



Aysun Koç • Hülya Üçpınar • Nazan Sakallı • Nergiz Tuba Ataş

# İŞKENCEYE AÇIK KAPILAR

Mevzuat ve Uygulama Çerçevesinde  
Cezasızlık Olgusunun Değerlendirilmesi





# İŞKENCEYE AÇIK KAPILAR

*Mevzuat ve Uygulama Çerçevesinde  
Cezasızlık Olgusunun Değerlendirilmesi*

İzmir, Mayıs 2009

Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları: 60

**Yazarlar:**

Aysun Koç  
Hülya Üçpınar  
Nazan Sakallı  
Nergiz Tuba Ataş

**Kapak Fotoğrafı:**

Nilgün Yurdalan

TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VAKFI  
Akbaş Mah. Sarıca Sok. No:7 Altındağ, 06080 Ankara  
Tel: 0 312 310 66 36  
Faks: 0 312 310 64 63

ISBN: 978-975-7217-69-5

**Baskıya Hazırlık:** Egetan Bas. Ltd. Şti. • Tel: 0232 421 08 96  
**Baskı:** Uşşak Tif Matbaacılık San. Tic. Ltd. Şti.  
1464 Sokak No:55/A Alsancak-İzmir • Tel.: 0232 464 9967  
**Cilt:** Kardeşler Ciltevi • Tel: 0232 449 1779



Bu Proje Hollanda Helsinki Komitesi'nin ve Avrupa Birliği'nin maddi katkılarıyla yürütülmüştür.  
Bu belgenin içeriği yalnızca Türkiye İnsan Hakları Vakfı'nın sorumluluğundadır; hiçbir şekilde Hollanda Helsinki Komitesi ve Avrupa Birliği'nin duruşunu yansıttığı addedilemez.



# İçindekiler

---

ÖNSÖZ	9
TEŞEKKÜR	11
GİRİŞ	13
<b>BÖLÜM I – İŞKENCE YASAĞI</b>	23
A. ULUSLARARASI HUKUK	24
B. İÇ HUKUK	25
1. ANAYASAL DÜZENLEMELER	25
2. TÜRK CEZA YASASI	26
<b>BÖLÜM II – İŞKENCEYİ SUÇ SAYMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ</b>	31
A. İŞKENCE SUÇU	35
1. ULUSLARARASI HUKUK	35
2. İÇ HUKUK	36
B. İŞKENCE SUÇUNUN UNSURLARI	37
1. MADDİ UNSUR	38
a. Uluslararası hukuk	38
b. İç hukuk	41
2. MANEVİ UNSUR	43
a. Amirin ve denetleme görevine sahip olanların sorumluluğu	47
b. Plan, kontrol ve icra sorumluluğu	49
c. Amir ve denetleme yükümlülüğü olanlar ile plan/kontrol ve icradan sorumlu olanlar da mutlaka soruşturulmalıdır	55
3. FAİLİN NİTELİĞİ	56
a. Failin kamu görevlisi sıfatını haiz olması ya da bu yetkiye dayanması	57
b. Failin kamu görevlisi olmaması	58
c. Suça katılıma	59
4. NEGATİF UNSUR	63
C. İŞKENCE VE DİĞER KÖTÜ MUAMELE FİİLLERİNİN SORUŞTURULMASINI ETKİLEYEN SORUN ALANLARI	64
1. SUÇ OLUŞTURAN FİİLİN NİTELENDİRİLMESİNDE SORUNLAR	64
a. Eziyet suçu – TCK m.96	66
b. Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu – TCK m.256	67
i. Zor kullanma sınırının aşılması – oranlılık meselesi	68
ii. Orantısız güç kullanma – işkence ilişkisi	72
iii. Zor kullanma yetkisinin aşılması – kasten yaralama ilişkisi	79
2. KARŞI DAVA SORUNU	82

