

İşkence ve Kötü Muamele Yasağının Yatay Etkisi (Drittwirkung)(*)

The Horizontal Effect (Drittwirkung) of the Prohibition of Torture and 111-Treatment

Dr. Öğr. Üyesi Ali Emrah BOZBAYINDIR¹

Öz:

İşkence ve kötü muamele yasağı, gerek ulusal gerekse uluslararası hukukta mutlak ve istisna getirilemez niteliktedir. Bu yasak esasen devletlere negatif bir yükümlülük yüklemektedir. Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve bireysel başvuru usulü kapsamında verdiği kararlarda Anayasa Mahkemesi işkence ve kötü muamele yasağının ihlali teşkil eden fiillerin önlenmesi ve etkin bir şekilde soruşturulması için devletin pozitif yükümlülüklerinin varlığını kabul etmektedir. Pozitif yükümlülükler çerçevesinde önem taşıyan konulardan biri de birey-birey ilişkilerinin (*inter se*) bu yasak kapsamında değerlendirilmesidir. Bunun sonucu olarak işkence ve kötü muamele ağırlığına ulaşan fiillerin üçüncü kişilerden kaynaklanmalar dahi önlenmesi ve etkin bir şekilde soruşturulması yükümlülüğü ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda bilhassa çocuklara karşı istismar ve şiddet ile aile içi şiddet vakaları ön plana çıkmaktadır. Bu çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararları ile öğretide işkence ve kötü muamele yasağının yatay etkisinin kapsam ve sınırları tetkik edilmektedir.

Anahtar Kelimeler:

İşkence, Gayriinsani Muamele, Haysiyet Kırıcı Muamele, Pozitif Yükümlülükler, Etkin Soruşturma, Yatay Etki.

1 Abstract:

The prohibition of torture and ill-treatment is of an absolute character and a non-derogable right, and it mainly implies negative responsibilities for the state. Thus being so, the European Court of Human Rights and the Turkish Constitutional Court have developed positive obligations for the prevention and effective investigation of ill-treatment allegations. One of the significant issues in this regard is the extension of such obligations to individual-individual (*inter se*) relations. As a consequence of this extension, states are now under the obligation of preventing and effectively investigating ill-treatment allegations even though they might have been committed by private individuals. In this vein, cases of violence against and abuse of children and domestic violence are of prime importance. In this study, the horizontal effect of the prohibition of torture and ill-treatment shall be in the light of the ECHR and the Turkish Constitutional Court judgments and literature analysed.

Keywords:

Torture, Inhuman Treatment, Degrading Treatment, Positive Obligations, Effective Investigation, Horizontal Effect.

1 Giriş

Gerek uluslararası gerek bölgesel insan hakları sözleşmelerinde düzenlenen işkence yasağı, mutlak ve bir milleti tehdit eden olağanüstü acil durumlarda dahi istisna getirilemez niteliğe sahiptir.¹ Uluslararası

<1> Hakemli makale | Peer Reviewed Article

¹ İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi | Hukuk Fakültesi | Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı | Öğretim Üyesi
abozbayindir@yahoo.com

Makalenin yayınevine geliş tarihi: 23.07.2018

Makalenin kabul tarihi: 03.08.2018

¹ Bkz. DEMİRBAŞ, Timur: *İşkence Suçu*, 2. Baskı, Ankara 2016, s. 41 vd.; JAYAVICKRAMA, Nihal: *The Judicial Application of Human Rights Law*, 2nd edition, Cambridge 2017, s. 283 vd.; ÖZTÜRK, Bahri: "Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı (Yasak Sorgu Metodları)", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: Aralık 2003, (s. 39-80), s. 40-42; ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SRİMA GEZER, Özge / KIRIT SAYGILAR, Yasemin F. / ALAN AKCAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / ERDEN TÜRÜNÇÜ, Efser: *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Ankara

hukukta da bu yasak emredici bir norm (*jus cogens*) olarak tavsif edilmektedir.² Anayasamızda işkence ve kötü muamele yasağına açıkça yer verilmiştir.³ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ("AİHS") m. 3 hükmü de işkence ve kötü muamele yasağını mutlak bir yasak olarak düzenlemektedir.⁴

Ulusal ve uluslararası hukuk metinlerinde işkence yasağı, esasen devlet veya devlet yetkilileri tarafından işkence veya kötü muamele teşkil eden fiillerin işlenmemesini ifade eden negatif nitelikte bir hak olarak düzenlenmiştir. Buna karşılık, zaman içerisinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("AİHM") 3'üncü madde hükmünü devletlere önleme ve koruma yükümlülüğü yükleyecek şekilde yorumlamaya başlamıştır. Nihayet üçüncü kişilerden kaynaklanan fiillere karşı da Sözleşmenin yatay etkisini kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru usulü çerçevesinde verdiği kararlarda işkence ve kötü muamele yasağının yatay etkisini kabul etmektedir.

Öğretide insan haklarının dolaylı yatay etkisi (*mittelbare Drittwirkung*) olarak adlandırılan pozitif yükümlülüğün görünüm biçimi çalışmamızın konusunu teşkil etmektedir. Bu çerçevede çalışmamızda evvela öğreti ve içtihatlar ışığında pozitif yükümlülükler ve insan haklarının yatay etkisi öğretisini ele alacağız. Bu çerçevede Mahkemenin bu yükümlülükleri geliştirirken izlediği metot ve yaklaşım ile buna getirilen eleştirileri tetkik edeceğiz. Akabinde, işkence ve kötü muamele yasağının yatay etkisi konusundaki incelememizin daha iyi anlaşılması için AİHS m. 3'te kullanılan işkence, gayriinsani ve haysiyet kırıcı muamele kavramlarını ana hatlarıyla izah edeceğiz. Bu husustaki açıklamaları takip eden kısımda ise, AİHM ve Anayasa Mahkemesi içtihatları çerçevesinde işkence ve kötü muamele yasağının yatay etkisinin kabul edildiği vaka tiplerini irdeleyeceğiz. Bu kapsamda bilhassa, özel korunmaya muhtaç olan çocuklar, aile içi şiddet veya cinsel saldırı suç mağdurlarının kötü muameleye karşı korunmaları yükümlülüğü ile bu husustaki iddiaların etkin soruşturulması yükümlülüğünün kapsam ve muhtevasını ortaya koymaya çalışacağız. Son bölümde ise, AİHM'in 2014 yılında karara bağladığı İbrahim Demirtaş / Türkiye davası bağlamında işkence ve kötü muamele yasağının yatay etkisinin sınırları meselesini ele alacağız.

2017, s. 119 vd. Örneğin, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin 5'inci maddesine göre: "Hiç kimse işkenceye, zalimane, gayriinsani, haysiyet kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulamaz."

² TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SANC AKDAR, Oğuz / ÖNOK, Rifat Murat: *İnsan Hakları El Kitabı*, 6. Baskı, Ankara 2016, s. 141-142; SHAW, Malcolm N.: *International Law*, Eighth edition, Cambridge 2017, s. 93; JAYAWICKRAMA: s. 285.

³ 1982 Anayasası m. 17/3 hükmü şu şekildedir: "Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz."

⁴ "Hiç kimse işkenceye ve insanlık dışı ya da haysiyet kırıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz."; Sözleşme ve işkence yasağı hakkında bilgi için bkz. DEMİRBAŞ: s. 53 vd.; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / KIRIT SAYGILAR / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ: s. 95-100.

II. Pozitif Yükümlükler ve İnsan Haklarının Yatay Etkisi (*Drittwirkung*) Öğretisi

İnsan hakları hukuku normlarının birinci muhatabı devletlerdir. Yaşam hakkı veya işkence yasağı gibi klasik negatif haklar söz konusu olduğunda devletin esas sorumluluğu devlet adına görev yapanların bu hakları ihlal etmemelerini sağlamaktır. Türkiye'nin de tarafı olduğu AİHS esasen klasik liberal anlayışın ürünü olan ve genel olarak negatif nitelikteki medeni ve siyasi haklardan müteşkil bir metin hüviyetindedir.⁵ Genel olarak, Sözleşmenin amacı Yüksek Sözleşmeciler Devletlerin ihlallerine karşı bireylerin temel haklarını korumaktır. Bu amaç, devlete ve yetkililerine ilgili hakları ihlal etmekten men eden negatif yükümlülükler yüklenmesi suretiyle büyük ölçüde gerçekleştirilmektedir. Bununla birlikte, insan haklarının tam manasıyla hayata geçirilmesi ve etkin bir koruma temin edilmesi için belli hakların devlete pozitif yükümlülükler yükleyecek şekilde yorumlanması gerekmektedir.⁶ Bu çerçevede Mahkeme, zaman içinde esasen negatif nitelikte olan işkence yasağı gibi düzenlemeleri Sözleşmenin 1'inci maddesi yollamasıyla genişletici yoruma tabi tutarak bir takım pozitif yükümlülüklerin varlığını kabul etmiştir.⁷ Bu bağlamda, devletlerden sadece 3'üncü madde kapsamındaki fiillerin devlet ajanları tarafından işlenmesine mani olmaları beklenmemekte aynı zamanda örneğin şayet böyle bir ihlal gerçekleştiği şüphesi varsa bunu etkin bir şekilde soruşturmaları da beklenmektedir.

Gerçekten AİHM, pozitif haklar yaklaşımını ilk olarak devletin usuli yükümlülükleri bakımından kabul etmiştir. Bu kapsamda devletin, pozitif tedbirler olarak (örneğin ilgili mahkemelerin tesisi ve usule ilişkin kuralları kabulü) temel haklardan istifade edilmesini mümkün kılması gerekmektedir. Gerçekten Mahkeme 1960'lı yıllardan itibaren devletlere pozitif yükümlülükler yüklemeye başlamıştır ve yirmi yıldan fazla bir süredir de içtihatlarında pozitif yükümlülükler ("*positive obligations*", "*obligations positives*") kavramını kullanmaktadır.⁸ Bugün artık pozitif yükümlülükler Mahkemenin temel haklar öğretisinin vazgeçilmez bir unsuru haline gelmiştir.⁹ Mahkeme, devletlere pozitif yükümlülükler yükleyen içtihadını, büyük ölçüde Söz-

⁵ SHELTON, Dinah / GOULD, Ariel: "*Positive and Negative Obligations*", in: Dinah Shelton (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford 2013, (s. 562-583), s. 569.

⁶ EMMERSON, Ben / ASHWORTH, Andrew / MACDONALD, Alison: *Human Rights and Criminal Justice*, Third Edition, London 2012, s. 104.

⁷ Bkz. MOWBARY, Alastair: *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford 2004, s. 1 vd.; EMMERSON / ASHWORTH / MACDONALD: s. 104.

⁸ Bkz. GRABENWARTER, Christoph / PABEL, Katharina: *Europäische Menschenrechtskonvention, Ein Studienbuch*, 6. Auflage, München 2016, § 19 kn. 1; SHELTON / GOULD: s. 569.

⁹ KRIEGER, Heike: "*Positive Verpflichtungen unter der EMRK: Unentbehrliches Element einer Gemeineuropäischen Grundrechtsdogmatik, leeres Versprechen oder Grenze der Justitiabilität?*", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 74, 2014, (s. 187-213), s. 189.

leşmenin yorumunda “etkililik ilkesi” (*the principle of effectiveness*) marifetiyle geliştirmiştir.¹⁰

Mahkeme, Sözleşme lafzında açıkça düzenlenmeyen bu pozitif yükümlülüklerin varlığını -zaman zaman ağır tenkitlere de uğrayan- Sözleşmenin yaşayan bir enstrüman (*a living instrument*) olduğu yaklaşımıyla temellendirmektedir. Buna göre Mahkeme, Sözleşmenin günün ekonomik ve sosyal değişimlerine uygun olarak yorumlanması yaklaşımını uzun zamandır benimsemiş görmektedir.¹¹ Mahkeme bu yorum tarzına dayanmak suretiyle vaka temelli olarak pozitif yükümlülüklerin doğup doğmadığı meselesini ele almaktadır.

Sözleşmenin “yaşayan bir enstrüman” olduğu tabiri ilk olarak 1978 Tyrer / Birleşik Krallık davasında kullanılmıştır.¹² Bu davada başvuran, İrlanda (Denizi’ndeki Man Adası’nda oturan Birleşik Krallık vatandaşı 15 yaşında bir gençtir. Başvuran, çocuk mahkemesi tarafından diğer üç arkadaşıyla beraber okuldaki daha büyük yaştaki bir çocuğa karşı (okula bira soktuğunu müdüriyete şikâyet etmesi üzerine intikam almak amacıyla işledikleri cebir ve şiddet eylemleri nedeniyle, üç kere sopa ile vurma cezasına çarptırılmıştır. Başvuranın cezası, iki polisin başvuranı tutması ve üçüncü bir polis memurunun da sopayla üç kez vurması suretiyle infaz edilmiştir.¹³ Mahkeme, sopa cezasının “haysiyet kırıcı bir ceza” (*degrading punishment*) olduğu ve bu nedenle Sözleşmenin 3’üncü maddesinin ihlal edildiği neticesine varmıştır.

