



YAŞAM HAKKI İLE İŞKENCE VE KÖTÜ MUAMELE YASAĞI KAPSAMINDA ETKİLİ SORUŞTURMA YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ YÖNÜNDE HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI

*The Suspension of the Pronouncement of the Judgment in terms of the
Obligation to Conduct an Effective Investigation under the Right to Life
and the Prohibition of Torture and Ill-Treatment*

Hüseyin KAYA*

ÖZET

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) müessesesi ceza ve ceza muhakemesi hukuku sistemi içerisinde bazı sorunlu alanlar oluşturmakla birlikte insan hakları hukuku ve daha özelde bireysel başvuru açısından da çözüme muhtaç kimi sonuçlara neden olmaktadır. Özellikle adil yargılanma hakkı, ifade hürriyeti, etkili başvuru hakkı, iki dereceli yargılanma hakkı, yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı gibi başlıca alanlarda HAGB uygulaması yapısal birtakım problemleri de beraberinde getirmektedir. Bu çalışmada HAGB müessesesinin yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında pozitif bir yükümlülük olan etkili soruşturma yapma yükümlülüğü açısından ortaya çıkardığı kategorik sorunlar ve bunların hâl yolları ele alınacaktır. Üçüncü kişiler arasındaki ceza yargılamalarında verilen HAGB kararlarının bireysel başvuruda etkili soruşturma yapma yükümlülüğü bakımından ele alınmasının ise yatay etki (drittwirkung) bağlamında değerlendirilmesi yapılacaktır. Belirtildiği üzere çalışmanın odağı HAGB müessesesinin

* Anayasa Mahkemesi Raportörü, huseyin.kaya@anayasa.gov.tr,
ORCID: 0000-0003-3547-1155

anayasal düzlemde ele alınarak etkili soruşturma yapma yükümlülüğü bağlamında incelenmesi olduğundan konunun ceza muhakemesi hukuku ile olan ilişkisine gerektiği ölçüde yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Hükümün açıklanmasının geri bırakılması, etkili soruşturma yapma yükümlülüğü, yatay etki, yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı.

ABSTRACT

The institution of the suspension of the pronouncement of the judgment (SOP), while creating some problematic areas within the criminal law and criminal procedure law system, also yields to some consequences that need a solution in terms of human rights law and, more specifically, individual application mechanism. Especially in the main spheres such as the right to a fair trial, the freedom of expression, the right to an effective remedy, the right to appeal, the right to life, and the prohibition of torture and ill-treatment, the SOP brings along some structural problems. This study aims to provide an insight into the categorical problems caused by the SOP procedure in terms of the obligation to conduct an effective investigation, a positive obligation within the scope of the right to life and the prohibition of torture and ill-treatment, as well as into the proposed solutions with respect thereto. It will also touch upon the horizontal effect (drittwirkung) of the assessment of the SOP decisions -rendered at the end of the criminal proceedings between third parties- in terms of the obligation to conduct an effective investigation through individual application mechanism. As stated, since the study focuses on the SOP institution in the context of the obligation to conduct an effective investigation by addressing it at the constitutional level, the interplay between the institution and the criminal procedure law will be addressed to the extent necessary.

Keywords: Suspension of the pronouncement of the judgment, obligation to conduct an effective investigation, the horizontal effect (Drittwirkung), right to life, prohibition of torture and ill-treatment.

GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti devleti, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) taraf olan ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) zorunlu yargı yetkisini kabul eden 46¹ üye devletten biridir, bu yönüyle bazı temel hak ve hürriyetlerin ülke içindeki uygulaması açısından AİHM'in belirlediği uluslararası hukuk standartlarını kabul etmiş durumdadır. Bu kapsamda adil yargılanma hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı, yaşam hakkı, ifade özgürlüğü, etkili başvuru hakkı ve iki dereceli yargılanma hakkı gibi insan hakları hukukundaki bazı temel alanlarda HAGB uygulamasının çeşitli sorunlar yarattığı bireysel başvuru kararlarında dile getirilmektedir². Anılan temel hak ve hürriyetlerin her biri yönünden söz konusu uygulamanın değerlendirilmesi bu çalışmanın kapsamını aşacağından ve daha detaylı analizler yapılabilmesi amacıyla çalışmanın çerçevesi, yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında pozitif bir yükümlülük olan etkili soruşturma yapma yükümlülüğü bağlamında HAGB müessesesinin ortaya çıkardığı sorunlar ve bunların çözümü konusunda sınırlandırılmıştır.

Yaşam hakkı veya işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında pozitif bir yükümlülük olarak ortaya çıkan etkili soruşturma yapma yükümlülüğünün bir gereği de yapılan yargılama sonucunda verilen nihai yaptırımın eylemle orantılı ve caydırıcı bir niteliğe sahip olmasıdır. Bireysel başvuru kapsamında hem AİHM hem de Anayasa Mahkemesi (AYM) tarafından yapılan denetimde özellikle kamu görevlilerinin eylemlerinden kaynaklanan yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağı ihlallerinde HAGB kararları neredeyse kategorik düzeyde eylemle orantılı ve caydırıcı bir yaptırım

1 Bilindiği üzere Rusya Federasyonu 16/9/2022 tarihi itibarıyla AİHS'in tarafı olmaktan çıktığı için 47 olan üye sayısı 46'ya düşmüştür (bu konudaki ulusal basında çıkan haber için bkz. <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/rusya-avrupa-insan-haklari-sozlesmesine-taraf-olmaktan-cikti/2687129> (Erişim Tarihi: 25/2/2024).

2 Bkz. AYM, E.2022/120, K.2023/107, 1/6/2023, § 28.

olarak görülmemekte³, dolayısıyla etkili soruşturma yapma yükümlülüğünün yerine getirilmediğine karar verilmektedir. Üçüncü kişiler arasındaki ceza davaları sonucunda verilen mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasında ise nihai yaptırım olan HAGB kararı davanın şartlarına bağlı olarak eylemle orantılı ve caydırıcı bulunabilmektedir. Orantılılık ve caydırıcılık bağlamında HAGB kararlarından kaynaklanan etkili soruşturma yapma yükümlülüğü ihlallerinin nasıl önüne geçilebileceği ise bu çalışmada cevap aranan sorudur.

Bu doğrultuda, çalışmada öncelikle etkili soruşturma yapma yükümlülüğüne ve daha özeld eylemle orantılı ve caydırıcı ceza verilmesi edimine dair bazı temel açıklamalara, daha sonra ise HAGB uygulamasının bu alanda ortaya çıkardığı sorunlar ve çözüm önerilerine ilişkin değerlendirmelere yer verilecektir. Şüphesiz konunun ceza muhakemesi hukukuna bakan bir yönü de bulunmakla birlikte bu çalışmada mesele anayasal düzlemde inceleme konusu yapıldığından konunun ceza muhakemesi hukuku boyutuna yeri geldikçe ve gerektiği ölçüde yer verilecektir.

I. ETKİLİ SORUŞTURMA YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. Kavramsal Çerçeve

İşkence ve kötü muamele yasağı ile yaşam hakkına ilişkin AİHS'in 2 ve 3. maddeleri ile Anayasa'nın 17. maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları bireylere temel bazı güvenceler sağlamaktadır⁴. AİHM'in bugüne kadar söz konusu maddeleri

3 Bu kararlara ilerleyen bölümde daha detaylı olarak yer verilecektir.

4 Anayasa'nın 90. maddesinde, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların kanunlarla farklı hükümler içermesi durumunda öncelikle uygulanacağı kabul edilmiş durumdadır. Türkiye kurucu üye olarak AİHS'i 4/11/1950 tarihinde imzalamış ve 10/3/1954 tarihinde yasama organınca kabul edilen kanunla da onaylamıştır. Ayrıca bireysel başvuru 1987'de bir yargı yolu olarak kabul edilmiş, 1990 tarihinden itibaren ise AİHM'in zorunlu yargı yetkisi tanınmıştır. Bu hâlde AİHS hükümlerinin iç hukukun -normal kanunlara göre üstün tutulan- bir parçası, AİHM'nin de iç hukukta kabul edilen bir yargı yeri olduğunda şüphe bulunmamaktadır. Öte yandan 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile AYM'ye bireysel

ele alış ve yorumu ile üye devletler nezdinde oluşan genel kabule göre, devletin anılan güvenceler bağlamında hem negatif hem de pozitif birtakım yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu yükümlülükler esasen devletin yapma (pozitif) veya yapmama (negatif) edimi şeklinde de tanımlanabilir⁵. Devlet görevlilerinin eylemlerinden kaynaklanan ihlal iddiaları negatif yükümlülük ihlalinin konusunu oluştururken⁶ üçüncü kişilerin eylemlerinden kaynaklanan ihlal iddialarında sadece pozitif yükümlülükten⁷ bahsedilmektedir. Üçüncü kişilerin eylemlerinden kaynaklanan bu pozitif yükümlülüğün orijinal kavramı *Drittwirkung*⁸ olup bu, doktrinde AİHS'in yatay etkisi⁹ şeklinde kavramsallaştırılmıştır¹⁰.

başvuru yapılmasının öne açılmış, böylece AİHM'den önce iç hukukta insan hakları hukuku alanında inceleme yapacak yeni bir yol daha ihdas edilmiştir. 2012 yılında ise AYM bireysel başvuruları kabul etmeye başlamıştır. Anayasa ve AİHS'in her ikisinde de yer alan temel hak ve hürriyetlere ilişkin konularda AYM belirtilen tarihten itibaren kendisine gelen bireysel başvurulara ilişkin kararlar vermektedir.

- 5 Gözler, K. (2020). *İnsan Hakları Hukuku*, Bursa: Ekin Yayınları (3. Baskı), s. 70, 74.
- 6 Örneğin bkz. *Pretty/Birleşik Krallık*, B. No: 2346/02, 29/4/2002, § 50; *Cezmi Demir ve diğ.leri*, B. No: 2013/293, 17/7/2014, § 81.
- 7 AİHM'in resmî internet sitesinden tespit edilebildiği kadarıyla- işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında incelenen ve ilk kez pozitif yükümlülük tabirinin kullanıldığı karar için bkz. *Y./Birleşik Krallık*, B. No: 14229/88, 8/10/1991, § 36.
- 8 Bu kavram Federal Alman Anayasa Mahkemesince geliştirilmiş, anayasal hakların devlet dışında üçüncü kişiler arasındaki ilişkilerde de korunmasını amaçlayan anayasal yaklaşımın bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Buna göre kavram, anayasal hakların korunmasının özel kişiler arasındaki ilişkilerde doğrudan uygulanması (*directe drittwirkung*) ve yol gösterici olarak dolaylı uygulanması (*indirecte drittwirkung*) olmak üzere iki şekilde formüle edilmiştir. Ancak AİHS'te sadece üye devletlerin sorumluluğu düzenlendiğinden, başka bir ifadeyle bireyler hakkında yaptırım uygulama yetkisine sahip olunmadığından AİHM bu kavramı, işkence yasağı bağlamında bireylerin sadece devlet görevlilerinden gelecek eylemlere karşı değil aynı zamanda özel kişilerden gelecek eylemlere karşı da korunması gerektiği şeklinde anlamlandırmıştır (*O'Keeffe/İrlanda* [BD], B. No: 35810/09, 28/1/2014, § 144; *X ve diğ.leri/Bulgaristan*, B. No: 22457/16, 2/2/2021).
- 9 Daha geniş bilgi için bkz. Köküarı, İ. (2024). "Hakların Çatışması ile Hakların Yatay Etkisi Arasındaki İlişki", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 41., S. 1., s. 112-122.
- 10 Örneğin bkz. Sunay, R. (2015). "İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin

Buna göre negatif yükümlülük bağlamında ele alınan mesele, ihlal iddiasına konu olayda devlet görevlisince kamusal bir faaliyet kapsamında işlenen bir eylemin bulunup bulunmadığı, bulunuyorsa bu eylemin söz konusu hakkı ya da yasağı maddi yönden ihlal edip etmediği ile sınırlıdır¹¹. Pozitif yükümlülükleri ise koruma yükümlülüğü ile etkili soruşturma yapma yükümlülüğü olmak üzere temel iki başlık altında incelemek mümkündür. Koruma yükümlülüğü ihlal iddiasına konu edilen olaya ilişkin devletin önceden alması gereken tedbirleri ihtiva eder ki bunlar uygun mevzuat oluşturma yükümlülüğü¹² ile devletin bildiği ya da bilmesi gerektiği bir olay özelinde bazı somut tedbirleri alması yükümlülüğü¹³ olarak izah edilebilir.

Etkili soruşturma yapma yükümlülüğü ise ihlal iddiasına dayanak yapılan olay meydana geldikten sonra devletin etkili bir yargısal sistemle olayı aydınlatmaya çalışması, soruşturma sonucunda eğer gerekli ise sorumlulara eylemleriyle orantılı ve benzer olaylar için caydırıcı nitelikte bir ceza vermesi ve bu cezayı infaz etmesi şeklindeki usul yükümlülüğü olarak tanımlanabilir¹⁴.

B. Genel Açıklama

Yaşam hakkı ya da işkence yasağını ihlal eden bir olay AİHS'e üye devletlerin yetki alanında meydana geldikten sonra buna ilişkin yapılacak soruşturma ve gerekli ise sorumlulara ceza verme devletin pozitif yükümlülükleri arasında yer alan yeterli mevzuat oluşturma yükümlülüğüne içkindir.

Sorumluluğu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 23., s. 12.

11 Mecek, H. (2023). *İşkence Yasağı Kapsamında Devletin Etkili Soruşturma Yükümlülüğü*, (Doktora Tezi), Ankara: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, s. 138.

12 A./Birleşik Krallık, B. No: 25599/94, 23/9/1998, § 22; Mahmut Kaya/Türkiye, B. No: 22535/93, 28/3/2000; Ramirez Sanchez/Fransa [BD], B. No: 59450/00, 4/7/2006, § 157; Z.C. [GK], B. No: 2013/3262, 11/5/2016, § 58.

13 Mamazhonov/Rusya, B. No: 17239/13, 23/10/2014, § 173; Z.C., § 85.

14 Şenol, C. (2011). “Etkin Soruşturma Yükümlülüğü ve Etkili Başvuru Hakkı”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1., S. 1., s. 40.

Zira uygun ve yeterli mevzuat oluşturma yükümlülüğü için teorik kısmına denk gelirken söz konusu mevzuatın hayata geçirilmesi pratik alana denk gelmektedir¹⁵. Ancak burada daha özel olarak ifade edilmek istenen, etkili bir soruşturma yapılması için gereken yasal altyapının ötesinde uygulamada nasıl bir soruşturma yapıldığı ya da yapılması gerektiği ile daha çok ilgilidir.