3. KAMU GÖREVLİLERİNİN YARGILANMASINDA ‘İZİN’ SORUNU .....	86
a. İzin sisteminin çerçevesi .....	86
b. İzin sisteminin işkence ve diğer kötü muamele fiilleri ile ilgili istisnaları .....	87
i. TCK’da sayılan belli suçlar yönünden izin alma kuralına getirilen istisnalar .....	88
ii. CMK’da öngörülen özel yargılama usulüne ilişkin istisnalar .....	89
1) Adli – idari görev ayrımı.....	90
2) İl ve ilçelerdeki mülki amirler ile en üst düzey kolluk amirlerinin yargılanması .....	95
iii. İzin prosedürünün başlatılması durumunda savcının görevleri.96	
c. İzin sistemi, işkence ve diğer kötü muamele fiillerinin etkin biçimde soruşturulmasının önünde ciddi engel oluşturmaktadır.....	96

### **BÖLÜM III – ÖZGÜRLÜĞÜNDEN YOKSUN BIRAKMA HALLERİNDE İŞKENCEYE KARŞI USULİ GÜVENCELER .....**

A. KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKI.....	104
B. ÖZGÜRLÜĞÜNDEN YOKSUN BIRAKMA.....	106
C. İŞKENCEYE KARŞI TEMEL USULİ GÜVENCELER .....	107
1. SUÇLAMA VE HAKLARIN BİLDİRİLMESİ.....	110
a. Uluslararası standartlar .....	110
b. İç hukuk .....	111
2. YAKINLARINA HABER VERME HAKKI .....	115
a. Uluslararası standartlar .....	115
b. İç hukuk .....	116
i. Genel kapsam.....	116
ii. Sorun alanları .....	117
iii. Terörle mücadele yasası ile getirilen sınırlama.....	118
3. AVUKATA ERİŞİM HAKKI.....	119
a. Uluslararası standartlar .....	119
b. İç hukuk .....	120
i. Genel kapsam .....	122
ii. Terörle mücadele yasası kapsamındaki sınırlamalar .....	124
iii. Zorunlu müdafilik sistemi .....	127
1) Sistemin genel kapsamı.....	127
2) Sorun alanları.....	128
iv. Cezaevlerinde avukata erişim.....	131
4. HEKİME ERİŞİM HAKKI.....	134
a. Hekime erişim hakkının kapsamı .....	134
i. Uluslararası standartlar .....	134
ii. İç hukuk .....	139
b. Tıbbi değerlendirme ve raporlama .....	139
i. Uluslararası standartlar .....	142
ii. İç hukuk .....	144
c. Hekim – hasta ilişkisi (gizlilik ve mahremiyet) .....	144
i. Uluslararası standartlar .....	144
ii. İç hukuk .....	146
d. Bilgilendirme ve onay alma (bilgilendirilmiş onam) .....	150

i. Uluslararası standartlar .....	150
ii. İç hukuk.....	151
e. Tıbbi raporların gizliliği ve kapsamı.....	154
i. Uluslararası standartlar .....	154
ii. İç hukuk .....	156
1) Tıbbi raporların gizliliği.....	156
2) Tıbbi raporların kapsamı.....	158
f. Alternatif/ikincil raporlar .....	160
i. Uluslararası standartlar .....	160
ii. İç hukuk.....	161
5. SUSMA HAKKI .....	163
a. Uluslararası standartlar.....	163
b. İç hukuk .....	164
6. YARGIÇ ÖNÜNE ÇIKARILMA HAKKI.....	167
a. Uluslararası standartlar.....	167
b. İç hukuk .....	171
i. Özgürlüğü kısıtlayan koruma tedbirleri .....	173
1) Yakalama.....	174
2) Gözaltına alma .....	177
a) Genel kapsam.....	177
b) Yakalama/gözaltına alma işlemine itiraz.....	181
3) Tutuklama .....	182
a) Genel kapsam.....	182
b) Tutuklamaya itiraz/salıverilme talebi.....	185
c) Tutukluluğun resen incelenmesi.....	187
d) Tutuklama süreleri.....	188
7. KAYITLAR .....	188
a. Uluslararası Standartlar .....	188
b. İç Hukuk .....	191

