

H^rTÜRKİYE’DE CEZASIZLIK SORUNU VE ANAYASA MAHKEMESİ

*Doç. Dr. Tolga ŞİRİN**

Öz

Makalede cezasızlık sorununun anlamı, ulusal hukuktaki normatif dayanakları ve Anayasa Mahkemesinin bu soruna olan katkısı ele alınmaktadır. Yöntem olarak karşılaştırmalı metot kullanılmaktadır. Ulaşılan sonuç, Anayasa Mahkemesinin, İnsan Hakları Mahkemesinin konuyla ilgili yaklaşımını soyut olarak benimsediği; fakat temel ilkeleri somutlarken hataya düştüğü ve cezasızlık sorununu çözmek için yeterince etkili olamayabildiğidir.

Anahtar Kelimeler

Cezasızlık, bireysel başvuru, Anayasa Mahkemesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, ağır insan hakları ihlalleri

IMPUNITY ISSUE IN TURKEY AND THE CONSTITUTIONAL COURT

Abstract

The article discusses the meaning and the normative bases of the concept of impunity in national law and questions whether there exists a contribution of the Turkish Constitutional Court (TCC) to the issue. The conclusion reached is that the TCC has failed to properly solve the problem of impunity and that the jurisprudence in the concrete cases of the TCC is incompatible with the case-law of the European Court of Human Rights, although those are consistent with each other with regards to principles.

Keywords

Impunity, individual application, Turkish Constitutional Court, European Court on Human Rights, gross human rights violations

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: tolgasirin@gmail.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7172-5426> (Makalenin Geliş Tarihi: 07.01.2019) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 11.01.2019-28.01.2019/Makale Kabul Tarihleri: 05.02.2019-01.03.2019)

GİRİŞ

Bu çalışmada, Türkiye'deki cezasızlık (*impunity*) sorunu hem yapısal sorunlara ilişkin gözlemlerden hem de Anayasa Mahkemesi kararlarından hareketle ele alınacaktır. İlk başlıkta cezasızlık kavramının tanımı ve cezasızlığın devletin etkili soruşturma yükümlülüğü ile ilişkisi ortaya konacak; ikinci başlıkta etkili soruşturmaya engel olan yapısal sorunlara yol açtığı düşünülen nedenlere dair gözlemler paylaşılacak; üçüncü başlıkta ise Anayasa Mahkemesi kararlarında göze çarpan tartışmalı kararların üzerinde, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarıyla karşılaştırma yapılarak durulacaktır.

I. CEZASIZLIK KAVRAMI VE DEVLETİN ETKİLİ SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Cezasızlık terimi, uluslararası insan hakları hukukunda ve bu bağlamda ulusal anayasa yargısında, son yıllarda artan şekilde kullanılagelen bir kavramdır¹. Bu kavrama çok sık başvurulsa da aslında bunun ne anlama geldiğini tüketici biçimde ortaya koymak kolay değildir. Nitekim bu konudaki çalışmalarda dahi kavrama dair oйдаşma sağlanmış net bir tanıma rastlamak kolay görünmemektedir².

Doktrinde cezasızlık, “cezadan varestе veya muaf olunması, suç mağdurları için etkili çarelerin yokluğu veya bozukluğu”³ gibi genel açıklamalarla veya “işkencecilerin en hoşlandıkları araç, diktatörlerin en büyük ve en etkili silahı, uluslararası toplumun en belirgin başarısızlığı”⁴ ya da “somut gerçekliği yok sayan bir insan eylemi, kararı, davranışı veya edimi şeklinde görünür olan şiddet biçimi ve tam olarak ortaya çıkartılmayıp cezasız bırakılan bir insan saldırısı”⁵ veya “savaş ve diktatörlük yönetimlerinin ürettiği ve kalıntı bıraktığı bir iklim”⁶ gibi farklı disiplinlerce farklı şekillerde tanımlanan; bu bakımdan özü anlaşılır olsa da, bünyesinde bir takım muğlaklıklar içeren bir kavramdır.

Kavramın hukuksal tanımı yönünden de tam bir netlik bulunmamaktadır. Kuşkusuz bunda kavramın hâlâ gelişim sürecinde olması bir faktördür. Gelge-

¹ Mary Margaret **Penrose**, “Impunity-Inertia, Unaction, and Invalidity: A Literature Review”, *Boston University International Law Journal*, Vol. 17, 1999, s. 273; Jorge E. **Viñuales**, “Impunity: Elements for an Empirical Concept”, *Law and Inequality*, Vol. 25: 115, 2007, s. 115.

² **Penrose**, s. 273; **Viñuales**, s. 116.

³ Christopher C. **Joyner**, “Redressing Impunity for Human Rights Violations: The Universal Declaration and the Search for Accountability”, *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 26, 1998, s. 595.

⁴ **Penrose**, s. 269.

⁵ *Ibid.*, s. 275.

⁶ Glenda **Mezarobba**, “Between Reparations, Half Truths and Impunity: The Difficult Break with the Legacy of the Dictatorship in Brazil”, *Sur International Journal on Human Rights*, Vol. 13, 2010.

lelim hukuk doktrinde, tanım konusunda temel çıkış noktası olarak genellikle Birleşmiş Milletler Azınlıkların Korunması ve Ayrımcılığın Önlenmesi Alt Komisyonu’nun 1996 yılındaki raporundaki belirlemelerin kullanıldığı görülmektedir. Bu rapordaki cezasızlık tanımı şu şekildedir:

“İnsan hakkı ihlallerinin faillerinden, suçlanmalarına, tutulmalarına, yargılanmalarına ve eğer suçlu bulunursa mahkûm edilmelerine yol açacak -cezaî, medeni, idari veya disiplin usulünde- soruşturma yapılmadığı için *de facto* veya *de jure* olarak hesap sorulmasının olanaksızlığı.”⁷

Bu tanım önemli ve değerli olmakla birlikte, özellikle soruşturma süreçlerinin sonundaki nihai duruma dair belirsizlikler içerdiği için doktrinde eleştirilmiştir⁸. Bu eleştiriler üzerine söz konusu tanım, öncelikle “mağdurlara giderim sağlanması”, daha sonra da “faillere uygun ceza verilmesi” şeklinde unsurlar eklenerek güncellenmiştir. Bağımsız uzman Diane Orentlicher’in tanımı buna örnektir:

“İnsan hakkı ihlallerinin faillerinden, bu kişilerin suçlanmalarına, tutulmalarına, yargılanmalarına ve eğer suçlu bulunurlarsa *uygun ceza verilmesine* ve *mağdurlara giderim sağlanmasına* yol açacak -cezaî, medeni, idari veya disiplin usulünde- soruşturma yapılmadığı için *de facto* veya *de jure* olarak hesap sorulmasının olanaksızlığı.”⁹

Ne var ki bu eklemeler de tartışmayı bitirmemiştir. Faile bir ceza verilmemekle birlikte mağdura tazminat ödenen durumların veya faile ceza verilmekle birlikte mağdura tazminat ödenmediği durumların “cezasızlık” yaratıp yaratmadığı tartışma konusu olmuştur. Diğer yandan, anılan türden tanımların, sosyal ve ekonomik hakları dışlama olasılığına binaen de itirazlar gündeme gelmiştir¹⁰. Bunun üzerine Birleşmiş Milletler özel raportörü El Hadji Guissé şöyle bir tanımlama yapmıştır:

“Cezasızlık, bireylerin veya kişi topluluklarının ağır ve ciddi insan hakları ihlallerine yönelik ceza ve/veya tazminatın yokluğu veya bunların uygunsuzluğu olarak anlaşılabilir. Bu tanım, medeni ve siyasal haklar için olduğu gibi ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ve aynı zamanda kolektif ve komünal haklar için de uygulanabilir.”¹¹

İlginçtir, bu tanım da tartışmayı bitirmemiştir. Özellikle sosyal haklara ilişkin olan ekonomik yükü ağır sosyal hakların ihlal gideriminin sorumlusunun kim olacağı tartışması, bu tanıma dair tartışmada da karşılık bulmuştur. Öte yandan, insan hakları ihlalinin failine bir ceza verilmesine rağmen sonradan

⁷ **Viñuales**, s. 117.

⁸ *Ibid.*

⁹ E/CN.4/2005/102/Add.1. Rapor için için bkz. <https://goo.gl/rnTw4u>

¹⁰ **Viñuales**, s. 118.

¹¹ Rapor için bkz. <http://www.derechos.org/nizkor/impu/guissee.html>

çıkartılan genel veya özel aflar yoluyla da “cezasızlık” üretilebileceği söyleyerek kavramın, infaz süreçlerini de kapsadığı vurgulanmıştır¹².

Bu unsurların her biri cezasızlık tanımını içinde dikkate alınması gereken faktörlerdir. En azından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, kural olarak bu eğilimdedir. Sosyal haklara yönelik tartışmalar bir tarafa bırakılırsa Mahkeme’nin *Yaşa v. Türkiye* kararından beri içtihadında yer verdiği cezasızlık, etkili ve ulaşılabilir iç hukuk yolunun sağlanması, ciddi insan hakları ihlallerinde affın ve zamanaşımının ortadan kaldırılması, ihlalde sorumluluğu olan devlet görevlilerinin soruşturma sürecinde görevden uzaklaştırılıp, suçun sabit olması halinde görevinden alınması ve en yaygın şekliyle insan hakkı ihlaline karşı usuli güvencelerin ve etkili giderimin sağlanması gibi noktalarda sorun ortaya çıktığında gündeme gelmiştir¹³.

Bu sorunların en büyük ortak keseni ise taraf devletlerin “etkili soruşturma” konusundaki “usul yükümlülükleri”dir. İnsan Hakları Mahkemesinin içtihat yoluyla geliştirdiği “devletin etkili soruşturma yükümlülüğü”, bireysel başvuru kurumunun kabul edilmesinden sonra Anayasa Mahkemesi (AYM) içtihadında da kendisine yaygın şekilde ve Strazburg organlarının kullandığı anlamda yer bulmuştur¹⁴. AYM bu yükümlülük bünyesindeki “soruşturma” kavramına, tıpkı İnsan Hakları Mahkemesi gibi “özerk” bir anlam vermiştir. Soruşturma kavramının, anayasa yargısındaki bu özerk anlamının, kavramın ceza hukukundaki anlamı ile karıştırılmaması gerekir. Zira en az üç noktada farklılık bulunmaktadır:

Birincisi, anayasa yargısı yönünden soruşturma, sadece ceza hukuku alanıyla sınırlı değildir; idari soruşturmaları, disiplin süreçlerini, medeni hukuktaki yargılamaları da kapsar.

İkincisi, anayasa yargısı yönünden soruşturma, ihlalden -ceza hukukunda olduğu gibi- kolluk ve savcılık kurumunun haberdar olmasıyla değil, herhangi bir devlet görevlisinin haberdar olması veya olmasının gerektiği andan itibaren başlar.

Üçüncüsü, anayasa yargısı yönünden soruşturma, yargılama süreçlerinden ve iddianamenin kabulünden önceki süreçle sınırlı olmayıp, eğer bir cezai süreç söz konusu ise iddianamenin kabulünden sonraki aşamaları ve hatta (af vb. nedenlerle) infaz süreçlerini de kapsar.

Hem İnsan Hakları Mahkemesinin hem de Anayasa Mahkemesinin “devletin etkili soruşturma yükümlülüğü” bağlamında bir soruşturmanın etkili olup

¹² **Vinuales**, s. 120.

¹³ İçtihat örnekleri için bkz. Kerem **Altıparmak**, *Zaman ve Aşım: Ağır İnsan Hakları İhlallerinin Kılıfını Kaldırmak*, (Ankara: İHOP, tarihsiz), s. 10, dn. 22.