İngiliz hâkim *Sir Gerald Fitzmaurice* karara muhalefet etmiş, sopa cezasının haysiyet kırıcı bir ceza olmadığını, bu nevi cezanın yaramaz oğlanları tedip için tatbik edilen gayet normal bir ceza olduğunu ifade etmiştir. Buna karşılık Mahkeme, Sözleşmenin yaşayan bir enstrüman olduğu ve günün şartları ışığında yorumlanması gerektiğini ifade ederek, Sözleşmeyi zamanın koşullarına göre genişletmenin ilk adımını atmıştır. Sözleşmenin yorumunun, O’nu kaleme alanların beklenti ve niyetlerinin ne kadar ötesine geçebileceği ve Sözleşmenin tatbik sahasının genişlemesinin doğal sınırlarının tayini günümüzde değişen yoğunluklarla da olsa Sözleşmeye taraf tüm ülkelerde tartışılan bir husus haline gelmiştir.¹⁴ Mahkemenin genişletici yorumunda şu üç mülhaza rol oynamıştır: Lafzi yoruma nazaran teleolojik yoruma ağırlık verilmesi; Sözleşmenin günün koşullarına uygun yorumlanması ihtiyacı ve Sözleşmenin teorik olmaktan ziyade pratik ve etkin

bir hak koruması sağlaması.¹⁵ Buna mukabil, Yüksek Sözleşmeciler Devletler tarafından uzun müzakereler neticesinde kabul edilen bir metnin Strazburg’daki hâkimler tarafından üzerinde uzlaşılan metnin lafzından uzaklaşan ve hatta lafzında öngörülmeyen hususları ihtiva edecek tarzda yorumlanması, devletler hukukunda rıza ilkesini (*principle of consent, Konsensprinzip*) ihlal ettiği gerekçesiyle tenkit edilmektedir.¹⁶ Zira gerekli özen gösterilmeden Sözleşmenin çok geniş yorumlanması devletleri yargısal yorum marifetiyle bağlı olmadıkları yükümlülükler altına sokma riskini doğuracaktır. Hiç şüphesiz, Sözleşmeden doğan pozitif yükümlülükler ve yatay etkinin sınırı ile devletlerin takdir yetkisinin sınırlandırılması bu husustaki tartışmaların odağında yer almaktadır.¹⁷

Günümüze gelindiğinde ise Mahkeme, kimi zaman kendisini, ne sözleşmeni lafzı ne tarihi kanunkoyucunun niyetiyle bağlı görmektedir. Öğretide, Mahkemenin makul sınırlar içinde kalarak yorum yapmasının meşruiyet tartışmaları bakımından önemi vurgulanmaktadır. Bu noktada Mahkemenin, Sözleşmenin lafzıyla açıkça çelişen kararlar vermemesi ve bu şekilde öngörülebilir olması gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıca Sözleşmenin yorumunun diğer uluslararası insan hakları sözleşmelerindeki ilkelerle ahenkli olması, Mahkemenin Sözleşmede mündemiç olan evrensel hürriyet ve eşitlik değerleriyle demokratik olarak seçilmiş Sözleşmeciler devlet yönetimlerinin verdikleri kararlar arasında adil bir denge sağlaması gerektiği vurgulanmaktadır.¹⁸ Bu husus önemlidir; çünkü Mahkemenin kararlarının iç hukuk düzenleri üzerinde hatırı sayılır tesiri olmaktadır. Bu nedenle, pozitif yükümlülükler konusundaki tenkitler, devletler hukuku ilkelerinin ihlali ile demokrasi ve kuvvetler ayrılığı ilkeleri zaviyesinden yapılmaktadır. Hatta bu eleştirilerin daha esaslı olduğunu söylemek abartı olmayacaktır.¹⁹ Öğretide *Krieger*, Mahkemenin karar alma ve Sözleşmeyi yorumlama yönteminin meşruiyetine yönelik eleştirileri dikkate alması gerektiğini, örneğin Birleşik Krallık gibi bir ülkenin Sözleşmeden çıkmasının, sadece bölgesel etkilerinin olmayacağı bilakis evrensel insan hakları koruma düzeninin külliyen reddi neticesini doğurabileceği uyarısını yapmaktadır.²⁰

Bir yükümlülük şayet pozitif nitelikteyse genel olarak devletin negatif yükümlülükler nazaran daha geniş bir takdir yetkisine (*the margin of appreciation*) sahip olabileceği kabul edilmektedir.²¹ Buna ilave olarak, pozitif yükümlülükten söz edilebilmesi için talepte bulunan kişinin ilgili subjektif haktan yararlanacak durumda olması; bir başka deyişle bu kişinin devletten koruma talebinde bulunma hakkının olması gerekmektedir. Bu noktada Mahkeme, devlet organlarının ağır

¹⁰ SPIELMANN, Dean: “European Convention on Human Rights, The European Court of Human Rights”, in: Dawn Oliver ve Jörg Fedtke, Human Rights and the Private Sphere, A Comparative Study, London 2007, (s. 427-464), s. 428; SHELTON / GOULD: s. 569.

¹¹ SATZGER, Helmut: *International and European Criminal Law*, Second Edition, Oxford 2018, s. 177.

¹² Tyrer / Birleşik Krallık, 25 Nisan 1978 tarihli kararı, n. 5856/72.

¹³ Kararın Türkçe özeti için bkz. ÖZMAN, Aydoğan: “Avrupa İnsan Hakları Divanı’nın 1978 Yılında Verdiği Kararlar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 35, S. 1-4, 1978, (s. 195-218), s. 203 vd.

¹⁴ AİHM’in bazı içtihatlarının çok ileri gittiği yolunda bir tenkit için bkz. BARONESS HALE OF RICHMOND: “*Beanstalk or Living Instrument? How Tall Can the ECHR Grow*”, Bernard’s Inn Reading 2011, s. 2 vd.

¹⁵ BARONESS HALE OF RICHMOND: s. 7-8; KRIEGER: s. 189, 201 vd.

¹⁶ BARONESS HALE OF RICHMOND: s. 8; KRIEGER: s. 194-195.

¹⁷ BARONESS HALE OF RICHMOND: s. 16 vd.

¹⁸ BARONESS HALE OF RICHMOND: s. 20-21.

¹⁹ Bu hususta bkz. KRIEGER: s. 196-197.

²⁰ KRIEGER: s. 213.

²¹ Bkz. SCHABAS, William A.: *The European Convention on Human Rights, A Commentary*, Oxford 2015, s. 91.

ihmalî olup olmadığına bakarak devletin garanti etme yükümlülüğü çerçevesinde karar vermektedir.²²

Pozitif yükümlülükler bağlamında Sözleşmenin yatay etkisi bilhassa koruma yükümlülüğü, usule ilişkin garanti yükümlülükleri ve bilgilendirme yükümlülüğü gibi konularda söz konusu olmaktadır. Pozitif yükümlülükler maddi ve usuli nitelikte olmalarına göre de tefrik edilmektedir.²³ Pozitif yükümlülükler öğretisi, Sözleşmenin yatay ilişkilerde uygulanmasında kendisine müracaat edilen en önemli araçtır. Bir başka deyişle, yatay ilişkilere Sözleşmenin uygulanması pozitif yükümlülüklerin bir görünüm biçimidir.²⁴

Mahkeme, bilhassa suç mağdurlarının korunması noktasında devletlere pozitif mükellefiyetler yüklemektedir. Mahkeme, devletin Sözleşmede yer alan hakları ihlal eden kişilere karşı önleyici ve cezalandırıcı tedbirlerin alınması için yeterli bir sistem kurma yükümlülüğü altında olduğunu kabul etmektedir. Özellikle, Sözleşmenin 2'nci ve 3'üncü maddesini ilgilendiren bir olay vuku bulduğunda polis ve diğer ilgili kamu makamları, bu nevi bir ihlali önlemek, etkin ve bağımsız bir soruşturma yürütmek suretiyle failin tespiti ve soruşturulmasını sağlamalıdır.²⁵

Esasen, pozitif nitelikte de olsa dikey nitelikte yani devlet-birey arası münasebetleri düzenleyen bu yorum daha da genişletilerek, zaman içinde Sözleşmenin birey-birey (*inter se*) ilişkilerinden kaynaklanan yatay düzeydeki uyumsuzlukları ("ihlalleri") de belli hallerde kapsadığı kabul edilmiştir. Bu anlamda, pozitif yükümlülükler öğretisi, Sözleşmenin yatay ilişkilerde uygulanmasında kendisine müracaat edilen en önemli araçtır.²⁶

Mahkemenin bu metotlar marifetiyle Sözleşmeyi geniş yorumlaması zaman zaman yargısal aktivizm tenkitlerini beraberinde getirmektedir. Buna mukabil, günümüzde insan haklarına yönelik en büyük tehditlerin üçüncü şahıslardan kaynaklandığı, bu nedenle devletlerin bu alana müdahale etmesinin elzem olduğu ve adeta insan haklarının devlete karşı korunması anlayışının yerini insan haklarının devlet tarafından korun-

ması anlayışının aldığı ileri sürülmektedir.²⁷ Bu durum, AİHS'in şahıslar arasındaki özel ilişkileri kapsamamasına rağmen Mahkemenin çeşitli metotlara müracaat ederek Sözleşmenin uygulama sahasını üçüncü şahıslar arasındaki ilişkilere teşmil etmesiyle mümkün olmuştur.²⁸ Doğrudan yatay etki (*unmittelbare Drittwirkung*, *direct horizontal effect*) ancak bireylerin birbiri aleyhine Mahkemeye başvurusu imkânı olması halinde söz konusu olabilir. Ancak, Sözleşmede böyle bir usul benimsenmemiştir. Bireyler, sadece Yüksek Sözleşmeciler Devletlere karşı başvuru imkânı tanınmış olması nedeniyle birbiri aleyhine Mahkemeye başvuramamaktadır. Dolayısıyla burada söz konusu olan yatay etki dolaylı yatay etkidir (*mittelbare Drittwirkung*, *indirect horizontal effect*).²⁹ Bir başka deyişle, Sözleşmenin üçüncü şahıslara karşı başvuru imkânı tanımaması nedeniyle ancak dolaylı yatay etkiden söz edilebilmektedir. Mahkeme bu yöndeki talepleri Sözleşmenin 34'üncü maddesi hükmüne atıfla reddetmiştir.³⁰ Mahkeme, zaman içinde dolaylı yatay etki çerçevesinde Sözleşmenin birçok hükmünün kapsamını üçüncü şahıslara uygulayabilecek şekilde genişletmiştir.³¹ Bu bilhassa devletin üçüncü şahısların ihlallerini önleyici yasal ve diğer gerekli tedbirleri almaması nedeniyle sorumlu tutulduğu durumlarda söz konusu olmaktadır.³²

Sözleşmenin uygulama sahasının Mahkeme tarafından, ister yatay etki (*Drittwirkung*, *L'effet horizontal*) öğretisi ister koruma yükümlülüğüne dayansın birey-birey ilişkilerine teşmil edilmesi, sadece AİHM ile sınırlı kalmamıştır. Günümüzde Fransız, İtalyan, Hollanda, Avusturya ve hatta Birleşik Krallık hukuk sistemlerinde, AİHM'in bu konudaki uygulamasının iktibası neticesinde birey-birey ilişkilerinde de temel hakların uygulanması benimsenmiştir.³³ Nitekim Anayasa Mahkemesi de aşağıda ele alacağımız kararlarında görüleceği üzere temel hakların yatay etkisini kabul etmektedir.

Mutlak nitelikte olmasa da devletin bireyi işkence ve kötü muameleden koruma yükümlülüğü kapsamına girdiği kabul edilen vakalarda, üçüncü şahıslardan kaynaklanan hak ihlalleri şayet bu yasak kapsamına giriyorsa devlet hak ihlalinden dolayı sorumlu tutulabilmektedir.³⁴ Bu durumda ele alınması gereken ana mesele, hangi hallerde devletlerin bireylerin (vatandaşların) kendi arasında vuku bulan ve ihlal niteliği

²² Örneğin, Öneriyıldız / Türkiye davasında, 28 Nisan 1993 tarihinde Ümraniye'de metan gazı nedeniyle patlayan ve 39 kişinin ölümüne yol açan çöplüğe ilişkin Devletin gerekli önlemleri almadığından bahisle Mahkeme 2'nci maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme Devletin pozitif yükümlülüğünü şu şekilde temellendirmiştir: "Bu vakada, Devlete isnat edilebilir ağır ihmal ile can kayıpları arasındaki nedensel ilişki başvuranın evinin yıkılması için de geçerli olduğu açıktır. Mahkeme'ye göre, netice olarak meydana gelen ihlal [temel hakka yönelik, AEB] bir "müdahale" olmayıp, bilakis bir pozitif yükümlülüğün ihlali niteliğindedir (*breach of a positive obligation*). Zira bu vakada Devlet görevlileri ve makamları başvuranın mülkiyet hakkına ilişkin menfaatleri korumak için yetkileri dâhilinde olan koruyucu tedbirleri almak konusunda her şeyi yapmamışlardır." Öneriyıldız / Türkiye Davası, B.N. 48939/99, 30.11.2004, p. 135; ayrıca bkz. SHELTON / GOULD: s. 572.

²³ Bkz. FLORCZAK-WATOR, Monika: "The Role of the European Court of Human Rights in Promoting Horizontal Positive Obligations of the State", *International and Comparative Law Review*, vol. 17, no. 2, 2017, (s. 39-53), s. 40.

²⁴ EMMERSON / ASHWORTH / MACDONALD: s. 104-105.

²⁵ EMMERSON / ASHWORTH / MACDONALD: s. 105-106.

²⁶ SPIELMANN: s. 433 vd.

²⁷ Bkz. FLORCZAK-WATOR: s. 39 vd.

²⁸ Bkz. FLORCZAK-WATOR: s. 40.

²⁹ Bkz. GRABENWARTER / PABEL: § 19 kn. 8; FLORCZAK-WATOR: s. 43-44; CLAPHAM, Andrew: "The 'Drittwirkung' of the Convention", in: Ronald Macdonald, Franz Matscher ve Herbert Petzhold, *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht 1993, (s. 163-206), s. 165.

³⁰ Örneğin, Mahkeme Mihailescu / Romanya başvurusunda, Mahkemenin üçüncü şahıslara karşı yönelmiş başvurular konusunda kişi bakımından (*ratione personae*) yetkisi olmadığını açıkça ifade etmiştir. Bkz. Florin Mihailescu, B.N. 47748/99.

³¹ Bkz. SPIELMANN: s. 428-430.

³² Bkz. CLAPHAM: s. 166.

³³ Bkz. KRIEGER: s. 191.