## **BÖLÜM IV – İŞKENCE VE DİĞER KÖTÜ MUAMELE FİİLLERİNİN**

<b>SORUŞTURULMASI</b> .....	195
A. TARAFSIZ SORUŞTURMA.....	205
B. BAĞIMSIZ SORUŞTURMA .....	209
C. RESEN SORUŞTURMA.....	213
1. SORUŞTURMA MAKAMI BAŞVURU ŞARTI OLMASIZIN İŞLEM .....	214
BAŞLATMALIDIR .....	214
2. İŞKENCE SUÇLARINDA “SUÇU ÖĞRENME” KAVRAMI, “SUÇU BİLDİRME”	215
YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ DE KAPSAR .....	215
3. SORUŞTURMA BAŞLATILMASI BAŞKA BİR MAKAMIN ONAY YA DA İZİNİNE	215
BAĞLI OLMAMALIDIR.....	215
4. RESEN SORUŞTURMA İLKESİ VE UYGULAMA SORUNLARI.....	216
D. DERHAL SORUŞTURMA.....	218
E. ETKİN SORUŞTURMA .....	221
1. SORUŞTURMA MAKAMLARININ ARAŞTIRMA YAPMAK İÇİN HER TÜRLÜ	223
YETKİYLE DONATILMIŞ OLMASI.....	223
2. MAĞDURUN SORUŞTURMA SÜRECİNE KATILIMININ SAĞLANMASI .....	224
a. Mağdurun bilgilendirilmesi ve dinlenmesi.....	225

b. Mağdura hukuksal destek sağlanması .....	229
c. Mağdurun soruşturma işlemlerine aktif olarak katılabilmesi ve talepte bulunabilmesi .....	231
3. SUÇUN AYDINLATILMASI VE FAİLLERİN TESPİTİNE İLİŞKİN YETERLİ İŞLEMİN YAPILMASI .....	233
a. Tıbbi delillerin toplanması .....	235
i. Mağdurun muayenesi ve işkence bulgularının raporlandırılması .....	235
ii. Otopsi .....	238
b. Olay yerinin incelenmesi – Keşif .....	240
c. Tanıkların belirlenmesi ve dinlenmesi .....	244
d. Bilirkişi incelemesi ve uzman mütalaası .....	247
e. Faillerin tespiti .....	249
i. Teşhis .....	250
ii. Kollukça düzenlenmiş evrak ve tutanaklar .....	251
iii. Diğer kayıtlar .....	251
f. Failin göreve devam etmesini engelleyecek tedbirlerin alınması ..	251
i. Tutuklama .....	252
ii. Görevden uzaklaştırma .....	253

## **BÖLÜM V – İŞKENCE VE DİĞER KÖTÜ MUAMELE SUÇLARINDA YARGILAMA**.....257

A. YARGILAMAYA İLİŞKİN TEMEL PRENSİPLER .....	260
1. MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI .....	263
a. Delillerin ortaya konulması ve tartışılması (CMK m.206 – 218) .....	269
b. Doğrudan soru yöneltme .....	272
2. TARAFSIZ, BAĞIMSIZ, YASAL MAHKEMELER ELİYLE YARGILAMA.....	276
a. İşkence yargılamalarında subjektif tarafsızlık meselesi.....	277
b. Mahkemelerin nesnel (objektif) tarafsızlığı, DGM'ler ve özel yetkili ağır ceza mahkemeleri .....	279
c. Duruşmanın düzen ve disiplini.....	281
3. ALENİYET .....	283
a. Mağdurun ve suçtan zarar gören / şikâyetçinin duruşmaya katılımı (CMK m.233 – 243) .....	285
b. Sanığın duruşmaya katılımı .....	286
4. YARGILAMANIN MAKUL SÜREDE SONUÇLANDIRILMASI YÜKÜMLÜLÜĞÜ .....	288
a. Yargılamada makul süre .....	288
b. Zamanaşımı .....	290
c. Yargılamanın sona ermesi.....	295
i. Gerekçeli karar yükümlülüğü .....	295
ii. Mahkûmiyet hükmü .....	296
iii. Beraat hükmü .....	297
iv. Ceza verilmesine yer olmadığına dair hüküm .....	297
v. Cezaların ertelenmesi .....	298
vi. Kısa süreli hapis cezası yerine geçebilecek tedbirler .....	299
vii. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması .....	301
viii. Yargılamanın yenilenmesi .....	302



