

TÜRK TABİPLERİ BİRLİĞİ

İŞKENCENİN ÖNLENMESİNE İLİŞKİN HUKUK EL KİTABI



**TÜRK TABİPLERİ BİRLİĞİ İSTANBUL PROTOKOLÜ
EĞİTİMLERİ PROJESİ YAYINIDIR**

(Training Programme on the Istanbul Protocol: Enhancing the Knowledge Level
of Non-Forensic Expert Physicians, Judges and Prosecutors, TR 0501.03)

İÇİNDEKİLER

İŞKENCENİN ÖNLENMESİNE İLİŞKİN HUKUK EL KİTABI

Hazırlayanlar:

Kerem Altıparmak
Bahattin Özdemir
Hülya Üçpınar

Katkıları için

Timuçin Köprülü ve Serkan Cengiz'e teşekkür ederiz.

1. BASKI: 19 ŞUBAT 2009

Baskı Hazırlık:

Mucize Reklam
Matbaacılık Tasarım Hizmetleri
Tel: (0312) 417 10 56

■

Baskı:

Başak Matbaacılık Ltd. Şti. • Tel: (0312) 397 16 17

ISBN : 978-605-5867-12-6

I. İŞKENCE YASAĞI VE ANLAMI	5
1. İşkence Yasağı ve Devletlerin Ödevleri	7
2. İstanbul Protokolü'nün Uluslararası Hukuktaki Değeri	13
3. Ulusal Hukuk Bakımından İstanbul Protokolü	17
4. Antlaşma Dışı Uluslararası Hukuk ve İşkence Yasağı	19
5. İnsan Hakları Sözleşmelerinin Denetim Organlarının Kararlarında İstanbul Protokolü	21
II. ÖZGÜRLÜKTEN YOKSUN BIRAKMA SÜRECİNDE İŞKENCEYE KARŞI TEMEL GÜVENCELER	27
1. Genel Olarak Koruma Tedbirleri ve İstisnailik İlkesi	28
a. Usul Güvencelerini Toplu Sınırlandırma Yasağı	30
b. Usul Güvencelerinin Sınırlanmasında Zorunluluk ve Orantılılık	31
2. Usule İlişkin Güvenceler	32
3. Yakalama ve Gözaltına Alma	33
a. Adli Yakalama	33
b. Adli Yakalama ve Gözaltında Usuli Güvenceler	34
i. Yakalanana Suçlamanın ve Haklarının Bildirilmesi	35
ii. Avukata Erişim Hakkı	38
Avukata Erişim Hakkına Getirilen Sınırlamalar	41
iii. Hekime Erişim Hakkı	44
iv. Yakınlarına Haber Verme Hakkı	44
v. Yargıç Güvencesi	46
c. Önleme Yakalaması	48
d. Muhafaza altına alma	49
e. Önleme Yakalaması ve Muhafaza Altına Almada Kişinin Güvenceleri	50
4. Özgürlüğünden Yoksun Bırakmanın Özel Bir Biçimi Olarak Orantısız Güç Kullanma Sorunu ve İstanbul Protokolü	50
a. Orantısız Güç Kullanımı İddialarında Artış	51

b. İşkence-Kötü Muamele ve Zor Kullanma Yetkisinin Aşılması Kavramları	54
i. İnsan Hakları Hukuku	54
ii. Ceza Hukuku	57
c. Plan ve Kontrol Sorumluluğu-İcra sorumluluğu	60
III. TEMEL BİR GÜVENCE OLARAK HEKİME ERİŞİM HAKKI	65
1. Bir hak olarak 'hekime erişim'	66
2. 'Hekime erişim'in kapsamı	67
3. Tıbbi değerlendirme ve raporlama süreçleri	69
4. Hekim - hasta ilişkisinin gizliliği ve mahremiyeti	70
5. Bilgilendirilmiş onam (bilgilendirme ve onay alma)	72
6. Tıbbi raporların gizliliği	74
7. Tıbbi raporların kapsamı	75
8. Resmi raporlar dışında rapor alma	76
IV. İŞKENCENİN SORUŞTURULMASI	79
1. Soruşturmanın Unsurları	84
a. Derhal ve Hemen	84
b. Tarafsızlık	88
c. Kapsamlılık ve Etkinlik	90
2. Etkin Bir Soruşturmanın Olmazsa Olmazları	92
V. GİDERİM	95
1. Giderim biçimleri	96
2. Etkin hukuk yolları	97
3. Ulusal uygulama - Ulusal düzeydeki başvuru yolları	101

I. İŞKENCE YASAĞI VE ANLAMI*

Giriş

İnsanlığın ortak mirası olan işkence yasağı, modern insan hakları hukukunun da en temel kurallarından birini oluşturmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS)¹ işkenceyi yasaklayan 3. maddesinin demokratik toplumların en temel değerlerinden birini koruduğunu bu nedenle olağanüstü durumlar dâhil olmak üzere hiçbir istisnasının bulunamayacağını belirtirken², işkence ve kötü muamele yasağı olmaksızın bir insan hakları rejiminin olamayacağını vurgulamaktadır. İşkence ve kötü muameleyle tabi tutulmama hakkı bir yandan kişinin onurunu, ruh ve vücut bütünlüğünü koruduğu için tek tek bireylerin, ama aynı zamanda insanlığın ortak değeri olarak tüm insanlığın onurunu koruduğu için tüm insanlığın, dolayısıyla uluslararası toplumun ortak hakkıdır.³

İşkence yasağının bu mutlak niteliği, yasağın ulusal ve uluslararası hukukta özel bir öneme sahip olması sonucunu doğurmaktadır. Gerçekten de yasak, tüm evrensel ve bölgesel temel insan hakları metinlerinde tanınmış ve koruma altına alınmıştır.⁴ İnsan hakları

* Bu bölüm, Kerem Altıparmak tarafından hazırlanmıştır.

¹ İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi. R.G.: 19 Mart 1954, s. 8662.

² Getiren/Türkiye, no. 10301/03, 22.7.2008, para. 70; *Selmouni/Fransa* [GC], no. 25803/94, ECHR 1999-V, para. 95.

³ Bunun için işkence yasağı devletlere *erga omnes* niteliğinde (uluslararası toplumdaki tüm diğer devletlere karşı) ödevler yüklemektedir. Bkz. Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Prosecutor v. Furundzija kararı, IT-95-17/1-T (10 Aralık, 1998), para. 151.

⁴ Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsancıksı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme; Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi; Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı ile İnsan Haklarını ve Temel Özgürlüklerini Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi. Ayrıca bkz. Article 37 of the Convention on the Rights of the Child, G.A. res. 44/25, annex, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49) at 167, U.N. Doc. A/44/49 (1989), entered into force Sept. 2, 1990; Article 10 of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, G.A. res. 45/158, annex, 45 U.N. GAOR Supp. (No. 49A) at

hukuku bu yasağa karşı hiçbir istisnayı kabul etmediği gibi⁵, silahlı çatışma hukuku da, işkenceyi ve insan onuruna tecavüzü, özellikle aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışları mutlak bir şekilde yasaklamaktadır.⁶ İşkence yasağının mutlaklığı, anılan uluslararası ve bölgesel insan hakları sözleşmelerinin denetim organları tarafından da sıklıkla vurgulanmaktadır.⁷ Son dönemde yükselen terörle mücadele sırasında kötü muameleyle başvuranın meşruluğuna dair iddialar da çeşitli platformlarda reddedilmiştir.⁸

Mutlak işkence yasağı, uluslararası toplum açısından oynadığı özel rolün bir gereği olarak uluslararası hukukta normlar hiyerarşisi açısından da üstün bir kural niteliği kazanmıştır. Koruduğu değerler nedeniyle, işkence yasağı buyruk kural (*jus cogens*) olarak tanınmış, uluslararası insan hakları sözleşmelerinden ve teamül huktundan kaynaklanan kurallar karşısında hiyerarşik bir üstünlüğe sahip olmuştur.⁹ Bir başka deyişle, işkence yasağı uluslararası toplumun mutlak bağlayıcı bir kural olarak tanıdığı, hiçbir istisnası olmayan temel bir ilkedir.¹⁰

İlkenin bu niteliği çeşitli uluslararası ve bölgesel denetim organları tarafından da vurgulanmıştır. İşkenceye Karşı Komite¹¹, İşkenceye

262, U.N. Doc. A/45/49 (1990), entered into force July 1, 2003; and Article 15 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, G.A. res. A/61/611 (2006).

⁵ İlgili maddeleri girelim (AHS md. 15 gibi)

⁶ Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri

⁷ İnsan Hakları Komitesi, 29 nolu Genel Yorum, General Comment 29, States of Emergency (article 4), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), para. 7; Castillo-Petruzzi et al./Peru, 30.5.1999, Inter-Am. Ct. H.R., (Ser. C) No. 52.. para. 197 (açık atıf); Aksoy/Türkiye, no. 21987/93, RJD 1996-VI, para. 62. Prosecutor v. Furundzija.

⁸ Diğer kaynaklar yanında bkz. Council of Europe Guidelines on Human Rights and Fight Against Terrorism, Bakanlar Komitesi tarafından 11 Temmuz 2002 tarihinde 804. toplantıda kabul edilmiştir. İngilizce metnine şu adresten ulaşılabilir: [http://www.coe.int/T/E/Human_rights/h-inf\(2002\)8eng.pdf](http://www.coe.int/T/E/Human_rights/h-inf(2002)8eng.pdf). Bu konuda en yakın ve açık içtihat AIHM tarafından Saadi/İtalya vakasında verilmiştir. Bkz. Saadi/İtalya, no. 37201/06, 28.2.2008.

⁹ Prosecutor v. Furundzija, para. 153.

¹⁰ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, md. 53, May 23, 1969, 1155 U.N.T.S 331, 8 *International Legal Materials* 679 (1969)

¹¹ Komite, İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 17. maddesi uyarınca kurulmuştur.

Karşı Sözleşme'nin 2. maddesi ile işkenceyi önlemek için yasal, idari ve yargısal önlemleri alma ödevinin buyruk kural haline geldiğini belirtmiştir.¹² AIHM de Al-Adsani/Birleşik Krallık davasında yasağın buyruk kural statüsü kazandığını belirtmiştir.¹³ Bu nedenle işkenceyi meşru kılan yasal, idari veya yargısal hiçbir düzenlemenin uluslararası hukuk nezdinde koruma görmesi mümkün değildir.¹⁴ İşkence yasağının buyruk kural olma ve herkese karşı ileri sürülebilirlik ilkeleri Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından da tanınmıştır.¹⁵

1. İşkence Yasağı ve Devletlerin Ödevleri

Uluslararası hukukta mutlak biçimde yasak olan işkencenin tanımını İşkenceye Karşı Sözleşme şu şekilde yapmaktadır:

“Bu Sözleşmenin amaçları bakımından “işkence” terimi, bir kişi üzerinde kasıtlı biçimde uygulanan ve o kişiden ya da üçüncü bir kişiden bilgi edinmek yahut itiraf elde etmek; o kişinin ya da üçüncü bir kişinin gerçekleştirdiği yahut gerçekleştirdiğinden şüphelenilen eylemden ötürü onu cezalandırmak; ya da o kişiyi ya da üçüncü kişiyi korkutmak yahut yıldırma gibi amaçlarla; ya da ayrımcılığın herhangi bir türüne dayanan herhangi bir nedenle, bir kamu görevlisi ya da resmi sıfatla hareket eden bir başka kimse tarafından bizzat yahut bu kimselerin teşviki ya da rızası yahut da bu eylemi onaylaması suretiyle yapılan ve gerek fiziksel, gerekse mane-

¹³ Al-Adsani/Birleşik Krallık, no. 35763/97, 21.11.2001. İşkence yasağının buyruk kural olduğuna dair bilinen en önemli ulusal mahkeme kararı Lordlar Kamarası'nın Şilili diktatör Pinochet'nin geri verilmesi davasında Lord Browne-Wilkinson, Lord Hope of Craighead ve Lord Millet tarafından dile getirilmiştir. Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division), 38 *International Legal Materials* (1999) 589, 626 ve 649.

¹⁴ Öm. İşkencenin af yasasıyla suç olmaktan çıkarılmayacağına ilişkin bkz İnsan Hakları Komitesi Genel Yorumu, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 1 at 30 (1994). Ayrıca bkz. Kerem Altıparmak (2004), “The Application of the Concept of Continuing Violation to the Duty to Investigate, Prosecute and Punish under International Human Rights Law”, *Turkish Yearbook of Human Rights*, Cilt 21-25, s. 3-50.

¹⁵ Prosecutor v. Furundzija, para. 153.

vi ağır acı ve ıstırap veren herhangi bir eylemdir. Bu, hukuka uygun yaptırımların sadece uygulanmasından doğan, bu yaptırımların kendisinde var olan yahut arızı biçimde oluşan acı ve ıstırapı içermez.”¹⁶

İşkenceye ilişkin bu tanım, hangi davranışların işkence olarak nitelendirileceğini belirtmekle birlikte¹⁷ uluslararası hukukta mutlak bir şekilde düzenlenen işkence yasağını tüm bileşenleriyle açıklamaktadır. Tıpkı iç hukuktaki suçların düzenlenmesinde olduğu gibi, esasa ilişkin yasak dışında ihlalin gerçekleşmemesi için alınacak önlemler, ihlal gerçekleştikten sonra ihlalin tespiti ve uygulanacak yaptırımlar da genel anlamdaki işkence yasağının bir parçasıdır. AİHM, suçluların iadesi meselesinin ele alındığı Soering davasında işkence yasağının bu niteliğini şu şekilde vurgulamıştır:

“Sözleşme organları için mutad olan, Sözleşme’nin ihlal edilme olasılığının saptanması değildir. Bununla birlikte bir başvuru, geri verilmesi halinde talepte bulunan ülkede öngörülebilir sonuçların 3. maddeyi ihlal edeceğini iddia ediyorsa, ileri sürülen ıstırapın ciddiliği ve onarılmaz niteliğinin yarattığı risk karşısında maddede düzenlenen güvencenin etkinliğini sağlamak amacıyla bu ilkedan (olası ihlal saptaması yapmama ilkesi) ayrılmak bir zorunluluktur.”¹⁸

AİHM, bu kararlar başlayan kararlar serisinde devletin kendisi işkenceyi doğrudan gerçekleştirmese bile üçüncü bir ülkede gerçekleşebilecek 3. madde ihlalleri nedeniyle sorumlu olabileceğini orta-

¹⁶ Sözleşmenin resmi 1. madde çevirisi özgün anlamını vermediği için M. Semih Gemalmaz tarafından yapılan serbest çeviri esas alınmıştır. Bu çeviri için bkz. M. Semih Gemalmaz (2004), İnsan Hakları Belgeleri, C. VI, (Boğaziçi: İstanbul), s. 69.

¹⁷ Amerikalılararası İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi daha geniş kapsamlı bir işkence tanımı vermektedir. Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, O.A.S. Treaty Series No. 67, entered into force Feb. 28, 1987, reprinted in Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System, OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6 rev.1 at 83 (1992), Türkçe çevirisi için bkz. Semih Gemalmaz (2003), İnsan Hakları Belgeleri/Cilt III, (Boğaziçi Yayınları: İstanbul), s. 179.

¹⁸ Soering/Birleşik Krallık, Series A no. 161, para. 90.

¹⁹ Örn. Bkz. Chahal/Birleşik Krallık, no. 22414/93, 15.11.1996; Jabari/Türkiye, no. 40035/98, 11.7.2000; Mamatkulov ve Askarov/Türkiye, (Büyük Daire kararı), no. 46827 ve 46951/99, 4.2.2005.

ya koymuştur.¹⁹ Mahkeme’nin, devlet ajanlarının işkence yaptığının kesin bir şekilde kanıtlanamadığı davalarda gerekli soruşturmanın yapılmaması nedeniyle 3. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşması, bu iki ödevin birbirine bağlı, ama birbirinden farklı nitelikleri olduğunu göstermektedir.²⁰

Bu içtihat, uluslararası hukuktaki işkence yasağının devletlere yüklediği iki temel yükümlülüğü açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Devletin, şüphesiz yukarıda tanımlanan işkence eylemlerini ajanları aracılığıyla işlememesi, hoş görmemesi gerekir. Bu, devletin esasa ilişkin (*substantive*) ödevidir. Bunun yanında, devletin işkencenin hiç gerçeklememesi için gerekli yasal ve yapısal düzenlemeleri gerçekleştirmesi, ancak tüm çabalara rağmen ihlal iddiaları ortaya çıktığında ise, bunların doğruluğunu araştırıp, yaptırım ve giderim mekanizmalarını işletmesi gerekir. Bu da işkence yasağının ikinci temel yükümlülüğüne, usule ilişkin ödev (*procedural*) teka-bül etmektedir.²¹

Devletin, ihlali gerçekleştirmemesine ilişkin negatif ödevinin sonucunda gerekli önlemleri almasına ilişkin pozitif (olumlu) yükümlülüğü olarak da isimlendirilen bu ödev, çok kapsamlı bir davranış kodunun oluşturulmasını gerektirmektedir.

Genel nitelikli evrensel ve bölgesel insan hakları sözleşmeleri ayrıntılı bir pozitif ödev düzenlemesi getirmemekle birlikte, bu sözleşmelerin denetim mekanizmaları pozitif ödevleri, Sözleşmelerin genel nitelikli ödevleri düzenleyen maddelerinden türetmektedir. Örneğin, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin (MSHS) denetim organı olan İnsan Hakları

²⁰ Bu konudaki çok sayıdaki örnek arasından bkz. Atıcı/Türkiye, no. 19735/02, 10.5.2007; K.Ö/Türkiye, no. 71795/01, 11.12.2007. Her iki unsurun ayrı ayrı incelenip ayrı ihlal sonuçlarına ulaşılan da çok sayıda karar bulunmaktadır. Örn. bkz. Hürriyet Yılmaz/Türkiye, no. 17721/02, 5.6.2007; Sacettin Yıldız/Türkiye, no. 38419/02, 5.6.2007; Kumaz ve Diğerleri, no. 36672/97, 24.7.2007; Diri/Türkiye, no. 68351/01, 31.7.2007.

²¹ Bu konuda bkz. Prosecutor v. Furundzija, Trial Chamber, para. 148 vd.; Assenov/Bulgaristan, no. 24760/94, para. 102; Jim Murdoch, The Treatment of Prisoners, European Standards, COuncil of Europe Publishing, May 2006, p.127,128

Komitesi, MSHS'nin 2. maddesinde düzenlenen Sözleşme'de tanınan hakları sağlama ve bu haklara saygı gösterme yükümlülüğünün çeşitli haklar açısından pozitif ödevler yüklediği sonucuna ulaşmıştır. İHK'ya göre bu genel ilke Sözleşme'deki tüm haklara uygulanır.²² Benzer bir içtihat AİHS'in, devletlerin Sözleşme'de tanımlanan hak ve özgürlükleri güvence altına alma yükümlülüğünden ortaya koyan 1. maddesinden hareketle AİHM tarafından da geliştirilmiştir.²³ Bu temel ödevleri beş grupta sınıflandırmak mümkündür:

- i. Hakların etkin korunması için uygun bir hukuksal çerçeve oluşturma ödevi;
- ii. Hakların ihlalinin önleme ödevi;
- iii. Hakların ihlaline ilişkin bilgi ve tavsiye sağlama ödevi;
- iv. Hak ihlallerine karşı harekete geçme ödevi;
- v. Bireylere hak ihlallerini önlemek için kaynak sağlama ödevi.²⁴

Bu el kitabında ayrıntılı olarak anlatıldığı üzere AİHM'nin bu ölçütleri 3. madde kapsamında uyguladığı zengin içtihatı bulunmaktadır.

Konuya özgülenmiş uluslararası sözleşmeler pozitif ödevleri daha ayrıntılı bir şekilde düzenlemektedir. İşkenceye Karşı Sözleşme, hem esas, hem de usule ilişkin ödevlerle bu gerekliliği büyük ölçüde yerine getirmektedir. İşkenceye Karşı Sözleşme'nin getirdiği usul ödevleri şu şekilde sıralanabilir: İşkence yapılmasını önlemek için etkin yasal, idari, hukukî ve diğer tedbirleri almak (md.2); bir kişiyi, işkence göreceğini düşünmek için sağlam gerekçelerin olduğu bir ülkeye iade etmemek, sınır dışı etmemek (md. 3); işkence

²² İnsan Hakları Komitesi'nin 3 nolu Genel Yorumu., GC 3, Article 2, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.5, p.112, para. 2.

²³ AİHM içtihadına ilişkin bkz. M. Semih Gemalmaz (2007), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/İşkence Yasağı) Analizi, (Ankara Barosu: Ankara); Uğur Erdal/Hasan Bakırcı (2006), Article 3 of the European Convention on Human Rights A Practitioner's Handbook (OMCT); Osman Doğru (2006), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, (İstanbul: Legal Yayıncılık)

²⁴ Keir Starmer (1999), European Human Rights Law, (Londra), s. 197.

filini, iştirak veya göz yumma da dâhil olmak üzere, suçun ağırlığına uygun cezaya tabi suç saymak (md. 4); Sözleşme'de belirtilen suçlar hakkında kendi yargılama yetkisini tespit etmek için gerekli düzenlemeleri yapmak (md. 5); işkence yapmanı adalet önüne çıkarmak için gerekli tedbirleri almak (md. 6); yürütülen soruşturma sonucunda işkence yapıldığı ortaya çıkarsa, işkencenin faili olduğu iddia edilen kişi(ler) hakkında cezai işlem yapılmasını sağlamak (md. 7); işkenceyi, sınır dışı etmeye neden teşkil edebilecek bir suç sayma ve sözleşmeye taraf olan diğer devletlere işkenceyle ilgili ceza soruşturmaları ve davalarında yardımcı olmak (md. 8 ve 9); sivil veya askeri emniyet güçleri, tıbbi personel, kamu personeli ve diğer ilgili personelin eğitimine işkence yasağı eğitiminin dâhil edilmesi, işkence yasağı konusunda bilgi verilmesini sağlamak (md. 10); işkenceyi engellemek için sorgulama yöntemlerini ve uygulamayı denetlemek (md. 11); işkence altında verildiği kanıtlanmış hiç bir ifadenin, işkence yapmakla suçlanan bir kişiye karşı açılan davada, ifadenin alınmış olmasının kanıt olduğu veya kanıt sayıldığı durumlar istisna olmak şartıyla, hiç bir davada delil olarak öne sürülememesini temin etmek (md. 15); işkence suçunun işlendiğine inanmak için yeterli sebep olduğu durumlarda yetkili makamların, tarafsız ve zamanında soruşturma yürütmesini sağlamak (md. 12); işkence görenlerin, durumu gidermek/telafi etmek ve yeterli miktarda tazminat alma haklarını güvence altına almak (md. 13-14). Ancak işkence ve kötü muamelenin önlenmesine özgülenmiş olan BM Sözleşmesi'nin bile her konuyu ayrıntılarıyla içermediği açıktır. Nitekim Birleşmiş Milletler bünyesinde hazırlanan çok sayıda metin bu pozitif ödevleri somut olarak düzenlemektedir:

Mahpuslara Uygulanacak Muamele Hakkında Asgari Standart Kurallar, Herkesin İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Korunmasına dair Bildirge (İşkenceye Karşı Bildirge), Kolluk Güçlerinin Davranışlarına İlişkin Kurallar¹², Mahpuslar ve Alıkonulan Kişilerin İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele ve Cezalardan

Korunmasında Sağlık Çalışanlarının özellikle Hekimlerin Rolüne İlişkin Tıbbi Etik İlkeleri (Tıbbi Etik İlkeleri), Herhangi Bir Şekilde Alıkonulan ya da Hapsedilen Kişilerin Korunması için İlkeler Bütünü (Alıkonmaya İlişkin İlkeler Bütünü) ve Mahpuslara Uygulanacak Muamele Hakkında Temel İlkeler.

Bunun yanında Birleşmiş Milletler sözleşme-²⁵ içi ve sözleşme-dışı²⁶ denetim mekanizmaları da esasa ilişkin yaptıkları saptamaların yanında, işkence yasağının usule ilişkin ihlali ve özellikle de etkin soruşturma ödevi konusunda ciddi bir içtihat oluşturmuşlardır.²⁷

Tüm bu uluslararası metinlerden ve içtihattan yola çıkarak, işkenceye karşı geliştirilen pozitif ödevleri dönemleri bakımından iki gruba ayırmak mümkündür:

- a. İşkence ve kötü muamelenin önlenmesine ilişkin usuli güvenceler
- b. İşkence ve diğer zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı muamele ve cezaların etkili biçimde soruşturulması, belgelendirilmesi ve sorumluların cezalandırılmasına ilişkin usuli güvenceler

İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Kılavuzu (İstanbul Protokolü) pozitif ödevlerin ikinci boyutu-

²⁵ Birleşmiş Milletler'in temel insan hakları sözleşmelerinin tamamı işkence yasağına ilişkin doğrudan veya dolaylı hüküm içermektedir. Bkz. yukarıda not 4 ve <http://www2.ohchr.org/english/law/>. Ancak konuya ilişkin en zengin içtihatı İşkenceye Karşı Komite ve Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi denetim organı İnsan Hakları Komitesi (İHK) vermektedir. İHK'nın soruşturma ödevine ilişkin Genel Yorumu için bkz. Human Rights Committee, General Comment 20, Article 7 (Forty-fourth session, 1992), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 30 (1994), para. 14.

²⁶ Birleşmiş Milletler'e üye devletlerin, örgütün ürettiği insan hakları sözleşmelerinden doğan ödevleri yanında Birleşmiş Milletler üyesi olmalarından kaynaklı insan hakları yükümlülükleri de bulunmaktadır. Bu yükümlülükler İnsan Hakları Konseyi (daha öncesinde İnsan Hakları Komisyonu) koordinasyonunda yürütülmektedir. Bu kapsamda başta İşkence Özel Raportörü olmak üzere işkence yasağı hakkında faaliyet gösteren çok sayıda özel usul bulunmaktadır. Bu konuda bkz. Mesut Gülmez, Semih Gemalmaz

²⁷ Sözleşme içi mekanizmaların değerlendirmesi için bkz. Association for the Prevention of Torture (2008), Torture in International Law: A Guide to Jurisprudence, (APT ve CEJIL: Ce-nevre), s. 5-53. Konunun detayları aşağıda bölüm IV'te de incelenecektir.

nu düzenleyen ve uluslararası hukukta BM ve diğer bölgesel örgütler tarafından üretilen belgelerde ve denetim organları içtihadında geliştirilen ölçütleri en ayrıntılı sunan uluslararası belgedir. Bu nedenle de, buyruk kural işkence yasağının çok önemli bir bileşenidir. Bunun yanında, şüphesiz Protokol'ün etkili uygulaması hem önlemeye ilişkin usul güvenceleri, hem de esasa ilişkin ödevler açısından önemli bir etkiye sahip olacaktır.

2. İstanbul Protokolü'nün Uluslararası Hukuktaki Değeri

Protokol uluslararası bir sözleşme değildir. Protokol'ün ekinde bulunan İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkin Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi hakkında İlkeler (İstanbul İlkeleri) Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu²⁸ ve Genel Kurulu²⁹ kararıyla kabul edilmiştir. Her iki organ da ilgili kararlarında, hükümetleri İstanbul Protokolü'nü işkenceyle mücadele çabasında yararlı bir araç olarak kullanma konusunda güçlü bir şekilde teşvik etmişlerdir.

AIHM, devletin işkence ve kötü muamele iddialarını soruşturma ödevini bazen işkence yasağını düzenleyen 3. maddedeki usul ödevinden³⁰, bazen devletlere Sözleşme'de korunan haklar için etkili hukuk yolu düzenlemesi ödevini yükleyen genel nitelikli 13. maddeden³¹, bazense her iki hükümden çıkarmaktadır.³² Mahkeme, yaşam hakkını düzenleyen 2. madde için geliştirdiği soruşturma ödevine yönelik içtihadını, Assenov³³ kararından beri 3. madde

²⁸ İnsan Hakları Komisyonu kararı, no. 2000/43

²⁹ Genel Kurul kararı, 55/89

³⁰ Sadık Önder/Türkiye, no. 28520/95, 8.1.2004, para. 43; Bekos ve Koutropoulos/Yunanistan, no. 15250/02, 13.12.2005, para. 53-57.

³¹ Batı ve Diğerleri/Türkiye, no. 33097/96 ve 57834/00, 3.6.2004, para. 128 vd; Murat Demir/Türkiye, no. 879/02, 2.3.2006, para. 43-45.

³² Menesheva/Rusya, no. 59261/00, 9. 3.2006, para. 61-74.

³³ Assenov/Bulgaristan, no. 24760/94, para. 102.

Ayrıca soruşturma ödevi Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 4. maddesinde açıkça tanımlanmaktadır.

kapsamında da uyguladığı görülmektedir.³⁴ İşkence yasağının AİHS hukukundaki bu niteliği aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir. Burada dikkat çekilmesi gereken konu, Mahkeme'nin İstanbul Protokolü ile Sözleşme arasında kurduğu köprüdür.

Batı ve Diğerleri davasında hükümetin etkili bir soruşturma yapip yapmadığına ilişkin değerlendirmesinde Mahkeme, ölçüt olarak İstanbul İlkeleri'ni ayrıntılı bir biçimde referans almıştır. Mahkeme, herhangi bir açık şikâyet yapılmadığında dahi, işkence veya kötü muameleye başvurulduğuna dair yeterli belirtiler bulunduğu bir soruşturmanın başlatılması gerekliliğini, daha önceki içtihadına³⁵ ve İstanbul Protokolü'ne dayandırmıştır.³⁶ AİHM, Türkmen/Türkiye davasında adli tabip tarafından sunulan raporun yetersizliğine karar verirken, İstanbul Protokolü standartlarını bir kez daha hatırlatmıştır.³⁷

Mehmet Emin Yüksel vakasında Mahkeme, İstanbul Protokolü'nü bu kez hükümetin tezini çürütmek üzere kullanmıştır. Bu davada Hükümet tıbbi raporların başvurucağının yüzünde oluşan yaralanmaların nedenini göstermediğini ileri sürmüş, AİHM ise bu durumun tek başına hükümetin olay kurgusunun doğru olduğu anlamına gelemeyeceğini belirtmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, İstanbul Protokolü uyarınca³⁸ tıp uzmanlarının fiziksel bulgular ile kötü muamele arasındaki olası ilişki konusunda görüş bildirmelerinin uluslararası insan hakları hukuku ölçütlerine göre bir gereklilik olduğunu belirtmiştir.³⁹

³⁴ Assenov kararı öncesinde 13. madde kapsamında değerlendirilen soruşturma ödevi, bu kararlarla birlikte bir usuli ödev olarak 3. madde bağlamında değerlendirilmiştir. Daha önceki soruşturma ödevi örneği için bkz. Aksoy/Türkiye, para. 98.

³⁵ Atıf yapılan daha önceki karar: Özbey/Turkey (Kabul edilebilirlik kararı), no. 31883/96, 8. 3. 2001

³⁶ Batı ve Diğerleri, para. 133.

³⁷ Türkmen/Türkiye, no. 43124/98, 19.12.2006, para. 46.

³⁸ Mahkeme, El Kitabı'nın 82. paragrafına yollama yapmaktadır.

³⁹ Mehmet Emin Yüksel/Türkiye, no. 40154/98, 20.7.2004.

Yakın tarihli Osman Karademir davasında ise Mahkeme, Protokol'ün farklı bölümlerini ölçüt olarak, İstanbul Protokolü'nü bir bütün olarak taraf devletler açısından bağlayıcı gördüğünü ortaya koymuştur.⁴⁰ Bu vakada başvurucağı, güvenlik görevlilerinin doktorla, muayene öncesi özel olarak görüşmek suretiyle kendisine yapılan kötü muameleye ilişkin iddialarının tıbbi rapora girmesini engellediğini ileri sürmüştür. Mahkeme yine İstanbul İlkeleri'ne atıfla, işkence ve kötü muamele soruşturmasında yer alan tıp doktorlarının her zaman en yüksek etik ölçütlere göre hareket etmeleri gerektiğini ve muayenenin doktorun kontrolünde, güvenlik görevlilerinin ve diğer devlet ajanlarının bulunmadığı bir ortamda gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁴¹ Yine aynı kararda Mahkeme, bu kez El Kitabı'na atıfla, tüm sağlık görevlilerinin Sözleşme'den kaynaklı veya başka düşüncelerle, mesleki bağımsızlıklarından ödün vermeden raporlarında kötü muamele delillerini açıkça ortaya koymak da dâhil olmak üzere, tarafsız bir şekilde delil oluşturmaları gerektiğini belirtmiştir.⁴²

AİHM'nin İstanbul Protokolü'nü Sözleşme'nin bağlayıcı bir parçası addetmeye başladığının bir diğer göstergesi, Karaduman ve Diğerleri/Türkiye davasıdır.⁴³ Bu davada başvurucağı, gözaltı süresince Diyarbakır ve Ankara'da farklı hekimler tarafından incelenmiş, raporların bazılarında tespit edilen yaralanmalar, diğerlerinde tespit edilmemiştir. Ayrıca hazırlanan iki raporda yaralanmaların "eski" olduğu belirtilmiş ancak bu kavramla neyin kastedildiği açıklanmamıştır. Başvurucağı, yerel mahkeme önünde Adli Tıp Uzmanları Derneği'nden iki uzmanının raporunu sunmuşlar⁴⁴; bu ra-

⁴⁰ Mahkeme'nin bu tavrı yargıçların farklı oylarında da görülebilmektedir. Bu bağlamda bkz. Yargıç Pavlovski'nin karşıoyu. Pavlovski, İstanbul İlkeleri'nin devletlerin usuli ödevlerinin en bütünlükçü sunumu olduğunu belirtmektedir. Pruneanu/Moldova, no. 6888/03, 16.1.2007.