³⁴ Bkz. MOWBARY: s. 43 vd.; M. ve M. / Hırvatistan, B.N. 10161/13, 03.09.2015, p. 136.

taşıyan fillerden sorumlu olabileceği; belki de daha önemlisi bu nevi fillerin ne zamandan itibaren bir insan hakkı ihlali olduğunun tespiti.³⁵

İnsan haklarının yatay yetkisi genellikle devletin koruma yükümlülüğünün söz konusu olduğu durumlarda gündeme gelmektedir. Bu nevi pozitif yükümlülükler Mahkeme tarafından genellikle Sözleşmenin 1'inci maddesine dayanılarak temellendirilmektedir. Sözleşmenin 1'inci maddesi şu şekildedir: "Yüksek Sözleşme Tarafklar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar." Burada sağlamak (*shall secure*) ifadesine Mahkeme, diğer maddelerde düzenlenmiş olan haklar konusunda pozitif yükümlülüklerin dayanağı olarak müracaat etmektedir. Örneğin, 2'nci madde bağlamında devlet, sadece yaşam hakkını ihlal etmemekle yükümlü görülmemekte buna ilave olarak bu hakkın korunması için gerekli tedbirleri almakla yükümlü tutulmaktadır.³⁶ Bundan başka Mahkeme, örneğin özel hayat hakkını düzenleyen 8'inci maddedeki saygı (*respect*) kavramını, bu hakkın kapsamını genişletmek suretiyle aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı hususunda devletlere pozitif yükümlülükler yüklemektedir.³⁷ Uygulamada Mahkeme, pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda 1'inci maddeyle ilgili Sözleşme maddesini bir arada değerlendirmektedir. Buna mukabil, son zamanlarda Mahkeme, 1'inci maddeye hiç atıf yapmadan sadece ilgili hakkı düzenleyen Sözleşme maddesine istinat ederek pozitif yükümlülükleri temellendirme yoluna gitmeye başlamıştır.³⁸

Mahkeme, vatandaşlar arasındaki ihlal vakalarında yatay etki ve koruma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğini araştırırken, ilgili hakkın konusunun Yüksek Sözleşme Devlet'in ceza kanunlarında yeterince düzenlenip düzenlenmediği, ilgili vakadaki tehlike haline ilişkin gerekli önleyici tedbirleri alıp almadığı veya bireyler tarafından ika edilen temel hak ihlallerinin aydınlatılması için etkin soruşturma yapıp yapılmadığı gibi hususları değerlendirmektedir.³⁹ Her hâlükârda Mahkeme, ister pozitif ister negatif yükümlülüklerin ihlali söz konusu olsun, karar verirken yarışan menfaatleri dengeleme ilkesine göre hareket ettiğini ifade etmektedir. Örneğin, çocukları ilgilendiren her davada, çocuğun yüksek menfaatleri her zaman ön planda tutulmakta ve buna ilişkin davalardaki gecikme dahi devletin pozitif yükümlülüklerinin ihlali olarak değerlendirilebilmektedir.⁴⁰

III. Genel Olarak İşkence ve Kötü Muamele Yasağı

İşkence yasağı esasen devlete negatif bir yükümlülük yüklemekte; bu devletin işkence ve kötü muamelede bulunmaması gerektiğini ifade etmektedir.⁴¹ Söz konusu yasak mutlak ve AIHS'nin 15'inci maddesinde düzenlenmiş olan istisnalar arasında da yer almamaktadır. İşkence ve kötü muamele yasağı insan hakları korumasının temel unsurlarından biri olduğundan AIHS'de yer alan merkezi konumdaki garantilerden biri niteliğindedir.⁴² 3'üncü maddenin üç temel kavramı işkence, gayriinsani muamele ve haysiyet kırıcı muamele arasındaki fark bir derece farkı olup, bunlar arasındaki ayrım belirleyici kıstas söz konusu fiilin ağırlığıdır.⁴³

Mahkeme, 3'üncü madde kapsamında iki tetkik yapmaktadır. Evvela, bir fiilin gayriinsani veya haysiyet kırıcı bir davranış niteliğinde olup olmadığı incelenmektedir. İkinci aşamada ise tetkik edilen fiilin işkence seviyesine ulaşip ulaşmadığı değerlendirilmektedir.⁴⁴ Bir başka deyişle Mahkeme, belli bir kötü muamele biçimini işkence olarak tavsif etmek için bu kavram ile aynı maddede yer alan gayriinsani veya haysiyet kırıcı davranış arasındaki farka dikkat etmektedir. Bu fark da bir derece ve yoğunluk farkı olup planlı, çok ciddi ve acımasızca sebebiyet verilen ıstıraplara özel bir kınama ve ağırlık ifadesi olarak işkence, gayriinsani veya haysiyet kırıcı muameleden ayrı tutulmuştur.⁴⁵ Bu bağlamda, işkence daha ağır bir ihlalin varlığını gerektirmesi sebebiyle diğer kötü muamele türlerinden ayrılmaktadır. 3'üncü madde kapsamındaki en ağır fiil olan işkence, çok ağır ve acımasız bedensel veya manevi acılara sebebiyet veren gayriinsani veya haysiyet kırıcı bir davranıştır.⁴⁶ Buna ilave olarak işkencenin söz konusu olabilmesi için mağdura verilen acı ve ıstırapların belli bir amaca yönelmiş olması gerekmektedir. Bilhassa, mağduru bir vaka hakkında itirafa zorlamak için acı ve ıstırap verilmesi halinde işkence söz konusu olabilecektir.⁴⁷ Bu bakımdan işkence, gayriinsani muamelelerin objektif ve sübjektif bakımdan daha ağır bir halidir. Mahkeme, Sözleşmenin yaşayan bir enstrüman olduğu argümanı ile, geçmişte gayriinsani muamele olarak

³⁵ Bkz. HUFEN, Friedhelm: *Staatsrecht II, Grundrechte*, 4. Auflage, München 2014, s. 97.

³⁶ Bkz. SCHABAS: s. 91; FLORCZAK-WATOR: s. 41; SHELTON / GOULD: s. 569; SPIELMANN: s. 430.

³⁷ FLORCZAK-WATOR: s. 42.

³⁸ Bkz. Egill Einarsson / İzlanda Davası, B.N. 24703/15, 07.11.2017, p. 29, p. 35; Vilenchik / Ukrayna Davası, B.N. 21267/14, 03.10.2017, p. 45.

³⁹ GRABENWARTER / PABEL: § 19 kn. 4.

⁴⁰ Bkz. Vilenchik / Ukrayna Davası, B.N. 21267/14, 03.10.2017, p. 46, p. 53.

⁴¹ SATZGER, Helmut: in: Helmut Satzger ve Wilhelm Schluckbier (hrsg.), *Strafprozessordnung mit GVG und EMRK Kommentar*, 3. Auflage, Köln 2018, EMRK Art. 3 kn. 7.

⁴² ÖNOK, R. Murat: *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Ankara 2006, s. 160-161; GLESS, Sabine: *Internationales Strafrecht, Grundriss für Studium und Praxis*, Basel 2011, s. 28.

⁴³ KREICKER, Helmut: in: Ulrich Sieber, Helmut Satzger ve Bernd von Heintschel-Heinegg (hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, 2. Auflage, Baden-Baden 2014, § 51 kn. 74; DEMİRBAŞ: s. 54 vd.

⁴⁴ GLESS: s. 29; AMBOS, Kai: *Internationales Strafrecht*, 5. Auflage, München 2018, s. 519.

⁴⁵ Bkz. Selmouni / Fransa Davası, B.N. 25803/94, 28.07.1999, p. 96; ayrıca bkz. ÖNOK: s. 170.

⁴⁶ KREICKER: § 51 kn. 74.

⁴⁷ AMBOS: s. 519; SATZGER: *International Criminal Law*, s. 184; işkence teşkil eden davranışların Mahkeme içtihatlarından derlenmiş örnekleri için bkz. DOĞRU, Osman: *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, İstanbul 2006, s. 18; DURSUN, Gizem: *İşkence Yasağı ve İşkenceyi Etkili Biçimde Soruşturma Yükümlülüğü*, Ankara 2018, s. 100; karşı. KREICKER: § 51 kn. 74; ÖNOK: s. 170.

tavsif ettiği bir fiili daha sonraki bir vakada işkence olarak kabul edebilmektedir.⁴⁸ İşkencenin söz konusu olabilmesi için uluslararası hukukta baskın görüş failin devlet görevlileri veya devlet adına hareket eden kişiler olmasıdır. Sözleşmenin 3'üncü maddesinde böyle bir şart olmamakla birlikte maddenin uluslararası hukuktaki genel temayüle uygun olarak yorumlanması yerinde olacaktır.⁴⁹

İşkence teşkil eden fiiller maddi nitelikte olabileceği gibi manevi, psikolojik nitelikteki saldırılarla da gerçekleştirilebilir. Bununla birlikte, uygulamada gayriinsani muamele ve ceza ile işkencenin ayrılması her zaman kolay olmamaktadır. Burada salt objektif bir kıstasın yeterli olup olmayacağı, buna ilave olarak belli bir işkence saikinin varlığının da aranıp aranmaması öğretide tartışmalıdır.⁵⁰

3'üncü madde kapsamındaki en hafif ihlal ise haysiyet kırıcı davranıştır. İşkence ve gayriinsani muameleden farklı olarak haysiyet kırıcı davranışta mağdurun uğradığı fiziksel şiddet değil O'nun aşağılanması unsuru ön plandadır.⁵¹ Mahkeme bu hususta değerlendirme yaparken, söz konusu fiilin kişiyi utandırma ve küçültme amacı taşıyıp taşımadığını ve sonuçları itibarıyla başvurunun kişiliğini Sözleşmenin 3'üncü maddesiyle bağdaşmayacak bir tarzda olumsuz etkileyip etkilemediğini değerlendirmektedir.⁵² Burada aşağılanmanın söz konusu olup olmadığı konusundaki değerlendirmede mağdurun bu husustaki subjektif algısı esas alınmaktadır.⁵³

Gayriinsani muamele ve haysiyet kırıcı muamele arasındaki fark da bir derece ve yoğunluk farkıdır. Bir başka deyişle her gayriinsani muamelenin bir haysiyet kırıcı davranışı ihtiva ettiği söylenebilir. Buna mukabil her haysiyet kırıcı muamele, aynı yoğunluk seviyesine ulaşmadığı için gayriinsani muamele sayılmaz.⁵⁴ Bir muamelenin insanlığın genel kurallarına göre gayriinsani nitelikte olup olmadığı konusunda değerlendirme yapılırken, muamelenin tarzı, süresi ve ağırlığı gibi objektif faktörlerin yanı sıra ilgili fiili gerçekleştiren kişinin saiki de dikkate alınır.⁵⁵

3'üncü maddenin mutlak koruma sağlaması ve ihlalin varlığının ilgili devlete yükleyeceği ağır sorumluluk göz önüne alınarak kötü muamelenin "belli bir ağırlık seviyesine ulaşması" (*attain a minimum level of severity*) aranmaktadır. Bu seviyenin veya eşğin aşılmış aşılmadığı ise somut vakanın şartları çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bu tespit yapılırken değerlendirmeye konu muamelenin süresi, maddi ve/veya manevi etkileri ve vakanın koşullarına göre mağdurun yaşı, cinsiyeti ve sağlık durumu da dikkate alınmakta-

dır. Kötü muamele iddialarının uygun delillerle desteklenmesi gerekmektedir.⁵⁶ İşkencenin ispatı bakımından Mahkeme, her türlü şüphenin ötesinde/kesin bir ispat düzeyi aramaktadır. Bu nevi bir ispat, yeterince güçlü, açık ve birbirini destekleyen emarelerin bir arada bulunması veya benzer nitelikte maddi olgulara ilişkin çürütülememiş karinelerin varlığı halinde söz konusu olmaktadır.⁵⁷

IV. İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Konusunda Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri ve AİHS'in 3'üncü Maddesinin Yatay Etkisi

A. Genel Olarak

İşkence yasağı aynı zamanda belli hallerde Devletin pozitif koruma yükümlülüklerini de ihtiva etmektedir. Devlet, egemenliği altında olan şahısların işkence veya gayriinsani ya da haysiyet kırıcı davranışların üçüncü şahıslar tarafından işlenmesinin önlenmesini temin edecek önlemleri almakla yükümlüdür.⁵⁸ 3'üncü madde kapsamındaki pozitif yükümlülükler genel olarak usuli yükümlülükleri ve özel olarak korunmaya muhtaç kimseler için gerekli koruyucu önlemleri ihtiva etmektedir.⁵⁹ Bu anlamda AİHS'in 3'üncü madde kapsamında dolaylı yatay etkisi söz konusudur. Yüksek Sözleşmeciler Devletler, işkence ve gayriinsani veya haysiyet kırıcı fiillere karşı birey-birey arasında (inter se) işlenen fiiller bakımından da önleme ve koruma yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğün amacı yukarıda da ifade edildiği gibi bir yandan insan haklarını koruyan normların etkin bir şekilde hayata geçirilmesi, diğer yandan da üçüncü kişilerin işledikleri ihlal teşkil eden fiillerden dolayı devletin yükümlülüğünün gereklerini yerine getirmediği vakalarda sorumlu tutulmalarıdır.⁶⁰ Pozitif yükümlülükler kapsamında Yüksek Sözleşmeciler Devlet, örneğin, 3'üncü maddede yasaklanmış olan fiilleri önlemek için elverişli suç tanımları yapması ve bu nevi fiillere ilişkin soruşturmaları etkin bir biçimde yürütmesi gerekmektedir.⁶¹ 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda işkence suçu açıkça düzenlenmiş⁶²; kamu

⁵⁶ Bkz. Jalloh / Almanya, B.N. 54810/00, 11.07.2006, p. 67; JAYAWICKRAMA: s. 286; SATZGER: *International Criminal Law*, s. 185; ŞENOL, Cem: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü*, İstanbul 2013, s. 96 vd.

⁵⁷ ÖNOK: s. 179; JAYAWICKRAMA: s. 288.

⁵⁸ ÖNOK: s. 164; TEZCAN / ERDEM / SANCAKDAR / ÖNOK: s. 144; DEMİRBAŞ: s. 57-58; MEYER-LADEWIG, Jens / LEHNERT, Matthias: in: Jens Meyer-Ladewig, Martin Nettesheim ve Stefan von Raumer (hrsg.), *EMRK Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar*, 4. Auflage, Baden-Baden 2017, EMRK Art. 3 kn. 7; AMBOS: s. 518-519; SATZGER: EMRK Art. 3 kn. 7.

⁵⁹ SCHABAS: s. 191; SATZGER: *International Criminal Law*, s. 184; DURSUN: s. 101 vd.

⁶⁰ SATZGER: *International Criminal Law*, s. 185.

⁶¹ MEYER-LADEWIG / LEHNERT: EMRK Art. 3 kn. 8; SATZGER: EMRK Art. 3 kn. 7; ayrıca bkz. AYM, A.D. Başvurusu, B.N. 2014/7967, 23.05.2018, p. 64.

⁶² TCK m. 94/1 hükmünde işkence suçu şu şekilde tanımlanmıştır: "Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolünür."; suç tipi, unsurları ve nitelikli halleri hakkında bilgi

⁴⁸ SATZGER: EMRK Art. 3 kn. 30-31; DURSUN: s. 95.

⁴⁹ Krşl. TEZCAN / ERDEM / SANCAKDAR / ÖNOK: s. 131-132.

⁵⁰ Bkz. AMBOS: s. 520.