¹⁴ *Makbule Talay başvurusu*, AYM, 2013/8592, 06/01/2016.

olmadığını denetlerken kullandığı altı kriter vardır. Sözleşme’nin 1’inci, Anayasa’nın 5’inci maddesinden türeyen bu kriterler şu şekildedir¹⁵:

¹⁵ İnsan Hakları Mahkemesi, pozitif yükümlülükler kuramını yaşam hakkı bağlamında 1990’lı yıllarda tanımaya başlamış ve özellikle *McCann ve diğerleri v. Birleşik Krallık* (İHAM, 18984/91, 27/09/1995) ve *Osman v. Birleşik Krallık* (İHAM, 23452/94, 18/10/1998) kararlarıyla bu konudaki yaklaşımının temellerini ortaya koymuştur. Bu bağlamda pozitif yükümlülük kuramının bir yüzü olan devletin “koruma yükümlülüğü” özellikle risk altındaki kişiler yönünden çarpıcı şekilde ortaya konmuş (bkz. *Akkoç v. Türkiye* (İHAM, 22947/93 22948/93, 10/10/2000); kuramın diğer yüzü olan etkili soruşturma yükümlülüğü de açıklanmıştır. (özellikle bkz. *Kelly ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, İHAM, 20054/96, 04/05/2001). Bu bağlamda otopilerde bulunması gereken unsurlar (bkz. *Gül v. Türkiye*, İHAM, 22676/93, 14/12/2000) ve mağdur yakınlarının soruşturma süreçlerindeki rolleri (*Edwards v. Birleşik Krallık*, İHAM, 39647/98 40461/98, 27/10/2004) vurgulanmıştır. Etkili soruşturma sürecinin öğeleri hâlâ gelişmekte olan bir konudur. Bu evrim, işkence yasağı yönünden de koştuttur. Fakat yaşam hakkı yönünden her türlü kuşkulu ölüm bakımından şekilde uygulanan etkili soruşturma yükümlülükleri, işkence yasağında özellikle devlet görevlilerinin karıştığı olaylarda bir parça daha vurgulu şekilde ele alınıyor görünmektedir. Örn. bkz. *Assenov ve diğerleri v. Bulgaristan*, İHAM, 24760/94, 28/10/1998. Bkz. Alastair **Mowbray**, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, (Oxford/Portland/Oregon: Hart Publishing, 2004), s. 40-41 ve 64-65. Bu kaynağın yanı sıra, “pozitif yükümlülükler doktrini” konusunda daha fazla bilgi sahibi olmak için başlıca monografiler şöyle sıralanabilir: Jean-François **Akandji-Kombe**, *A Guide to the Implementation of the European Convention of the European Convention on Human Rights*, (Belçika: CoE Publishing, 2007). (Bu eser Avrupa Konseyi tarafından Türkçeye de çevrilmiştir.) Laurens **Lavrysen**, *Human Rights in a Positive State: Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights* (Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia, 2016). Dimitris **Xenos**, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, New York: Roudledge, 2012).

Türkçede ise bu konudaki çalışmalardan bazıları şu şekilde sıralanabilir: Bkz. Cem **Şenol**, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü*, (İstanbul: Oniki Levha Yay., 2013); Durmuş **Tezcan**/Mustafa Ruhan **Erdem**/Oğuz **Sancakdar**/Rifat Murat **Önok**, *İnsan Hakları El Kitabı*, (Ankara: Seçkin Yay., 2018), s. 147 vd; **Gizem Dursun**, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İşkence Yasağı ve İşkenceyi Etkili Biçimde Soruşturma Yükümlülüğü*, (Ankara: Seçkin Yay., 2018); Gülşah **Kurt**, *Cezasızlık Sorunu: Soruşturma Süreci*, (İstanbul: Hafıza Merkezi, tarihsiz); Halit **Bingöllü** (ed.), *Zorla Kaybetme ve Hukuk Dışı İnfaz: Soruşturma ve Yapıtlar*, (İstanbul: Hafıza Merkezi, 2015); İlyas **Doğan** (ed.), *İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü*, (Ankara: Adalet Bakanlığı Yay., 2009), özellikle 51-61; Kerem **Altıparmak** (haz.), *Cezasızlıkla Mücadele El Kitabı*, (Ankara: İHOP, tarihsiz); Kerem **Altıparmak**, *Zaman ve Aşımı: Ağır İnsan Hakları İhlallerinin Kılıfını Kaldırmak*, (Ankara: İHOP, tarihsiz); Mehmet **Atılğan**/Serap **Işık**, *Cezasızlık Zirhünü Aşmak: Türkiye’de Güvenlik Güçleri ve Hak İhlalleri*, (İstanbul: TESEV Yay., 2011); Osman **Doğru**, *İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, (İstanbul: Legal Yay., 2006); Osman **Doğru**, *Yaşam Hakkı*, (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yay., 2018), s. 295-335. Osman **Doğru**/Atilla **Nalbant**, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar*, C. 1, (İstanbul: Legal Yay., 2012), s. 21-31 ve 171-184; Ömer **Anayurt**, “İnsan Hakları Bölgesel Koruma Sistemlerinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, İlyas Doğan (ed.), *İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü*, (Ankara: Adalet Bakanlığı Yay., 2009), s. 272-278, Öznur **Sevdiren**, *Türkiye’nin Cezasızlık Mevzuatı*, (İstanbul: Hafıza Merkezi, tarihsiz); Şeref **Gözübüyük**/Feyyaz **Göleçklü**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016), s. 155-204; Uğur

Birincisi; soruşturmaya “resen ve derhal” başlanmalıdır.

İkincisi; soruşturma “tarafsız ve bağımsız” yürütülmelidir.

Üçüncüsü; soruşturmada “etkili deliller” toplanmalıdır.

Dördüncüsü; soruşturma “makul bir özen ve süratle” tamamlanmalıdır.

Beşincisi; soruşturma “kamusal denetime açık ve şeffaf” olmalıdır.

Altıncısı; soruşturma sonucunda bir kişinin suçlu olduğu sonucuna ulaşılmış ise, faile “caydırıcı bir ceza” verilmelidir¹⁶.

Bu unsurlardan birine ilişkin sorun ortaya çıkarsa, bu durumda davanın konusu olan hakkın usul boyutu, etkili bir soruşturma yapılmadığı için ihlal edilmiş olacaktır. Kuşku yok ki böyle bir ihlal, aynı zamanda süregelen ve gelecekteki cezasızlık sorunlarını da besleme potansiyeli taşıyacaktır.

Bu başlık yönünden bir ara sonuca ulaşmak gerekirse, özerk nitelikteki cezasızlık kavramının tanımı konusunda bir netlik olmasa da pozitif hukuk yönünden İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarında, altı basamaktan oluşan asgari bir değerlendirme şablonu ortaya konulabildiğini görüyoruz.

II. TÜRKİYE’DE ETKİLİ SORUŞTURMAYA ENGEL OLAN YAPISAL SORUNLAR: CEZASIZLIK SORUNUNUN GÖRÜNÜR NEDENLERİ

İnsan Hakları Mahkemesinin ve Anayasa Mahkemesinin kararlarına bakıldığında, devletin etkili soruşturma yükümlülüğü konusunda sorunların belli nedenler üzerinde toplandığı görülmektedir. Bunlar, soruşturma yükümlülüğünün farklı başlıkları yönünden sorun üretmektedir. Bunlara kısaca değinebiliriz:

A. 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun

Öncelikle, Türkiye’de ceza yargılamasındaki etkili soruşturma sorunlarının en görünür normatif dayanaklarından biri, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’un 4’üncü maddesinin 3 ve 4’üncü fıkralardır. Bu hükümlere göre:

“(3) Bu Kanuna göre memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikâyetlerin soyut ve genel nitelikte olmaması, ihbar veya şikâyetlerde kişi veya olay belirtilmesi, iddiaların ciddî bulgu ve belgelere dayanması, ihbar veya şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyad ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması zorunludur.

Erdal/Hasan Bakırcı, *Article 3 of the European Convention on Human Rights*, (Geneva: OMCT, 2006), s. 226 vd.

¹⁶ Örn. bkz. *Dink v. Türkiye*, İHAM, 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, 14/09/2010, § 76 vd.

(4) Üçüncü fıkradaki şartları taşımayan ihbar ve şikâyetler, Cumhuriyet başsavcıları ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmaz ve durum, ihbar veya şikâyetinde bulunana bildirilir.”

Uygulamada, kamu görevlilerinin faili olduğu vakalarda, Cumhuriyet başsavcıları veya izin vermeye yetkili merciler, bu hüküm uyarınca ihlal iddiaları içeren ihbar ve şikâyetleri işleme koymayabilmektedirler. Mağdurlar, bu işleme koymama kararlarına karşı idari yargıya başvurduklarında talepleri 2016 yılına kadar “işleme koymama kararına karşı bir itiraz yolu öngörülmediği” gerekçeyle reddedilmekteydi. Söz konusu pratik, başta devletin derhal ve resen soruşturmaya başlama yükümlülüğü olmak üzere, etkili soruşturma yapılmasının önünde engel teşkil ediyordu ve kamu görevlilerinin karıştığı ihlallerle ilgili vakalarda cezasızlık sorununa neden oluyordu. Yasama organı, 2016 yılında Kanun’da bir değişikliğe gitti. Kanun’un 9’uncu maddesine, soruşturmaya izin vermeye yetkili merciler tarafından verilen işleme koymama kararına karşı da şikâyetçilerin itiraz yoluna gidebileceği hükmü eklendi. Bu gelişmeyle birlikte, cezasızlık nedeni olabilecek bir keyfî işlem, en azından yargısal denetime açık hale gelmiş oldu. Buna karşın anılan yargısal denetimin, devletin derhal soruşturmaya başlama yükümlülüğü karşısında özel bir süreyle kayıtlanamamış olması hâlâ ihlal üretimine neden olabilecek bir normatif boşluk olarak kaldı. Zira bir soruşturmaya derhal başlanmaması durumunda devletin etkili soruşturma yükümlülüğü ihlal edilebilir. Bu bakımdan örneğin bir kamu görevlisi hakkında soruşturmaya izin verilmemesi ve bu karara karşı itirazın uzun süre sürünce mede kalması halinde, soruşturmanın derhal başlayamaması ve etkili delillerin toplanamaması gibi bir sorun hâlâ olasılık dahilindedir.

Öte yandan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 243 ve 245’inci maddeleri ile 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun 154’üncü maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında açılacak soruşturma ve kovuşturmalarda bu Kanun hükümleri uygulanmaz. Yani işkence ve eziyet suçları yönünden bu usul uygulanmayacaktır. Gelgelelim işkence ve eziyet suçları, Sözleşme’nin öngördüğü işkence yasağını birebir karşılamamaktadır. Zira Sözleşme’deki kavram özerktir ve somut olayın koşullarına göre ulusal makamların, örneğin “Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması” (TCK md. 256) kapsamında gördüğü bir eylem Sözleşme sistemi uyarınca işkence yasağı kapsamında sayılabilecektir. Bu nedenle anılan madde belli bir esneklik getirirse de sorunu kökten çözememektedir.

B. 1481 Sayılı Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun

Cezasızlık sorununun bir diğer normatif dayanağı da 12 Mart döneminde hukuk düzenine dahil edilen 1481 sayılı Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun’da yer almaktadır. Yukarıda da değinildiği gibi cezasızlık, en dar tanımıyla dahi, faillerin suçlanmalarına, tutulmalarına, yargılanmalarına ve eğer suçlu bulunurlarsa mahkûm edilmelerine yol açacak soruş-

turma yokluğunun sonucudur. Bu bağlamda Kanun'un getirdiği sorun, silah kullanan kolluk görevlilerinin açığa alınmasına engel yaratan 4'üncü maddedir. Bu hükme göre, "Bu kanun hükümleri dairesinde silah kullanan polis veya jandarma hakkında hazırlık soruşturması Cumhuriyet Savcılarını veya yardımcıları tarafından bizzat yapılır. Dava açıldığında sanık duruşmadan varestede tutulabilir ve hakkında açığa alma, işten el çektirme işlemi uygulanmaz."

Oldukça eski tarihli bu kanun, suç şüphelisi kolluk görevlilerinin açığa alınmadan ve işten el çektirilmeden yargılanmalarına neden olmaktadır. Kuşkusuz, bir hukuk devletinde masumiyet karinesi uyarınca bu bağlamda kâğıt üzerinde soyut bir sorun olmadığı düşünülebilir; fakat cezasızlık ikliminde kolluk güçleri lehine özel bir güvence vurgusunun ön plana çıkartılmasının, bir soruşturma sırasında delillerin karartılması olasılığına neden olacağı göz ardı edilemez.

C. Özel Adli Kolluk Sisteminin Yokluğu

Yapısal cezasızlık sorununun görünür olan üçüncü bir dayanağı da, Türkiye'de özel adli kolluk sisteminin bulunmamasıdır. Türkiye'deki kolluk sistemi uyarınca delilleri toplamakla görevli polisler ve jandarmalar İçişleri Bakanlığı'na bağlıdır. Sicil, özlük vb. işleri yürütme organına bağlı bu kişilerin, özellikle siyasal yükü olan davalarda etkililiği tartışmaya açıktır. Buna, Hakimler Savcılar Kurulu'nun (HSK) başkanının da Adalet Bakanı olması ve müsteşarıyla birlikte Kurul'un doğal üyesi olması da eklendiğinde, yürütme organı ile bağlantılı hak ihlallerinde etkili soruşturma konusunda çekimserlik anlaşılır olmaktadır. Şöyle ki suçla mücadelede, kolluk görevlilerinin bağımsız savcılık makamının talimatlarını yerine getirirken, mesleki geleceği hakkında karar verecek olan organların hassasiyetlerini de akıllarında tutacakları gerçekçi bir olasılıktır. Bu bakımdan savcılık kurumunun emrindeki kolluk görevlilerinin mesleki güvencelerinin ve özlük kayıtlarının savcılıkça belirlenmesi önemlidir. 1961 Anayasası döneminden beri sürdürülen bu tartışmada bir gelişme yaşanmamıştır. Bu bakımdan sorun hâlâ günceldir.