⁴¹ Osman Karademir/Türkiye, no. 30009/03, 22.7.2008, para. 53.

⁴² Aynı karar, para. 54. El Kitabının 65 ila 70. paragraflarına atıf yapılmaktadır.

⁴³ Karaduman ve Diğerleri/Türkiye, no. 8810/03, 17.6.2008,

⁴⁴ Karaduman ve Diğerleri, para. 33

porda gözaltı sırasında yapılan incelemelerin İstanbul Protokolü'ne uygun olmadığı tespit edilmiştir. AİHM, bu kararda da İstanbul İl-keleri'nden uzun bir alıntı yaparak⁴⁵ işkence soruşturmalarında İstanbul Protokolü'nün bağlayıcılığını ortaya koymuştur. Hükümetin çelişkili raporlarla ilgili bir açıklama getiremediğini saptayan Mahkeme, raporlamanın İstanbul Protokolü'ne uygun yapılmadığını notlayarak 3. maddenin hem esas, hem de usul yönünden ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.⁴⁶

AİHM'nin, İstanbul Protokolü'ne son dönemde sıkça başvurma-sı⁴⁷, Protokolü 3. maddede öngörülen işkence mutlak yasağının temel bir bileşeni olarak gördüğünün göstergesidir.

İstanbul Protokolü'nü uluslararası hukukun bağlayıcı ölçütü olarak gören tek uluslararası organ AİHM değildir. Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, *Vargas Areco/Paraguay* davasında, so-ruşturmanın işkence eylemlerinin gerçekleştirilmesine ilişkin adli tıp delillerinin belgelendirilmesi ve yorumlanmasında özellikle İstanbul Protokolü'nde belirtilen uluslararası kuralları dikkate alması gerektiğini belirtmiştir.⁴⁸ Benzer bir tavrın Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu tarafından da alındığı görülmektedir.⁴⁹

İşkenceye Karşı Komite de, Türkiye dâhil çeşitli ülkelerin ülke rapor-larının incelenmesi sırasında İstanbul Protokolü'ne uygunluğu ara-mıştır. Türkiye'ye yönelik tavsiyeler arasında tıp personelinin İstanbul Protokolü'ne uygun adli tıp raporu hazırlamak konusunda eğitil-mesi konusunun varlığı özellikle vurgulanmalıdır.⁵⁰ Komite üyeleri,

⁴⁵ Karaduman ve Diğerleri, para. 51.

⁴⁶ Karaduman ve Diğerleri, para. 69-72.

⁴⁷ Bir diğer yakın örnek için bkz. Aktaş/Türkiye, no. 38851/02, 31.1.2008, para. 45 ve 76. İstanbul Protokolü'nün doğrudan uygulandığı vakalar dışında, Mahkeme Protokol standartları-nı Batı kararına yaptığı atıfla da sorgulamaktadır. Öm. Bkz. of Karayigit/Türkiye, no. 63181/00, 20.9.2005; Yavuz/Türkiye, no. 67137/01, 10.01.2006; Celik ve İmret /Türki-ye, no. 44093/98, 10.01.2006.

⁴⁸ Vargas Areco/Paraguay, IACHR, (Series C) No. 155, 26 .9, 2006, para. 93.

⁴⁹ Ana, Beatriz ve Celia Gonzalez Perez/Meksika, Rapor no. 53/01, 4.4.2001, para. 39.

⁵⁰ CAT A/58/44 (2003), para. 123 (k). Daha geniş bir uygulama örneği için Meksika'ya yö-nelik yürütülen soruşturma süreci. CAT Article 20 Examinations Re: Systematic Torture, CAT CAT/C/75 (2003)

hükümet temsilcilerine İstanbul Protokolü'nün uygulanıp uygulan-madığını sorarken, Protokol'e uygunluğu İşkenceye Karşı Sözleş-me'nin bir gereği olarak gördüklerini ortaya koymuşlardır.⁵¹ Niha-yet, 2007 yılında yayımladığı Genel Yorum'unda Komite, işkenceyi önleme alanında Sözleşme yürürlüğe girdikten sonra meydana ge-len değişiklikler doğrultusunda Sözleşme'nin genel ödevini düzenle-yen 2. maddesinin önleme ödevinin kapsamını genişletmenin müm-kün olduğunu belirtmiş ve İstanbul Protokolü uyarınca etkili soruş-turma yürütmeyi bu kapsamda saymıştır.⁵² Komite'ye göre, İşken-ceye Karşı Sözleşme'nin 2. maddesinin yeni yorumu, İstanbul Pro-tokolü'ne uygun soruşturma yükümlülüğünü de içerir ve devletlerin Sözleşme'den doğan yükümlülüklerinin kapsamı içindedir. Avrupa Birliği Konseyi, 2008 Katılım Ortaklığı Belgesi'nde İstanbul Pro-tokolü'nün tüm ülkede uygulanmasının güvence altına alınmasını kısa dönem öncelikleri arasında sayarken⁵³ muhtemelen Protokol'ün uluslararası hukukta kazandığı bu yeni rolü dikkate almıştır.

Görüldüğü gibi İstanbul Protokolü bir uluslararası sözleşme olma-makla birlikte, uluslararası hukukun buyruk emri olan ve sözleşme-lerde çok kısa bir şekilde tanımlanan işkence yasağının yetkin ve bağlayıcı bir açılımıdır. Bu nedenle de işkence ve kötü muamele vakalarının etkin biçimde belgelenmesi ve soruşturulması konusun-da Türkiye'nin de İstanbul Protokolü'ne uygun soruşturma yapma yükümlülüğü bulunduğu şüphe yoktur. Bu bağlamda, uluslararası hukuka ilişkin bu bulgunun iç hukuktaki izdüşümüne de kısaca bakmak gerekir.

3. Türk Hukukunda İstanbul Protokolü

Uluslararası antlaşmaların Türk hukukundaki yeri ve etkisi, uzun süre insan hakları sözleşmeleri ve daha özel olarak AİHS üzerin-

⁵¹ Bkz. Örneğin üye Rasmussen'in İstanbul Protokol'ünün uygulanıp uygulanmadığına dair Mı-sır temsilcisine yönelttiği soru. Summary Record of the 532nd meeting: Egypt. 19/11/2002, CAT/C/SR.532, para. 42

⁵² Komite'nin 2. Genel Yorumu, yukarıda not. 12, para. 14.

⁵³ 18 Şubat 2008 günlü Konsey kararı, 2008/157/EC, L 51/8.

den yapılmış⁵⁴, ancak tartışmanın kaynağı olan Anayasa'nın 90. maddesine 2004 yılının Mayıs ayında⁵⁵ yeni bir cümle eklenmesiyle, yeni sorunlar ortaya çıkmış olmakla birlikte⁵⁶, insan hakları sözleşmeleri⁵⁷-kanun çatışması ihtimalinde hangi kuralın tercih edileceği büyük ölçüde netleşmiştir. Anılan yeni kural şu şekildedir:

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

Ancak yukarıda da belirtildiği gibi İstanbul Protokolü bir sözleşme değildir ve fakat uluslararası hukukun parçasıdır. Bu durum karşısında 90. maddenin ve Anayasa'daki diğer ilgili kuralların İstanbul Protokolü'nün Türk iç hukukundaki yeri bakımından ayrıca incelenmesi gerekmektedir.

⁵⁴ Mümtaz Soysal (1986), “Anayasa Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler”, Anayasa Yargısı, Cilt 7 (Anayasa Mahkemesi: Ankara), s. 15; Necmi Yüzbaşıoğlu (1994), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine” İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C. 2, S.1, s. 28; Tekin Akilloğlu, “Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C. 1, S. 2-3, s. 41; Mesut Gülmez, (1988), “Sözleşmeli Personel, Anayasa ve Uluslararası Kurallar”, AİD, C. 21, S. 4, s. 40; Edip Çelik (1988), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulanması”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Lütfü Duran'a Armağan Özel Sayısı, S. 1-3, s. 49; Kerem Altıparmak/Onur Karahanoğulları (1997-1998), “Bölge İdare Mahkemesi Kararıyla Anayasanın ‘Zimnen İptali’”, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt 19-20, s. 215. Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi tarafından yayınlanan Anayasa Yargısı tebliğ derlemesinin 17. cildi, (Anayasa Mahkemesi: Ankara)

⁵⁵ 7.5.2004 gün ve 5170 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, RG: 22.5.2004 – 25469.

⁵⁶ Necmi Yüzbaşıoğlu (2004), “Mayıs 2004'te Anayasanın 90'ıncı Maddesine Eklenen Hükümün Türk Anayasalık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, Bülent Tanör Armağanı, (Legal: İstanbul) s. 785; Mesut Gülmez (2004), “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması”, TBB (yay. haz.), İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, (TBB Yayını: Ankara), s. 38; Kemal Gözler, “Milletlerarası Andlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir mi? (Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Bir Eleştiri)”, www.anayasa.gen.tr/madde90.htm.

⁵⁷ Değişiklik gerekçesinde “usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalar” ifadesi kullanılmasına rağmen madde metninde “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar” tanımlaması tercih edilmiştir.

4. Antlaşma Dışı Uluslararası Hukuk ve İşkence Yasağı

Anayasa birbiriyle aynı anlama gelmemek üzere “milletlerarası andlaşmalar” ve “milletlerarası hukuk” kavramlarını kullanmaktadır. Uluslararası hukukun tek kaynağı uluslararası antlaşmalar olmadığı için bu tercih anlamlıdır. Gerçekten de, uluslararası antlaşmalardan değil, uluslararası hukuktan bahsedilen Anayasa kuralları söz konusu olduğunda yargıç sadece uluslararası antlaşmalara değil, aynı zamanda uluslararası hukukun diğer kaynaklarına da bakmakla yükümlüdür.

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün⁵⁸ 38. maddesine göre, genel ve özel nitelikli antlaşmalar dışında, hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası yapılageliş (teamül) kuralları ve uygar uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkeleri de, uluslararası hukukun asli kaynaklarını oluşturur.

Anayasa koyucunun uluslararası antlaşma yerine uluslararası hukuk kavramını tercih ettiği hükümler temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasına ilişkin 15. madde, temel hak ve özgürlükler açısından yabancıların durumuna ilişkin 16. madde ve TBMM'nin savaş hali ilânına ilişkin 92. maddedir. Bu maddelerde düzenlenen kurallar açısından uluslararası hukuk kuralları, 90. maddedeki düzenlemeden farklı olarak Anayasa düzeyindedir. Örneğin, yabancıların haklarının sınırlandırılmasına ilişkin bir yasa Anayasa'daki tüm kurallara uygun olmakla birlikte uluslararası hukukun bağlayıcı kaynaklarından birine aykırıysa, bu kural aynı zamanda Anayasa'ya da aykırı olacaktır. Mahkemelerin bu durumu değerlendirmek için ayrıca bir yasal düzenleme olduğuna bakmalarına gerek yoktur, çünkü uluslararası hukuka uygunluk şartının arandığı hükümlerde Anayasa, antlaşma kurallarını doğrudan doğruya iç hukukla bütünleştirmiştir.⁵⁹

Bu kurallardan temel hakların durdurulmasına ilişkin 15. maddeye göre:

⁵⁸ Statü'nün metni için bkz. <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>.

⁵⁹ Gülmez, s. 55.

“Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasa-da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.”

Hem insan hakları hukuku, hem de silahlı çatışma hukuku⁶⁰, Anayasa’da olduğu gibi savaş ve olağanüstü halde dahi işkence yasağına istisna getirilemeyeceğini açıkça düzenlemektedir. İşkence yasağı, Uluslararası Adalet Divanı’nın ifadesiyle “insanlığın temel değerler”i arasındadır.⁶¹ Uluslararası hukukun mutlak yasağı ve buyruk kuralı haline gelmiş bulunan işkence yasağının hem yapılaşmış kuralı olduğuna, hem de uygar uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkesi olduğuna şüphe yoktur.

Ama bunun da ötesinde uluslararası hukuk, işkenceye karşı güvence sağlayan usul kurallarının da askıya alınamayacağını öngörmektedir.⁶² Aksini düşünmek, işkence yasağının mutlaklığını anlamsız kılacaktır. Sorumlularının yargılanamadığı bir mutlak yasak, yasak olmaktan çıkacaktır.⁶³

Bu bölümün başında açıklandığı gibi İstanbul Protokolü bir teamül kuralı haline gelen işkenceyi soruşturma ödevinin en yetkin açıklamasıdır. Bu nedenle 15. madde uyarınca olağanüstü hal ve savaşta dahi askıya alınamaz. Evleviyet kuralı (*argumentum a fortiori*) gereği, olağanüstü bir durumda geçerli olan kuralların 90. madde uyarınca uluslararası antlaşma olsun-olmasın, olağan durumda da uygulanması gerektiğine şüphe yoktur. Dahası, 15. madde bu tür kuralları doğrudan anayasal niteliğe kavuşturduğundan İstanbul

⁶⁰ Ortak 3. madde

⁶¹ Nikaragua/ABD, para. 218; Corfu Channel davası, ICJ Reports 1949, s. 22.

⁶² Bkz. Bölüm 2 “Usul Güvencelerinin Toplu Sınırlandırma Yasağı”.

⁶³ Bu nedenle İnsan Hakları Komitesi, işkence suçu için af yasası çıkarılmasını MSHS’ye aykırı bulmaktadır. Örn. İşkencenin af yasasıyla suç olmaktan çıkarılmayacağına ilişkin bkz İnsan Hakları Komitesi Genel Yorumu *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 1 at 30 (1994).

Protokolü’ne aykırı iç hukuk kurallarının, aynı zamanda Anayasa’ya da aykırı olduğu ileri sürülebilir.

5. İnsan Hakları Sözleşmelerinin Denetim Organlarının Kararı Olarak İstanbul Protokolü

90. maddeye eklenen yeni cümle, temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası antlaşmaların kanunla çatışması halinde esas alınacağını belirtmekle birlikte, bu sözleşmelere göre karar alan organların kararlarına böyle bir değer yüklememiştir. Bundan yola çıkarak ilgili organların verdikleri kararların, sözleşmelerden farklı olarak yasalara üstün olamayacağı ileri sürülebilir.⁶⁴ Öte yandan, uluslararası insan hakları organlarının verdiği kararlara uymanın ahde vefa ilkesi uyarınca Cumhuriyet’in temel nitelikleri olan “hukuk devleti” ve “insan haklarına saygılı devlet” ilkelerinin bir gereği olduğunu ileri sürmek de mümkündür.

Uluslararası antlaşmaların hükümleri karşısında aslında bu tartışma çok da anlamlı değildir. Özellikle AİHS gibi denetim organının kararlarının bağlayıcı olduğu belirtilen sözleşmeler açısından, denetim organının kararının bağlayıcı olmayacağı iddiası, yorum sistematığıne de aykırıdır. Gerçekten de, AİHM’nin 46. maddesine göre:

1. Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme’nin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler.
2. Mahkeme’nin kesinleşmiş kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi’ne gönderilir.

Bu hüküm de, Sözleşme’nin esasa ilişkin hükümleri gibi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir antlaşmanın hükmüdür ve 90. madde uyarınca yasayla çatıştığında esas alınmalıdır. Bakanlar Komitesi, ihlal nedeniyle Mahkeme’nin verdiği adil tatmin kararının yerine getirildiğini izlemenin yanında, başvuruçunun eski haline dönebil-

⁶⁴ Değişiklik öncesinde yayımlanan makalesinde Güran, Anayasa tarafından yetki verilmediği sürece AİHM’nin Türk mahkemelerinin kararlarını denetlemesinin ve bu denetleme kararının iç hukukta bağlayıcı kabul edilmesinin mümkün olamayacağını ileri sürmüştür. Bkz. Sait Güran (2000), “Egemenlik Ulus’undur Üstünlük Anayasa’dadır”, Anayasa Yargısı, C. 17, s. 43. Sa-dece metnin bağlayıcılığı konusunda bir YCGK kararı için bkz. Gülmez, s. 75, n. 28.

mesi için (*restitutio in integrum*) gerekli bireysel önlemlerin ve benzer ihlallerin yeniden gerçekleşmemesi ve devam eden ihlallere son verilmesi için genel önlemlerin alınıp alınmadığını denetleyecektir.⁶⁵ O halde, sadece Sözleşme metni değil, Sözleşme'nin açık hükmü karşısında Mahkeme'nin kararları ve Bakanlar Komitesi'nin kararların uygulanması için yaptığı denetim, AİHS gibi bağlayıcıdır.⁶⁶ Türk hükümeti, Komite'yi bu konuda bilgilendirmekle yükümlüdür.⁶⁷

Aynı belirginlikte olmamakla birlikte, diğer sözleşmelerdeki denetim mekanizmaları açısından da, benzer bir tez ileri sürülebilir. Çünkü insan hakları sözleşmelerine taraf olan Türkiye Cumhuriyeti, bu sözleşmeler uyarınca sözleşme tarafından kurulması öngörülen komitelerin yetkisini⁶⁸ de kabul etmiş olmaktadır.

Bu nedenle, yukarıda özetlenen ve İstanbul Protokolü'ne uygun soruşturma yürütme ödevini insan hakları sözleşmelerinin zorunlu bir şartı gören uluslararası mekanizma kararları karşısında, Protokol'ün yasalarla çatışma halinde esas alınması gereken üstün bir hukuk metni olduğuna şüphe kalmamıştır.

Türk yargısında, insan hakları sözleşmelerinin hukukî değeri konusundaki tereddüt, 90. madde değişikliği ile ortadan kalkmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre:

“Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasındaki; “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahke-

⁶⁵ Kararların ve Dostane Çözüm Koşullarının İcrasının Denetimi Hakkında Kurallar, md. 6. Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements. 10 Mayıs 2006 ve 964 sayılı toplantıda kabul edilmiştir.

⁶⁶ Mayıs 2006 tarihine kadar Komite'ye sunulan genel önlemler hakkında bilgi şu metinde bulunabilir: General measures adopted to prevent new violations of the European Convention on Human Rights: Stock-taking of measures reported to the Committee of Ministers in its control of execution of the judgments and decisions under the Convention, H/Exec (2006)1.

⁶⁷ İşkence konusunda hükümetin aldığı önlemlerin değerlendirildiği ve yeni taleplerin yer aldığı son Komite kararı için bkz. Bakanlar Komitesi, Interim Resolution ResDH(2005)43, Actions of the security forces in Turkey Progress achieved and outstanding problems.

⁶⁸ Örneğin İşkenceye Karşı Sözleşme, md. 17 vd.; MSHS md. 28 vd.

mesi'ne başvurulamaz” biçimindeki kuralın iç hukuka yansımaları, öğretide ve çeşitli yargısal kararlarda tartışılmış, uluslararası sözleşmelerin iç hukuka etkisinin ancak yapılacak yasal düzenlemelerle olanaklı olacağı yönünde görüşler ileri sürüldüğü gibi, başka hiçbir yasal düzenleme gerekmeksizin iç hukukun parçası olduğu yönünde de görüşler ileri sürülmüş, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 12.3.1996 gün ve 2/33 sayılı kararında ikinci görüş benimsenerek, usulüne göre yürürlüğe konulmuş sözleşmelerin yasa niteliği kazandığı ve doğrudan uygulanması gerektiği kabul edilmiştir. Yasa koyucu da, 7.5.2004 gün ve 5170/7 s. K. ile Anayasa'nın 90. maddesine eklediği, “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır” hükmü ile tartışmaları ikinci görüş doğrultusunda kesin olarak çözmüştür.”⁶⁹

Bunun ötesinde, uluslararası karar mercilerinin kararlarının da bu kapsamda bağlayıcılığı kimi kararlarda yer bulmaya başlamıştır. Kıyı kenar çizgisi içerisinde kalan bir taşınmaza ilişkin mülkiyet davasında Yargıtay 1. Hukuk Dairesi şu ifadeleri kullanmıştır:

“... sınırlandırma veya kaldırma gerçekleştirilirken; T.C. Anayasası'nın 90/5.maddesi ile iç hukukun üstünde sayılan AİHM hükümlerince AİHM tarafından oluşturulan 30.5.2006 tarih 1262/02 sayılı kararda ifade edildiği üzere “... bir kişiyi mülkünden yoksun bırakan bir önlemin...”, “kamu yararına meşru bir amaç gütmesi gerektiği...”, “bu önlem alınırken”... başvuru yollar ve gerçekleştirilmesi amaçlanan hedef arasında makul bir oransallık ilişkisi olması gerektiği”, kişinin “...kişisel ve haddinden fazla yük taşıma zorunda kalması halinde gerekli dengenin kurulamayacağı...” açıklar.”⁷⁰

İnsan hakları sözleşmelerinde çok genel ifadelerle tanımlanmış birçok hak ve özgürlük, anlamını yetkili organların yaptığı yorumlar-

⁶⁹ Yargıtay CGK, E. 2005/7-24, K. 2005/56, kt. 24.5.2005.

⁷⁰ Yargıtay 1. HD, E. 2007/5574, K. 2007/9733, kt. 10.10.2007.

da bulunmaktadır. Danıştay 8. Dairesi'nin yakın tarihli bir kararı, bu değerlendirmenin ne kadar önemli olduğunu ortaya koymaktadır. Davacının, İlköğretim Okulu 7. sınıf öğrencisi olan çocuğunun, zorunlu din dersi eğitiminden muaf tutulması yönündeki 16.02.2005 tarihli başvurusunun reddine ilişkin davada Danıştay 8. Dairesi, AİHM'nin Zengin/Türkiye⁷¹ davasında verdiği kararı ayrıntılı bir şekilde aktardıktan sonra, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince öğretime ilişkin müfredatta yapılan ve kararımızda hüküm kurmaya yeterli görülen tespitler uyarınca, ülkemizde çoğulculuk anlayışı içerisinde, nesnel ve rasyonel bir şekilde din kültürü ve ahlak bilgisi öğretiminin verilmediği sonucuna" varmıştır.⁷²

Yargıtay 8. Ceza Dairesi, AİHM kararları dışında Birleşmiş Milletler Hapis Dışındaki İnfaz Şekillerinin Standard Asgari Kuralları (Tokyo Kuralları) ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Hapishanelerin Aşırı Kalabalıklaşması ve Hapishane Nüfusunda Enflasyon Hakkındaki R(99) 22 sayılı Kararı'na *destek normundan öteye bir değer*⁷³ tanımıştır.

Yukarıda alıntılanan yakın dönem yüksek mahkeme kararları, yasa koyucunun iradesine ve bütünsel yorum usullerine uygundur. Bilindiği gibi Ceza Muhakemesi Yasası⁷⁴, İdari Yargılama Usulü Yasası⁷⁵ ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası⁷⁶, iç hukuk kararlarının İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükümün bu aykırılığa dayandığının Avrupa İnsan Hakları Mahkeme-

si'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması halini, yargılamanın yenilenmesi gerekçesi saymaktadır. Gerçekten de bir yandan AİHM'nin ihlâl kararlarını tüm usul yasaları açısından yargılamanın yenilenmesi gerekçesi sayıp, öte yandan kararların iç hukukta etkisinin bulunmadığını söylemek mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle, AİHM kararlarında uyulması zorunlu bir ölçüt olarak tanımlanan İstanbul Protokolü'nün iç hukukta bağlayıcı bir hukuk kaynağı olduğunun kabulü gerekir.

⁷¹ Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye, no. 1448/04, 09.10.2007.

⁷² Danıştay 8. Daire, E. 2006/4107, K. 2007/7481, kt. 28.12.2007.

⁷³ Yargıtay 8. CD, 8797/7730 E./K. Aktaran Hamdi Yaver Aktan, "Uluslararası Sözleşmelerin Yargıtay Ceza Dairelerince Uygulanması", TBB (yay. haz.), İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, (TBB Yayını: Ankara), s. 147. Vurgu Aktan'a aittir.

⁷⁴ Ceza Muhakemesi Yasası, RG. 17.12.2004, S. 25673, 311 (1) (f).

⁷⁵ İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 4928 sayılı Yasayla değişik 53 (1) (i) bendi. RG. 19.7.2003, S. 25173.

⁷⁶ Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası'nın 4793 sayılı Yasayla değişik 445 (11) bendi. RG. 4.2.2003, S. 25014.

II. ÖZGÜRLÜKTEN YOKSUN BIRAKMA SÜRECİNDE İŞKENCEYE KARŞI TEMEL GÜVENCELER

İşkence ve diğer zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamelelere en çok başvurulduğu dönem, koruma tedbirleri vasıtasıyla kişinin özgürlüğünün kısıtlandığı zaman dilimidir. Bu nedenle işkencenin ve diğer zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı muamele ve cezaların etkin soruşturulması için bu türden yasak davranışların gerçekleştiği döneme ilişkin ilk tespitler çok önemlidir. Kişi özgürlüğünün kısıtlanmasına bağlı olarak oluşturulmuş usuli güvenceler bir yandan bu davranışların gerçekleşmemesi için caydırıcı bir etkiye sahipken, öte yandan işkence ve diğer kötü muamelenin gerçekleşmesi halinde İstanbul Protokolü'ne uygun etkin soruşturmayı yürütmek için ilk verilerin toplanması bakımından son derece yaşamsal bir yere sahiptir.

Bu bölüm, koruma tedbirleri yoluyla kişi özgürlüğünün kısıtlanmasına ilişkin olmakla birlikte koruma tedbirlerinin hangi durumlarda verilebileceğini incelemeyecektir. Bölümün amacı, kişi özgürlüğünü sınırlandıran koruma tedbirlerinin işkenceyi kolaylaştırmaması ve işkence veya kötü muamelenin gerçekleşmesi halinde İstanbul Protokolü'ne uygun ilk tespitlerin yapılabilmesi için hangi güvencelere başvurulması gerektiğinin ortaya konmasıdır. Şüphesiz koruma tedbirlerine bağlı olarak geliştirilmiş usuli güvencelerin tek amacı işkencenin önlenmesi değildir. Örneğin, kişinin avukatıyla görüşme hakkı aynı zamanda savunma hakkıyla da ilintilidir. Bununla birlikte usuli güvenceler, El Kitabı'nın amaçları ışığında işkence ve diğer kötü muamelenin önlenmesi, soruşturulması ve belgelendirilmesi açısından incelenecek, zorunlu olmadığı sürece güvencelerin diğer haklar üzerindeki etkilerine değinilmeyecektir.

Bölümün ilk alt başlığında çok genel olarak koruma tedbirlerinin tanımı ve istisnailik ilkesine yer verilecektir. İkinci alt başlıkta, kişi özgürlüğünü kısıtlama niteliği taşıyan koruma tedbirleri ve idari önlem-

ler açıklanacak, özgürlüğün kısıtlanması halinde başvurulacak temel hukuksal güvenceler (usuli güvenceler) ayrıntılı olarak işlenecektir.

1. Genel Olarak Koruma Tedbirleri ve İstisnailik İlkesi

Koruma tedbirlerinin amacı, ceza muhakemesini yapılabilir kılmak ve yargılama sonucunda verilecek hükmün yerine getirilebilirliğini güvence altına almaktır. Delillere ulaşmak ve delillerin karartılmasını önlemek, şüpheli veya sanığın yargılama sırasında veya hükmün infazı için hazır bulundurulmasını sağlamak üzere bu tedbirlere başvurulabilir. Tedbirler, gerektiğinde zor kullanmak suretiyle bazı temel hak ve özgürlüklere geçici müdahaleyi gerektiren işlemlerdir. Gerek Anayasa, gerek uluslararası standartlar uyarınca kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, ancak istisnai hallerde sınırlandırılabilir.

Anayasa'nın 19. maddesi, kişi özgürlüğü ve güvenliğinin kısıtlanabileceği halleri, tahdidi olarak saymıştır. Yine Anayasa'nın 13. maddesi gereğince temel hak ve hürriyetler yasal dayanak olmaksızın kısıtlanamaz. Bu nedenle de kişi özgürlüğü ancak yasayla öngörülmüş ve Anayasa'ya uygun durumlarda sınırlandırılabilir. Yasallık ilkesinin bir sonucu olarak, koruma tedbirlerinin şartları ve sebepleri de kıyas yoluyla genişletilemeyecektir.

Uluslararası insan hakları sözleşmeleri de istisnailik kuralını açıkça düzenlemektedir. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'ye göre "Hiç kimse kanunun tayin ettiği sebeplere ve usule uygun olmaksızın özgürlüğünden yoksun bırakılamaz."⁷⁷ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "özgürlük ve güvenlik hakkı"nı düzenleyen 5(1). maddesine göre de "Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır ve Sözleşme ile yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz"⁷⁸.

İstisnailik ilkesini iki yönlü düşünmek gereklidir.

- Kişi özgürlüğü asıl, özgürlüğün sınırlandırılması istisnadır.

⁷⁷ Madde 9 (1).

⁷⁸ Sözleşmede belirtilen kişi özgürlüğü ve güvenliğinin kısıtlanma halleri:

a) Kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkûm edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi;

Bir temel hak veya özgürlüğün kısıtlanması anlamına gelen koruma tedbirine kural olarak başvurulmaması gerekir. Kişi özgürlüğünün, yasada belirtilen durumlarda ancak ve ancak gerekirse ve verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile orantılı olarak bir tutuklama tedbiriyle sınırlandırılmasına karar verilebilmesi, bu özelliğin sonucudur.⁷⁹

- Özgürlüğün kısıtlandığı istisnai durumlarda kişi güvenliğinin sağlanması esastır.

Hakkında koruma tedbiri kararı verilmiş kişinin, özgürlüğünden yoksun bırakıldığı süre boyunca güvenliğinin sağlanması esastır. Devletin kontrolü altında bulunduğu süreçte kişinin güvenliğinin sağlanmasından da devlet sorumludur. Devletin bu sorumluluğunu yerine getirmesi ise ancak (aşağıda daha ayrıntılı biçimde ele alınacak olan) usul güvencelerinin uygulanması ile mümkündür. Bu nedenle usul güvencelerinin sınırlandırılmasına ancak zorunlu durumlarda ve istisnaen gidilmesi özellikle işkence yasağı açısından son derece önemlidir.

Kişi güvenliğinin sağlanması bağlamında usul güvencelerinin sınırlandırılmasında istisnailik ilkesinin iki temel sonucu vardır:

- İşkenceyi engellemek için öngörülmüş usul güvenceleri toplu olarak sınırlandırılmaz;

b) Bir mahkeme tarafından, yasaya uygun olarak, verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması;

c) Bir suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulu durumda bulundurulması;

d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulu durumda bulundurulması veya kendisinin yetkili merci önüne çıkarılması için usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması;

e) Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkolün, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması;

f) Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonmasını veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geriverme işleminin yürütülmemekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması;

⁷⁹ CMK, madde 100.

- Her bir usul güvencesinin sınırlandırmasında zorunluluk ve orantılılık şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin kontrol edilmesi gerekir.

a. Usul Güvencelerini Toplu Sınırlandırma Yasağı

Uluslararası sözleşmeler olağanüstü hallerde bazı haklara aykırı tedbirler alınmasını mümkün kılmış olmakla birlikte, bazı hakların hiçbir şekilde sınırlandırılmayacağını düzenlemiştir. İşkence yasağı hem MSHS'de⁸⁰, hem de AİHS'de⁸¹ bu kapsamda sayılmışken, usul güvencelerinin sınırlandırılmasına ilişkin mutlak bir yasak ön görülmemiştir.

Bununla birlikte MSHS'nin 9. maddesinde, kişi özgürlüğüne yönelik kısıtlanmanın derhâl bir yargı organı tarafından denetlenmesine ilişkin kurala (*habeas corpus*) herhangi bir sınırlama getirilemeyeceği açıkça belirtilmemekte ise de, BM İnsan Hakları Komitesi, işkence yasağının mutlak karakterinden yola çıkarak, kişileri işkence ve kötü muameleye karşı korunmasını sağlaması bakımından *habeas corpus* hakkının da sınırlandırılmayacağını belirtmiştir.⁸² Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'de yer alan ve sınırlandırılması mümkün olmayan hakların korunması bakımından gerekli yargısal güvencelerin yürürlükte kalmasının bir zorunluluk olduğunu ortaya koymuştur.⁸³

AİHM de kişi özgürlüğüne getirilecek sınırlamada devletin sınırsız bir yetkiye sahip olmadığını belirtmektedir.⁸⁴ Yargıç önüne çıkarılmaksızın uzun süre gözaltında tutulan bir kişinin avukata, hekime

⁸⁰ MSHS, md. 4.