⁵¹ Bkz. AMBOS: s. 521; KREICKER: § 51 kn. 74; TEZCAN / ERDEM / SANCAKDAR / ÖNOK: s. 137.

⁵² DOĞRU: s. 20; ÖNOK: s. 171-172.

⁵³ SATZGER: EMRK Art. 3 kn. 15.

⁵⁴ DOĞRU: s. 20; ÖNOK: s. 172; DEMİRBAŞ: s. 57.

⁵⁵ SATZGER: EMRK Art. 3 kn. 21; DURSUN: s. 98-99.

görevlileri tarafından işlenmeyen benzer ağırlıktaki fiiller ise eziyet suçu⁶³ ve diğer ilgili suç tipleri (örneğin, cinsel saldırı, cinsel istismar) kapsamında değerlendirilmiştir. Buna karşılık Almanya gibi bazı ülkeler işkenceyi doğrudan suç haline getirmeden diğer suç tiplerinin tatbiki suretiyle 3'üncü madde kapsamına giren fiilleri cezalandırma yoluna gitmektedir.⁶⁴ Burada önemli olan 3'üncü madde kapsamına giren bir fiilin ilgili ülke mevzuatında fiilin ağırlığıyla mütenasip bir ceza ile karşılanması ve ilgili fiilin işlendiğine ilişkin inandırıcı iddiaların yeterli ve etkin bir tarzda soruşturulmasıdır.⁶⁵

Mahkeme, pozitif yükümlülükler öğretisi kapsamında şartların varlığı halinde yatay ilişkilere de 3'üncü madde hükmünü tatbik etmektedir. Örneğin, özel okullarda bedensel ceza uygulamaları, çocukların aile üyeleri tarafından istismar edilmeleri, ebeveynlerin ihmali ve cinsel saldırının söz konusu olduğu vakalarda Mahkeme, Sözleşmenin 3'üncü maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir.⁶⁶ Bu vakaların tümünde hak ihlali esasen üçüncü bir şahıs tarafından gerçekleştirilmiş, bu hak ihlalinin devlete isnat edilmesi neticesinde de dolaylı bir yatay etki söz konusu olmuştur.

Bu nevi vakalarda devlet adına hareket etmeyen üçüncü kişiler (*private persons*) tarafından işlene dahi 3'üncü madde kapsamına giren fiillerin, devlet tarafından önlenmesi yükümlülüğü Yüksek Sözleşmeci Devletlerin sorumluluklarının dayanağını teşkil etmektedir.⁶⁷ Mahkeme, devlet adına hareket etmeyen yapılar (*non-State entities*) tarafından gerçekleştirilen kötü muameleler hakkında devletin sorumluluğunu diğer pozitif yükümlülüklerde olduğu gibi 1'inci maddeye atıfla temellendirmektedir. Mahkeme, bu şekilde üçüncü şahıslar tarafından işlenen 3'üncü maddenin ihlali niteliğindeki fiillerden Yüksek Sözleşmeci Devletleri sorumlu tutabilmektedir.⁶⁸

Devletin işkence ve kötü muameleyi önlemesi ya da bir vatandaşın bir başka vatandaşa 3'üncü madde kapsamına giren fiilleri işlemesine mâni olma ve cezalandırma konusundaki yükümlülüğü mutlak değildir. Mahkeme, 3'üncü madde metninin lafzında açıkça düzenlenmeyen bu pozitif yükümlülüklerin varlığını zaman zaman ağır tenkitlere uğrayan Sözleşmenin yaşayan bir enstrüman olduğundan hareketle (*a living instrument*) Sözleşmeyi dinamik bir tarzda yorumlayarak somut olayın şartlarına göre değerlendirmektedir. Bu bağlamda Mahkeme, 3'üncü madde kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin mutlak olmadığını ve bu yükümlülüklerin Yüksek Sözleşmeci Devletlere imkânsız veya orantısız bir yükümlülük yükleyecek şekilde yorumlanamayacağını ifade etmektedir.⁶⁹ Buna karşılık Mahkeme, aşağıdaki hallerde pozitif yükümlülüklerin varlığını kabul etmiştir:

- Devletin hürriyetinden alınmış bir kişinin sağlığını koruma yükümlülüğü;
- Devletin sınırlarında yaşayan kişilerin kendi arasında (*private individuals*) işkence ve diğer yasaklanmış muamele yasağı kapsamına giren fiillerin işlenmemesi için gerekli adımları atması;
- Devlete işkence veya kötü muameleyle uğrayacağından bahisle müracaat eden kimselerin talebi üzerine devletin harekete geçmesi.⁷⁰

Bu kıstaslar ışığında Mahkeme, Pretty / Birleşik Krallık vakasında verdiği kararda, bedensel engelli olduğu için intihar edemeyen başvuruçunun, eşinden intihara yardım etmesi ve eşinin cezaî takibata uğramaması yolundaki talebinin Sözleşmenin 3'üncü maddesi (Sözleşmenin diğer maddeleri) kapsamında bir sorumluluk yüklediğine oybirliğiyle karar vermiştir.⁷¹

B. Çocukların Korunması ve Aile İçi Şiddet Vakaları

AİHM içtihatlarına bakıldığında 3'üncü maddenin yatay etkisi çerçevesinde devletin pozitif yükümlülüğünün ele alındığı ilk kararlardan biri A / Birleşik Krallık kararıdır.⁷² Karara konu olan vakada, başvuranın altı yaşındayken üvey baba tarafından sopayla dövülmesi olayında üvey baba polis tarafından uyarılmıştır. Üç yıl sonra yapılan tıbbi tetkikler neticesinde çocuğun sopayla dövülmesine bağlı olarak bacağında ve kalçasında morluklar tespit edilmiş ve üvey baba kasten yaralama suçundan yargılanmıştır. Jüri üvey babanın fiilinin, çocuğun ailevi ve okul disiplinine riayet etmediği için tedip hakkı çerçevesinde olduğu kanaatine varmış ve üvey baba suçsuz bulunmuştur. Başvuran A., Birleşik Krallığın kendisini üvey babasının kötü muamelesinden korumadığı için 3'üncü maddeyi ihlal ettiği iddiasıyla AİHM'e başvurmuştur. Mahkeme, üvey babanın fiillerinin gayriirsani veya haysiyet kırıcı davranış olduğuna

İçin bkz. ÖNOK: s. 348 vd.; BAŞBÜYÜK, İsa: "Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Özel S., 2010, ss. 1443-1485; DEMİRBAŞ: s. 67 vd.; TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, R. Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 15. Baskı, Ankara 2017, s. 272 vd.; ARTUK, M. Emin / GÖKÇEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Baskı, Ankara 2017, s. 159 vd.; DURSUN: s. 33 vd.; 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda m. 243 ve m. 245 hükümlerinde düzenlenen işkence suçunun 5237 sayılı Kanundaki işkence hükmüyle mukayesesi için bkz. BAYRAKTAR, Köksal: "İşkence Suçu", in: Metin Günay ve diğerleri (ed.), *Yahya Zabunoğlu Armağanı*, Ankara 2011, ss. 145-175, s. 150-151.

⁶³ TCK m. 96/1 hükmünde eziyet suçu şu şekilde tanımlanmıştır: "Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."; ÖNOK: s. 327 vd.; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK: s. 292 vd.; DURSUN: s. 59-63.

⁶⁴ SATZGER: EMRK Art. 3 kn. 5.

⁶⁵ Krşl. DURSUN: s. 110-112.

⁶⁶ Krşl. CLAPHAM: s. 174-176; ÖNOK: s. 178; SPIELMANN: s. 458; SCHABAS: s. 191; TEZCAN / ERDEM / SANCAKDAR / ÖNOK: s. 146; TEZCAN / ERDEM / SANCAKDAR / ÖNOK: s. 180-182.

⁶⁷ VALERIUS, Brian: in: Jürgen Graf (hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar*, 29. Edition, Stand: 01.01.2018, EMRK Art. 3 kn. 8.

⁶⁸ Örneğin bkz. Dordevic / Hirvatistan Davası, B.N. 41526/10, 24.07.2012, p. 138; M. G. / Türkiye Davası, B. N. 646/10, 22.03.2016, p. 76.

⁶⁹ Bkz. Pretty / Birleşik Krallık Davası, B.N. 2346/02, 29.02.2002, p. 47; ayrıca bkz. MOWBARY: s. 46-47.

⁷⁰ Bkz. Pretty / Birleşik Krallık Davası, B.N. 2346/02, 29.02.2002, p. 47, p. 51.

⁷¹ Bkz. *Ibid.*, p. 56.

⁷² A. / Birleşik Krallık, B.N. 29392/95, 23.09.1998; ayrıca bkz. MOWBARY: s. 43-44.

karar vermiştir. Böylece Mahkeme, 3'üncü maddenin tatbik sahasını sadece devlet görevlileriyle sınırlı görmediğini, aynı zamanda üçüncü şahıslar tarafından işlenen benzer fiillere de teşmil edileceğini göstermiştir. Bir başka deyişle, somut vakada üvey babanın cezalandırılmamasını 3'üncü maddenin ihlali olarak tavsif etmiştir.⁷³

A. / Birleşik Krallık kararı öğretide eleştirilmiştir. İlk olarak üvey babanın fiilinin "gayriinsani veya haysiyet kırıcı" davranış olarak tavsif edilecek kadar ağır olmadığı ileri sürülmüştür. Öğretide *Zimmermann*, bir fiilin, gayriinsani veya haysiyet kırıcı davranış seviyesine ulaşabilmesi için işkenceye nazaran daha az ağırlıkta olmasını yeterli ise de bu kavramların işkence için geçerli olan kıstaslar ışığında yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır. Müellife göre, bir fiilin 3'üncü madde kapsamında mütalaa edilebilmesi için bir mağdurun uğradığı maddi ve manevi zarar sıra dışı nitelikte olmalıdır (*an extraordinary character*). Müellif, işkence yasağının mutlak niteliği ve 15'inci madde kapsamında kendisine istisna getirilemeyecek nitelikte olmasının bu yorum tarzını desteklediğini; ancak somut vakada mağdurun genç yaşta oluşunu kararın dayanağı olarak değerlendirmiştir. *Zimmermann*, bu kararda tenkit edilmesi gereken ikinci yönün ihlal teşkil ettiği kabul edilen fiilin devlet görevlileri tarafından işlenmediği hususuna yeterince önem verilmemesi olduğunu vurgulamıştır. Müellif, Yüksek Sözleşmeciler Devletlerin vatandaşlarını işkence ve gayriinsani veya haysiyet kırıcı davranışlara karşı koruma yükümlülüğü altında olduğu) ancak üçüncü şahıslar tarafından gerçekleştirilen fiillerin yeterince ağır olup olmadığının özel bir ihtimalla incelenmesi gerektiği görüşündedir.⁷⁴

Genel olarak *Zimmermann*, Mahkemenin, Sözleşmenin 3'üncü maddesinin yüksek değeri ve mutlak karakterini göz önünde bulundurarak devletleri) üçüncü şahıslar tarafından işlenen gayriinsani veya haysiyet kırıcı davranışlara karşı ceza hukuku marifetiyle korumadıkları gerekçesiyle sorumlu tutarken oldukça dikkatli olması gerektiği hususunun altını çizmiştir. Aksi takdirde devletlerin fiziksel veya manevi zararları cezalandırmadığı çok sayıda vakada 3'üncü madde uygulama kabiliyeti bulacak ve bu Sözleşme hükmünün istisnai niteliği ve ağırlığı erozyona uğrayacaktır.⁷⁵

Bilhassa çocuklar ve diğer korunmaya muhtaç kişiler söz konusu olduğunda devletin bu durumda olan kimseleri korumak için gerekli tedbirleri alması gerekmektedir.⁷⁶ Çocukların korunması söz konusu olduğunda onların uygun bir şekilde korunması örneğin,

şiddet gördükleri veya şiddet görmelerinin muhakkak olduğu evden uzaklaştırılmaları ve başka bir yere yerleştirilmeleri pozitif yükümlülükler kapsamındadır.⁷⁷ Uğradıkları istismar 3'üncü maddedeki gayriinsani ve haysiyet kırıcı davranış seviyesine ulaşmasına ve istismara uğrayan çocukları evlerinden alıp başka bir yere yerleştirmek de dâhil olmak üzere birçok yetkiyi haiz olmalarına rağmen yetkililerin gerekli koruyucu önlemleri almadıkları bir vakada Mahkeme, 3'üncü maddenin ihlal edildiği neticesine ulaşmıştır.⁷⁸

Anayasa Mahkemesi de kararlarında, Anayasa'nın 17'nci maddesi, Sözleşmenin 3'üncü maddesi) ilgili ulusal ve uluslararası mevzuatı dikkate alarak devletin koruma yükümlülüğü esasına dayanmak suretiyle dolaylı yatay etkiyi kabul etmektedir. Mahkeme bazı kararlarında, üçüncü kişilerin birbirlerine karşı işledikleri cinsel istismar, yaralama, tehdit vb. eylemleri kötü muamele yasağı kapsamında değerlendirmiştir.⁷⁹ Mahkeme, devletin bu konudaki pozitif yükümlülüklerini şöyle temellendirmektedir:

"Çocukların kendilerini korumalarındaki zorluk ve failerin bu suçları büyük engellerle karşılaşmadan işleyebilmeleri, cinsel istismarın yetişkinlere nazaran daha kolay işlenmesine neden olmakta bu suçlar, çocukların psikolojileri ile fizyolojilerinde yetişkinlere göre daha ağır etkiler bırakmaktadır. Bu bağlamda söz konusu suçların işlenmesini önleyici ve caydırıcı nitelikte tedbirlerin alınması devletin en önemli pozitif yükümlülüklerinden biridir. Zira Anayasa'da olduğu gibi çocukların korunmasına yönelik tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler ile tüm uluslararası metinlerde de çocukların cinsel istismarı ve cinsel sömürüsü hakkında etkili ve caydırıcı cezalar düzenlenmesi de dâhil olmak üzere devletlerin bu konuda gerekli tedbirleri almasına özellikle vurgu yapılmaktadır."⁸⁰

Bu konuda devletin, üçüncü şahıslardan kaynaklanan ihlallere karşı koruma ve önleme yükümlülüğü konusunda da Anayasa Mahkemesi şu kıstasları tatbik etmektedir:

"Anayasa Mahkemesinin işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında devletin sahip olduğu pozitif yükümlülükler açısından benimsediği temel yaklaşıma göre devletin sorumluluğunu gerektirebilecek şartlar altında gerçekleşen olaylarda Anayasa'nın 17. maddesi devlete, bu konuda ihdas edilmiş bulunan yasal ve idari çerçevenin elindeki tüm imkânları kullanarak maddi ve manevi varlığı tehlikede olan kişileri korumak için gereği gibi uygulanmasını ve buna ilave olarak işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin ihlallerin durdurulup cezalandırılmasını sağlayacak gerekli idari ve yargısal tedbirleri alma görevi yüklemektedir."⁸¹

⁷³ A. / Birleşik Krallık, B.N. 29392/95, 23.09.1998, p. 22-24.

