyonu, “Sokağa Çıkma Yasaklarının Hukuki Çerçevesi Hakkında Görüş”, 10-11 Haziran 2016, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)010-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)010-e).
- 330.10 bin kişilik Jandarma ve Polis Özel Harekat ekibinin eşgüdümlü çalışacağı açıklanmıştır: <http://www.haberler.com/buyuk-operasyon-icin-dugmeye-basildi-7972536-haberi/>
- 331.<https://www.failibelli.org/polise-dava-acilmisti-helin-senin-oldurulmesine-dair-iddianame-iade-edildi/>
- 332.<https://www.evrensel.net/haber/398634/12-yasindaki-helin-seni-olduren-sanik-polis-tutuklanmadi>
- 333.Robert W. Thurston, “The Rise and Fall of Judicial Torture: Why It Was Used in Early Modern Europe and the Soviet Union”, Human Rights Review, C. 1 S. 4, ss. 26-49, s. 27, 29.
- 334.George Ryley Scott, İşkencenin Tarihi, Dost Kitabevi Yayınları, s. 88-89. Engizisyon yargılamaları sonrasında cezalara ilişkin detaylar içermektedir. Aynı şekilde, İskoçya ve İrlanda’da da, işkence olarak tanımlanmamakla birlikte cezalandırma amacıyla işkence yöntemlerine rastlanmaktadır. s. 106 vd. Çin’deki örnekleri için, a. yer., s. 118.



335. Özellikle saatli bomba varsayımı bu tartışmaya örnek olarak verilebilir. Varsayımın temelleri daha eskiye dayansa da, tartışma özellikle 11 Eylül sonrasında terörle mücadele bağlamında devletin yapabileceklerinin sınırları ile beraber yeniden gündeme gelmiştir. Bu örnekte bir kişi, çok sayıda kişiyi öldürebilecek bir bombaya ilişkin bilgi sahibidir. İnsanların kitlesel olarak ölmesini engellemek için tek yol bu kişiye işkence yapılmasıdır. Sorun geniş kapsamlı hukuki ve etik tartışmaları körüklemiştir.
336. Altı yıl boyunca BM İşkence Özel Raportörlüğü yapan Manfred Nowak sayısal verilerle desteklemese de, işkencenin tüm devletlerin %90’ında uygulandığını yarısında ise yaygın olduğunu ifade etmektedir. Manfred Nowak, “What’s in a name? The prohibitions on torture and ill treatment today”, Conor Gearty, Costas Douzinas (ed), The Cambridge Companion to Human Rights Law, ss. 307-328, s 307.
337. Kerem Altıparmak, “Anayasa Mahkemesinin Zor Sorusu: İşkence ve Kötü Muamele, Ama Hangisi?”, Anayasa Yargısı, S. 32, 2015, ss. 145-184, s. 146.
338. John T. Perry, Understanding Torture: Law, Violence and Political Identity, University of Michigan Press, 2010, s. 3. Aynı yönde, Tobias Kelly, “The UN Committee against Torture: Human Rights Monitoring and the Legal Recognition of Cruelty”, Human Rights Quarterly, C. 31, S. 3 (Ağustos 2009), ss. 777-800, s. 778.
339. Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 10 Aralık 1984 tarih ve 39/46 sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme’yi 25 Ocak 1988 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme’nin onaylanmasının uygun bulunduğu dair 21 Nisan 1988 tarih ve 3441 sayılı Kanun, 29 Nisan 1988 tarih ve 19799 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Sözleşme’nin onayına ilişkin 16 Haziran 1988 tarih ve 88/13023 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ve resmi Türkçe çeviri 10 Ağustos 1988 günlü ve 19895 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış, Sözleşme Türkiye’de 1 Eylül 1988 itibarıyla yürürlüğe girmiştir. <https://humanrights-center.bilgi.edu.tr/tr/> (Sözleşme bundan sonra İKS olarak kısaltılacaktır)
340. AIHM, Chalal/Birleşik Krallık, Başvuru No. 22414/93, 15 Kasım 1996 günlü kararı.
341. Furundzija, para. 148.
342. para. 85.
343. 26 Kasım 1987 tarihinde Strasbourg’da Kabul edilen Sözleşme, 1 Şubat 1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme’yi 11 Ocak 1988 tarihinde imzalamış ve 25 Şubat 1988 tarihinde onaylamıştır. Sözleşme Türkiye için 1 Şubat 1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 3411 Sayılı onay kanunu 2 Mart 1988 gün ve 19737 Sayılı Resmi Gazete’nin Mükerrer sayısında yayımlanmıştır.
344. Detaylı bilgi için: <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/faq/torture-law-2011-06-24.htm>.
345. Genel Yorum No. 24, “Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant”, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 4 Kasım 1994, <https://www.refworld.org/docid/453883fc11.html>.
346. Erika de Wet, “The Prohibition of Torture as an International Norm of *Jus Cogens* and Its Implications for National and Customary Law”, EJIL, 2004, ss. 97-121, s. 99.
347. Eski Yugoslavya’nın Topraklarında 1991 Yılından Bu Yana Uluslararası İnsan Haklarını Çiğnemekle Sorumlu Kişilerin Cezalandırılması İçin Kurulmuş Uluslararası Mahkeme, Savcı/Anto Furundzija, 10 Aralık 1998 günlü karar, para. 153 vd. <https://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>, Aynı yönde, Savcı/Mucić ve diğerleri, 16 Kasım 1998 günlü kararı, para. 454, Savcı/Kunarac, 22 Şubat 2001 günlü kararı, para. 466.
348. Furundzija, a. yer.
349. a. yer.
350. AIHM, Ould Dah/Fransa, Başvuru No. 13113/03, 17 Mart 2009 günlü kararı.
351. Erika de Wet, “The Prohibition of Torture as an International Norm of *jus cogens* and Its Implications for National and Customary Law”, EJIL, 2004, C. 15, S. 1, ss. 97-121, s. 98.
352. Princz/Almanya Federal Cumhuriyeti (a. yer., s. 105, dn. 44) ile Yunanistan Yüksek Mahkemesi’nin Dostomo kararı (a. yer., s. 106, dn. 46) örnek olarak gösterilmiştir.
353. para. 137.
354. a. yer.
355. “Francis Lieber, Instructions for the Government of Armies of the United States (1863)” https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Instructions-gov-armies.pdf
356. <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/195>
357. para. 138.
358. para. 138.
359. para. 139.
360. Karara göre, silahlı çatışmalarda işkence yasağının genel bir uluslararası hukuk kuralı olduğu muhakkaktır. para. 139.
361. Declaration of Minimum Humanitarian Standards (Turku Declaration), E/CN.4/Sub.2/1991/55, 2 Aralık 1990, <https://casebook.icrc.org/case-study/un-minimum-humanitarian-standards>.
362. <http://www.lugatim.com/s/i%C5%9Fkence>
363. Nigel S. Rodley, “The Definition(s) of Torture in International Law”, Current Legal Problems, C. 55, 2002, basılı versiyon ss. 467-493, s. 470.
364. UCM, Elements of Crimes, Lahey, 2011, s. 7. <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf>.
365. a. yer.