⁸¹ AİHS, md. 15.

⁸² İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum 29, Olağanüstü hal (madde 4), CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, para. 16. Ayrıca Komite'nin İsrail ilişkin sonuç değerlendirmeleri için bkz. (1998) (CCPR/C/79/Add.93), para. 21.

⁸³ Habeas Corpus in Emergency Situations (Arts. 27(2) and 7(6) of the American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-8/87, January 30, 1987, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) No. 8 (1987), para. 27.

⁸⁴ Aksoy/Türkiye, 18.12.1996, para. 67-84; Demir ve Diğerleri/ Türkiye, RJD 1998-VI, 23.9.1998; Elçi ve Diğerleri/Türkiye, 13.11.2003, no. 23145/93 and 25091/94, para. 684.

ve bir yakınına ulaşılmaksızın tutulması, Sözleşme'nin 15. maddesi uyarınca "aykırı önlem alma" bildiriminde bulunulsa bile, Sözleşme'ye aykırı olacaktır.⁸⁵ Dolayısıyla güvencelerin, işkence ve kötü muameleyi mümkün kılacak nitelikte sınırlandırılması mümkün değildir. Terörle mücadele dâhil, hiçbir gerekçe bu mutlak kurala istisna olarak kabul edilemez.⁸⁶

b. Usul Güvencelerinin Sınırlandırılmasında Zorunluluk ve Orantılılık

Usul güvencelerinin sınırlandırılması yoluna, yukarıda belirtilen diğer nedenlerle ama özellikle de işkence riskini arttırması nedeniyle, zorunlu olmadıkça başvurulmamalıdır. Soruşturmanın, konusu nedeniyle zorluk göstermesi, hükümetlere diledikleri önlemlere başvurabilecekleri bir açık çek verilebileceği anlamına gelmez.⁸⁷ Örneğin, Terörle Mücadele Yasası'nın 5532 sayılı Yasa'yla değişik 10. maddesinin b bendine göre şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı 24 saat süreyle sınırlandırılabilir. Bu hükmün otomatik bir sınırlandırma hükmü olarak anlaşılması, istisnailik ilkesine doğal olarak aykırıdır. Bu önleme, ancak zorunlu olunan durumlarda ve gerekçeli olarak başvurulabilir. Aynı durum d bendi uyarınca verilen kısıtlama kararı için de geçerlidir.

Nitekim BM Keyfi Alıkoymalara Karşı Çalışma Grubu, Terörle Mücadele Yasası'ndaki bu düzenlemenin istisna olmaktan çıkarılarak genel bir uygulama haline gelmiş olmasına dikkat çekmektedir. Çalışma Grubu, terör suçlarında uzmanlaşmış özel ağır ceza mahkemelerinin neredeyse sistematik olarak ve bazen altı ayı aşan sürelerle gizlilik kararları almak suretiyle sanık avukatlarının dava dosyadaki delilleri incelemelerine engel olduğunu belirtmektedir.⁸⁸

⁸⁵ Aksoy/Türkiye, para. 83.

⁸⁶ Altun/Türkiye, no. 24561/94, 01.06.2004, para. 51; Dikme/Türkiye, para. 90.

⁸⁷ Dikme/Türkiye, no. 20869/92, 11.07.2000, para. 64; Demir ve Diğerleri/Türkiye, para. 41.

⁸⁸ BM Keyfi Alıkoymalar Çalışma Grubu tarafından yapılan basın açıklaması, 30.09.2006 tarihli BIANET, http://www.bianet.org/arsiv/gecmis?rcaat_id=71

2. Usule İlişkin Güvenceler

İstisnai olma kuralı, tek başına işkence ve kötü muamele riskini ortadan kaldırmak için yeterli değildir. Ancak istisnai hallerde başvurulabilen koruma tedbirleri işkence ve kötü muamele ihtimalini ciddi bir şekilde artırmaktadır. Kolluk güçlerinin, delile ulaşmak için kişinin özgürlüğünün kısıtlandığı dönemde baskı araçlarını kullanma riski, kovuşturma aşamasına göre çok daha yüksektir.⁸⁹ Bu nedenle, işkence yasağının hayata geçirilmesinde koruma tedbirlerinin kontrolüne yönelik hukuksal araçlar özel bir öneme sahiptir. Bu nedenle, özgürlüğün kısıtlandığı istisnai durumların keyfi uygulamalara yol açmaması için bazı güvenceler oluşturulmuştur. Bu usuli güvenceler, kişinin bedeninin icra makamının kontrolünde olduğu hassas dönemde hukuksal araçlarla denetlenerek keyfi güç kullanımlarını engellemeyi amaçlamaktadır. AİHM'nin de belirttiği üzere⁹⁰ kişinin, itiraf almak amacıyla kötü muameleye tabi tutulma tehlikesinin yüksek olduğu durumlarda kişinin kendi seçtiği bir doktor tarafından muayene edilmesi, avukatı ve bir yakınıyla görüşmesi gibi temel güvencelerin sıkı bir şekilde uygulanması, çabuk işleyen bir yargısal denetimle desteklendiği takdirde, kötü muameleyi tespit edip engellemeyi mümkün kılacaktır.⁹¹

Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi de, kişinin gözaltı durumunu istediği bir üçüncü kişiye bildirme, avukata erişim ve istediği bir doktor tarafından tıbbi muayene haklarını, kişilerin işkence ve kötü muameleye karşı korunmasında üç temel hak olarak nitelemektedir.⁹²

Kişi bu güvencelerden yararlandırılmamış ise, gözaltında bulunduğu sürede sağlığının bozulduğuna dair bir delil bulunması halinde,

⁸⁹ AİÖK 6. Genel Raporu, [CPT/Inf (96) 21], para. 15.

⁹⁰ Algür/Türkiye, No. 32574/96, 22.10.2002, para. 44; Ayşe Tepe/Türkiye, 29422/95, 22.7.2003, para. 38

⁹¹ Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin denetim organı İnsan Hakları Komitesi'nin aynı yönde yorumu için bkz. Genel Yorum 20, Madde 7 (Forty-fourth session, 1992), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 at 30 (1994), para. 11.

⁹² AİÖK, 2. Genel Rapor'dan alıntı [CPT/Inf (92) 3], para.36

bu bozulmanın kötü muameleden kaynaklandığına dair güçlü bir maddi karine oluşacaktır.⁹³

3. Yakalama ve Gözaltına Alma

Yakalama, hâkim kararı bulunmaksızın şüphelinin özgürlüğünün kısıtlanması, gözaltına alınıp alınmayacağı hususunda bir karar verilmeye kadar denetim ve gözetim altında tutulmasıdır.

Yakalama, ya uzak bir tehlikenin önlenmesi için ya da suç işlendikten sonra, şüpheli veya sanığın ele geçirilmesi için yapılır. İlk halde 'önleme yakalamasından', ikinci halde 'adli yakalamadan' bahsedilir.

a. Adli Yakalama

Yakalama, CMK'de herkesin yapabileceği yakalama (vatandaş yakalaması) ve sadece kolluk kuvvetlerinin yapabileceği yakalama olarak ikiye ayrılır.

Kişiye suç işlerken rastlanması veya suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçma olasılığının bulunması veya kimliğini hemen belirleme olanağının bulunmaması hallerinde, yakalanan kişinin derhâl kolluk kuvvetlerine teslim edilmesi şartıyla, herkes tarafından geçici olarak yakalama yapılabilecektir.⁹⁴

Kolluk görevlileri ise herkesin yapabileceği yakalamanın şartları var olduğunda, bu yakalamaya ilişkin koruma tedbirini yerine getirebilecektir.

Yasa ayrıca sadece kolluk görevlilerinin gerçekleştirebileceği yakalamayı da düzenlemektedir. Buna göre kolluk görevlileri, tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ve Cumhuriyet savcısına veya âmirlerine derhâl başvurma olanağı bulunmadığı durumlarda yakalama yetkisine sahiptirler.⁹⁵

⁹³ Bu haklardan yararlandırılmama usuli güvencelerin ihlali yanında, esastan ihlal, yani işkencenin yapıldığı bulgusuna ulaşmada da etkili olmaktadır. Örneğin bkz. Çolak ve Filizer/Türkiye, no. 32578/96 and 32579/96, 8.1.2004, para. 32; Abdülşamet Yaman/Türkiye, no. 32446/96, 2.11.2004, para. 45.

⁹⁴ CMK md. 90/1

⁹⁵ CMK md. 90 (2)

PVSK 13. maddesinde de polisin adli yakalama yetkisine ilişkin özel düzenlemeler bulunmaktadır. Buna göre polis, aşağıdaki sebeplere dayanarak yakalama yapabilecektir:⁹⁶

- A) Suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan diğer hal-lerde suç işlendiğine veya suça teşebbüs edildiğine dair hakla-rında kuvvetli iz, eser, emare veya delil bulunan şüpheliler,
- B) Haklarında yetkili mercilerce verilen yakalama veya tutukla-ma kararı bulunanlar.

b. Adli Yakalama ve Gözaltında Usuli Güvenceler

Yakalamayla birlikte, işkence ve kötü muameleye karşı bir grup güvence devreye girer. Bunlar;

1. Yakalanan kişiye suçlamanın ve haklarının bildirilmesi;
2. Gözaltına alan makamın götürdüğü bir doktor dışında, gözaltı-na alınan kişinin kendi seçtiği bir doktora muayene olabilme;
3. Gözaltında avukatla görüşebilme;
4. Gözaltında akraba veya bir arkadaşına ulaşabilme;
5. Gözaltının hukukîliğinin denetimi için süratle bir yargısal ma-kama başvurabilme haklarıdır.

Bu güvenceler aşağıda ele alınacağı üzere ulusal ve uluslararası hu-kukta ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi (AIÖK) hem ülke raporlarında⁹⁷, hem de Yıllık Genel Ra-porlar'ında bu 5 ilkenin önemine dikkat çekmektedir. AIÖK öz-gürlüğü kısıtlanan kişinin kendi tercih ettiği kişiye durumunun bil-dirilmesi hakkı, avukatla görüşme hakkı ve kolluk güçlerinin götür-düğü doktor dışında arzu etmesi halinde bir başka doktor tarafın-dan muayene edilme hakkının, söz konusu hukukî sistemde nasıl tanımlanırsa tanımlansın (yakalama, tutuklama, vs.), özgürlüğün-den yoksun bırakılma durumunun başlangıcından itibaren uyulma-

⁹⁶ Aynı şekilde Yönetmelik 5. madde.

⁹⁷ Güvencelere ilişkin Türkiye değerlendirmesi hakkında bkz. Report to the Turkish Govern-ment on the visit to Turkey carried out by the European Committee for the Prevention of Tor-ture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 16 to 29 March 2004, CPT/Inf (2005) 18, para. 23-33.

sı gereken, gözaltındaki kişinin kötü muameleye maruz kalmasını önleyecek üç temel koruyucu güvence olduğunu belirtmektedir⁹⁸. Komiteye göre, kişiye, bu haklar da dâhil olmak üzere, hakları ge-cikmeksizin bildirilmelidir.⁹⁹ Nihayet, Komite kişinin fiziksel olarak hâkim önüne çıkarılmasının işkenceyi önleme konusundaki özel önemine dikkat çekmektedir.¹⁰⁰

i. Yakalanana Suçlamanın ve Haklarının Bildirilmesi

Anayasa'nın 19. maddesi, yakalama sebeplerinin yakalanan kişi-ye derhâl bildirilmesini öngörmektedir. Benzer hükümleri AİHS ve MSHS'nde de bulmak mümkündür. AİHS md. 5 (2)'ye göre yaka-lanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilir. (Aynı yönde bkz. MSHS md. 9(2)). Konu, diğer uluslararası belgelerde de düzenlenmiş olup¹⁰¹ hukukun genel ilkesi haline gelmiştir.

YGİY'in 6(4). maddesi de hakları bildirmeye ilişkin olarak yakala-nan kişiye suç ayırımı gözetilmeksizin yakalama sebebi ve hakkın-daki iddialar ile susma ve müdafiden yararlanma, yakalanmaya iti-raz etme hakları ile diğer kanuni hakları ve itiraz hakkını nasıl kul-lanacağı yazılı olarak, eğer bu mümkün değilse sözlü olarak bildi-rileceğini düzenlemektedir.

CMK'nin 90(4). maddesi, 5353 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik-ten önce kolluğun yakalanan kişiye kanuni haklarını derhâl bildir-mesini öngörmekteydi. Ancak 5353 sayılı Kanun ile yapılan deği-şiklikten sonra, hakların yakalanana derhâl bildirilmesinin önüne bir başka aşama yerleştirilmiştir. Buna göre yakalanana hakları,

⁹⁸ AIÖK Standartları, 2. Genel Rapor [CPT/Inf (92) 3], para. 36; 12. Genel Rapor [CPT/Inf (2002) 15], para. 40.

Bu bölümde özgürlüğünden mahrum edilen kişilerin yakınlarına haber verme hakkı ile avukata erişim hakkına yer verilecektir.

⁹⁹ AIÖK Standartları, 2. Genel Rapor [CPT/Inf (92) 3], para. 37;

¹⁰⁰ AIÖK Standartları, 12. Genel Rapor, [CPT/Inf (2002) 15], para. 45.

¹⁰¹ Her Hangi bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması için İlkeler, 10. İlke. Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprison-ment. 9 Aralık 1988 tarihli ve 43/173 Genel Kurul kararı. (Bundan sonra "Koruma İlkeleri")

kolluk tarafından, kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirler alındıktan sonra bildirilecektir.

Ancak bu değişiklik işkencenin önlenmesi yönündeki bir güvencenin etkisizleşmesi sonucunu doğurabilecektir. Şüpheli veya sanığa haklarının bildirilmesi, yakalama işleminin gerçekleştirildiği anda derhâl yapılması gereken işlemlerdendir. Zira şüphelinin kendisine tanınan hakları öğrenmesi ve kullanmasının sağlanması için bu zorunlu ve gereklidir. Ayrıca bildirilecek hakların bir kısmı, ilk andan itibaren, derhâl kullanılması gereken haklardır. Bunlar yakınlarına haber verme hakkı, müdafî tayini isteme hakkı, susma hakkı gibi savunma ve adil yargılanma hakkının vazgeçilmez unsuru olan haklardır. Yapılan değişikliğin, uluslararası hukuka uygun bir şekilde yorumlanması gereklidir. Bu nedenle, yakalananın fiilen kontrol altına alındığı anda haklarının bildirilmesi gerekir; hakları bildirilmesi için kişinin nezarethaneye teslim edilmesini beklemeye gerek yoktur. Bilindiği gibi, bu gerekliliğin yerine getirilmediği durumlar yakın zamanda Türkiye'nin AİHS'nin 5. maddesinin 2. fıkrasını ihlal ettiğine hükmedilmesine neden olmuştur.¹⁰²

Şüpheli veya sanık olduğu gerekçesiyle yakalanan kişilerin sahip olduğu hakların derhâl bildirilmesi, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bakımından olduğu kadar, işkence yasağı açısından da büyük öneme sahiptir. Hakların etkili kullanılabilmesi, zamanında ve hakların gerektirdiği özen ve koşullarda bildirilmesi ve kişilerin ayrıntılı olarak bilgilendirilmesi ile mümkündür. AİHM'nin belirttiği gibi, hakların bildirilmesi diğer güvencelerin kullanılması açısından çok önemlidir. Yakalanan kişiye hakkının bildirilmesi ile özgürlükten mahrum bırakma işleminin hukuksallığını denetleme arasında doğrudan bir bağlantı bulunmaktadır.¹⁰³

CMK'nin 97. maddesine göre yakalama işlemi bir tutanağa bağlanır. Bu tutanağa yakalananın hangi suç nedeniyle, hangi koşullar-

¹⁰² Bkz. Sinan Tanrıkulu vd./Türkiye, başvuru no. 50086/99, 03.05.2007, para. 35.

¹⁰³ van der Leer/Hollanda, Series A no. 170, 21.2.1990, para 28; Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık, Series A. 190-B, 27.3.1991, para. 40.

da, hangi yer ve zamanda yakalandığı, yakalamayı kimlerin yaptığı, hangi kolluk mensubunca tespit edildiği, haklarının tam olarak anlatıldığı açıkça yazılır.

Hakları bildirme, şekli bir bildirme anlamını taşımamaktadır. Bildirme; hakların içeriği, kullanılma biçimleri ve koşulları hakkında bilgilendirmeyi de kapsar. Ancak, kullanılacak ifadelerin çok teknik olmaması ve ortalama bir kişinin anlayabileceği düzeyde olması gerektiği de açıktır.¹⁰⁴ Hak bildirimi güvencesinin anlamlı olabilmesini sağlamak için, hakları açık şekilde tanımlayan bir belgenin yakalanan kişiye verilmesi, kişinin ilgili metni okuyup gereğini anladığından emin olduktan sonra haklarını öğrendiğine dair bir belgeyi imzalaması önemli bir güvence sağlayacaktır¹⁰⁵. YGİY 6(7). madde, bu uluslararası ölçütler dikkate alınarak hazırlanmıştır. Buna göre: “Yakalama işlemi bir tutanağa bağlanır. Bu tutanağa yakalananın, hangi suç nedeniyle, hangi koşullarda, hangi yer ve zamanda yakalandığı, yakalamayı kimlerin yaptığı, hangi kolluk mensubunca tespit edildiği, haklarının tam olarak anlatıldığı açıkça yazılır, bu tutanağın bir sureti yakalanan kişiye verilir. Bu kişiye ayrıca haklarının yazılı olarak bildirildiğini ve kendisi tarafından da bu hususun anlaşıldığını belirten bu Yönetmeliğe ekli “Yakalama ve Gözaltına Alma Tutanağı Şüpheli ve Sanık Hakları Formu” (EK-A) tanzim edilerek imzalı bir örneği verilir”.

Şüpheli veya sanığa haklarının hatırlatılmaması, temyiz hükümleri halen uygulanan 1412 sayılı CMUK'un 307 ve 308. maddelerine aykırılık teşkil etmekte¹⁰⁶ ve CMK'nin 141. maddesine göre tazminat sorumluluğu gerektirmektedir¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Aynı yerde, para. 40; H.B./İsviçre, no. 26899/95, 5.4.2001, para. 47 Örneğin yakalanan kişiye sadece hangi yasanın hangi maddesine dayanarak yakalandığının belirtilmesi yeterli değildir. Murray/Birleşik Krallık, Series A. No. 300-A, para. 76.

¹⁰⁵ AİÖK Standartları, 12. Genel Rapor, [CPT/Inf (2002) 15], para. 4

¹⁰⁶ “Sanığa suç işlediği tarihten hüküm verilinceye kadar herhangi bir aşamada CMUK. nun 135 nci maddesinde yazılı haklarının hatırlatılmaması ...” Y. 1. CD. E. 1995/2249 K. 1995/3008; “CMUK. nun 135. maddesindeki yasal haklarının hatırlatılmaması yönündeki usule aykırılığın giderilmesi ve sonucuna göre delillerin değerlendirilmesi gerekirken ...” Y. 1. CD. E. 2002/10500 K. 2002/10360.

¹⁰⁷ CMK 141(1)(c) : “Kanuni hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma

ii. Avukata Erişim Hakkı

Kolluk güçleri tarafından özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin ya da bir suç soruşturması nedeniyle yakalanan veya gözaltına alınan kişilerin hukukî destek alması, adil yargılanma hakkının kullanımının önemli unsurlarından biridir. Avukatla görüşme, bunun yanında işkence ve kötü muameleyle karşı yakalanan kişiyi korumak açısından da çok önemli bir fonksiyonu yerine getirmektedir. İşkenceyi Önleme Komitesi, deneyimlerine dayanarak, özgürlükten mahrumiyet döneminin başının, sindirme ve fiziksel olarak kötü muameleyle maruz kalma açısından en riskli dönem olduğuna dikkat çekmiştir. Bu nedenle kolluk kuvveti nezaretine alınan kişilerin bu dönemde avukata erişim imkânına sahip olması, kötü muameleyle karşı temel bir önlem olarak görülmektedir. Böyle bir imkânın mevcudiyeti, gözaltına alınan kişiye kötü muamele yapmaya niyeti olan kişiler üzerinde caydırıcı bir etkiye sahip olacaktır.¹⁰⁸

Güvence uluslararası hukukta açıkça tanınmıştır. Herhangi Bir B biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunmasına İlişkin İlkeler Bütünü'nün (İlkeler Bütünü) 17. ve 18. maddeleri avukat yardımından yararlanma hakkını ve avukatla irtibat hakkını açıkça düzenlemektedir.¹⁰⁹ Temel insan hakları sözleşmeleri, adil yargılanma hakkı kapsamında avukata ulaşma hakkını açıkça düzenlemektedir.¹¹⁰, bunun yanında işkence yasağı kapsamında, hem Avrupa

isteği yerine getirilmeden tutuklanan"; CMK 141(1)(g): "Yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hallerde sözle açıklanmayan".

¹⁰⁸ AlÖK 6. Genel Raporu [CPT/Inf (92) 21], para. 15; 12. Genel Rapor [CPT/Inf (2002) 15], para. 41.

¹⁰⁹ Ayrıca bkz. Avukatların Rolüne Dair Temel İlkeler (Havana Kuralları), md. 5-6,

¹¹⁰ AİHS md. 6 (3) (c), MSHS 14 (3) (d).

¹¹¹ AlÖK ve AİHM örnekleri için bkz. yukarıda 90 ve 100.

¹¹² İnsan Hakları Komitesi uygulaması için bkz. Örneğin *Campbell/Jamaika* (248/1987), ICCPR, A/47/40 (30 March 1992) 232, para. 6.3; *Berry/Jamaika*, (330/88), para. 11.1; *Hamel/Madagaskar* (155/83). İşkenceye karşı Birleşmiş Milletler Komitesi uygulaması için bkz. Ukrayna, CAT, A/57/44 (2002) 31, para. 57; Rusya Federasyonu, CAT, A/57/44 (2002) 42 at para. 92

Konseysi¹¹¹, hem de Birleşmiş Milletler uygulaması¹¹², avukata ulaşma hakkı konusunda devlete pozitif ödev yüklemektedir. AİHM, adil yargılanma kapsamındaki avukata ulaşma hakkının yargılama öncesi dönemi de kapsadığını kabul etmektedir.¹¹³

Mülga CMUK'ta 3842 sayılı Yasa'yla getirilen ve 5271 sayılı CMK ile güçlendirilmek istenen zorunlu müdafilik sisteminin varlık sebeplerinden biri de bu pozitif ödevi yerine getirmektir. CMK, şüpheli veya sanığın soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya daha fazla müdafiinin yardımından yararlanabileceğini (md. 149), alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezası gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda ise, şüpheli veya sanığın istemi aranmaksızın müdafi aranacağı belirtilmiştir (md. 150 (3)).

İlkeler Bütünü avukat yardımından yararlanma hakkı (ilke 17) ile avukatla iletişimde bulunma hakkını (ilke 18) ayrı hükümlerde düzenlemektedir. İlk kural uyarınca avukatla görüşme hakkının kullandırılmamasının Sözleşme'nin ihlali anlamına geldiğine şüphe bulunmamaktadır.¹¹⁴

Öte yandan iletişimde bulunma hakkı, kişiye, avukatıyla ilk iletişim dışında da görüşebilmek için yeterli zamanın ve kolaylığın sağlanmasını gerektirmektedir. (İlke 18 (2)). Kolluk kuvveti nezaretinde olan veya tutuklanan kişilerin avukata erişimi; avukatla temasa geçme ve avukat tarafından ziyaret edilme hakkının yanı sıra, söz konusu kişinin sorgulama sırasında avukatının bulunmasını isteme hakkını da içermektedir. Ayrıca avukatın, kişinin hastaneye nakli¹¹⁵ ve koşulları bulunması durumunda muayene sırasında hazır bulunmasının yanı sıra, yer gösterme, yüzleştirme, vb. usul işlemleri, kişinin birim değiştirmesi/başka şehre sevki gibi işlemler sırasında da, kişinin avukat talep etme hakkı olmalıdır.

Bunun için avukatla görüşme tam bir gizlilik içinde yürütülmeli, ka-

¹¹³ *Imbrioscia/İsviçre*, 24.11. 1993, Series A no. 275, para. 36

¹¹⁴ Örn. *Öcalan/Türkiye*, para. 131.

¹¹⁵ *İstanbul Protokolü*, para 122

mu görevlileri tarafından dinlenip, izlenmemelidir. Aksinin bir adil yargılanma ihlali olduğu şüphesizdir,¹¹⁶ ama bunun yanında bu güvence aynı zamanda işkencenin önlenmesi ve tespiti açısından da çok önemlidir. Şüphelinin avukatıyla kamu görevlilerinin duymayacağı bir ortamda görüşmesi¹¹⁷, işkence ve kötü muamele iddialarını avukata iletebilmesi açısından mutlak bir gerekliliktir. Ayrıca avukata erişim hakkı sadece sanıklar değil, karakolda bulunma veya karakolda kalma konusunda yasal yükümlülük altında olan herkes için örneğin bir şahit için de geçerlidir.¹¹⁸

CMK 149. maddeye göre şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafinin yardımından yararlanabilir. Soruşturma evresinde, ifade almada en çok üç avukat hazır bulunabilir. Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukukî yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz. Bunun yanında CMK 154. maddeye göre şüpheli veya sanık, vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duymayacağı bir ortamda görüşebilir.¹¹⁹ Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları denetim tâbi tutulamaz.

Seçilen veya görevlendirilen müdafii soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. Müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden

¹¹⁶ Öcalan/Türkiye, para. 133.

¹¹⁷ Bu konuda ayrıca bkz. Avukatların Rolüne Dair Temel İlkeler (Havana Kuralları), md. 8. 27 Ağustos - 7 Eylül 1990 tarihleri arasında Havana'da toplanan Suçların Önlenmesi ve Suçluların İslahı üzerine Sekizinci Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilmiştir

¹¹⁸ AlÖK 6. Genel Rapor, [CPT/Inf (92) 21], para. 15; 12. Genel Rapor, [CPT/Inf (2002) 15], para. 41.

CPT, adaletin korunması amacıyla, gözaltında bulunan kişinin kendi seçtiği avukata erişiminin, istisnai olarak belirli bir süre boyunca geciktirilebileceğini kabul etmektedir. Ancak bu durum, söz konusu dönem boyunca avukata erişim hakkından tamamen mahrum bırakılma sonucunu doğurmamalıdır. Bu tür durumlarda, polis yaptığı araştırmanın meşru çıkarlarına halel getirmeyeceğinden emin olunan başka bir bağımsız avukat bulunmalıdır.

¹¹⁹ Aynı yönde bkz. İfade, Gözaltı Yönetmeliği, md. 20

örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir. Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında, inceleme veya örneğini alma hakkı kısıtlanamaz. Müdafii, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir, bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir. (CMK 153. madde).

Görüşme, şüpheli veya sanıkların haklarını kullanıp kullanmadıklarının hukukî açıdan denetimini sağlamak bakımından da önemlidir. Örneğin, avukat yardımının gözaltı biriminin erişilebilen yerler, kayıtlar ve görüşülen kişiler bakımından sivil denetimi ve gözaltındaki kişi bakımından koruyucu ve duruma müdahale edici sonuçları da olması nedeniyle aynı zamanda işkence ve kötü muamele fiillerini önleyici işlevi de bulunmaktadır.

Avukata Erişim Hakkına Getirilen Sınırlamalar

Ulusal hukuk, avukata ulaşma hakkına ilişkin bazı sınırlandırmalar getirmiştir. Yukarıda açıklandığı gibi bu sınırlandırmaların **istisnaen** ve **ölçülü** bir şekilde uygulanması gereklidir.

Olağan yargılama usulüne ilişkin getirilen iki temel sınırlama; soruşturma evresinde en çok üç müdafii ile temsil edilme ve dosya içeriğinin incelenmesi veya belgelerden örnek alınmasına ilişkindir.

İlk sınırlandırmaya ilişkin olarak Yönetmeliğin 21. maddesinde “soruşturmaya geciktirmemek kaydıyla ve yakalanan kişi isterse, vekâletname aranmaksızın en çok üç müdafii ifadede hazır bulunabilir” düzenlemesi getirilmiştir. Bu düzenleme zaten CMK ile sınırlandırılmış bir alanı “soruşturmaya geciktirmeme” ve “yakalanan kişi isterse” şartlarını getirerek daha da sınırlandırmıştır. Ancak CMK’ye dayanarak çıkarılmış bir yönetmeliğin CMK’nın tanıdığı alanı daha da daraltması mümkün olmayacağından bu düzenleme aslında kanuna aykırıdır.

Terörle Mücadele Yasası'nın 10. maddesine 5532 sayılı Yasa'yla 2006 yılında getirilen sınırlandırmalar ise, hukuk devleti açısından daha sorunludur. Bu Yasaya tabi suçlar açısından şüpheli, gözaltı süresince yalnız bir müdafii hukukî yardımından yararlanabilir. Gözaltındaki şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmi dört saat süre ile kısıtlanabilir, ancak bu süre içerisinde ifade alınamaz.

Kişinin işkence tehdidinde en açık olduğu dönemde avukatla görüşmemesi ciddi bir tehlikedir. Magee vakasında¹²⁰ AİHM, başvurusunun 48 saat süreyle avukatıyla görüştürülmemesinin içinde bulunduğu ortamla da birleştirildiğinde başvurucuyu itirafa zorladığı sonucuna ulaşmıştır. Başvurucunun olaya ilişkin anlatımlarının ilk 24 saatin sonunda geldiği düşünüldüğünde¹²¹, TMK'daki değişikliğin de benzer bir tehdit ortamı yaratabileceği düşünülebilir.

Şüphelinin kolluk tarafından ifadesi alınırken, ancak bir müdafii hazır bulunabilir. Buna ek olarak, Ancak müdafii terör örgütü mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin bulgu veya belge elde edilmesi halinde, Cumhuriyet savcısının istemi ve hâkim kararıyla, bir görevli görüşmede hazır bulundurulabileceği gibi, bu kişilerin müdafiiine verdiği veya müdafiiince bu kişiye verilen belgeler hâkim tarafından incelenebilir. Hâkim, belgenin kısmen veya tamamen verilmesine veya verilmemesine karar verir.

Gerek Havana Kuralları, gerekse İlkeler Bütünü avukat-müvekkil görüşmesinin dinlenmemesi yönünde mutlak kurallar içermesine rağmen, Terörle Mücadele Yasası, hâkim kararıyla görüşmelerde görevli bulundurulabilmesini mümkün kılmıştır.¹²² Bu durum, adil yargılanma hakkı dışında, kötü muamele iddialarının açıklanması açısından da olumsuz etki yaratacaktır. BM İnsan Hakları Komitesi'nin yakın tarihli uygulaması bu sonucu desteklemektedir.¹²³

¹²⁰ Magee/Birleşik Krallık, no. 28135/95, 6.6.2000.

¹²¹ Magee/Birleşik Krallık, para. 45.

¹²² Bkz. Terörle Mücadele Yasası md. 10 (e).

¹²³ Ukrayna, ICCPR, A/57/40 vol. I (2002) 32, paras. 74(15); Azerbaycan, ICCPR, A/57/40 vol. I (2002) 47 at para. 11; Gürcistan, ICCPR, A/57/40 vol. I (2002) 53 at para. 78; İsrail, ICCPR, A/58/40 vol. I (2003) 64 para. 85(13)

Birleşik Krallık'ta çıkarılan 2000 tarihli Terörizm Kanunu'na göre sanığın avukatıyla görüşmesi, polise göre bu görüşme delillere müdahale edilmesine yol açacak veya diğer şüphelilerin uyarılmasına neden olacaksa, 48 saate kadar engellenebilmektedir. İHK'ye göre aynı amaca daha az sınırlayıcı yöntemlerle ulaşmak mümkün hükümetin bu müdahaleyi meşru göstermesi mümkün değildir.¹²⁴ İşkence Özel Raportörü'ne göre kişinin avukatıyla görüşmesinin sakıncalı olduğunun kabul edildiği çok istisnai durumlarda bile en azından Baro tarafından atanacak bağımsız bir avukatla görüşmesine olanak sağlanmalıdır.¹²⁵

Bu konuda, TMY'deki değişiklikler sonrası Türkiye'yi ziyaret eden BM Keyfi Gözaltı Çalışma Grubu'nun 20 Ekim 2006 tarihli Türkiye ile ilgili basın açıklaması hatırlatılmalıdır. Grubun, Türkiye'yi ziyaret eden üyelerine göre "1991 yılında çıkarılan Terörle Mücadele Yasası'nda yapılan ve Haziran 2006'da yürürlüğe giren değişikliklere istinaden, terör suçlarında uzmanlaşmış özel ağır ceza mahkemeleri neredeyse sistematik olarak, bazen altı ayı aşan sürelerle gizlilik kararları almak suretiyle, sanık avukatlarının dava dosyadaki delilleri incelemelerine engel olmaktadır."¹²⁶

BM Keyfi Alıkoymalara Karşı Çalışma Grubu ayrıca, terörizm davalarının yapısının diğer davalara göre daha karmaşık (ki Hükümet, tutukluluk süresinin uzunluğunu meşrulaştırmak üzere bu argümanı ileri sürmektedir) ve ağır hapis cezaları öngörülmüş olması nedeniyle avukat sınırlamasına ilişkin düzenlemenin, savunma hakkına ağır bir müdahale oluşturma riskine dikkat çekmektedir.¹²⁷

Avukat yardımının etkili ve gerektiği biçimde sunulmasının işkencenin belgelenmesi, alenileştirilmesi ve kişinin işkenceden korun-

¹²⁴ Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda, ICCPR, A/57/40 vol. I (2002) 36 at para. 75(19).