D. Soruşturma Sürecinde "Kısıtlama Kararı"

Yukarıda sayılanların yanında, soruşturma süreçlerindeki yaygın bir uygulama sorunundan daha bahsedebiliriz. Bu sorun, devletin etkili soruşturma yükümlülüğünün "kamusal denetime açıklık" unsuru ile ilgilidir. Bilindiği gibi Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 157'nci maddesi uyarınca soruşturmada gizlilik ilkesi geçerlidir. Bu ilkenin istisnaları "kanunun başka hüküm koyduğu hâller" ve "gizliliğin savunma haklarına zarar vermesi"dir. Keza Kanun'un 153'üncü maddesinde "Müdafi, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir" denilerek savunma hakkına ilişkin güvence pekiştirilmiştir. Fakat maddenin devam eden fıkrasında "Müdafiin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisi, soruşturmanın

amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla kısıtlanabilir” denmiştir. Bu fıkra, soyut şekilde Anayasa’ya ve etkili soruşturma yükümlülüğüne aykırı değildir; fakat fıkranın kategorik uygulanması Anayasa’ya aykırı sonuç doğurur. Nitekim Türkiye aleyhine verilen çok sayıda İnsan Hakları Mahkemesi kararında bu fıkranın, etkili soruşturma yükümlülüğü dikkate alınmadan uygulanma biçimi ihlal dayanağı olarak görülmüştür¹⁷. Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı da en azından ilkesel düzeyde buna koşuttur¹⁸.

E. Zamaşımı ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Cezasızlıkla ilgili öne çıkartılabilecek bir diğer sorun ise hem norm hem de uygulamanın birlikte neden oldukları, bir soruşturma neticesinde failin bulunduğu hallerde “caydırıcı ceza verilmemesi” sorunudur. Bu sorunun en az iki nedenden kaynaklandığı söylenebilir. Öncelikle, Türkiye hakkında verilen ihlal kararları okunduğunda ulaşılan izlenim, kamu görevlilerinin karıştığı insan hakları ihlalleriyle ilgili olaylarda soruşturmanın ya çok sayıda kişiye ya da tek bir kişiye açılması şeklinde olduğudur. Bu pratik, cezasızlığa yol açabilir. Örneğin bir işkence iddiası karşısında, işkencenin yapıldığı iddia edilen karakoldaki tüm polis memurları hakkında soruşturma açıldığında, söz konusu polislerin her biri için izin alınması, bu izinlerin bir kısmının verilmemesi, bunlara itiraz edilmesi, izin verilenlerin ayrı ayrı dinlenmesi, bazılarının dinlemeye gelmemesi, tayininin çıkması veya emekliliğinin gelmesi gibi faktörler soruşturma sürecini sürüncemede bırakmakta ve sonuç itibarıyla dosyanın zamaşımına girmesine ve/veya failin bulunamamasına neden olmaktadır. Bunun dışında, işkence iddiaları karşısında tüm yargılamanın “günah keçisi” olarak adlandırabileceğimiz tek bir kolluk görevlisi hakkında sürdürülmesi ve sonucunda bu kişinin beraat etmesi şeklindeki pratik de bir diğer cezasızlık uygulamasıdır. Bu sorun, normlardan değil, bizzat uygulamadan kaynaklanmaktadır. Bu uygulama, özellikle üst düzey kamu görevlilerinin karıştığı dosyalarda daha görünür olmakta, soruşturma üst basamaklara yönelememektedir.

Bu bağlamda sorun teşkil eden bir diğer uygulama sorunu ise kolluk görevlilerinin karıştığı olaylarda yargılamaların düşük ceza gerektiren suçlar yönünden yapılmasıdır. Örneğin bir kolluk görevlisinin kasten ve büyük ihtimalle belli bir motivasyonla fiziksel şiddete başvurduğu olaylarda genel eğilim, davanın üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezası öngören “işkence” suçu (TCK md. 94) yönünden değil, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasını öngören “zor kullanma yetkisine ilişkin sınırnın aşılması” (TCK md. 256) yönünden yürütülmesidir. Bu gibi hallerde, kolluk görevlisinin daha önce bir suç işlememiş olması veya

¹⁷ Serpil Kerimoğlu ve diğerleri başvurusu, AYM, 2012/752, 17/09/2013, § 86.

¹⁸ Örn. bkz. Rahil Dink ve diğerleri başvurusu, AYM, 2012/848, 17/07/2014; Erdal Korkmaz ve diğerleri başvurusu, AYM, 2013/2653, 18/11/2015; Erdem Gül ve Can Dünder başvurusu, AYM, 2015/18567, 25/02/2016.

yargılama sürecindeki iyi hali vs. dikkate alınmakta ve takdiri indirim nedenleri (TCK md. 62) uygulanarak verilecek ceza iki yılın altına kolaylıkla inmektedir. Bu düzeydeki bir ceza hükmü ise Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231'inci maddesinin 5'inci fıkrasındaki “sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir” hükmü uyarınca açıklanmamaktadır. Dolayısıyla, Anayasa ve İnsan Hakları Sözleşmesi yönünden işkence yasağını ihlal etmiş olan bir kamu görevlisi hakkında mahkûmiyet verilmemiş olmaktadır. Bu durum, “cezasızlık” sorununun en görünür olduğu kategoridir. Unutulmamalıdır ki söz konusu içtihat, bünyesinde şiddet barındıran yaralama ve tecavüz vb. gibi suçlar yönünden de geçerlidir. Kolluk güçlerinin bulunmadığı durumlarda dahi böyle hallerde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesinden sakınılması bir gerekliliktir. Zira Sözleşme’de yer alan “işkence” iç hukuktaki anlamı taşımaz. İşkence ifadesi de belli ölçüde özerktir. Bu bakımdan özellikle kolluk güçlerinin eylemli veya duruma göre ihmali şekilde dâhil olduğu, belli bir şiddet eşliğini aşan eylemlerin bulunduğu her durumun işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında kavranması gerektiği akılda tutulmalıdır¹⁹.

F. Ağır İnsan Hakları İhlallerinde Zamanaşımının Geriye Yürümezliği

Son olarak; cezasızlık sorununun dikkate değer bir diğer yaygın nedeni, ağır insan hakları ihlalleriyle ilgili zamanaşımı sorunudur. Zorla kaybetme ve işkence gibi insanlığa karşı suçlar niteliğindeki suçlar yönünden zamanaşımı hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı belirsizdir. Bunun ilk nedeni, uluslararası insan hakları hukukunda özel bir sözleşmeye konu olmuş olan “zorla kaybetme” suçunun TCK’de açıkça düzenlenmemiş olmasıdır. Bu normatif boşluk sorun yaratmaktadır. İkinci olarak, TCK’nin “İşkence Suçu” başlıklı 94’üncü maddesinin 6’ncı fıkrasına 2013 yılında eklenen “bu suçtan dolayı zamanaşımı işlemez” hükmünün zaman yönünden etkileri konusunun netlik kazanmamış olması sorun yaratmaktadır. Kanun hükmünün bünyesinde, 2013 yılından önce işlenen ve eski mevzuat uyarınca zamanaşımına girmiş veya zamanaşımı süresi işlemekte olan suçların durumuna dair açık bir içerik bulunmamaktadır. Uygulamada bu hüküm, maddi ceza hukukuna özgü “suç ve cezaların geriye yürümezliği” kuralına benzetilerek uygulanmakta ve 2013 yılından sonra işlenen suçlarla sınırlı bir anlamda kavranmaktadır. Bu kavrama biçimi ise işkence suçu bağlamında cezasızlık üretmektedir.

Buraya kadar aktarılanlar Türkiye’de cezasızlık konusundaki yapısal sorunların en görünür olanlarıdır. Bu altı başlık, cezasızlık sorununun hukuksal

¹⁹ Bu eşik ve kavramın özerkliği konusunda ayrıca bkz. Ömer Anayurt, “İnsan Hakları Bölgesel Koruma Sistemlerinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, s. 225 vd.; Doğru/Nalbant, s. 136 vd.

olarak çözümünde öncelikli olarak odaklanılması gereken alanları da göstermektedir.

Şimdi, bu gözleme dayalı yapısal sorunlara dikkat çektikten sonra, anılan sorunların aşılmasında Anayasa Mahkemesinin işlev görüp görmediğine yoğunlaşabilir ve içtihadı katkı sunmak adına Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararlarında görülen sorunlara odaklanabiliriz.

III. ANAYASA MAHKEMESİNİN “ETKİLİ SORUŞTURMA” KONUSUNDAKİ TARTIŞMALI OLABİLECEK KARARLARI

Anayasa Mahkemesinin altı yıllık pratiği, Mahkeme’nin İnsan Hakları Mahkemesi ile koşut bir yaklaşım geliştirme eğiliminde olduğunu göstermiştir. Bu bakımdan bu başlık altında koşut kararları tekrarlamak yerine Anayasa Mahkemesinin farklılaşan ve bu yanı sıra cezasızlık sorunu konusunda yerinde olmayan kararlarını öne çıkartmak anlamlı görünmektedir.

A. Serpil Kerimoğlu Kararı: Soruşturmaya Derhal Başlanması Sorunu

Yukarıda, soruşturmaya derhal başlanması konusunda öncelikli sorunun 4483 sayılı Kanun’dan kaynaklandığı söylenmişti. Anayasa Mahkemesinin kararlarına bakıldığında, bu sorun ile ilişkili başvuruların Mahkeme önüne geldiği görülüyor. Anayasa Mahkemesinin de -tıpkı İnsan Hakları Mahkemesi gibi- bu normdan kaynaklanan sorunu çeşitli ihlal kararlarında tespit ettiği gözleniyor.²⁰ Bununla birlikte Mahkeme, ihlalin nedeninin anılan normlar olduğuna dikkat çekmekle birlikte, bu normların iptaline karar vermedi. Bu yönde bir imkânın bulunduğu ve Van depremindeki sorumluların soruşturulamamasının tartışıldığı *Serpil Kerimoğlu ve diğerleri* kararı buna uygundu. Bu davada söz konusu sorunlu hükümlerin, bireysel başvuru sırasında norm denetimi yapılması yoluyla iptal etmesi gerekirdi²¹. Anayasa Mahkemesi bu düzenlemeyi iptal

²⁰ Çok sayıda karar içinde yakın tarihli olarak örn. bkz. *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası v. Türkiye*, İHAM, 20347/07, 05/07/2016, § 79.

²¹ 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 45’inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre “Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılama[z].” Gelgelelim Anayasa Mahkemesi bir “mahkeme”, bireysel başvuru yargılaması bir “dava”, anılan kanun maddesi de bu davada uygulanacak bir norm olduğu için ve Anayasa’da kanunlara karşı bireysel başvuru yapılmasına dair bir yasak olmadan bütün kamu gücü müdahalelerine karşı bireysel başvuru yolu öngörüldüğü için ilgili hükmün norm denetimi yoluyla iptal edilmesi, ardından da anılan kanun hükmünün iptal edilmesi mümkündür. Ayrıntıları için bkz. Tolga Şirin, *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulamasıyla Mukayeseli Bir İnceleme*, (İstanbul: Oniki Levha Yay., 2013), s. 286-302.

Tolga Şirin, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, (İstanbul: Oniki Levha Yay., 2015), s. 85 vd. Bir diğer görüş de buna gerek olmadan, görülen davada ilgili normun “uygulanacak norm” olarak algılanabileceğini ve iptal edilebileceğini savun-

etmiyorsa bile, aykırılığın kaynağı olan normun yasama organınca değiştirilmesi gerektiği kaydını içeren bir “yasama organına çağrı kararı” verilmesi mümkündür; fakat bu yapılmadı²². Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin cezasızlık üreten bir norma karşı yeterli güçte bir karar verememiş olduğunu söyleyebiliriz.

Anayasa Mahkemesinin cezasızlığa karşı yeterli güçte olmayan bu eğilimine rağmen, yasama organı, 2016 yılında Kanun’da yaptığı değişiklikle işleme koymama kararına karşı da şikâyetçilerin itiraz yoluna gidebileceğini düzenledi. Dolayısıyla anılan sorun, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı vermemiş olmasına rağmen çözülmüş gibiydi. Ancak yukarıda da dikkat çekildiği gibi yasama organının yaptığı düzenleme, özel bir süre kaydı düzenlemediği için, özellikle derhal soruşturmaya başlama unsuru yönünden ihlal üretme potansiyelini içeriyor. Kuşkusuz bu, normun kendisinden değil, uygulamasından kaynaklı bir sorun olarak görülebilir. Ne var ki Türkiye’deki yargı süreçlerinin uzunluğu ve cezasızlık sorununun kökleşmiş olması karşısında itiraz incelemesinin özel bir süreyle kayıtlanmamasının Anayasa’ya aykırı olduğunu söyleyebiliriz. Kanaatimce Anayasa Mahkemesinin bu tür bir olasılığa binaen, anılan normun uygulanması sırasında yapılacak bir somut norm denetimi veya bireysel başvuru yolu davasında, süre kaydı olmamasından dolayı “ihmal yoluyla anayasaya aykırılık” kararı veya en azından idari yargı organlarına yol gösterecek ve “eğitici etki” (*Edukationeffekt*) doğuracak türden bir karar vermesi gerekir²³.