- 366.Savcı/Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac ve Zoran Vukovic (Kunarac), 12 Haziran 2002, para. 142 vd. <https://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf>
- 367.Kunarac, para. 147 son cümle
- 368.Kunarac, para. 148.
- 369.Sarah Joseph, Katie Mitchell, Linda Gyorki, "Jurisprudence of the CAT Committee", Seeking Remedies for Torture Victims: A Handbook on the Individual Complaints Procedures of the UN Treaty Bodies, OMCT Handbook Series No. 4 içinde, s. 222-227. Aynı doğrultuda, Gökçe Gültekin Yılmaz, İşkence ve Kötü Muamele Yasağında Cezasızlık Sorunu, On İki Levha Yayıncılık, Eylül 2019, İstanbul, s. 9.
- 370.Joseph, Mitchell, Gyorki, a. yer., s. 227.
- 371.<https://www.icrc.org/en/document/torture-and-other-forms-ill-treatment-definitions-used-icrc>
- 372.Rodley, a. yer., s. 471.
- 373.Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Yunanistan Dosyası, Başvuru No (sırasıyla): 3321/67, 3322/67, 3323/67, 3344/67, Yearbook of European Convention on Human Rights, c. 12, s. 186.
- 374.Reidy, a. yer., s. 11.
- 375.a. yer., s. 16.
- 376.a. yer.
- 377.AİHM, İrlanda/Birleşik Krallık, Başvuru No. 5310/71, 13 Aralık 1977 günlü kararı.
- 378.AİHM, Aksoy/Türkiye, Başvuru No. 21987/93, 18 Aralık 1996 günlü kararı.
- 379.AİHM, Selmouni/Fransa, Başvuru No. 25803/94, 28 Temmuz 1999 günlü kararı.
- 380.Altıparmak, İşkence, a. yer, s. 157.
- 381.AİHM, Süheyla Aydın/Türkiye, Başvuru No. 25660/94, 24 Mayıs 2005 günlü kararı.
- 382.BMİHK, MSHS Genel Yorum No. 20, Madde 7 (İşkence yasağı veya diğer zalimane gayrı insane ve küçültücü muamelenin veya cezanın yasaklanması), 10 Mart 1992, İHK'nin 44. oturumunda kabul edilmiştir. <https://www.refworld.org/docid/453883fb0.html>.
- 383.Association for the Prevention of Torture ve Center for Justice and International Law (APT ve CEJIL), Torture in International Law: A Guide to Jurisprudence, 2008, Cenevre, <https://www.apr.ch/en/resources/publications/torture-international-law-guide-jurisprudence-2008>, s. 8.
- 384.BMİHK, Antti Vuolanne/Finland, Başvuru No. 265/1987, 7 Nisan 1989 günlü kararı, A/44/40, para. 9.2.
- 385.a. yer.
- 386.a. yer.
- 387.İKK, Danilo Dimitrijevic/Sırbistan ve Karadağ, Başvuru No. 172/2000, 16 Kasım 2005 tarihli kararı, CAT/C/35/D/172/2000, A/61/44. Olayda Roman olan başvurucu, gözaltında çırılçıplak soyulmuş, kelepçelenerek yaklaşık 1 saat dövülmüştür (para. 2.1.). Bir yıl sonra yapılan bir başka başvuruda, (İKK, Dragan Dimitrijevic/Sırbistan ve Karadağ, CAT/C/33/D/207/2002, 29 Kasım 2004 tarihli kararı, https://www.refworld.org/cases-CAT_42b2ac852.html) yine Roman olan başvurucu Dragan Dimitrijevic, gözaltında uzun süre dövülmüş ve etnik kökeni nedeniyle aşağılanmıştır (para. 2.1.).
- 388.Nowak, "What Practices Constitute Torture?", s. 824.
- 389.a. yer. İKK, Hajrizi Dzemajl ve diğerleri/Yugoslavya kararına atıfla.
- 390.Tobias Kelly, "The UN Committee against Torture: Human Rights Monitoring and the Legal Recognition of Cruelty", Human Rights Quarterly, C. 31, S. 3 (Ağustos 2009), ss. 777-800, s. 790.
- 391.<https://undocs.org/en/E/CN.4/2006/6>, para. 35.
- 392.İKK'den uzman Regmi, Taraf devletler tarafından sunulan raporları değerlendirdiği özet kaydında, Hırvatistan'da ateşli silah kullanımı çok istisnai ve çerçevesi çok dar bir biçimde çizilmiş hallerde mümkünse de, bazı uygulamaların İKS'nin 16. maddesiyle bağdaşmayacağını ifade etmiştir. CAT/C/SR.253, para. 21.
- 393.AİHM, Cestaro/İtalya, Başvuru No. 6884/11, 7 Nisan 2015 günlü kararı.
- 394.Cestaro, para. 189.
- 395.APT ve CEJIL yukarıda atıf yapılan raporunda, özgürlüğünden mahrum bırakılan kişiler hakkında 7. maddenin ihlal edilmesinin her halükarda 10. maddenin 1 fıkrasının ihlali anlamına geleceğini belirtmektedir. a. yer., s. 10.
- 396.BMİHK, Mukong/Kamerun, Başvuru No. 458/1991, CCPR/C/51/D/458/1991, 10 Ağustos 1994 günlü kararı.
- 397.1955'te Cenevre'de toplanan Suçların Önlenmesi ve Suçluların İslahı üzerine Birinci Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilmiş, EKOSOK tarafından 31 Temmuz 1957 tarihli ve 663 C (XXIV) sayılı ile 13 Mayıs 1977 tarihli ve 2076 (LXII) sayılı kararlarla onaylanmıştır. https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/UN_Standard_Minimum_Rules_for_the_Treatment_of_Prisoners.pdf Türkçesi için: <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/876b6--Mahpuslarin-Islahi-Icin-Asgari-Standart-Kurallar.pdf>
- 398.Kişinin ailesine ve yakınlarına haber verilmeksizin tutuklanması.
- 399.Malcolm D. Evans, "Getting to Grips with Torture", International and Comparative Law Quarterly, C. 51, S. 2, Nisan 2002, ss. 365-383, s. 367.
- 400.İKK, "İşkence ve Diğer Zalimane, Gayrı İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezalara İlişkin Sözleşme'nin 2. Maddesinin Taraf Devletlerce Uygulanmasına İlişkin 2 Numaralı Genel Yorum", CAT/C/GC/2, 24 Ocak 2008, <https://www.refworld.org/docid/47ac78ce2.html>.
- 401.İKK, "İKS'nin 14. maddesinin Taraf Devletlerce Uygulanmasına İlişkin 3 Numaralı Genel Yorum", CAT/C/GC/3, 13 Aralık 2012, <https://www.refworld.org/docid/5437cc274.html>.
- 402.İKK, "İKS'nin 22. Maddesi Bağlamında 3. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin 1 Numaralı Genel Yorum", 21 Kasım 1997, A/53/44 ek 9, <https://www.refworld.org/docid/453882365.html>.