¹²⁵ İşkence Özel Raportörünün Genel Tavsiyeleri, E/CN.4/2003/68, para. 26 (g).

¹²⁶ BIANET, 30.10.2006

¹²⁷ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 7 Şubat 2007 tarihinde kabul edilen BM Keyfi Alıkoymalar Çalışma Grubu raporu, A/HRC/4/40/Add.5, para. 73.

ması konusunda oldukça önemli bir işlevi vardır. Özellikle işkencenin etkin ve doğru bir biçimde belgelenmesi konusunda İstanbul Protokolü'nün öngördüğü görüşme tekniklerinin¹²⁸ uygulanması halinde, avukat görüşmesinin, işkencenin cezasız bırakılmasının önüne geçilmesinde de etkili olduğu görülmektedir.

iii. Hekime Erişim Hakkı

Bu konu aşağıda III. Bölümde ayrıntılı olarak incelenecektir.

iv. Yakınlarına Haber Verme Hakkı

Yakalanan kişinin yakınlarına veya istediği bir kişiye yakalandığını haber verme hakkı, işkence yasağının ve adil yargılanma hakkının gerektirdiği bütün hakların kullanımını sağlamak, teminat altına almak ve harekete geçirmek bakımından son derece önemli ve özen gösterilmesi gereken bir haktır. Ancak bu hakkın amacına ulaşabilmesi için haber vermenin, gözaltı süresi içerisinde herhangi bir zamanda değil “derhâl” yapılması gerekir.

İlkeler Bütünü İlke 16, “Tutulan veya hapsedilen bir kimse, gözaltına alınmasından ve tutulduğu veya hapsedildiği yerden başka bir yere nakledilmesinden hemen sonra gözaltına alınmasını, tutulmasını veya hapsedilmesini ve naklini ve nezarete tutulduğu yeri aile üyelerine veya kendisinin tercih ettiği başka uygun kişilere bildirme veya yetkili makamların bildirmesini isteme hakkına sahiptir” demektedir. İşkence Özel Raportörü, kişinin bir yakınının her halükârda 18 saat içerisinde yakalama işleminden ve kişinin tutulduğu yerden haberdar edilmesini tavsiye etmektedir.¹²⁹

Raportör'ün İlkeler Bütünü'nde sayılan sınırlarıcı unsurların hiçbirini dikkate almaksızın mutlak bir bildirim zorunluluğunu kabul etmesi yerindedir. İnsan Hakları Komisyonu ve İşkenceye Karşı Komite da bu hakkı, şartsız olarak tanımlamaktadır. Komisyona göre, gözaltına alınan kişi hemen bir yakınına gözaltında tutulduğu

yer hakkında bilgilendirme imkânına sahip olmalıdır.¹³⁰ Benzer bir yaklaşım Komite tarafından da benimsenmiştir.¹³¹ Bu gelişmeler karşısında artık makul şartlar ve sınırlar ifadesinin uluslararası hukuk açısından anlamının bulunmadığı ileri sürülebilir.

Kişinin yakınıyla görüşme hakkı hem işkenceye karşı bir güvencedir, hem de iletişim yokluğu nedeniyle gerek kişi, gerekse yakınları açısından yoğun bir endişe kaynağıdır.¹³² Bu nedenle yakınlarına ulaşma hakkı aynı zamanda özel hayat ve aile hayatıyla ilişkilidir.¹³³

T.C. Anayasası'nın 19. maddesi de, uluslararası hukuktaki eğilimle uyumlu bir şekilde işkenceye karşı mücadelede etkili bir araç olan ve hiçbir istisnaya yer vermeyen, yakalama veya tutuklama işleminin yakalanan veya tutuklanan kişilerin yakınlarına derhâl bildirilmesi kuralını benimsenmiştir.

CMK'nin 95. maddesinde, şüpheli veya sanık yakalandığında, gözaltına alındığında veya gözaltı süresi uzatıldığında, Cumhuriyet savcısının emriyle bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmesizin haber verileceği düzenlenmiştir. Yakalanan veya gözaltına alınan kişinin yabancı olması ve yazılı olarak karşı çıkmaması halinde, durumu, vatandaşı olduğu devletin konsolosluğuna bildirilir.¹³⁴ Yakınlara haber vermenin nasıl yapılacağı YGİY'nin 8. maddesinde düzenlenmiştir.

Terörle Mücadele Kanunu'nun 10/a maddesine göre ise soruşturmanın amacı tehlikeye düşebilecek ise, yakalanan kişinin durumu hakkında Cumhuriyet savcısının emriyle, sadece bir yakınına bilgi verilir denilmektedir. Bu kuralın yukarıdaki açıklamalar ışığında dar yorumlanması ve istisnai olması gerekmektedir.

¹³⁰ Ukrayna, ICCPR, A/57/40 vol. I (2002) 32, para. 74(15)

¹³¹ Endonezya, CAT, A/57/44 (2002) 22, para. 44.

¹³² McVeigh ve Diğerleri/Birleşik Krallık, no. 8022/77, 8025/77 and 8027/77, Komisyon raporu, 18.3.1981, Decisions and Reports 25, p. 15.

¹³³ Sanı ve Çolak/Türkiye davasında 7 gün süreyle aile ile iletişim kurmadan gözaltında tutulmanın 8. maddeyi ihlal ettiğine karar verilmiştir. 42596/98, 42603/98, 04.04.2006.

¹³⁴ Aynı şekilde YGİY 6(5). Madde.

¹²⁸ İstanbul Protokolü, Bölüm IV

¹²⁹ İşkence Özel Raportörünün Genel Tavsiyeleri, E/CN.4/2003/68, para. 26 (g)

v. Yargıç Güvencesi

Yargıç güvencesi, özgürlüğü kısıtlanan kişinin güvenceleri arasında kronolojik olarak en sonuncusu, ama belki de en önemlisidir. Özgürlüğü kısıtlanan kişinin yargıç önüne çıkarılması, anayasallaşma sürecinin en önemli kazanımlarından biridir.¹³⁵ *Habeas corpus* ilkesi, bir yandan özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiye, tutulma önleminin hukukiliğini denetlettirme olanağı sunarken, bir yandan da yargıcın tutulan kişinin sağ olup olmadığını, işkence veya kötü muameleye maruz kalıp kalmadığını denetleme olanağı verir.¹³⁶ AIHM, bu ikili fonksiyonu şu şekilde açıklamaktadır:

“Mahkeme 5. maddenin Sözleşme sistemi içerisindeki önemini vurgulamakla yetinecektir: Madde temel bir insan hakkını, yani kişinin kişi özgürlüğü hakkına Devletin keyfi şekilde müdahalelerine karşı korunmasını kabul etmektedir. Yürütmenin müdahalelerinin yargısal kontrolü, keyfiliği en aza indirmeyi ve ‘demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olan ... Sözleşme’nin Giriş’inde açıkça değinilen’ hukukun üstünlüğünü güvenceye almayı amaçlayan 5. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen güvencenin temel bir özelliğidir. (bkz, örneğin, Sakık ve Diğerleri kararı, s. 2623-24, para. 44) Bunun da ötesinde, sadece zamanında gerçekleştirilen yargısal müdahale, Bay Dikme’nin iddia ettiği gibi (bkz. Yukarıda paragraf 69 özellikle kendilerinde itiraf alabilmek için bir araç olarak kullanılan, tutulan kişilere uygulanması tehlikesi bulunan ciddi tipteki kötü muamelelerin tespiti ve engellenmesini sağlayabilir.”¹³⁷

Bunun içindir ki uluslararası insan hakları hukuku *habeas corpus* hakkını açıkça düzenlemenin yanında, bu hakkın mutlak bir hak olduğunu ortaya koymaktadır. MSHS’nin 9. maddesinin 4. fıkrasına göre “yakalanma ya da tutuklanma yoluyla özgürlüğünden

¹³⁵ *Habeas corpus* ilkesinin ilk kullanımı 13. yüzyıla kadar götürülmektedir.

¹³⁶ Amerika İnsan Hakları Komisyonu’nun değerlendirmesi için bkz. Inter-American Commission on Human Rights, Advisory opinion request, quoted in Inter-American Court of Human Rights, *Habeas Corpus in Emergency Situations*, Advisory Opinion OC-8/87 of 30.1.1987, para. 12.

¹³⁷ Dikme/Türkiye, para. 66

yoksun bırakılan herkesin, mahkemenin gecikmeksizin tutuklamanın yasalılığı konusunda karar vermesini ve yakalamanın yasal olmaması halinde, saliverilmesini kararlaştırması için mahkemeye başvurma hakkı vardır.” Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 5. maddesinin 3. fıkrasına göre de tutulan kişinin hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılma hakkı vardır. 4. fıkra yine yakalama veya tutuklu durumda bulunma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkesin, özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahip olduğunu belirtmektedir.

Yukarıda açıklandığı gibi yargıca ulaşma hakkı, işkence ve kötü muameleye sağladığı güvence nedeniyle mutlak bir hak olarak kabul edilmekte, olağanüstü hallerde bile kısıtlanmasının uluslararası hukuka aykırı olduğu düşünülmektedir.¹³⁸ Anayasamızda düzenlenen gözaltı süresinin olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabileceğine ilişkin 19. maddesini de bu doğrultuda okumak gerekir. Aksoy ve Demir kararları, diğer usul güvencelerinin kaldırıldığı bir ortamda *habeas corpus* hakkının da askıya alınmayacağına açıkça ortaya koymuştur.¹³⁹

CMK madde 91 (3), uluslararası ölçütlere uygun olarak en fazla 4 güne kadar gözaltı süresine izin vermektedir. Ancak, toplu suçlarda bile istisnailik ilkesi uyarınca gerekli olmadığı takdirde en kısa süre içerisinde yargıç önüne çıkartılması gerekir. Olağanüstü hal bölgesinde 250. madde kapsamına giren suçlarda 7 güne kadar gözaltı süresinin uzatılması ise (CMK md. 251 (5)), ancak gerekli uluslararası bildirimlerin yapılması ve diğer güvencelerin etkili bir şekilde uygulanması halinde bu ölçütlere uygun olacaktır.¹⁴⁰

¹³⁸ Bkz. Yukarıda 82-86 notlar ve bağlı metin.

¹³⁹ Aksoy/Türkiye, 18.12.1996, para. 67-84; Demir ve Diğerleri/ Türkiye, RJD 1998-VI, 23.9.1998; Elçi ve Diğerleri/Türkiye, 13.11.2003, no. 23145/93 and 25091/94, para. 684.

¹⁴⁰ Bu şartlar yerine getirilmeksizin, sadece terörist suç tanımlamasının 5-6 günlük gözaltı uygulamalarını AIHS’ye uygun hale getirmeyeceğine ilişkin bkz. Dilsiz ve Diğerleri/Türkiye,

Yargıç güvencesi şüphesiz yüzeysel bir güvence değildir. Hem tutulmanın hukukiliği¹⁴¹, hem de kötü muamele ihtimali mümkün olduğu ölçüde derinlemesine incelenmelidir. Yargıç önüne çıkarılmanın, işkencenin saptanması açısından etkili bir şekilde işleyebilmesi için şüpheliyi gören yargıcın şikâyet olsun-olmasın¹⁴² işkence ve kötü muameleye ilişkin emareler konusunda dikkatli olması gerekir. Yargıçlar, şüphelinin fiziki durumundan, hal ve davranışından sonuç çıkarabileceği gibi, kolluk güçlerinin davranışları da bu anlamda ipucu verebilir. Yargıç bu yönde bir şüpheye sahipse alıkonulan kişi mutlaka doktor kontrolünden geçirilmelidir.

c. Önleme Yakalaması

Kamu emniyeti ve kamu düzeninin korunması için gerekli olan hallerde, suç işlenmiş olmasa bile, jandarma veya polis, muhafaza altına alma gibi özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikte tedbirler alabilir.

Jandarma veya polisin idari görevleri arasında, 'toplumu tehdit eden tehlikeleri önlemek amacı ile bireylerin özgürlüklerini kısıtlama' yetkisi de vardır.

Bu tür önleme yakalaması suç ile ilgili değildir. Jandarma veya polis bir kişiyi yakalayabilir, muhafaza altına alabilir veya zorla getirebilir.

Jandarma veya polis, başvuracağı 'polis tedbirleri' ile kişilerin özgürlüğünü ve mülkiyet haklarını kısıtlamak zorunda kalabilir. Bu kısıtlamanın da Anayasa'ya uygun olması gerekir. Anayasa'nın 19. maddesine göre "kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir

71844/01, 20.5.2008, para. 55. Benzer yakın kararlar için bkz. Mehmet Bilen/Türkiye, 5337/02, 8.4.2008; Hacı Zeki Uzun v. Turkey, no. 11564/02, 27.3.2008; Kılıçoğlu ve Diğerler/Türkiye, 50945/99, 12.2.2008.

¹⁴¹ Bu anlamda sadece yargıç önüne çıkarılmanın yeterli olmayacağı hakkında bkz. T.W./ Malta, no. 25644/94, 29.4.1999, para. 41.

¹⁴² 5. maddenin 3. fıkrası otomatik işlemesi nedeniyle şikâyet olmaksızın yargıcın bu inceleme-yi yapmasını mümkün kılar. Bkz. T.W./ Malta, para. 43.

kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi" için kişi özgürlüğü sınırlandırılabilir.

Bu tedbirler, ancak kamu yararının bunu zorunlu kıldığı hallerde uygulanabilir. Meselâ, gece yüksek sesle şarkı söyleyerek sükûnu bozmakta olan bir grup, jandarma veya polis tarafından susmaya davet edilip de daha yüksek sesle şarkıya devam ederlerse, sükûnun sağlanması amacıyla yakalanabilirler. Kamu düzeninin korunması için bu tür bir gözaltına alma işlemi zorunludur. Ancak, kanunun açıkça düzenlemediği ve bu şekilde müsaade etmediği hallerde, kolluk kişi hak ve özgürlüklerini kısıtlayamaz.

d. Muhafaza altına alma

"Muhafaza altına alma" önleme amaçlı yakalamanın sonucu olarak, adli yakalamanın ardından gerçekleşen "gözaltının" bir başka şeklidir. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nde muhafaza altına alma şu şekilde tanımlanmıştır:

"Muhafaza altına alma, Kanunun yetki verdiği hallerde yetkili merci önüne çıkarılması gereken kişilerin, ilgili kurumlar veya kişilerce teslim alınana kadar sağlıklarına zarar vermeyecek şekilde ve zorunlu olduğu ölçüde özgürlüklerinin kısıtlanıp alıkonulmasını" ifade eder.

Aynı Yönetmelik'te bu şekilde yakalanıp muhafaza altına alınabilecek kişiler de sayılmıştır. Buna göre bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslahı gereken kişiler; toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu tutkunu kişiler veya serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişiler kolluk tarafından yakalanarak, muhafaza altına alınabilirler. Haklarında tedbir kararı verilmiş olan çocuklar ve usulüne aykırı şekilde ülkeye girenler ile TCK 18. maddeye göre geri verilecek kişiler de yakalanarak, muhafaza altına alınabilir¹⁴³.

¹⁴³ Aynı şekilde PVSK 13. madde.

e. Önleme Yakalaması ve Muhafaza Altına Almada Kişinin Güvenceleri

Yukarıda belirtilmiş olan usul güvencelerinin tümü ve sınırlandırılmaya ilişkin ilkeler önleme yakalaması için de aynen geçerlidir.

Jandarma veya polisin önleme görevi çerçevesinde başvurduğu tedbir olarak muhafaza altına alınan ve bu şekilde özgürlüğü kısıtlanan kişiye, muhafaza altına alınmasının sebebi derhâl yazılı olarak veya imkân bulunmaması halinde sözlü olarak açıklanmalı ve avukat yardımından da yararlanma hakkının bulunduğu hatırlatılmalıdır.¹⁴⁴

Muhafaza altına alınmak amacıyla kişinin yakalandığı, istediği kanunî yakınlarına derhâl bildirilir.¹⁴⁵

Yine muhafaza altına alınmak amacıyla yakalanan kişiye itiraz etme hakkı ve bu hakkı nasıl kullanılacağı derhâl bildirilir.¹⁴⁶

4. Özgürlüğünden Yoksun Bırakmanın Özel Bir Biçimi Olarak Orantısız Güç Kullanma Sorunu ve İstanbul Protokolü

İstanbul Protokolü işkence ve kötü muamele iddialarının soruşturulmasına ilişkin bir evrensel kurallar bütünü getirmektedir. Bununla birlikte, Protokol'ün her ülkenin özgül koşullarına uygun bir şekilde yorumlanması gerektiği de şüphesizdir. Bunun içindir ki, Protokol'de sıklıkla soruşturmayı yürütecek kişilerin yerel uygulamalar konusundaki bilgilerine atıfta bulunulmaktadır.¹⁴⁷

Bu özgül koşullar başvuru alan kötü muamele yöntemlerinde farklılıklara yol açabileceği gibi, kötü muameleye başvurulma ihtimali bulunan yer ve olaylarda da farklılıkların kaynağı olabilir. Son dönemde sayısı artan kolluğun orantısız güç kullanması iddiaları çerçevesinde İstanbul Protokolü'nün kullanımı, bu özgül koşula uyar-

¹⁴⁴ PVSK 13. madde; Yönetmelik 6(4)(10). madde

¹⁴⁵ Yönetmelik 8(3). madde

¹⁴⁶ Yönetmelik 6(10); PVSK 13. madde

¹⁴⁷ Bkz. İstanbul Protokolü Bölüm IV.

lama açısından iyi bir örnektir. Konuya ilişkin istatistiklerin benzer şikâyetlerin çok yoğun olduğunu göstermesi bir yana, Türkiye'den giden başvurulara ilişkin AİHM kararları, bu konularda da ulusal kararlarla uluslararası standartlar arasında çelişkiler olduğunu ortaya koymaktadır. Bunun en önemli sebeplerinden biri, şikâyetlere ilişkin uygun raporlama ve belgeleme yapılmamasıdır.

Bu nedenle, El Kitabı'nda genel olarak işkence ve kötü muamelelerin soruşturulması konusunda verilen bilginin yanında, yakalama ve toplumsal olaylara müdahale sırasında kullanılan güç kullanımının hukuksal değerlendirmesinin yapılması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır.

a. Orantısız Güç Kullanma İddialarında Artış

Türkiye'de güvenlik güçlerinin, özellikle toplumsal olaylarda orantısız güç kullandığı sıklıkla dile getirilen şikâyetlerdendir. Sorun son iki yıl içerisinde İstanbul'da meydana gelen 1 Mayıs olayları ile güncellik kazanmış olmakla birlikte¹⁴⁸, istatistiklerin gösterdiği gibi güvenlik güçleriyle vatandaşlar giderek daha sık bir şekilde karşı karşıya gelmekte, orantısız güç kullanıldığı iddialarına rağmen, bu kapsamda verilen kararlarda önemli bir artış gözlenmemekle birlikte, güvenlik güçlerine direnme suçundan mahkûmiyet sayısı hızla artmaktadır.

Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü rakamlarına göre, Türk Ceza Kanunu'nun 265. maddesinde düzenlenen görevi yaptırmamak için direnme suçundan 2006 yılında toplam 11.959 dava sonuçlandırılmıştır. Bu davalarda toplam 10.207 kişi mahkûm olmuş, 4.133 beraat kararı verilmiş, diğer kararlarla birlikte 18.033 kişi

¹⁴⁸ İstanbul'daki son 1 Mayıs gösterilerinde polisin orantısız güç kullandığına dair iddialar medyada da yaygın bir şekilde yer bulmuştur. Örneğin bkz. Hürriyet, "Bulun Bu Polisleri", 1 Mayıs 2008, "Polisin Olaylar Ayrıca Basın Örgütlerini de Harekete Geçirmiştir. Gazeteciler Her İki Yılda Gerçekleşen Olaylarda Zor Durumda Kalmış, Türkiye Gazeteciler Cemiyeti ve Türkiye Gazeteciler Sendikası gazetecilere yapılan saldırıyı kınayan açıklamalar yapmıştır. Bianet, 3 Mayıs 2007, "Gazetecilerden 1 Mayıs Saldırısına Protesto", <http://www.bianet.org/bianet/kategori/bianet/95513/gazetecilerden-1-mayis-saldirisina-protesto>

hakkında karar verilmiştir.¹⁴⁹ Bu kararların kaçının güvenlik güçlerine, kaçının diğer kamu görevlilerine mukavemet nedeniyle verildiği açıklanmamakla birlikte, daha önce yapılan çalışmalar ışığında çoğu kararın bu kapsamda verildiğini tahmin etmek güç değildir.

Aynı yıla ilişkin güvenlik güçleri hakkında verilen kararlarla ilgili istatistikler de dikkat çekicidir. 2006 yılında, zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçuna ilişkin (256. madde) ilişkin 223 dava karara bağlanmış, anılan davalarda 116 mahkûmiyet ve 338 beraat kararı yanında diğer kararlarla birlikte toplam 520 kişi hakkında karar verilmiştir.¹⁵⁰

Direnme suçuna ilişkin mahkûmiyet/beraat oranı 2,46 iken bu oran zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçunda 0,34'tür. Bu durumda, ilk suça ilişkin olarak verilen mahkûmiyet/beraat kararlarının % 71'i mahkûmiyet şeklinde çıkarken, bu oran zor kullanma yetkisinin aşılması suçunda % 25'tir.

Yine aynı dönem içerisinde işkenceye ilişkin 94. maddeden verilen karar sayısı 141'dir. Bu kararlarda 79 mahkûmiyet, 147 beraat, toplam 362 kişi hakkında karar verilmiştir.¹⁵¹ Ağırlaştırılmış işkence ve eziyet suçlarına ilişkin verilen kararların yapısı da bu istatistiklerle uyum içerisinde:

Suç türü	Karar Sayısı	Mahkûmiyet	Beraat	Toplam
Görevi Yaptırmamak için Direnme (TCY 265)	11.959	10.207	4.133	18.033
Zor Kullanma Yetkisinin Aşılması (TCY 256)	233	116	338	520
İşkence (TCY 94)	141	79	147	362
Ağırlaştırılmış İşkence (TCY 95)	31	13	28	66
Eziyet (TCY 96)	57	35	34	93

2005 yılında 765 sayılı yasanın 258. maddesine göre verilen karar sayısının 6.119 ve mahkûmiyet sayısının 4.682 olduğu düşünüldüğünde¹⁵², görev yaptırmamak için direnme suçu nedeniyle açılan davalarda ciddi bir artış olduğu gözlemlenmektedir. Ama belki de daha önemlisi direnme nedeniyle açılan davalarda son 10 yılda yaşanan patlamadır. 1996 istatistiklerine göre 258. maddeden toplam 1.549 mahkûmiyet verilmişken, 2006 yılında bu rakam yaklaşık 7 kat artarak 10.207'e çıkmıştır. Aynı zaman dilimi içerisinde kötü muameleye ilişkin 245. maddeden verilen mahkûmiyet sayısında ise ciddi bir artış olmamıştır. 1996 yılında 245. maddeden 278 kişi mahkûm olurken, 337 kişi beraat etmiştir.¹⁵³ 2005 yılı istatistikleri bu suçtan mahkûmiyetlerin çok az bir artışla 364'e beraatların ise 824'e yükseldiğini göstermektedir.¹⁵⁴ 2006 yılında 256. maddeden verilen mahkûmiyet sayısı ise oldukça azdır: 116.

Şüphesiz bu tabloyu eldeki sınırlı veriyle yeterli şekilde açıklamak mümkün değildir. Bununla birlikte, bu tür vakalarda iddia sahiplerinin iddialarını kanıtlayabilmek için doğru belgeleme ve raporlamaya ihtiyaç duydukları da açıktır. 265. madde kapsamında açılan dava sayısının ve verilen mahkûmiyet kararlarının çokluğunda di-

¹⁴⁹ Kaynak için bkz. http://www.adli-sicil.gov.tr/ISTATISTIKLER/1996/ac_cik/2006%20ACILAN%20KARAR_CEZA/TCKKARAR_TÜR_2006_TÜM.pdf

¹⁵⁰ Aynı yerde.

¹⁵¹ Toplumsal olaylara müdahalelerde gündeme gelen diğer iki yasa 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Yasası ve Terörle Mücadele Yasası'dır. İlk yasaya ilişkin olarak, 654 olayda 397 mahkûmiyet, 2.222 beraat olmak üzere toplam 4.277 kişi hakkında karar verilmiştir. Aynı yıla ilişkin olarak Terörle Mücadele Kanunu kapsamında verilen 2.304 karardan, 609'u mahkûmiyet, 331'i beraat ve 3.036'sı diğer şeklindedir. Bkz. http://www.adli-sicil.gov.tr/ISTATISTIKLER/1996/ac_cik/2006%20ACILAN%20KARAR_CEZA/ÖZELKARAR_TÜR_2006_TÜR.pdf

¹⁵² Her ne kadar 765 sayılı yasanın 260. maddesi aynı suçun pasif halini düzenlemekte ise de bu kapsamda açılan dava sayısı da 1.361'dir. http://www.adli-sicil.gov.tr/ISTATISTIKLER/1996/ac_cik/ckkartur2005.htm

¹⁵³ http://www.adli-sicil.gov.tr/ISTATISTIKLER/1996/ac_cik/96karar.htm

¹⁵⁴ http://www.adli-sicil.gov.tr/ISTATISTIKLER/1996/ac_cik/ckkartur2005.htm

ğer etkenler yanında, güvenlik güçlerinin belgeleme imkânının da daha fazla olduğunu göz ardı etmemek gerekir.

Oysa toplumsal olaylara yapılan müdahaleler bir yandan Anayasa'da korunan toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına müdahale niteliğini taşımakta¹⁵⁵, öte yandan şartları olduğu takdirde işkence ve kötü muamele yasağı açısından da ciddi bir tehdit oluşturmaktadır. Bu kapsamda açılan soruşturmanın İstanbul Protokolü'ne uygun ve işkence-kötü muamele ihtimalini dikkate alarak yürütülmesi gerekmektedir.

b. İşkence-Kötü Muamele ve Zor Kullanma Yetkisinin Aşılması Kavramları

i. İnsan Hakları Hukuku

Güvenlik güçlerinin orantısız güç kullandığı iddiası yakalama ile toplantı ve gösterilerin dağıtılması sırasından gündeme gelmektedir. Öncelikle bu müdahalenin işkence-kötü muamele kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tartışılması gerekir.

Aşağıda görüleceği gibi insan hakları hukuku açısından bu konuda tereddüde yer yoktur. Gerçekten de, AİHM kolluğun orantısız güç kullandığı iddia edilen birçok vakada Sözleşme'nin işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muameleyi yasaklayan 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkemeye göre:

“Özgürlüğünden mahrum edilen bir kişiye ilişkin olarak, kişinin kendi davranışı nedeniyle kesin bir zorunluluk olarak başvuru dışındaki her türlü fiziksel güç kullanımı insan onurunu zedeler ve kural olarak 3. maddede korunan hakkın ihlaline sebep olur.”¹⁵⁶

¹⁵⁵ Örneğin bkz. Oya Ataman/Türkiye, no. 74552/01, 5.12.2006.

¹⁵⁶ Ribitsch/Avusturya, 4.12.1995, Series A no. 336, para. 38; Satk ve Diğerleri/Türkiye, no. 31866/96, 10.10.2000, para. 54; Nevruz Koç/Türkiye, para. 44; Soner ve Diğerleri/Türkiye, no. 40986/98, 27.4.2006, para. 40; Güler/Türkiye, no. 49391/99, 10.01.2006, para. 41; Güzel Şahin ve Diğerleri/Türkiye, no. 68263/01, 21.12.2006, para. 46.

Polisin, yasadışı gösteri yapanları dağıtmak için aşırı güç kullandığı ve başvuruçunun bir parmağının kırıldığı, vücudunun çeşitli yerlerinde ekimoz ve ezilmelerin olduğu Güler/Türkiye vakasında Mahkeme, yasadışı bir toplantıyı dağıtmanın bu derece uygun ve şiddetli bir güç kullanımını mazur gösteremeyeceğini saptamıştır.¹⁵⁷

Direnç gösterdiği iddia edilen kişinin çok sayıda ve ağır yaralandığı bir durumda, bu iddiada bulunan güvenlik görevlilerinin ilgilinin silahlı, tehlikeli veya saldırgan olduğunu da ortaya koyması gerekir. Bu nedenle mahkemeler, yaralanmaların ciddiyetini ve meydana geldiği ortamı dikkate almalıdır.¹⁵⁸ Bunun yanında mukavemet olduğu söylenen durumda, her iki tarafın sağlık durumunun karşılaştırılması gerektiği de açıktır.¹⁵⁹

Türkiye'ye karşı açılan davaların birçoğunda, Sözleşme'nin 3. ve 13. maddelerinde öngörülen tarzda bir inceleme yapılmadığı için usule ilişkin ödevlerin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.¹⁶⁰ İstanbul Protokolü'ne uygun şekilde yapılacak inceleme, sadece işkence ve kötü muamelenin varlığını değil aynı zamanda olmadığını saptamak açısından da hayati önemdedir.¹⁶¹ Her ne kadar özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin, özellikle hapisanede, şiddete başvurma ve itaatsizlik yapma ihtimali yüksekse de, bu gibi durumlarda güç kullanılması halinde sorumluluğun tespit edilebilmesi için

¹⁵⁷ Güler/Türkiye, no. 49391/99, 10.01.2006, para. 46. Aynı yönde bkz. Güzel Şahin ve Diğerleri/Türkiye, no. 68263/01, 21.12.2006, para. 52.

¹⁵⁸ Bkz. öm. R.L. ve M.-J.D./Fransa, no. 44568/98, 19.5.2004, para. 68; Zülcihan Şahin ve Diğerleri/Türkiye, no. 53147/99, 3.2.2005, para. 51; Güzel Şahin ve Diğerleri/Türkiye, no. 68263/01, 21.12.2006, para. 50.

¹⁵⁹ Zelifof/Yunanistan, no. 17060/03, 24.5.2007, para. 50

¹⁶⁰ Uslu/Türkiye, no. 33168/03, 12.4.2007; Satk ve Diğerleri/Türkiye; Soner ve Diğerleri/Türkiye; Güven ve Diğerleri/Türkiye, no. 68694/01, 12.4.2007.

¹⁶¹ Nevruz Koç vakasında, hükümet başvuruçuya yakalanması sırasında gösterdiği direnç nedeniyle maddi güç kullanıldığını belirtmiş ancak başvuruçunun giriş muayenesinin yapılmamasıdır. AİHM, yakalananın güç kullanılarak yapıldığı durumlarda giriş muayenesinin yapılmasının önemine vurgu yapmıştır. Nevruz Koç/Türkiye, no. 18207/03, 12.6.2007, para. 44. Benzer şekilde bkz. Yavuz/Türkiye, 67137/01, 10.1.2006, para. 40; Soner ve Diğerleri, para. 44.

bağımsız bir gözlemin yapılması çok önemlidir.¹⁶² AİHM önünde incelenen orantısız güç davalarının çoğunda yeterli tıbbi inceleme yapılmaması veya çelişkili raporların bulunması¹⁶³ nedeniyle ihlal sonucuna ulaşmaktadır.