⁷⁴ ZIMMERMANN, Frank: "Human Rights and Criminal Law: An Ambivalent Relationship, Perspectives of the German Bundesverfassungsgericht and the European Court of Human Rights", in: Katja S. Ziegler ve Peter M. Huber (eds.), Current Problems in the Protection of Human Rights, Perspectives from Germany and the UK, Oxford 2013, (s. 11-30), s. 16.

⁷⁵ ZIMMERMANN: s. 17.

⁷⁶ AMBOS: s. 519; VALERIUS: EMRK Art. 3 kn. 8; Opuz / Türkiye Davası, B.N. 33401/02, 09.06.2009, p. 159; Dordevic / Hırvatistan Davası, B.N. 41526/10, 24.07.2012, p. 138; M. ve M. / Hırvatistan, B.N. 10161/13, 03.09.2015, p. 136.

⁷⁷ MEYER-LADEWIG / LEHNERT: EMRK Art. 3 kn. 10.

⁷⁸ Z ve diğerleri / Birleşik Krallık Davası, B.N. 29392/95, 10.05.2001, p. 74-75.

⁷⁹ Bkz. AYM, Z.C. Başvurusu, B.N. 2013/3262, 11.05.2016; R.K. Başvurusu, B.N. 2013/6950, 20.04.2016; AYM, A.D. Başvurusu, B.N. 2014/7967, 23.05.2018.

⁸⁰ AYM, Z.C. Başvurusu, B.N. 2013/3262, 11.05.2016, p. 68; ayrıca bkz. AYM, A.D. Başvurusu, B.N. 2014/7967, 23.05.2018, p. 96.

⁸¹ AYM, Z.C. Başvurusu, B.N. 2013/3262, 11.05.2016, p. 83.

Daha sonra Anayasa Mahkemesi, A. / Birleşik Krallık davasına atıf yapmak suretiyle devletin bu konudaki koruma yükümlülüğünün garantör olma vasfından kaynaklandığını, devletin bu konuda hem hukuki hem de fiili tedbirler almasının gerekli olduğunu vurgulamıştır.⁸² Akabinde Z. ve diğerleri / Birleşik Krallık davasına atıf yapan Mahkeme, söz konusu tedbirlerin çocukların ve diğer korunmasız kişilerin etkili bir şekilde korunmalarını sağlaması gerektiğini ve yetkililerin bilgi sahibi oldukları veya olmaları gerektiği durumlarda kötü muameleleri önlemek için makul adımlar atmalarının da bu tedbirler kapsamında yer alması gerektiğini ifade etmiştir.⁸³

Aile içi şiddet ve boşanma sonrası eş şiddeti vakalarında da üçüncü kişilerden kaynaklanan saldırılara karşı gerekli korumanın sağlanması uygun bir yasal çerçevenin sağlanmasını ve pratikte uygulanmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda Mahkeme, bir aile içi şiddet olayında, Türkiye’de 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun yürürlüğe girinceye kadar olan dönemde mevzuatta aile içi şiddete karşı mağdurların korunmasına yönelik yeterli yasal çerçevenin olmadığı kanaatine ulaşmıştır.⁸⁴

Devletin alması gereken koruma tedbirleri, bilhassa devlet yetkilileri tarafından hâlihazırda vuku bulmuş olan bir saldırının veya gerçekleşmesi muhakkak olan bir saldırının bilindiği veya bilinmesi gerektiği durumlarda zorunlu hale gelmektedir. Bu bağlamda yetkililerin bir tehlikenin gerçekleşmesini önlemek için gerekli tedbirleri alması gerekmektedir. Buna örnek olarak, bir üçüncü şahıs veya şahıslardan kaynaklan sürekli tehditler söz konusu ise yetkililer gerekli önlemleri almalıdır.⁸⁵ Bu kapsamda bir pozitif yükümlülüğün doğması için yetkililerin, belli bir kişiye karşı üçüncü bir şahıs tarafından kötü muamelede bulunulacağı hususunda gerçek ve muhakkak bir riskin mevcut olduğunu bilmeleri veya bilmeleri gerekmesine rağmen yetkileri dâhilindeki gerekli tedbirleri almamış olmaları gereklidir.⁸⁶ Pozitif yükümlülükler kapsamında umumiyetle faillere karşı ceza hukukunda yer alan tedbirlerin tatbik edilmesi yer almaktadır.⁸⁷ Buna mukabil, on dört yaşın altındaki çocuklardan oluşan faillerin özürsüz bir şahsa karşı yıllardır işledikleri kötü muamele fiillerinin söz konusu olduğu bir vakada Mahkeme, yetkililerin yeterli önleyici ve koruyucu tedbirleri almadığı neticesine ulaşmıştır.⁸⁸

C. Mahkûmların Diğer Mahkûmlardan Korunması ve Geri Verme Vakaları

Yukarıda ifade edildiği gibi çocukların yanı sıra mahkûmlara yönelik diğer mahkûmlar tarafından gerçekleştirilecek saldırıların önlenmesine yönelik ted-

birlerin alınması da devletin pozitif yükümlülüklerinin yatay etkisi kapsamındadır. Bu hususta, yetkililer diğer mahkûmlar tarafından gerçekleştirildiği iddia edilen kötü muamele iddialarını etkin bir şekilde soruşturma yükümlülüğü altındadır.⁸⁹ Bilhassa, diğer mahkûmlar tarafından gerçekleştirilen sistematik kötü muamele iddiaları söz konusu ise yetkililer tarafından bu iddialar etkin bir şekilde soruşturulmalıdır.⁹⁰ Örneğin Mahkeme, hücre arkadaşları tarafından gardiyanlardan edinilen sopayla dövülmek de dâhil sistematik aşağılama ve yaralamaya maruz kaldıklarını iddia eden başvuru baba ve oğulun uğradığı ihlaller nedeniyle 3’üncü maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁹¹

Mahkeme, yerleşik içtihatlarında başvuranın iade edileceği ülkede işkence veya kötü muamele tehdidi ile karşı karşıya geleceği hallerde ilgilinin iadesini 3’üncü maddenin ihlali olarak kabul etmektedir.⁹² Bununla birlikte Mahkeme, adeta bir mülteci temel haklar sistemi geliştirmiş olmasına rağmen bir iade edilmeme hakkı garantisinin de olmadığını kararlarında vurgulamaktadır.⁹³ Keza Mahkeme, Sözleşmenin devletlerarası suçluların iadesi anlaşmaları ve iadeye ilişkin işbirliğine engel olmadığını vurgulamaktadır. Mahkeme, her zaman olduğu gibi değerlendirmesini toplumun genel menfaati ile bireyin temel hakları arasında adil bir denge kurulması esasına bina ettiğini ifade etmektedir. Mahkeme, ulaşım imkânlarının artması ve suçluluğunun uluslararası bir boyut kazanmış olması gerçeği karşısında, yurt dışına kaçan failerin adalet önüne çıkarılmasının tüm ulusların menfaatine olduğunu vurgulamaktadır.⁹⁴ Mahkeme bu nevi vakalarda, iade talep eden ülkede başvuran bakımından 3’üncü madde bağlamında bir ihlale uğraması için gerçek bir risk olup olmadığı kıstasına göre değerlendirme yapmaktadır.⁹⁵

Bu konuda risk değerlendirmesi yapılırken, iade tarihinde Yüksek Sözleşmeciler Devlet tarafından bilinen veya bilinmesi gereken olgular esas alınır.⁹⁶ Mahkeme bu husustaki değerlendirmesinde, uluslararası insan hakları kuruluşlarının raporlarını da dikkate alabilmektedir.⁹⁷ Başvuranın iade edileceği ülkede yaşadığı kötü muamele gelecekte gerçekleşecek 3’üncü madde ihlallerine ilişkin güçlü bir gösterge olarak değerlendirilebilmektedir. Başvuranın, geçmiş kötü muameleye ve ilgili ülkedeki genel duruma müteallik güvenilir ve objektif kaynaklardan genel olarak tutarlı ve inandırıcı bir izah sunması halinde, Yüksek Sözleşmeciler Devletin söz konusu risk hakkındaki şüpheleri izale etmek mükellefiyeti altında olduğu kabul edilmektedir.⁹⁸

⁸² *Ibid.*, p. 84.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ M. G. / Türkiye Davası, B. N. 646/10, 22.03.2016, p. 83-107.

⁸⁵ MEYER-LADEWIG / LEHNERT: EMRK Art. 3 kn. 10; Opuz / Türkiye Davası, B.N. 33401/02, 09.06.2009, p. 159; M. ve M. / Hırvatistan Davası, B.N. 10161/13, 03.09.2015, p. 136.

⁸⁶ Dordevic / Hırvatistan Davası, B.N. 41526/10, 24.07.2012, p. 139.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 141.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 147-150.

⁸⁹ MEYER-LADEWIG / LEHNERT: EMRK Art. 3 kn. 11.

⁹⁰ JAYAWICKRAMA: s. 310.

⁹¹ Premininy / Rusya, B.N. 44973/04, 10.02.2011, p. 114.

⁹² CLAPHAM: s. 171-174; DOĞRU: s. 117-125; GLESS: s. 29; KREICHER: s. 51 kn. 74.

⁹³ SATZGER: EMRK Art. 3 kn. 37.

⁹⁴ Bkz. Calovskis / Letonya, B.N. 22205/13, 24.07.2014, p. 129.

⁹⁵ Bkz. *Ibid.*, p. 130.

⁹⁶ Hirsi Jamaa ve Diğerleri / İtalya Davası, B.N. 27765/09, 23.02.2012, p. 121; Calovskis / Letonya, B.N. 22205/13, 24.07.2014, p. 132.

⁹⁷ SATZGER: EMRK Art. 3 kn. 36.

⁹⁸ Bkz. J. K. ve Diğerleri / İsveç, B.N. 59166/12, 23.08.2016, p. 99-102.

Mahkeme, yatay etki bakımından ise bu nevi bir riskin üçüncü şahıslardan kaynaklanmasının da mümkün olabileceğini kabul etmiştir. Bilhassa başvuranın, iç savaş olan memleketlerde gruplardan biri veya yaygın örgütlü suçluluğun olduğu ülkelerde bu suç örgütleri tarafından işkence veya kötü muamele uğrayacağı yönünde gerçek bir risk söz konusu ise devletin başvuranı söz konusu ülkeye iadesinin 3'üncü maddeyi ihlal edeceği kabul edilmektedir.⁹⁹ Örneğin, Fransa'dan Kolombiya'ya iadesi söz konusu olan başvuran, kendisine yönelik tehdit riskinin kaynağı olarak devlet yetkililerini değil uyuşturucu tacirlerini göstermiştir. Başvuran, Fransız polisine ilgili suç örgütü hakkında verdiği bilgiler nedeniyle kendisinden intikam alınabileceğini ileri sürmüştür. Mahkeme yaptığı değerlendirmede, işkence ve kötü muamele yasağının mutlak nitelikte olması nedeniyle 3'üncü maddenin devlet yetkilisi olmayan kişi veya kişi gruplarından kaynaklanan tehlikeler söz konusu olduğunda da uygulanabileceğini; ancak, üçüncü kişi veya kişi gruplarından kaynaklanan riskin gerçek olması ve kişiyi geri alan devletin uygun bir koruma sağlamak suretiyle riski bertaraf edemeyeceğinin gösterilmesi şartlarının varlığı halinde devletin sorumluluğunun doğacağını kabul etmiştir.¹⁰⁰ Bu nedenle Mahkeme -ölüm cezasının uygulandığı memleketler hariç olmak üzere- uzun bir demokrasi, insan hakları ve hukuk devleti geleneği olan ülkelere yapılacak iadelerde 3'üncü maddenin ihlal edilmesinin mümkün olmadığını kabul etmektedir.¹⁰¹

D. Etkin Soruşturma Yükümlülüğü

Yüksek Sözleşmeciler Devletlerin, tıpkı 2'nci madde uygulamasında olduğu gibi, 3'üncü madde bakımından en önemli pozitif yükümlülüklerinden biri de hiç şüphesiz etkin soruşturma yükümlülüğüdür. Mahkemeye göre, üçüncü kişilerden kaynaklanan ihlaller söz konusu olduğunda devletin pozitif koruma yükümlülüğüne ilave olarak başvuranın tartışılabilir bir iddiası söz konusu olduğunda, devlet etkin bir soruşturma usulü pozitif yükümlülük (*procedural obligation*) doğacaktır.¹⁰²

Bu usulü mükellefiyet, devlet tarafından işkence, gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamele ve cezaların etkin bir biçimde soruşturulmasını gerektirmektedir.¹⁰³ Mahkeme içtihatlarında etkin soruşturmanın en azından şu unsurları taşıması gerektiği kabul edilmektedir:

- İşkence ve kötü muamele iddialarını etkili biçimde cezalandırmaya yönelik mevzuatın çıkarılması;
- Soruşturmanın kendiliğinden başlaması;
- Soruşturmanın kamu denetime açık olarak yürütülmesi;

- Mağdurun soruşturmaya etkin bir şekilde katılımının sağlanması;
- Şikâyeti soruşturacak olan soruşturma organlarının soruşturulan kişi veya kuruluşlardan bağımsız olması;
- Soruşturma organlarının soruşturmanın her aşamasında gerekli özeni ve titizliği göstermesi;
- Yargılama sonunda suçun failinin uygun bir yaptırımla cezalandırılması ve bu cezanın infaz edilmesi.¹⁰⁴