- 403.İKK, "İKS'nin 22. Maddesi Bağlamında 3. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin 4 Numaralı Genel Yorum", 9 Şubat 2018, <https://www.refworld.org/docid/5a903dc84.html>.
- 404.İKS'nin 64., 65. ve 66. oturumlara ilişkin raporu, A/74/44, <https://undocs.org/en/A/74/44>.
- 405.EKOSOK Genel Yorum No. 3: Taraf Devletlerin Yükümlülüklerinin Doğası (Sözleşme'nin 2. maddesinin 1. fıkrası) EKOSOK Komitesi'nin beşinci oturumunda, 14 Aralık 1990 günü kabul edilmiştir. (E/1991/23) <https://www.refworld.org/docid/4538838e10.html>. Atf yapılan karar, İKK, Yrusta/Arjantin, Başvuru No. 778/2016, 31 Ocak 2019 günlü, CAT/C/65/D/778/2016 sayılı kararı, <https://undocs.org/en/CAT/C/65/D/778/2016>.
- 406.İKK, Yrusta/Arjantin, para. 7.9 vd.
- 407.a. yer. para. 9.
- 408.para. 13.
- 409.Gökçe Gültekin Yılmaz, İşkence ve Kötü Muamele Yasağında Cezasızlık Sorunu, On İki Levha Yayıncılık, Eylül 2019, İstanbul, s. 13.
- 410.BMİHK, HR/P/PT/8/Rev.1, New York ve Cenevre, 9 Ağustos 1999 günü BMİHK'ye sunulmuş, 2004'te basılmıştır: <https://www.ohchr.org/documents/publications/training8rev1en.pdf>, Türkçe tercümesinde Türk Tabipleri Birliği'nin metni esas alınacaktır: https://www.ttb.org.tr/eweb/istanbul_prot/ist_protokolu.html
- 411.a. yer., s. 11.
- 412.Aisling Reidy, The Prohibition of Torture: A Guide to the Implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights, Human Rights Handbooks, No. 6, Avrupa Konseyi Yayını, Strasbourg, 2002, s. 9. Ayrıca İKK 2 nolu genel yorum, para. 15.
- 413.<https://www.coe.int/en/web/cpt/standards>
- 414.CPT, "Police Custody", 1992'de yayınlanan ikinci genel rapordan bir kesit, CPT/Inf(92)3-part1, <https://rm.coe.int/16806cea2f>, para. 36.
- 415.CPT, "Developments concerning CPT standards in respect of police custody", 2002'de yayınlanan 12. genel rapordan bir kesit, CPT/Inf(2002)15-part, <https://rm.coe.int/16806cd1ed>.
- 416.CPT, "Imprisonment", 1992'de yayınlanan ikinci genel rapordan bir kesit, CPT/Inf(92)3-part2, <https://rm.coe.int/16806ce96b>, para. 44.
- 417.CPT, "Solitary confinement of prisoners", 2011 tarihli 21. genel rapordan kesit, CPT/Inf(2011)28-part2, <https://rm.coe.int/16806cccc6>, para. 55.
- 418.CPT, "Factsheet: Immigration detention", CPT/Inf(2017)3, Mart 2017, <https://rm.coe.int/16806fbf12>, s. 2.
- 419.a. yer. CPT, bu görüşünü Bulgaristan'a 2008 yılında yaptığı ziyarette karşılaştığı bulgulara dayandırmaktadır. Belge No: CPT/Inf(2010) 29, Section: 8/27, 31 Mayıs 2009 günlü rapor.
- 420.CPT, "Immigration detention", s. 2, 3.
- 421.CPT, "Combating impunity", 2004'te yayınlanan 14. genel rapordan bir kesit, CPT/Inf(2004)28-part, <https://rm.coe.int/16806cd08c>, para. 25.
- 422.İKK, Taraf Devletlerin Sözleşme'nin 19. Maddesi Uyarınca Sunduğu Raporların Değerlendirilmesi, CAT/C/USA/CO/2, 25 Temmuz 2006, (ABD'nin 2. Periyodik Raporunun Değerlendirilmesi), <https://undocs.org/CAT/C/USA/CO/2>, para. 14.
- 423.a. yer., para. 19.
- 424.İKK, Taraf Devletlerin Sözleşme'nin 19. Maddesi Uyarınca Sunduğu Raporların Değerlendirilmesi, CAT/C/ISR/CO/4, 23 Haziran 2009, (İsrail'in 4. Periyodik Raporunun Değerlendirilmesi), <https://undocs.org/CAT/C/ISR/CO/4>, para., 11.
- 425.a. yer., para. 14.
- 426.İKK, ABD'nin 2. Periyodik Raporunun Değerlendirilmesi, para. 14.
- 427.a. yer., para. 15.
- 428.a. yer., para. 17. Yine aynı raporda, Guantanamo Körfezi gibi yerlerde hiçbir suçlama yöneltilmeksizin uzun süre tutuklu kalan kişilerin durumunun da İKS'yi ihlal ettiği tespit edilmiştir. para. 22.
- 429.a. yer., para. 26.
- 430.İKK, İsrail 4. Periyodik Rapor, para. 11, 32. Aynı yükümlülük Filistin otoritelerinin kontrolü altında bulunan yerlerdeki işkence ve kötü muamele iddiaları bakımından, kontrol sahibi olan grup için de geçerlidir. İKK, Gazze'de Hamas'ın, Batı Şeria'da El Fetih'in karıştığı iddia edilen kötü muamele fiilleri için de sorumluların soruşturulması ve cezalandırılması yükümlülüğünden bahsetmektedir. a. yer. para. 34.
- 431.Sarah Joseph, Katie Mitchell, Linda Gyorki, "Jurisprudence of the CAT Committee", Seeking Remedies for Torture Victims: A Handbook on the Individual Complaints Procedures of the UN Treaty Bodies, OMCT Handbook Series No. 4 içinde, s. 212.
- 432.İKK, Kamerun Üzerine Görüşler, (2004) UN doc. CAT/C/CR/31/6, para. 7, aktaran, a. yer. s. 213.
- 433.İKK, a. yer, para. 11, d.
- 434.Kelly, a. yer., s. 790.
- 435.AİHM, Beganovic/Hırvatistan, Başvuru No. 46423/06, 25 Haziran 2009 günlü kararı, para. 69.
- 436.AİHM, Tanlı/Türkiye, Başvuru no. 26129/95, 10 Nisan 2001 günlü kararı, para. 111, aynı yönde, Giuliani ve Gaggio/İtalya, Başvuru No. 23458/02, 24 Mart 2011 günlü kararı, para. 182.
- 437.CPT, "Combating Impunity", para. 42.
- 438.Andrew Cohen, "The Torture Memos, 10 Years Later", 6 Şubat 2012, The Atlantic, <https://www.theatlantic.com/national/archive/2012/02/the-torture-memos-10-years-later/252439/>
- 439.a. yer.



- 440.ABD Başkanı'na sunulmak üzere, Alberto R. Gonzales tarafından hazırlanan 25 Ocak 2002 tarihli memorandum: <https://nsarchive2.gwu.edu//NSAEBB/NSAEBB127/02.01.25.pdf>
- 441.ABD Adalet Bakanlığı, Hukuk Müşavirliği adına, Başkan Danışmanı Alberto R. Gonzales için hazırlanan 1 Ağustos 2002 günlü memorandum (Bybee Memorandumu olarak da bilinmektedir), <https://nsarchive2.gwu.edu//NSAEBB/NSAEBB127/02.08.01.pdf>, s. 5 ve 6'da "ciddi acı ve ıstırap" ile "ciddi ruhsal acı ve ıstırap" kavramlarının nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkin görüşlere yer verilmiştir.
- 442.Manfred Nowak, "What Practices Constitute Torture?: US and UN Standards", Human Rights Quarterly, C. 28, S. 4 (Kasım 2006), ss. 809-841, s. 812, 813.
- 443.AİHM, Labita/İtalya, Başvuru no. 26772/95, 6 Nisan 2000 günlü kararı.
- 444.Altıparmak, İşkence, s. 158.
- 445.<https://undocs.org/en/E/CN.4/2006/6>, para. 37.
- 446.Human Rights First, 10 Şubat 2016 günlü makale, <https://www.humanrightsfirst.org/resource/enhanced-interrogation-explained>, Human Rights Watch'un çok sayıdaki raporundan bazıları: "USA and Torture: A History of Hypocrisy", 9 Aralık 2014, <https://www.hrw.org/news/2014/12/09/usa-and-torture-history-hypocrisy>; "No More Excuses: A Roadmap to Justice for CIA Torture", 1 Aralık 2015, <https://www.hrw.org/report/2015/12/01/no-more-excuses/roadmap-justice-cia-torture>; eski tutuklularla görüşmelere dayanan bir başka rapor, Pitter Laura, "Ex-Detainees Describe Unreported CIA Torture", 3 Ekim 2016, <https://www.hrw.org/news/2016/10/03/us-ex-detainees-describe-unreported-cia-torture>; Uluslararası Af Örgütü de çok sayıda rapor ve çalışmasıyla ABD'deki 'ileri sorgulama tekniklerinden' kaynaklanan işkenceyi tespit etmiştir.
- 447.Uluslararası Af Örgütü, "Exposed: Torture and the CIA", rapor tanıtım metni 12 Ocak 2018, <https://www.amnesty.org.uk/exposed-torture-and-cia>
- 448.<https://www.humanrightsfirst.org/resource/enhanced-interrogation-explained>
- 449.İKK, CAT/C/USA/CO/2, para. 24.
- 450.İKS'nin 10. ve 11. maddelerinde sayılan bu yükümlülük, İKK'nin gözlem raporlarında da ele alınmıştır. Örneğin, CAT/C/USA/CO/2, para. 23.
- 451.İKK, İsrail'in 4. Periyodik Raporunun Değerlendirilmesi, para. 15.
- 452.CPT, "Access to a lawyer as a means of preventing ill-treatment", 2011'de yayınlanan 21. genel rapordan bir kesit, CPT/Inf(2011)28-part1, <https://rm.coe.int/16806ccd25>.
- 453.CPT, "Preventing police torture and other forms of ill-treatment – reflections on good practices and emerging approaches", 2019 tarihli 28. genel rapordan bir kesit, CPT/Inf(2019)9-part, <https://rm.coe.int/1680942329>.
- 454.AİHM, Z ve diğerleri/Birleşik Krallık, Başvuru No. 29392/95, 10 Mayıs 2001 günlü kararı, para. 73 ve Osman/Birleşik Krallık, 28 Ekim 1998 günlü kararı, para. 116.
- 455.Z ve diğerleri/Birleşik Krallık, para. 73.
- 456.İrlanda/Birleşik Krallık, para. 118.
- 457.AİHM, Assenov ve diğerleri/Bulgaristan, Başvuru No. 24760/94, 28 Ekim 1998 günlü kararı.
- 458.Altıparmak, Zaman ve Aşımı, s. 16.
- 459.AİHM, Silih/Slovenya, para. 163.
- 460.AİHM, Aksoy/Türkiye, para. 98.
- 461.Gizem Dursun, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İşkence Yasağı ve İşkenceyi Etkili Biçimde Soruşturma Yükümlülüğü, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 108.
- 462.İKK, İsrail 4. Periyodik İnceleme Raporu, para. 21.
- 463.AİHM, Ümit Gül/Türkiye, Başvuru No. 7880/02, 29 Eylül 2009 günlü kararı.
- 464.AİHM, Erol Arıkan/Türkiye, Başvuru No. 19262/09, 20 Ekim 2012 günlü kararı.
- 465.BMİHK, Principles on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 4 Aralık 2000 tarihli 55/89 sayılı BMGK kararıyla kabul edilen öneriler, <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/EffectiveInvestigationAndDocumentationOfTorture.aspx>.
- 466.AİHM, Tekin/Türkiye, Başvuru No. 22496/93, 9 Haziran 1998 günlü kararı.
- 467.AİHM, Batı ve diğerleri, Başvuru No. 33097/96 ve 57834/00, 3 Eylül 2004 günlü kararı, para. 145 vd.
- 468.AİHM, Demirbaş ve diğerleri/Türkiye, Başvuru No. 50973/06, 8672/07 ve 8722/07, 3 Mart 2009 günlü kararı.
- 469.Dursun, a. yer., s. 114.
- 470.AİHM, Aksoy/Türkiye, para. 56'daki bilgiler ışığında, para. 99, 100.
- 471.İstanbul Protokolü'nde yer verilen iki örnek; BMİHK, E/CN.4/1995/34 ve E/CN.4/1996/35.
- 472.AİHM, Assenov ve diğerleri/Bulgaristan, Başvuru No. 90/1997/874/1086, 28 Ekim 1998 günlü kararı.
- 473.AİHM, Okkalı/Türkiye, Başvuru No. 52067/99, 17 Ekim 2006 günlü kararı.
- 474.AİHM, Abdülsamet Yaman/Türkiye, Başvuru No. 32446/96, 2 Kasım 1994 günlü kararı, para. 55.
- 475.İKK, CAT/C/CR/30/5, 27 Mayıs 2003 günlü görüş, para. 7, c.
- 476.Dursun, a. yer., s. 125.
- 477.a. yer.
- 478.AİHM, İncal/Türkiye, Başvuru No. 22678/93, 9 Haziran 1998 günlü kararı, para. 69'da, DGM'lerin bir üyesinin askeri hakim olmasına değinen Mahkeme, DGM'lerin bağımsızlığı ve tarafsızlığından şüpheye düşmenin meşru olup olmadığını, sanığın açısından da değerlendirmek gerektiğini ifade etmiş (para. 71), İzmir DGM'sinin bağımsız ve tarafsızlığından şüpheye düşmesinde başvurucunun haklı sebebi olduğuna karar vererek 6. maddenin 1. fıkrasının ihlal edildiğine hükmetmiştir (para. 73).