B. Zeki Güngör Kararı: Soruşturmaya Resen Başlanması Sorunu

Bunun dışında, konuyla ilgili ikinci olarak üzerinde durulması gereken bir nokta daha bulunmaktadır. Şöyle ki, cezasızlık sorununun ortaya çıkmaması için, soruşturmanın derhal başlaması kadar resen başlaması da önem taşır. Daha önce değinildiği gibi “soruşturma” kavramı, özerk bir kavramdır ve İnsan Hakları Mahkemesi, kelimenin özerk anlamıyla soruşturmanın derhal başlayıp başlamadığını, maddi ve manevi bütünlük ile ilgili vakalar yönünden yetkili mercilerin ihlal iddiasından haberdar olduğu andan itibaren sınar. Bu bakımdan başvurucuların şikâyet etmesi vb. usuli koşulların gerçekleşmesinin dahi bir önemi yoktur. Türkiye’deki işkence ve cezasızlık bağlamında kümelenen Batı gurubu

maktadır. Bkz. Kerem Altıparmak, *Van Depreminin Hukuktaki Artçıları: Anayasa Mahkemesi’nin Bayram Oteli Kararı*, (İstanbul: TESEV Yay, 2014), s. 10. Fazıl Sağlam, “Anayasa Şikâyeti -Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar”, Ece Göztepe/Aykut Çelebi (haz.), *Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler*, (İstanbul Metis Yay., 2012), s. 446 vd.

²² Yasama organına çağrı kararı normu iptal etmemekle birlikte hüküm kısmında normun Anayasa’ya aykırılığının tespit edilip bu konuda yasal değişiklik gerekliliğine yer verilmesini anlatır. Buna yarı pilot (quasi-pilot) karar da denmektedir. Bilgi için bkz. Tolga Şirin, *Bireysel Başvuru Usul Hukuku*, (Ankara: Avrupa Konseyi Yay., 2018), s. 272 vd.

²³ Eğitici etki konusunda bkz. Ernst Benda/Eckart Klein/Oliver Klein, *Verfassungsprozessrecht: ein Lehr- und Handbuch*, (München: C.F. Müller, 2012), s. 188 vd.

kararlarının öncüsü olan *Batı v. Türkiye* kararında İnsan Hakları Mahkemesinin şu tespiti nettir:

“(…) Herhangi bir şikâyetin bulunmaması halinde dahi, işkence ya da kötü muameleyle ilişkin elde çok sarih göstergelerin mevcut olması halinde derhal bir soruşturma başlatılmalıdır. Yetkililer işkence gören mağdurların özellikle kırılğan ve hassas durumda oldukları ve çok ciddi kötü muameleyle maruz kalan kişilerin genellikle bir şikâyette bulunmak konusunda isteksiz ya da çekingen olacakları gerçeğini mutlaka göz önüne almalıydılar (...)”²⁴

İçtihat bu kadar açık olmasına rağmen AYM, *Zeki Güngör* kararında bu noktayı gözden kaçırabilmiştir. Bu davanın konusu işkence ve kötü muamele iddiasıdır. Başvurucu, 2007 yılında İstanbul’da Kazlıçeşme Meydanı’nda düzenlenen nevrüz mitingine katıldığını, miting dönüşünde polisler tarafından darp edildikten sonra surların dibindeki yeşil alana yaralı bir şekilde bırakıldığını ve darp nedeniyle kalıcı sağlık sorunlarının oluştuğunu iddia etmektedir. Başvurucunun elinde, anılan tarihlerde darp edildiğine ilişkin darp raporu bulunmaktadır. Bu raporlara dayanarak idari yargıda tam yargı davası da açmıştır. Bu davası reddedilen başvurucu konuyu Anayasa Mahkemesinin önüne taşımıştır. AYM ise başvurunun suç duyurusunda bulunmamış olmasına hukuk yollarının tüketilmesi yönünden değer atfetmiştir:

“Devletin sahip olduğu resen soruşturma yükümünü yerine getirmemesi; bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği, başvurunun sahip olduğu, iddialarını idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletme yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır.”²⁵

Yani AYM, başvurunun savcılık önünde şikâyetçi olmadığı için olağan hukuk yollarını tüketmediği düşüncesindedir. Bu yanıyla AYM, İnsan Hakları Mahkemesinin dikkat çektiği noktayı, yani işkence gören mağdurların özellikle kırılğan ve hassas durumda oldukları ve çok ciddi kötü muameleyle maruz kalan kişilerin genellikle bir şikâyette bulunmak konusunda isteksiz ya da çekingen olacakları gerçeğini göz önüne almamıştır. Öte yandan ulusal mevzuat uyarınca hekimlerin işkence iddiaları karşısında bu durumu yetkili mercilere iletme ödevi vardır. Türk Ceza Kanunu’nun 278 ve 279’uncu maddelerinde “Suçu Bildirmeme Suçu” düzenlenmiştir²⁶. Öte yandan başvurunun işkence iddiaları idari yargı yoluyla devlet kurumlarına bildirilmiştir. Bu iki durum karşısında

²⁴ *Batı ve diğerleri v. Türkiye*, İHAM, 33097/96 ve 57834/00, 03/06/2004, § 133.

²⁵ *Batı ve diğerleri v. Türkiye*, § 42.

²⁶ “Devlet Memurlarının Şikâyet ve Müracaatları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik”in “Müracaat” hakkı başlıklı 11. maddesinde de “Ayrıca Devlet memurları, görevleri sırasında haberdar oldukları konu suç teşkil eden durumları yetkili makamlara bildirmekle yükümlüdürler.” hükmü yer almaktaydı. Bu hüküm, Danıştay’ın 2011 yılında verdiği bir kararla iptal edilmiştir. Bkz. Danıştay 5. Daire, E. 2009/6755, K. 2011/2758, T. 25/05/2011

devletin işkence iddiasından haberdar olmadığı söylenemez. Normal şartlarda derhal ve resen soruşturmaya başlaması gereken kamu gücü bu yükümlülüğünü yerine getirmemiştir. Bunun ise cezasızlık ürettiği açıktır.

C. İbrahim Akan ve Ulaş Lokumcu Kararları: Üst Düzey Yetkilileri Soruşturamama Sorunu

Cezasızlık sorununun görünür dayanaklarından biri de soruşturmanın sadece belli görevlilerle sınırlı tutulması ve bu “günah keçileri”nin ötesine geçerek, daha üst mercilere etki edecek şekilde derinleştirilmemesi sorunudur. Bu soruna İnsan Hakları Mahkemesi tarafından farklı davalarda dikkat çekilmiştir. Bunlardan biri, kamuoyunun da yakından takip ettiği 1 Mayıs yasakları ve bu bağlamda uygulanan ölçsüz güç kullanımı ile ilgili *Süleyman Çelebi ve diğerleri v. Türkiye* kararıdır. Bu davada Mahkeme, soruşturmanın üst makamları kapsayacak şekilde derinleştirilmemiş olmasına dikkat çekmiştir:

“Bakanlık tarafından herhangi bir disiplin soruşturmasının açılmaması, ister istemez gizli bir anlaşma yapıldığı, en azından güvenlik güçlerine isnat edilen suçların tasvip edildiği hissini vermektedir. Vali tarafından medyada belirtilen ifadeler ve güvenlik güçleri tarafından kullanılan yöntemlerin içeriği düşünüldüğünde, polislerin *bazı kesin talimatları* yerine getirmemiş olması anlaşılır bir durum değildir. Mahkeme, PVSK’nin 2. maddesinde, gösterilerin dağıtılması kapsamında *sorumluluğun güvenlik güçlerinin üst düzey amirlerinde olduğunu* açıkça belirtildiğini, ardından somut olayda kalabalığın dağıtılması emrini Emniyet Müdürünün verdiğini gözlemlemektedir. (...) Mahkeme, kolluk kuvvetleri mensupları ve emirleri veren kişiler olarak *İstanbul Emniyet Müdürü ile İstanbul Valisi hakkında* açılmış bir ceza soruşturmasının bulunmadığını dikkate alarak, Sözleşme’nin 3. maddesinin usul yönünden ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.”²⁷

Anılan sorun AYM önüne de farklı davalarda gelmiştir. Bunlardan 1 Mayıs gösterilerinde güç kullanımı bakımından benzer bağlamdaki *İbrahim Akan* başvurusunda AYM, soruşturmanın emniyet müdürü ve valiliğe doğru genişletilmemiş olmasını sorun olarak görmemiştir:

“Üst düzey kamu görevlilerinin 1 Mayıs gösterilerinin Taksim’de yapılmasının engellenmesine yönelik talimatlarının (...) illiyet bağının kurulması için yeterli olduğu söylenemez. Zira üst düzey kamu görevlilerinin müdahale talimatının, kolluk görevlilerinin yetkisini aşacak ve suç oluşturacak nitelikte hareket etmelerine yönelik olduğuna yönelik herhangi bir somut kanıt gösterilmemiştir. Dolayısıyla somut olayda üst düzey kamu görevlileri hakkında işlemden kaldırma kararı verilmesi etkili soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilmediği olarak yorumlanamaz.”²⁸

²⁷ *Süleyman Çelebi ve diğerleri v. Türkiye*, İHAM, 45052/10, 24/05/2016, §§ 91-99.

²⁸ *İbrahim Akan başvurusu*, AYM, 2014/10628, 16/11/2016, § 37.

Benzer şekilde Hopa’da yapılan bir gösteri sırasında kolluk güçlerinin yoğun gaz bombası kullanmasından dolayı kalp krizinden ölümün gerçekleştiği ve yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasının tartışıldığı *Ulaş Lokumcu* başvurusunda da AYM aynı yaklaşımı sürdürmüştür:

“Toplumsal olaylara genel nitelikte müdahale talimatı veren mülki amir hakkında yürütülen soruşturma neticesinde kamu davası açılmamış olması nedeniyle etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna bu aşamada ulaşabilmek mümkün değildir.”²⁹

Dolayısıyla bu kararlarda Anayasa Mahkemesinin etkili bir soruşturma için gerekli olan üst düzey yetkililerin de soruşturma sürecine dahil edilmesini kritik önemde görmediği söylenebilir. Bu yaklaşımın İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla uyumsuz olduğunun da altı çizilebilir.

D. Deniz Yazıcı Kararı: Caydırıcı Ceza Sorunu

Cezasızlık sorununun aşılması için gerekli adımlardan biri de ihlalin tespit edilmesi kadar suçluların da caydırıcı bir cezaya mahkûm edilmeleridir. Bu bakımdan İnsan Hakları Mahkemesi, özellikle maddi ve manevi bütünlükle ilgili davalarda ihlalin giderimi için -eğer talep edilmişse- tazminat ve her halükârda soruşturmanın veya yargılamanın yeniden başlatılmasına karar vermektedir. Bu yaklaşım AYM tarafından da paylaşılmakla birlikte Mahkeme, bazı davalarda bu yönde hareket etmemekte ve ihlal tespitiyle yetinebilmektedir. Örneğin *Deniz Yazıcı* kararı bu açıdan dikkat çekici bir örnektir. Bu davada başvuru kendisine işkence yapıldığı iddiasını ileri sürmüştür. Olayda başvuru hakkında doktor raporları ve buna dayalı bir ceza yargılaması mevcut olmasına ve hatta kolluk görevlilerinin iddia edilen edimleri gerçekleştirmiş olduğu tespit edilmesine rağmen, davanın -yukarıda da değinildiği gibi- TCK’nin “zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması” (md. 256) başlıklı maddesinden yürütülmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile sonuçlanması “caydırıcı ceza” unsuru yönünden sorun üretmiştir. Bu durum AYM tarafından, İnsan Hakları Mahkemesi ile koşut ve başarılı biçimde tespit edilmiştir. Ne var ki AYM, bu davanın sonunda ihlal belirlemesi yapmakla yetinmiş ve yeniden yargılama yapılmasına karar vermemiştir³⁰. Bunun anlamı ise işkence yasağının ihlalinin AYM tarafından tespit edilmesi ve fakat cezasızlığın yeniden üretilmesidir. Zira bu tespit, yenden yargılamaya hükmedilmediği için icra edilebilir olmaktan çıkmıştır³¹.

²⁹ *Ulaş Lokumcu başvurusu*, AYM, 2013/7753, 27/10/2016, § 52.

³⁰ *Deniz Yazıcı başvurusu*, AYM, 2013/6359, 10/12/2014, hüküm kısmı.

³¹ Ayrıca söz konusu kararda başvuruçunun ayrımcılık yasağı iddiası ise lehe veya aleyhe bir değerlendirme ve gerekçe sunulmaksızın incelenmemiştir. Bu da ayrımcılık yasağı gibi hassas konulara Anayasa Mahkemesinin yeterli duyarlılıkla yaklaşmadığını gösteren bir örnek olarak kaydedilebilir.