Hatırlatmak gerekir ki, yakalama sonrasında kişi hükümetin kontrolünde olacağı için yakalama öncesi sağlıklı olan bir kişinin daha sonrasında sağlığının bozulmasının açıklama ve kanıtlama yükümlülüğü başvuruca değil devlettir.¹⁶⁴ Hükümet, kişinin kontrolü altında bulunduğu döneme ilişkin makul ve ikna edici bir açıklama getirmek zorundadır.¹⁶⁵ Özellikle, hükümetin ortaya koyduğu direnç senaryosu başvurunun sağlığındaki bozulmayı açıklamaya yeterli değilse, Devletin soruşturma yükümlülüğü daha da ağırlaşmaktadır.¹⁶⁶

İspat yükünün devlette olduğu tek durum, kişinin gözaltında olması durumu değildir. Güvenlik güçlerinin kişi üzerinde kontrol kurduğu diğer durumlarda da ispat yükü hükümete düşmektedir.¹⁶⁷

Hatta önceden planlanmış ve ciddi bir direnç olmaksızın gerçekleştirilen yakalama vakalarında da ortaya çıkan fiziksel yaralanmaların hükümet tarafından açıklanması gerekir. Rehbock/Slovenya davasında AİHM, önceden planlanan, 13 polis memuru tarafından gerçekleştirilen ve ciddi tehdit göstermeyen 3 kişinin yakalan-

¹⁶² Satık ve Diğerleri, para. 58.

¹⁶³ Örneğin hükümetin başvurunun vücudunda meydana gelen yaralanmaları yakalama sırasında kullanılan orantılı gücün sonucu olarak gösterdiği Uslu vakasında, Mahkeme daha sonra verilen raporda ortaya çıkan yaralanmaların bu şekilde açıklanamayacağı sonucuna ulaşmıştır. Uslu/Türkiye, no. 33168/03, 12.4.2007, para. 37.

¹⁶⁴ Selmouni/Fransa [BD], no. 25803/94, ECHR 1999-V, para. 87; Aksoy/Türkiye, 18.12.1996, RJD 1996-VI, para. 62; Tomasi/Fransa, 27.8.1992, Series A no. 241-A, para. 108-111; Ribitsch/Avusturya, 4.12.1995, Series A no. 336, para. 34.

¹⁶⁵ Salman/Türkiye, no. 21986/93, ECHR 2000-VII, para. 100.

¹⁶⁶ Soner ve Diğerleri davasında Mahkeme, hükümetin direnç karşısında güç kullanma iddiasını değerlendirmiş, bu iddia doğru kabul edilse bile yakalamadan 8 gün sonra verilen adli tıp raporunda belirtilen yaralanmaların ciddi tehdit içermeyen iki kişinin yakalanması sırasında kullanılacak orantılı bir güçle açıklanamayacağını belirtmiştir. Soner ve Diğerleri, para. 44.

¹⁶⁷ Bursuc/Romanya, no. 42066/98, 12.10.2004, para. 80; Corsacov/Moldova, no. 18944/02, 4.4.2006, para. 55; Matko/Slovenya, no. 43393/98, 2.11.2006, para. 99.

ması sırasında başvurunun çenesinin kırılmasında kullanılan gücün aşırı olmadığını makul bir şekilde açıklamak zorunda olduğunu belirtmiştir.¹⁶⁸ Mahkeme benzer bir uygulamayı Türkiye'ye karşı yapılan başvurularda da uygulamaktadır.¹⁶⁹

ii. Ceza Hukuku

Sadece bu durum bile aslında zor kullanma yetkisinin aşılması iddiaları karşısında doğru belgeleme yapılabilmesi için işkence iddialarında yürütülen yöntemlerin uygulanmasını gerekli kılmaktadır. Ancak bunun da ötesinde, ilk başta zor kullanma yetkisinin aşılması olarak nitelenen bir davranışın ceza hukuku açısından da eziyet ve hatta işkence olarak nitelendirilmesi ihtimali bulunmaktadır.

İşkencenin uluslararası hukuktaki tanımı İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 1. maddesinde, iç hukuktaki tanımı ise Türk Ceza Yasası'nın 94. maddesinde verilmektedir. İşkence Sözleşmesi, eylemin işkence sayılması için eylemin kamu görevlisi ya da resmi sıfatla hareket eden bir başka kimse tarafından bizzat yahut bu kimsele- rin teşviki ya da rızası yahut da bu eylemi onaylaması suretiyle yapılmasını ve maddede sayılan özel kasıt unsurlarından birini gerçekleştirmek için yapılmış olmasını şart koşmaktadır. Yeni Türk Ceza Yasası, bu özel kast unsurunu aramamaktadır:

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

Genelde bu derece ağır bir ızdırabın ancak kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı yerlerde gerçekleştirilebileceği gibi bir önyargı bulunmaktadır. Bununla birlikte, Birleşmiş Milletler İşkence Özel Raportörü Manfred Nowak'ın da belirttiği gibi “İKK'nin 1. ve 16.

¹⁶⁸ Rehbock/Slovenya, no. 29462/95, 28.11.2000, para. 72. Aynı yönde bkz. Soner ve Diğerleri, para. 41.

¹⁶⁹ Bkz. örn. Balçık ve Diğerleri/Türkiye, no. 2502, 29.11.2007, para. 31.

maddelerinin hazırlık çalışmalarına ilişkin bütünlükçü bir inceleme ve her iki hükmün İşkenceye Karşı Komite uygulaması ışığında sistematik bir yorumu, işkenceyi zalimane, insanlıkdışı ve aşağılayıcı muameleden ayıran kesin ölçütün, en iyi olarak çekilen acı veya ızdırabın yoğunluğu değil, davranışın amacı ve mağdurun çaresizliği olarak anlaşılabilirliği sonucuna götürmektedir.”¹⁷⁰

Kişi özgürlüğünün sınırlandırılmasını da sadece kapatma eylemiyle sınırlandırmamak gerekir. Anayasa Mahkemesi’ne göre “Anayasa’nın 19. maddesinde ifadesini bulan kişi özgürlüğü kavramı, kişiye dilediği gibi karar verip hareket edebilme olanağı sağlayan kurumlaşmamış özgürlükler alanını kapsamaktadır.”¹⁷¹ CMY’ye göre de kişi özgürlüğünün kısıtlandığı an, yakalama anından itibaren başlar.¹⁷²

Bir başka deyişle bir davranışın işkence olarak nitelenmesi için klasik bir kapatma mekânında yoğun işkence yöntemleri uygulanarak gerçekleştirilmesine gerek yoktur. Bir kişi açık havada, onlarca güvenlik görevlisinin arasında da kendisini çaresiz hissedebilir. Aynı şekilde, kapatma mekânında kontrol edileceklerini hatta işkence suçlamasıyla karşılaşabileceklerini düşünen güvenlik görevlisi(leri) kişiyi dışarıda cezalandırmaya karar verebilirler.

Şüphesiz, bu anlatım polisin her yakalama yaptığında veya toplumsal olaya müdahale ettiğinde bu şekilde davranacağı anlamına gelmez. Ancak, kolluğun toplumsal olaylara sıklıkla müdahale ettiği ortamlarda, soruşturmanın bu ihtimali de gözeterik yapılması gerekir. Devletin işkenceyi etkili soruşturma yönündeki pozitif (usuli) ödevi bu yönde bir araştırmayı zorunlu kılmaktadır. AİHS’nin 3. maddesini ihlal eden bir davranış, bu davranışa uygun bir cezai yaptırıma tabi kılınmalıdır.¹⁷³

¹⁷⁰ Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Manfred Nowak, UN Doc. E/CN.4/2006/6 (23 December 2005), para. 39.

¹⁷¹ Anayasa Mahkemesi’nin 26.11.1986 gün ve E. 1985/8, K. 1986/27 K. sayılı kararı

¹⁷² CMY, md. 91 (1).

¹⁷³ Okkalı/Türkiye, no. 52067/99, 17.10.2006, para. 78

Zor kullanma yetkisinin aşılması ve/veya orantısız güç kullanma kavramları bir *karşılıklılığı* içinde barındırır. Bu durumda, karşı taraf bir direnç göstermekte, kolluk ise mevzuatın kendisine verdiği yetkiden daha fazla güç kullanarak bu direnci kırmaktadır. Burada çaresizlik söz konusu olmadığı için işkenceden değil ama belki eziyet veya zor kullanma yetkisinin aşılması suçlarından söz edilebilir. Ancak bu direncin olmadığı veya kırıldığı durumlarda artık bu kavramlara başvurarak kolluğun eylemi açıklanamaz.¹⁷⁴ O halde üç farklı halde, zor kullanma yetkisinin aşılmasından bahsedilemez:

- Direnç olmamasına rağmen güç kullanma: Bu durum tamamen yasal dayanaktan yoksun müdahaleleri içerdiği gibi uygulaması mümkünken tüm kademeleri aşarak¹⁷⁵, doğrudan maddi güç kullanılan durumlar açısından da geçerli olabilir.
- Direnç kesin bir şekilde kırıldıktan sonra kullanılan fiziksel veya ruhsal baskı. Başta direnç gösterse bile kolluğun uyguladığı baskıya boyun eğdiği açıkça görülen kişilere uygulanacak muamelelerin de zor kullanma yetkisinin aşılması olarak tanımlanması mümkün değildir.¹⁷⁶ Bu durumdaki bir kişiye karakolda kötü muamele yapmakla, yolda, araçta vs. kötü muamelede bulunmak arasında bir fark yoktur.¹⁷⁷

¹⁷⁴ İşkence özel raportörü de orantılılık kavramının polis gücüne mukavemet devam ettiği sürece kullanılabilirliğini, mukavemet bittikten sonra bu kavrama başvurulamayacağını not etmektedir. Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Manfred Nowak, UN Doc. E/CN.4/2006/6 (23 December 2005), para. 38.

¹⁷⁵ Öm. Bkz. Rehbock/Slovenya. Polis Vazife ve Salahiyet Yasası’nın 16. maddesinin 2. fıkrasına göre zor kullanma yetkisinin, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve kademeli olarak kullanılacağını belirtmektedir. Yine aynı maddede zor kullanmadan önce zor kullanılacağı ihtarı yapılacağı belirtilmektedir. Şartlar gerektirmediği halde, bu kademeleri aşarak maddi güç kullanılması halinde ağırlığına göre eziyet veya işkence suçunun oluştuğu düşünülebilir. Aynı şekilde bkz. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Yasası, md. 24; Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Yönetmeliği, md. 87.

¹⁷⁶ Zülcihan Şahin ve Diğerleri vakasında, elleri kelepçeli şekilde Mahkemeye götürülen başvurucuların slogan atmasını ve zafer işareti yapmasını engellemek üzere maddi güç kullanılmış, bu müdahale sonrasında başvurucularda 10 günlük iş göremezlik raporu verilmesini gerektirecek düzeyde yaralanmalar meydana gelmiştir. Zülcihan Şahin ve Diğerleri/Türkiye, no. 53147/99, 3.2.2005, para. 49-54.

¹⁷⁷ Aynı yönde bkz. Turan Güzeloğlu (2008), Kolluğun Kuvvet ve Silah Kullanma Yetkisi,

- Direncin kırılacağı müdahale öncesi çok açıkken, yani müdahale edilecek kişiler tamamen kontrol altındayken yine de aşırı güç kullanılması durumu.¹⁷⁸ Birinci durumdan farklı olarak burada direnç vardır ama bu direncin kolayca aşılabacağı açıkça görülmesine rağmen ağır bir müdahale tercih edilmektedir. Örneğin 30 kişilik bir kolluk gücü barışçıl bir gösteri yapan ve tehlike oluşturduğuna dair hiçbir ibare bulunmayan bir kişiye şiddetle müdahale ettiğinde de bir karşılıklı olduğundan söz edilemez. AİHM, Matko/Slovenya davasında 10'u Özel Birim üyesi silahlı 15 güvenlik görevlisinin tek başına başvuruçuyu gözaltına alma sırasında uyguladığı maddi gücün 3. madde ihlali olmadığını hükümetin makul bir şekilde açıklaması gerektiğini belirtmiştir.¹⁷⁹

Karşılıklı olmayan bu durumlarda, kolluğun davranışının amacı ve mağdurların bulunduğu psikolojik durumun değerlendirilmesi suçun işkence olarak nitelenmesi sonucunu doğurabilecektir. Bu sonuca ulaşırken hukukçular sadece taraf ifadeleri ile yetinemezler. Gerekli bedensel ve ruhsal incelemeyi gecikmeksizin yaptırmaları sağlıklı bir sonuca ulaşmak için zorunludur.

c. Plan ve Kontrol Sorumluluğu-İcra Sorumluluğu

Toplumsal olaylara yapılacak müdahaleler çoğu halde yetkililerin önceden plan yapmasına olanak tanır. Bu bilgi, yapılacak toplantının önceden yasaya uygun olarak bildirilmesi, resmi bildirim olmasa bile toplantının yapılacağını açıklanması ya da istihbarat yoluyla haber alınması şeklinde elde edilebilir.¹⁸⁰ Toplumsal olayla yüz yüze

(Seçkin: Ankara), s. 26: "[g]österide yakalanan şüphelileri etkisiz hale getirdikten sonra karakola götürürken ve karakolda uygulanan güç sonucu yaralanmaları ise işkence suçunu oluşturabilecektir."

¹⁷⁸ Balçık/Türkiye vakasında, polis toplantı öncesinde toplantıdan haberdar olmuş, önlemlerini almıştır. Göstericilerin kamu barışını bozacak bir davranış içinde olmadıkları da açıktır. AİHM'ne göre bu şartlar altında güvenlik güçlerinin kullandığı maddi gücün bir açıklaması yapılamaz. Balçık ve Diğerleri/Türkiye, no. 2502, 29.11.2007, para. 32-33.

¹⁷⁹ Matko/Slovenya, no. 43393/98, 2.11. 2006, para. 102-104.

¹⁸⁰ Öm. Balçık ve Diğerleri/Türkiye, no. 2502, 29.11.2007, para. 32.

kalan kolluk gücü büyük ölçüde kendisine verilen bilgi ve komutlara uygun hareket edecektir. Her ne kadar böyle bir durumda dahi, kolluğun suç teşkil eden bir davranışta bulunması mümkün değilse de, önceden yanlış bilgilendirilmiş bulunan bir güvenlik görevlisinin karıştığı olayı doğru değerlendirememesini yadırgamamak gerekir. Örneğin barışçıl bir eylem yapan bir grup hakkında çok tehlikeli ve şiddete başvurabilecek bir grup biçiminde bilgilendirme yapılması halinde, görevdeki kolluğun çok daha gergin olması olasıdır. Bilindiği gibi AİHM, yaşam hakkına ilişkin başvurularda, ihlalin bir operasyonunun icra aşamasından kaynaklanabileceği gibi operasyonun planlama ve kontrol aşamalarından da kaynaklanabileceğini içtihat etmektedir.¹⁸¹ Operasyonlar, öldürücü silah kullanımını ve bu kullanımdan kaynaklanabilecek ölümleri mümkün olduğu ölçüde azaltacak şekilde planlanmalı ve kontrol edilmelidir.¹⁸² Operasyonu icra eden güvenlik güçleri içinde buldukları duruma uygun davranmış olsalar bile, onları zorunlu olmadığı halde öldürücü silah kullanmaya zorlayan unsur operasyonun planlamasıysa yine de devletin sorumluluğu gündeme gelecektir.

Toplumsal olaylara yapılan müdahalelerde de planlama ve kontrol çok farklı açılardan sorumluluğa yol açabilecektir. Örneğin, BM Kanun Adamlarının Zor ve Silah Kullanmalarına dair Temel İlkeler'in¹⁸³ 2. maddesine göre hükümetler güvenlik güçlerine kademeli güç kullanmak üzere farklı tipte silah ve mühimmat sağlamak zorundadırlar. PVSK da kademeli silah kullanılmasını öngörürken aynı ilkeyi dikkate almaktadır.

¹⁸¹ McCann ve Diğerleri/Birleşik Krallık, 27.9.1995, Series A no. 324, para. 148-150; Ergi/Türkiye, 28.7.1998, RJD 1998-IV, para. 79; Makaratzis/Yunanistan, no. 50385/99, ECHR 2004-XI, para. 59; Erdoğan ve Diğerleri/Türkiye, no. 19807/92, 25. 4.2006, para. 71.

¹⁸² McCann ve Diğerleri, para. 194; Ergi, para. 79; Anık ve Diğerleri/Türkiye, no. 63758/00, 5.6.2007, para. 54.

¹⁸³ Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials. 27 Ağustos - 7 Eylül 1990 tarihleri arasında Havana'da toplanan Suçların Önlenmesi ve Suçluların Islahı üzerine Sekizinci Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilen metnin Osman Doğru tarafından yapılan Türkçe çevirisine <http://aihm.anadolu.edu.tr/> adresinden ulaşılabilir.

Türk hukuk mevzuatı, kolluk operasyonlarında planlamanın nasıl yapılacağına ilişkin çeşitli hükümler içermektedir. Örneğin 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Yasası'nın 16. maddesine göre “[t]oplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda, zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gereçler müdahale eden kuvvetin amiri tarafından tayin ve tespit edilir” denilmektedir.

Benzer şekilde Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nin 38. maddesine göre “Toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda; zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gerecin seçimi öncelikle, kuvvetin başındaki komutana aittir. Bu konuda mülki amirin yetkileri saklıdır.” Aynı yönetmeliğin 41. maddesine göre de “Polis Vazife ve Salahiyet Kanununda gösterilen görevlerin yapılması ve yetkilerin kullanılması; İl Jandarma alay, ilçe jandarma bölük, bucak jandarma takım ve jandarma karakol komutanlarına aittir.” Bu durumda aşırı maddi güç kullanılması halinde, bu talimatı veren amirin sorumlu olacağı açıktır. 2911 Sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Yasası'nın 24. maddesine göre yasaya uygun olarak başlayan bir toplantıda yasaya aykırı durumlardan birinin vuku bulması halinde mülki amir tarafından görevlendirilen mahallin güvenlik amirlerinden biri “topluluğa Kanuna uyularak dağılmalarını, dağılmazlarsa zor kullanacağını ihtar eder.” Polis Çevik Kuvvet Yönetmeliği'nin 25. maddesine göre de “Dağıtma emri yetkili amir tarafından verilir.” Maddi güç araçlarıyla donatılmış çok sayıda çevik kuvvet elemanının az sayıda ve tehlike arz etmeyen eylemciyi dağıtması yönünde vereceği emir de bir planlama hatası olarak değerlendirilebilir.

Bu özel hükümler dışında, genel olarak da hiyerarşik üstler planlamadan sorumludur. Bir mülki amirin barışçıl bir eyleme “ne pahasına olursa olsun” izin verilmeyeceği yönünde yaptığı açıklama ve önlemler bütünü, ölçsüz maddi güç kullanımının nedeni olabilir.

Toplumsal olaylarda planlama kadar kontrol de önemlidir. Hem icranın planlamanın dışına çıkması halinde, hem de planlamanın öngörüldüğü şekilde yürütmemesi durumunda, orantısız güç kullanma riski gündeme gelebilir. Müdahalenin mülki amirin kontrolü altında yürütmesi gerekliliği Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Yasası'ndan da anlaşılabilir. Anılan yasanın 24. maddesine göre yasadışı toplantıya dönüşen gösteri hakkındaki gelişmeler “hükümet komiserince tutanaklarla tespit edilerek en kısa zamanda mahallin en büyük mülki amirine tevdi edilir.”

AIHM önünde sonuçlanan kimi vakalar, planlama ve kontrol sorumlularının gereği gibi hareket etmediğini açıkça ortaya koymaktadır. Gazi ve Ümraniye olaylarına ilişkin yapılan Şimşek ve Diğerleri/Türkiye davasında Mahkeme planlama ve kontrol yükümlülüğünü bir kez daha hatırlatmış ve operasyonu gerçekleştiren polis memurlarının vakum içerisinde hareket etmelerinin kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.¹⁸⁴ AIHM, Gazi ve Ümraniye olaylarında polisin panik ve baskı altında çok geniş bir hareket serbestliğinden yararlandığını ve insiyatif alıp güç kullandığını tespit etmiştir. Mahkemeye göre bunun nedenlerinden biri operasyon sırasında belirli, merkezi bir emir-komuta ilişkisinin olmamasıdır.¹⁸⁵ Olayların bu derece büyüdüğünü gören güvenlik güçlerinin göz yaşartıcı bomba, plastik mermi, tazikli su gibi araçları olay yerine ulaştırmamış olması da kontrol ödevi açısından kabul edilemez.¹⁸⁶

Güvenlik güçleri, ilk başta hazırlıksız yakalandıkları bir olayda da¹⁸⁷ zamanın geçmesiyle duruma vakıf olup, gerekli önlemleri alabilecek duruma gelebilirler. Bu durumda da hükümet, kullanılan

¹⁸⁴ Şimşek ve Diğerleri/Türkiye, no. 35072/97 ve 37194/97, 26.7.2005, para. 105.

¹⁸⁵ Şimşek ve Diğerleri, para. 110.

¹⁸⁶ Aynı yerde, para. 111.

¹⁸⁷ Tamamen hazırlıksız yakalanan bir olayda planlamanın yapılamaması bazı önlemlerin alınmasını zorlaştırabilir. Bkz. örn. Günaydın/Türkiye, no. 27526/95, 13.10.2005, para. 31.

gücün orantılı olduğunu planlama açısından açıklamak durumundadır.¹⁸⁸

Anlatılanlar ışığında güvenlik güçlerinin müdahalesinin işkence, eziyet veya zor kullanma yetkisinin aşılması suçlarından birini oluşturduğu iddiasının bulunduğu olaylarda, sadece müdahaleyi icra edenleri değil, aynı zamanda plan ve kontrol sorumluluğunu taşıyanları da içerecek bir soruşturma yürütülmesi bir zorunluluktur.

¹⁸⁸ Necdet Bulut/Türkiye, no. 77092, 20.11.2007, para. 25.

* Bu bölüm, Hülya Üçpınar tarafından derlenen ve Türkiye İnsan Hakları Vakfı tarafından yayına hazırlanan "Usul Güvenceleri Rehberi" isimli, henüz basılmamış kitabın "Hekime Erişim" isimli bölümü esas alınarak hazırlanmıştır.

III. TEMEL BİR GÜVENCE OLARAK HEKİME ERİŞİM HAKKI*

Tutulan veya hapsedilen bir kimsenin tutma yerine veya hapishaneye girişi yapıldıktan sonra mümkün olan en kısa sürede, tam ve doğru şekilde tıbbi muayenesi yapılır; bundan sonra da gerekli olduğu zaman tıbbi bakım ve tedavisi yapılır. Bu bakım ve tedavi ücretsiz verilir.¹⁸⁹

Alıkonulan kişilerin hekime erişim hakkı, işkence yasağının ana güvencelerinden biri olarak uluslararası hukukta ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi, Türkiye'nin de tarafı bulunduğu Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi de işkence yasağının olağanüstü hallerde bile askıya alınamayacağını düzenlemektedir. MSHS'nin denetim organı olan İnsan Hakları Komitesi, sınırlandırılması mümkün olmayan hakların güvencesi olan usuli hakların da askıya alınmaması gerektiğini belirtmektedir.¹⁹⁰

Birleşmiş Milletler İşkence Özel Raportörü, alıkonulan kişinin alıkonulma yerine kabul edilmesinden hemen sonra bağımsız bir tıbbi incelemeden geçirilmesinin işkence ve benzeri kötü muameleye karşı temel güvencelerden biri olduğunu belirtmektedir.¹⁹¹ İnsan Hakları Komitesi'ne göre, hekime erişim zorunlu bir hak olarak düzenlenmelidir.¹⁹² Bu nedenle, alıkonulan kişilerin bağımsız hekime ulaşma hakkı hiçbir gerekçeyle sınırlandırılmayacak temel bir hak olarak kabul edilmektedir.

* Bu bölüm, Hülya Üçpınar tarafından derlenen ve Türkiye İnsan Hakları Vakfı tarafından yayına hazırlanan "Usul Güvenceleri Rehberi" isimli, henüz basılmamış kitabın "Hekime Erişim" isimli bölümü esas alınarak hazırlanmıştır.

¹⁸⁹ Prensip 24

¹⁹⁰ Human Rights Committee, General Comment 29, States of Emergency (article 4), CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, para. 16.

¹⁹¹ BM İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı ya da Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya İlişkin Özel Raportör, E./CN.4/2004/56, 23.12.2003.

¹⁹² Togo, ICCPR, A/58/40 vol. I (2002) 36 para. 78(14)

BM Mahpusların Islahı için Standart Asgari Kurallar¹⁹³ (Asgari Kurallar) ve Her Hangi bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması için İlkeler Bütünü¹⁹⁴ (İlkeler Bütünü) alıkonulan kişilerin tıbbi güvenceler getirmektedir.¹⁹⁵ Buna göre, alıkonulan kişi alıkonulmasından hemen sonra hekim gözetiminden geçirilmelidir. İlkeler Bütünü, 25. maddede alıkonulan kişinin ikinci kez tıbbi muayene yapılması veya tıbbi mütalaa alınması için yargısal veya diğer bir makama talepte bulunma hakkına sahip olduğunu da belirtmektedir. Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi de alıkonulan kişinin kendi tercih ettiği hekime erişim hakkını, ailesine durumunu bildirme ve avukata erişim hakkıyla birlikte üç temel ilkedden biri olarak kabul etmektedir.¹⁹⁶

1. Bir hak olarak 'hekime erişim'

Devletler, "hekime erişim hakkı"nı yasa ve mevzuatlarında net biçimde yer vermek, düzenlemek durumundadır.

Özgürlüğünden alıkonulmuş kişiye, alıkonulma anında, bir hekime erişim hakkının olduğu bilgisi verilmelidir.

Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin düzenli aralıklarla bağımsız tıbbi muayeneden geçirilmesi işkence ve kötü muameleyle karşı önemli bir güvence oluşturur.¹⁹⁷

Yakalanan kişiler, tıbbi muayene talebinde bulduklarında mutlaka **gecikmeden** bir hekim çağrılmalıdır. Kişinin talebi halinde,

¹⁹³ 1955'te Cenevre'de toplanan Suçların Önlenmesi ve Suçluların Islahı üzerine Birinci Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilmiş ve Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından 31 Temmuz 1957 tarihli ve 663 C (XXIV) sayılı ile 13 Mayıs 1977 tarihli ve 2076 (LXII) sayılı Kararlarıyla onaylanmıştır.

¹⁹⁴ BM Genel Kurulunun 9 Aralık 1988 tarihli ve 43/173 sayılı Kararıyla kabul edilmiştir

¹⁹⁵ İnsan Hakları Komitesi içtihadı da bu yöndedir. Genel Yorum 20, Article 7 (Forty-fourth session, 1992), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 at 30 (1994), para. 11.

¹⁹⁶ 2nd General Report [CPT/Inf (92) 3], para. 36; 12th General Report [CPT/Inf (2002) 15], para. 42.

¹⁹⁷ BM İşkenceye Karşı Komite'nin Azerbaycan'a ilişkin değerlendirme ve tavsiyeleri, @ASK =__fillin=?DateD@__fillinD, para 6(c)

(resmi prosedür içindeki bir hekimin yaptığı tıbbi muayeneye ek olarak) **kendi seçtiği bir hekim tarafından muayene edilmelidir.**

2. Hekime erişimin kapsamı

Özgürlüğünden alıkonulmuş kişi;

- Alıkonulma anından hemen sonra, en kısa zaman içinde tıbbi kontrolden geçirilmelidir. Özgürlüğünden alıkonulduğu tüm süreçte tıbbi muayeneler düzenli olarak tekrarlanmalıdır. Kişinin başka bir yere naklinden önce tıbbi muayeneden geçirilmesi zorunludur.¹⁹⁸
- Gözaltında tutulan kişiler, her alıkonulma yerinin değiştirilmesi sürecinden önce bağımsız bir hekim tarafından muayene edilmelidir.¹⁹⁹
- Hâkim önüne çıkarılmadan polis nezaretinden saliverilen kişilerin, doğrudan bir adli hekim tarafından tıbbi muayene ve rapor isteme hakkı vardır.²⁰⁰
- Eğer kişi tıbbi değerlendirme talebinde bulunursa, bu talebin gecikmeksizin sağlanması gerekmektedir. Polis memurlarının böyle bir talebi elemeyen geçirmeden yerine getirmesi gerekir.²⁰¹
- Bunlar dışında da, gerekli olan her durumda da kişinin hekim tarafından değerlendirilme, bakım ve tedavisi sağlanmalıdır.
- Kişinin hekime erişim hakkı; gerekli tüm değerlendirme, bakım ve tedavilerinin düzenlenme hakkını da içermektedir. Gerekli tüm değerlendirme, bakım ve tedaviler parasız olarak sağlanmalıdır.²⁰²

¹⁹⁸ Özel Raportörün İşkence Raporu, [UN Doc.A/56/156, July 2001], para. 39(f);

Özel Raportörün İşkence Sorunu Raporu [E/CN.4/2003/68], 17 Aralık 2002, para.26(g);

AlÖK 12 nolu GR, para.42.

¹⁹⁹ A/52/40, para. 109. referring to Switzerland.

²⁰⁰ AlÖK, 12 no'lu GR

²⁰¹ AlÖK, 12 no'lu GR

²⁰² Temel İlkeler, İlke 24

- Özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilerin özel tedavi ihtiyaçları durumunda tedavi için uzmanlık kurumlarına veya sivil hastanelere sevk edilmeleri zorunludur.²⁰³
- Devlet tarafından görevlendirilmiş doktorlar tarafından muayene ve tedavi sağlanabiliyor olsa da, kötü muamelenin önlenmesi bakımından, kişinin kendi seçeceği bir doktora erişme ve tıbbi bir değerlendirme talep etme hakkı bulunmaktadır.²⁰⁴

Ulusal hukuka göre de bağımsız ve kapsamlı bir tıbbi muayeneden geçirilmesi, gözaltındaki insanlara karşı işkence edilmesine karşı önemli bir koruma sağladığı gibi, aynı zamanda asılsız işkence iddialarına yönelik bir önlem de oluşturmaktadır.²⁰⁵ CMK'nin 99. maddesine göre, *gözaltına alınan kişilerin sağlık kontrolünün nasıl yapılacağı yönetmelikle gösterilecektir.* Bahsi geçen yönetmelik 1 Haziran 2005 tarihinde 25832 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren "**Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği**"dir.

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği madde 9'a göre, aşağıdaki her bir durumda şüpheli veya sanıklar hekim muayenesine tabi tutulurlar:²⁰⁶

- Yakalanan kişinin gözaltına alınacak olması veya zor kullanılarak yakalanması,
- Gözaltına alınan kişinin herhangi bir nedenle yerinin değiştirilmesi,
- Gözaltı süresinin uzatılması,

²⁰³ Standart Asgari Kurallar, Kural 22(2)

²⁰⁴ AİÖK tarafından 20-22 Nisan 2004 tarihinde Ermenistan'a yapılan ziyaretin 16 Kasım 2006 tarihli raporu, CPT/Inf (2006) 38, Ek II, para.32

²⁰⁵ YCGK E. 2002/8-191 K. 2002/362 T. 15.10.2002

²⁰⁶ Ayrıca PYSK m.13 uyarınca;

A) Uyuşturucu madde kullanmış olanlar ile sarhoş olanların,

B) Zor kullanılarak yakalananların,

C) Haklarında suç soruşturması yapılacak olan şüpheli ve sanıkların,

Yakalanma anındaki sağlık durumları tabip raporuyla tespit edilir.

- Serbest bırakılması veya adli mercilere sevk edilmesi işlemlerinden önce, kişilerin sağlık durumunu belirlemek üzere,
- Gözaltına alınanlardan herhangi bir nedenle sağlık durumu bozulanlar ile sağlık durumundan şüphe edilenlerin tedavilerinin yaptırılması için, bu durumdaki kişilerden kronik bir rahatsızlığı olanların, istekleri hâlinde varsa kendi hekimi nezaretinde resmî hekim tarafından muayene ve tedavi edilmele-ri sağlanır.
- Yeni bir gözaltı-tutukluluk birimine sevkte, kişinin o merkeze alınma işlemleri sırasında yeniden tıbbi muayene-değerlendirilmeden geçirilmesi gerekmektedir.

Alıkonulan kişinin yakalama anındaki sağlık durumunun, yetkili bir hekim kontrolü tarafından tespit edilip raporlanmaması sonucunda gerek AİHM, gerekse Yüksek Mahkemeler kararları doğrultusunda, kişinin salıverilmesi durumunda ortaya çıkan arazların alıkonulma anında oluştuğu kabul edilip, sorumlu kişilerin yargılanması gerekecektir.²⁰⁷

3. Tıbbi değerlendirme ve raporlama süreçleri

İşkence ve kötü muamele soruşturmalarında çalışan tıp uzmanları her zaman en yüksek etik standartlara uygun biçimde davranmalı, tıbbi araştırma ve muayeneden önce kişinin bilgilendirilmiş onamını almalıdır. Muayene, tıp biliminin kabul edilmiş standartlarına uygun biçimde yürütülmelidir. Muayene tıp uzmanının denetimi altında, devlet görevlileri ve güvenlik güçleri mensuplarının mevcut olmadığı bir ortamda, kişinin mahremiyetine saygı gösterilerek yapılmalıdır.²⁰⁸

Kişinin gözaltına alınması ve gözaltından çıkarılması aşamalarında tıbbi muayeneyi yapacak olan hekim bağımsız, işkence ve kötü mu-

²⁰⁷ Yargıtay 1. Ceza Dairesi 2004/4786 E., 2005/1232 K.; Danıştay 10. Daire, 1996/8578 E., 1998/1734 K.; Dikme/Türkiye 11/07/2000, 20869/92, para. 78; Abdulsamet Yaman/Türkiye 22/11/2004,324446/96, para. 43.