479. AİHM, Aksoy, para. 98, Abdülsamet Yaman/Türkiye, Başvuru No. 32446/96, 2 Kasım 2004 günlü kararı, para. 53.
480. BMİHK, Hugo Rodriguez/Uruguay, Başvuru No. 322/1988, 9 Ağustos 1994 günlü kararı, CCPR/C/51/D/322/1988, para. 14.
481. AİHM, Ould Dah/Fransa, Başvuru No. 13113/03, 17 Mart 2009 günlü kararı.
482. krş. AİHM, Dujardin ve Diğerleri/Fransa, Başvuru No. 16734/90, 2 Eylül 1991 günlü kararında AİHM, Yeni Kaledonya'nın kendi kaderini tayin hakkının tanındığı süreçte çıkan çatışmaları yatıştırmak için çıkarılan af kanununu, yaşam hakkı ihlali üzerinden değerlendirmiş ve aksi yönde bir karar vermiştir.
483. İKK, CAT/C/USA/CO/2, para. 28.
484. AİHM, Tekin/Türkiye, Başvuru No. 52/1997/836/1042, 9 Haziran 1998.
485. TİHV Dokümantasyon Merkezi, 1999 Türkiye İnsan Hakları Raporu, Ankara, 2002, s. 113, <https://tihv.org.tr/yillik-insan-haklari-raporlari/1999-yillik-insan-haklari-raporu/>
486. TİHV Dokümantasyon Merkezi, 2001 Türkiye İnsan Hakları Raporu, Ankara, 2001, s. 177, <https://tihv.org.tr/yillik-insan-haklari-raporlari/2001-yillik-insan-haklari-raporu/>
487. TİHV Dokümantasyon Merkezi, 2002 Türkiye İnsan Hakları Raporu, Ankara, 2003, s. 130, <https://tihv.org.tr/yillik-insan-haklari-raporlari/2002-yillik-insan-haklari-raporu/>
488. TİHV Dokümantasyon Merkezi, 2003 Türkiye İnsan Hakları Raporu, Ankara, 2004, s. <https://tihv.org.tr/yillik-insan-haklari-raporlari/2003-yillik-insan-haklari-raporu/>
489. HRW, Açık Çek, https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/turkey1016turkish_web.pdf, s. 14.
490. AİHM, İzci/Türkiye, Başvuru No. 42606/05, 23 Temmuz 2013 günlü kararı, para. 95'te 40'ı aşkın dosyada barışçıl toplantı ve gösterilere kolluk müdahalesi nedeniyle 3. ve/veya 11. maddenin ihlalini tespit ettiğini hatırlatmaktadır.
491. <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20977>
492. İHK, "Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment on his mission to Turkey", 18 Aralık 2017 tarihli rapor, <https://digitallibrary.un.org/record/3843477?ln=en>.
493. İnsan Hakları İzleme Örgütü, Human Rights Watch (HRW), "Açık Çek: Türkiye'de Darbe Girişimi Sonrası İşkenceye Karşı Koruma Tedbirleri'nin Askıya Alınması" raporu, 24 Ekim 2016, <https://www.coe.int/en/web/cpt/turkey>.
494. https://www.coe.int/en/web/portal/home/-/asset_publisher/ke6Wfgn94238/content/anti-torture-committee-publishes-two-reports-on-turkey?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.coe.int%2Fen%2Fweb%2Fportal%2Fhome%3Fp_id%3D101_INSTANCE_ke6Wfgn94238%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-1%26p_p_col_count%3D2
495. <https://www.hrw.org/tr/report/2016/10/24/295429>
496. Olaylardan ilki, bir polis memurunu vurduğu gerekçesiyle gözaltına alınan M.E.C.'nin çıplak fotoğraflarının sosyal medyadan paylaşılması, diğeri kadın hakları aktivisti ve eski Edremit Belediye Eş Başkanı Sevil Rojbin Çetin'e yönelik kötü muamele görüntüleridir. Her iki olayda da Valilik, kademeli olarak orantılı güç kullanıldığı açıklamasını yapmıştır. M.E.C.'ye ilişkin olarak; <https://tele1.com.tr/diyarbakir-barosu-iskence-goruntuleriyle-ilgili-harekete-gecti-171111/>, Sevil Rojbin Çetin'e ilişkin olarak; <https://gazetekarınca.com/2020/06/ev-bas-kininda-rojbin-cetine-iskence-ne-oldu-kim-ne-diyor/>.
497. TİHV Dokümantasyon Merkezi, 1999 Türkiye İnsan Hakları Raporu, Ankara, 2002, s. 112, <https://tihv.org.tr/yillik-insan-haklari-raporlari/1999-yillik-insan-haklari-raporu/>
498. 2 Aralık 1999 günü kabul edilen kanun, 4 Aralık 1999 günü 23896 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.
499. TİHV Dokümantasyon Merkezi, 2001 Türkiye İnsan Hakları Raporu, Ankara, 2001, s. 177.
500. <https://rm.coe.int/1680698244>, para. 6, 7. CPT özellikle 4., 6. ve 7. uyum paketlerine değinmektedir.
501. a. yer.
502. HRW, "Adalet Karşı Safları Sıklaştırmak Türkiye'de Polis Şiddetiyle Mücadele Önündeki Engeller", Amerika Birleşik Devletleri, Aralık 2008, https://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/turkey1208tuweb.pdf
503. a. yer., s. 26, 27.
504. İHOP'un bu konuda hazırladığı rapor: "Adalet İstatistiklerinin Dili: Gezi'de Yazılan Cezasızlık Destanı Kahramanlık Değil", 13 Haziran 2016, <https://ihop.org.tr/adalet-istatistiklerinin-dili-gezide-yazilan-cezasizlik-destani-kahramanlik-degil/>.
505. Altıparmak, İşkence, s. 150.
506. Sevdiren, a. yer., s. 116.
507. a. yer.
508. a. yer. s, 119.
509. TCK'nin 232. maddesinde ayrıca düzenlenen kötü muamele suçu, uluslararası hukuktaki kötü muameleden tamamen farklıdır. Bu suç, aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı işlenebilmektedir. Bu çalışma, İzmir Barosu tarafından sunulan TCK Tasarısı ile ilgili Raporlar: İzmir Barosu İşkenceyi Önleme Grubu'nun Raporu'nda da eleştirilmiştir. İzmir Barosu İşkenceyi Önleme Grubu, "TCK Tasarısı ile İlgili Raporlar: İzmir Barosu İşkenceyi Önleme Grubu'nun Raporu", TBB Dergisi, S. 53, 2004, ss. 141-147, s. 142 <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2004-53-42>.