E. Özge Kaya Kararı: Zamanaşımı Sorunu

Anayasa Mahkemesi kararlarında çok sık görülen sorunlardan biri de Mahkeme'nin başvurusunun meselenin özünü ortaya koyduğu; fakat yanlış nitelendirdiği başvurularda, “hâkim hukuku resen uygular” (*jura novit curia*) ilkesini gerektiği gibi uygulayamaması ve başvurucuların yanlış nitelemelerini düzeltmemesidir. Oysa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre:

“Mahkeme olayın unsurlarına dair hukuku nitelendirmekte uzmandır. Kendisini başvuru veya hükümet tarafından yapılan nitelendirme ile bağlı görmez. Mahkeme, örneğin Komisyon'un taraflarca ileri sürülmeyen maddeler veya paragraflardan ötürü kabul edilebilir bulmadığı bir konuda, *jura novit curia* ilkesi uyarınca resen tanımlama yapabilir. Bir başvuru, sadece dayanılan hukuki temeller ve argümanlarla değil, ileri sürülen olaylarla da nitelendirilir.”

Bu yaklaşım AYM tarafından da paylaşıyor görünse de Mahkeme, bu bağlamda çok sayıda sorunlu karar verebilmiştir. Üstelik, *Sabah Yıldızı Radyo* kararındaki daha katılaştıran yaklaşımıyla birlikte bu sorunlu alandaki eğilimini daha da tartışmaya açık hale getirmiştir³².

Söz konusu eğilim, cezasızlık sorunu bağlamında da görünür olabilmektedir. Bu yönden dikkate değer örnek *Özge Kaya* kararıdır. Doğrudan kolluk görevlileriyle ilgili olmasa da maddi ve manevi bütünlük hakkı bağlamında zamanaşımı sorunuyla ilgili bu kararda Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı İnsan Hakları Mahkemesinin yaklaşımından ayrılmaktadır.

Bu davanın konusu, fiziksel ve manevi şiddettir. Başvurucu, 2004 yılında doktor olarak çalıştığı hastanede bir başka doktorun kendisine vurduğu ve hakaret ettiği iddiasına dayalı şikâyetinde bulunmuştur. Bu şikâyete binaen ancak 2006 yılında kasten yaralama ve hakaret gerekçesiyle kamu davası açılmış ve dava 2010 yılında mahkûmiyet ile sonuçlanmıştır. Bu karar 2012 yılında Yargıtay tarafından bozulmuş ve aynı yıl dava yeniden görülürken zamanaşımı ile sonuçlanmıştır. Başvurucu kararın ardından davanın uzun sürmesinden yakınmış ve “makul sürede yargılanma” hakkının ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi ise makul sürede yargılanma hakkını içeren adil yargılanma hakkının ceza yargılamasında “suç isnadı altındakiler” yönünden geçerli bir hak olduğunu söyleyerek “konu yönünden yetkisizlik” kararı vermiştir³³.

Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımı sorunludur. Şöyle ki söz konusu sorun, karşı oy yazan Mümtaz Akıncı'nın iddia ettiği gibi adil yargılanma hakkının öznelinin sadece suç isnadı altındakilerle sınırlanmış olması değildir. Bu sınırlama İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında da aynen geçerlidir. Ne var ki İnsan Hakları Mahkemesi, ceza yargılamasında suç isnadı altında olmayan

³² *Sabah Yıldızı Radyo başvurusu*, AYM, 2014/12727, 25/05/2017, § 19 vd.

³³ *Özge Kaya başvurusu*, AYM, 2014/11084, 01/02/2017, § 18.

müşteki, katılan, mağdur kişilerin usuli sorunlarını, davanın konusu hakkın usul boyutu yönünden tamamlamaktadır. Şöyle ki bir davanın uzun sürmesi, sanık yönünden makul sürede yargılanma hakkının ihlalini üretebilir. Bu sorunun müşteki yönünden karşılığı ise (eğer fiziksel saldırı ile ilgiliyse) işkence ve kötü muamele yasağının usul boyutunun “soruşturmanın makul özen ve süratle tamamlanması” unsuru olacaktır. Yani ceza yargılamasında adil yargılanma hakkı sanıklarla ilgili bir hak iken, bu güvencelerin müştekiler yönünden karşılığı davanın konusu olan maddi hakkın usul boyutudur. Dolayısıyla söz konusu olayda da başvuruçunun nitelemesi yanlıştır; fakat bu, başvuruçunun davanın uzunluğu ve/veya zamanaşımı sorunu karşısında korumasız kaldığı anlamına gelmez. Konu, başvuruçunun maddi ve manevi bütünlük hakkının usul boyutu yönünden incelenebilirdi. Zira başvuruçuyu doğrudan bu şekilde bir niteleme yapamamış olsa da, dava dilekçesinde müdahalenin özünü ortaya koyabilmiştir. Zira meselenin özü, başvuruçunun maddi ve manevi bütünlüğüne karşı saldırıyla ilgili davanın süratle tamamlanmamasıdır. Bu ise, devletin etkili soruşturma yükümlülüğünün makul özen ve süratle yerine getirilmediğini ifade eder. AYM, nitelemeyi düzeltip konuyu buradan incelemeyerek cezasızlık sorununa katkıda bulunmuştur.

F. Geçmişle Hesaplaşma Kararları: Ağır İnsan Hakları İhlallerinde Zamanaşımının Geriye Yürümezliği Sorunu

Cezasızlık sorununa yönelik üzerinde özel olarak durulması gereken sorunlardan biri ağır insan hakları ihlallerindeki zamanaşımı meselesidir. Türkiye’de özellikle işkence suçu bağlamında görünür olan bu konuyu tartışmalı yapan nokta, işkence suçunun özgün niteliğidir. Bu özgünlük söz konusu suçun uluslararası suçlar arasında yer almasından kaynaklanır. Uluslararası suçlar yönünden temel kural, bunların 16’ncı yüzyıldan bu yana zamanaşımına tabi olmamakla teamül hukukunun parçası olmaları³⁴ ve 20’nci yüzyılda da açıkça düzenlenirlerken ayrıca zamanaşımı düzenlemesine yer verilmemiş olmasıdır. Bu yasağa doktrinde, özellikle 1968 tarihli Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlara Zamanaşımının Uygulanmamasına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin hazırlanmasıyla birlikte bu tarihten önce böyle bir yasağın olmadığı itirazıyla yaklaşanlar olmuşsa da bu itiraz, söz konusu Sözleşme’nin “kurucu” (ihdasî) bir anlam taşımadığı, “bildirici” (ihzarî) bir anlam taşıdığı, dolayısıyla zaten var olan bir kuralın kodifiye edildiği gerekçesiyle yanıtlanmıştır.

Böyle bir sözleşme hazırlanması, “uluslararası suçların zamanaşımına uğramadığı” yönünde yeni bir kural mı getirmektedir; yoksa zaten var olan bir kuralın kodifiye edilmesini mi anlatmaktadır? Azınlıkta kalan birinci yoruma

³⁴ Arjantin La Plata Temyiz Mahkemesinin 30 Ağustos 1989 tarihli Nazi savaş suçlusu Josef Schwammberger’in Batı Almanya’ya sınır dışı edilmesiyle ilgili kararı. <https://www.legal-tools.org/en/browse/record/115213/>

göre yeni bir Sözleşme, “kurucu” bir anlam taşıyacak ve o tarihten sonraki suçlar için zamanaşımı yasağı getirecektir. İkinci yoruma göre ise böyle bir Sözleşme’nin kaleme alınması, “bildirici” bir anlam taşıyacak, yani zaten var olan bir kural, kodifiye edilmiş olacaktır. Zira bir suçun cezalandırılması kural, zamanaşımı vb. muhakeme engelleri ise istisnadır ve istisna konulmadıkça kural geçerliliğini korur. Bu bakımdan, söz konusu teamül kuralının, Sözleşme’ye taraf olmayan ülkeler için dahi geçerli olduğu kabul edilmektedir³⁵.

Kurala ilişkin bu yaklaşım sonraki uygulamalarda da karşılık bulmuştur³⁶. Öyle ki konuyla ilgili İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı da buna koşuttur. Gerçi Sözleşme’nin işkence yasağını düzenleyen 3’üncü maddesi bağlamında da yanıtlar üretilmiştir. Sözleşme sistemi, kural olarak “zamanaşımı” kavramını dışlamaz. Sözleşmeyi yorumlayan organlar, zamanaşımı konusundaki ilkesel yaklaşımını, *Stubbings ve diğerleri v. Birleşik Krallık* kararında ortaya koymuştur. İşkence suçuyla ilgili olmayan bu dava, çocukların cinsel istismarıyla ilgilidir. O

³⁵ Bu üçüncü nokta, devletlerin Sözleşme’ye taraf olmadığı dönem için dahi kuralın geçerli olduğunu göstermesi bakımından dikkat çekicidir. Şöyle ki; hazırlık çalışmalarına bakıldığında, Norveç temsilcisi, Sözleşme’ye taraf devletlerin hâlihazırda zamanaşımına uğramış suçların soruşturmalarını yeniden açma yükümlülüğü altında olmadığına dair bir hüküm eklemek istemiş; fakat bu öneri, Komisyon tarafından reddedilmiştir. Ret gerekçesi olarak da “zamanaşımının veya geriye yürümezlik ilkesinin, uluslararası hukukun amaçları yönünden, uluslararası kamu düzenine karşı ciddi suçları işlemiş kişileri desteklemeye uygun olmaması gerektiği” ifade edilmiştir. Sonuç olarak, uluslararası suçlar için zamanaşımının geçerli olması, devletlerin taraf olup olmamasından ve zamandan bağımsız bir kural olarak kabul görmüştür. Bkz. UN Doc. A/C.3/L/1563 ve UN Doc. /PV/1737, s. 48.

³⁶ 1984 Sözleşmesi’nin denetim organı olan İşkenceye Karşı Komite’nin (CAT), Venezüella ile ilgili bir kararındaki “*insan hakları ihlallerinin cezalandırılmasının zamanaşımına tabi olmaması gerektiği*” yönündeki tespiti aktarılabilir. CAT/C/CR/29/2, § 6(c). Bunlara ek olarak, BM İnsan Hakları Komitesi’nin Arjantin’deki askeri cunta yönetimi altında işlenen suçlarla ilgili olarak sonuç gözlemindeki şu tespit de aktarılmaya değerdir: “Arjantin’de askeri cunta sırasında işlendiği iddia edilen ağır medeni ve siyasal hak ihlalleri, faillerin adalet önüne çıkartılması amacıyla gerekli olduğu ölçüde, geçmişe dönük şekilde soruşturulabilir.” Bkz. CCPR Human Rights Committee, ‘Concluding observations/comments on Argentina’, 3 November 2000, CCPR/CO/70/ARG, § 9. Nihayet BM İnsan Hakları Komitesi, 31 no.lu Genel Yorumu’nda, bu konuda şu şekilde ifadelere yer vermiştir: “Taraf devletlerin yükümlülüğü, öncelikle iç hukukta veya uluslararası hukukta ceza sorumluluğu gerektiren işkence, zalimane, insanlık dışı, küçük düşürücü muamele, keyfi olarak yaşama hakkını kişinin elinden alma ve zorla kaybetmelerle ilişkili olacaktır. İhlallerden sorumlu olanların dokunulmazlığı, ihlallerin tekrarlanmasında önemli etkili bir faktör olabilir. Sivil bir topluluğa yönelik olarak yaygın ve sistemli saldırıların söz konusu olduğu hallerde, Sözleşme’nin bu şekilde ihlalleri, insanlığa karşı suçlar kapsamındadır. Benzer şekilde, Devlet memurları veya hükümet görevlileri bu paragrafta belirtilen Sözleşme ihlallerini gerçekleştirdiği takdirde, ilgili Taraf devletler, ihlali gerçekleştirenlerin, af kapsamına alınan suçlar, bağışıklıklar ve teminat vererek sorumluluktan kurtulmanın aksine, kişisel sorumluluğunu ileri sürebilecektir. Ayrıca, hiçbir resmî statü, söz konusu ihlalleri gerçekleştirenlerin hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmamalıdır. Amirin emri veya kısa süreli zamanaşımı süreleri gibi hukuki sorumluluğu bertaraf edecek engeller kaldırılmalıdır.” Bkz. CCPR Human Rights Committee, General Comment no. 31: Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, 26/05/2004, CCPR/C/21/Rev.17Add13, § 18.

dönemde Birleşik Krallık’taki zamanaşımı kanunu (1980 Limitation Act) uyarınca bir kişinin çocukluğu sırasında cinsel istismara uğraması durumunda, bedensel zararıyla ilgili olarak tazminat hakkı, 18 yaşını geçtikten 6 yıl sonra artık mümkün olmamaktadır. Başvurucu, bunun mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştü de İHAM, bu talebi, şu gerekçelerle reddetmiş ve zamanaşımı konusundaki genel nitelikteki ilkesel yaklaşımını ortaya koymuştur:

“Belli bir hakkın mahkemede ileri sürülebilmesi ya da hak arama hürriyeti kapsamında bir davanın açılabilmesi için öngörülecek süreler hukuk güvenliği ilkesi gereği olup, adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirilemez. Anılan süreler, mahkemelerin, zamanın geçmesi nedeniyle güvenilirliği kalmayan, eksik ya da ulaşılmaz zor kanıtlara dayanarak uzak geçmişte meydana gelmiş olaylar hakkında karar vermelerini istemekle oluşabilecek adaletsizliklerin önüne geçmek ve hukuk güvenliğini sağlamak gibi önemli ve meşru amaçlara hizmet ederler. Süre sınırlaması getiren bu müdahaleler, devletin takdir yetkisi içinde olup, ulaşılmak istenen meşru amaçla orantılı oldukça ve hakkın özünü zedeledikçe Anayasa’da yer alan hak arama hürriyetini engellemiş sayılmazlar.”³⁷