²⁰⁸ İstanbul Prensipleri (İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ve Aşağılayıcı Muamele veya Ceza Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesine Kılavuzluk Eden İlkeler) para. 6 (a).

amelenin sonuçları konusunda donanımlı olmalıdır. Bunun için hekimin, yasa uygulayıcılarından ve adaletin gerçekleşmesinden sorumlu bakanlıklardan bağımsız olması gereklidir. Ayrıca, hekim, işkence ve kötü muamelenin fiziksel izlerinin yanı sıra işkence ve kötü muamele sonucu oluşmuş olabilecek psikolojik travmanın saptanması için de gerekli bilgi, deneyim ve donanıma sahip olmalıdır.²⁰⁹ Alıkonulan kişiye sağlık hizmetini sunacak kişilerin değerlendirilmesinde BM İşkenceye Karşı Sözleşme'ye ve diğer ulusal ve uluslararası mevzuata ilişkin bilgileri ve tutulan kişilere ne şekilde muamele ettiklerine ilişkin geçmişleri de dikkate alınmalıdır.²¹⁰ Özgürlüklerinden yoksun bırakılmış kişilerin kendi seçtikleri hekim tarafından yapılan muayeneleri, yargılamalar (kişinin yargılandığı ya da işkence ve kötü muamele fiiline ilişkin yargılama) sırasında, resmi görev yapan hekim ya da aynı niteliklere sahip bir başka hekim tarafından verilmiş raporlarla eşdeğer sayılmalıdır.²¹¹

4. Hekim - hasta ilişkisinin gizliliği ve mahremiyeti

Hipokrat yemininden modern zamanlara, tüm tıbbi etik kodlar, hekimin hastasına karşı sır saklama yükümlülüğü olduğunu vurgular. Ancak, adli muayene ile görevli hekimin görevi gereği tıbbi değerlendirme süreci sonucunda elde edeceği tıbbi bulguları raporlama yükümlülüğü vardır. Adli muayene ile sorumlu olan hekim, hastasına rolünü anlatmalı ve sır saklama zorunluluğunun/hekim-hasta ilişkisinin gizliliği ilkesindeki sınırlılığı hastanın anlayacağı biçimde belirtmelidir. Yani, muayene öncesinde hekim hastaya bu görüşme ve muayene sonucunda ulaşılan bilgi ve verilerin raporda yer alabileceği bilgisini vermelidir.

Adli muayene ve tetkikler sırasında temel insan hak ve hürriyetleri ile mahremiyete saygı kurallarına mutlaka uyulması gereklidir.²¹²

²⁰⁹ Özel Raportörün İşkence Sorunu Raporu, E/CCN.4/1999/61/Add.1, para.113(d).

²¹⁰ Özbekistan, CAT, A/57/44 (2002) 54, para 116 (h).

²¹¹ ibid.

²¹² Sağlık Bakanlığı, 2005/143 sayılı 22.09.2005 tarihli genelge, m. 3.2.4; Ist. Prot. para.124

Muayenenin diğer kişilerin göremeyeceği ve duyamayacağı bir ortamda yapılması, muayene esnasında tabip ile muayene edilen kişinin yalnız kalmaları ve muayenenin hekim-hasta ilişkileri çerçevesinde gerçekleştirilmesi esastır. Gözaltı işlemi nedeniyle yapılan muayenelerde buna özellikle dikkat edilmesi gerekmektedir.²¹³

Güvenlik güçleri hiçbir biçimde muayene odasında bulunmamalıdır. Ancak, muayeneyi yapan hekim, tutuklunun sağlık görevlilerinin güvenliğine ilişkin ciddi bir risk oluşturduğuna ilişkin net bir kanıt olduğu düşüncesindeyse, hekimin talebi üzerine muayene esnasında güvenlik personeli hazır bulunabilir.²¹⁴ İstanbul Protokolü, bu durumda da muayene odasında bulunacak güvenlik gücünün, polis ya da diğer kolluk güçleri olmaması gerektiğini, o sağlık kuruluşunun güvenlik personelinin çağırılması gerektiğini ve güvenlik personelinin yine de hasta-hekim görüşmesini işitebilme mesafesinin dışında durması gerektiğini vurgulamaktadır.²¹⁵

Hekim, bu talebini ve gerekçelerini raporunda yazılı olarak kayıt altına almalıdır. Bunun, “gözaltı ve/veya cezaevinden gelenler”e yapılan rutin bir uygulama ya da talep değil, ancak özgün, istisnai bir durum olması; genel, rutin bir uygulamaya dönüşmemesi ciddi önem taşımaktadır. Ne gerekçeyle olursa olsun, muayene ortamında bulunan kişilerin açık ve ayrıntılı kimlik ve unvanları mutlaka doktor rapor ve kayıtlarında yer almalıdır. Muayene ortamında güvenlik görevlilerin mevcudiyeti “olumsuz” yani gerçeğe aykırı ya da gerçeği tam olarak yansıtmayan bir tıbbi raporun dikkate alınmaması için zemin teşkil edebilir.²¹⁶

Muayenenin kolluk görevlisinin (veya başka bir güvenlik personelinin) gözetiminde yapılması halinde ve muayene edenin talebi halinde müdafii de muayene sırasında hazır bulunabilir.²¹⁷

²¹³ Sağlık Bakanlığı, 2005, m.3.2.4; ayrıca AIÖK, GR 12 para.42 ve Ist. Prot. para.124

²¹⁴ Ist. Prot. para.124; Sağlık Bakanlığı, 2005, m.3.2.4

²¹⁵ ibid., para.124

²¹⁶ ibid., para.124, 125;

²¹⁷ Sağlık Bakanlığı, 2005, m.3.2.4; YGLAY m.9/10

İstanbul Protokolü, tutukluyu adli tıp muayenesine götürecek görevlilerin asker, polis olmaması gerektiğini, çünkü gözaltında asker veya polis tarafından işkence yapılmış olabileceğini, bu görevlilerin eşliğinin tutuklu ve/veya hekim üzerinde işkence ve kötü muamelenin gereği gibi belgelenmesini engelleyebilecek, kabul edilemez bir baskı yaratabileceğinin altını çizmektedir.²¹⁸

Yakalama ve Gözaltına Alma Yönetmeliği'nde ise, gözaltına alınan kişinin ifadesini alan veya soruşturmayı yürüten kolluk görevlisi ile bu kişiyi tıbbi muayeneye götüren kolluk görevlisinin farklı olması zorunlu olduğunu; ancak personel yetersizliği nedeniyle farklı kolluk görevlisinin bulunmaması halinde bu durumun belgelendirilmesi gerektiği belirtilmektedir.²¹⁹

Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi'ne göre hekimle yapılacak görüşme, güvenlik görevlilerinin göremeyeceği ve duyamayacağı bir ortamda gerçekleştirilmelidir.²²⁰

Yargıtay Ceza Kurulu da görevlilerin yanında, yüzeysel biçimde yapılan muayenenin hekimin görevi ihmal suçuyla cezalandırılmasına sebep olacağını belirtmiştir.²²¹ Güvenlik görevlilerinin varlığında yapılan muayene, kamuoyunda "Manisa davası" olarak bilinen davada da bozma sebebi sayılmıştır.²²²

5. Bilgilendirilmiş onam (bilgilendirme ve onay alma)

Sorgulama sırasında kişinin, cezalandırmayı, işkenceyi ya da fiziksel baskıyı kaldırıp kaldıramayacağını tespit etmek amacıyla muayene yapmak tıbbi etik kurallarına ve tıbbin amacına aykırıdır. Tıbbi değerlendirme, kişinin cezalandırılmasına yardımcı olmak için değil, tutuklu ya da hükümlülerin sağlığını korumak, onları

²¹⁸ İst. Prot., para. 123; ayrıca bkz. Özel Raportörün İşkence Sorunu Raporu, para. 113(d).

²¹⁹ YGIAY m. 9/4

²²⁰ Ibid., para. 38.

²²¹ YCGK, E. 2002/8-191 K. 2002/362, T.15.10.2002. Benzer olarak bkz. Yargıtay 4. C.D., E. 2003/19418 K. 2005/5688, T.13.6.2005

²²² YCGK E. 1999/8-109 K. 1999/164 T. 15.6.1999

mümkün olan en sağlıklı duruma getirmek ve sağlık koşullarını iyileştirmek için yapılır.²²³

Hekimler muayene ve değerlendirmeye geçmeden önce kişinin/has-tanın gönüllü, bilgilendirilmiş onamını almak zorundadırlar.²²⁴

Bilgilendirme, kişinin anlayabileceği bir açıklıkta/netlikte aşağıdaki bilgileri içermelidir:

- Hekimin tam ismini, çalıştığı kurumu ve görevi,
- Muayene ve değerlendirmenin amacı,
- Muayene ve değerlendirmenin kapsam ve prosedürü,
- Tıbbi değerlendirmenin olası sonuçları;
- Bu değerlendirmelerden elde edilecek verilerin nasıl ve ne şekilde kullanılacağı;
- Bu bilgilerin hekim-hasta ilişkisi içinde korunmasının mümkün olup olmadığı,
- Kimlerin bu bilgilere erişebileceği.

Hekim hastanın/kişinin tıbbi değerlendirmenin amacını, olası yararlarını ve risklerini, hekim-hasta ilişkisindeki hekimin sır saklama yükümlülüğündeki sınırlılıkları anladığından emin olmalıdır. Her bir basamakta ayrıca ek bilgilendirme yapılmalı ve her basamaktaki tetkik ve değerlendirme bu bilgilendirme temelinde alınmış onayla yürütülmelidir.

Hastanın kararını belirleyen bu gibi hususlar muayene öncesinde tam ve açık biçimde aktarılmamışsa, muayene ve bilginin saklanması için verilen onam geçersizdir.²²⁵

Kişilerin hekimle görüşme/muayenenin tamamını veya belli bir kısmını reddetme hakları vardır. Hekim, kişinin muayene ve değerlendirmeyi reddetme gerekçesini yazılı olarak belgelemelidir. Ayrıca, bu belge kişinin kendisi veya avukatı ve başka bir sağlık görevlisi tarafından imzalanmalıdır.²²⁶

²²³ İst. Prot., para.63

²²⁴ Dünya Tabipleri Birliği, Lizbon Deklarasyonu

²²⁵ İst. Prot., para.64

²²⁶ İst. Prot. para.89 ve 165

6. Tıbbi raporların gizliliği

Hazırlanan rapor gizli tutulmalı ve rapor muayene edilen kişiye veya kişinin yasal temsilcisi olarak atadığı kimseye teslim edilmelidir. Bu raporun yetkili kişilere güvenli bir biçimde ulaştırılmasını güvenceye almak, devletin sorumluluğudur. Muayene edilen kişinin rızası veya bu tür bir talepte bulunma yetkisi bulunan mahkemenin yetki vermesi istisna olmak üzere, rapor başka kimseye verilmemelidir.²²⁷ Tıbbi raporlar, hiç bir koşul altında kolluk kuvvetlerine verilmemelidir.²²⁸

Yakalama veya nezarethaneye giriş raporunun bir nüshası, raporu tanzim eden sağlık kuruluşunda saklanır, ikinci nüshası gözaltına alınana, üçüncü nüsha ise soruşturma dosyasına eklenmek üzere ilgili kolluk görevlisine verilir.

Yakalama veya nezarethaneye giriş raporundan farklı olarak, kolluğun elinde bulunduğu süre içerisindeki durumu tespit için hazırlanan sağlık raporunun güvenli bir şekilde soruşturma makamına ulaştırılması ve bu esnada üzerinde herhangi bir değişiklik yapılmasının veya raporun yerine başka bir raporun konulmasının engellenmesi için YGİY'nin 9. maddesinde başka tedbirler de öngörülmüştür. Buna göre:

Gözaltı süresinin uzatılması veya yer değişikliği ya da nezarethaneden çıkış sırasında düzenlenen hekim raporlarından; bir nüshası sağlık kuruluşunda saklanır, iki nüshası ise raporu düzenleyen sağlık kuruluşunca kapalı ve mühürlü bir zarf içerisinde ilgili Cumhuriyet başsavcılığına en seri şekilde gönderilir. Bunlardan bir nüshası Cumhuriyet savcısı tarafından gözaltına alınanın kendisine veya vekiline verilir, bir nüshası ise soruşturma dosyasına eklenir. Bu raporların düzenlenmesinde ve Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesinde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 157. maddesinde belirtilen gizlilik kurallarına uyulur ve bu amaçla gerekli tedbirler ilgili sağlık kuruluşunca alınır.

²²⁷ İst. Prensipleri, m.6/c

²²⁸ İst. Prot., para.126, ayrıca bkz; Özel Raportörün İşkence Sorunu Raporu, 113(d).

Hekim raporu üç nüsha hâlinde düzenlenir. Kolluk görevlileri tarafından, hekim raporunu verecek birime, yakalananın nezarethaneye giriş raporu için mi, yoksa çıkış raporu için mi getirildiği yazılı olarak bildirilir.²²⁹

Öte yandan, uluslararası hukuk, kişinin sağlık raporuna ulaşmasını bir hak olarak düzenlemektedir. İlkeler Bütünü'nün 26. ilkesi, doktorun adının ve muayenenin sonuçlarının tam ve doğru bir biçimde tutanağa geçirileceğini ve bu tutanağı edinme hakkının sağlanacağını belirtmektedir. Nitekim İnsan Hakları Komitesi, makul bir sebep gösterilmeden tıbbi verilerin tutulan kişi veya avukatının talebi üzerine ilgiliye verilmemesinin Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 10. maddesinin ihlali anlamına geleceğini kabul etmiştir.²³⁰

7. Tıbbi raporların kapsamı²³¹

Tıp uzmanı muayenenin hemen sonrasında doğru bir yazılı rapor hazırlamalıdır. Bu raporda en azından aşağıdaki bilgiler yer almalıdır:

(a) Görüşme Koşulları: Görüşme yapılan kişinin adı, muayene sırasında mevcut olanların adları, bu kişilerin muayene yapılan kişiyle olan ilişkileri, görüşmenin kesin tarihi, saati, görüşme yapılan yerin adresi (uygun olduğu durumlarda görüşme yapılan odanın yeri), görüşme yapılan yerin tanımı (örneğin klinik, cezaevi, ev vb.); görüşme yapıldığı sıradaki koşullar (muayene için geldiğinde veya muayene sırasında kişinin tabi olduğu kısıtlamalar, görüşme sırasında odada güvenlik güçlerinin mevcut olup olmadığı, tutuklu ya eşlik edenlerin hal ve tavı, muayeneyi yapan kişiye yönelik tehditkâr ifadeler vs.) ve diğer geçerli unsurlar aktarılmalıdır.

²²⁹ YGİY m.9; Sağlık Bakanlığı 2005, m.3.3.4

²³⁰ Zheludkov /Ukrayna (726/1996), ICCPR, A/58/40 vol. II (29 October 2002) 12 (CCPR/C/76/D/726/1996) para. 8.4.

²³¹ İst. Prensipleri, m.6/b

(b) Öykü: Yakalanma ve gözaltı sürecine ilişkin maruz kaldığı ya-
şantı/travmalara ilişkin ayrıntılı bilgiye yer verilmelidir. Varsa tüm
işkence ve kötü muamele yöntemleri, bu uygulamaların ne zaman,
nerede, ne şekilde gerçekleştiği tüm ayrıntılarıyla yer almalıdır. Ay-
rıca bütün fiziksel ve psikolojik semptomlar ve şikâyetler ve bunla-
ra ilişkin oluşma zamanı, geçirdikleri evreler de dahil olmak üzere
kişinin görüşme sırasında anlattığı öykünün detaylı bir raporuna
yer verilmelidir.

(c) Fiziksel ve Psikolojik Muayene: Ayrıntılı fiziksel ve ruhsal
yakınmalar; tam, kapsamlı fiziksel muayene; detaylı uygun biçim-
de gerçekleştirilmiş ruhsal değerlendirme verilerine ulaşılmış olma-
lı ve raporda yer verilmelidir. Uygun tanı koyucu testler ve müm-
kün olduğu durumlarda bütün yaralanmaların renkli fotoğrafları da
dâhil olmak üzere klinik muayene sonucunda elde edilen bütün fi-
ziksel ve psikolojik bulguların kaydı yapılmalıdır.

(d) Değerlendirme ve kanaat: Fiziksel ve psikolojik bulgular ile
işkence ve kötü muamele arasındaki muhtemel ilişkinin değeren-
dirilmesi. Gerekli tıbbi ve psikolojik tedavi ve/veya yapılması gere-
ken başka tıbbi testler ve muayeneler için görüş ve tavsiyeler ra-
porda yer almalıdır.

(e) Raporu düzenleyenin ismi ve imzası: Raporda muayene-
yi yapan kişilerin adları açıkça belirtilmeli ve rapor, hazırlayanlar
tarafından imzalanmalıdır.

8. Resmi rapor dışında rapor alma

Uluslararası standartlara göre kolluk güçleri tarafından tutulan ki-
şiler, tutuldukları süre boyunca ya da sonrasında, tıbbi uzmanlığa
sahip bir hekimden **bir tıbbi değerlendirme raporu** alma hak-
kına sahiptirler.²³² Bu ikinci ya da alternatif tıbbi değerlendirmeyi

²³² Prensip Bütünü, 25 nolu Prensip; İst. Prot. para.122

yapacak hekimi, kişi ya da temsilcisi belirleyebilir. Kişinin işkence
ve kötü muamele iddialarının araştırılmasının varolan standartlara
uygun gerçekleştirilmiş olması önemlidir. Bir raporun geçerli ol-
ması için tıbbi değerlendirme süreci, kapsamı ve raporun biçim ve
içeriğinin standartlara uygun olması önem taşımaktadır; hekimin
resmi olarak görevlendirilmiş olup olmaması önem taşımamakta-
dır.²³³

İç hukuktaki düzenlemeye göre Cumhuriyet Savcısı ile katılan, ve-
kili, şüpheli veya sanık, müdafî veya kanuni temsilci, yargılama ko-
nusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında
değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında **uzmanın-
dan** bilimsel mütalaa alabilirler.²³⁴

Bununla birlikte, maddede sayılan “katılan, vekili, şüpheli veya sa-
nık, müdafî veya kanuni temsilci” tanımlamalarına işkence ve kö-
tü muamele suçunun mağduru olan kişi ancak savcılık tarafından
iddianame düzenlenip dava açıldıktan ve yargıç tarafından ilk du-
rüşmada mağdurun “yargılamaya **katılan** kişi” olarak kabulünden
sonra, yani **katılan sıfatını kazandıktan sonra** dâhil olabile-
cektir.

²³³ Case of Perez v.Mexico, Report no:53/01; <http://www.cidh.org/annual-rep/2000eng/chapteriii/merits/mexico11.565.htm>

Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ele alınan bu vakada;

Kardeş olan üç kişilik işkence gördükleri ve tecavüze uğradıklarını iddiasıyla dava aç-
mış ve bu süreç sonrasında başvurdukları bir hekim özel bir klinikte kardeşlerin fizik-
sel ve ruhsal değerlendirmelerini yaparak işkence gördüklerine ve saptadığı tıbbi bul-
guların kişilerin işkence öyküsü ile uyumlu olduğuna dair rapor düzenlemiştir.

Ulusal mahkeme raporu düzenleyen doktor resmi adli tıp görevlisi olmadığı, bu mu-
ayene ve değerlendirmeyi resmi bir yetkilendirme olmaksızın yaptığı için bu raporu
dikkate almamış ve kişilerin resmi adli hekimler tarafından muayeneye gelmedikleri-
ni, muayene edilmediklerini belirtmiştir.

Buna karşın AİHM, düzenlenmiş olan raporun İstanbul Protokolü'nde belirtilen stan-
dartlara hem süreç, hem de kapsam olarak uygun hazırlanmış olduğunu belirterek ge-
çerli bir rapor olarak kabul etmiş ve işkencenin kanıtı olarak değerlendirmiştir. Raporun
hukukî süreçte dikkate alınmamış olmasını eleştirmiştir.

²³⁴ CMK m.67/6

Gözetiminde ya da serbest bırakıldıktan sonra işkence mağdurunun kendi seçtiği hekime muayene olmasına ve rapor almasına ilişkin olarak tanınmış olan haklara rağmen CMK m.67/6, alınmış olan raporun “resmi” nitelikli bir rapor niteliğine sahip olmasını doğrudan düzenlenmemektedir.

Ayrıca kişi, gözetiminden çıktıktan sonra kendi seçtiği bir hekime başvurarak işkencenin fiziksel ve ruhsal bulgularının araştırılması ve raporlandırılmasını isteyebilir.

IV. İŞKENCENİN SORUŞTURULMASI*

Devletlerin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükleri uyarınca işkence iddialarının esasının soruşturulması ve bununla da kalmayıp soruşturma sonucunda tespit edilen tüm sorumluların cezalandırılması gerekmektedir.

Devletlerin işkence ve kötü muamele iddialarına dair etkin ve eksiksiz bir soruşturma yürütme yükümlülüğü işkence eylemlerinin mağduru olmuş kişilerin sahip olduğu etkin iç hukuk yolu hakkının doğal bir sonucudur.

Prensip olarak bir işkence veya kötü muamele iddiasının dile getirilmesi ve işkence ve kötü muamele eylemlerinin bir şekilde soruşturma makamlarına ulaşması durumunda taraf devletler derhâl tarafsız bir soruşturma başlatmakla yükümlüdürler. Bir diğer ifadeyle kamu makamları resmi bir şikâyetin tetikleyici olmasını beklemeksizin işkence iddiasına dair otomatik bir soruşturma başlatmakla yükümlüdürler. Devletlerin işkence iddiasının esasına dair derhâl ve etkin bir soruşturma yürütmesi zorunluluğu İşkenceye Karşı Komite²³⁵, İnsan Hakları Komitesi²³⁶, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi²³⁷ ve Amerikalılararası Devletleri İnsan Hakları Mah-

* Bu bölüm, Türkiye İnsan Hakları Vakfı tarafından yayına hazırlanan “İşkence ve Kötü Muamelelerin Önlenmesine İlişkin Standartlar” isimli, henüz basılmamış kitabın Av. Serkan Cengiz tarafından hazırlanan “İşkencenin Soruşturulması” başlıklı bölümünden oluşmaktadır.

²³⁵ Bknz Henri Parot / İspanya, CAT Bildirim No:6/1990, CAT/C/14/D/6/1990, paragraf.10.4 ve Ercamacion Blanco Abad / İspanya, CAT Bildirim 56/1996 paragraf.8.6.. Ayrıca bknz Chris Ingelse, BM İşkenceye Karşı Komite: Bir Değerlendirme, Lahey/Londra/Boston: Kluwer Law International, 2001, sayfa :35

²³⁶ Eduardo Bleier / Uruguay, İHK Bildirim no. R.7/30, BM Doc. Supp. No:40 8A/37/40

²³⁷ Sevtap Veznedaroğlu / Türkiye, 11 Nisan 2000, Başvuru no.32357/96 paragraf:32, <http://ihami.anadolu.edu.tr/>

“32. Bu bağlamda Mahkeme, bir bireyin, polis veya devletin diğer görevlilerinin hukuka ve Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olarak kendisine ciddi bir kötü muamelede bulunduğunu savunulabilir bir biçimde iddia etmesi halinde, “Sözleşme’de ... tanımlanan hak ve özgürlükleri, kendi egemenlik alanı içinde bulunan herkes için güvence altına alırlar” diyen 1. maddedeki devletin genel ödeviyle birlikte yorumlanan Sözleşme'nin 3. maddesinin, olaydan sorumlu

kemesi²³⁸ kararlarıyla da teyid edilmiştir.

Soruşturma yükümlülüğünün önemsiz veya temelsiz iddiaların soruşturulmasını ihtiva etmediği savunulsa da BM İşkence Özel Raportörü'ne göre tüm işkence iddialarının soruşturulması gerekmektedir. Raportöre göre işkence iddialarının açık bir şekilde temelsiz olmadığı durumlarda işkence yaptığından şüphelenilen failerin soruşturma süresi boyunca görevden el çektilmesi zorunludur.²³⁹

Konuyla ilgili belgelerden Asgari Kurallar'ın 36. maddesinin 4. fıkrası resmi makamların "açık bir şekilde önemsiz veya temelsiz olmamaları koşulu ile" tüm şikâyetleri incelemelerinin gerekli olduğu hükmünü ihtiva eder.

"Bariz bir şekilde önemsiz veya temelsiz olmadığı sürece her talep veya şikâyet derhâl ele alınacak ve gereksiz bir gecikmeye mahal verilmeksizin yanıtlanacaktır."

İlkeler Bütünü'nde yer alan 33. ilkenin 4. fıkrası ise her türlü talep veya şikâyetin derhâl ele alınmasını ve gereksiz gecikmeye mahal verilmeksizin yanıtlanmasının gerekli olduğunu ifade eder.

"Her talep ya da şikâyet derhâl incelenecek ve gereksiz gecikmeye mahal verilmeksizin yanıtlanacaktır. Eğer talep ya da şikâyet reddedilir yahut aşırı bir gecikme söz konusu olursa, şikâyetçi bu hususu yargısal ya da başka bir makam önüne götürme hakkına sahip olacaktır. Ne alınan ya da hapsedilen kişi ve ne de bu ilkenin 1. pa-

olanların ortaya çıkarılmalarını ve cezalandırılmalarını sağlayabilecek nitelikte etkili bir resmi soruşturma yapılmasını ima ettiğini hatırlatır (bk.28.10.1998 tarihli Assenov ve Diğerleri – Bulgaristan kararı, parag. 102). Böyle olmayacak olsa, işkence ve insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ve cezaya ilişkin genel hukukî yasak, temel önemine karşın, uygulamada etkisiz kalacak ve devlet görevlilerinin denetimleri altındaki kişilerin haklarını bazı durumlarda tam bir cezazıhla ihlal etmeleri mümkün olacaktır (aynı yer)."

Ayrıca bkz Assenov ve Diğerleri / Bulgaristan 28 Ekim 1998, Başvuru no:24760/94

²³⁸ Maritza Urrutia Davası, 27 Kasım 2003 tarihli karar, AMDİHM CT. H.R., (Ser.C) No.103 (2003), paragraf.110; Ayrıca bkz, Velsquez Rodriguez / Honduras, 29 Temmuz 1988 tarihli karar, AMDİHM (Ser.C) No.4 (1998), paragraf. 116;

²³⁹ Özel Raportörün Genel Tavsiyeleri, BM Doc. E/CN. 4/2003/68, 17 Aralık 2002 tarihli karar, paragraf.26 (k)

ragrafı dahilindeki herhangi bir şikâyetçi, bir talepte yada şikâyette bulunmasından ötürü bir zarara uğrayacaktır."

Yukarıda kısaca değinmiş olduğumuz üzere devletler sadece işkence şikâyetlerini incelemekle yükümlü olmayıp, işkence suçunun işlenip işlenmediğine dair makul nedenlerin olup olmadığını araştırmakla mükelleftirler. Bu durum aşağıda sayacağımız bir dizi bağlantılı yükümlülüğün de hayata geçirilmesini gerektirir:

- Şikâyetin resmi bir şekil şartına bağlanmasına gerek yoktur. İşkence mağdurunun işkence iddiasını yetkili bir makamın dikkatine sunması yeterli olup, yetkili makam söz konusu iddiayı bir şikâyet olarak ele alıp incelemekle mükelleftir.²⁴⁰ Yetkili makam bu tür iddiaların resen (ex officio) araştırılması hususunda yetkiyle donatılmış olmalıdır.
- Şikâyetin açık bir şekilde temelsiz olduğu tespit edilinceye kadar işkence iddialarının soruşturulması zorunludur.²⁴¹
- İşkence derhâl soruşturulmalıdır.²⁴² Derhal soruşturma yükümlülüğü sadece soruşturmaya başlatılması ile ilgili olmayıp soruşturma sırasındada geçerli olan ve dolayısıyla da soruşturmanın kısa süre içerisinde bitirilmesi gerektiğini ifade eden bir kavramdır. Bir başka ifade ile işkence iddiasının bir şekilde yetkili makamların bilgisine ulaşmasıyla birlikte derhâl bir soruşturma başlatılmalı, başlatılan soruşturma süratle sonuçlandırılmalıdır. İşkenceye Karşı Komite tarafından ele alınan Abad davasında şikâyetçi bayan terör suçlaması nedeniyle göz altına alındığını ve bu sırada işkenceye maruz kaldığını iddia etmiştir. Şikâyetçi tarafından ileri sürülen iddialar 15 gün sonra yargıç tarafından ele alınmıştır. Yargıç 4 gün sonra id-

²⁴⁰ İşkenceye Karşı Komite (CAT), E.A / İsviçre ve Blanco Abad / İspanya paragraflar 8., 6.

²⁴¹ Bknz İşkenceye Karşı Komite (İKK) , Hneri Parot / İspanya, paragraf.10.4; İşkence Özel Raportörünün Genel Tavsiyeleri, paragraf.26 (k). Ayrıca bkz. Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, Maritza Urrutia davası paragraf.110; Velasquez Rodriguez / Honduras, paragraf.176.

²⁴² "Derhal" anlamı için bakınız İKK (CAT), Halimi-Nedzibi / Avusturya ve Encarnacion Blanco Abad / İspanya.

dialar hakkında bir soruşturma başlatılmasına karar verilmiştir. Soruşturma 10 ayda tamamlanmış, bu sırada 1 ila 3 ay arasındaki sürelerde adli tıp raporları beklenmiştir. Komite bu şekilde yürütülen bir soruşturmanın kabul edilemez olduğuna hükmetmiştir.²⁴³

- Soruşturmalar tarafsız olmalıdır. İşkence iddialarını araştıran kişi veya bölüm işkence yapıldığı iddia edilen kurumdan ve diğer devlet birimlerinden ayrık, özerk bir yapıya sahip olmalıdır. Tarafsızlık bizzat soruşturmacı kurum veya kişilere münhasır olmayıp soruşturmanın yapılış şekli açısından da geçerlidir. Soruşturma görevli kurum ve kişiler herhangi bir önyargı taşımaksızın görevlerini icra etmelidirler.²⁴⁴
- Soruşturmaların “etkin” ve “eksiksiz” olması zorunludur. Soruşturmalar samimi anlamda failerin tespiti ve cezalandırılmasını amaçlamalıdır. Soruşturmanın yürütülüş şekli her aşamada bu samimi inancı ortaya koyacak özen ve dikkati gösterebilmelidir. Bunun anlamı tüm şüphelilerin sorgulanması, ilgili olan veya olabilecek tanıkların ifadelerinin alınması, olay yeri incelemesi, bağımsız uzmanlarca hazırlanan tıbbi raporlar, yakalama ve göz altına ilişkin tüm kayıtların temini ve incelenmesi, göz altında ölüm halinde ölüm sebebinin ortaya konulabilmesi için otopsi ve sair delil toplama faaliyetlerinin gerektiği şekilde yürütülmesini içerir.²⁴⁵ İşkence iddialarına ilişkin soruşturmaların idarenin ön iznine tabi tutulması gibi genelde soruşturmaların kapatılmasını amaçlayan engellemelere olanak veren ilgili mevzuat lağvedilmelidir.²⁴⁶

²⁴³ Encarnacion Blanco Abad / İspanya, paragraflar 8.7 ve 8.8

²⁴⁴ Komboçya, BM Doc. CAT/C/CR/31/7; Letonya, BM Doc. CAT/C/CR/31/3, paragraf.6 (b); Litvanya, BM Doc. CAT/C/CR/31/5, paragraf.5 (e),

²⁴⁵ Bknz Türkiye, BM Doc. CAT/C/CR/30/5, Paragraf.4

²⁴⁶ Fahriye Çalışkan v. Türkiye, 2 Ekim 2007, Başvuru no.40516/98, www.serkancen-giz.av.tr

“46. Dava konusu olayda başvuru; 14 ve 19 Ekim tarihlerinde; Gölarmara Kaymakamlık ve Savcılık makamlarına başvurarak; komiser S.Ç hakkındaki şikâyetlerini dile getirmiş; idari ve cezai soruşturma süreçlerinin başlatılmasını talep etmiştir.