<b>BÖLÜM VI – KAMU GÖREVLİLERİNE İLİŞKİN DİSİPLİN SORUŞTURMA VE YARGILAMALARI</b>	305
A. ULUSLARARASI HUKUK	306
B. İÇ HUKUK	308
2. DEVLET MEMURLARI KANUNU	312
3. EMNİYET TEŞKİLATI MENSUPLARI	313
4. JANDARMA TEŞKİLATI MENSUPLARI	317
5. YARGIÇ, SAVCI VE AVUKATLAR	318
a. Yargıç ve savcılar	318
b. Avukatlar	320
<b>BÖLÜM VII – GİDERİM</b>	325
A. ULUSLARARASI ÇERÇEVE	327
B. GİDERİM BİÇİMLERİ	329
1. ESKİ HALE GETİRME	329
2. REHABİLİTASYON	335
3. İHLALİN TEKRARLANMAYACAĞINA İLİŞKİN GÜVENCE	336
4. TAZMİNAT	338
a. Dava açma süreleri	341
b. Tazminat davalarında harçlar/adli yardım	343
c. Hükmedilen tazminat miktarları için kamu görevlilerine rücu	344
i. İdarenin rücu yükümlülüğü	346
ii. Rücu edilecek kamu görevlisinin kişisel kusurunun saptanması	350
iii. Rücu mekanizmasının etkinliği	352
<b>BÖLÜM VIII – DENETİM VE İZLEME MEKANİZMALARI</b>	355
A. ADLİ DENETİM	359
B. İÇ İDARİ DENETİM	363
C. KURUMUN KENDİ HİYERARŞİSİ DIŞINDA BİR YAPI TARAFINDAN GERÇEKLEŞTİRİLEN DENETİMLER	364
D. YASAMA ORGANI DENETİMİ	368
E. DIŞ DENETİMLER	368
<b>EKLER: DURUŞMA GÖZLEM RAPORLARI</b>	371
Ek 1- Av. Hülya Üçpınar tarafından hazırlanan gözlem tutanağı	371
Ek 2- Av. Emel Sayın tarafından hazırlanan gözlem tutanağı	375
Ek 3- Av. Nazan Sakallı tarafından hazırlanan gözlem tutanağı	377



İşkencenin önlenmesi için geliştirilmiş birçok mekanizmanın varlığına rağmen, bu suçun dünyada halen yaygın olarak işleniyor olması, ilgili tüm kurum ve örgütlerin aksayan yönleri ele almasını ve etkin bir çaba içine girmesini gerektirmektedir. İşkence suçunun yeterli düzeyde soruşturulmaması, soruşturmaların sonuçsuz kalması işkence suçunu işleyenlerin desteklenmesi olarak değerlendirilmelidir. Son olarak A.B.D. Başkanı Barrack Obama'nın ve Adalet Bakanı Eric Holder'ın sorgulama kayıtlarını açıklarken, görevlilerin yargılanmayacağına dair güvence vermesi, dünyada işkencenin meşrulaştırılması için gösterilen telaşın, cezasızlık üzerinden yeniden üretilmesinin en güncel örneklerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