Bu alıntıdan sonra şu noktanın vurgulanması gerekir: Strazburg organlarının bu tespitinden, Sözleşme’den bir “zamanaşımı hakkı” türetildiği anlaşılmamalıdır. Zira Sözleşme sisteminde bir ceza davasında yargılanan kişilerin “zamanaşımından yararlanma hakkının” olduğunu söylemek şöyle dursun, Mahkeme; eğer yargılamaya konu olan suç bir uluslararası suç ise, sanıkların 6’ncı maddedeki makul sürede yargılanma hakkının klasik şeklinden yararlanmayacaklarını dahi söyleyebilmiştir. Örneğin, 1976 tarihli X. v. *Almanya* kararı, bu konuda önemli bir belirleme içermektedir. Davanın konusu, 2’nci Dünya Savaşı sırasında işlediği iddia edilen bazı savaş suçlarıyla ilgili olarak yargılanmakta olan başvurunun, Sözleşme’nin 6’ncı maddesi bağlamında makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıdır. Komisyon, bu vakada başvurunun yargılandığı davanın, diğer suçlarla ilgili yargılamalardan farklı nitelik taşıdığını, bu bakımdan içtihat yoluyla üretilen ilkelerin kendisine uygulanamayacağını ifade etmiş ve şu şekilde bir tespiti yer vermiştir:

“Zamanaşımı kuralları, savaş suçlarına uygulanmaz ve uluslararası toplum, söz konusu eylemlerin işlenmesinden itibaren uzun zaman geçmiş olmasından dolayı güçlüklerle karşılaşılmasına rağmen, Federal Almanya Cumhuriyeti’nin yetkili makamlarının bu suçları soruşturması ve kovuşturmasını gerekli kılmaktadır.”³⁸

Görüldüğü gibi, Sözleşme’de zamanaşımı hakkı gibi bir hak yoktur, ayrıca konu insanlığa karşı suç olduğunda sanıkların “makul sürede yargılanma hakkı” dahi klasik parametrelerle ele alınmamaktadır.

³⁷ *Stubbings ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, İHAM, 22083/93 ve 22095/93, 22/11/1996, § 51.

³⁸ X. v. *Almanya*, İHAM, 6946/75, 06/07/1976, ss. 115-116.

Bu tespitin netleştirildiği bir başka karar da *Sawoniuk v. Birleşik Krallık* kararıdır. Bu vakada Mahkeme, suça konu eylemlerin gerçekleştiği tarih ile yargılama arasındaki yaklaşık 50 yıllık zaman farkının, sanığın adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediği üzerinde durmuştur. Bu kararda, Zamanaşımalarının Uygulanmamasına İlişkin 1968 tarihli BM Sözleşmesi ile 1974 tarihli Avrupa Sözleşmesi'ne, bunların Birleşik Krallık tarafından imzalanmamış ve onaylanmamış olmasına değer yüklemekten atıf yapan Mahkeme, genel bir adalet gerekliliğinin, bunların 6'ncı maddeye içkin olmasını gerektirmediğini söylemiş ve somut davada Birleşik Krallık'taki jürinin, 1943 yılındaki olaylara dayanan kanıtların güvenilir ve dayanılabilir olup olmadığına karar vermek konusundaki takdiri kendisine bıraktığı müddetçe, 6'ncı madde kapsamında bir meselenin ortaya çıkmadığını ifade etmiştir³⁹.

Şu hâlde, buraya kadar aktarılan Strazburg içtihatlarını yineleyecek olursak üç önemli çıkarım yapabiliriz:

Birincisi; Sözleşme sistemi, bireylere “zamanaşımından yararlanma hakkı” benzeri bir hak tanımamaktadır, dolayısıyla bir suçun zamanaşımına tabi olması Sözleşme'yi ihlal etmez.

İkincisi; konu insanlığa karşı bir suç olduğunda, sanıkların haklarıyla ilgili olarak geleneksel içtihatlardan ayrılmak mümkündür⁴⁰.

Üçüncüsü; taraf devletler, kural olarak, bazı suçlar için zamanaşımı öngörebilirler; fakat bu zamanaşımının, suç mağdurunun hakkının özüne dokunmaması ve ulaşılmak istenen amaçla ölçülü olması gerekir.

Burada da şunu vurgulayalım: Son çıkarım, sınırlandırılabilir haklar yönünden bir anlam taşıyabilir. Çünkü belli amaçlara uygun olarak ölçülü ve hakkın özüne dokunmayan sınırlamalar, özellikle Sözleşme'nin “nitelikli haklar” (*qualified rights*) denen, örneğin 8, 9, 10, 11'inci maddesindeki haklar için kullanılacak ölçütlerdir. Konu işkence yasağı olduğunda, “ölçülü veya hakkın özüne uygun sınırlamalar yapılabilir” türünden bir tespit yapılamaz, esneklik gösterilemez. Çünkü Sözleşme'nin 3'üncü maddesindeki “işkence yasağı” mutlak bir dille kaleme alınmış, anılan maddelerden farklı olarak sınırlama nedenlerine, işkenceyi haklılaştıracak bir amaca yer verilmemiştir. Bu mutlak dil, taraf devletlerin işkence yasağı kapsamındaki yükümlülüklerinin, hangi nedenle olursa olsun esnemeyeceğini ortaya koymaktadır. Sözleşme sisteminde, taraf devletlerin negatif yükümlülükleri yanında, koruma ve usul yükümlülükleri şeklinde ifade edilecek pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır. İşkence yapan

³⁹ *Sawoniuk v. Birleşik Krallık*, İHAM, 63716/00, 29/05/2001, §§ 204-205.

⁴⁰ Öğretide de suç ve cezaların geriye yürümezliği ilkesinin insanlığa karşı suçlar için uygulama bulmayacağı ifade edilmektedir. Örn. bkz. Ömer **Anayurt**, *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru*, (Ankara: Seçkin Yay., 2004), s. 114. **Doğru/Nalbant**, s. 862. Bu yönde daha kapsamlı olarak bkz. Kerem **Altıparmak**, *Zaman ve Aşımı: Ağır İnsan Hakları İhlallerinin Kılıfını Kaldırmak*, op. cit.; **Sevdiren**, op. cit.

veya yaptığından şüphelenilen kişilerin etkili bir şekilde soruşturulması da bu yükümlülüklerin parçasıdır. Dolayısıyla Sözleşme’nin 3’ncü maddesinin taraf devletlere getirdiği mutlak yükümlülük, etkili soruşturma ve cezalandırma yönünden de geçerlidir. Bu bakımdan; işkence yasağının, Sözleşme sistemi yönünden de zamanaşımına tabi olmadığı söylenebilir.

Nitekim Mahkeme, çeşitli kararlarında bu tespiti doğrulayan veya en azından koşut nitelik taşıyan bazı belirlemelere yer vermiştir. Bunlardan biri olan *Touvier v. Fransa* kararının konusu, başvurunun yedi Yahudinin öldürülmesiyle ilgili bir suçtan dolayı ceza almasıdır. Başvurucu, bu eyleminden dolayı 1946 yılında müebbet hapis cezasına çarptırılmış; fakat kısa bir süre sonra kaçmış ve zamanaşımı süresinin dolmasına kadar beklemiştir. 1969 yılında, devlet başkanından af dileyen başvurunun bu talebi, 1971 yılında kabul edilmiş ve tüm ferî cezaları kaldırılmıştır. Bu affın toplumda ve siyasette yarattığı etki üzerine 1973 yılında kendisi hakkında yeni davalar açılmış, iç hukukta çeşitli yargı yollarına taşınan dava, 1994 yılında, başvurunun insanlığa karşı suç işlediği gerekçesiyle müebbet hapse mahkûm edilmesiyle sonuçlanmıştır. Başvurucu, bu vakada, insanlığa karşı suçlar için zamanaşımı bulunmadığını söyleyen 1964 tarihli kanunun kendisine uygulanmasının, bu kanun suç işlendiğinde yürürlükte olmadığı için, suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğunu ve Sözleşme’nin 7’nci maddesini ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Komisyon, bu davada insanlığa karşı suçlar için zamanaşımının geçerli olmadığını söyleyen 1964 tarihli kanun ve uluslararası belgeler gereği, kendisine bu hükmün uygulanmasında sorun olmadığını tespit etmiş ve başvurunun ihlal iddiasını reddetmiştir.

Olağan hukuk yolları tüketilmediği için kabul edilemez bulunan ve esastan inceleme yapılmasının mümkün olmadığı *Papon v. Fransa*⁴¹ kararında da Mahkeme, 7’nci maddede tanınan güvencenin, suç işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan hukukun genel ilkelerine göre suç olan eylem veya ihmallerin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel olmayacağını ifade etmekle birlikte *Touvier v. Fransa*⁴² davasındaki insanlığa karşı suçlar için zamanaşımının uygulanmayacağı yönündeki Komisyon tespitini yinelemiştir⁴³. Bu bağlamda Mahkeme, aynı tespiti en son *Kolk ve Kislyiy v. Estonya*⁴⁴ kararında, insanlığa karşı suçların zamanaşımına tabi olmamasının, 1945’te de hukukun genel ilkesi olduğu yönündeki belirlemesini yinelemiştir.

İşkence suçunda zamanaşımı yasağının, iç hukukta geriye dönük uygulanmasının mümkün olup olmadığı sorusuna yanıt vermek için öncelikle, suçun işlendiği tarihteki uluslararası hukuk kurallarının sonradan ulusal hukukta uygulanmasının mümkün olup olmadığına yanıt vermek gerekir. Sözleşme’nin 7’nci

⁴¹ *Papon v. Fransa*, İHAM, 54210/00, 25/07/2002.

⁴² *Touvier v. Fransa*, İHAM, 36376/04, 24/07/2008.

⁴³ *Papon v. Fransa*.

⁴⁴ *Kolk ve Kislyiy v. Estonya*, İHAM, 23052/04 ve 24018/04, 17/01/2006.

maddesinde düzenlenen “suç ve cezaların kanuniliği” ilkesiyle ilgili olan bu soru, özellikle Doğu Avrupa ülkelerinde, totaliter rejimlerden sonraki dönemlerde gündeme gelmiştir.

Strazburg organları bu vakalarda, bir eylemin gerçekleştirildiği tarihte geçerli olan uluslararası ceza hukuku kuralının, olaydan çok uzun zaman geçtikten sonra ulusal makamlarca uygulanmasının, kural olarak, Sözleşme’nin 7’nci maddesini ihlal etmediği sonucuna ulaşmışlardır. Bunlardan; *Kononov v. Letonya*⁴⁵ vakasında 1944 yılında, *Nazilerle iş birliği* yaptığını düşündükleri köylülere yönelik ölümlü misilleme hareketının yöneticiliğinin yapılmasının; *Kolk ve Kislyiy v. Estonya*⁴⁶ vakasında, 1949 yılında Sovyetler Birliği’nin etkinlik gösterdiği Estonya Cumhuriyeti’nde sivil nüfusun yerinden edilmesinin; *Penart v. Estonya*⁴⁷ vakasında 1953 yılında Estonya SSC yetkilisi olarak bir kişinin öldürülmesinin; “Duvar Davaları” olarak bilinen *K.H. W. v. Almanya*⁴⁸ ve *Streletz, Kessler ve Krenz v. Almanya*⁴⁹ vakalarında 1971-1989 yılları arasında Demokratik Almanya sınırından Federal Almanya’ya kaçmaya teşebbüs eden kişilerin öldürülmelerinin, 1990’lı yıllarda, yeni sisteme geçilmesiyle birlikte dava konusu yapılmasında ve sanıklara ceza verilmesinde sorun görülmemiştir. Bu vakalarda başvuruçular, bu eylemlerin, o dönemin iç hukukuna uygun olduğunu, yeni sistem dönemindeki hukuka göre bu eylemlerinden dolayı cezalandırılmalarının suçta ve cezada kanunilik ilkesine ve onun parçası olan suç ve cezaların aleyhe geriye yürümezliği kuralına aykırı olduğunu ileri sürmüşlerse de Mahkeme, bu iddiaları reddetmiştir. İHAM, başvuruçuların, söz konusu tarihlerdeki uluslararası hukuk kuralları gereğince eylemlerinin suç olduğunu bilebileceklerini ve bu bakımdan söz konusu ceza yaptırımlarının öngörülebilir olduğunu söylemiştir. Mahkeme, başvuruçuların, söz konusu eylemlerin o dönemki iç hukuklara uygunluk iddialarını, konuyla ilgili uluslararası hukuk kuralları karşısında göz ardı etmiştir.

Bu kararlardan anlaşılması gereken şey; bir eylemin gerçekleştiği tarihte o eylem için uluslararası hukukun suç belirlemesi yapması durumunda, bu suçun iç hukukta geriye etkili şekilde düzenlenmesinin, daha ağır bir ceza öngörülmedikçe⁵⁰ Sözleşme’ye aykırılık yaratmayacağıdır.