Etkin soruşturma yükümlülüğü bakımından da yatay etki söz konusudur.¹⁰⁵ Etkin soruşturma yetkisinin yatay etkisi bakımından Mahkemenin en önemli kararlarından biri hiç şüphesiz M. C. / Bulgaristan davasında Bulgar başvuranın cinsel saldırı iddiasını etkin bir şekilde soruşturmadığı nedeniyle Bulgaristan'ın 3'üncü maddeyi ihlal ettiği yolunda verdiği karardır.¹⁰⁶ Bu davada Mahkeme, başvuranın cinsel saldırıya uğradığı iddiasının ispatı için uğradığı şiddet ve direncin izlerinin varlığını arayan iç hukuktaki soruşturmanın, devletin 3'üncü ve 8'inci maddelerdeki pozitif yükümlülüğünü ihlal ettiği neticesine ulaşmıştır.¹⁰⁷

Anayasa Mahkemesi de, işkence ve kötü muamele yasağının yatay etkisinin söz konusu olduğu bir vakada, etkin soruşturma yükümlülüğüne ilişkin mutlak bir cezalandırma şartının söz konusu olmadığı ve iddiaların uygun delillerle desteklenmesi gerektiği hususlarını kaydettikten sonra şu kıstasları ortaya koymuştur:

*"Yürütülecek ceza soruşturmaları, sorumluların tespitine ve cezalandırılmalarına imkân verecek şekilde etkili ve yeterli olmalıdır. Soruşturmanın etkili ve yeterli olduğundan söz edebilmek için soruşturma makamlarının resen harekete geçerek olayı aydınlatabilecek ve sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delilleri toplamaları gerekir. Dolayısıyla kötü muamele iddialarının gerektirdiği soruşturma bağımsız bir şekilde hızlı ve derinlikli yürütülmelidir. Diğer bir ifadeyle yetkililer, olay ve olguları ciddiyetle öğrenmeye çalışmalı ve soruşturmayı sonlandırmak için ya da kararlarını temellendirmek için çabuk ve temelden yoksun sonuçlara dayanmamalıdır. Bu kapsamda yetkililer diğer deliller yanında görgü tanıklarının ifadeleri ile kriminalistik bilirkişi incelemeleri de dâhil söz konusu olayla ilgili kanıtları toplamak için alabilecekleri bütün makul tedbirleri almalıdır."*¹⁰⁸

Kötü muameleyle ilişkin şikâyetler hakkında yapılan soruşturma söz konusu olduğunda yetkililerin hızlı davranması önemlidir. Bununla birlikte belirli bir durumda bir soruşturmanın ilerlemesini engelleyen se-

⁹⁹ SATZGER: EMRK Art. 3 kn. 36.

¹⁰⁰ HLR / Fransa Davası, 29.04.1997, p. 39-40; ayrıca bkz. DOĞRU: s. 125-127; SPIELMANN: s. 460.

¹⁰¹ Bkz. Babar Ahmad ve Diğerleri / Birleşik Krallık, B.N. 24027/07, 10.04.2012, p. 179; Calovskis / Letonya, B.N. 22205/13, 24.07.2014, p. 134.

¹⁰² M. ve M. / Hırvatistan, B.N. 10161/13, 03.09.2015, p. 136.

¹⁰³ Bkz. DOĞRU: s. 165 vd.; ŞENOL: s. 103 vd.; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / KIRIT SAYGILAR / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÛTÛNCÛ: s. 105; DURSUN: s. 105 vd.

¹⁰⁴ DOĞRU: s. 125-127; ÖNOK: s. 166-167; ŞENOL: s. 120 vd.; DURSUN: s. 109-110; ayrıca bkz. SOYER GÜLEÇ, Sesim: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Soruşturmanın Etkinliği İlkesi ve Takipsizlik Kararları Üzerindeki Etkisi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel S., 2013, (Basım Yılı: 2014), (s. 1393-1464), s. 1406-1411; GÖKÇEN, Ahmet / BALCI, Murat / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Ankara 2017, s. 228-229.

¹⁰⁵ SCHABAS: s. 191.

¹⁰⁶ M.C. / Bulgaristan, B.N. 39272/98, 04.12.2003.

¹⁰⁷ Kararın özeti ve tahlili için bkz. DOĞRU: s. 142-149.

¹⁰⁸ AYM, Z.C. Başvurusu, B.N. 2013/3262, 11.05.2016, p. 92.

bepler ya da zorlukların olabileceği de kabul edilmelidir. Ancak kötü muameleyle yönelik soruşturmalarda; hukuk devletine bağlılığın sağlanması, hukuka aykırı eylemlere hoşgörü ve teşvik gösterildiği görünümü verilmesinin engellenmesi, herhangi bir hile ya da kanunsuz eyleme izin verilmemesi ve kamuoyunun güveninin sürdürülmesi için yetkililer tarafından soruşturmanın azami bir hız ve özenle yürütülmesi gerekir.”¹⁰⁹

Mahkeme bu genel kıstaslar ışığında, eylemlerin gerçekleştiği tarihte başvuranın on altı şüphelinin yirmi dört yaşında olduğu, birlikte yaşadıkları dönemde şüphelinin farklı tarihlerde tehdit, hakaret, yaralama eylemlerini gerçekleştirdiğine ilişkin iddialar konusunda yeterli ve etkin soruşturma yapılmadığı sonucuna vararak şu tespitleri yapmıştır:

“İşkence ve kötü muamele iddialarında Cumhuriyet savcılarının ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez olayın gerçeğini araştırarak kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere soruşturma başlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Gerek suç ihbarı dilekçesinde gerekse ifadesinde başvuru, şüphelinin farklı tarihlerde kendisini darp ettiğini ileri sürmüş ancak bu iddialarla ilgili olarak kovuşturmayla yer olmadığına dair kararda herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır. Başvurucunun soruşturmadaki diğer delillerle birlikte işkence ve kötü muameleyle ilişkin savunulabilir bir iddiasının bulunmasına rağmen somut olayda bu iddiaların soruşturma konusu yapılmaması nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının usul bakımından ihlal edildiği kanaatine ulaşılmıştır.”¹¹⁰

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi, üçüncü kişilerden kaynaklanan ihlallerin de etkin soruşturma yükümlülüğünü doğurduğunu kabul etmektedir. Bu şekilde Mahkeme, AİHM'in, başvuranın iddialarının tartışılabilir nitelikte olması ve makul bir şüpheye yol açması kıstaslarını benimsemektedir.¹¹¹

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 172/3 hükmü uyarınca etkin soruşturma yapılmadan kovuşturmayla yer olmadığına dair karar verildiğinin AİHM'in kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi veya bu karar aleyhine AİHM'e yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi üzerine, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde talep edilmesi halinde soruşturma yeniden açılacaktır. Böylece doğrudan kovuşturmayla yer olmadığına karşı etkin soruşturma yapılmadığı iddiasıyla gidilebilen bir yol olmamakla birlikte söz konusu hükümle yeni bir denetim olanağı getirilmiştir.¹¹² Bu şekilde kanun koyucu bir soruşturmanın yenilenmesi yolu tanımıştır.¹¹³

¹⁰⁹ Ibid., p. 93.

¹¹⁰ Ibid., p. 104; ayrıca bkz. AYM, Bayram Tuğrul Yıldırım ve Hasan Yıldırım Başvurusu, B.N. 2014/5280, 24.05.2018, p. 127.

¹¹¹ TEZCAN / ERDEM / SANCAKDAR / ÖNOK: s. 147; krşl. CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, İstanbul 2017, s. 88-92.

¹¹² Bkz. ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAĞSIZ, Pınar / TEPE, İlker: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Baskı, Ankara 2017, s. 506-507.

¹¹³ YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Baskı, Ankara 2017, s. 697; CENTEL / ZAFER: s. 560.

V. İşkence ve Kötü Muamele Yasağının Yatay Etkisinin Sınırları

Mahkeme, işkence ve kötü muamele yasağında pozitif yükümlülükler kapsamında yatay etkinin sınırları konusunda bazı kıstaslar ortaya koymaktadır. Örneğin, üçüncü şahıslardan kaynaklanan saldırı tehditlerinin bertaraf edilmesi konusunda Mahkeme, modern toplumlarda asayişin sağlanmasının zorluğu, insan davranışlarının öngörülemez nitelikte oluşu ve devlet kaynakları ile bunların kullanılmasındaki öncelikler göz önüne alınarak bir değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme, pozitif yükümlülüklerin devlet yetkililerine imkânsız veya orantısız yük yükleyecek bir şekilde yorumlanamayacağını vurgulamıştır. Bu bağlamda her kötü muamele riski karşısında devletin Sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün olmadığı Mahkeme tarafından vurgulanmıştır.¹¹⁴ Genel olarak pozitif yükümlülükler bakımından devletin araç ve imkânları dâhilinde gerekli tedbirleri alması lüzumludur. Bu nevi tedbirler alınmasına rağmen netice husule gelmiş ise bundan dolayı devletin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Bir başka deyişle, burada söz konusu olan mükellefiyet bir sonuç değil, araç ve imkân yükümlülüğüdür.¹¹⁵ Bu nedenle bu hususta değerlendirme yapılırken devletin, ilgili ihlalin önlenmesine veya soruşturulmasına yönelik gerekli tedbirleri alıp almadığı tetkik edilmektedir.

Burada esas olan somut vakanın şartları göz önüne alınarak yetkililer tarafından gerçekten etkili tedbirlerin alınıp alınmadığıdır. Örneğin etkili soruşturma yükümlülüğü konusunda mahkemelerin yaklaşımı Anayasa Mahkemesi tarafından şu şekilde özetlenmiştir:

“Etkili soruşturma yükümlülüğü sonuç değil uygun araçların kullanılması yükümlülüğüdür. AİHM, söz konusu zorunluluk bütün yargılamaların mahkûmiyetle sonuçlanmasını hatta belirlenen cezanın verilmesini gerektirmese de ulusal mahkemelerin hiçbir zaman kişilerin fiziksel ve manevi bütünlüğüne yönelik ihlallerin cezasız kalmasını istiyormuş gibi gözükmemesi, iddiaların ciddiye alınması ve adil bir sonucu garanti eden bir usulle soruşturulması gerektiğini dile getirmiştir.”¹¹⁶

AİHM 2014 yılında karara bağladığı İbrahim Demirtaş / Türkiye davasında, kasten yaralama davasında dava zamanaşımı süresinin dolmasını devletin pozitif yükümlülüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle 3'üncü maddenin ihlali saymıştır.¹¹⁷ Oldukça tartışmalı olan bu kararda Yargıçlar Sajo ve Keller'in muhalefet şerhi işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında genelde devletin pozitif yükümlülükleri ve hususi olarak yasağın yatay etkisi konusunda oldukça yerinde ve önemli tespitleri ihtiva etmektedir.

¹¹⁴ Dordevic / Hirvatistan Davası, B.N. 41526/10, 24.07.2012, p. 139; MEYER-LADEWIG / LEHNERT: EMRK Art. 3 kn. 10.

¹¹⁵ TEZCAN / ERDEM / SANCAKDAR / ÖNOK: s. 147.

¹¹⁶ AYM, A.D. Başvurusu, B.N. 2014/7967, 23.05.2018, p. 69.

¹¹⁷ İbrahim Demirtaş / Türkiye Davası, B.N. 25018/10, 28.10.2014, p. 38; genel olarak zamanaşımı ile işkence ve kötü muamele iddialarını etkin soruşturma yükümlülüğü arasındaki münasebet hakkında bkz. DURSUN: s. 174-176.

Davaya konu olan vakada başvuran İbrahim Demirtaş, 1947 doğumlu olup Isparta'da ikamet etmektedir. Muhtar olarak görev yapan başvuran, 5 Şubat 2002 tarihinde ağaçlandırma çalışmaları kapsamında ekili arazileri tespit etmek için Orman Bölge Şefliği görevlileriyle birlikte köyün yakınlarında bulunan ormanlık alana girmiştir. Bu sırada yasaya aykırı bir şekilde ormanlık alanı işgal eden iki köylünün hakaretine ve fiili saldırısına uğramıştır. Bu saldırı neticesinde başvuranın, sağ alt çene bölgesinde oblik kırık saptanmıştır. Olayın olduğu tarihte de başvuran, Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunmuştur. Eğirdir Cumhuriyet savcısı, 22 Mart 2002 tarihinde her iki fail hakkında da görevli memura darp, müessir fiil ve hakaret suçlarından iddianame düzenlemiştir. Başvuran, 1 Nisan 2002 tarihinde, davaya müdahil olarak katılmıştır. Eğirdir Asliye Ceza Mahkemesinin talebi üzerine sunulan Adli Tıp Kurumu raporunda, ilgilinin yaşadığı travma nedeniyle çenesinin kırılmasından muzdarip olduğu ve ilgilie yirmi beş günlük iş göremezlik raporu verilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır. Asliye Ceza Mahkemesi, 14 Mart 2003 tarihli kararı ile faillerden birinin darp ve müessir fiil suçlarından beraat etmesine, görevli memura hakaret etmekten ise 1.098.306.000 eski Türk Lirası adli para cezasına çarptırılmasına karar vermiştir. Asliye Ceza Mahkemesi diğer faili ise isnat edilen olaylar nedeniyle suçlu bulmuş ve iki yıl, iki ay ve yirmi gün hapis cezasına mahkûm etmiş ve 1.090.506.000 eski Türk Lirası adli para cezasıyla cezalandırmıştır.¹¹⁸

İlk derece mahkemesinin bu kararından sonra Yargıtay, 27 Haziran 2005 tarihli kararı ile davanın, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren yeni Ceza Kanununun yeni hükümleri ışığında, yeniden incelenmesini sağlamak için ilk derece mahkemesinin verdiği kararı bozmuştur. 16. Asliye Ceza Mahkemesi, 21 Haziran 2006 tarihinde, Yargıtay'ın kararına uyararak ve yeni Ceza Kanunu'nu esas alarak davayı yeniden incelemiştir. Asliye Ceza Mahkemesi, önceki kararında iki sanık hakkında isnat edilen suçlamalardan dolayı ilgilileri yeniden suçlu bulmuştur. Mahkeme, birinci faili 966 Türk Lirası adli para cezasıyla cezalandırırken, ikinci faili ise görevli memuru darp, kasten yaralama, hakaret eylemleri nedeniyle iki yıl, beş ay ve otuz gün hapis cezasına mahkûm etmiştir. Yargıtay, 21 Ekim 2009 tarihinde, sanıklar aleyhine yürütülen davanın zamanışımına uğradığına hükmetmiştir.¹¹⁹

İbrahim Demirtaş, 29.4.2010 tarihinde AİHM'e başvuruda bulunmuştur. Mahkemenin ilgili dairesi 28.10.2014 tarihinde 5'e karşı 2 oyla AİHS m. 3 hükümünün usul yönünden ihlal edildiğine karar vermiştir.