TIHV'in yürütmüş olduğu İşkencenin Önlenmesi Projesi, dünyanın dört bir yanında işkence yaşağını görmezden gelen tutum değişikliğinin rüzgarında, işkence suçunun gözlerimizin önünde işlendiği ve cezasız kaldığı Türkiye'de süreç müdahil olmanın ve nehrin akışını tersine çevirmenin araçlarını oluşturmak amacıyla başlatılmıştır. Terörle mücadele adı altında durma noktasına gelen yasal reformların, işkence yaşağının güvence altına alınması ve işkencenin önlenmesine ilişkin uluslararası yükümlülüklerin yerine getirilmesi bakımından yeterli olup olmadığını saptamak ve mevzuatta yapılan reformların uygulamaya yansımalarını tespit etmek, saptanan eksik ve yanlış yönlerin değiştirilmesinde etkin tavır almak, işkence ve insan hakları konusunda faaliyet gösteren diğer sivil toplum kuruluşlarıyla işbirliğini geliştirmek, Türkiye İnsan Hakları Vakfı'nın kuruluşundan bu yana yürüttüğü alternatif rapor mekanizmasını diğer kuruluşları da katarak zenginleştirmek, işkencenin önlenmesinden sorumlu tüm aktörlerle iletişimi güçlendirerek rollerinin farkındalığını sağlamak, denetim mekanizmalarının kurulması ve işlemesi için gerekli yapılanmaların oluşumunu hızlandırmak, suçun önlenmesi için çaba gösteren tüm tarafların donanımını artırmak ve bu suçtan zarar görenlerin sağaltımına da katkısı olacak bir hak arama sürecinde mağdurlara gereken desteği vermek için geliştirilen bu çalışma sonucunda ortaya çıkan bu kitap, insan hakları alanında emek veren tüm insan hakları savunucuları ve çalışanlar için çok değerli bir kaynak olacaktır.

Kaynak olmanın ötesinde, bu proje kapsamında üretilenlerin toplumun tüm kesimleri ile buluşan pek çok etkinliği, toplumun işkence suçunun devam etmesinden sorumlu bütün kurum ve yapıları tanımalarına ve işkencenin önlenmesinde toplumsal sorumluluğun farkına varmasına katkısı da vurgulanmalıdır.

Elinizdeki bu kitap, işkenceye sıfır tolerans iddiasının bir yanılısına olduğunu çok açık biçimde ortaya koymaktadır. Sıfır tolerans hedefine ulaşılabilmesi için siyasal iktidardan yargı mercilerine kadar, her kesimin ve herkesin yoğun bir çaba göstermesi gerekmektedir.

Bu gerekliliği bir kez daha bizlere gösterdiği ve umudumuzu tazeledikleri için Hülya Üçpınar, Nergiz Tuba Ataş, Aysun Koç ve Nazan Sakallı'ya sonsuz şükranlarımızı sunuyoruz.

**Şebnem Korur Fincancı**

Türkiye İnsan Hakları Vakfı  
Yönetim Kurulu Başkanı

# Teşekkürler...

---

**İ**ki yıl süren Proje faaliyetleri sonucunda ortaya çıkan bu çalışma her ne kadar yazarlarının adı ile yayınlanmış ise de aslında kolektif bir çabanın ürünüdür. Bu kitap, “İşkencenin Önlenmesi” isimli proje kapsamında sürdürülmüş olan, eğitim çalışmalarındaki tartışmalar da dâhil olmak üzere, takip edilen dosyalardaki belgelerle birlikte dosyaları izleyen avukatların izlenimleri gibi, paylaşılmış pek çok birikimden faydalanılarak şekillenmiştir. İşkence ve kötü muamele ile mücadele alanına sundukları emekleriyle çok sayıda dostumuz TIHV çalışmalarını desteklemelerinin yanısıra bu çalışmanın ortaya çıkmasına da katkıda bulunmuşlardır. Bu nedenle özellikle;

Kerem Altıparmak’a, tüm çalışma süresince esirgmeden sunduğu destek ve danışmanlığı;

Ali Koç’a iç hukuk mevzuatının taranması konusundaki uzman desteği ve Proje kapsamındaki dosyaların izlenmesinde sunduğu katkılar;

Serkan Cengiz’e uluslararası mekanizmaların kararlarının taranması konusundaki uzman desteği;

Nilgün Tortop’a avukatlara yönelik anket çalışması konusunda sunduğu uzmanlık ve metin düzeltileri;