⁴⁵ *Kononov v. Letonya*, İHAM, 36376/04, 17/05/2010.

⁴⁶ *Kolk ve Kislyiy v. Estonya*.

⁴⁷ *Penart v. Estonya*, İHAM, 14685/04, 24/01/2006.

⁴⁸ *K.H. W. v. Almanya*, İHAM, 37201/97, 22/03/2001.

⁴⁹ *Streletz, Kessler ve Krenz v. Almanya*, İHAM, 34044/96, 35532/97 ve 44801/98, 22/03/2001.

⁵⁰ Uluslararası suçun, sonradan ulusal hukukta geriye etkili şekilde suç olarak düzenlenmesi Sözleşme’ye aykırı olmamakla birlikte bu düzenlemeyle suçun kapsamının genişletilmesi Sözleşme’nin 7’nci maddesini ihlal edebilir. Örn. bkz. *Korbely v. Macaristan*, İHAM, 9174/02, 19/09/2008; *Vasiliauskas v. Litvanya*, İHAM, 35343/05, 20/10/2015; *Maktouf ve Damjanović v. Bosna Hersek*, İHAM, 2312/08 ve 34179/08, 18/07/2013.

Acaba bu tespit, zamanaşımı kuralları yönünden de geçerli olacak mıdır? İnsan Hakları Mahkemesi bu davalarda, uluslararası suçlar yönünden tespitlere de yer vermiştir. Örneğin *Kononov* davasında 1944 yılında, uluslararası suçlar yönünden herhangi bir zamanaşımı düzenlemesi olmamasını değerlendiren Mahkeme’ye göre:

“1944 yılında savaş suçları ile ilgili uluslararası hukukta hiçbir zamanaşımı süresinin belirlenmediği ve 1944 yılından sonraki gelişmelerde, uluslararası hukukun başvurucuya atfedilen savaş suçlarının zamanaşımına uğradığına ilişkin herhangi bir düzenlemenin olmadığı sonucu çıkmaktadır. (...) Kısacası Mahkeme, ilk olarak ulusal hukukun zamanaşımı ile ilgili hiçbir hükmünün bu davada uygulanmadığı ve ikinci olarak, başvurucuya atfedilen suçlamalar hiçbir zaman uluslararası hukuka göre zamanaşımına uğramadığı kanaatindedir. Mahkeme, başvurucu hakkında açılan soruşturmaların zamanaşımına uğramadığı sonucuna varmaktadır.”⁵¹

Yani tıpkı diğer uluslararası organlar gibi Strazburg organlarına göre de; uluslararası hukukta bir suç mevcut olmasına rağmen bu suç için zamanaşımı düzenlemesi getirilmemesi, söz konusu suçun zamanaşımına tabi olmadığı anlamına gelmektedir. Bu bakımdan örneğin Türkiye’de 1980’li veya 1990’lı yıllarda uluslararası bir suç işleyen kişi, bu suçunun uluslararası hukuk yönünden zamanaşımına tabi olmadığını bilmektedir, dolayısıyla bu suçundan dolayı çok uzun zaman sonra yargılanması durumunda suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edildiğini ileri süremeyecektir.

Bu konunun bir diğer boyutu ise, suçun işlendiği sırada bir zamanaşımı süresinin mevcut olması; fakat bu sürenin sonradan kaldırılması veya değiştirilmesidir. Mahkeme, bu meseleyle *Coëme ve diğerleri v. Belçika*⁵² vakasında karşı karşıya kalmıştır. Bu davanın konusu, biri dokunulmazlığı kaldırılmış bir milletvekili olan, diğerleri de aynı suçtan dolayı Yargıtay önünde yargılanan başvurucuların işledikleri iddia edilen adi suça ilişkin zamanaşımı süresinin, suç işlendikten sonra; fakat zamanaşımı süresi tamamlanmadan önce uzatılmasıdır. Başvurucular, bu durumun Sözleşme’nin 7’nci maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüşlerse de Mahkeme, zamanaşımı süresinin uzatılmasının bir ihlal yaratmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bu karardan çıkartılacak sonuç, İnsan Hakları Mahkemesinin zamanaşımı kurallarını, suçta ve cezada kanunilik ve aleyhe geriye yürümezlik kuralının içinde görmediğidir. Bu bakımdan, bir kişinin kendisine suçun işlendiği tarihteki zamanaşımı süresinin uygulanmasını isteme hakkı olmadığı söylenebilir. Yani *Coëme ve diğerleri* kararından, taraf devletlerin suçun işlendiği tarihten sonra o suç ile ilgili zamanaşımı süresini uzatması veya zamanaşımı kuralını tamamen kaldırmasının bir sorun yaratmadığını anlıyoruz.

⁵¹ *Kononov v. Letonya*, §§ 232-233.

⁵² *Coëme ve diğerleri v. Belçika*, İHAM, 32492/96, 32547/96 ve 32548/96, 22/06/2000.

İnsan Hakları Mahkemesinin yaklaşımına benzer yaklaşım, farklı Anayasa Mahkemeleri tarafından da benimsenmektedir. Örneğin Almanya'da 1965 yılında 2'nci Dünya Savaşı'ndaki suçlarla ilgili zamanaşımı sürelerinin uzatılması, Federal Anayasa Mahkemesinin önüne geldiğinde Mahkeme, zamanaşımı süresi tamamlanmadan önce bu sürenin uzatılmasının Alman Anayasası'nda düzenlenen suç ve cezalarının kanuniliği ilkesini ihlal etmediğini söylemiştir⁵³. Mahkeme'ye göre zamanaşımı süreleri, hukuku ihlal eden faile vazgeçilmez nitelikte bir koruma getirmemektedir. Zira geriye yürümezlik yasağı mutlak bir kural değildir ve özellikle tamamlanmamış hukuksal durumlar için kazanılmış hak getirmemektedir. Bu bakımdan işlemekte olan zamanaşımı süresinin uzatılması, bir tür "gerçek olmayan geriye yürüme" niteliğindedir ve Anayasa'ya uygun olacaktır⁵⁴. Benzer eğilim, Macaristan AYM'si tarafından da sürdürülmüştür⁵⁵. Aynı şekilde, geçmişteki suçların geriye yürür şekilde soruşturulması konusu önüne gelen Çek Cumhuriyeti AYM'si bu yönde bir yaklaşımı ortaya koymuş ve zamanaşımı kurallarının "usul kuralı" olmasından hareketle, suç ve cezaların geriye yürümezliği bağlamında bir anayasal korumaya sahip olmadığını ifade etmiştir⁵⁶.

Zamanaşımı kurallarının usul kuralı olduğu yönündeki tespit, doktrinde de paylaşılmaktadır. Doktrinde çok sayıda yazara göre; zamanaşımı kuralları, maddi hukukla ilgili olmayıp, "muhakeme engeli" (*Verfahrenshindernis*) niteliğindedir. Bu nedenle maddi hukuka ilişkin bir güvence getiren suç ve cezaların aleyhe geriye yürümezliği ilkesi, zamanaşımı kuralları için geçerli değildir⁵⁷. Dolayısıyla zamanaşımı süresinin dolması, suçun cezalandırılabilirliğini değiştirmeyip, kamusal ceza makamlarının bunu gerçekleştirmesini zamansal açıdan sınırlar. Zamanaşımı, sadece ceza usul hukuku alanında etki gösterir⁵⁸.

Şimdi, bu uzun aktarımlardan sonra Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili yaklaşımına dönecek olursak, zorla kaybetme, işkence ve ölüm unsurları içeren ve bu bağlamda tartışılabilir vakaların, iki kümede toplandığını söyleyebiliriz. Bunlardan ilki 12 Eylül dönemindeki davalardır. Söz konusu davaların bir kısmında 1980'li yıllarda suç duyurusunda bulunulmuş; fakat bu dosyalar, bireysel başvuru usulünün yürürlüğe girdiği 2012 yılından önce o zamanki

⁵³ BVerfGE 25, 269, (287).

⁵⁴ BVerfGE 25, 269, (289-291).

⁵⁵ 2086/A/1991. Akt. Neil J. **Kritz** (ed.), *Transitional Justice: Transitional Justice How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, Vol. 1: General Considerations, (NY: United States Institute of Peace, 1995), s. 668.

⁵⁶ *Ibid.*, ss. 620-627.

⁵⁷ George P. **Fletcher**, *Basic Concepts of Criminal Law*, (New York: Oxford: OUP, 1998), ss. 13-14.

⁵⁸ Stefan **Zimmermann**, *Strafrechtliche Vergangenheitsaufarbeitung und Verjährung, Rechtsdogmatische und Politische Analyse mit Vergleichenden Ausblicken nach Tschechien, Ungarn und Frankreich*, (Freiburg i.B.: Iuscrim, 1997), s. 35.

ulusal mevzuat uyarınca zamanaşımına uğratılmıştır. Başvurucular, bireysel başvuru usulünün yürürlüğe girmesiyle birlikte yaptıkları suç duyurularının takipsizlikle sonuçlanmasından yakınmaktadırlar. AYM, bu davaları kategorik bir yaklaşımla “zaman yönünden yetkisizlik” gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur⁵⁹. Mahkeme bu kategorideki davalardan *Hayrettin Bülent Tarakçıoğlu* kararında ise başvuru sahibinin 12 Eylül’den itibaren 30 yıl boyunca suç duyurusunda bulunmamış olmasının üzerinde durmuş ve “bir dönemde bu konuda herhangi bir engelleyici durum söz konusu olmamasına rağmen soruşturma makamlarının önüne taşımamış olmasından soruşturma makamlarının sorumlu tutulması ve dolayısıyla işkence yasağı bağlamında devlet tarafından etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiğinin kabul edilmesi mümkün değildir” tespitiyle birlikte açıkça dayanaktan yoksunluk kararı vermiştir⁶⁰.

İkinci kategorideki davalar ise 1990’lı yıllardaki kayıp, işkence ve ölüm iddialarını içeren davalardır. Bu davalardan *Maşallah Güzelsoy* kararı da -tıpkı yukarıdakiler gibi- zaman yönünden yetkisizlik ile sonuçlandırılmıştır⁶¹. Zamanaşımından dolayı “kovuşturmaya yer olmadığı” kararlarının AYM’nin bireysel başvuruları kabul etmeye başladığı tarihten sonra verildiği örneklerde ise ihlal belirlenmesi yapılmıştır⁶². Ne var ki bu olaylarda, dosyalar yeniden soruşturulması için derece mahkemelerine gönderilmemiştir. Mahkeme, böyle yaparak 2013 yılından sonra, devlet görevlilerinin ihmali ve/veya bilinçli eylemleri sonucunda zamanaşımına sokulmuş olan ağır insan hakları ihlali dosyalarında sadece ihlal ve (talep edilmişse) tazminat tespitiyle yetinmekte; fakat konunun sürüncemede bırakılmış olmasından dolayı hesap sorulabilirliğin önünü kapatmaktadır. Oysa böyle bir durumda, devletin etkili soruşturma yapmadığı, yani devlet görevlilerinin ihmalinden kaynaklanan bir zamanaşımına, devletin etkili soruşturma yapmasına rağmen ortaya çıkan olağan zamanaşımı muamelesi yapılamaz. Böyle bir ayırım yapılmadığında etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiğini söylemiş olmanın bir anlamı kalmayacaktır.

Öte yandan AYM böyle yaparak, yukarıda anlatılanlar çerçevesinde, zamanaşımının geriye yürümezliği kuralının nasıl uygulama bulacağına dair kendisi yanıt vermediği gibi derece mahkemelerinin/savcılıkların bu konuda değerlendirme yapmasının da önünü kapatmaktadır. Oysa Anayasa Mahkemesinin kararın gereğinin yapılması için dosyayı yetkili makama göndermesi durumunda makam, anılan karar uyarınca zamanaşımının uygulama bulacağı ve bul-

⁵⁹ *Zeycan Yediğöl başvurusu*, AYM, 2013/1566, 10/12/2015; *Abdullah Aydar başvurusu*, AYM, 2013/64, 30/12/2014; *Ali Rıza Aksoy başvurusu*, AYM, 2013/4836, 09/03/2016; *Mukadder Aksoy başvurusu*, AYM, 2013/2943, 14/04/2016.

⁶⁰ *Hayrettin Bülent Tarakçıoğlu başvurusu*, AYM, 2013/4559, 23/03/2016.

⁶¹ *Maşallah Güzelsoy başvurusu*, AYM, 2014/14583, 18/05/2016.

⁶² *Birsen Gülünay başvurusu*, AYM, 2013/2640, 21/04/2016; *Hıdır Öztürk ve Dilif Öztürk başvurusu*, AYM, 2013/7832, 21/04/2016; *İsak Tepe başvurusu*, AYM, 2014/4038, 06/06/2016.

mayacağı haller arasında uluslararası hukuk çerçevesinde bir yorum geliştirme imkânı bulabilirdi.