Öte yandan yaşam hakkını ihlal eden tüm olaylar için ceza yargılaması etkili hukuk yolu olmayabilir. Bu bağlamda AİHM, kasıtlı eylemlerden kaynaklanmayan yaşam hakkı ihlallerinde, *etkili yargı sistemi oluşturma* yönündeki pozitif yükümlülüğün, her durumda muhakkak cezai yargı yoluna başvurmayı gerektirmediğini belirtmiştir¹⁶. Bu eylemler yönünden sorumluluğu tespit eden ve tazminat imkânı sunan idare veya hukuk mahkemeleri de etkili hukuk yolu olarak kabul edilebilir¹⁷. Örneğin yaşam hakkı kapsamında *salt tıbbi hatalardan* kaynaklanan şikâyetlerle ilgili olarak AİHM, devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında tazminat davası ya da idari disiplin yollarının bulunmasını da yeterli kabul etmekte, ayrıca bir ceza soruşturması yolunun tüketilmesini gerekli görmemektedir¹⁸. Bununla birlikte kasıtlı bir eylemden kaynaklanmasa da tehlikeli faaliyet kapsamında meydana gelen yaşam hakkı ihlallerinde yine ceza yargısı yolu etkili yol olarak kabul edilebilmektedir¹⁹. Dolayısıyla çalışmanın yaşam hakkı yönünden kapsamının, bireysel başvurudan önce ceza yargısı yolunun tüketilmesi gereken durumlarla sınırlanması

15 Benzer yönde değerlendirme için bkz. Keser, H. (2022). “Bireysel Başvuru İçtihatlarında Yaşam Hakkının Usuli Boyutu: Etkili Soruşturma Yükümlülüğü”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12., S. 2., s. 416.

16 *Murillo Saldias ve diğerleri/İspanya*, B. No: 76973/01, 28/11/2006; *Ceviroğlul Türkiye*, B. No: 69546/12, 4/10/2016, § 54.

17 *Anna Todorova/Bulgaristan*, B. No: 23302/03, 24/5/2011, §§ 72-74.

18 Bu yönde bkz. *Calvelli ve Ciglio/İtalya* [BD], B. No: 32967/96, 17/1/2002, § 51; *Vo/Fransa* [BD], B. No: 53924/00, 8/7/2004, § 90; *Lopes De Sousa Fernandes/Portekiz* [BD], B. No: 56080/13, 19/12/2017, § 137.

19 *Öneryıldız/Türkiye* [BD], B. No: 48939/99, 30/11/2004, § 93; *Oruk/Türkiye*, B. No: 33647/04, 4/2/2014, §§ 50, 65.

gerekir. Zira HAGB uygulaması ancak ceza yargılamasının varlığında söz konusu olabilecektir.

Hemen ifade etmek gerekir ki buradaki soruşturma kavramı teknik ceza muhakemesi hukukundaki soruşturmadan anlam olarak oldukça geniştir²⁰. AİHM soruşturma (*investigate/enquêter*) kavramını, her üye devletin iç hukuk sistematığının birbirinden farklı olması nedeniyle, özerk şekilde yorumlamaktadır. Diğer bir deyişle AİHM, soruşturma ibaresini AİHS çerçevesinde özgün bir kavram olarak kullanmakta, dolayısıyla kavramın taşıdığı anlamı genişletme yoluyla kapsamı yeniden belirlemektedir. Buna göre soruşturma, olay anından itibaren işleyen yargısal ya da idari sürecin kesin olarak iç hukukta sonlandığı ana kadarki zaman aralığında yapılan işlemlerin tamamıdır²¹. Örneğin kolluk görevlisince yapılan bir yakalama işlemi ile başlayan sürecin ceza soruşturması ve kovuşturması evrelerinden sonra olağan kanun yolu incelemesiyle kesin bir yargısal karara dönüşmesi dâhilindeki tüm sürece²² ve hatta buna ilişkin hukuk ya da idare mahkemelelerinde açılan davaların tamamına soruşturma ismi verilmekte, buna bağlı olarak da tüm sürecin etkili şekilde işlemesi beklenmektedir. Dolayısıyla soruşturma kavramını AİHM sadece o ülkedeki adli soruşturma olarak algılamamaktadır. Yerine göre idari bir soruşturma da AİHM'e göre etkili soruşturma yapma yükümlülüğünün bir parçası hâline gelebilmektedir. Söz gelimi Türk hukukundaki memurların görevleri nedeniyle işlendiği iddia olunan suçlarda 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması

20 Mecek, H. (2023), s. 151-152.

21 *Denis Vasilyev/Rusya*, B. No: 32704/04, 17/12/2009, § 126; Doğru, O. ve Nalbant, A. (2012). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar 1. Cilt*, Ankara: Şen Matbaa, s. 22.

22 Temyiz incelemesinde zamanaşımı nedeniyle davanın düşürülmesinin etkili soruşturma yapma yükümlülüğüne aykırı olduğuna ilişkin AİHM kararı için bkz. *Yeşil ve Sevim/Türkiye*, B. No: 34738/04, 5/6/2007, §§ 36-43. Nitekim Türk ceza muhakemesi hukukunda kovuşturma aşamasında da delil toplanabildiğinden ya da kanun yolunda eksik araştırma nedeniyle bozma kararı verilebildiğinden AİHM'in soruşturma kavramını geniş yorumlamasının iç hukukta tamamen karşılıksız olduğu da söylenemez.

Hakkında Kanun'a göre soruşturma izni gereken hâllerde yapılan idari ön inceleme, AİHM'e göre soruşturmanın bir parçasıdır ve bu nedenle etkili soruşturma ölçütlerine göre değerlendirilmektedir²³.

AİHM, AİHS'in 2. ve 3. maddesi kapsamındaki şikâyetlere ilişkin başvurularda iç hukukta tüketilen yolun etkili olması hususundaki kriterlerini birçok farklı kararında zikretmiş ve bu kriterleri aynı konudaki hemen her kararında tekrar edegelmiştir²⁴. Yaşam hakkı kapsamında incelenen bir başvuruda AİHM, üye devletin AİHS'in 1. maddesi uyarınca yetkisi alanındaki herkesin can güvenliğini sağlamakla görevli olduğunu, bu hakkın ihlaline yönelik bir olayda ise etkili bir soruşturma yürütmekle yükümlü olduğunu vurgulamıştır²⁵. AİHM daha sonra başka kararlarında da bu tespiti tekrar ederek özellikle devlet görevlilerinin eylemlerinden kaynaklanan yaşam hakkı ihlali iddialarında üye devlete 1. maddenin yüklediği genel ödev kapsamında ulusal makamlarca etkili bir soruşturma yapılmasının zaruri olduğunu belirtmiştir²⁶. AİHM bir başka başvuruda yukarıda bahsedilen yaşam hakkı ihlaline ilişkin başvurulara atıf yaparak özellikle devlet görevlileri tarafından gerçekleştirildiği ileri sürülen işkence ve kötü muamele iddialarında üye devletin AİHS 1. maddesi kapsamında etkili bir soruşturma yapmakla yükümlü olduğunu vurgulamıştır²⁷. Ayrıca burada AİHM, üye devlet tarafından yürütülecek soruşturmanın şüphelilerin tespiti ve gerekli ise cezalandırılmaları noktasında elverişli bir niteliğe sahip olmasını, aksi takdirde demokratik toplumun vazgeçi-

23 Bu yöndeki kararlar için bkz. *Oğur/Türkiye* [BD], B. No: 21594/93, 20/5/1999, §§ 91-92; *Talat Tepel/Türkiye*, B. No: 31247/96, 21/12/2004, § 84; *Kurnaz ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 36672/97, 24/7/2007 § 62; *Döndü Erdoğan/Türkiye*, B. No: 32505/02, 23/3/2010, § 55.

24 Örneğin bkz. *Pulfer/Arnavutluk*, B. No: 31959/13, 20/11/2018, § 71; *Yaşal/Türkiye*, B. No: 22495/93, 2/9/1998, §§ 74, 75; *Jorgensen ve diğerleri/Danimarka*, B. No: 30173/12, 28/6/2016, §§ 62, 63.

25 *McCann ve diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 18984/91, 27/9/1995, § 161.

26 *Kaya/Türkiye*, B. No: 22729/93, 19/2/1998, § 86; *Yaşal/Türkiye*.

27 *Assenov ve diğerleri/Bulgaristan*, B. No: 24760/94, 28/10/1998, § 93, 102; *Labita/İtalya* [BD], B. No: 26772/95, 6/4/2000, § 131.

lemez bir değeri olan işkence yasağının pratikte anlamsız ve içi boş bir hâle gelebileceğini ifade etmiştir.

AIHM, AIHS'in 3. maddesinin işkence seviyesinde²⁸ ihlal edildiğini tespit ettiği bir başka kararında ise üye devletten yerine getirmesi beklenen usule ilişkin yükümlülüklerin, teorik düzlemde kalan, pratikte bir karşılığı olmayan şekilde değil, bilakis hakkı garanti altına alan bir zorunluluk şeklinde anlaşılması gerektiğine vurgu yapmış ve bu yükümlülüklerin etkili şekilde uygulanabilir olması gerektiğini dile getirmiştir²⁹. Aynı kararda AIHM, 3. madde ihlaline ilişkin bireylerin *savunulabilir bir iddia*³⁰ ileri sürmesi durumunda AIHS'in 13. maddesi uyarınca ulusal makamlar tarafından iç hukukta etkili bir başvuru yolu sağlama zorunluluğu bulunduğu da dikkat çekmiştir³¹. Anılan bu etkili yolun, sorumluların ortaya çıkarılmasına ve cezalandırılmalarına imkân sağlayan nitelikte ve mağdurun etkin şekilde soruşturmaya katılımını temin edecek düzeyde olması gerektiği de kararda vurgulanmıştır. AIHM bu başvuruda AIHS'in 13. maddesinden de ayrıca bir

28 AIHS'in 3. maddesi kapsamında kalan eylemleri AIHM maddi yönden üç kademe ele almaktadır ki bunlar ciddiyet sırasına göre; *işkence* (torture), *insanlık dışı muamele* (inhuman treatment) ve *aşağılayıcı muamele* (degrading treatment) şeklinde ifade edilebilir (Detaylı bilgi için bkz. Harris, D. J., O'Boyle, M. ve Wabrick, C. (2021). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Bingöllü Kılçı, Mehveş ve Karan, Ulaş (Çev.), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları (Güncelleştirilmiş 4. Baskı), s. 226-258). Bazı kararlarında ise AIHM bu nitelemelerden herhangi birini yapmaksızın 3. maddenin ihlal edildiği belirlemesi yapmakla yetinebilmektedir. Özellikle sadece etkili soruşturma yapma yükümlülüğü kapsamında yapılan incelemelerde -maddi bir inceleme yapılmadığından- eylem hakkında niteleme yapılmayarak sadece 3. maddenin ihlal edildiği ifadesi kullanılmaktadır. Bu nedenle bu çalışmanın konusu itibarıyla söz konusu nitelemeler ve aralarındaki farklar konusunda daha ileri açıklamalara yer verilmesinin gerekli olmadığı değerlendirilmiştir.

29 *İlhan/Türkiye* [BD], B. No: 22277/93, 27/6/2000, § 91.

30 Bir iddianın savunulabilir olmasından kastedilen, yaşam hakkı ya da işkence ve kötü muamele yasağı alanında kalan bir eyleme maruz kalındığı yönünde makul bir şüphe oluşmasına neden olacak objektif delil ya da delil başlangıçlarının bulunmasıdır (bkz. *Assenov ve diğerleri/Bulgaristan*, § 101). Diğer bir ifadeyle soyut olarak ileri sürülen bir iddianın savunulabilir olduğundan bahsedilemez.

31 *İlhan/Türkiye*, § 92; Benzer yönde verilen öncü karar için bkz. *Aksoy/Türkiye*, B. No: 21987/93, 18/12/1996, § 98.

inceleme yapmış³² ve esasen soruşturmanın birçok açıdan son derece etkisiz olduğu tespitlerini yaptıktan sonra her ne kadar teoride olsa da pratikte etkili bir başvuru yolunun olmadığı değerlendirilmesi ile ihlal sonucuna varmıştır³³.

AYM'nin etkili soruşturma yükümlülüğüne ilişkin yaptığı tespitler ve konuya ilişkin içtihadı da esasen AİHM'in içtihadını takip etme şeklinde olmuştur³⁴. Bireylerin savunulabilir bir iddia dâhilinde yaşam hakkı ya da işkence yasağı kapsamında bir şikâyet ileri sürmesi durumunda AYM, devletin derhal ve resmî bir soruşturma başlatması gerektiğini bu yöndeki hemen her kararında vurgulamaktadır³⁵.

Hem AİHM hem de AYM kararlarına bakıldığında uygulamada en çok ihlal kararına kaynaklık eden pozitif yükümlülük türünün etkili soruşturma yapma yükümlülüğü olduğu görülmektedir³⁶. Yukarıda yer yer değinilen AİHM içtihadına göre etkili bir soruşturmadan bahsedilebilmesi için şu altı alt ilkeye riayet edilmesi gerekmektedir:

- Savunulabilir bir iddia karşısında derhâl resmî bir soruşturma başlatma,
- Soruşturmanın bağımsız ve tarafsız şekilde yürütülmesi,

32 AİHM sonraki kararlarında bu inceleme yönetiminden vazgeçmiştir. Etkili soruşturma yükümlülüğünü AİHS 13. maddesinden değil 3. maddenin usul boyutundan hareketle incelemeyi tercih etmiştir (örneğin yakın tarihli bir karar için bkz. *Geylani ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 10443/12, 12/9/2023, §§ 90-99).

33 *İlhan/Türkiye*, §§ 94-103.

34 *Cezmi Demir ve diğerleri*, §§ 110-111.

35 Örneğin yakın tarihli bir karar için bkz. *Yücel Çelik (2)*, B. No: 2018/8830, 9/6/2021, §§ 57-61.

36 AİHM'in resmî internet sitesinden tarafımızca çıkarılan istatistiğe göre; 30/6/2024 tarihine kadar sadece işkence yasağı kapsamında verilen toplam 423 ihlal karardan; 119 tanesi devletin pozitif yükümlülüklerinin ihlal edildiği, 230 tanesi hem pozitif hem de negatif yükümlülüğün ihlal edildiği, kalan 74 tanesi ise negatif yükümlülüğün ihlal edildiği tespiti içermektedir. Pozitif yükümlülük kapsamında verilen toplam 349 ihlal karardan 304 kararın ise etkili soruşturma yapılmadığı gerekçesine dayandığı görülmektedir. Buna göre bu alandaki ihlal kararlarının %87 den fazlası etkili soruşturma yapılmadığı tespiti içermektedir. Yaşam hakkında da tablonun çok farklı olmadığını belirtmek gerekir.