510. Mahmutoğlu, Fatih Selami, "İşkence ve Eziyet Suçu", Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, TCHD, Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı, Ankara, 2008, s. 1023- 1041, s.1029'dan aktaran a. yer. s. 123. Aynı doğrultuda, İlhan Üzülmaz, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu", Yeni Türk Ceza Adaleti Tanıtım Sitesi, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/108.doc>. Burada yazar, işkence ile işkence suçunu ayırmakta ve TCK'nin düzenlemesine atıfla, "İşkence suçu, işkencenin yanı sıra aynı nitelikte değerlendirilen "zalimane", "gayri insani" ve "aşağılayıcı" muameleleri kapsayan bir suç tipi olarak karşımıza çıkmaktadır" demektedir.
511. Köksal Bayraktar, "İşkence Suçu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Zabunoğlu Armağanı, Yayın No. 316, Ankara, 2011, ss. 145-175, s. 154. Aynı yönde, Üzülmaz, a. yer.
512. krş. Sevdiren, a. yer., s. 124, 125. Sevdiren çalışmasında, sistematiklik konusunda doktrinin görüşlerine yer vermiş (dn. 509) ardından Yargıtay içtihadının ani hareketle işkence suçu işlenemeyeceği ve sistematiklikten ne anlaşılması gerektiğine ilişkin değerlendirmelerini aktarmış, bu yaklaşımlara yönelik eleştirilerini ifade etmiştir.
513. Bayraktar, a. yer., s. 156, 157, 158. Ancak daha sonra Bayraktar, Filistin askısı, elektrik verme gibi bazı hallerde tek hareketin yeterli olduğunu bu itibarla suçun karma nitelikli olduğunu ifade etmektedir.
514. TBMM, Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), 22. Dönem, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>
515. Sevdiren, a. yer., s. 124, dn. 512.
516. a. yer., s. 125, dn. 514.
517. Hasan Gerçeker, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. I, Ankara, 2011 s. 1303'ten aktaran Bayraktar, a. yer., s. 162. Bir diğer husus, TCK'nin 256. maddesinde düzenlenen bu suçun failinin tüm kamu görevlileri değil, yalnızca zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlileri olabilmesidir.
518. Aynı yönde, Sevdiren, a. yer., s. 126.
519. İKK, 19. madde uyarınca taraf devlet raporlarının değerlendirilmesi, İKK'nin sonuç gözlemleri: Türkiye CAT/C/TUR/CO/3, 20 Ocak 2011, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2FC%2FTUR%2FCO%2F3&Lang=en
520. 6722 sayılı kanun, 23 Haziran 2016 günü TBMM'de kabul edilmiş, 14 Temmuz 2016 günlü 29770 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.
521. Nils Muznieks, Measures taken under the state of emergency in Turkey, 26 Temmuz 2016, <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/measures-taken-under-the-state-of-emergency-in-turkey>
522. Sırasıyla, 18 Ekim 2016 tarihli ve 6749 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun ile 1 Şubat 2018 tarihli ve 7079 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun.
523. Sırasıyla AYM, E. 2016/205, K.2019/63, 24 Temmuz 2019 günlü kararı, 31 Ekim 2019 tarihli ve 30934 sayılı RG; AYM, E. 2018/31, K. 2020/38, 16 Temmuz 2020 günlü kararı; 11 Kasım 2020 günlü, 31301 sayılı RG.
524. OHAL KHK'leriyle yapılan değişiklikler tespit edilirken şu rapordan faydalanılmıştır: İsmet Akça, Süreyya Algül, Hülya Dinçer, Erhan Keleşoğlu, Barış Alp Özden, Olağanlaşan OHAL: KHK'lerin Yasal Mevzuat Üzerindeki Etkileri, Heinrich Böll Derneği Türkiye Temsilciliği, Ocak 2017, https://tr.boell.org/sites/default/files/ohal_rapor_web.pdf.
525. HRW, Açık Çek, <https://www.hrw.org/tr/report/2016/10/24/295429>.
526. Anayasa Mahkemesi, E. 2016/05, K. 2019/63, 24 Temmuz 2019 günlü kararı. 31 Ekim 2019 günlü 30934 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
527. a. yer.
528. HRW, Açık Çek, <https://www.hrw.org/tr/report/2016/10/24/295429>
529. Nils Muznieks, Measures taken under the state of emergency in Turkey, 26 Temmuz 2016, <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/measures-taken-under-the-state-of-emergency-in-turkey>
530. 677 sayılı KHK, 22 Kasım 2016 günü Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.
531. Gazete Karınca, 18 Şubat 2017 tarihli haber, <https://gazetekarınca.com/2017/02/mardinde-bir-koy-bir-haftada-3-kisi-oldu-39-kisi-gozaltina-alindi-2-kisi-kayip/>.
532. <https://www.evrensel.net/haber/309297/ihd-korukoyde-yogun-hak-ihlalleri-yasaniyor>, avukatlar ve baroya müdahale ile ilgili kısım: <http://www.diken.com.tr/ihdye-gore-fotograflar-iskenceyi-dogruluyor-korukoyde-insan-haklari-ihlalleri-yasaniyor/>
533. Agos, 3 Mart 2017 tarihli haber, <http://www.agos.com.tr/tr/yazi/17854/korukoy-ve-doganlidan-abluka-son-rasi-ilk-fotograflar>, Diken, 2 Mart 2017 tarihli haber, <http://www.diken.com.tr/korukoyde-iskence-gordugu-iddia-edilen-abdi-aykut-tutuklandi/>
534. Agos, a. yer.
535. Hürriyet, 21 Şubat 2017 tarihli haber, <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/mardin-valiliginden-korukoy-aciklamasi-40372373>
536. Diken, 23 Şubat 2017 tarihli haber, <http://www.diken.com.tr/bakan-soylu-kilicdarogluna-uyari-verdi-suramiza-kadar-geldi-adamlarini-derle-topla/>
537. a. yer.
538. Gazete Karınca, 17 Ağustos 2017 tarihli haberi, <https://gazetekarınca.com/2017/08/korukoyde-iskence-yemaruz-birakilmis-ardindan-tutuklanmisti-abdi-aykut-tahliye-edildi/>.