Başvuran Sözleşmenin 6'ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmesine rağmen, başvuranın hukuki değerlendirmesiyle bağlı olmayan Mahkeme¹²⁰, işkence yasağının ihlal edil-

diği neticesine ulaşmıştır. Mahkeme, esas hakkındaki değerlendirmesinde pozitif yükümlülüklerin açıkça düzenlenmemesi nedeniyle, Sözleşmenin 1'inci maddesiyle birlikte yorumlayarak bu yükümlülükleri temellendirme yolundaki yerleşik metodunu bu davada da tekrar etmiştir.¹²¹ Mahkemeye göre: "Sözleşme'nin 1. maddesi ve 3. maddesi ile birlikte okunduğunda, Yüksek Sözleşmeciler Tarafından kendi egemenlik alanlarında bulunan herkes için, Sözleşme'de tanımlanan hak ve özgürlükleri güvence altına alırlar ve bireylerin herhangi bir şekilde, buna üçüncü kişilerin de muameleleri dahil olmak üzere, işkenceye veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye veya ceza tabii tutulmaları için Yüksek Sözleşmeciler Tarafından uygun tedbirleri almaları gerekmektedir".¹²² Buradan hareketle Mahkeme, pozitif yükümlülüğün ceza soruşturmasının etkinliğini de kapsadığı ve bunun uygulama kapsamının sadece devlet görevlilerinin işlediği fiillerle sınırlanmayacağı ifade etmiştir.¹²³

Mahkeme, başvuranın çene bölgesindeki kırığı da dikkate alarak maruz kaldığı yaraların Sözleşmenin 3'üncü maddesi kapsamına girmesi için gerekli olan asgari ağırlık düzeyini aştığı tespitini yapmıştır.¹²⁴ Yargılama sürecini davanın niteliği karşısında oldukça uzun bulan ve bu durumu kabul edilmez addeden Mahkeme, Türk makamlarının yeterli ivedilik ve makul özenle hareket etmedikleri neticesine varmıştır.¹²⁵ Mahkemeye, bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi neticesinde şiddet eylemlerinin faillerinin mutlak bir cezasızlıktan yararlandıkları kanaati hâsıl olmuş¹²⁶; nihayet Mahkeme, "ulusal makamların başvuranın davasını Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin gerektirdiği özenle incelemeyeceği kanaatine" varmıştır.¹²⁷

Daire çoğunluğunun verdiği kararın yanlış bulunan Yargıçlar Sajo ve Keller müşterek bir ayrık görüş yazmış, Mahkemenin verdiği kararın birlikte işkence kavramını ve yasağını adeta sulandırdığı kanaatine ulaşmıştır. Yargıçlar Sajo ve Keller'e göre Mahkeme: "3. maddeyi işkencenin yasaklanmasına ilişkin diğer uluslararası belgelerle kıyaslandığında bile geniş bir kapsama ve gelişen koşullara yayacak bir şekilde yorumlamıştır." Bu geniş yorum tarzını son derece tehlikeli bulan yargıçlar şu önemli tespitleri yapmıştır:

"... 3. maddenin bütünlüğü, Mahkeme'nin insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamelenin tutarlı bir tanımını sürdürmesini gerektirir. 3. maddenin uygulanmasına yönelik açık ilkelerin olmaması halinde bu

niyle, başvuran tarafından sunulduğu üzere, bu şikâyetin Sözleşme'nin 3. maddesinin usul yönü açısından incelenmesinin uygun olacağı kanısındadır..." İbrahim Demirtaş / Türkiye Davası, B.N. 25018/10, 28.10.2014, p. 20.

¹²¹ Bkz. A. / Birleşik Krallık, 23 Eylül 1998, § 22, Karar ve Hükümler Derlemesi, 1998-VI.

¹²² İbrahim Demirtaş / Türkiye Davası, B.N. 25018/10, 28.10.2014, p. 25.

¹²³ *Ibid.*, p. 26.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 31.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 35.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 35.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 38.

¹¹⁸ İbrahim Demirtaş / Türkiye Davası, B.N. 25018/10, 28.10.2014, p. 4-14.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 15-17.

¹²⁰ "Mahkeme, davaya ilişkin olay ve olguların hukuki niteliğinin konusundaki takdir yetkisine sahip olup başvuranların veya hükümetlerin olaylara atfettiği niteliğinin ile bağlı olmaması nede-

maddenin tüm anlamını yitirme tehlikesi bulunmaktadır. Mahkeme'nin zaman içerisinde etkisini kaybeden 3. maddeye ilişkin ilk kararlarında çok önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bu belirsizlik, 3. maddenin temel amacını tehlikeye sokmakta ve böylelikle insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele gibi ciddi bir konuda saygınlığımızı sarsmaktadır. Somut davada verilmiş kararda da görüldüğü üzere, 3. maddede öngörülen temel haklara ilişkin başlıca güvenceler artık devlete dayatılan pozitif yükümlülükler aracılığıyla eşit güçteki taraflar arasındaki tamamen özel anlaşmazlıklara da uygulanabilmektedir.¹²⁸

Yargıçlar Sajo ve Keller yerinde bir tespitle, çoğunluğun ulaştığı sonucu desteklemek için emsal gösterdiği kararların hiçbirinin somut vaka ile kıyaslanabilir emsal bir karar olmadığını, somut davada yapılan yorumun insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele normunun anlamını değiştirdiği ve anlam kaymasına yol açma eğiliminin devamı niteliğinde olduğunu (*La tendance au glissement des normes*) vurgulamıştır. Keza, bu durumun neticesinde bu çok önemli kavramların anlamının sulandırılmasına, seyreltilmesine (*une dilution de la notion*) bir anlamda kavramların kurucu özelliği olan efradını cami ayyarını mani olma özelliğinin ortadan kalktığı da muhalefet şerhinde vurgulanmıştır.¹²⁹ Mahkemede ki çoğunluğun ulaştığı neticeyi desteklemek için atıf yaptığı on beş davadan yedisi işkence ve kötü muamele yasağı ile ilgili olmayıp, bir ölüm olayı ihtiva eden dolayısıyla daha ağır bir ihlal türünü düzenleyen 2'nci maddeyle ilgili olduğu hususu da muhalefet şerhinde kaydedilmiştir. Yine muhalefet şerhinde, bu davaların en az beşinin de devlet görevlilerinin uyguladığı şiddetle ilgili olduğu vurgulanmaktadır.¹³⁰

Bundan sonra Yargıçlar Sajo ve Keller, esasen usuli bir yükümlülüğün bahsetmek için mantıksal olarak zorunlu olan somut vakada gayriinsani ya da hayriyet kırıcı muamelelerin ne zaman söz konusu olacağı meselesini ele almıştır. Muhalefet şerhinde bu hususta ortaya konulan ve bize göre Sözleşmenin 3'üncü maddesi bağlamındaki usul yönü bakımından sorumlulukların başladığı sınırın doğru bir şekilde tespitini sağlayabilecek olan kıstaslar şu şekilde özetlenebilir:

- Kötü muamelelerin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ve bazı durumlarda mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu;
- Bir ceza veya muamelelerin insanlık dışı ya da aşağılayıcı olarak nitelendirilebilmesi için, bu muameledeki elem veya ıstırapın her hâlükârda meşru veya cezanın içinde kaçınılmaz olarak bulunan elem ve ıstırap unsurunun ötesine geçmiş olması;
- Yaralamaya ek olarak ihlal bulgusuna ulaşılabilmek için aşağılanma duygusu gibi bireylerarası unsurların varlığı;

- İşkencenin sadece devletin istismarlarına yönelik uygulandığı evrensel tanımı da göz önünde bulundurularak kötü muamelelerin devlet tarafından yapıp yapılmadığı (ve dolayısıyla ona atfedilip atfedilemeyeceği) konusunda inceleme yapılması;
- Saldırganın devlet görevlisi olduğu takdirde kötü muamelelerin 3'üncü maddenin kapsamına girmesinde öngörülen ağırlık düzeyinin, saldırganın birey olduğu durumlara göre daha farklı ve daha aşağıda olması;
- Saldırının mağdurunun özellikle savunmasız bir gruba (küçük yaşta ki çocuklar, cinsel saldırı mağdurları, aile içi şiddet mağdurları, etnik azınlık mensupları ve ağır engelli kişiler) mensup olup olmadığının araştırılması;
- Bilhassa, kamu makamlarının, bu savunmasızlığa ne ölçüde katkısının olduğu ya da en azından, savunmasızlık durumundan ileri gelen, koruma konusunda sahip oldukları sorumluluklardan kaçınıp kaçınmadıklarının belirlenmesi;
- Bireylerin savunmasız topluluklara karşı uyguladığı ağır şiddet karşısında, kamu erkinin sistematik bir kayıtsızlık içinde olup olmadığının belirlenmesi.

Nihayet Yargıçlar Sajo ve Keller, somut davanın darp ve yaralanmalar içeren anlık bir olayın baş aktörlerinin ilk derece mahkemesi tarafından cezalandırıldıkları bir olay olduğunu ve bu davanın 3'üncü maddenin uygulama şartlarını taşımadığını açıkça ortaya koymuştur. Muhalefet şerhinde şu tespitlere yer verilmiştir:

"23. Somut davada Hükümet, başvurana karşı taraflı davranmamıştır ya da ayrımcılık yapmamıştır. Sanıklara karşı başlatılan soruşturma veya kovuşturmalarda herhangi bir aksaklık olduğuna dair bir bulgu bulunmamaktadır. Esasen ileri sürülen tek şikâyet, kanun değişikliğinden kaynaklanan ve Yargıtay önündeki yargılama sürecinin gecikmesi sonucunda, davanın zamanaşımına uğramış olmasıdır.

24. Gerçekten, zamanaşımı tek başına bir ihlal varsayımı olamaz: yersiz gecikmelere karşı sanık haklarını güvence altına alır, davasının karara bağlanmasını sağlar. Davanın makul süre içerisinde görülmesini isteme hakkı, Sözleşme tarafından güvence altına alınan önemli bir haktır [...] Somut davada, yeni bir ceza kanununun yürürlüğe girmesiyle gecikme, lehe olan hükmün uygulanması ilkesi (*lex mitior*) nedeniyle kısmen kaçınılmaz olmuştur."

Nihayet somut davayla ilgili olarak başvuranın hukuk mahkemelerine başvurma imkânının bulunmasının Mahkemenin 3'üncü maddenin ihlal edilmediği neticesine varması için yeterli olduğu ifade edilmiştir. Yargıçlar Sajo ve Keller: "3. maddeyle ilgili üçüncü kişiler arasındaki darp ve yaralama durumlarında 2. madde bağlamında yeterli olduğuna kanaat getirilen normlardan daha sert kuralların uygulanması için herhangi bir neden görmemekteyiz" tespitiyle şu neticeye varmıştır:

¹²⁸ *Ibid.*, Muhalefet Şerhi p. 2.

¹²⁹ *Ibid.*, Muhalefet Şerhi p. 3.

¹³⁰ *Ibid.*, Muhalefet Şerhi p. 3.

“28. Bize göre Mahkeme'nin, tek başına insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele eşiğini aşmayan bireyler arasında rastlantısal özel uyumsuzluklar hakkında ki davalarda, mağdur savunmasız bir halde kaldığında yetkililerce özel bir korumaya ihtiyaç duymadıkça ya da resmî görevliler tarafından bir zarara uğratılmadıkça üye devletlere pozitif yükümlülükler dayatmaması gerekir. Suça iştirak edilmediği takdirde, maruz kalınan zarar ve özellikle ceza yaptırımlarıyla ilgili devletin eylemleri arasında yeterli hiçbir illiyet bağı bu durumda bulunmamaktadır [...] Somut davada olduğu gibi 3. maddenin uygulanması söz konusu hükümün sadece derin anlamını zayıflatmaktadır.”

İbrahim Demirtaş davasında Mahkemenin verdiği karar, öğretide tenkide uğramıştır. *Ladewig* ve *Petzhold*, bir köy kavgasının neticesinde bir dış kaybı ve kırığın belki nitelikli yaralama olabileceğini; ancak işkence, gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamele olamayacağı görüşünü açık bir şekilde ifade etmiştir. Müelliflere göre, çoğunluğun görüşüne bakılırsa belli bir ağırlığı aşan her yaralama fiili için “işkence”, “gayriinsani” ve “haysiyet kırıcı” kavramları dikkate alınmaksızın Sözleşmenin 3'üncü maddesinin uygulanması gerekir. Bu nedenle, muhalefet şerhinde vurgulanan bu son derece mühim kavramların sulandırıldığı ve bunun neticesinde 3'üncü maddenin manasını yitireceği görüşünün de haklı olduğunu vurgulamıştır.¹³¹ Müellifler, başvuranın müracaatının 6'ncı madde kapsamında değerlendirilmesi imkânı olmadığından zorlama bir yorumla 3'üncü madde kapsamına sokulduğu davada Mahkemenin sorunlu bir karara imza attığını ifade etmiştir.¹³² Öğretide, Sözleşmenin 3'üncü maddesinin tatbik edilebilmesi için belli bir ağırlığın aranmasının doğal sonucu olarak istenmeyen ve hatta yasa dışı her fiilin anılan hükmün uygulanması anlamına gelmediği ileri sürülmektedir.¹³³ Bir başka deyişle, suç teşkil etse de ahlakın ve hukukun yasakladığı tarzda acı ve sıkıntı veren her durum “otomatikman” Sözleşmenin 3'üncü maddesi kapsamına girmez. Bilhassa, 3'üncü madde hükmünün istisna getirilmeyen mutlak yapıya sadece belli bir ağırlık seviyesine ulaşmış kötü muamelelerin kapsam dâhiline alınmasını zorunlu kılmaktadır.¹³⁴

Bu vakada 3'üncü madde kapsamına girmeyen bir fiilin madde kapsamında değerlendirilmesi gerek bu maddenin mutlak yasak niteliği gerekse de Yüksek Sözleşmeciler Devlet hakkında verilen ihlal kararının ağırlığı göz önüne alındığında mezkûr kararın yerinde olmadığı müşahade edilmektedir. Bu nedenle verilen kararın Sözleşmenin dolaylı yatay etkisini de oldukça genişlettiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Hiç şüphesiz 3'üncü madde kapsamına giren fiillerin pozitif yükümlülükler çerçevesinde etkin soruşturulması ilgili suçun zamanaşımına uğratılmamasını da ihtiva etmektedir. Nitekim

¹³¹ MEYER-LADEWIG, Jens / PETZHOLD, Herbert: “Schlag ins Gesicht bei Streit zwischen Privatpersonen als Verstoß gegen das Folterverbot”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2015, ss. 3771-3773, s. 3772-3773.