- Delillerin toplanmasında ve değerlendirilmesinde gerekli özeni gösterme,
- Mağdurun soruşturmaya etkin şekilde katılımını sağlama,
- Soruşturmanın makul bir zaman içinde tamamlanması,
- *Soruşturma sonucunda ilgililere ceza verilmişse, bu cezanın eylemle orantılı ve benzer olaylar açısından caydırıcı nitelikte olması*³⁷.

Bir soruşturmanın etkili olduğundan bahsedilebilmesi için AİHM ve AYM'nin bireysel başvuru incelemelerinde gözettiği ve yukarıda sayılan altı ilkeden herhangi birinin ihlal edilmesi, diğer bir ifadeyle tüm ilkelere riayet edilmesi gerekmektedir. Bu çalışmanın konusunu doğrudan ilgilendiren ilkenin eylemle orantılı ve caydırıcı ceza verilmesi olduğu açıktır. Bu nedenle anılan ilke hakkında aşağıda detaylı açıklamalara yer verilmekle birlikte diğer ilkelerle ilgili daha fazla açıklama yapılmasına gerek duyulmamıştır.

C. Cezanın Eylemle Orantılı ve Caydırıcı Nitelikte Olması

Etkili soruşturma yapma yükümlülüğü elbette bir sonuç yükümlülüğü değil, uygun araçların kullanılması yükümlülüğüdür³⁸. Başka bir ifadeyle etkili soruşturma yapma yükümlülüğü, soruşturma sonucunda her durumda olayın aydınlatılması anlamına gelmeyip doğru araçların zamanında ve etkin şekilde kullanılması ile sınırlı bir edimdir. Bununla birlikte yürütülen soruşturma sonucunda sorumlu ya da sorumlular hakkında mahkûmiyet hükmü kurulursa artık verilen nihai cezanın eylemle orantılı ve benzer olaylar açısından da caydırıcı nitelikte olması beklenir. Aksi durumda etkili bir

37 Ayrıntılı bilgi için bkz. Doğru, O. (2018). *Yaşama Hakkı*, Ankara: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-5; Erdal, U. ve Bakırcı, H. (2006). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi Uygulama El Kitabı*, Cenevre.

38 Birçok karar arasından örneğin bkz. *Denis Vasilyev/Rusya*, B. No: 32704/04, 17/12/2009, § 100.

soruşturma yapıldığından bahsetmek zordur³⁹. Nitekim AİHM ve AYM negatif yükümlülük ihlali tespiti anlamına gelen bir mahkûmiyetin HAGB, erteleme, hapis cezasının paraya çevrilmesi ya da doğrudan sadece para cezası verilmesi, verilen cezanın affa uğraması, cezanın infaz edilmeden önce zamanaşımına uğratılması gibi durumlarda etkili soruşturma yapılmadığı gerekçesiyle ihlal kararları verebilmektedir⁴⁰. Zira yapılan yargılama sonucunda verilen mahkûmiyet kararıyla tespit edilmiş olan yaşam hakkı ya da işkence ve kötü muamele yasağının ihlali, uygun araçlar kullanılmadığından, eylemle orantılı ve caydırıcı bir ceza verilerek giderilmemiş olmaktadır.

Burada cezadan kastedilen ise sadece hapis ya da para cezası değil, yargılama sonucunda ortaya çıkan yaptırımın bütünü olduğu hatırlatılmalıdır. Buna göre denetimli serbestlik tedbiri kapsamında mahkemenin sanığa yüklediği yükümlülüklerin yanı sıra kamu görevlisi olan sanığa verilen disiplin cezaları da cezanın caydırıcılığı kapsamında dikkate alınacaktır⁴¹. Diğer bir ifadeyle yaşam hakkı ya da işkence ve kötü muamele yasağını ihlal eden olay nedeniyle eylemin failini olumsuz etkileyen tüm durumların toplamı cezanın orantılılığı ve caydırıcılığında hesaba katılacaktır. Hatta AİHM, işkence yasağı kapsamında mahkûm olan birinin daha sonra kamu görevine girmesinin dahi caydırıcılığa zarar verebileceğini dile getirmiştir⁴². Sıradan suçlulara göre kamu görevlilerinin daha caydırıcı cezalar alması gerektiği görüşünü belirten AİHM, bunun amacının kamu görevlilerinin benzer olaylara meydan vermesinin önüne geçilmesi ve bireylerin hukuk sistemine olan güvenlerinin diri tutulması olduğunu ifade etmektedir⁴³.

39 *Okkalı/Türkiye*, B. No: 52067/99, 17/10/2006, § 65.

40 *Zeynep Özcan/Türkiye*, B. No: 45906/99, 20/2/2007, §§ 40-45; *Kasap ve diğerleri/Türkiye*, B. No:8656/10, 14/1/2014, §§ 59-61; Yakın tarihli AYM kararı için bkz. *Mervan Eşen ve Meshut Eşen*, B. No: 2019/13412, 19/1/2023, §§ 12-14. Ayrıca bkz. Harris, D. J., O'Boyle, M. ve Wabrick, C. (2021). s. 202, 262.

41 *Abdülsamet Yaman/Türkiye*, B. No: 32446/96, 2/11/2004, § 55.

42 *Türkmen/Türkiye*, B. No: 43124/98, 19/12/2006, § 53.

43 *Enukidze ve Girgoliani/Gürcistan*, B. No: 25091/07, 26/4/2011, § 274.

Bir diğer önemli husus ise cezanın orantılılığı ve caydırıcılığına bakılırken bireysel başvuruda yapılan denetimin kanun yolu incelemesinde yapılan denetimden farklılığıdır⁴⁴. İstinaf ve temyiz denetiminde eylemin hangi suç kapsamında vasıflandırıldığından cezanın bireyselleştirilmesine kadar hemen her alanda delillerin takdiri ve kanunların yorumu konusunda denetim makamlarının geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Oysa bireysel başvuruda kural olarak eylemin hangi suç kapsamında vasıflandırılması gerektiği konusunda, bariz hatalı bir değerlendirme sonucunda cezasızlık hâli oluşturulmadığı sürece, bir inceleme yapılmaz⁴⁵. Yine, delillerin değerlendirilmesi ve kanunların somut olaya uygulanması ile sanığın kişiliği özelinde cezanın bireyselleştirilmesi gibi konularda ilk derece mahkemeleri ve kanun yolu denetim makamlarının daha avantajlı konumda olmaları ve takdir alanlarının genişliği nedenleriyle bireysel başvuruda kural olarak bir denetim yapılmaz. Bununla birlikte mahkemelerin anılan hususlarda bariz bir şekilde hataya düşerek verdiği bir karar, açıkça eylemle orantısız ve caydırıcılıktan uzak bir yaptırım sonucu doğurursa ancak bu hâlde söz konusu nedenle soruşturmanın etkili olmadığı, dolayısıyla yaşam hakkı ya da işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiği kararı verilebilir⁴⁶.

II. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI

A. Genel Açıklama

HAGB müessesesi Türk hukukuna ilk olarak 3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu ile girmiş olmakla birlikte esasen bu uygulamanın dayandığı ceza felsefesinin ol-

44 Dursun, G. (2018). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İşkence Yasağı ve İşkenceyi Etkili Biçimde Soruşturma Yükümlülüğü*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 235.

45 Bireysel başvuru yolunun "süper temyiz" ya da "dördüncü yargı yeri" olmadığına ilişkin detaylı açıklama için bkz. Şirin, T. (2018). *Bireysel Başvuru Usul Hukuku: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 7*, Ankara: Mrk Baskı ve Tanıtım, s. 207-212.

46 *Jalloh/Almanya* [BD], B. No: 54810/00, 11/7/2006, § 95; *Desde/Türkiye*, B. No: 23909/03, 1/2/2011, § 125.

dukça eski olduğu söylenebilir. Özellikle İngiliz hukukunda 14. yüzyıla kadar götürülebilen hükümün -belirli şartlar altında- infazının ertelenmesi uygulaması Kıta Avrupası'nda da Almanya, Macaristan, İsviçre ve Fransa'da benzer şekillerde hayat bulmuştur⁴⁷. Aralarında ciddi farklılıklar⁴⁸ bulunduğu bilirse de hâlen yürürlükte olan 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) (m.51) düzenlenen cezanın ertelenmesi kurumunun⁴⁹ da *onarıcı adalet*⁵⁰ olarak ifade edilen aynı ceza adalet anlayışının bir tezahürü olduğu görülebilmektedir⁵¹. En fazla iki yıla kadar⁵² hapis cezasını gerektiren suçlar için uygulanması öngörülen HAGB kararı ile ilk kez suç işlemiş kişilere son bir imkân tanınarak belli şartların yerine getirilmesi koşuluyla mahkûmiyet kararının açıklanmayacağı ve hakkındaki davanın belirli bir zaman sonra düşme kararıyla hiç suç işlememiş gibi (CMK m. 231/5 son cümle) ortadan kalkacağı bildirilmektedir (CMK m.231/10). Doktrinde bu durum "şartlı lekelenmeme hakkı" şeklinde ifade edilmiştir⁵³.

47 Yıldırım, A. (2018). *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 125. Başka ülke örnekleri için bkz. Yabanoğlu, M. (2023). *Ceza Muhakemesinde Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 30-34.

48 Bkz. Sümer, S. Y. (2022), "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Memuriyete Etkisi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 35., S. 161., s. 90-91.

49 Benzer düzenlemeler ayrıca hem 1/3/1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (m.89-95) hem de 13/7/1965 tarihli ve 647 sayılı Kanun'da (m.6) bulunmaktaydı.

50 Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Baytaç, A. B. (2013). "Onarıcı Adalet'e Genel Bir Bakış", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 71., S. 1., s. 117-129.

51 Yenisey, F. ve Nuhoglu, A. (2021). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık (9. Baskı), s. 820; Hakeri, H. ve Ünver, Y. (2021). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi (18. Baskı), s. 684.

52 5395 sayılı Kanun'un ilk hâlinde ayrıntılarıyla düzenlenen HAGB müessesesi 2006 yılında 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 231. maddesinde yapılan değişikliklerle buraya alınmış ve 5395 sayılı kanunun 23. maddesinde kısaltma yapılarak CMK'nın anılan maddesine atfı yapılmakla yetinilmiştir. Yapılan bu değişiklikte ilk olarak bir yıl ve daha az süreli hapis cezası öngören suçlar açısından uygulanabilir kılınan HAGB, 2008 yılında yapılan değişikliklerle iki yıl ve daha az süreli hapis cezası gerektiren suçlar için geçerli hâle gelmiştir.

53 Epözdemir, R. (2019). *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Ankara:

Ceza muhakemesi hukukundaki bu uygulamanın yargılamanın tüm tarafları açısından bazı temel sonuçları vardır. Ortaya çıkan sonuçların devlet ve sanık açısından nispeten olumlu, mağdur açısından ise genellikle olumsuz sayılabilecek etkileri olduğu söylenebilir. Devlet için kamu düzeninin korunması önemli olmakla birlikte bu düzeni sarsması bakımından bir kez ihmal edilebilecek nitelikte bir suç için verilecek mahkûmiyet kararının askıda bekletilerek kanun yolu denetimi safahatına geçirilmemesi ve/veya -karar kesin nitelikteyse- hemen infaz edilmemesi, yargıdaki iş yükünü veya ceza infaz kurumundaki mahkûm sayısını azaltarak devleti belirli bir malî külfetten kurtarmaktadır⁵⁴. Sanık açısından HAGB kararı mahkûmiyet hükmüne göre tercih edilebilecek ancak beraat kararına göre istenmeyecek ikili bir durum oluşturmaktadır. Öte yandan yargılamanın, istinaf ve temyiz kanun yoluna ve hükmün aynen infazına tabi bir mahkûmiyet kararına göre nispeten daha hızlı sonuçlanabilmesi hem sanık için hem de devlet için tercih edilebilir bir durumdur. Mağdur açısından ise yargılama sonucunda verilen HAGB kararı ile maruz kalınan haksızlık sonucu oluşan maddi ve/veya manevi zararın tam bir gideriminden mahrum kalınması olasılığı söz konusudur. Zira her ne kadar 4/12/2004 tarihli ve CMK'da HAGB kararı verilebilmesinin bir şartının da “c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın; aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi” (m.231//6-c) olduğu ifade edilse de Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre buradaki zararın sadece basit bir araştırmayla tespit edilebilecek maddi zarardan ibaret olduğu, manevi zararı ise hiç karşılamadığı belirtilmelidir⁵⁵.

Adalet Yayınevi (3. Baskı), s. 25.

54 Yıldırım, A. (2018). *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, s. 124.

55 Örneğin bkz. Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 12/9/2010 tarihli ve E.2010/8688, K.2010/13800 sayılı kararı. Karardaki şu ifadeler dikkat çekicidir: “... 2-Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna ilişkin uygulama esasları ve koşullarının belirlendiği Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun Dairemizce de benimsenen 03.02.2009 tarih, 2008/11-250 Esas, 2009/13 sayılı kararında 'suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tamamen giderilmesinde zarar yönünden, kanaat verici basit bir araştırma

Tam da bu nedenlerle HAGB müessesesi üzerinde çokça akademik tartışmalar yapılmış, AYM tarafından bireysel başvuruda ihlal⁵⁶, norm denetiminde iptal⁵⁷ kararları verilmiş, nihayetinde kanun koyucu tarafından yakın zamanda önemli kanuni değişikliklere gidilmiştir. Bununla birlikte HAGB kurumunun bireysel başvuru kapsamında etkili soruşturma yükümlülüğü açısından doğurduğu birtakım olumsuz sonuçların hâlen güncelliğini koruduğu, diğer bir ifadeyle yapılan kanun değişikliklerine rağmen HAGB müessesesinin henüz bu alandaki tartışma gündeminden tam olarak düşmediği söylenebilir.

B. HAGB Alanında Yapılan Kanun Değişiklikleri

HAGB müessesesine ilişkin ilk kabul edildiği 3/7/2005 tarihinden günümüze kadar birçok değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklere genel olarak bakıldığında; 2008 yılında yapılan değişikliklerle HAGB kararının Anayasa'nın 174. maddesinde düzenlenen inkılâp kanunlarında yer alan suçlar bakımından uygulanamayacağı, 2010 yılında yapılan değişikliklerle HAGB'nin uygulanmasının sanığın kabulü şartına bağlandığı, 2014 yılında yapılan değişikliklerle de kasıtlı bir suç nedeniyle denetim süresi içerisinde birden fazla HAGB kararının verilemeyeceği kurallarının getirildiği görülmektedir.