539. Gazete Karınca, 16 Şubat 2019 günlü haberi, <https://gazetekarınca.com/2019/02/korukoyde-iskenceye-ma-ruz-kalmislardi-abdi-aykut-dahil-yedi-koyluye-beraat/>.
540. HRW, "Gözaltında", s. 16, 17.
541. a. yer. Köylüler hakkında daha sonra "terör örgütüne bilerek ve isteyerek yardım etmek" suçlamasıyla açılan davada köylüler beraat etmiştir. <https://www.evrensel.net/haber/392327/mantar-toplayan-koylulere-iskence-davasi-yeniden-gorulecek>
542. <https://www.evrensel.net/haber/392327/mantar-toplayan-koylulere-iskence-davasi-yeniden-gorulecek>
543. a. yer.
544. Adnan Bilen, Van Gevaş'ta köylülere işkence davasında polise verilen cezanın hükmü geri bırakıldı, 23 Haziran 2020, <https://www.evrensel.net/haber/407750/van-gevasta-koylulere-iskence-davasinda-polise-verilen-cezanin-hukmu-geri-birakildi>.
545. AYM, Cezmi Demir ve diğerleri, Başvuru. No: 2013/293, 17 Temmuz 2014 günlü kararı, para. 77'de AİHM'in Ali ve Ayşe Duran/Türkiye, Başvuru No: 42942/02, 8 Nisan 2008; Okkalı/Türkiye, Başvuru No: 52067/99, 17 Ekim 2006 günlü kararlarına atıf yapmıştır.
546. İHD İstanbul Şubesi, "OHAL'de Türkiye Raporu, Türkiye'nin Terörle Mücadelesi: Aşırı ve Kanunsuz", 26 Ekim 2017, (Bundan sonra "Aşırı ve Kanunsuz" olarak atıf yapılacaktır) <https://www.ihd.org.tr/ihd-istanbul-subesi-ohalde-turkiye-raporu/>
547. Preliminary observations and recommendations of the United Nations Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman and degrading treatment or punishment, Mr. Nils Melzer on the Official visit to Turkey – 27 November to 2 December 2016, Ankara 2 Aralık 2016, (Bundan sonra Melzer, Ön gözlem raporu) <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20976&LangID=E>.
548. a. yer.
549. İHD, OHAL'de Türkiye, <https://www.ihd.org.tr/ihd-istanbul-subesi-ohalde-turkiye-raporu/>
550. Türkiye'nin 21 Temmuz 2016 tarihli derogasyon bildirimini: <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2016/CN.580.2016-Eng.pdf>
551. HRW, "Açık Çek", s. 17. Avukatlar, müvekkilleri olan orta rütbeli subaylarla ancak 7. ve 10. günlerde görüşebildiklerini ve müvekkillerinde darp izlerinin olduğunu aktarmışlardır. Bir üniversite çalışanının müdafisi ise 20 gün boyunca müvekkiliyle görüşemediğini, bu esnada adli yardımdan da kimsenin görevlendirilmediğini aktarmıştır. s. 20.
552. a. yer., s. 19.
553. a. yer., s. 21'de, Urfa'dan bir avukatın iki müvekkiliyle yalnızca bir kez gizli olarak görüşebildiğini, bu esnada da müvekkillerinin kendisine işkence gördüklerini anlattıklarını aktarmıştır.
554. a. yer., s. 23.
555. a. yer., s. 24.
556. Melzer, Ön Gözlem Raporu, <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20976&LangID=E>.
557. HRW, Gözaltında: Türkiye'de Polis İşkencesi ve İnsan Kaçırma, 12 Ekim 2017 günlü raporu: <https://www.hrw.org/tr/report/2017/10/12/310026>.
558. İHD, OHAL'de Türkiye, <https://www.ihd.org.tr/ihd-istanbul-subesi-ohalde-turkiye-raporu/>.
559. HRW, Gözaltında, <https://www.hrw.org/tr/report/2017/10/12/310026>.
560. Türkiye'deki insan hakları ihlallerini gündeme taşıyan Ömer Faruk Gergerlioğlu'nun milletvekilliği, siyasi saiklerle yürütülen hukuki süreçler sonucu 17 Mart 2021 günü düşürülmüştür. Hak ihlallerinin sona ermesi ve sorumlularının hesap vermesi için çaba harcayan bir milletvekilinin, adeta absürt suçlamalarla yargılanması, ceza alması ve milletvekilliği sıfatını kaybetmesi, Türkiye'de yalnızca hukukun durumuyla ilgili değil, cezasızlık kültürünün derinliğiyle ilgili de önemli bir ipucu sunmaktadır.
561. <https://www.gazeteduvar.com.tr/gundem/2020/03/08/ankara-emniyet-mudurlugunde-iskence-iddiasi/>
562. <http://bianet.org/bianet/toplumsal-cinsiyet/227036-iskence-goren-rojbin-cetin-tutuklandi>
563. <https://tele1.com.tr/diyarbakir-barosu-iskence-goruntuleriyle-ilgili-harekete-gecti-171111/>
564. Melzer, Ön Gözlem Raporu. <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20976&LangID=E>
565. Tolga Şirin, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1, Avrupa Konseyi, Nisan 2018, Ankara, s. 3, AYM, Can Dündar ve Erdem Gül Başvurusu, Başvuru No. 2015/18567, 25 Şubat 2016, para. 62'den aktarılmıştır.
566. Serhat Altınkök, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Orion Kitabevi, Temmuz 2015, Ankara, s. 51.
567. Monica Macovei, The right to liberty and security of the person: A guide to the implementation of Article 5 of the European Convention on Human Rights, Human rights handbooks, No. 5, Aralık 2004, Strasbourg, s. 6.
568. Rehber İlkeler, s. 7, para. II, 3, <https://rm.coe.int/1680695d6e>.
569. AmeriHM, Goiburú ve diğerleri/Paraguay kararı, 22 Eylül 2006, para. 6 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_ing.pdften aktaran Geneva Academy, a.yer., s. 25.
570. a. yer.
571. AmeriHM, Velasquez Rodriguez/Honduras, 29 Temmuz 1988 günlü kararının 158. paragrafında zorla kaybetme, sözleşmenin 'radikal ihlali' olarak değerlendirilmiştir. <http://www.internationalhumanrightsexicon.org/hrdoc/docs/iachrrodriguezcase.html>



- 572.Hülya Dinçer, "Kayıpları Görünür Kılmak: Birleşmiş Milletler Zorla Kaybedilmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Sözleşme", Suç ve Ceza/Crimen e Poena Ceza Hukuku Dergisi, Temmuz, Ağustos, Eylül 2011, S. 3, ss. 1- 34, s. 9.
- 573.Orijinal adı Nacht-und-Nebel-Erlass, 7 Aralık 1941 günü kabul edilmiştir.
- 574.Brian Finucane, "Enforced Disappearance as a Crime Under International Law: A Neglected Origin in the Laws of War", The Yale Journal of International Law, C. 35, ss. 171-197, s. 172, 175 vd.
- 575.Avalon Project, Nuremberg Trial Proceedings Vol. 10, 99. gün, 4 Nisan 1946, Çarşamba, Sabah oturumu, s. 542 vd. <https://avalon.law.yale.edu/imt/04-04-46.asp>
- 576.Kararname'nin altında imzası olan Keitel hakkında Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi'nin verdiği karar, <https://avalon.law.yale.edu/imt/judkeite.asp>
- 577.Finucane, a. yer., s. 175.
- 578.a. yer.
- 579.Avalon Project, yukarıda atf yapılan duruşma tutanağı.
- 580.a. yer., s. 176.
- 581.Gabriella Citroni, Missing persons and victims of enforced disappearance in Europe, Avrupa Konseyi, Mart 2016, s. 25.
- 582.Ariel E. Dulitzky, "The Latin-American Flavor of Enforced Disappearances", Chicago Journal of International Law, C. 19, No. 2, Kış 2019, ss. 423-489, s. 426.
- 583.Dinçer, Kayıpları Görünür Kılmak, s. 3, 4.
- 584.AmeriHK Report on the Situation of Human Rights in the Republic of Guatemala, OEA/ Ser.LV/II.53 Doc. 21 rev. 2, 13 Ekim 1981, Chap. 2 "Missing Persons", para. 1-5. ten alıntılan, Scovazzi, Citroni, a. yer., s. 11 vd.
- 585.Tullio Scovazzi, Gabriella Citroni, The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention, Leiden, Boston, 2007, Martinus Nijhoff Publishers, s. 7.
- 586.Annual Report drafted by the ICommHR in 1988, OEA/Ser.LV/II.74, 16 September 1988, Chapter V, "A Study about the Situation of Minor Children of Disappeared Persons Who Were Separated from their Parents and Who Are Claimed by Members of their Legitimate Families"ten aktaran Scovazzi, Citroni, a. yer., s. 16.
- 587.AmeriHM, Velasquez Rodriguez/Honduras.
- 588.Ayrıca aynı doğrultuda, AmeriHK Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1977, OEA/Ser.LV/II.43, § II (Apr. 20, 1978).
- 589.Millis/Cezayir, para. 7.6.
- 590.a. yer.
- 591.Dulitzky, a. yer., s. 433.
- 592.Tewfik Bouzenoune, «Ni Mort Ni Vivant: Les Eléments Constitutifs du Crime de Disparition Forcée de Personnes devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme», L'Observateur des Nations Unies, N. 17, 2004, ss. 51-66, s. 51.
- 593.Bouzenoune, a. yer., s. 52.
- 594.Helen Keller, Corina Heri, «Zorla Kaybetme ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi», Journal of International Criminal Justice, C. 12, 2014, ss. 735-750, s. İngilizce orijinalinden Hafıza Merkezi adına Bilge Güler tarafından çevrilmiştir ve Hafıza Merkezi'nin web sayfasından alınmıştır: <https://failibelli.org/wp-content/uploads/2015/10/Helen-Keller-Zorla-Kaybetme-ve-Avrupa-%C4%B0nsan-Haklar%C4%B1-Mahkemesi.pdf>. İspat yükünün yer değiştirmesi, Mahkeme'nin kendi olgusal tespitlerini yapması bunlara örnektir. a. yer.
- 595.BMGK, Kayıp Kişiler, 20 Aralık 1978, A/RES/33/173, <https://www.refworld.org/docid/3b00f1b38.html>.
- 596.BMİHKom, https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/E-CN.4-RES-1980-20_XXXVI.pdf
- 597.Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, Mandate, <https://www.ohchr.org/en/issues/disappearances/pages/disappearancesindex.aspx>
- 598.BMİHK, Eduardo Bleier/Uruguay, Başvuru No. R.7/30, Belge No. 40 (A/37/40).
- 599.Scovazzi, Citroni, a. yer., s. 102.
- 600.BMİHK, Quinteros/Uruguay, Başvuru No. 107/1981, 21 Temmuz 1983 günlü karar.
- 601.<http://www.cmp-cyprus.org/tr/content/komite-hakkinda-1> Komite çalışmalarına aktif olarak devam etmektedir.
- 602.Varnava ve diğerleri/Türkiye, Büyük Daire, Başvuru No. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 ve 16073/90, 18.9.2009 günlü karar.
- 603.BMGK, 18 Aralık 1992 günlü 47/133 sayılı kararı ile kabul edilmiştir, <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/EnforcedDisappearance.aspx>, bundan sonra Bildiri veya Kayıplar Bildirisi.
- 604.Amerikan Devletleri Örgütü Genel Kurulu'nun 24. oturumunda 9 Haziran 1994 günü kabul edilmiş, 28 Mart 1996 günü yürürlüğe girmiştir: <https://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-60.html>
- 605.1980-90 arası toplam kayıp sayısı Türkiye genelinde 33 iken, 1990'larda OHAL ilan edilen ve Kürt nüfusunu yoğun olarak yaşadığı bölgelerde bu sayı adeta fırlamıştır. Göral ve diğerleri, s. 22.
- 606.Özgür Sevgi Göral, Ayhan Işık, Özlem Kaya, "Konuşulmayan Gerçek: Zorla Kaybetmeler", İstanbul, 2014, s. 16.
- 607.Gökçen Alpkaya, İlkem Altıntaş, Öznur Sevdiren, Emel Ataktürk Sevimli, Zorla Kaybetmeler ve Yargının Tutumu, Hakikat Adalet Hafıza Merkezi, Anadolu Kültür Yayınları, 2014, İstanbul, s. 19.
- 608.Özgür Sevgi Göral, Ayhan Işık, Özlem Kaya, Konuşulmayan Gerçek: Zorla Kaybetmeler, Hakikat Adalet Hafıza Merkezi, s. 27.
- 609.a. yer.
- 610.Keller, Heri, (tercüme metninin) s. 3.