¹³² MEYER-LADEWIG / PETZHOLD: s. 3773.

¹³³ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK: s. 134-135.

¹³⁴ *Ibid.*, s. 135.

Türkiye, zamanaşımından kaynaklanan hak ihlallerinin önüne geçmek için 2013 senesinde TCK m. 94'e işkence suçunun zamanaşımına uğramayacağı yolunda bir hüküm eklemiştir.¹³⁵ Kuşkusuz, ister TCK m. 94 ister başka bir TCK hükmü kapsamına giren bir fiil söz konusu olsun, devletin etkin soruşturma yükümlülüğünün doğabilmesi için evvela ilgili fiilin Sözleşmenin 3'üncü maddesi kapsamına giren bir fiil olması şarttır. Bu şartın esnetilmesi, kavramların sınırlayıcı işlevlerini yitirmesi ve hüküm veren mercii metinden bağımsız bir yorum tarzını benimsediği intibahı uyandırmaktadır.

VI. Netice

Mutlak nitelikteki işkence ve kötü muamele yasağı, esasen negatif nitelikte olup devlet yetkililerinin bu yasak kapsamındaki fiilleri işlememesi, bir başka deyişle devletin bu nevi fiillerin işlenmesine mâni olmasını gerektirmektedir. Bununla birlikte AİHM gibi mahkemeler, zaman içinde negatif nitelikteki bu yasağı düzenleyen AİHS m. 3 hükmünü, Sözleşmenin 1'inci maddesi yollamasıyla genişletici yoruma tabi tutarak bu düzenleme kapsamında bir takım pozitif yükümlülüklerin varlığını kabul etmiştir. Mahkeme, devletlere yüklediği bu yükümlülükleri büyük ölçüde etkililik ilkesini ve Sözleşmeyi yaşayan bir enstrüman olarak vasıflandıran dinamik genişletici yorumu esas alan metodolojisiyle temellendirmiştir. Buna mukabil, Sözleşmede açıkça düzenlenmeyen bu nevi yükümlülükler Yüksek Sözleşmeciler Devletler tarafından uluslararası hukukta rıza ilkesi ile demokrasi ve kuvvetler ayrılığı ilkelerini ihlal ettiği gerekçesiyle tenkit edilmektedir. Bu durum, Birleşik Krallık gibi Yüksek Sözleşmeciler Devletleri Mahkemenin meşruiyetini sorgulamaya sevk etmektedir.

İşkence ve kötü muamele yasağına istisna veya sınırlama getirilememesi ve 3'üncü maddede mündemice ihlalin Yüksek Sözleşmeciler Devletler üzerinde yarattığı damgalayıcı (*stigmatization*) etki dikkate alındığında, bu madde kapsamında devletin pozitif yükümlülükleri meselesi daha da büyük önem kazanmaktadır. Keza, pozitif yükümlülüklerin kapsamının birey-birey (*inter se*) ilişkilerinden yatay uyumsuzluklara genişletilmesi suretiyle Sözleşmenin dolaylı yatay etkisi (*mittelbare Drittwirkung*) bakımından da bu husus geçerlidir. AİHM'in içtihatlarına bakıldığında Mahkeme, genellikle bir sebeple kendisini koruma imkânı olmayan veya bu imkânı kısıtlanmış kişilere karşı üçüncü kişilerin işlediği fiillere m. 3 hükmünü tatbik edebilmektedir. Mahkeme, bugüne kadar aile içinde istismara veya şiddete uğrayan, okulda şiddete uğrayan çocukların, aile içi şiddete uğrayan kadınların veya cinsel saldırı mağdurlarının başvurularında m. 3'ün ihlal edildiği neticesine varmıştır. Anayasa Mahkemesinin de bireysel başvuru usulü kapsamında verdiği kararlarda işkence ve kötü muamele yasağının dolaylı yatay etkisini kabul ettiği görülmektedir. Benzer şekilde, mahkûmların diğer

¹³⁵ 11.04.2013 tarihli ve 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 9 hükmüyle, TCK m. 94'e f. 6 olarak şu hüküm eklenmiştir: “Bu suçtan dolayı zamanaşımı işlemez.”; ayrıca bkz. DURSUN: s. 175.

mahkûmlardan korunması ve üçüncü kişilerden kaynaklanan gerçek risklerin söz konusu olduğu hallerde başvuranın iade edilmesi gibi vakalarda da Sözleşmenin 3'üncü maddesinin dolaylı yatay etkisi kabul edilmektedir. Burada Mahkeme, genel olarak mağdurların kırılganlığı ile maruz kalabilecekleri risklerin ağırlığı kıstaslarına göre karar vermektedir. Ayrıca Mahkeme, Yüksek Sözleşmeciler Devletlere üçüncü kişilerden kaynaklandığı iddia edilen fiillerin etkin soruşturulması yükümlülüğünü yüklemektedir. Bu nevi vakalarda AİHM ve Anayasa Mahkemesi etkin soruşturma yükümlülüğünün doğabilmesi için başvuranın iddialarının tartışılabilir nitelikte olması ve makul bir şüpheye yol açması şartlarını aramaktadır.

Mahkeme, 3'üncü maddenin dolaylı yatay etkisini kabul ettiği vakalarda bu konudaki yükümlülüklerin devlet yetkililerine imkânsız ve orantısız yük yükleyecek bir şekilde yorumlanmaması gerektiğini ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi de, etkili soruşturma yükümlülüğünün bir sonuç değil; uygun araçların kullanılması yükümlülüğü olduğunu vurgulamıştır.

Mahkemenin, 3'üncü maddenin yatay etkisini kabul ettiği A. / Birleşik Krallık ve İbrahim Demirtaş / Türkiye davalarında olduğu gibi Sözleşmenin uygulama alanını çok genişlettiği örnekler de söz konusudur. Şayet Mahkeme, bilhassa İbrahim Demirtaş / Türkiye kararındaki yaklaşımını sürdürecektirse, maddi veya manevi zararların cezalandırılmadığı çok sayıda vaka da 3'üncü madde uygulama kabiliyeti bulacak ve bu Sözleşme hükmünün ağırlığının, istisna niteliğinin ve ihtiva ettiği kavramların sulandırılmasına ve erozyona uğramasına sebebiyet verebilecektir. Mahkeme burada, özellikle bir fiilin 3'üncü maddede yer alan kavramların kapsamına girip girmediğini incelemeli; bu kapsamda söz konusu hükmün uygulanabilmesi için mağdurun uğradığı zararın belli bir ağırlığa ulaşmış, sıra dışı nitelikte olmasını aramalıdır. Sözleşmenin 3'üncü maddesi hükmünün tatbik edilebilmesi için, belli bir ağırlığın aranmasının doğal sonucu olarak, istenmeyen ve hatta kanuna aykırı her fiil işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında mütalaa edilemez. Bu nedenle Mahkemenin, 3'üncü madde hükmünde geçen "gayriinsani" ve "haysiyet kırıcı muamele" kavramlarını İbrahim Demirtaş / Türkiye davasında olduğu gibi, iki kişi arasında vuku bulan bir kasten yaralama vakasında ceza davasının zamanaşımına uğramasına teşmil etmesi, bu çok önemli kavramların anlamlarının sulandırılması (*une dilution de la notion*) neticesini doğurmaktadır. Söz konusu kararda muhalefet şerhi yazan Yargıçlar Sajo ve Keller'in de ifade ettiği gibi, tek başına gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamele eşliğini aşmayan, bireyler arasında rastlantısal özel uyumsuzluklar hakkındaki davalarda, mağdur savunmasız bir halde kaldığında yetkililerce özel bir korumaya ihtiyaç duymadıkça ya da resmî görevliler tarafından bir zarara uğratılmadıkça, Mahkemenin üye devletlere pozitif yükümlülükler dayatmaması, Sözleşmenin tatbik sahasını üçüncü kişiler arasındaki uyumsuzluklara teşmil etmemesi gerekir. Bir başka deyişle, üçüncü kişilerin yol açtığı ihlal ile devletin eylemleri arasında yeterli bir illiyet bağı bulunmadıkça ihlal kararı veril-

memelidir. Bu yorum tarzıyla Mahkeme, Sözleşmeden uzaklaşmakta ve verdiği kararların meşruiyeti tartışmalarına sebebiyet vermektedir. İşkence, gayriinsani muamele ve haysiyet kırıcı muamele gibi son derece mühim kavramlar dikkate alınmaksızın, belli bir ağırlığı aşan, üçüncü kişilerden kaynaklanan yaralamalara 3'üncü madde hükmünün tatbik edilmesi, Sözleşmenin, ne lafzıyla ne ruhuyla bağdaşır gözükmemektedir.

Kaynakça

- AMBOS, Kai: *Internationales Strafrecht*, 5. Auflage, München 2018.
- ARTUK, M. Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Baskı, Ankara 2017.
- BARONESS HALE OF RICHMOND: "Beanstalk or Living Instrument? How Tall can the ECHR Grow", Bernard's Inn Reading 2011.
- BAŞBÜYÜK, İsa: "Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Özel S. 2010.
- BUYRAKTAR, Köksal: "İşkence Suçu", in: Metin Günday ve diğerleri (ed.), *Yahya Zabunoğlu Armağanı*, Ankara 2011.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Bası, İstanbul 2017.
- CLAPHAM, Andrew: "The 'Drittwirkung' of the Convention", in: Ronald Macdonald, Franz Matscher ve Herbert Petzhold, *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht 1993.
- DEMİRBAŞ, Timur: *İşkence Suçu*, 2. Baskı, Ankara 2016.
- DOĞRU, Osman: *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, İstanbul 2006.
- DURSUN, Gizem: *İşkence Yasağı ve İşkenceyi Etkili Biçimde Soruşturma Yükümlülüğü*, Ankara 2018.
- EMMERSON, Ben / ASHWORTH, Andrew / MACDONALD, Alison: *Human Rights and Criminal Justice*, Third Edition, London 2012.
- FLORCZAK-WATOR, Monika: "The Role of the European Court of Human Rights in Promoting Horizontal Positive Obligations of the State", *International and Comparative Law Review*, vol. 17, no. 2, 2017.
- GLESS, Sabine: *Internationales Strafrecht, Grundriss für Studium und Praxis*, Basel 2011.
- GÖKCEN, Ahmet / BALCI, Murat / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Ankara 2017.
- GRABENWARTER, Christoph / PABEL, Katharina: *Europäische Menschenrechtskonvention, Ein Studienbuch*, 6. Auflage, München 2016.
- HUFEN, Friedhelm: *Staatsrecht II, Grundrechte*, 4. Auflage, München 2014.
- JAYAWICKRAMA, Nihal: *The Judicial Application of Human Rights Law*, 2nd edition, Cambridge 2017.
- KREICKER, Helmut: in: Ulrich Sieber, Helmut Satzger ve Bernd von Heintschel-Heinegg (hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, 2. Auflage, Baden-Baden 2014, § 51.
- KRIEGER, Heike: "Positive Verpflichtungen unter der EMRK: Unentbehrliches Element einer Gemeineuropäischen Grundrechtsdogmatik, leeres Versprechen oder Grenze der Justitiabilität?", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 74, 2014.
- MEYER-LADEWIG, Jens / LEHNERT, Matthias: in: Jens Meyer-Ladewig, Martin Nettesheim ve Stefan von Raumer (hrsg.), *EMRK Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar*, 4. Auflage, Baden-Baden 2017, EMRK Art. 3.
- MEYER-LADEWIG, Jens / PETZOLD, Herbert: "Schlag ins Gesicht bei Streit zwischen Privatpersonen als Verstoß gegen das Folterverbot", *Neue Juristische Wochenschrift*, 2015, ss. 3771-3773.
- MOWBARY, Alastair: *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford 2004.
- ÖNOK, R. Murat: *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Ankara 2006.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar / TEPE, İlker: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Baskı, Ankara 2017.
- ÖZMAN, Aydoğan: "Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın 1978 Yılında Verdiği Kararlar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 35, S. 1-4, 1978.
- ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SIRMA GEZER, Özge / KIRIT SAYGILAR, Yasemin F. / ALAN AKCAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser: *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Ankara 2017.
- ÖZTÜRK, Bahri: "Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı (Yasak Sorğu Metodları)", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: Aralık 2003.
- SATZGER, Helmut: *International and European Criminal Law*, Second Edition, Oxford 2018.
- SATZGER, Helmut: in: Helmut Satzger ve Wilhelm Schluck-bier (hrsg.), *Strafprozessordnung mit GVG und EMRK Kommentar*, 3. Auflage, Köln 2018, EMRK Art. 3.
- SCHABAS, William A.: *The European Convention on Human Rights, A Commentary*, Oxford 2015.
- SHAW, Malcolm N.: *International Law*, Eighth edition, Cambridge 2017.
- SHELTON, Dinah / GOULD, Ariel: "Positive and Negative Obligations", in: Dinah Shelton (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford 2013.
- SOYER GÜLEÇ, Sesim: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Soruşturmanın Etkinliği İlkesi ve Takipsizlik Kararları Üzerindeki Etkisi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, Özel S., 2013, Basım Yılı: 2014.
- SPIELMANN, Dean: "European Convention on Human Rights, The European Court of Human Rights", in: Dawn Oliver ve Jörg Fedtke, *Human Rights and the Private Sphere, A Comparative Study*, London 2007.
- ŞENOL, Cem: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü*, İstanbul 2013.
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, R. Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 15. Baskı, Ankara 2017.
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SANCAKDAR, Oğuz / ÖNOK, Rifat Murat: *İnsan Hakları El Kitabı*, 6. Baskı, Ankara 2016.
- VALERIUS, Brian: in: Jürgen Graf (hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar*, 29. Edition, Stand: 01.01.2018, EMRK Art. 3.
- YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Baskı, Ankara 2017.
- ZIMMERMANN, Frank: "Human Rights and Criminal Law: An Ambivalent Relationship, Perspectives of the German Bundesverfassungsgericht and the European Court of Human Rights", in: Katja S. Ziegler ve Peter M. Huber (eds.), *Current Problems in the Protection of Human Rights, Perspectives from Germany and the UK*, Oxford 2013.