Son yapılan kanun değişikliğinde ise esasen AYM kararlarının etkili olduğu anlaşılmaktadır. AYM'nin yukarıda belir-

*ile belirlenecek maddi zararların esas alınması, manevi zararların bu kapsama dahil edilmemesi gerektiği' görüşünün benimsenmesi dikkate alınarak mahkeme tarafından mağdurda meydana gelen zarar, kanaat verici ve basit bir araştırma ile saptanıp, sanıktan tespit olunan bu zararı giderip gidermeyeceği sorulup ve diğer koşullarında mevcudiyeti halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasıyla ilgili olarak bir karar verilmesi gerekirken, ..." kaynak için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/3-ceza-dairesi-e-2010-8688-k-2010-13800-t-22-9-2010> (Erişim Tarihi: 24/4/2024). Benzer yönde değerlendirmeler için bkz. Kaya, E. (2013). "İnsan Hakları Açısından Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3., s. 423.*

56 Bkz. Süleyman Başmeşdan [GK], B. No: 2015/6164, 20/6/2019; Atilla Yazar ve diğerleri [GK], B. No: 2016/1635, 5/7/2022.

57 AYM, E.2021/121, K.2022/88, 20/7/2022 ve AYM, E.2022/120, K.2023/107, 1/6/2023.

tilen ihlal ve iptal kararları sonrasında kanun koyucu HAGB müessesesini tekrar ele alarak bazı değişikliklere gitmiştir. AYM'nin anılan kararlardaki ortak gerekçesine bakıldığında, HAGB uygulamasında Anayasa'ya aykırılığa neden olan temel birkaç hususun ön plana çıktığı görülmektedir. Bunlar; sanığa HAGB kararı verilmesini isteyip istemediğinin yargılamanın hemen başında sorulmasının önünde yasal bir engel bulunmaması⁵⁸, HAGB kararına karşı öngörülen itiraz kanun yolunun sadece usulü yönden bir denetim yapabilmesi ve bu çalışmanın konusuyla da yakından ilgili olan temel hak ve özgürlüklerin kullanımı bakımından HAGB'nin ortaya çıkardığı diğer sorunlar şeklinde özetlenebilir.

Bu doğrultuda 2/3/2024 tarihli ve 7499 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la HAGB kurumuyla ilgili bazı yasal düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre AYM'nin sorun tespit ettiği alanlarda yeni getirilen değişikliklerle; HAGB kararı üzerine hükmün hukuki sonuç doğurmaması ilkesine müsadereye ilişkin hüküm istisna tutulmuş⁵⁹ (m.231/5), sanığa hakkında HAGB kararının uygulanmasını isteyip istemediğinin sorulması usulünden vazgeçilmiştir (m.231/6). Açıklanan HAGB kararına ya da bu kapsamda yeni kurulan hükme karşı itiraz kanun yolu öngörülmüş ve itiraz makamının yapacağı denetimin sadece fıkra da sayılan (HAGB kararında -verilmişse- denetimli serbestlik tedbirine uygunluk) usulü bir denetimden ibaret olacağı açıkça belirtilmiştir (m.231/11). Bununla birlikte

58 Yargı pratiğinin çok büyük oranda sanığa bu soruyu kovuşturmanın en başında hatta ilk savunmadan dahi önce sorma yönünde geliştiği bilinmektedir (aynı yönde tespit için bkz. Güngör, D. ve Okuyucu Ergün, G. (2016). "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65., S. 4., s. 1958).

59 *Süleyman Başmeyer* kararında yasama organına çağrı yapılmasının nedeni, HAGB kararı verilmesi durumunda müsadereye ilişkin hükmün ne olacağı konusunda kanuni düzenleme bulunmamasıydı. 7499 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce HAGB kararı ve müsadereye ilişkin doktrindeki tartışmalar için bkz. Güngör, D. ve Toroslu, H. (2016). "Müsadere ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65., S. 4., ss: 1967-1980.

açıklanan HAGB kararına veya yeni kurulan hükme karşı ayrıca -şartları oluşmuşsa- istinaf ve/veya temyiz kanun yoluna gidilemeyeceği yönünde bir hükme yer verilmemiştir⁶⁰.

İlk derece mahkemelerince verilen HAGB kararlarına karşı istinaf, ilk derece mahkemesi sıfatıyla Bölge Adliye Mahkemeleri ve Yargıtay dairelerince verilen HAGB kararlarına karşı ise temyiz kanun yolları açılmış, bu kanun yollarında HAGB kararının ve verilen hükmün hem usul hem de esas bakımından denetime tabi tutulacağı düzenlenmiştir (m.231/12). Bu karar teknik olarak hâkim kararı olmayıp mahkeme kararı olduğundan ve Kanun'da itiraz kanun yoluna başvurulabileceğine yer verilmediğinden HAGB kararına karşı itiraz kanun yoluna gidilemeyecektir (m.267).

Söz konusu yasal düzenlemelerin tamamına ve gelişim sürecine bakıldığında zaman içerisinde karşılaşılan problemlere bağlı olarak HAGB kurumuna yeni kurallar getirildiği ve bu suretle Anayasa'ya aykırılıkların, doktrindeki kimi eleştirilerin⁶¹ ve uygulamadaki tereddütlerin giderilmeye çalışıldığı gözlemlenebilmektedir. Esasen yapılan tüm bu değişikliklere rağmen aşağıda açıklanan nedenlerle etkili soruşturma yapma yükümlülüğü kapsamında cezanın eylemle orantılı ve caydırıcı olması ilkesi yönünden HAGB kurumunda bir değişikliğe gidilmediği, diğer bir ifadeyle bu yönüyle mevcut sorunların devam edebileceği söylenebilir.

60 Bilindiği üzere mahkeme kararları kural olarak -şartları uyduğu ölçüde- istinaf ya da temyiz kanun yoluna tabidir. Ayrıca yapılan değişiklikte sadece usulü bir denetim yapılacağı da belirtildiğinden açıklanan HAGB kararı veya yeni hükmün esas bakımından denetiminin istinaf veya temyiz kanun yolunda yapılması beklenir. Buna göre açıklanan HAGB kararı veya yeni hükme karşı hem itiraz hem de istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurulması durumunda sistemin nasıl işleyeceği sorusu akla gelmektedir. Zira istinaf ve temyiz kanun yollarında sadece esas denetimi değil usul denetimi de yapılmaktadır. Ancak bu soru çalışmanın konusuyla yakından ilgili olmadığı için bu alanda daha ileri bir değerlendirme yapılmasına gerek duyulmamıştır.

61 Örneğin HAGB kararı verildiğinde konusu suç oluşturan eşyanın müsadere edilebileceğine ilişkin görüş için bkz. Güngör, D. ve Toroslu, H. (2016). s. 1978. Aynı konuda müsadere kararı verilmesinin mümkün olmadığına yönelik görüş için bkz. Yıldırım, A. (2018). *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, s. 374-375.

III. CEZANIN ORANTILI ve CAYDIRICI OLMASI BAĞLAMINDA HAGB

A. Negatif Yükümlülük ve Yatay Etki Arasındaki Fark

Öncelikle belirtilmesi gerekir ki kamusal bir faaliyet dahilinde devlet görevlilerinin eylemlerinden kaynaklanan olaylar ile üçüncü kişilerin eylemlerinden kaynaklanan olaylar (yatay etki) arasında⁶², yaşam hakkı ya da işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında yapılan yargılama sonucunda verilen cezanın orantılılığı ve caydırıcılığı açısından belirgin bir standart farkı bulunmaktadır⁶³. Söz konusu farkın, negatif yükümlülük ihlali içeren eylemlerin üçüncü kişilerin eylemlerine göre insan hakları açısından daha ciddi bir tehdit olarak görülmesi ve buna paralel olarak da daha caydırıcı cezalar gerektirdiği alt düşüncesinden kaynaklandığı söylenebilir. Gerçekten de anılan anayasal güvencelerin ihlaline dönük eylemlerin bireyi korumakla anayasal düzeyde görevlendirilen kişilerden gelmesi, devlet görevlilerinin üçüncü kişilere göre, eğitim, araç-gereç ve organizasyon anlamında daha çok imkân ve kabiliyete sahip olması anılan farkı yaratan önemli unsurlardır. Ayrıca bireyin hukuk devletine olan güveninin korunması ve üçüncü kişilerle karşılaştırıldığında devlet görevlilerine karşı daha savunmasız hâlde olması hususları da belirtilen şekilde bir ayırım yapılmasını haklı kılan nedenler arasındadır. Bu doğrultuda, negatif yükümlülük ihlali içeren olaylarda cezanın orantılı ve caydırıcı olması noktasında devletin daha yüksek bir standardı kabul etmesi anlaşılabilir bir durumdur. Nitekim AİHM de HAGB kararlarına bağlı olarak cezanın orantılı ve caydırıcı olması standardını devlet görevlilerinin dahil olduğu olaylar ile üçüncü kişiler arasındaki olaylar açısından farklı değerlendireceğini açıkça belirtmektedir⁶⁴.

62 Negatif ve pozitif yükümlülükler ayrımı bakımından bkz. Boyar, O. (2013). Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki, içinde İnceoğlu, S. (Der.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa* (ss. 54-80), Ankara: Şen Matbaa, s. 54-55.

63 Bu yönde bkz. *Beganović/Hırvatistan*, B. No: 46423/06, 25/6/2009, § 69.

64 Devlet görevlilerinin dahil olmadığı sivil kişiler arasında yaşanan kavga

Bu doğrultuda, yatay etki kapsamında kalan etkili soruşturma yapma yükümlülüğü söz konusu olduğunda AİHM ve AYM'nin devletin bu alandaki daha geniş takdir marjını gözeterek derece mahkemelerinin HAGB kararı verme tercihlerini -kural olarak-caydırıcı ve orantılı ceza verilmesi gerekliliği bakımından sorunlu görmedikleri söylenebilir. Bununla birlikte aynı konuda AYM ile AİHM arasında da bir standart farkı olduğunu belirtmekte fayda vardır. İleride ilgili başlıkta yer verilecek bireysel başvuru kararları incelemesinde daha net görülebileceği üzere AYM, üçüncü kişiler arasındaki yargılamalar neticesinde verilen HAGB kararları bakımından cezanın eylemle orantılı ve caydırıcı olması bağlamında etkili soruşturma yapma yükümlülüğünü AİHM'e nazaran daha katı yorumlamaktadır. Diğer bir ifadeyle AYM, bireysel başvurunun yatay etkisi kapsamında kalsa dahi etkili soruşturma yükümlülüğü çerçevesinde yaptığı incelemede HAGB kararlarını eylemle orantılı ve caydırıcı bulmayabilmekte ve dolayısıyla ihlal kararı verebilmektedir.

HAGB kararının verilmesinin objektif şartlarından birinin de mağdurun ya da kamunun zararının tamamen giderilmesi olduğuna, ancak bu zararın sadece maddi zararı ifade ettiğine manevi zararı karşılamadığına dair Yargıtay yerleşik içtihadına yukarıda değinilmişti. Buna göre devletin yatay etki kapsamında etkili soruşturma yapması gereken bir olayda mağdurun zararını tam olarak gidermeden HAGB kararı vermek suretiyle sanığı hemen cezalandırmama tercihinde bulunması, üstelik bu konuda mağdurun herhangi bir şekilde rızasını da aramaması sorunlu olabilir. Gerçi mağdurun hukuk davasında söz konusu zararının tazmini için dava açabileceği söylenebilir. Ancak bu yolun ceza davasına göre daha etkisiz kalabilmesi kuvvetle muhtemeldir⁶⁵. Dahası mağdurun rızası

nedeniyle yapılan yargılama sonucunda HAGB kararı verilmesini AİHM, cezanın orantılı ve caydırıcı olması bağlamında bir ihlal nedeni olarak görmemiştir. Bkz. *Fahri Çalışkan/Türkiye*, B. No: 47936/11, 1/12/2015.

65 Aynı yönde bkz. Balo, Y. S. (2016). "Hükümün Açıklanmasının Ertelenmesi Kurumu Üzerinden Ulaşılmak İstenen Hedeflerin Türkiye Bakımından Gerçekleştirilebilirliği", *Ceza Hukuk Dergisi*, C. 11., S. 30., s. 195.

sağlanmadan, hatta bu konudaki fikri dahi sorulmadan devleti temsil eden mahkemenin resen HAGB kararı vererek ceza tehdidini tamamen sanığın denetim süresi içindeki davranış tercihine, bu konudaki inisiyatifine bırakarak anlamsız hâle getirmesi hakkaniyet duygusuyla da örtüşmemektedir. Bu nedenle özellikle kasten işlenen suçlar sonucunda ciddi mağduriyetlerin ortaya çıktığı olaylarda mağdurun tüm zararının giderilmediği bir durumda verilen HAGB kararının caydırıcı ve orantılı ceza verme yükümlülüğü ile bağdaşmayabileceği düşünülmektedir. Esasen bu konudaki kanuni düzenlemenin lafzına⁶⁶ bakıldığında mağdurun zararının kısıtlı şekilde yorumlanmasının isabetli olmadığı⁶⁷, ancak ceza mahkemesinin yapısı gereği tazminat mahkemesine dönüşmesinin ortaya çıkaracağı sorunlardan kaynaklanan endişeyle Yargıtay'ın içtihat yoluyla bu konuda sınırlayıcı bir uygulamaya neden olduğu anlaşılabilir.

B. Eylemin Kavramsallaştırılması Sorunu

Ceza mahkemelerince devlet görevlileri hakkında yapılan yargılama sonucunda verilen her mahkûmiyet kararına konu eylemin kötü muamele ya da yaşam hakkını ihlal eder düzeyde olup olmadığının tespiti önemlidir. Türk hukuk sisteminde *işkence suçu* TCK'nın 94 ve 95. maddelerinde, *eziyet suçu*⁶⁸ ise TCK'nın 96. maddesinde düzenlenmiştir. Her durumda geçerli olmamakla birlikte genel olarak *işkence suçu*-

66 "Suçun işlenmesiyle mağdurun ... zararın; aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle **tamamen** giderilmesi"

67 Aynı yönde bkz. Kunter, N., Yenisey, F. ve Nuhoğlu, A. (2010). *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları. s. 1536; Balo, Y. S. (2016). s. 195-196; Onarıcı adalet kavramına uygun olmadığına ilişkin bkz. Baytaz, A. B. (2013). s. 117.