611. AİHM, Kurt/Türkiye, Başvuru No. 15/1997/799/1002, 25 Mayıs 1998 günlü karar.
612. Citroni, a.g.e., s. 38.
613. Bazorkina/Rusya, Başvuru No. 69481/01, 27 Temmuz 2006 günlü kararı, para. 110-112, Citroni, a.g.e., s. 38.
614. Citroni, a.g.e., s. 38.
615. AmeriHM, Goiburú ve diğerleri/Paraguay, 22 Eylül 2006, para. 84., T. Scovazzi, G. Citroni, *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, s. 284'ten aktaran Dinçer, *Kayıpları Görünür Kılmak*, s. 12.
616. Gabriella Citroni, a. yer., s. 5. Bu sürece ilişkin bir değerlendirme için bkz. Jeremy Sarkin, "Zorla Kaybetme Yasağı Uluslararası Hukukta Neden Jus Cogens Statüsüne Ulaştı?", *Nordic Journal of International Law*, C. 8, 2012, ss. 537-583, Hafıza Merkezi adına Başak Kocadost tarafından çevrilmiştir: <https://www.failibelli.org/wp-content/uploads/2017/06/Jeremy-Sarkin-Zorla-kaybetme-yasagi-uluslararasi-hukukta-neden-Jus-Cogens-statusune-ulasti.pdf>
617. Bundan sonra Sözleşme veya Kayıplar Sözleşmesi.
618. Suçların Unsurları, a. yer. <https://www.icc-cpi.int/resourcelibrary/official-journal/elements-of-crimes.aspx#article7-1e>
619. Bu husus Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları esnasında tartışmalara neden olmuştur. Her ne kadar özel bir kasıt çerçevesinde tartışılmasa da, hukuki güvencenin dışına çıkarmanın suçun bir unsuru mu yoksa diğer unsurların doğal bir sonucu mu olduğu tartışmasına ve özel bir kasıt aranmasının kanıtlamayı daha da güçleştireceğine ilişkin tartışmalar için bkz. Dinçer, *Kayıpları Görünür Kılmak*, s. 14.
620. a. yer.
621. Suçun Unsurları, a. yer.
622. Bouzenoune, a. yer., s. 53.
623. a. yer.
624. Dinçer, *Kayıpları Görünür Kılmak*, s. 5.
625. Scovazzi, Citroni, a. yer., s. 8.
626. Dinçer, *Kayıpları Görünür Kılmak*, s. 15.
627. Tilman Blumenstock, "Legal Protection of the Missing and Their Relatives: The Example of Bosnia and Herzegovina", *Leiden Journal of International Law*, C. 19, 2006, ss. 773-793, s. 775.
628. Neupane ve Neupane/Nepal, para. 10.5; Katwal/Nepal, para. 11.3; Serna ve diğerleri/Kolombiya (CCPR/C/114/D/2134/2012), para. 9.4; Nakarmi ve Nakarmi/Nepal, para. 11.5; Dhakal ve diğerleri/Nepal, para. 11.5; Gyan Devi Bolakhe/Nepal, (CCPR/C/123/D/2658/2015), para. 7.7.; Millis/Cezayir para. 7.4.
629. Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, Heliodoro/Panama, 12 Ağustos 2008 tarihli kararı: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_ing.pdf
630. AİHM, Varnava/Türkiye, para. 121.
631. Moldovan ve diğerleri/Romanya, Başvuru no. 41138/98, Rostaş ve diğerleri/Romanya, Başvuru no. 64320/01, Kholodovy/Rusya, Başvuru no. 30651/05.
632. AİHM, Varnava/Türkiye, para. 138.
633. S.E./Arjantin, 4 Nisan 1990, Maria Otilia Vargas/Şili, 26 Temmuz 1999.
634. S. Jegatheeswara Sarma/Sri Lanka, CCPR/C/78/D/950/2000, Başvuru No. 950/2000, 31/07/2003 günlü kararı: http://ccprcentre.org/wp-content/uploads/2012/11/950-2000-Sri-Lanka_.pdf
635. Aynı yönde, Zorla ve İrade Dışı Kaybedilenler Üzerine Çalışma Grubu da 19. maddeye ilişkin genel yorumunda "Genel bir ilke olarak, zorla kaybetme mağduru hiç kimse hakkında ailesinin iradesi hilafına ölüm karinesi uygulanmaz." https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GC-right_to_the_truth.pdf
636. Blake/Guatemala, para. 24, 39, 40. <https://www.refworld.org/cases,IACRTHR,3ae6b6bff.html>
637. AİHM, Varnava/Türkiye, para. 96.
638. Scovazzi, Citroni, a. yer., s. 8.
639. AmeriHM, Molina Theissen/Guatemala, 4 Mayıs 2004 günlü kararı.
640. AKPM, Resolution 1463, 2005, Enforced disappearances, 3 Ekim 2005, para. 10.1.2. <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17371&lang=en>
641. ICRC, Guiding Principles /Model Law on the Missing, 28 Şubat 2009, <https://www.icrc.org/en/document/guiding-principles-model-law-missing-model-law>
642. Zorla ve İrade Dışı Kaybedilenler Üzerine Çalışma Grubu, Rapport du Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires, 28 Aralık 2010, A/HRC/16/48/Add.3, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/179/55/PDF/G1017955.pdf?OpenElement>.
643. a. yer. s. 4-9.
644. ICJ, Enforced Disappearance and Extrajudicial Execution: Investigation and Sanction, A Practitioner's Guide, International Commission of Jurists, Geneva, 2015, s. 163.
645. a. yer. s. 167 vd.
646. a. yer., s. 168, 169.
647. <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17371&lang=en>
648. Diğerlerinin yanı sıra, Gyan Devi Balakhe/Nepal, para. 7.11.
649. Ophelia Claude, "A Comparative Approach to Enforced Disappearances in the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights", *Intercultural Human Rights Review*, C. 5, ss. 407-463, s. 434.