Şule Aslan Hızal, Emel Sayın, Murat Özdemir, Kamil Ağaoğlu, Göksel Özerkan, Meral Hambayat, Çiğdem Hacısfohtaoğulları, Mehmet Altuntaş, Ali Bozan, Filiz Kılıçgün, Nezahat İçer’e Proje kapsamındaki dosyaları zaman ayırarak, bilgi, birikim ve enerjilerini sunarak izledikleri;

Türkcay Baykal’a tüm çalışma boyunca sunduğu desteğin yanısıra anketlerin değerlendirilmesi, tabloların ve grafiklerin hazırlanması; eğitim çalışmalarındaki uzman katkısı;

Aytül Uçar ve Emrah Dertli’ye anketlerin değerlendirilmesi, tabloların ve grafiklerin hazırlanması konusundaki destekleri;

Şebnem Korur Fincancı, Özkan Yücel, Bahattin Özdemir, Yasemin Öz ve Nilgün Toker Kılınc’a eğitim çalışmalarındaki paylaşımları ve her aşamadaki destekleri;

Metin Bakkalcı ve Coşkun Üsterci’ye lojistik destekleri ve katkıları;

Türkiye İnsan Hakları Vakfı çalışanlarına, bu çalışmanın ortaya çıkmasındaki her türlü destekleri ve cesaretlendirici tutumları için;

teşekkürü bir borç biliriz.



# Giriş

---

**T**ürkiye’de işkence ve kötü muamele uygulamaları halen ciddiyetini korumaktadır. Son yıllarda uluslararası sözleşmelerin imzalanması, TBMM onayından geçerek yürürlüğe girmesi, iç hukukta uluslararası standartlara uygun değişiklik çabaları gözlenmekte ise de bunların yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir.

Türkiye’de insan hakları ihlallerine karşı özellikle hükümetler dışı kuruluşların sürdürdüğü yoğun çabaların yanısıra hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nde Türkiye aleyhine çıkan pek çok kararın neden olduğu basınç, hem de Avrupa Birliği’ne üyelik sürecindeki dinamikler nedeniyle 1999 yılından başlamak üzere yasal reformlar sürecine girilmiştir. Bu çerçevede önce 2001 yılında Anayasa’da, ardından 19 Şubat 2002 ile 21 Temmuz 2004 tarihleri arasında çıkarılan 8 uyum paketiyle çeşitli yasalarda yeni düzenlemeler yapılmıştır.

Yeni Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Kanunu 2005 yılında yürürlüğe girmiştir. yanısıra Ceza Muhakemesi Kanunu’nun uygulanmasına ilişkin Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği de yeniden düzenlenmiştir.

İç hukukta yapılan değişikliklerin yanısıra, ölüm cezalarını her koşulda kaldıran Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 13 No.lu Protokol<sup>I</sup> Ekim 2005’te<sup>II</sup> yürürlüğe girmiş, böylece ölüm cezasını içeren maddeler kaldırılarak iç hukuk, Protokol’e uygun hale getirilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin artan iş yükü dikkate alınarak Sözleşme’nin denetim mekanizmasına değişiklikler getiren Ek 14 No.lu Protokol<sup>III</sup> Haziran 2006’da onaylanmıştır.<sup>IV</sup>

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi’ne ek ve İnsan Hakları Komitesi’ne bireysel başvuru hakkını düzenleyen 1 No.lu Seçmeli Protokol imzalanarak ve Ağustos 2006’da yürürlüğe girmiştir.<sup>V</sup>

---

I Ölüm Cezasının Her Koşulda Kaldırılması (AİHS’ye Ek 13 No.lu Protokol ), **3.V.2002**

II 5409 sayılı İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesine Ek Ölüm Cezasının Her Koşulda Kaldırılmasına Dair 13 No.lu Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun, R.G. 25964, 12.10.2005

III İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmenin Oluşturduğu Denetim Mekanizmasının Değiştirilmesine İlişkin 14 No.lu Protokol, Strazburg, **13.V.2004**

IV 5512 sayılı İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmenin Oluşturduğu Denetim Mekanizmasının Değiştirilmesine İlişkin 14 No.lu Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, R.G. 26190, 06.06.2006

V 5468 sayılı Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeye Ek İhtiyari Protokol’ün Beyanlar ve Çekincelerle Birlikte Onaylanması Hakkında Kanun, R.G. 05.08.2006, 26250

Bununla birlikte cezasızlıkla mücadelede önemli bir işlev ve role sahip olan Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisine ilişkin Roma Statüsü de uluslararası baskılara rağmen halen onaylanmamıştır.