68 Eziyet suçu, *işkence suçunun* aksine sadece kamu görevlisi tarafından işlenmesi gereken bir suç olmayıp herkes tarafından işlenebilir (bkz. Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Önok, R. M. (2023). *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık (21. Baskı). s. 284). Bu suçun kamu görevlisi tarafından görevle bağlantılı olarak işlenmesi hâlinde *işkence suçunun* oluşacağı görüşü için bkz. Üzülmüş, İ. (2005). "Yeni Türk Ceza Kanununda *işkence* ve *Eziyet Suçu*", *Hukuk ve Adalet Dergisi*, C. 2., S. 5., s. 245. Tam da bu nedenle yatay etki kapsamında *işkence suçunun* işlenmesi mümkün olmazken *eziyet suçundan* mahkûmiyet hükmü kurulabilir.

nun işkence yasağına, eziyet suçunun ise Anayasa'da eziyet yasağına (AY m.17/3), AİHS'te insanlık dışı muamele yasağına karşılık geldiği söylenebilir. Ancak uygulamada en sık karşılaşılan ve AİHM'nin "aşağılayıcı muamele" AYM'nin ise Anayasa 17. maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında "insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele" olarak tanımladığı, işkence ve eziyetten sonra en alt derecede yer alan kötü muamele türlerine ilişkin kanunda müstakil bir suç tipi bulunmamaktadır. Bununla birlikte darp eylemiyle ilgili olarak anılan düzeydeki fiiller yönünden -unsurları oluşmuşsa- TCK'nın 256. maddesinde düzenlenen kolluğun zor kullanım yetkisinde sınırın aşılması suçunda yapılan gönderme delaletiyle TCK'nın 86. maddesinde düzenlenen kasten yaralama suçunun nitelikli hâlden (*kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle*) bahsedilebilir. Bunun dışında, aşağılayıcı muamele veya insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele olarak görülen eylemi, mahiyetine göre TCK'da düzenlenen tehdit veya hakaret gibi başkaca suç türleri de elbette karşılayabilir. Yahut nezarethane, geri gönderme merkezi veya cezaevi gibi yerlerin tutma koşullarının kötülüğüne ilişkin TCK m.257 de düzenlenen "görevi kötüye kullanma" suçu kapsamında bir cezai sorumluluk tartışılabilir. Hatta eylemin şekline göre cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar da gündeme gelebilir.

Görüldüğü gibi insan hakları hukuku alanında yapılan kavramsallaştırma ile maddi ceza hukukunu uygulayan derece mahkemelerinde yapılan suça ilişkin tanımlamalar arasında belli durumlarda bazı farklılıklar oluşabilmektedir. Tam da bu noktada söylenebilir ki, derece mahkemelerince devlet görevlileri hakkında yapılan yargılama sonucunda verilen tüm mahkûmiyet kararları bireysel başvuruda her zaman işkence ve kötü muamele yasağının ya da yaşam hakkının menziline girmeyebilir. Zira şikâyete taşınan kamusal eylem belli bir ağırlık eşliğini (*de minimis*⁶⁹) geçmemişse hak ihlali incelemesi

69 Bkz. *İrlanda/Birleşik Krallık*, B. No: 5310/71, 18/1/1978, § 162. Kural olarak AİHM asgari eşiği; muamelelerin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ile mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu, muamelelerin amacı ve kastı ile

yapılmaya dahi gerek görülmeyebilirken derece mahkemele-
rince kanuni tanım içerisinde kalan en ufak haksızlık cezalan-
dırmaya konu edilebilmektedir. Örneğin bir kişinin beklen-
medik şekilde kolluk görevlisine vurması ve kolluk görevlisi-
nin de ani bir refleksle bu kişiye karşılık vermesi durumunda,
meşru müdafaa şartları oluşmazsa derece mahkemesince ko-
laylıkla kasten yaralama suçundan mahkûmiyet hükmü ku-
rulabilirken bireysel başvuruda kötü muamele yasağının ih-
lalinden bahsedilmesi zor olacaktır⁷⁰. Bu da göstermektedir ki
derece mahkemelerince verilen her mahkûmiyet hükmü aynı
zamanda kötü muamele ya da yaşam hakkının ihlal edildiği
sonucunu doğurmaz.

Bu nedenle yaşam hakkı ya da işkence ve kötü muamele
yasağı kapsamında etkili soruşturma yapma yükümlülüğü
bağlamında cezanın orantılı ve caydırıcı olmadığından bah-
sedilebilmesi için öncelikle eylemin anılan hak ya da yasak
kapsamında olduğu, diğer bir ifadeyle asgari eşğin geçildi-
ği tespitinin yapılması gerekmektedir. Bunun dışında etkili
soruşturma yükümlülüğünden bahsedilebilmesi için söz ko-
nusu eylemin yaşam hakkı ya da işkence ve kötü muamele
yasağını ihlal ettiğine dair ortada savunulabilir bir iddianın
bulunması da şarttır⁷¹.

C. Orantılılık ve Caydırıcılık Standardı

Bireysel başvuru kararlarındaki genel kabule göre, devlet
görevlilerinin kamusal bir faaliyet kapsamındaki eylemleri
sonucu işkence ve kötü muamele yasağının ya da yaşam hak-
kının ihlal edildiği anlamı taşıyan derece mahkemele-
rince verilmiş mahkûmiyet kararlarında öngörülen yaptırımlar, eyle-
min şiddeti ile orantılı ve benzer olaylar açısından da caydırıcı

ardındaki saik, muamelenin heyecanın ve duyguların yükseldiği bağlamda
meydana gelip gelmediği şeklindeki birtakım ölçütleri dikkate alarak her
somut olayı kendi koşulları içerisinde değerlendirmektedir.

70 Belirtilen bağlamda bkz. *Necati Özdemir ve Nihal Özdemir*, B. No: 2015/15994,
9/1/2019.

71 *Assenov ve Diğerleri/Bulgaristan*, § 102; *El-Masri/Eski Yugoslav Makedonya
Cumhuriyeti* [BD], B. No: 39630/09, 13/12/2012, § 182.

bir nitelik taşımaktadır⁷².

HAGB kararı ile sonuçlanan yargılama sonucunda ortaya çıkan duruma bakıldığında ise nihayetinde ortaya çıkan manzara; devlet görevlisi olan ve kamu gücünden faydalanarak işlediği eylem nedeniyle yargılanarak mahkûm edilen sanık ya da sanıklar hakkında ortada infazı kabil bir cezanın bulunmaması, olsa olsa bir ceza tehdidinin bulunmasıdır. Kaldı ki anılan ceza tehdidi de belirli bir süre içerisinde tekrar kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamak kaydıyla ortadan kalkmaktadır. Bu yönüyle aslında maddi anlamda bir ceza bulunmamakta, eğer hâkim tarafından sanığa bir yükümlülük de yüklenmemişse, verilen mahkûmiyet kararının dış dünyada sanığın hayatını kayda değer şekilde zorlaştıran hiçbir anlamı olmamaktadır. Ayrıca söz konusu karar bir sabıka kaydı şeklinde sanığın adli siciline de yansımadığından⁷³ sanık için hakkında hiç mahkûmiyet kararı verilmemiş olmakla eş değerdir. Bunun dışında HAGB kararı bazı kamu görevlerine girmede engel olarak düzenlenmiş⁷⁴ olsa da negatif yükümlülük ihlalinin bahsedilebilmesi için sanığın hâlihazırda kamu görevlisi olması gerekmektedir. Bu nedenle HAGB kararından kaynaklı bu şekildeki bir olumsuz etki ancak yatay etki kapsamında değerlendirilebilecektir. Bu denklem içinde geriye; eğer hükmedilmişse denetimli serbestlik tedbiri yükümlülüğü, sanığın memuriyet görevine devam edip edemeyeceği meselesi ve belirli bir süre dâhilinde sanığın üzerinde bir daha suç işlememe baskısı hissetmesi dışında bir caydırıcılığın kalmadığı söylenebilir.

72 Birçok karar arasından bkz. *Nikolova ve Velichkova/Bulgaristan*, B. No: 1249/03, 18/9/2008, § 62.

73 HAGB kararı bu özelliğiyle de erteleme kararından ayrılmaktadır. 5237 sayılı Kanun'un 51. maddesi kapsamında verilen erteleme kararı denetim süresi sonunda infaz edilmiş sayıldığından (m.51/8) adli sicile de işlenecektir. Nitekim 25/5/2005 tarihli ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nda (m.4/1-b) bu husus düzenlenmiştir.

74 Örneğin bkz. 10/6/2004 tarihli ve 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 10. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi. Ayrıca bu normla ilgili olarak AYM kararı için bkz. AYM, E.2021/30, K.2021/82, 4/11/2021.

Bu kapsamda caydırıcılığa bakıldığında, denetimli serbestlik tedbirinin muhteviyatına göre her olayın kendi özel koşulları içinde ele alınması gerektiği açıktır. Sanığın belli bir süre suç işlememe baskısı hissetmesi ise derecesi itibarıyla son derece subjektif olmakla birlikte zaten tüm vatandaşlarda mütemadiyen bulunması beklenen bir duygudur. Memuriyete etkisine gelindiğinde ise HAGB kararlarının, birçok mahkûmiyet kararının aksine devlet görevlilerinin memuriyetleri üzerinde *doğrudan ve bizatihi*⁷⁵ etki doğuran kararlar olmadığı rahatlıkla söylenebilir⁷⁶. Zira ilk olarak CMK'nın 231. maddesinin (5) numaralı fıkrasında "... *müsadereye ilişkin hükümler hariç, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmaması ...*" denilerek HAGB kararının herhangi bir hukuki sonuç üretmeyeceği baştan kayıt altına alınmıştır. Nitekim bu doğrultuda diğer mevzuata bakıldığında; 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun (DMK) 48. maddesinde memuriyete girişte aranan genel ve özel şartların düzenlendiği, buna göre kasten işlenen bir suçtan ötürü bir yıl veya daha fazla süreli hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar ile Anayasal suçlar ve yüz kızartıcı suçların memuriyet için engel teşkil ettiği belirtilmesine karşın bu konulardaki mahkûmiyet hükümleri için verilen HAGB kararlarının da engel oluşturacağı belirtilmediği görülmektedir⁷⁷. DMK'nın 98. maddesinin (b) bendinde ise memuriyete giriş

75 Elbette HAGB kararına konu eylemin disiplin soruşturmasına konu olması da mümkündür. Ancak disiplin yönünden yapılacak soruşturmada kişinin suç işlediği anlamına gelecek tespitlerin yapılması, ortada kesin bir mahkûmiyet kararı olmadığından, masumiyet ilkesini ihlal edebilir (bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Keskin, İ. (2023). "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararları ve Disiplin Soruşturmalarına Etkisine Dair Bir Değerlendirme", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 54., ss. 1-38).

76 Aynı yönde bkz. Yılmaz, E. (2021). "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Sanık Hakkında Sonuç Doğurmaması Üzerine Bir Değerlendirme", *Kırıkkale Hukuk Mecmuası*, C. 1., S. 2., s. 285-287.

77 Aynı yönde bkz. Sökmen, U. (2010). "Kamu İdaresinde Mahkûmiyeti Olanların Devlet Memuru Olmaları ve Memuriyet Statüsünü Kaybetmeleri", *Maliye Dergisi*, S. 158., s. 622. Ayrıca bu hususta detaylı bilgi için bkz. Çınarlı, S. ve Arslan Hızal, S. (2017). "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Memuriyete Giriş ve Memuriyetin Sona Ermesine Etkisi", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 12., S. 134., ss. 14-30.

şartlarından birinin sonradan kaybedilmesi durumunda memuriyetin sona ereceği düzenlenmektedir. CMK ve DMK hükümleri birlikte ele alındığında HAGB kararına dayanılarak -DMK 98/b kapsamında- hiçbir şekilde memuriyet sona erdilemezken affa uğramış olsa dahi belirli suçlar açısından alınan mahkûmiyet hükmü memuriyete son verebilmektedir⁷⁸. Ancak elbette HAGB konusu eylem hakkında idarece yürütülecek bir disiplin soruşturması sonucunda -masumiyet ilkesi ihlal edilmeden- memuriyetten çıkarma da dâhil olmak üzere bazı disiplin cezaları verilebilmesi önünde bir engel bulunmamaktadır. Burada kastedilen ise bizatihi HAGB kararının memuriyete son veremeyeceğidir.

Etkili soruşturma yükümlülüğünün bir gereği olarak cezanın orantılı ve caydırıcı olması hususunda ilgili devlet görevlisi hakkında bir disiplin soruşturması açılması ve bu soruşturma sonucunda verilen cezanın da dikkate alınması gerekir. Başka bir ifadeyle ceza yargılaması sonucunda ortaya çıkan yaptırım ile disiplin soruşturması sonucunda ortaya çıkan yaptırım ve hatta eğer varsa tazminata (tam yargı davası sonucunda ödenen tazminatın rücu edilmesi yahut doğrudan kamu görevlisine karşı açılan dava sonucu ödenen tazminat⁷⁹) ilişkin bir yargılama sonucunda verilen karar bir bütün hâlinde değerlendirilmelidir. Zira eylem nedeniyle kamu görevlisinin karşı karşıya kaldığı yaptırımların tamamı üzerinden yapılacak bir orantılılık ve benzer olaylar açısından caydırıcılık değerlendirmesi adil bir sonuca matuf olabilecektir. Nitekim AİHM de HAGB kararının orantılı bir ceza olmayıp caydırıcı etki doğurmadığını belirttiği kararlarında kamu görevlisi hakkında yürütülen ya da yürütülmesi gereken bir disiplin soruşturması ve disiplin cezasından bahsetmekte, bu yönüyle disiplin cezasını da yapacağı değerlendirmede gözeteceğini

78 Çolak, N. İ. ve Özdemir, D. (2011). "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Memuriyete Etkisi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 1., S. 5., s. 113; Karaaslan, M. (2009). "Suç ve Cezaların Memuriyete Etkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 58., S. 1., s. 108-109.

79 Ender görülen bu olaya örnek bir karar için bkz. *Çamdereli/Türkiye*, B. No: 28433/02, 17/7/2008, §§ 16-18, 26-30, 38-39.

söylemektedir⁸⁰.

AİHM'in HAGB kararlarının etkili soruşturma yapma yükümlülüğü bağlamında orantılı ve caydırıcı bir ceza verme gerekliliğini tam olarak karşılamadığı yönündeki genel içtihadı AYM tarafından da prensipte kabul görmüştür. Zira AYM de negatif yükümlülük ihlali tespiti anlamı taşıyan mahkûmiyet kararı sonrası HAGB kararı verilmesini, hem etkili soruşturma yükümlülüğü bağlamında cezanın orantılı ve caydırıcı olmaması nedeniyle usul boyutu yönünden hem de bireyin mağduriyetinin giderilmemiş olması nedeniyle maddi boyut yönünden ilgili anayasal güvencenin ihlali olarak görmektedir⁸¹.