Böyle bir imkân, 2013 yılındaki değişiklikle birlikte ulusal mevzuatta zamanaşımına tabi olmayan işkence suçunun, bu tarihten önceki eylemler için de geçerli olup olmadığına ilişkin tartışmaya da katkı sunabilirdi. Öyle ki bu yolla Anayasa Mahkemesinin, Anayasa'nın 17'nci maddesinden türeyen devletin etkili soruşturma yükümlülüğüne karşı ileri sürülebilecek olan 38'inci maddesinin 2'nci fıkrasındaki güvencenin, bireysel başvuruya konu olan "ortak koruma" alanında olup olmadığı sorusuna da yanıt üretme olanağı olurdu. Mahkeme bu fırsatı kaçırmıştır.

Kanaatimizce Anayasa'nın zamanaşımı yönünden de geriye yürümezlik kuralı, kamu makamlarının gereken tüm tedbirleri aldığı; etkili soruşturma için yapması gerekenleri, üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirdiği hâllerdeki zamanaşımı durumları için geçerlidir. Kamu makamlarının kasten veya ihmalle zamanaşımına soktuğu durumların da biçimci bir mantıkla aynı güvence içinde görülmesi yine Anayasa'da yer alan yaşam hakkı ve işkence yasağının bünyesindeki etkili soruşturma yükümlülüğünün içini boşaltır. Böyle bir yorum, Anayasa'nın sistematik yorumuna da uygun olmayacaktır.

SONUÇ

Yukarıda yazılanlardan sonra bir sonuca ulaşmak gerekirse; Anayasa Mahkemesinin, cezasızlık sorununa çözüm üretme potansiyeli olmakla birlikte İnsan Hakları Mahkemesine nazaran çok sayıda sorunlu kararının olduğu görülmektedir. Mahkeme, ilke düzeyinde olumlu tespitlerde bulursa da bu ilkelerin somut olaya uyarlanmasında her zaman tutarlı davranmamaktadır.

Öte yandan, Türkiye'de cezasızlık sorununun çözülmesi için normatif düzeyde 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ile 1481 Sayılı Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun'da güç kullanan kolluk kuvvetleri lehine olan hükümlerin en baştan gözden geçirilmesi gerekmektedir. Ayrıca özel adli kolluk uygulaması için gerekli mevzuat değişikliklerine gidilmesi de bir diğer gerekliliktir.

İçtihadi yönden ise işkence yasağının özerk bir kavram olduğu kavranmalı ve özellikle ceza yargılamalarında bu yasağın TCK'nin işkence yasağı ve eziyet suçlarıyla sınırlı bir anlam taşımadığı, somut olayın koşullarına göre kolluk kuvvetlerinin güç kullandığı bütün alanlar ile üçüncü kişiler arasındaki (yatay ilişkilerde) şiddet eylemleri ve tecavüz vakaları gibi durumlar için de uygulanabilirlik taşıdığı, etkili soruşturma yükümlülüklerinin bu gibi hâllerde de hassasiyetle uygulanması gerektiği içselleştirilmelidir. Bu tespit, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulamasında özellikle akılda tutulmalıdır. Bünyesinde şiddet barındıran suçlarda, kamu görevlilerinin aktif bir şekilde yer almadığı durumlarda dahi bu tür kararların asgari seviyede uygulanması yerinde olur.

Son olarak; zamanaşımının geriye yürümezliği kuralının Sözleşme’nin ortak koruma alanında yer almadığı tespit edilmeli, zamanaşımına uğrayan vakalarda dahi Anayasa Mahkemesi, resen dosyanın kapatılması yönelimi göstermeyip ihlal kararının gereğinin yapılması için karar örneğini ilgili makamlara mutlaka göndermeli; savcı ve yargıçların, önceki tespitlerini yeniden değerlendirmesine olanak tanınmalıdır. Ayrıca kamu makamlarının kasten veya ihmalle zamanaşımı sonucuna neden olduğu durumlar ile devletin etkili soruşturma yükümlülüklerinin gereklerini yerine getirmesine rağmen zamanaşımı oluşan durumlar arasında mutlaka bir ayrıma gidilmeli ve Anayasa’nın 38’inci maddesindeki (ortak koruma alanında yer almayan) güvencenin ikinci durum için geçerli olduğu tespit edilmelidir. Bunlar, Anayasa Mahkemesinin ağır insan hakları ihlalleri karşısında etkili bir hukuk yolu olması için mutlak gerekliliktir.

KAYNAKÇA

- Akandji-Kombe**, Jean-François: *A Guide to the Implementation of the European Convention of the European Convention on Human Rights*, (Belçika: CoE Publishing, 2007).
- Altıparmak**, Kerem (haz.): *Cezasızlıkla Mücadele El Kitabı*, (Ankara: İHOP, tarihsiz).
- Altıparmak**, Kerem: *Van Depremine Hukuktaki Artçıları: Anayasa Mahkemesi'nin Bayram Oteli Kararı*, İstanbul: TESEV Yay, 2014.
- Altıparmak**, Kerem: *Zaman ve Aşımı: Ağır İnsan Hakları İhlallerinin Kılıfını Kaldırmak*, (Ankara: İHOP, tarihsiz).
- Anayurt**, Ömer: "İnsan Hakları Bölgesel Koruma Sistemlerinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı", İlyas Doğan (ed.), *İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü*, (Ankara: Adalet Bakanlığı Yay., 2009).
- Anayurt**, Ömer: *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru*, (Ankara: Seçkin Yay., 2004).
- Atılgan**, Mehmet/İşık, Serap: *Cezasızlık Zırhını Aşmak: Türkiye'de Güvenlik Güçleri ve Hak İhlalleri*, (İstanbul: TESEV Yay., 2011).
- Benda**, Ernst/Klein, Eckart/Klein, Oliver: *Verfassungsprozessrecht: ein Lehr- und Handbuch*, (München: C.F. Müller, 2012).
- Bingöllü**, Halit (ed.): *Zorla Kaybetme ve Hukuk Dışı İnfaz: Soruşturma ve Yaptırımlar*, (İstanbul: Hafıza Merkezi, 2015).
- Doğan**, İlyas (ed.): *İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü*, (Ankara: Adalet Bakanlığı Yay., 2009).
- Doğru**, Osman/Nalbant, Atilla: *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar*, C. 1, (İstanbul: Legal Yay., 2012).
- Doğru**, Osman: *İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, (İstanbul: Legal Yay., 2006).
- Doğru**, Osman: *Yaşam Hakkı*, (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yay., 2018).
- Dursun**, Gizem: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İşkence Yasağı ve İşkenceyi Etkili Biçimde Soruşturma Yükümlülüğü*, (Ankara: Seçkin Yay., 2018).
- Erdal**, Uğur/Bakırcı, Hasan: *Article 3 of the European Convention on Human Rights*, (Geneva: OMCT, 2006).
- Fletcher**, George P.: *Basic Concepts of Criminal Law*, (New York, Oxford: OUP, 1998).
- Gözübüyük**, Şeref/Gölcüklü, Feyyaz: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016).

- Joyner**, Christopher C.: “Redressing Impunity for Human Rights Violations: The Universal Declaration and the Search for Accountability”, *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 26, 1998.
- Kritz**, Neil J. (ed.): *Transitional Justice: Transitional Justice How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, Vol. 1: General Considerations, (NY: United States Institute of Peace, 1995).
- Kurt**, Gülşah: *Cezasızlık Sorunu: Soruşturma Süreci*, (İstanbul: Hafıza Merkezi, tarihsiz).
- Lavrysen**, Laurens: *Human Rights in a Positive State: Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights* (Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia, 2016).
- Mezarobba**, Glenda: “Between Reparations, Half Truths and Impunity: The Difficult Break with the Legacy of the Dictatorship in Brazil”, *Sur International Journal on Human Rights*, Vol. 13, 2010.
- Mowbray**, Alastair: *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, (Oxford/Portland/Oregon: Hart Publishing, 2004).
- Penrose**, Mary Margaret: “Impunity-Inertia, Unaction, and Invalidity: A Literature Review”, *Boston University International Law Journal*, Vol. 17, 1999.
- Sağlam**, Fazıl: “Anayasa Şikâyeti -Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar”, Ece Göztepe/Aykut Çelebi (haz.), *Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler*, (İstanbul Metis Yay., 2012).
- Sevdiren**, Öznur: *Türkiye’nin Cezasızlık Mevzuatı*, (İstanbul: Hafıza Merkezi, tarihsiz).
- Şenol**, Cem: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü*, (İstanbul: Oniki Levha Yay., 2013).
- Şirin**, Tolga: *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, (İstanbul: Oniki Levha Yay., 2015).
- Şirin**, Tolga: *Bireysel Başvuru Usul Hukuku*, (Ankara: Avrupa Konseyi Yay., 2018).
- Şirin**, Tolga: *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulamasıyla Mukayeseli Bir İnceleme*, (İstanbul: Oniki Levha Yay., 2013).
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sancakdar**, Oğuz/**Önok**, Rifat Murat: *İnsan Hakları El Kitabı*, (Ankara: Seçkin Yay., 2018).
- Xenos**, Dimitris: *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, New York: Roudledge, 2012).

Viñuales, Jorge E.: “Impunity: Elements for an Empirical Concept”, *Law and Inequality*, Vol. 25: 115, 2007.

Zimmermann, Stefan: *Strafrechtliche Vergangenheitsaufarbeitung und Verjährung, Rechtsdogmatische und Politische Analyse mit Vergleichenden Ausblicken nach Tschechien, Ungarn und Frankreich*, (Freiburg i.B.: Iuscrim, 1997).

KARARLAR

Anayasa Mahkemesi

Abdullah Aydar başvurusu, AYM, 2013/64, 30/12/2014.

Ali Rıza Aksoy başvurusu, AYM, 2013/4836, 09/03/2016.

Birsen Güllüney başvurusu, AYM, 2013/2640, 21/04/2016.

Deniz Yazıcı başvurusu, AYM, 2013/6359, 10/12/2014.

Erdal Korkmaz ve diğerleri başvurusu, AYM, 2013/2653, 18/11/2015.

Erdem Gül ve Can Dündar başvurusu, AYM, 2015/18567, 25/02/2016.

Hayrettin Bülent Tarakçıoğlu başvurusu, AYM, 2013/4559, 23/03/2016.

Hıdır Öztürk ve Dilif Öztürk başvurusu, AYM, 2013/7832, 21/04/2016.

İbrahim Akan başvurusu, AYM, 2014/10628, 16/11/2016.

İsak Tepe başvurusu, AYM, 2014/4038, 06/06/2016.

Makbule Talay başvurusu, AYM, 2013/8592, 06/01/2016.

Maşallah Güzelsoy başvurusu, AYM, 2014/14583, 18/05/2016

Mukadder Aksoy başvurusu, AYM, 2013/2943, 14/04/2016.

Özge Kaya başvurusu, AYM, 2014/11084, 01/02/2017.

Rahil Dink ve diğerleri başvurusu, AYM, 2012/848, 17/07/2014.

Sabah Yıldızı Radyo başvurusu, AYM, 2014/12727, 25/05/2017.

Serpil Kerimoğlu ve diğerleri başvurusu, AYM, 2012/752, 17/09/2013.

Ulaş Lokumcu başvurusu, AYM, 2013/7753, 27/10/2016.

Zeycan Yedigöl başvurusu, AYM, 2013/1566, 10/12/2015.

Danıştay

Danıştay 5. Daire, E. 2009/6755, K. 2011/2758, T. 25/05/2011.

Almanya

BVerfGE 25, 269

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi

Batı ve diğerleri v. Türkiye, İHAM, 33097/96 ve 57834/00, 03/06/2004.

Coëme ve diğerleri v. Belçika, İHAM, 32492/96, 32547/96 ve 32548/96, 22/06/2000.

Dink v. Türkiye, İHAM, 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, 14/09/2010.

Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası v. Türkiye, İHAM, 20347/07, 05/07/2016.

K.H. W. v. Almanya, İHAM, 37201/97, 22/03/2001.

Kolk ve Kislyiy v. Estonya, İHAM, 23052/04 ve 24018/04, 17/01/2006.

Kononov v. Letonya, İHAM, 36376/04, 17/05/2010.

Korbely v. Macaristan, İHAM, 9174/02, 19/09/2008.

Maktouf ve Damianoviç v. Bosna Hersek, İHAM, 2312/08 ve 34179/08, 18/07/2013.

Papon v. Fransa, İHAM, 54210/00, 25/07/2002.

Penart v. Estonya, İHAM, 14685/04, 24/01/2006.

Sawoniuk v. Birleşik Krallık, İHAM, 63716/00, 29/05/2001.

Streletz, Kessler ve Krenz v. Almanya, İHAM, 34044/96, 35532/97 ve 44801/98, 22/03/2001.

Stubbings ve diğerleri v. Birleşik Krallık, İHAM, 22083/93 ve 22095/93, 22/10/1996.

Süleyman Çelebi ve diğerleri v. Türkiye, İHAM, 45052/10, 24/05/2016.

Touvier v. Fransa, İHAM, 36376/04, 24/07/2008.

Vasiliauskas v. Litvanya, İHAM, 35343/05, 20/10/2015.

X. v. Almanya, İHAM, 6946/75, 06/07/1976.