Keza Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4 No.lu Protokol<sup>VI</sup> (borçtan dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılma yasağı, serbest dolaşım özgürlüğü, vatandaşların sınır dışı edilmeleri yasağı); 7 No.lu Protokol<sup>VII</sup> (yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin usuli güvenceler, cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı, adli hata halinde tazminat hakkı, eşler arasında eşitlik) ve 12 No.lu Protokol<sup>VIII</sup> (ayrımcılığın genel olarak yasaklanması) de henüz onaylanmamıştır.

Uluslararası metinlerin onaylanması elbette ki önemlidir ancak birer iç hukuk normu haline gelen uluslararası sözleşme ve protokollerin iç hukuka ve uygulamaya ne ölçüde yansıdığı daha da önemlidir. Nitekim son dönemdeki olumlu gelişmelere karşın, uygulamadaki sorunlar varlığını halen korumaktadır. Mevzuatta yapılan değişikliklerin yetersizliği ve yasa uygulayıcılarının algı/zihniyetlerinin aynen korunuyor olması sonucunda kişiler, işkence ve diğer kötü muamele biçimlerine maruz kalmaya devam etmektedir. Dolayısıyla işkence, Türkiye'de önemli bir sorun, özellikle de son dönemlerde ağırlık kazanan bir sorun olarak gerçekliğini korumaktadır.

Yukarıda kısaca değinilen düzenlemelerin de etkisiyle, güvenlik güçlerinin bazı birimlerinde (örn; organize suçlar, terörle mücadele birimleri) işkence uygulamalarında görece olarak bir azalma görülsede **sıradan polis karakollarında, jandarma birimlerinde, açık alan ve sokaklarda, gösteri ve yürüyüşlere müdahale sırasında** işkence ve kötü muamele uygulamalarının nicelik ve şiddetinde -özellikle Polis Vazife Salahiyet Kanunu'nda yapılan değişiklikten sonra- ciddi bir artış gözlenmektedir. Ayrıca kaçırma, resmi gözaltı işlemi olmaksızın özgürlüğünden alıkoyma vb. yöntemlerle resmi gözaltı birimleri dışında işkence ve kötü muamele uygulamalarına rastlanmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nden hala Türkiye aleyhine yaşam hakkı ile işkence ve diğer kötü muamele biçimlerinin ihlal edildiğine dair pek çok karar çıkmaktadır. Bu kararlar arasında sıradan gözaltı işlemlerinin dışında, güvenlik güçlerinin açık alanda ve gösterilerde kullandığı şiddet de yer almakta ve yaşam hakkı ya da işkence yasasının ihlali olarak nitelendirilen pek çok vaka bulunmaktadır.

TİHV'in beş kentteki (Adana, Ankara, Diyarbakır, İstanbul, İzmir) Tedavi ve Rehabilitasyon Merkezlerine işkence ve kötü muamele gördüğü gerekçesiyle başvuru yapan kişi sayısı 2006 yılında 337 iken, bunun 2007 yılında 452'ye çıktığı görülmektedir. 2007 yılı içinde TİHV'e başvuru yapan 452 kişiden 320'si aynı yıl içinde işkence gördüğünü beyan etmiştir. 2006 yılında ise bu sayı 252'dir. TİHV başvurularında maruz kalınan travmalara bağlı olarak iç organ yaralanmaları, kırık, çatlak gibi ciddi iskelet sistemi hasarlarının yanı sıra yaşanan işkence ve kötü muameleler sonucunda travma sonrası stres bozukluğu, depresyon vb. yoğun ruhsal sıkıntılar belirlenmektedir.

TİHV'in bu verileri birbiri ile karşılaştırıldığında, en yüksek değerleri gösteren

---

VI İmza Tarihi: 19 Ekim 1992.