D. Bireysel Başvuru Kararlarındaki Görünüm

1. Negatif Yükümlülük Kapsamında

Ceza yargılaması yapan mahkemelerin HAGB kurumunun gerekliliği konusunda kullanacağı takdir yetkisi esasen HAGB kararının subjektif şartına ilişkindir⁸². Buna göre mahkeme sanığın "kişilik özellikleri"⁸³ ile "duruşmadaki tutum ve davranışla-

80 *Kasap ve diğerleri/Türkiye*, §§ 38-44; *Taylan/Türkiye*, B. No: 32051/09, 3/7/2012, §§ 28-30, 46; *Böber/Türkiye*, B. No: 62590/09, 9/4/2013, § 35.

81 *Deniz Yazıcı*, 10/12/2014; *Mehmet Şah Araş ve diğerleri*, B. No: 2014/798, 28/9/2016; *Mustafa Rollas*, B. No: 2014/7703, 2/2/2017; *Seyfullah Turan ve diğerleri*, B. No: 2014/1982, 9/11/2017; yakın tarihli benzer yöndeki karar için bkz. *M.Ç.*, B. No: 2018/33351, 15/11/2023.

82 Sanık hakkında verilen mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılması için Kanun'da "... sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması," gerektiği belirtilmiştir (CMK m.231/6-b). Ayrıca bkz. Yıldırım, A. (2018). "Mayınlı Bir Alan: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Denetimi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 6., S. 11., s. 439.

83 Sanığın duruşmadaki tutum ve davranışları konusunda şüphesiz yargılama makamının görme ve duymaya dayalı olarak sanık hakkında biriktireceği tecrübe önemli olacaktır. Bu yönüyle mahkemenin sanığın duruşmadaki tutum ve davranışlarına göre bir kanaat edinmesi hususu nispeten daha sarıh olmakla birlikte sanığın kişilik özelliklerine göre nasıl kanaat edinileceği konusunda Kanun'da belirtilen nesnel ölçütler bulunmamaktadır. Esasen kanun koyucunun bilinçli şekilde bu alanda kesin bir tanımlama yapmaktan kaçındığı akla gelmektedir. Nitekim

rı”ndan hareketle HAGB kararı verilmesinin subjektif şartının bulunup bulunmadığına karar verecektir⁸⁴. Buna göre mahkemenin takdir yetkisini kullanarak verdiği HAGB kararında keyfî bir yorumdan ziyade takdir hakkının neden olumlu ya da olumsuz yönde kullanıldığına dayanak gösterilecek bazı olgulara gerekçede yer verilmesi önemlidir. Zira bu gerekçe üzerinden kararın anlaşılması ve her yönüyle hukuki bir denetime tabi tutulması mümkün olabilir. Nitekim uygulamada subjektif şart açısından Yargıtay HAGB kararı verilmemesine ilişkin mahkeme gerekçelerinin yeterliliği konusunda hâkimin takdir yetkisini incelemekte⁸⁵, ancak objektif şartlar bu-

benzer durum mahkemeye yapılacak cezanın bireyselleştirilmesi işlemi için de söz konusudur. Sanığın kişilik özelliklerinin nasıl belirlenebileceği aslında birçok açıdan cevap bulabilecek bir sorudur. Uygulamada mahkemelerce kolluk marifetiyle yaptırılan sosyal ve ekonomik araştırma tutanaklarından sanığın çevresiyle olan ilişkisi hakkında bir malumat sahibi olunabilir. Ayrıca sanığın mesleği, yaşı, cinsiyeti ve eğitim durumu gibi bazı kriterlerin de yol gösterici olma özelliği bulunmaktadır (bkz. Tulay, M. E. (2021). “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması: Yasal Şartların Yerindeliği ve Kararın Hukuki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25., S. 4., s. 489). Ayrıca şartlarının oluşmaması nedeniyle HAGB kararının objektif şartları altında değerlendirilemeyen sanığın önceki mahkûmiyetleri hâkimin buradaki subjektif değerlendirmesinde elbette gözetilebilecektir (Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 6/4/2010 tarihli ve E.2010/71, K.2010/76 kararında “Ancak, yasal engel oluşturmayan bu mahkûmiyetlerin yargılama mercilerince, sanığın suç işleme eğilimi açısından değerlendirmeye esas alınmasına da bir engel bulunmamaktadır.” denilmiştir. Kaynak için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2010-4-71-k-2010-76-t-6-4-2010> (Erişim Tarihi: 3/3/2024). Yine sanığın suçu samimi şekilde ikrar etmesi ve yargılamada kolaylık sağlaması da şüphesiz lehine değerlendirilmesi gereken bir unsur olacaktır.

84 Bu değerlendirmenin yapılabilmesi için mahkeme heyetinin ya da hâkiminin -kural olarak- sanığı bizzat görmesi gerektiğinde kuşku yoktur. Bu anlamda, hâkim değişikliği nedeniyle önceden savunması alınmış ve son duruşmada hazır bulunmayan sanık hakkında HAGB kararı verilmesi de sorun teşkil edebilir. Zira böyle bir durumda subjektif şartın yerine geldiğinden bahsedilemez. Nitekim yakın zamanda benzer bir konuda AYM, mahkeme heyetinin değişmesi sonrasında oluşan yeni heyetin görüp dinlemedikleri tanıkların sadece tutanaklardaki ifadelerine dayanarak mahkûmiyet kararı verilmesini adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmüştür (*Erdal Sonduk* [GK], B. No: 2020/23093, 15/2/2024).

85 Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 27/3/2012 tarihli ve E.2011/253, K.2012/117 sayılı kararında “Sabıka kaydında birden fazla geçmiş hükümlülüğü bulunan, yargılama sürecinde de pişmanlık gösterdiğine ilişkin herhangi bir söylem

lunduğu hâlde subjektif şartları hiç değerlendirmeden HAGB kararı verilmediği durumlarda hukuki denetime elverişli somut bazı gerekçeler aramaktadır⁸⁶. Bu bağlamda mahkemece gereği gibi bir araştırma yapılmadan sanık hakkında olumlu ya da olumsuz kanaat edinildiği yönündeki gerekçe esasen sakatlanmış bir subjektif şart unsuruna dayanmaktadır.

Hem AİHM hem de AYM kararlarına bakıldığında HAGB kurumunun bütünüyle etkili soruşturma yapma yükümlülüğü bağlamında AİHS ve Anayasa'ya aykırı olduğundan bahsedilmemekte, devlet görevlilerinin kötü muamele ve yaşam hakkını ihlal ettikleri sonucuna varılan yargılamalarda derece mahkemelerinin takdir yetkilerini HAGB kararı verilmesinden yana kullanmalarının eleştirildiği görülmektedir⁸⁷. Kararlarda yaşam hakkının ya da işkence ve kötü muamele yasağının kamu görevlileri tarafından ihlali gibi oldukça ciddi görülmesi gereken bir eylem karşısında hâkimlerin HAGB kararı verilmesi yönünde takdir yetkisi kullanmalarının nihayetinde ortaya çıkan yaptırımın caydırıcı ve orantılı olmaması nedeniyle etkili soruşturma yükümlülüğünü ihlal ettiği belirtilmektedir. Ne var ki Yargıtay kararlarında aynı yaklaşımın benimsenmediği, diğer bir ifadeyle kamu görevlilerinin ya-

veya eylemi dosya içeriğine yansımayan sanık hakkında, kendisini yargılama sürecinde bizzat gözlemleyen yerel mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmaması, hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmemesi ve verilen cezanın ertelenmemesi yönünde gösterilen gerekçe dosya kapsamı ile uyumlu olduğu gibi, hüküm fıkrasında; 'sanık hakkında taktiren başkaca artırım ve indirim yer olmadığına' şeklindeki takdiri indirimin uygulanmamasına ilişkin gerekçenin de denetime elverişli, yasal ve yeterli olduğu kabul edilmelidir." değerlendirmesini yapmıştır.

86 Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 10/11/2015 tarihli ve E.2014/128, K.2015/388 sayılı kararında "Objektif şartları oluştuğu halde hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile ilgili hiçbir değerlendirme yapılmaması hâkimin takdir hakkına taalluk eden bir husus olmaması nedeniyle kanun yararına bozma konusu yapılabileceği yönünde bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu nedenle Özel Dairece bu yöne ilişkin kanun yararına bozma talebinin taktire taalluk ettiğinden bahisle reddine karar verilmesi isabetli değildir." değerlendirmesini yapmıştır.

87 Kasap ve diğerleri/Türkiye, § 60; Taylan/Türkiye, § 46; Böber/Türkiye, § 35; Deniz Yazıcı, § 113; Mehmet Şah Araş ve diğerleri, §§ 108-109; Mustafa Rollas, § 81; Seyfullah Turan ve diğerleri, § 195; İbrahim Çay (2), B. No: 2019/13373, 2/2/2022, § 50.

şam hakkı ya da işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında kalan eylemleri yönünden HAGB uygulamasında hâkimlerin takdir yetkilerini kullanırken sanıkların kamu görevlisi olup eylemin kamusal faaliyet sırasında işlenmiş olması hususunu farklı bir değerlendirme konusu yapmayı gerekli görmemele-
rinde sorun görmediği ifade edilmelidir⁸⁸.

88 HAGB kararına göre sonuçları itibariyle nispeten daha caydırıcı olduğu söylenebilecek cezasının ertelenmesi (647 sayılı Kanun m.6) kararına ilişkin örnek karar için bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 25/3/2003 tarihli ve E.2003/36, K.2003/75 sayılı kararı (kaynak: "Yargıtay Kararı - CGK., E. 2003/36 K. 2003/75 T. 25.03.2003", *Lexpera*, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2003-8-36-k-2003-75-t-25-03-2003> (Erişim Tarihi 30/3/2024). İşkence suçundan (765 sayılı Kanun m.243) mahkûm olan sanıklar hakkında verilen ilk derece mahkemesi tarafından 10 ay hapis verilmiş ve ceza ertelenmiş, temyizde kararı denetleyen Yargıtay 8. Ceza Dairesi 4/7/2001 tarihli kararında "Livata iddiasıyla gözlem altına alınan mağdur A. Y. ye suçunu söyletmek için işkence yapan sanıkların, livata suçlamasının asılsızlığının anlaşılması üzerine serbest bıraktıkları mağdurun ilgili yerlere kendilerini şikayet etmesi ve işkence olayının basında yer alması üzerine haklarında soruşturma başlatıldığı, buna kızan sanıkların mağduru geçerli bir neden bulunmadığı halde yeniden göz altına alıp, evvelce mağdur hakkında livata suçlamasında bulunmayan çocuğu zorla suçlamaya yönelttikleri, bu suçlamanın gerçeği yansıtmadığı yargılama süresinde anlaşılıp mağdurun beraat etmiş olması karşısında suç işleme konusundaki ısrarlı tutumları göz önüne alındığında, haklarında tayin edilen hürriyeti bağlayıcı cezanın ertelenmesini gerektiren haklı nedenlerin bulunmadığı gözetilmeden, salt yasadaki ertelemeye ilişkin terimlerin tekrarlanmasıyla yetinilerek dosya içeriğine uygun bulunmayan bir gerekçeyle verilen cezaların ertelenmesine karar verilmesi." gerekçesiyle bozma kararı vermiştir. İlk derece mahkemesinin direnme kararı üzerine Ceza Genel Kurulu "Sanıkların sabıkaları bulunmayıp, somut olay dışında memuriyet sicillerine yansıyan bir olumsuzlukları da saptanamamıştır. Yerel Mahkeme, sanıkların duruşma sürecine yansıyan kişiliklerini ve tavırlarını dikkate almış, bu olaydan bir ders alacakları ve ertelemenin sanıkları yeniden Devlete ve topluma kazandırmak için bir fırsat olduğu düşüncesiyle cezalarını ertelemiştir. Yerel Mahkemece gösterilen gerekçe dosya içeriği ile uyumludur. Öte yandan, TCY'nın 2.1.2003 tarihinde kabul edilen 4778 sayılı Yasa ile değişik 245/2 maddesinde, TCY'nın 243. maddesinde yazılı suçtan dolayı verilen cezaların ertelenemeyeceği belirtilmekte ise de, somut olayda suç tarihi olan 29.7.1997 günü itibariyle ertelemeye engel bir yasal düzenleme de bulunmamaktadır. Bu itibarla, Yerel Mahkeme direnme hükmünün onanmasına karar verilmelidir." gerekçesiyle onama kararı vermiştir. Ayrıca daha yakın tarihli Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 12/3/2024 tarihli ve E.2021/15482, K.2024/2316 sayılı kararına konu davada; ilk derece mahkemesi suçun nitelemesinde hataya düşerek işkence suçu yerine eziyet suçundan 1 yıl 8 ay hapis cezasına hükmedip HAGB kararı vermiş, daha sonra denetim süresi içinde işlenen kasıtlı bir suç nedeniyle HAGB kararını açıklamış, istinaf incelemesinde eylemin işkence suçu olduğu belirtilerek 2 yıl 6 ay hapis cezası verilmiş ancak sanığın kazanılmış hakkı gözetilerek

Bilindiği üzere son yasal değişiklikten önce HAGB kararları itiraz kanun yoluna tabi olup istinaf veya temyiz kanun yoluna götürüleliyordu. Ancak CMK'da meydana gelen son değişiklikten sonra HAGB kararlarına karşı itiraz kanun yolu kaldırılmış, istinaf veya duruma göre temyiz kanun yollarına gidilmesi öngörölmüştür⁸⁹. Bu nedenle AYM'ye işkence ve kötü muamele yasağının ya da yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılacak bireysel başvurudan önce anılan kanun yollarının tüketilmesi gerekmektedir. Bu ise Bölge Adliye Mahkemeleri ve Yargıtay'ın bu konudaki AYM içtihadıyla bundan sonra daha yakından muhatap olacakları anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bu aşamadan sonra kanun yolu denetimi yapan yargı makamlarının mevcut içtihatlarını AYM içtihadıyla uyumlu hâle getirmeleri meselesi gündeme gelebilecektir.

AYM'nin bu konudaki içtihadında ise yaşam hakkı veya işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında negatif yükümlülüğün ihlali anlamına gelen derece mahkemelerinin mahkûmiyet kararları sonrasında HAGB kararı verilemeyeceğinin açıkça belirtilmiş olması dikkat çekicidir⁹⁰. Kararda AYM, belirtilen düzlemde kalan yargılamalarda kamu görevlileri hakkında verilen mahkûmiyet hükmü sonrası HAGB kararı verilememesini objektif bir şarta yakın kabul ettiğini açıkça ifade etmektedir⁹¹. Esasen bu kabul, her ne kadar kamu gö-

cezanın 1 yıl 8 ay hapis cezası üzerinden infazına karar verilmiştir. Temyiz edilen karar Daire tarafından HAGB uygulaması konusunda herhangi bir eleştiri getirilmeksizin onanmıştır.