- Devletler şikâyetçileri ve tanıkları her türlü misilleme, tehdit ve saldırılara karşı korumalı (tanık koruma programları), bu kişilerin ruhsal bütünlüklerini koruyabilmeleri için tüm tedbirleri almalıdırlar.²⁴⁷

18 Ekim 1994 tarihinde, Gölarmara Savcılığı; şikâyet ile ilgili dosyayı Memurların Kovuşturulması Hakkındaki Yasa uyarınca; Manisa Valiliği'ne göndermiştir. Başvurucunun her iki şikâyetini de incelemek üzere; soruşturmacı sıfatıyla Manisa Emniyet Müdür Yardımcısı görevlendirilmiştir. (Yukarıda; 23.- 26.paragraflar).

47.Bahsi geçen soruşturmacı; 23 Kasım 1994 tarihinde raporunu tamamlamıştır.

Soruşturmacıya göre; başvuru şikâyetine dayanak oluşturan tıbbi raporlar; doktorlar arası dayanışmanın bir ürünüdür. (Yukarıda 7. paragraf) Çünkü gerçekte; fiziksel ve sözlü saldırıların yöneldiği kişi; tutumu meşru müdafaa olarak değerlendirilen ve hakkında başlatılan soruşturma sonunda, kovuşturulmasına izin verilmeyen komiser S.Ç'nin bizzat kendisidir. (Yukarıda 27. paragraf)

Bu görüşü eksiksiz benimseyen Manisa Valiliği ve Manisa Emniyet Müdürlüğü Disiplin Kurulu'nca da; sonradan; Gölarmara Asliye Ceza Mahkemesi'nce aksi ifade edilecek olmasına rağmen; (Yukarıda 21. paragraf); S.Ç'ye kovuşturma izni verilmemesine dair karar verilmiştir. (Yukarıda; 28.- 30.paragraflar).

48.Mahkeme; başvuru gıyabında gerçekleştiği düşünülen bu iki soruşturma ile ilgili olarak; benzer organlarca yürütülen soruşturmaların daha önce de yargılama konusu olarak önüne geldiğini ve o soruşturmalarda olduğu gibi; mevcut dava konusundaki soruşturmalarda da; soruşturmanın bağımsız olarak yürütülüp yürütülmediği noktasında; Mahkeme'de ciddi şüpheler uyandırdığını vurgulamaktadır. (Örneğin, bakınız, Selmouni/Fransa Kararı, no 57671/00, 47- 48. paragraflar, Karar Derlemeleri/2004-IX), (Örneğin, sözü edilen Sultan Öner ve Diğerleri Kararının 143. paragrafı ve burada yapılan atıflar).

49.Mahkeme; dava konusu olayda; Manisa İl İdare Kurulunca; polis kökenli müfettişin hazırladığı rapor sonuçlarının zaten benimsenmiş olduğunu, bu durumun; mevcut yargı sisteminin sağlamlığını büyük ölçüde zayıflattığını, sonuç olarak bu şekilde, başvuru iddialarıyla dile getirdiği olayların ve olayların sorumlularının tespit edilmediğini belirtmektedir.

50. Tüm bu hususlar bir arada düşünüldüğünde (Sözü edilen Sultan Öner ve Diğerleri Kararının 144. paragrafı ve 25 Mart 1983 tarihli Silver ve Diğerleri / Birleşik Krallık Kararı, , seri A no 61, 42. ve 113. paragraflar) yürütülmüş olan soruşturmalar; başvuru iddialarına; idari ve yargı makamlar önünde hakkını arayabilmesi için, en azından; bir Devlet Memurunun kötü muamelesine maruz kalmış olduğunun ispatı gerektiğinden; akla yatkın hiçbir temel oluşturamamışlar; dolayısıyla; etkili biçimde gerçekleştirilememişlerdir.(Sözü edilen Ölmez Kararı, paragraf 69)

51.Sonuç olarak; Sözleşmenin 13. maddesi ihlal edilmiştir.”

²⁴⁷ İstanbul Protokolü, THV Yayınları 24, 2002

“(d) Tanıkların güvenliği

94. Devlet, işkence gördüğü iddia edilen kişileri, tanıkları ve bunların ailelerini soruşturmanın ardından gelebilecek şiddetten, şiddet tehditlerinden veya herhangi bir gözdağından korumakla sorumludur. İşkenceye karışmış olma ihtimali bulunanların, şikâ-

- İşkence mağdurları ve mağdurların birinci derece hısımlarının soruşturma ve kovuşturma sürecine kolaylıkla katılmaları, soruşturma ve kovuşturma hakkında sürekli bilgilendirilmeleri sağlanmalıdır.²⁴⁸
- İşkence ile mücadelenin hangi boyutta olduğunun kamu oyu tarafından takip edilmesini kolaylaştırmak amacıyla, gerek istatistiksel veriler, gerekse belirli davalara ilişkin soruşturmalar, tespitler, davalar ve alınan önlemler kamu oyuna düzenli olarak duyurulmalıdır.²⁴⁹ Bu tür yayınlar sırasında mağdurların ve tanıkların kimlikleri mutlaka saklanmalıdır.

1. Soruşturmanın Unsurları

a. Derhal ve Hemen

İstanbul Protokolü'ne göre; “Devletler, işkence ve kötü muamele şikâyetleri ve bildirimlerinin, anında ve etkili bir biçimde soruşturulmasını sağlamakla yükümlüdürler.”²⁵⁰ İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 12. maddesi işkence iddialarının derhâl soruşturulmasının zorunlu olduğunu ifade etmiştir.

Her Taraf Devlet, yetkisi altındaki ülkelerde bir işkence eyleminin işlendiğine inanmak için ciddi sebepler mevcut olan her halde,

yette bulunanlar, onların aileleri ve soruşturmayı yürütenler üzerinde, doğrudan ya da dolaylı, kontrol ya da güç uygulayabilecekleri her tür konumdan alınmaları gerekir. Soruşturmacılar sürekli olarak, soruşturmanın işkence iddiasında bulunan kişinin ve diğer tanıkların güvenliğine yapabileceği etkiyi göz önünde bulundurmalıdır.”

²⁴⁸ İstanbul Protokolü, Ek.1, **İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ve Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesine Kılavuzluk Eden İlkeler**, paragraf 4., TIHV Yayınları 24, 2002

“İşkence veya kötü muamele kurbanı olduğu iddia edilen kişiler ve bunların yasal temsilcileri, duruşmalardan, soruşturma oturumlarından haberdar edilmeli, bu oturumlarda bulunma hakkına sahip olmalı, soruşturma için gerekli bilgilere erişim hakkına ve olanağına ve duruşmalarda kanıt sunma hakkına sahip olmalıdırlar.”

²⁴⁹ Bknz, Estonya Doc. CCPR/CO/77/EST, paragraf.18, Almanya, BM Doc. CCPR/CO/80/DEU, paragraf.16 ve BM Doc. CAT/C/CR/32/17, paragraf.4 (c)

²⁵⁰ İstanbul Protokolü, Ek.1, **İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ve Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesine Kılavuzluk Eden İlkeler**, paragraf 2., TIHV Yayınları 24, 2002

yetkili mercilerin derhâl ve tarafsız soruşturma yürütmelerini sağlayacaktır.

BM İşkenceye Karşı Komite yukarıda kısaca belirtildiği üzere “derhâl” kavramının sadece işkence iddialarına ilişkin soruşturmanın başlatılmasıyla ilgili olmadığını, söz konusu kavramın soruşturmanın sonuçlandırılması açısından da geçerli olduğunu ifade etmiştir.²⁵¹

Her ne kadar Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme tarafından korunan hak ve özgürlüklere dair iç hukuk yollarının etkin olması yükümlülüğünü getiren 13.madde hükmü hariç olmak üzere) soruşturmalara dair çok açık hükümler içermemesine rağmen gerek İnsan Hakları Komite-

²⁵¹ Halimi v. Avusturya davasında (Bildirim no. 8/1991, 18 Kasım 1993) şikâyetçi, işkence iddiasını soruşturma hâkimine 5 Aralık 1988 tarihinde bildirmiştir. İşkence iddiasına ilişkin soruşturma ise Mart 1990'da başlatılmıştır.

²⁵² Bknz, İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum 20, İşkence ve Zalimane Muamele ve Ceza'nın Yasaklanmasına (Madde 7) 10/3/1992

²⁵³ Aksoy v. Türkiye, 18.12.1996, Başvuru no:21987/93, Kaynak:http://ihami.anadolu.edu.tr/

“**95.** Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 13. maddesi, Sözleşme'deki hak ve özgürlükler iç hukuk düzeninde hangi biçimde sağlanmış olursa olsun, bu hak ve özgürlüklerin özünün uygulanmasını sağlamak için, ulusal düzeyde bir hukuk yolunun kullanılabilirliğini güvence altına almaktadır. Her ne kadar bu madde, Sözleşmeciler Devletlere bu maddedeki yükümlülüklerine uygun davranış tarzı için belirli bir takdir yetkisi tanıyor olsa da, yetkili ulusal makamların Sözleşme'deki haklar bakımından yapılan bir şikâyetin esasını ele almalarını ve uygun bir çözüm getirmelerini sağlayacak bir hukukî yol için, iç hukukta bir düzenlemenin bulunmasını gerektirmektedir (bk. yukarıda geçen *Chahal – Birleşik Krallık kararı*, paragraf. 145). Sözleşme'nin 13. maddesindeki yükümlülük, başvurucaunun Sözleşme bakımından yaptığı şikâyetin niteliğine göre değişebilir (bk. yukarıda geçen *Chahal kararı*, paragraf. 150-151). Bununla beraber, Sözleşme'nin 13. maddesinin bulunmasını gerektirdiği hukukî yol, hukuken olduğu kadar uygulamada da ‘etkili’ olan bir hukukî yoldur; hukukî yolun ‘etkili’ olması için, bu hukukî yolun kullanımının özellikle devlet görevlilerinin eylemleri veya ihmalleriyle haksız yere engellenmemesi gerekir.”

96. Mahkeme, yukarıda başvurucaunun iç hukuk yollarını tüketmekten muaf tutmayı gerektiren özel şartların bulunduğu konusunda vardığı sonucu (bk. yukarıda paragraf. 57), hukukî yolların Türkiye'nin Güneydoğu bölgesinde etkisiz olduğu anlamına çekilmemesi gerektiğini belirtir (bk. yukarıda geçen *Akdivar ve Diğerleri kararı*, paragraf. 77).

97. İkinci olarak Komisyon gibi Mahkeme de, gözaltında işkence gördüğünü iddia eden bir mağdurun, kendisine destek verecek ve gerekli delilleri toplayacak olan doktora, avukata, ailesine veya arkadaşına ulaşmaktan yoksun bırakılarak, dış dünyadan

si²⁵², gerekse de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi soruşturmalara-
nın “derhâl” yürütülmesinin önemine dikkat çekmiştir.²⁵³

Standart Asgari Kurallar²⁵⁴ ile İlkeler Bütünü’nde ele alındığı ve İş-
kence Özel Raportörü’nün de²⁵⁵ belirttiği üzere işkenceye dair şikâyetler derhâl soruşturulmalıdır.

İnsan Hakları Komitesi, 20 nolu Genel Yorum’unda “iç hukuk yo-
lunun etkinleştirilebilmesi amacıyla işkence iddialarının tarafsız ve
derhâl soruşturmalarının zorunlu olduğu” ifade edilmiştir. İnsan
Hakları Komitesi pek çok kez “devletlerin mahpusların maruz kal-
dığı tüm kötü muamele çeşitlerine ilişkin iddialara dair mümkün ol-
duğunca hızlı ve kapsamlı şekilde soruşturma yürütmelerinin” zo-
runlu olduğunu ifade etmiştir.²⁵⁶ İnsan Hakları Komitesi, Taraf

yalıtılmış olması halinde, bu iddiasını kanıtlanmasının çok çok zor olduğu konusunda
yargısal bir not düşmüştür. Ayrıca, bu şekilde kötü muameleye uğrayan bir kimsenin
şikâyet etme gücü ve isteği zayıflar.

98. Sözleşme’nin 3. maddesinde güvence altına alınan hakkın özelliği, 13. madde
üzerinde sonuçlar doğurmaktadır. İşkence yasağının büyük önemi (*bk. yukarıda pa-
rag. 62*) ve özellikle işkence mağdurlarının korunmasız durumu düşünüldüğünde, iç
hukukta kullanılabilir diğer haklar saklı kalmak kaydıyla, Sözleşme’nin 13. maddesini
devletlere işkence olayları hakkında tam ve etkili bir soruşturma yapma yükümlülüğü
yükler.

Buna göre, bir kimsenin devlet görevlileri tarafından kendisine işkence yapıldığına da-
ir savunulabilir bir iddiası varsa, Sözleşme’nin 13. madde bakımından “etkili hukuk
yolu” kavramı, uygun bir tazminatın ödenmesinin yanı sıra, işkenceden sorumlu olan-
ların belirlenmesini ve cezalandırılmalarını sağlayabilen ve şikâyetçinin etkili bir biçim-
de katılmasını içeren bir usulle, tam ve etkili bir soruşturma yapılmasını gerektirir. Bir
işkence fiilinin işlendiğine inanmak için makul nedenler bulunduğu takdirde, ‘derhâl ve
tarafsız’ bir soruşturma yapma yükümlülüğü yükleyen İşkence ve Diğer Zalimane, İn-
sanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele ve Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşme-
si’nin 12. maddesindeki gibi bir hükmün, bu Sözleşme’de bulunmadığı açıktır. Ancak
Mahkeme’nin görüşüne göre böyle bir gereklilik, Sözleşme’nin 13. maddesindeki “et-
kili hukuk yolu” kavramının içinde zimnen yer alır (*bk. yukarıda belirtilen Soering
kararı, parag. 88*).

²⁵⁴ “**Kural 36**

(4) Bariz bir şekilde önemsiz veya temelsiz olmadığı sürece her talep veya şikâyet derhâl ele alı-
nacak ve gecikmeye mahal verilmeksizin yanıtlanacaktır.”

²⁵⁵ Özel Raportörün 23 Aralık 2003 tarihli raporu, E7supra, paragraf 39; İşkence Özel Ra-
portörünün Genel Tavsiyeleri, BM Doc.E/CN./2003/68 paragraf.26

²⁵⁶ Stephens / Jamaica, Bildirim no. 373/1989, BM Doc. CCPR/C/55/D/373/1989
(1995), paragraf.9.2

Devlet raporlarına ilişkin değerlendirmesinde devletlere “kamu gö-
revlilerinin işlemiş olduğu tüm kötü muamele eylemlerinin bağımsız
bir birim tarafından derhâl ele alınmasının ve soruşturulması-
nın” sağlanması çağrısı yapmıştır.²⁵⁷

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir soruşturmanın etkin olup ol-
madığını incelerken “yetkililerin şikâyetlere dair gereken etkinlikte
harekete geçip geçemedikleri testini uygulaya gelmiştir.”²⁵⁸ Avrupa
İnsan Hakları Mahkemesi bir çok kararında, ihlalleri devlet görev-
lilerinin zamanında ve etkin şekilde soruşturma yapmadığı olgusu-
na dayandırmıştır.^{259, 260}

²⁵⁷ Örnek olarak bknz. Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti, BM Doc. CCPR/CO/72/PRK,
27 Ağustos 2001, paragraf.15

²⁵⁸ Labita / İtalya Başvuru no.26772/95, paragraf. 131

“**Error! Main Document Only.** Mahkeme, şikâyetçinin polis veya diğer benzeri
Devlet görevlilerinin elinde bulunduğu sırada 3. maddeyi ihlal eden bir muameleye
maruz kaldığı hususunda üçüncü bir kişi tarafından inandırıcı bulunabileceği durumlarda
Sözleşmenin 1. maddesinde belirtilen ve “Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, kendi yetki
alanları içinde bulunan herkese işbu Sözleşmenin birinci bölümünde açıklanan hak
ve özgürlükleri tanı” şeklinde ifade edilen Devletin genel yükümlülüğü ile beraber
okunan 3. maddenin dolaylı olarak etkin resmi bir soruşturmayı gerektirdiğini ifade
etmiştir. Madde 2 uyarınca yapılan bir soruşturmanın, sorumluların teşhisini ve ceza-
landırılmasını sağlayacak şekilde tesis edilmesi ve yürütülmesi gerekmektedir (bknz.
Mccan ve Diğerleri / Birleşik Krallık, 27 Eylül 1995, Seri A No.324, p.49, paragraf
161; Kaya / Türkiye 19 Şubat 1998, Raporlar 1998 –VI, sayfa 2438, paragraf 98).
Aksi takdirde işkence, insanlık dışı ve alçaltıcı muamele ve cezaya dair genel yasak,
temel önemine rağmen, uygulamada etkisizleşecek ve bazı durumlarda devlet görev-
lilerinin kontrolleri altında bulunan kişilerin haklarına fiili bir cezazırlıkla tecavüz etme-
leri mümkün olacaktır, (bknz Assenov ve Diğerleri / Bulgaristan, Karar, sayfa 3290,
paragraf. 102).”

²⁵⁹ Çiçek v. Türkiye (2003) 37 E.H.R.R 20 ECHR, paragraf.149, Timurtaş v. Türkiye (2001)
33 E.H.R.R 6 ECHR, paragraf.89.

²⁶⁰ Nitekim iç hukukta da benzer bir düzenleme CMK 160. madde ile yapılmış durumdadır. Bu
madde uyarınca Cumhuriyet Savcısının “ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izleni-
mini veren bir hali öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek
üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar.”

Yine CMK m. 158 uyarınca suça ilişkin ihbar veya şikâyet, Cumhuriyet Başsavcılığına veya kol-
luk makamlarına yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir. Valilik veya kay-
makamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyet, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gön-
derilir. Yurt dışında işlenip ülkede takibi gereken suçlar hakkında Türkiye’nin elçilik ve konso-
losluklarına da ihbar veya şikâyetle bulunulabilir. Bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı
olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar

b. Tarafsızlık

Tarafsızlık kavramı soruşturma sürecinin en önemli olmasa bile anahtar unsurlarından birisi olarak tanımlanmıştır. Tarafsızlıkla kastedilen, soruşturmacıların önyargıdan uzak bir şekilde hareket edebilmeleridir. Tarafsızlık ile bağımsızlık kavramı birbirilerinden farklı kavramlardır. Bağımsızlık kavramıyla işkence faileri ile soruşturmacı kişi ve birimler arasında kişisel veya mesleki herhangi bir ilişkinin olmaması kastedilmektedir. Hal böyle olmakla birlikte bahsi geçen iki kavram iç içe geçmiştir. Örneğin bağımsızlığın olmayışı, genel olarak tarafsızlığın olmadığı hususunda bir göstergedir.

İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 12. ve 13. maddeleri açık bir şekilde soruşturmaların tarafsız olması gerektiğini ifade etmektedir. İnsan Hakları Komitesi, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 7. maddesi uyarınca yürütülecek soruşturma açısından tarafsızlığın örtülü bir gereklilik olduğunu ifade etmiştir.²⁶¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de işkenceye dair soruşturmaların tarafsızlık içerisinden yürütülmesinin vazgeçilmez olduğunu ifade etmiştir.²⁶²

Uluslararası sözleşme organları tarafsızlık kavramını ele alırken kurumsal ve usul açısından meseleye yaklaşmışlardır. Tarafsızlık soruşturmanın bizzat kendisiyle veya soruşturma makamının değerlendirme şekliyle ilgili olabileceği gibi, menfaatlerin çatışmasından kaynaklanabilecek her türlü şüpheye veya bariz bir önyargıyla da alakalı olabilir. BM İnsan Hakları Komitesi özellikle de failerinin polis olduğu işkence iddialarının soruşturulması amacıyla bağımsız soruşturma birimlerinin yokluğunu eleştirmiştir. Aynı şekilde BM İnsan Hakları Komitesi işkence şikâyetlerine dair taraf-

veya şikâyet, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir.

İşkence suçu resen soruşturulan ve kovuşturulan bir suç olduğu için işkenceye maruz kaldığı iddia eden kişinin yetkili makamlara bunu bildirmesi yeterli olacaktır. Diğer yandan savcılık bu suçun işlendiği izlenimini kendisi de edinebilir. Örneğin bir ceza veya tevkif evinin gezilmesi esnasında işkence bulgularına rastlanılması ya da adli raporlarda bulgu olması durumunda savcı doğrudan harekete geçecektir

²⁶¹ Bknz Genel Yorum 20, paragraf. 15

²⁶² Assenov ve Diğerleri / Bulgaristan, 28 Ekim 1998, Başvuru no:24760/94 www.echr.coe.int

sız soruşturma mekanizmalarının olmayışını, özellikle de var olan mekanizmaları denetleyecek üst mekanizmaların bulunmayışını endişe verici olarak değerlendirmiştir. Bu tespit sonrasında Komite her türlü işkence şikâyetinin iletilebileceği, işkence iddialarını soruşturabilecek ve bu konuda karar verme ehliyetine sahip bağımsız mekanizmaları kurulması hususunda taraf devletlere çağrıda bulunmuştur.²⁶³

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, işkence iddialarına karıştığı iddia edilen kişilerin aynı soruşturmalarda görev veya rol aldığı durumlarda soruşturmaların ve soruşturmacıların bağımsız olmadığını sıklıkla vurgulamıştır.²⁶⁴ Mahkeme, bağımsızlığın sadece hiyerarşik veya kurumsal bağlantının bulunmayışı anlamına gelmediğini bunların yanı sıra gerçek anlamda bir bağımsızlığı da ihtiva ettiğini belirtmiştir.²⁶⁵

²⁶³ Bknz, örneğin, İnsan Hakları Komitesinin Sonuç Gözlemleri, Litvanya, BM Doc. CCPR/CO/80/LTU, 15 Nisan 2004; İnsan Hakları Komitesinin Sonuç Gözlemleri, Letonya, BM Doc. CCPR/CO/79/LVA 15 Kasım 2003;

²⁶⁴ Aktaş v. Türkiye, paragraf.301, 24 April 2003, Başvuru no:24351/94,

"Error! Main Document Only.. Görülmekte olan davada Mahkeme ilk olarak Mardin Jandarma Komutanlığı Sorgu Merkezinin kullandığı sorgu yerlerinin Yakup Aktaş'ın hastaneye ölü olarak getirildiği gün olan 25 Kasım 1990 tarihinde saat 20.10'da derhâl teftişe tabi tutulduğunu, ifade etmektedir (bknz paragraf.61). Hal böyle olmakla birlikte soruşturmayı yürüten kişilerin jandarmanın kendisi olduğu hususunda hiç bir tartışma bulunmamaktadır. Keza jandarma personelinden üçü Kıdemli Binbaşı Haşim Üstünel, Başçavuş Yusuf Karakoç ve Kıdemli Çavuş Ali Yavaş gerçekte Mardin Jandarma Komutanlığının istihbarat birimine bağlıdır. Mahkeme Sözleşmenin 2.maddesinde belirtilen amaçlar çerçevesinde, Komisyon ve başvuru ile söz konusu soruşturmanın etkin bir soruşturma olarak değerlendirilemeyeceği hususunda aynı kanaattedir. Ayrıca Mahkeme Kıdemli Binbaşı Üstünel, Başçavuş Karakoç ve Kıdemli Çavuş Yavaş Komisyon delegelerine başvuru ve başvuru temsilcileri ile aralarında bir perde bulunmaması halinde ifade vermeyi reddeden tanıklar arasında oldukları hususunun kayda değer olduğunu ifade etmiştir. (bknz paragraf 246 ve 248)."

²⁶⁵ Finucane / Birleşik Krallık , paragraf.68 1 Temmuz 2003, Başvuru no. 29178/95, www.echr.coe.int

"Error! Main Document Only.. Devlet görevlilerince hukuka aykırı bir şekilde cinayet işlendiğinin iddia edildiği bir soruşturmanın etkin olabilmesi için, soruşturmada sorumlu olanlar ve soruşturmayı yürütenlerin olayda adı geçenlerden bağımsız olmalarının genel bir zorunluluk olduğu düşünülmektedir (bknz., örneğin, Güleç v.

Amerikalı İnsan Hakları Mahkemesi, bağımsızlığın bulunmamasının, her türlü soruşturmanın en asgari gereği olan tarafsızlığı olumsuz anlamda etkileyeceğini ifade etmiştir.

İşkencenin Önlenmesi Komitesi (İÖK) mahpusların işkence ve diğer kötü muamele türlerinden korunmalarını güçlendiren tarafsız ve bağımsız soruşturmaların önemine sıklıkla vurgu yapmıştır. Komite Kıbrıs ziyareti sonrasında yayınladığı raporunda işkence davalarına ilişkin gerçekleştirilen soruşturmaların gerek görünüşte, gerekse muhtevada mutlak anlamda tarafsız ve bağımsız olmalarının düstur olması gerektiğini ifade etmiştir.^{266, 267}

c. Kapsamlılık ve Etkinlik

Soruşturmaların kapsamlı ve etkin bir şekilde yürütülmesi hususunda çok sayıda uluslararası karar bulunmaktadır. “Kapsamlı” kavramı, soruşturmanın yürütümü sırasında atılan adımların doğası ve kapsamıyla ilgilidir.

İşkenceye Karşı Komite soruşturmaların etkin ve kapsamlı²⁶⁸ olmasının zorunlu olduğunu, ayrıca soruşturmaların amacının olayların ve iddia edilen failerin ortaya çıkarılması olması gerektiğini ifade etmiştir.²⁶⁹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre kapsamlı bir soruşturma ile kastedilen, soruşturmanın dayanağını teşkil eden mevzuatın kö-

tü muameleden sorumlu olanların tespitini ve cezalandırılmasını sağlayabilecek şekilde düzenlenmiş olması, ayrıca bizzat soruşturmanın da bu amaca uygun olarak yürütülmüş olmasıdır. Mahkeme ayrıca soruşturmanın gerek teoride, gerekse uygulamada “etkin olmasının” zorunlu olduğunu, bir diğer ifade ile kamu görevlilerinin meşru ve makul olmayan ihmal ve müdahaleleri ile soruşturmanın engellenmemesinin zorunlu olduğunu ifade etmiştir.²⁷⁰ Kamu makamları maddi gerçeği ortaya çıkarmak amacıyla daima samimi bir çaba göstermek zorundadırlar.²⁷¹ Ayrıca soruşturma sırasında soruşturma makamlarının soruşturmayı kapatmak amacıyla alalecele veya temelsiz bulgulara dayanmamaları, bu tür bulgulara dayanarak soruşturmayı kapatmamaları gerekmektedir. İddia edilen olaylarla ilgili soruşturmaların kapsam ve süreleri arasında makul bir orantının bulunması gerekmektedir.²⁷²

²⁷⁰ Aksoy / Türkiye, 18.12.1996, Başvuru no.31987/93, paragraf.95

“95. Mahkeme’ye göre Sözleşme’nin 13. maddesi, Sözleşme’deki hak ve özgürlükler için hukuk düzeninde hangi biçimde sağlanmış olursa olsun, bu hak ve özgürlüklerin özünün uygulanmasını sağlamak için, ulusal düzeyde bir hukuk yolunun kullanılabilirliğini güvence altına almaktadır. Her ne kadar bu madde, Sözleşme’deki Devletlere bu maddedeki yükümlülüklerine uygun davranış tarzı için belirli bir takdir yetkisi tanıyorsa da, yetkili ulusal makamların Sözleşme’deki haklar bakımından yapılan bir şikâyetin esasını ele almalarını ve uygun bir çözüm getirmelerini sağlayacak bir hukukî yol için, iç hukukta bir düzenlemenin bulunmasını gerektirmektedir (bk. yukarıda geçen *Chahal – Birleşik Krallık kararı*, paragraf. 145). Sözleşme’nin 13. maddesindeki yükümlülük, başvurunun Sözleşme bakımından yaptığı şikâyetin niteliğine göre değişebilir (bk. yukarıda geçen *Chahal kararı*, paragraf. 150-151). Bununla beraber, Sözleşme’nin 13. maddesinin bulunmasını gerektirdiği hukukî yol, hukuken olduğu kadar uygulamada da ‘etkili’ olan bir hukukî yoldur; hukukî yolun ‘etkili’ olması için, bu hukukî yolun kullanımının özellikle devlet görevlilerinin eylemleri veya ihmalleriyle haksız yere engellenmemesi gerekir.”

²⁷¹ Timurtaş / Türkiye, 13.06.2000, paragraf.88, Başvuru no:23531/94

“**Error! Main Document Only.** Hükümet tüm delillerin toplanmış olduğunu ve bu delillerin başvurunun iddialarını desteklemediğini aksine Abdulvahap Timurtaş’ın ya Suriye’de ya da PKK’nın saflarında olduğunu ortaya koyduğunu iddia etse de, Komisyon hazırladığı raporunda söz konusu soruşturmanın işi sürüncemede bırakan, baştan savma, üstünkörü olduğunu dolayısıyla da başvurunun oğluna ne olduğunu ortaya çıkarma hususunda ciddi bir çaba olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir (Komisyon raporunun 264.paragrafi)...”

²⁷² Akkoç / Türkiye, 10.10.2000, Başvuru no.22947/93, paragraf.99, <http://ihami.anadolu.edu.tr/>

Türkiye, 27 Temmuz 1998, Raporlar 1998 – IV, p.1733, paragraf. 81-82; *Oğur v. Türkiye* [GC], no. 21594/93, paragraf 91-92, ECHR 1999-III). Bunun anlamı sadece hiyerarşik veya kurumsal ilişkinin yokluğu olmayıp ayrıca uygulama yansıyan bir bağımsızlıktır (bknz, örneğin, *Ergi v. Türkiye*, 28 Temmuz 1998, Raporlar 1998-IV, sayfa. 1778-79, paragraf 83-84, ve son zamanlarda ele alınan Kuzey İrlanda davaları, örneğin *McKerr*, paragraf.128, *Hugh Jordan* 120, ve *Kelly ve Diğerleri* paragraf.114)”

²⁶⁶ Kıbrıs gezisine dair Kıbrıs Hükümetine sunulan rapor, Mayıs 2000

²⁶⁷ Durum özellikle adli kolluk uygulamaları açısından da dikkati gerektirmektedir. İç hukuk düzenlemesindeki Cumhuriyet Savcısının emrindeki adli kolluk veya kamu görevlileri eli ile soruşturmayı yürütebilmesi ilkesi, uygulamada geniş bir öneme sahiptir. Bu bağlamda kolluğun tarafsızlığı ve bağımsızlığı önündeki objektif engel dikkate alınmalıdır. İşkence soruşturmalarında Savcılığın soruşturmayı bizzat yürütmesi genel ilke olarak benimsenmelidir.

²⁶⁸ *Radioje / Yugoslavya*, Bildirim 113/1998, paragraf 9.6.

²⁶⁹ *Harjizi Dzemaji / Yugoslavya*, Bildirim 161/200 paragraf. 9.4

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kamu görevlilerinin özellikle soruşturma makamlarının delillerin toplanmasıyla bağlantılı olarak hangi adımları atmamakla yükümlü olduklarını analiz etmiştir. Mahkeme içtihatlarında adli yardım sağlanması, objektiflik, kamu makamlarının mağdurlara ve şüphelilere yaklaşımı; tanıkların zamanında ifadelerinin alınması; alıkonulma yerlerinin teftişi, gözaltı kayıtlarının kontrolü, uzman doktorlarca objektif adli tıp incelemelerinin gerçekleştirilmesi, gözaltında ölüm olayları açısından otopsi ve adli tıp delillerinin temini gibi soruşturmanın yürütülüş şeklini ortaya koyan delillerin elde edilmesiyle ilgili işlemlerin önemine dikkat çekmiştir.²⁷³

2. Etkin Bir Soruşturmanın Olmazsa Olmazları

- Soruşturmacıların yetkin, tarafsız, şüphelilerden ve şüphelilerin bağlı olduğu resmi kurumdan bağımsız olmaları zorunlu-

“99. Bu nedenle, bu olaydaki soruşturmanın kapsam bakımından sınırlılığını ve süre bakımından kısalığını dikkate alan Mahkeme, Zübeyr Akkoç’un ölümünü içinde yer aldığı şartların yetkililer tarafından etkili bir şekilde soruşturulmadığını saptamaktadır. Bu konuda da Mahkeme, Sözleşme’nin 2. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.”