- 650.BMİHK, Genel Yorum No. 36, para. 58.
651.a. yer.
652.AİHM, Aslakhanova ve diğerleri/Rusya, Başvuru No. 2944/06, 8300/07, 50184/07, 332/08, 42509/10, 18 Aralık 2012 günlü kararı (Kesinleşme tarihi: 29 Nisan 2013).
653.AİHM, Er ve diğerleri/Türkiye, Başvuru no. 23016/04, para. 55-57, 31 Temmuz 2012.
654.a. yer.
655.a. yer.
656.Bu eksikliğin, Sözleşme kaleme alınırken delegasyonlar arası mutabakat yokluğundan kaynaklandığına ilişkin, Dinçer, Kayıpları Görünür Kılmak, s. 25, 26.
657.Altıparmak, Zaman ve Aşımı, s. 22.
658.Gyan Devi Bolakhe/Nepal. para. 7.4.
659.a. yer.
660.AİHM, Aslakhanova/Rusya, para. 122.
661.Mahkeme burada Varnava kararına (para. 148) atıf yapmaktadır.
662.Altıparmak, Zaman ve aşımı, s. 24.
663.AİHM, Varnava/Türkiye, para. 161, 164, 165, krş, AİHM, Açış/Türkiye, Başvuru no. 7050/05, 1 Şubat 2011, para. 40-41, aktaran Altıparmak, Zaman ve aşımı, s. 23, 24.
664.Altıparmak, a.g.e., s. 24.
665.AİHM, Varnava/Türkiye, para. 166.
666.AİHM, Varnava/Türkiye para. 191 vd.
667.AİHM, Osmanoğlu/Türkiye, Başvuru No. 48804/99, 24 Ocak 2008 günlü kararı, aktaran Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Ortak İzleme Raporu, s. 13.
668.Sözleşme'de geçen "wrongful removal" terimi, ebeveynlerden birinin hukuka aykırı biçimde, bir başka deyişle diğer eşin rızası aranması gerektiği hallerde onun rızası hilafına, çocuğun başka bir ülkeye götürülmesi olarak tanımlanmaktadır.
669.Zorla ve İrade Dışı Kaybedilenler Üzerine Çalışma Grubu, Rapport du Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires, s. 12, para. 40.
670.Sharma/Nepal, para. 7.5; Sharma ve diğerleri/Nepal (CCPR/C/122/D/2364/2014);Chaulagain/Nepal; Tharu ve diğerleri/Nepal; Basnet v. Nepal; Nakarmi ve Nakarmi/Nepal; Dhakal ve diğerleri/Nepal; Maya/Nepal (CCPR/C/119/D/2245/2013); A.S./Nepal (CCPR/C/115/D/2077/2011); Sharma/Nepal (CCPR/C/94/D/1469/2006); Sedhai ve diğerleri/Nepal (CCPR/C/108/D/1865/2009); Maharjan ve diğerleri/Nepal (CCPR/C/105/D/1863/2009); Tripathi ve Tripathi/Nepal (CCPR/C/112/D/2111/2011); Katwal/Nepal (CCPR/C/113/D/2000/2010). Başvurularda Nepal'in ağırlıkta olması, başka ülkeler tarafından başvuru gelmediği şeklinde anlaşılmalıdır. Millis/Cezayir, (CCPR/C/122/D/2398/2014), diğer örneklerdir.
671.Neupane ve Neupane/Nepal, para. (CCPR/C/120/D/2170/2012), para. 9.3.
672.Özellikle Nepal'den gelen dosyalarda Komite bu tespiti yapmıştır. Neupane ve Neupane/Nepal, para. 9.3; Tharu ve diğerleri/Nepal (CCPR/C/114/D/2038/2011), para. 9.3; Basnet/Nepal (CCPR/C/117/D/2164/2012), para. 9.3; Nakarmi/Nepal (CCPR/C/119/D/2184/2012), para. 10.3; Dhakal ve diğerleri/ Nepal (CCPR/C/119/D/2185/2012), para. 10.3; Himel ve Devi Sharma, (CCPR/C/122/D/2364/2014), para. 8.4. Komite bu değerlendirmeyi, başvurucuların iç hukuk yollarını tüketip tüketmemesi tartışmasına ilişkin yapmakla beraber, bu tespit etkili giderimin Komite tarafından nasıl ulaşıldığına ilişkin de ipuçları vermektedir.
673.AİHM, Aslakhanova ve diğerleri/Rusya, Başvuru No. 2944/06, 8300/07, 50184/07, 332/08, 42509/10, 18 Aralık 2012 günlü kararı, para. 222 vd.
674.Zorla ve İrade Dışı Kaybedilenler Üzerine Çalışma Grubu, Zorla Kaybedilmelere Dair Hakikat Hakkı Üzerine Genel Yorum, https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GC-right_to_the_truth.pdf
675.Historical Clarification Commission (CEH), Guatemala: Memory of Silence/Tz'inil Na'Tab'Al, Report of the Commission for Historical Clarification Conclusions and Recommendations, s. 17, 20.
676.a. yer., s. 52 vd.
677.Zorla ve İrade Dışı Kaybedilenler Üzerine Çalışma Grubu, Genel Yorumlar Derlemesi içinden, 5/CN.4/1998/43, 12 Ocak 1998 günlü yorum, <https://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/docs/GeneralComments-CompilationMay06.pdf>
678.Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı 24. Dönem 3. Yasama Yılı 90. Birleşim 10 Nisan 2013 Çarşamba, s. 99, 100. HDP Siirt milletvekili Meral Danış Beştaş, 26 Kasım 2018 günü, TCK'de değişiklik yapılmasına yönelik kanun teklifi vermiştir. Teklife göre suçun tanımı uluslararası çerçeveye uyumlu olmasa da, konunun gündemde tutulması bakımından böyle bir teklifin verilmesi önemlidir.
679.<https://m.bianet.org/bianet/insan-haklari/146658-bm-kayıplar-sozlesmesi-cozum-komisyonu-na-kaldi>
680.BMİHK, Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances on its mission to Turkey, A/HRC/33/51/Add.1, 27 Temmuz 2016, s. 5, dn. 7.
681.a. yer.
682.a. yer, s. 6.
683.Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi, Ortak İzleme Raporu, Başvuru No. 1-7/2019, http://www.ankarabarusu.org.tr/upload/HD/Donem65/2020/diger/20200213_ihmrapor.pdf
684.HRW, Türkiye: Zorla Kaybetme Vakaları ve İşkence, 29 Nisan 2020, <https://www.hrw.org/tr/news/2020/04/29/341339#>



685. Bu vurgu HDP Kocaeli milletvekili Ömer Faruk Gergerlioğlu tarafından sıklıkla yapılmaktadır. Konuyla ilgili İrfan Aktan'ın gerçekleştirdiği röportaj: <https://www.gazeteduvar.com.tr/yazarlar/2020/05/30/gergerlioglu-beyaz-torosa-laf-etmek-kolay-peki-ya-siyah-transporter/>
686. SCF, a. yer., s. 4.
687. Kendisinden haber alınamayan kayıp Yusuf Bilge Tunç ile ilgili Ömer Faruk Gergerlioğlu 9 Nisan 2020 günü bir soru önergesi vermiş, önerge henüz yanıtlanmamıştır.
688. Ankara Barosu İHM raporu, s. 1, para. 6.
689. a. yer., s. 2, para. 7.
690. a. yer., s. 6, para. 31.
691. HRW, Türkiye'de Zorla Kaybetme ve İşkence, <https://www.hrw.org/tr/news/2020/04/29/341339#>
692. a. yer.
693. a. yer.
694. Ankara Barosu İHM Raporu, s. 4, para. 16.
695. a. yer., AYM, E. 2019/1374.
696. a. yer., s. 9, para. 45 vd.





KAPASİTE GELİŞTİRME DERNEĞİ

Tunus Caddesi 87/8 **Kavaklıdere/ANKARA**

Telefon/Faks: +90 (312) 468 84 60

E-posta: kaged@kaged.org.tr

Web: www.kaged.org.tr