89 Yasal değişiklikten önce sadece itiraz kanun yolunun değişik bulunması, bu yolun ise genel yargı pratiğine göre davanın esasını incelememesi, AİHS'in 13. maddesi ve Anayasa'nın 40. maddesi kapsamında yaşam hakkı ya da işkence ve kötü muamele yasağı ile bağlantılı olarak etkili başvuru hakkı şikâyetini de gündeme getirebilmekteydi. Ancak son yasal değişiklikle istinaf veya temyiz kanun yolunda davanın usul ve esasının inceleneyeceğinin kabul edilmesi, etkili soruşturma yapma yükümlülüğü kapsamında cezanın caydırıcılığı bağlamında bireysel başvuruda sorunlu görölen HAGB kararlarının kanun yolunda bozulması sonucunu da doğurabilecektir.

90 Özgür Çarpanalı, B. No: 2015/20368, 7/2/2019.

91 Özgür Çarpanalı, § 41.

revlileri hakkında HAGB kararı verilmesi için ilk bakışta yasal bir engel olmasa da yani objektif bir şart olarak bu yönde bir kanuni düzenleme bulunmasa da AYM nezdinde varmış gibi uygulandığı şeklinde yorumlanabilir⁹². Bu yönüyle içtihatla geliştirilen bu durumun yasal bir düzenlemeye kavuşturulması benzer olaylar arasındaki farklılığı ve adaletsizliği önlemek açısından önemli ve gerekli görülebilir⁹³. Gerçekten de hem teorik düzeydeki anılan karışıklığın giderilebilmesi hem de uygulama birliğinin sağlanarak bireysel başvuruya taşınmayan benzer HAGB kararları açısından hukuki güvenliğin temini için bu konuda yasal bir değişiklik yapılmasında zaruret bulunabilir. Yapılacak yasa değişikliği ile devlet görevlilerinin kamusal bir faaliyet kapsamındaki eylemlerinin neden olduğu yaşam hakkı veya işkence ve kötü muamele yasağının ihlali anlamı taşıyan mahkûmiyet kararları açısından HAGB kararı verilmesini zorlaştıran bir düzenleme getirilmesi gereksiz birçok ihlal kararının da önüne geçecektir. Ancak AYM tarafından HAGB konusunda verilen ihlal ve iptal kararlarında dikkat çekilmiş olmasına rağmen son yasal değişiklikte kanun koyucunun bu yönde bir düzenlemeye gitmediği gözlemlenmektedir.

Öte yandan HAGB kararı nedeniyle kötü muamele ve yaşam hakkının ihlal edildiği gerekçesi ile AYM tarafından hak ihlali kararı verilmesi durumunda, -en azından- ihlal kararı verilen yargılama için bu kararlar bağlayıcı özellik taşıdığından artık HAGB kararının subjektif değil objektif bir şartının eksik olduğu söylenebilecektir. Ancak henüz hak ihlali kararı verilmemiş yargılamalarda hâkimin takdir yetkisini kullanırken bireysel başvuru içtihatlarını gözetmemesindeki hatası

92 Aynı yönde bkz. Yıldırım, A. (2018). *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, s. 249-250.

93 Benzer yönde bkz. Turan, H. (2014). "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *Adalet Dergisi*, S. 48., s. 188; Taner, F. G. (2017). *Bireysel Başvuru Sonrası Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku: Belki De Hiçbir Şey Eskisi Gibi Olmayacak*, içinde Oğuz, A. (Der.) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı*, s. 545.

HAGB kararının subjektif bir şartı olarak istinaf veya temyiz kanun yolunda düzeltililecek bir eksiklik olarak ifade edilebilir. Zira Anayasa'nın 138. maddesinde "Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler." denilerek hâkimlerin Anayasa'ya uygun karar vermeleri anayasal olarak emredilmiştir. Nitekim AYM, yargı organlarının uyuşmazlıkları öncelikle Anayasa hükümlerini dikkate alarak çözüme kavuşturmalarının anayasal bir zorunluluk olduğunu ifade etmiştir⁹⁴. Bu nedenle ilk derece mahkemeleri ve kanun yolu makamlarının AYM'nin anılan kapsamdaki HAGB kararları konusunda benimsediği anayasal yoruma riayet etmeleri gerekmektedir.

Bireysel başvuru kararlarındaki genel eğilim bu şekilde olmakla birlikte negatif yükümlülük kapsamında yaşam hakkının ya da işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiğinin kabul edildiği yargılamalarda HAGB kararının orantılı ve caydırıcı bir etki doğurduğu yönünde AYM tarafından bugüne kadar verilen -tespit edilebildiği kadarıyla- sadece bir karar⁹⁵ bulunmaktadır, ki bu kararda da olaya özgü bazı şartlardan bahsedilmekte ve ana içtihattan sapılmadığı açıkça vurgulanmaktadır. Zira söz konusu başvuruda kolluk görevlisinin orantısız şekilde kullandığı maddi güç (göz yaşartıcı gaz) nedeniyle yaralandığını ileri süren başvurucu objektif delil olarak sadece olay anına ilişkin kamera kaydını sunmuştur. Başvurucunun olaydan sonra hakkında sağlık raporu düzenlenmesi için herhangi bir sağlık kuruluşuna müracaat etmemesi, AYM tarafından başvurucuya karşı kullanılan maddi gücün orantılılığının değerlendirilmesinde önemli bir engel olarak ortaya çıkabilir. Kararda ayrıca başvurucunun yargılama safahatında gösterdiği ilgisiz tavrın da yapılan değerlendirmede gözetilen bir husus olduğu anlaşılabilir. Ayrıca kararda ilk kez kategorik olarak -negatif yükümlülüğün ihlali anlamına gelecek mahkûmiyet kararı sonrası verilen- HAGB

94 Hulusi Yılmaz [GK], B. No: 2017/17428, 1/12/2022, § 50.

95 Ceyda Sungur, B. No: 2015/14363, 3/4/2019.

kararının cezanın orantılılığı ve caydırıcılığını ortadan kaldırmadığı görüşü, belirtilen bazı kriterlerle derinleştirilmiştir. Bu kriterler, kararda “*eylemin şekli, süresi, şiddeti, kapsamı ve kişinin sağlığı üzerinde oluşturduğu etki*” şeklinde belirtilmiştir. Ancak kararın oyçokluğuyla alındığı ve iki üyenin karara muhalif kaldığı hususu da gözden uzak tutulmamalıdır.

Bu noktada asıl sorulması gereken; negatif yükümlülük ihlali anlamına gelen her mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılması, etkili soruşturma yapma yükümlülüğü kapsamındaki cezanın orantılı ve caydırıcı olması ilkesini ihlal edip etmeyeceğidir. Yukarıda yer verilen AYM kararlarından da görüleceği üzere kanaatimizce bu sorunun cevabı her zaman olumlu değildir. Zira her somut olayın koşullarına göre yapılacak değerlendirme değişebilmekte, birbirinden farklılaşabilmektedir. Söz gelimi en alt düzey olan *insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele* seviyesindeki bir kötü muamele eylemi sonucunda kolluk görevlisi hakkında ağır bir denetimli serbestlik tedbirine bağlanan HAGB kararının yanı sıra bir de disiplin cezasının verilmesi durumu ile *eziyet ya da işkence* düzeyinde kalan eylem sonucunda verilen ve herhangi bir denetime de bağlanmayan HAGB kararı arasındaki cezanın orantılılığı ve caydırıcılığı açısından elbette ciddi bir fark bulunmaktadır. Hakeza yaşam hakkı ihlali bakımından da kasıtlı eylemler ile taksirli eylemler arasında benzer bir mukayese yapılması mümkündür.

Negatif yükümlülük ihlalinin söz konusu olduğu durumlarda HAGB kararı verilebilmesi için daha yüksek bir standart aranması gerektiği konusundaki görüşe biz de iştirak ettiğimizi belirtmiştik. Ancak bu standart farkının tam olarak ne düzeyde olması gerektiği konusunda bazı endişelerin dile getirilmesinde de fayda bulunabilmektedir⁹⁶. Daha açık bir ifadeyle kamu görevlisinin eylemi söz konusu olduğunda eylem

96 Negatif yükümlülük ihlalinde verilen tüm HAGB kararlarının eylemle orantılı ve caydırıcı olmadığı yönündeki görüşe yönelik eleştiri için bkz. Mecek, H. (2023). s. 203.

ne kadar hafif olursa olsun yapılan yargılama sonucunda verilen mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyecek midir? Bu noktada öncelikle yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında kalabilecek en hafif eylemin en azından kötü muamele kapsamında görülebilecek bir eylem olması gerektiği belirtilmelidir. Bir eylemin kötü muamele seviyesinde görülebilmesi için ise öncelikle asgari ağırlık eşliğini geçen bir eylem olması şarttır. Dolayısıyla bireysel başvuruda etkili soruşturma yükümlülüğü kapsamında denetlenen bir eylemin belli bir ağırlıkta olduğu gerçeği hatırd tutulduğunda salt HAGB kararının orantılı ve caydırıcı bir yaptırıma karşılık gelmesi zordur. Ancak sanığa denetim süresince bir yükümlülük yüklenmesi ile disiplin cezası verilmesi söz konusu olduğunda toplamda ortaya çıkan bu yaptırımın orantılı ve caydırıcı bulunması da duruma göre mümkün olabilir.

Sonuç olarak her ne kadar kesin ve kategorik bir belirleme yapılamasa da bireysel başvuru pratiğine bakıldığında, devletin negatif yükümlülüğünün ihlal edildiği anlamı taşıyan mahkûmiyet kararlarının HAGB kararı ile neticelenmesinin kural olarak caydırıcı bir yaptırıma karşılık gelmediği, dolayısıyla etkili soruşturma yapma yükümlülüğünün yerine getirilmediği gerekçesiyle ihlal kararları verilebileceği akılda tutulmalıdır.

2. Pozitif Yükümlülük (Yatay Etki) Kapsamında

Negatif yükümlülük kapsamında olmayan, üçüncü kişiler arasındaki olaylara ilişkin mahkemelerce verilen HAGB kararlarının eylemle orantılı ve caydırıcılığı konusunda AİHM'in genel içtihadının üye devletlerin bu alanda takdir marjının daha geniş olduğu yönünde olduğu bilgisine yukarıda değinilmişti. Esasen burada devletin sadece etkili bir yargısal sistemle olayı soruşturması ve sonucunda gerekli ise ceza vermesi, yani pozitif yükümlülüğünü yerine getirmesi yeterli kabul edilmektedir.

AYM'nin de genel içtihadı⁹⁷ bu yönde olmakla birlikte aksi yönde vermiş olduğu kararlarda⁹⁸ etkili soruşturma yapma yükümlülüğü bağlamında derece mahkemesince verilen HAGB kararını orantılı ve caydırıcı bir yaptırım bulmayarak kötü muamele yasağının ihlal edildiği sonucuna vardığı da olmuştur. Söz konusu kararda mahkemenin cinsel saldırı suçundan verdiği mahkûmiyet kararı hakkında HAGB kararı verilmesi eylemin ağırlığı ile karşılaştırıldığında orantılı ve yeterli bir ceza olarak görülmemiş, bu tip suçlarda HAGB kararı verilmesinden mahkemelerin imtina etmesi gerektiği vurgulanmıştır. Dolayısıyla üçüncü kişiler arasındaki olaylar nedeniyle ileri sürülen etkili soruşturma yapma yükümlülüğünün ihlal edildiği iddialarında HAGB kararı verilmesinin caydırıcı ceza verilmesi ilkesi yönünden kategorik bir sonuç doğurmadığı, AYM'nin bu konuda "... devlet görevlilerinin bir dahlinin olup olmaması, mağdurun ve failin yaşı ile cinsiyetleri, eylemin süresi ve şiddeti gibi her somut olayın koşullarına göre incelenmesi gereken bazı kriterlerden bahse[ttiği]" görülmektedir⁹⁹.

Esasen AYM'nin, AİHM'e göre bu konuda daha katı bir standart benimsemiş olması ve buna göre ihlal kararları vermesi, ulusal bir mahkeme olması gerçeğiyle izah edilebilir ve hatta makul de görülebilir. Zira AİHS ile ortak alanda kalan güvenceler bakımından iç hukukta bireysel başvuru yoluyla Anayasa'ya uygunluğu sağlama konusunda AYM, hem AİHM'e göre daha fazla sorumluluğa hem de isabetli değerlendirme yapabilme bakımından daha avantajlı bir konuma sahiptir. AİHM'in ise uluslararası bir mahkeme olması ve birçok farklı hukuk sistemine sahip üye ülkeden gelen başvurular konusunda karar verirken çelişkili sonuçlara yol açmayacak belli bir standart üzerinden hareket etmesi zorunluluğu gerçekleri dikkate alınmalıdır. Bununla birlikte AYM'nin bu

97 Örneğin bkz. A.B. ve B.B., B. No: 2015/7161, 31/10/2018, § 78; A.S.Y., B. No: 2015/4213, 15/11/2018, §§ 66-69; G.O., B. No: 2016/2470, 15/1/2020, §§ 59-60.

98 E.A. [GK], B. No: 2014/19112, 17/5/2018 ve İbrahim Çay (2), B. No: 2019/13373, 2/2/2022.

99 A.B. ve B.B., § 78; G.O., § 60; aynı yönde bkz. A.S.Y., § 66.

konudaki standardı yükselten içtihadi yaklaşımın AİHM tarafından Türkiye'ye karşı yapılan uygun bir başvuruda referans alınmasının ve benimsenmesinin pek tabii mümkün olduğu da not edilmelidir.

Hülasa derece mahkemelerinin, yatay etki kapsamında görülebilecek ceza yargılamaları yönünden negatif yükümlülük ihlali anlamına gelen yargılamalara göre daha geniş bir takdir marjına sahip olduğu açık olmakla birlikte, bu, her durumda HAGB kararının etkili soruşturma yapma yükümlülüğü kapsamında bireysel başvuruda denetlenmeyeceği anlamına da gelmemektedir. En azından AYM açısından bu tespit yapılabilir.