²⁷³ Salman / Türkiye, 27.06.2000, Başvuru no: 21986/93 paragraf.106

“106. Dava konusu olaya dönülecek olursa, Mahkeme Agit Salman’ın ölümüne sebebiyet veren koşulların belirlenmesinde otopsi incelemesinin büyük önem taşıdığını gözlemlemektedir. Mahkeme önünde hâlâ unsurları tartışma konusu olan maddi olayların ortaya konulmasında Komisyon’un karşılaştığı güçlükler, büyük ölçüde ölüm sonrası tıbbi inceleme eksikliklerinden kaynaklanmaktadır. Özellikle adli tıba uygun çekilmiş fotoğrafların bulunmaması, ceset üzerindeki yaraların ve izlerin ayrıntılı histopatolojik incelemesinin yapılmamış olması, Agit Salman’ın ölümünün, ölümden önceki 24 saat içinde gördüğü kötü muamele tarafından tetiklenmiş olup olmadığını ortaya koymak için hayati öneme sahip bu izlerin meydana geliş tarihine ve kaynağına ilişkin gerçeğe uygun analiz yapmayı engellemiştir. Dr. Şen’in, bir kalp masajı yapıp yapılmadığını doğrulamaksızın, göğüs kemiğindeki kırılmaya bu tür bir masajın sebep olmuş olabileceğine dair raporunda yer verdiği koşulsuz varsayım, olayın şartları hakkında yanıltıcı olmuştur. İstanbul Adli Tıp Kurumu’nun Dr. Şen’in tespitleri üzerinde yaptığı inceleme, bu kusurları gidermemiştir. Adli Tıp Kurumu otopsinin, Agit Salman’ın önceden var olan bir kalp rahatsızlığı ile birlikte yakalanmasının yarattığı heyecanın birleşmesinin tetiklediği bir kalp krizi sonucu öldüğünü ortaya koyduğunu belirterek, bunları birbirine bağlamıştır.”

dur. Bağımsızlık koşulu soruşturmaya katılan yardımcı unsurlar için de aranmalıdır.²⁷⁴

- İşkencenin soruşturulması amacıyla kullanılan metotların en yüksek mesleki standartlara uygun olması, bulguların kamuoyuna duyurulması zorunludur.²⁷⁵
- Soruşturmacıların, muhtevası ne olursa olsun ve kimin tarafından tutulursa tutulsun, soruşturma ile ilgili tüm delillere ulaşma ve edinme hususunda sınırsız bir yetkiye sahip olmaları zorunludur.²⁷⁶
- Soruşturmacılar gerekli mali ve teknik imkânlarla donatılmalarıdır.²⁷⁷
- Bir işkence veya kötü muamele vakasında adı geçen herhangi bir kamu görevlisi mağdurlar, tanıklar, bunların aileleri ve en önemlisi soruşturmacılar üzerinde kontrole sahip olabilecek her türlü görevden el çektilmelidir.
- Ceza yargılaması açısından kabul edilebilir delillerin ortaya çıkarılması, delillerin hukuken sakatlanmaması amacıyla soruşturmacıların bağımsız hukukî danışmanlardan yararlanması sağlanmalıdır.²⁷⁸

²⁷⁴ Soruşturmalarda yaygın olarak adli kolluk kullanılmaktadır. Özellikle keşif, teşhis, tebligat yapılması ya da zorla getirme gibi soruşturma işlemlerine kolluğun katılması durumunda bağımsızlıktan bahsetmek mümkün değildir. İşkence soruşturmalarının bizzat savcılıklar tarafından yapılması esastır. Ancak kolluğun zorunlu olduğu durumlarda da bağımsızlığın sağlanması için polis/jandarma çaprazlaması, başka birimlerin kullanılması gibi uygulamalar denenmelidir. Tarafsızlığın sağlanması ise soruşturma makamlarının her aşamada kolluk üzerindeki etkin denetimi ile mümkün olacaktır.

²⁷⁵ Soruşturma sırasında delillerin toplanması ve korunması amacıyla yüksek standartta mesleki beceri ve özen gösterilmelidir. Her aşamada fotoğraflama, olay yeri incelemesi ve teşhis, keşif benzeri işlemlere sıklıkla ve etkin olarak başvurulmalıdır.

²⁷⁶ Delillere ulaşma konusundaki yetki aynı zamanda etkin olmalıdır. Kollukça düzenlenen tüm evrakların, olay yerinde tutulan kayıt v.b. ile şüphelilerin ve kolluk biriminin telefon, telsiz gibi kayıtlarının da etkin bir şekilde ve eksiksiz olarak toplanması zorunludur. Bu kayıt ve delillerin olayın hemen arkasından “derhâl” toplanabilmesi, delil değerini arttıracak ve korunmasını sağlayacaktır.

²⁷⁷ Teknik olanaklar savcılığın bizzat sahip olduğu araçlar üzerinden yorumlanmamalıdır. Burada bilirkişi atama ve kamu kurum ve kuruluşlarından bilgi ve belge isteme yetkisi kapsamında “devletin” olanakları üzerinden değerlendirme yapılması gerekmektedir.

²⁷⁸ Cumhuriyet Savcısının hâkim kararına başvurabilme ve bilirkişi atama olanakları bu açıdan ele alınmalıdır.

- İşkence mağdurları, avukatları ve ilgili üçüncü kişi ve kuruluşların duruşmalara katılması, soruşturma ile ilgili tüm bilgi ve belgeye ulaşmaları, delil sunabilmeleri sağlanmalıdır.
- Tanıkların soruşturma sırasında zarar görmesi muhtemel ise avukatla temsilieri sağlanmalıdır.
- Soruşturma mekanizması etkin bir şekilde tanıkları sorgulayabilmelidir. Yargılamaya taraf olanlar yazılı olarak değerlendirmelerini iletebilmelidirler.
- Mağdurların alternatif doktor raporu alabilmeleri sağlanmalı, alternatif raporlar delil olarak kullanılabilir.

Bütün bunların yanı sıra İstanbul Protokolü soruşturmanın doğası hakkında bilgilendirilme, mağdurlar tarafından verilecek ifadelerin veya delillerin nasıl kullanılacağı gibi mağdurların hakları özelinde soruşturmalara dair asgari usul standartları benimsemiştir.

V. GİDERİM*

İşkence ve diğer zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaların mağdurlarına giderim sağlanmasına ilişkin hak, uluslararası yükümlülüklerin ihlal edilmesi durumunda bir giderim sağlanması yükümlülüğünden kaynaklanan uluslararası hukukun temel bir ilkesidir.²⁷⁹ İşkence yasağı uluslararası hukukta tüm devletler için bir yükümlülüktür ve bu nedenle de ihlal edildiğinde, yeni bir uluslararası yükümlülük olan giderim sağlama yükümlülüğü herhangi bir sözleşme yükümlülüğünden bağımsız olarak ortaya çıkar.

Uluslararası hukukta “giderim, yasadışı eylemin tüm sonuçlarını ortadan kaldıracak ve bu fiil gerçekleşmeseydi durum nasıl olacak idiyse o durumun mümkün olduğunca yeniden oluşturulmasıdır”.²⁸⁰ Bir başka deyişle işkenceyle ilgili olarak giderim, ortaya çıkan zararlar orantılı ve mümkün olduğunca da işkence mağduru kişinin yaşamını ve onurunu onarıcı, yani uygun/veterli olmalıdır. Örneğin İnsan Hakları Komitesi, tazminat ülkede ülkeye değişiklik göstermekle birlikte uygun bir tazminatın “salt sembolik” olamayacağını ortaya koymaktadır.²⁸¹

* Bu bölüm, The Istanbul Protocol: International Guidelines for the Investigation and Documentation of Torture

ACTION AGAINST TORTURE, A Practical Guide to the Istanbul Protocol – for Lawyers, Revised edition, October 2007, isimli çalışmanın “E.International Standards on Right to an Effective Remedy and Adequate Reparations for Victims of Torture and Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment” başlıklı bölümünden çevrilmiştir. Çeviren: Hülya Üçpınar

²⁷⁹ See: Permanent Court of Arbitration, *Chorzow Factory Case* (Ger. V. Pol.), (1928) P.C.I.J., Sr. A, No.17, at 47 (September 13); International Court of Justice: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. U.S.), Merits 1986 ICJ Report, 14, 114 (June 27); *Corfu Channel Case*; (UK v. Albania); *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, p. 184 ; *Interpretation des traites de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, deuxième phase, avis consultatif*, C.I.J., Recueil, 1950, p.228. See also Article 1 of the draft Articles on State Responsibility adopted by the International Law Commission in 2001: Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State. (UN Doc.A/CN.4/L.602/Rev.1, 26 July 2001 (“ILC draft Articles on State Responsibility”)).

²⁸⁰ Permanent Court of Arbitration, *Chorzow Factory Case* (Ger. V. Pol.), (1928) P.C.I.J., Sr. A, No.17.

²⁸¹ *Albert Wilson v the Philippines*, Communication No. 868/1999, U.N. Doc. CCPR/C/79/D/868/1999 (2003). The Human Rights Committee has referred in several decisions to the duty to afford “appropriate” compensation. See *Bozize v Central African Republic* (No. 449/1990); *Mojica v. Dominican Republic* (No. 449/1991). In *Griffin v. Spain*

BM Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Ağır İhlalleri ve Uluslararası İnsancıl Hukukun Ciddi İhlallerinin Mağdurlarına Giderim ve Onarım Hakkına İlişkin Temel İlkeler ve Kılavuz'a göre giderim türleri şunları içerir: *eski hale getirme, tazminat, rehabilitasyon, tatmin ve (ihlalin) tekrarlanmayacağına ilişkin güvence.*²⁸²

1. Giderim biçimleri

Eski hale getirme: Giderimin bu türü, eski halin yeniden tesisi (*status quo ante*), yani durumun haksız fiilin gerçekleşmesinden önceki haline geri getirilmesini içerir. İnsan hakları ihlalleri sonucunda meydana gelen acı ve ıstırapın “yapılmamış” sayılması mümkün olmakla birlikte, belli açılardan giderim mümkün olabilir. Örneğin özgürlüğü kısıtlanan kişinin salıverilmesi; insan haklarının, kimliğin, aile yaşamının, vatandaşlığın yaşama geçirilmesi; kişinin ikametgâhına geri dönmesi, işe iadesi veya mallarının iade edilmesi.²⁸³

Tazminat: Tazminatın rolü, meydana gelen zararın (zarar maddi olarak karşılanabilir olduğu durumda) tam olarak karşılanması anlamına gelmektedir.²⁸⁴ Amerikalararası İnsan Hakları Mahkemesi Velásquez Rodríguez davasında, meydana gelen kaybın mümkün olduğunca tazmin edilebilmesi için geniş bir çerçevede “adil tazminat” ödenmesine karar vermiştir.²⁸⁵ Tazminat, maddi kayıpları (kazanç kaybı, emeklilik, sağlık harcamaları, vb) ve maddi olmayan ya da manevi zarar (acı ve ıstırap, manevi ıstırap, aşağılanma, yaşamdan tat alamama ve dostluk duygusunun kaybını) içerir ve manevi tazminat genellikle hakkaniyete uygun biçimde takdir edilir.

(No. 493/1992) the Committee ordered “appropriate compensation for the period of his detention in the prison in Melilla”. See also Bossuyt, Marc J. “GUIDE TO THE ‘TRAVAUX PREPARATOIRES’ OF THE INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS” (2002 ed. Kluwer Academic Publishers).

²⁸² Adopted by General Assembly Resolution A/Res/60/147, 16 December 2005.

²⁸³ See also, Principles 8 - 10 of the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, Adopted by General Assembly resolution 40/34 of 29 November 1985.

²⁸⁴ Commentary to the Draft Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts; Report of the International Law Commission on its Fifty-three Session, GA, Supplement No. 10 (A/56/10); cph. IV.E.”).

²⁸⁵ *Velásquez Rodríguez Case*, Interpretation Of The Compensatory Damages Judgment, Judgment Of August 17, 1990, Para. 27.

Rehabilitasyon: Giderimin önemli bir bileşeni olan rehabilitasyon insan hakları mekanizmaları tarafından bir hak olarak tanınmaktadır.²⁸⁶ BM Suç ve Yetkinin Kötüye Kullanılması Mağdurlarına Adalet Sağlanmasına İlişkin Temel İlkeler “mağdurların gerekli maddi, tıbbi, psikolojik ve sosyal yardım ve destek almasının gerekliliğini” bir koşul olarak ortaya koymaktadır. Giderim hakkına ilişkin Özel Raportör, giderimin, hukuksal ve sosyal hizmetler kadar tıbbi ve psikolojik yardımlar ve diğer hizmetleri de kapsamı gerektiğini belirtmektedir.²⁸⁷ Bu hizmetler “aynı” olabileceği gibi yapılmış olan masraflar da nakdi ödemenin bir kısmını oluşturabilir. Kişiyi zararlarının karşılığı olarak yapılan ödeme ile rehabilitasyon amacıyla sağlanan miktarı birbiriyle karıştırmamak gerekir.

Tatmin ve ihlalin tekrarlanmayacağına ilişkin güvence: Giderimin daha kapsamlı ve daha uzun vadede onarıcı amacına katkıda bulunabilecek olan tatmin ve ihlalin gerçekleşmeyeceğine ilişkin verilecek olan güvenceler farklılıklar gösterebilir. Burada merkezde bulunan bileşen, ihlalin kamusal biçimde kabul edilmesi, mağdurların gerçeği bilme hakkı ve failerin sorumlu tutulmasıdır.²⁸⁸ Rehabilitasyona ilişkin Temel İlkeler alınacak tedbirleri şöyle listelemektedir: Devam etmekte olan ihlallerin sona ermesi; özür; vakıaların kamusal kabulü ve sorumluluğun üstlenilmesi; mağdurlar için anıtlar ve anmalar; güvenlik güçleri ve ordu üzerinde sivil denetimin etkin biçimde sağlanması, hukuk, basın ve ilgili diğer meslek gruplarındaki insan hakları savunucularının korunması gibi önleyici tedbirler alınması.

2. Etkin hukuk yolları

Uluslararası hukuk aynı zamanda devletlerin, insan hakları ihlallerinin mağdurlarına iç hukukta uygun giderim sağlanmasını güvenceye almak üzere etkin hukuk yolları sunmasını ge-

²⁸⁶ See for example the UN Convention on the Rights of the Child and its Optional Protocol; UN Convention against Torture; Declaration on Enforced Disappearances; Declaration on the Elimination of Violence against Women.

²⁸⁷ Principle 24, Final report of the Special Rapporteur, Mr. M. Cherif Bassiouni, submitted in accordance with Commission resolution 1999/33, E/CN.4/2000/62, 18 January 2000.

²⁸⁸ Question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political); E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 October 1997, para. 17

rektir. Başka bir deyişle işkence ve diğer insan hakları ihlallerine ilişkin giderim hakkı hem (tazminat gibi) esaslı giderimler/hukuk yollarına ilişkin hakları, hem de bunları elde etmek için (hukukî, idari ve cezai yollara başvurabilmek gibi) etkin hukuk yolları hakkını da içerir. Bu ilke tüm uluslararası insan hakları belgelerinde yer almaktadır.²⁸⁹

Aslında insan hakları ihlallerine karşı giderim sağlanmasına ilişkin hak tüm insan hakları belgelerinde güvence altına alınmıştır ve temel bir hakla ilgili bir ihlal olduğu takdirde, bu durumda giderim sağlanmasına ilişkin hak da sınırlandırılmaz.²⁹⁰ Örneğin, özgürlüğünden yoksun bırakılma sürecinde avukata erişim gibi işkence ve kötü muameleye karşı usuli güvenceler herhangi bir sınırlamaya ya da yükümlülük azaltmaya tabi tutulamaz. Buna bağlı olarak barışta, savaşta ve olağanüstü hal durumunda insan haklarının korunmasına yönelik olarak etkin iç hukuk yolları sağlanması, bağımsız ve sürekli bir yükümlülüktür. İnsan hakları belgeleri kişilerin hem adil bir yargılamaya etkin erişime ilişkin usuli hakkı (yargısal ya da yargısal olmayan hukuk yollarıyla)²⁹¹, hem de esasa ilişkin (eski

hale getirme, tazminat ve rehabilitasyon gibi)²⁹² giderim hakkını güvenceye alır.

- Bir iç hukuk yolu yasada olduğu gibi, uygulamada da etkili olmalıdır; ayrıca yaşama geçirilmesi ulusal yetkililerin fiilleriyle ya da ihmalleriyle haksız biçimde engellenmemelidir.²⁹³

İç hukuk yollarının (adli, idari ya da diğer) doğası, ihlal edilen esasa ilişkin hakla ve bu tür ihlallere ilişkin yeterli karşılığı sağlayan yolun etkililiği ile uyumlu olmalıdır.²⁹⁴ İşkence ve kötü muamele gibi ciddi insan hakları ihlallerinin varlığı durumunda her türlü yargı yolu açık olmalıdır.²⁹⁵

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi tarafından da belirtildiği üzere “[...] insan haklarının ciddi ihlallerinde idari yollar uygun ve etkin yollar olarak kabul edilemezler.”²⁹⁶ Dahası, ciddi insan hakları ihlallerinde medeni hakların ve yükümlülüklerin belirlenmesi için bireyin mahkemeye erişim hakkı uluslararası insan hakları hukukunun temel bir ilkesidir.²⁹⁷

²⁹² See Jeremy McBride, “Access to Justice and Human Rights Treaties” (1998) 17 Civil Justice Q.235.

²⁹³ See *Aksoy v. Turkey*, 18 December 1996, European Court of Human Rights.

²⁹⁴ Article 13 requires “the provision of a domestic remedy allowing the competent national authority both to deal with the substance of the relevant Convention complaint and to grant appropriate relief” although State have some discretion as to how to comply (para 69) *D v. United Kingdom* 176 App. No. 30240/96 Judgment of 2 May 1997 (referring to *Soering v. United Kingdom* App. No. 14038/88 Judgment of 7 July 1989 and *Vilvarajah v. United Kingdom* App. No. 13163/87 Judgment of 30 October 1991). The HRC commented on Finland’s report (CCPR/C/95/Add.6) re the obligation under Art 2(b) of the ICCPR that “while noting that a recent reform of the Penal Code makes punishable the violation of several rights and freedoms, including those protected by articles 21 and 22 of the Covenant, the Committee is concerned that criminal law may not alone be appropriate to determine appropriate remedies for violations of certain rights and freedoms (Concluding Observations of the Human Rights Committee, Finland: 08/04/98).

²⁹⁵ 177The nature (judicial, administrative or other) of the remedy should be in accordance with the nature of the right violated and the effectiveness of the remedy. In the case of grave human rights violations, which implicitly constitute a crime, like torture, there is unanimity in the jurisprudence of international human rights tribunals and bodies on the judicial nature of effective remedies. See REDRESS Sourcebook on the Right to Reparation, supra.

²⁹⁶ *Nydia Bautista v Colombia* (No. 563/1993); *José Vicente and Amado Villafane Chaparro, Luis Napoleon Torres Crespo, Angel María Torres Arroyo and Antonio Hugues Chaparro Torres v Colombia* (No. 612/1995).

²⁹⁷ See Principles relating to the status of national institutions (“Paris Principles”) UN Doc. E/CN.4/1992/43, 16 December 1991.

Hukuk yollarının yargısal bir niteliği olması gerektiğini belirtirken uluslararası içtihatlar devletlerin ağır insan hakları ihlallerinin mağdurlarına sağlaması gereken hukuk yollarının türlerine de gönderme yapmaktadır. Örneğin, işkence vakalarında devletler;

- Mağdurlar için etkin bir hukuk yolu olarak bir *yargı merci* tarafından failerin kovuşturulmasını ve cezalandırılmasını sağlayacak bir ceza soruşturması başlatılmasını,
- Bir mahkeme önünde giderim talep etme hakkı verilmesini sağlamalıdır.

İşkence davalarında, yargısal olmayan idari ya da diğer yollar devletlerin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde yeterli görülmemektedir. İşkence mağdurunun idari yollara başvurarak tazminat talebinde bulunmak istemesi durumunda bile kişi hem hukuken, hem de uygulamada bireylere ve devlete karşı özel hukuka ilişkin talepte bulunma hakkına sahip olmalıdır.²⁹⁸

Özgürlüğü sınırlanan kişilerin alıkonulmalarının hukukiliğine itiraz etmelerinde olduğu gibi başvuru yolları *yargısal* olmalıdır, başka bir ifadeyle, bir yargı merciine yapılmalıdır (*habeas corpus* ve *amparo* başvurularında olduğu gibi).²⁹⁹ Bu tür başvuru yolları işkence ile mücadelede önemlidir çünkü alıkonan kişinin ilk bağlantı kurduğu ve alıkonma yeri ile ilgili olmayan kamu görevlisi genellikle yargıçtır. Bununla bağlantılı olarak, bu belki de özgürlüğü kısıtla-

²⁹⁸ See for an overview of Ombudsman institutions worldwide, www.law.ualberta.ca/centres/oi/eng/worldwide.html.

Compare the broad mandate of the Ombudsman in Australia (UN Doc. CAT/C/25/Add.11, 15 May 2000, paras. 96 et seq.) and Bolivia (UN Doc. CAT/C/52/Add.1, 21 September 2000, paras.71 et seq.) with the more traditional, narrow mandate of their counterparts in Fiji (UN Doc. HRI/CORE/1/Add.122, 25 November 2002, paras.186 et seq.) and the Philippines (www.ombudsman.gov.ph) as well as the specific mandates concerning criminal investigations and prison services of the Ombudsman in Georgia (UN Doc. CAT/C/Add.1, 2 June 2000, para.107) and the Czech Republic (UN Doc. CAT/C/60/Add.1, 4 October 2002, paras.87 et seq.).

²⁹⁹ See Gonzalo Elizondo and Irene Aguilar, *Ombudsman Institution in Latin America: Minimum Standards for its existence*, in Lindsnaes, Lindholt and Yigen, National Human Rights Institutions, supra, pp.209-220, noting on p.209 that “The institution of the ombudsman in Latin America has been given diverse technical names, such as *Defensor dels Pueblo* in Ecuador, Bolivia, Peru, and Colombia, among others; *Defensor de los Habitantes* in Costa Rica; *Comisionado Nacional de Derechos Humanos* in Honduras and Mexico; or *Sindic de Greuges* in some localities in Spain” and Rachel Neild, *Confronting a Culture of Impunity*, supra, p.223.

nan kişinin işkence ve kötü muamele iddialarını dile getireceği ve iddialar hakkında soruşturmanın başlatılması için ilk olanaktır. Bir kötü muamele iddiasında bulunulmasa bile, önüne getirilen kişinin işkence görmüş olabileceğine ilişkin bir zeminin bulunması durumunda yargıç, kişi için adli muayene talebinde bulunmalıdır.³⁰⁰

Aynı biçimde, verilecek ihtiyati tedbirler ya da kararlar işkenceye karşı önemli bir koruma sağlayabilir. Kişi gözaltında ve/veya sorgulama sırasında risk altında olduğunu düşünüyorsa söz konusu kamu görevlileri için tedbir kararı alınmak üzere mahkemeye başvurusu mümkündür.

[....]³⁰¹

3. Ulusal uygulama - Ulusal düzeydeki başvuru yolları

Ceza yargılaması: Bir kamu görevlisi tarafından işkence gördüğü iddiasında bulunan kişi bir ceza soruşturması başlatabilmek için genellikle polise, savcıya ya da mahkemeye başvuru yapmaktadır. Pek çok iç hukuk sisteminde ceza soruşturması savcı uygun gördüğü takdirde açılabilen ve mağdur soruşturmayı doğrudan başlatamamaktadır. Askeri personel, askeri mahkemelerde yapılacak yargılamalar da dâhil olmak üzere genellikle diğer herhangi bir görevli gibi kovuşturulabilir ancak iç askeri disipline de tabi tutulabilir. Bazı sistemlerde, ceza yargılaması ile birlikte tazminat talebinde bulunmak da mümkündür.

Hukuk başvuruları: Hukuk davaları ulusal hukukta yer alan bir düzenlemeye dayanabileceği gibi içtihat hukukuna da dayanabilir. Bu düzenlemeler farklı konularla ilgili olabilir ancak hepsi, herkesin bir diğeriyle olan ilişkisinde özenli davranma genel yükümlülüğünün ihlali ile bağlantılı olmalıdır. Genel olarak, hukuk davası, mağdurun, sorumlu olan kişiden tazminat almak amacıyla başvurduğu bir yoldur. Usul işlemleri yargısal niteliğe sahiptir ve genel mahkemelerde görülür.

³⁰⁰ See The CPT Standards: Substantive sections of the CPT's General Reports, CPT/Inf/E (2002) - Rev. 2003.

³⁰¹ Orijinal metindeki bu paragraf çeviriye alınmamıştır.

Ulusal mahkemelerde insan hakları/temel haklara ilişkin usul işlemleri: Eğer ilgili ülke insan hakları ilkelerini kendi iç hukukuna, uluslararası sözleşmelerin ulusal mahkemelerde de uygulanacağı biçimde yedirmişse, bu durumda bir davada bir ihlalin varlığı ya da ihlal modeli dile getirildiğinde söz konusu vaka ilgili mahkemeye götürülebilecektir. Aynı zamanda, tazminat talebi mağdur(lar) adına da yapılabilir. Bu tür davalar anayasa mahkemesi gibi özelleşmiş mahkemelerde de görülebilir ve insan hakları ilkeleri üzerinden yapılacak tartışmalar başka tür davalar için yapılacak başvurulara da destek olabilir.

Ulusal İnsan Hakları Kurumları / Komisyonları (UIHK): Afrika ve Orta Doğu'nun pek çok ülkesi ve Asya'nın diğer ülkeleri, polis şikâyet mekanizmaları yerine ulusal insan hakları kurumları oluşturmayı tercih etmiştir. Bu tür kurumlar Latin Amerika, Avrupa ve Kanada'da da kurulmuştur. Her ne kadar ulusal kurumlar uygulamada pek çok açıdan farklılık gösterse de, ulusal kurumların oluşturulmasında bu kurumların statüsüne ilişkin Paris İlkeleri³⁰² bir referans noktasıdır. [...]Ulusal kurumlar yaygın bir biçimde, ihlalin ağırlığına bakmaksızın kişi veya gruplardan işkence ve kötü muamele yakınlmaları hususunda şikâyet dilekçeleri almakta, gerekli soruşturma ve incelemeleri yürüttükten sonra, hazırlamış oldukları rapor, değerlendirme ve elde ettikleri delilleri soruşturma yapılması amacıyla yetkili ve görevli soruşturma makamlarına havale etmektedirler.

Ulusal İnsan Hakları Kurumları genel olarak insan hakları ihlalleri ile ilgilenirken 2006 yılında yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşmeye Ek seçmeli Protokol uyarınca işkence ve kötü muamele vakalarının önlenmesine odaklanmış ulusal mekanizmalar kurulması da öngörülmektedir. Bu mekanizmalar doğrudan alıkonulma yerlerinin ziyaret edilmesi temelinde bir önleyici işleve sahip olmakla birlikte, meydana gelmiş vakalarda da mağdurlarla, tanık ve failerle yapılacak görüşmeler, toplanacak delillerin bir rapor halinde yetkililere iletilmesi noktasında bir hukuk yolu olarak işlevi bulunmaktadır.³⁰³

³⁰² See Principles relating to the status of national institutions ("Paris Principles") UN Doc. E/CN.4/1992/43, 16 December 1991.

³⁰³ Bu paragraf metnin orijinalinde bulunmamakla birlikte Seçmeli Protokol'e ve ulusal önleme mekanizmalarına ilişkin kısa bir bilginin yer alması yazarlarca yararlı bulunmuştur.

Ombudsman: Ombudsmanlık kurumu ilk kez 1809 yılında kamu yönetiminin sorumluluğunun ve hesap vermesinin sağlanması amacıyla İsveç'te oluşturulmuştur. Süreç içinde Ombudsmanlık kurumu yaygınlaşmıştır ve örneğin İspanya ve bazı Latin Amerika ülkelerinde "kamu savunucusu" (Defensor del Pueblo) olarak faaliyet göstermektedir. Ombudsmanlık kurumu, doğası gereği, insan hakları komisyonlarına veya polis şikâyet kurumlarına benzer görevler ifa etmektedirler. Bazı Ombudsman kurumları işkence başvuruları alma ve soruşturma yapma yetkisine sahipse de pek çoğunun görev alanı kamunun kötü yönetimi ile sınırlandırılmıştır.³⁰⁴ Bunun tek istisnası belki de Latin Amerika'da polise izleme mercileri olarak kurulan ve Ombudsman adı verilen bürolardır.³⁰⁵

İdari başvurular: İşkence mağdurlarıyla bağlantılı idari başvurulara örnek olarak şiddet suçlarının mağdurlarına tazminat verilmesi amacıyla kurulmuş komisyonlara ya da polis şikâyetleri inceleme yetkisine sahip mercilere başvurular verilebilir. İdari başvuruların bir yargıç önünde yapılması gerekli değildir. Bunun yerine kararlar uzman heyetler tarafından ya da belli bir konuda uzmanlaşmış kişiler tarafından verilir.

Disiplin başvuruları: Polis, ordu, güvenlik güçlerinin diğer birimleri ve devlet yönetiminde kurum içi disiplin başvuruları/yolları

³⁰⁴ See for an overview of Ombudsman institutions worldwide, www.law.ualberta.ca/centres/loi/eng/worldwide.html.

Compare the broad mandate of the Ombudsman in Australia (UN Doc. CAT/C/25/Add.11, 15 May 2000, paras. 96 et seq.) and Bolivia (UN Doc. CAT/C/52/Add.1, 21 September 2000, paras.71 et seq.) with the more traditional, narrow mandate of their counterparts in Fiji (UN Doc. HRI/CORE/1/Add.122, 25 November 2002, paras.186 et seq.) and the Philippines (www.ombudsman.gov.ph) as well as the specific mandates concerning criminal investigations and prison services of the Ombudsman in Georgia (UN Doc. CAT/C/Add.1, 2 June 2000, para.107) and the Czech Republic (UN Doc. CAT/C/60/Add.1, 4 October 2002, paras.87 et seq.).

³⁰⁵ See Gonzalo Elizondo and Irene Aguilar, *Ombudsman Institution in Latin America: Minimum Standards for its existence*, in Lindsnaes, Lindholt and Yigen, National Human Rights Institutions, supra, pp.209-220, noting on p.209 that "The institution of the ombudsman in Latin America has been given diverse technical names, such as *Defensor dels Pueblos* in Ecuador, Bolivia, Peru, and Colombia, among others; *Defensor de los Habitantes* in Costa Rica; *Comisionado Nacional de Derechos Humanos* in Honduras and Mexico; or *Sindic de Greuges* in some localities in Spain" and Rachel Neild, *Confronting a Culture of Impunity*, supra, p.223..

bulunmaktadır. Bunlar, kamu çalışanlarının üstleri tarafından karar verilen ve yargısal niteliği olmayan yollardır. Bir şikâyet başvurusu amire ya da denetim birimine yapılırsa da şikâyete ilişkin inceleme kurum içersinde yürütülür. Disiplin başvuruları sonucunda uygulanacak yaptırımlar normalde işle ilgilidir ve maaş kesimi, görevden geçici olarak uzaklaştırma, başka bir göreve atanma ve hatta görevden atılma gibi sonuçları olabilir.

Ulusal hukukta çok farklı başvuru yollarının varlığı mümkün ise de bunların **etkin** olabilmesi için uluslararası standartları karşılaması gereklidir. Başka bir ifadeyle, işkence mağdurları etkin şikâyet mekanizmalarına erişebilmeli, yetkililer derhâl ve bağımsız bir ceza soruşturması yürütmeli, yeterli kanıt olduğunda failer kovuşturulmalı ve eğer suçlu bulunurlarsa cezalandırılmalıdır.

Sürecin etkililiğini güvence altına almak için ceza soruşturması/kovuşturması sırasında yetkililer tarafından atılan adımlar ve verilen kararlara karşı itiraz yolu açık olmalıdır (örn; soruşturmanın kapanması). [...]

Bazı ülkelerde, suçlu bulunan kişiye karşı başka önlemler alınması ya da tazminat talebi ceza yargılaması sırasında yapılabilmektedir. Ancak bu, işkence mağdurunun medeni hukuktan kaynaklanan bir giderim talep etmesinin yerine geçemez. Hukuk sistemi ne olursa olsun uluslararası hukuk uyarınca mağdurlar failere ve/veya devlete karşı medeni hukuktan kaynaklanan hakları bakımından dava açma hakkına sahiptir ve bu hak herhangi bir ceza soruşturması/kovuşturması ile bunun sonuçlarından bağımsızdır.

Farklı iç hukuk sistemleri olsa da devletlerin, kendi iç hukuk sistemleri içinde adalete etkin biçimde erişim ve mağdurlara, gördükleri zararlar orantılı giderim (rehabilitasyon ve tazminat ta dahil olmak üzere) sağlamaları gerekir.³⁰⁶ Böylesi bir durumda, örneğin ulusal insan hakları komisyonu, bir denetim mercii olarak polise yönelik soruşturmanın bağımsızlığını güvence altına alabilir. Ancak bu durum ceza soruşturmasına ikame edilemez. Bu, idari denetim mercileri için de aynıdır. Mağdurların tazminat talep ettikleri durumda bile bu denetim mercileri ceza yargılamasının yerine geçmez.

³⁰⁶ For further information, see Victims and Access to Justice, A Primer, available at available at <http://www.ircct.org/Default.aspx?ID=2678>