SONUÇ

Yaşam hakkı ve işkence ve kötü muamele yasağı AİHS kapsamında askıya alınamayan (derogasyon ilan edilemeyen) mutlak hak ve yasak olarak tarif edilebilir. Etkili soruşturma yapma yükümlülüğü ise hem yaşam hakkı hem de işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında müstakil, pozitif bir yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır. AİHM'in ortaya koyduğu ve bugün AYM'nin de kabul ettiği yerleşik içtihat uyarınca, negatif yükümlülük ihlali anlamına gelen mahkûmiyet hükümleri sonrasında verilen HAGB kararları kural olarak cezanın orantılılığı ve caydırıcılığı ilkesiyle bağdaşmaktadır. Ancak bu noktada devlet görevlilerinin kamusal bir faaliyet kapsamındaki eylemlerine ilişkin verilen her mahkûmiyet kararının yaşam hakkı ve/veya işkence ve kötü muamele yasağını ihlal etmeyebileceği de akıldan çıkarılmamalıdır.

Bireysel başvuru kararlarında meselenin hukuki boyutu yukarıda belirtilen şekilde belli oranda açıklığa kavuşturulmuş olsa da uygulamada hâlâ ciddi sorunların yaşandığı da göz ardı edilmemelidir. Bu açıdan bakıldığında, yaşam hakkı veya işkence ve kötü muamele yasağını ihlal eden devlet görevlilerinin eylemleri dolayısıyla verilen mahkûmiyet hükmü sonrası HAGB kararı verilmesini güçleştiren bir yasa değişik-

liğinin birçok açıdan gerekli olduğu kanaatindeyiz. Bu yasa değişikliği ile anılan alanlardaki bireysel başvuru ihlal kararları azaltılabileceği gibi uygulamada da bir yeknesaklık sağlanarak hukuki belirlilik daha iyi temin edilebilecektir.

Yatay etki kapsamında kalan ceza yargılamaları sonucunda verilen mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılması kararının caydırıcı bir ceza olup olmadığı, dolayısıyla etkili soruşturma yapma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği konusunda negatif yükümlülük ihlali anlamına gelen mahkûmiyet kararlarına nazaran derece mahkemelerinin takdir yetkisinin daha geniş olduğu vurgulanmalıdır. Bununla birlikte buradaki takdir marjının göreceli genişliğinin de bir sınırı olduğu, eylemin ağırlığını karşılamadığı apaçık olan bir cezanın her hâlükârda etkili soruşturma yapma yükümlülüğünün ihlaline neden olacağı hatırd tutulmalıdır. Bu alanda her ne kadar bir yasa değişikliği ihtiyacının varlığından bahsedilemese de yargı makamlarının daha özenli hareket etmelerinin gerekliliğine işaret edilebilir.

KAYNAKÇA

- BALO, Yusuf Solmaz (2016). "Hükmün Açıklanmasının Ertele-
lenmesi Kurumu Üzerinden Ulaşılmak İstenen Hedeflerin
Türkiye Bakımından Gerçekleştirilebilirliği", *Ceza Hukuk
Dergisi*, C. 11., S. 30., ss. 165-206.
- BAYTAZ, Abdullah Batuhan (2013). "Onarıcı Adalet'e Genel Bir
Bakış", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 71.,
S. 1., ss. 117-129.
- BOYAR, O. (2013). Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı
Yatay Etki, içinde İnceoğlu, Sibel (Der.), *İnsan Hakları Av-
rupa Sözleşmesi ve Anayasa* (ss. 54-80), Ankara: Şen Matbaa.
- ÇINARLI, Serkan ve ARSLAN HIZAL, Sevinç (2017). "Hükmün
Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Memuriyete Giriş ve
Memuriyetin Sona Ermesine Etkisi", *Terazi Hukuk Dergisi*,
C. 12., S. 134., ss. 14-30.
- ÇOLAK, Nusret İlker ve ÖZDEMİR, Dursun (2011). "Hükmün
Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Memuriyete Etkisi",
Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 1., S. 5., ss. 93-122.
- DOĞRU, Osman (2018). *Yaşama Hakkı*, Ankara: Anayasa Mahke-
mesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-5.
- DOĞRU, Osman ve NALBANT, Atilla (2012). *İnsan Hakları Av-
rupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar 1. Cilt*, Ankara:
Şen Matbaa.
- DURSUN, Gizem (2018). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Karar-
larında İşkence Yasağı ve İşkenceyi Etkili Biçimde Soruşturma
Yükümlülüğü*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- EPÖZDEMİR, Rezan (2019). *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakıl-
ması*, Ankara: Adalet Yayınevi (3. Baskı).
- ERDAL, Uğur ve BAKIRCI, Hasan (2006). *Avrupa İnsan Hakları
Sözleşmesi'nin 3. Maddesi Uygulama El Kitabı*, Cenevre.
- GÜNGÖR, Devrim ve OKUYUCU ERGÜN, Güneş (2016). "Hük-
mün Açıklanmasının Geri Bırakılması", *Ankara Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65., S. 4., ss. 1951-1965.
- GÜNGÖR, Devrim ve TOROSLU, Haluk (2016). "Müsadere ve

Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65., S. 4., ss. 1967-1980.

HAKERİ, Hakan ve ÜNVER, Yener (2021). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi (18. Baskı).

HARRIS, David John, O’BOYLE, Michael ve WABRICK, Colin (2021). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Bingöllü Kılıcı, Mehveş ve Karan, Ulaş (Çev.), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları (Güncelleştirilmiş 4. Baskı).

KARAASLAN, Mehmet (2009). “Suç ve Cezaların Memuriyete Etkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 58., S. 1., ss. 95-138.

KAYA, Emir (2013). “İnsan Hakları Açısından Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3., ss. 410-436.

KESER, Hayri (2022). “Bireysel Başvuru İçtihatlarında Yaşam Hakkının Usuli Boyutu: Etkili Soruşturma Yükümlülüğü”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12., S. 2., ss. 411-437.

KESKİN, İbrahim (2023). “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararları ve Disiplin Soruşturmalarına Etkisine Dair Bir Değerlendirme”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 54., ss. 1-38.

KÖKÜSARI, İsmail (2024). Hakların Çatışması ile Hakların Yata-y Etkisi Arasındaki İlişki, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 41., S. 1., ss. 95-149.

KUNTER, Nurullah, YENİSEY, Feridun ve NUHOĞLU, Ayşe (2010). *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları.

MECEK, Hüseyin (2023). *İşkence Yasağı Kapsamında Devletin Etkili Soruşturma Yükümlülüğü*, (Doktora Tezi), Ankara: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü.

SÖKMEN, Uğur (2010). “Kamu İdaresinde Mahkûmiyeti Olan-

- ların Devlet Memuru Olmaları ve Memuriyet Statüsünü Kaybetmeleri", *Maliye Dergisi*, S. 158., ss. 618-640.
- SÜMER, Seda Yağmur (2022), "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Memuriyete Etkisi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 35., S. 161., ss. 85-143.
- ŞENOL, Cem (2011). "Etkin Soruşturma Yükümlülüğü ve Etkili Başvuru Hakkı", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1., S. 1., ss. 35-53.
- ŞİRİN, Tolga (2018). *Bireysel Başvuru Usul Hukuku: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 7*, Ankara: Mrk Baskı ve Tanıtım.
- TANER, Fahri Gökçen (2017). Bireysel Başvuru Sonrası Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku: Belki De Hiçbir Şey Eskisi Gibi Olmayacak, içinde Oğuz, Arzu (Der.), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı* (ss. 531-565), Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları.
- TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan ve ÖNOK, Rıfat Murat (2023). *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık (21. Baskı).
- TULAY, M. Emre (2021). "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması: Yasal Şartların Yerindeliği ve Kararın Hukuki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25., S. 4., ss. 477-525.
- TURAN, Hüseyin (2014). "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *Adalet Dergisi*, S. 48., ss. 183-188.
- ÜZÜLMEZ, İlhan (2005). "Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence ve Eziyet Suçu", *Hukuk ve Adalet Dergisi*, C. 2., S. 5.
- YABANOĞLU, Mustafa (2023). *Ceza Muhakemesinde Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- YENİSEY, Feridun ve NUHOĞLU, Ayşe (2021). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık (9. Baskı).
- YILDIRIM, Akif (2018). *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*,

Ankara: Seçkin Yayınları.

YILDIRIM, Akif (2018). “Mayınlı Bir Alan: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Denetimi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 6., S. 11., ss. 435-480.

YILMAZ, Enes (2021). “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Sanık Hakkında Sonuç Doğurması Üzerine Bir Değerlendirme”, *Kırıkkale Hukuk Mecmuası*, C. 1., S. 2., ss. 269-292.

Yargı Kararları

AYM Kararları:

Bireysel Başvuru:

A.B. ve B.B., B. No: 2015/7161, 31/10/2018.

A.S.Y., B. No: 2015/4213, 15/11/2018.

Atilla Yazar ve diğerleri [GK], B. No: 2016/1635, 5/7/2022.

Ceyda Sungur, B. No: 2015/14363, 3/4/2019.

Cezmi Demir ve diğerleri, B. No: 2013/293, 17/7/2014.

Deniz Yazıcı, B. No: 2013/6359, 10/12/2014.

E.A. [GK], B. No:2014/19112, 17/5/2018.

Erdal Sonduk [GK], B. No: 2020/23093, 15/2/2024.

G.O., B. No: 2016/2470, 15/1/2020.

Hulusi Yılmaz [GK], B. No: 2017/17428, 1/12/2022.

İbrahim Çay (2), B. No: 2019/13373, 2/2/2022.

M.Ç., B. No: 2018/33351, 15/11/2023.

Mehmet Şah Araş ve diğerleri, B. No: 2014/798, 28/9/2016.

Mervan Eşen ve Meshut Eşen, B. No: 2019/13412, 19/1/2023.

Mustafa Rollas, B. No: 2014/7703, 2/2/2017.

Necati Özdemir ve Nihal Özdemir, B. No: 2015/15994, 9/1/2019.

Özgür Çarpanalı, B. No: 2015/20368, 7/2/2019.

Seyfullah Turan ve diğçerleri, B. No: 2014/1982, 9/11/2017.

Süleyman Başmeydan [GK], B. No: 2015/6164, 20/6/2019.

Yücel Çelik (2), B. No: 2018/8830, 9/6/2021.

Z.C. [GK], B. No: 2013/3262, 11/5/2016.

Norm Denetimi:

AYM, E.2021/121, K.2022/88, 20/7/2022.

AYM, E.2022/120, K.2023/107, 1/6/2023.

Yargıtay Kararları:

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 25/3/2003 tarihli ve E.2003/36, K.2003/75 sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 6/4/2010 tarihli ve E.2010/71, K.2010/76 kararı.

Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 12/9/2010 tarihli ve E.2010/8688, K.2010/13800 sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 27/3/2012 tarihli ve E.2011/253, K.2012/117 sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 10/11/2015 tarihli ve E.2014/128, K.2015/388 sayılı kararı.

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 12/3/2024 tarihli ve E.2021/15482, K.2024/2316 sayılı kararı.

AİHM Kararları:

A./Birleşik Krallık, B. No: 25599/94, 23/9/1998.

Abdülsamet Yaman/Türkiye, B. No: 32446/96, 2/11/2004.

Aksoy/Türkiye, B. No: 21987/93, 18/12/1996.

Anna Todorova/Bulgaristan, B. No: 23302/03, 24/5/2011.

- Assenov ve diğerleri/Bulgaristan*, B. No: 24760/94, 28/10/1998.
Beganović/Hırvatistan, B. No: 46423/06, 25/6/2009.
Böber/Türkiye, B. No: 62590/09, 9/4/2013.
Calvelli ve Ciglió/İtalya [BD], B. No: 32967/96, 17/1/2002.
Ceviroğlu/Türkiye, B. No: 69546/12, 4/10/2016.
Çamdereli/Türkiye, B. No: 28433/02, 17/7/2008.
Denis Vasilyev/Rusya, B. No: 32704/04, 17/12/2009.
Desde/Türkiye, B. No: 23909/03, 1/2/2011.
Döndü Erdoğan/Türkiye, B. No: 32505/02, 23/3/2010, § 55.
El-Masri/Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti [BD], B. No: 39630/09, 13/12/2012.
Enukidze ve Girgoliani/Gürcistan, B. No: 25091/07, 26/4/2011.
Fahri Çalışkan/Türkiye, B. No: 47936/11, 1/12/2015.
Geylani ve diğerleri/Türkiye, B. No: 10443/12, 12/9/2023.
İlhan/ Türkiye [BD], B. No: 22277/93, 27/6/2000.
İrlanda/Birleşik Krallık, B. No: 5310/71, 18/1/1978.
Jalloh/Almanya [BD], B. No: 54810/00, 11/7/2006.
Jorgensen ve diğerleri/Danimarka, B. No: 30173/12, 28/6/2016.
Kasap ve diğerleri/Türkiye, B. No:8656/10, 14/1/2014.
Kaya/Türkiye, B. No: 22729/93, 19/2/1998.
Kurnaz ve diğerleri/Türkiye, B. No: 36672/97, 24/7/2007.
Labita/İtalya [BD], B. No: 26772/95, 6/4/2000.
Lopes De Sousa Fernandes/Portekiz [BD], B. No: 56080/13, 19/12/2017.
Mahmut Kaya/Türkiye, B. No: 22535/93, 28/3/2000.
Mamazhonov/Rusya, B. No: 17239/13, 23/10/2014.
McCann ve diğerleri/Birleşik Krallık [BD], B. No: 18984/91, 27/9/1995.
Murillo Saldias ve diğerleri/İspanya, B. No: 76973/01, 28/11/2006.

- Nikolova ve Velichkova/Bulgaristan*, B. No: 1249/03, 18/9/2008, § 62.
Oğur/Türkiye [BD], B. No: 21594/93, 20/5/1999.
O' Keeffe/İrlanda [BD], B. No: 35810/09, 28/1/2014.
Okkalı/Türkiye, B. No: 52067/99, 17/10/2006.
Oruk/Türkiye, B. No: 33647/04, 4/2/2014.
Öneryıldız/Türkiye [BD], B. No: 48939/99, 30/11/2004.
Pretty/Birleşik Krallık, B. No: 2346/02, 29/4/2002.
Pulfer/Arnavutluk, B. No: 31959/13, 20/11/2018.
Ramirez Sanchez/Fransa [BD], B. No: 59450/00, 4/7/2006.
Talat Tepe/Türkiye, B. No: 31247/96, 21/12/2004.
Taylan/Türkiye, B. No: 32051/09, 3/7/2012.
Türkmen/Türkiye, B. No: 43124/98, 19/12/2006.
Vo/Fransa [BD], B. No: 53924/00, 8/7/2004.
X ve diğerleri/Bulgaristan, B. No: 22457/16, 2/2/2021.
Y./Birleşik Krallık, B. No: 14229/88, 8/10/1991.
Yaşa/Türkiye, B. No: 22495/93, 2/9/1998.
Yeşil ve Sevim/Türkiye, B. No: 34738/04, 5/6/2007.
Zeynep Özcan/Türkiye, B. No: 45906/99, 20/2/2007.