VII İmza Tarihi: 14 Mart 1985

VIII İmza Tarihi: 18 Nisan 2001



İşkence ve kötü muamele yöntemleri ve başvurulara konulan fiziksel tanıyla, 2007 yılında karakollarda, açık alan veya sokakta işkence ve kötü muamele gören başvuru sayısının yüksekliği arasında doğru orantılı bir ilişki görülmektedir. 2008 yılında gerçekleştirilen Newroz ve 1 Mayıs kutlamaları sırasında güvenlik güçlerinin göstericilere yönelik aşırı güç ve şiddet kullanımının sonuçları da söz konusu ilişkiyi doğrulamaktadır.

Bu kısa değerlendirmeler bize Türkiye’de son zamanlarda işkencenin bilgi alma ihtiyacından çok *korku veya gözdağı vermek, cezalandırmak* amacıyla yapıldığına işaret etmektedir.

“İşkenceye Açık Kapılar” ismini taşıyan bu çalışma, en genel anlamda cezasızlık olgusuna dikkat çekerek işkence ve diğer kötü muamele biçimlerinin önlenmesi için sorun alanlarının saptanması ve çözüm önerileri geliştirilmesi amacını taşımaktadır. Bu çerçevede;

- Son dönemde yapılan reformların mevzuat ve uygulamaya yansımalarının saptanması,
- Ulusal mevzuatın, uluslararası insan hakları belgelerindeki norm ve standartlar ışığında değerlendirilerek bu yönde değişiklikler yapılmasına katkıda bulunmak üzere yetersizliklerin ve hukuka aykırılıkların saptanması,
- Bu yetersizlikler ve hukuka aykırılıkların arka planındaki anlayış ve yaklaşımın ortaya konulması,
- Ulusal mevzuatın, uygulama ile birlikte değerlendirilmesi ve uygulamadaki temel aksaklıkların neler olduğunun araştırılması,
- Uygulamadaki aksaklıkların nedenlerine ilişkin belirlemeler yapılması ve çözüm önerileri geliştirilmesi,

hedeflenmiştir.

Bu amaçlar doğrultusunda;

- Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi belgeleri ile denetim mekanizmalarının tavsiyeleri, kararları ve raporları,
- Avrupa Komisyonu ilerleme raporları ve ulusal programlar ile Avrupa Birliği’ne üyelik sürecinde hazırlanan farklı kurumsal raporlar,
- Uluslararası alanda ve Türkiye’de faaliyet gösteren insan hakları örgütlerinin raporları,
- TBMM Araştırma Komisyonu raporları,
- İç hukuk mevzuatı,
- Takipsizlik kararları, iddianameler, ilk derece mahkeme kararları ve yüksek yargı kararları incelenmiştir.

Ayrıca;

- Bakanlıklar düzeyinde yazışmalar yapılmış,
- TBMM’ye sunulmak üzere soru önergeleri hazırlanmış,
- İşkence diğer kötü muamele vakalarının saptanması için TIHV dokümantasyon merkezi verileri, basında yer alan haberler, insan hakları kurumlarının rapor, basın açıklaması ve duyuruları takip edilmiş ve insan hakları kurumları ile iletişim kurulmuştur.

- 2006-2008 yılları içinde gerçekleştiği iddia edilen işkence ve diğer kötü muamele iddiaları hakkında ceza soruşturması açılıp açılmadığı ve bu soruşturmaların akıbetleri hakkında ilgili Cumhuriyet Savcılıkları ile (110 savcılıkla, 711 kişi/vaka hakkında) yazışmalar yapılarak söz konusu iddialara dair hukuki durum saptanmaya çalışılmıştır.

- Hukuksal yardım sunulması amacıyla Proje kapsamına alınan 41 dosya analiz edilmiştir.

- 2008 yılında Newroz kutlamaları sırasında gerçekleşen olaylar nedeniyle, durumu yerinde görmek, saptamalar yapmak, mağdurlara tıbbi ve hukuksal yardımda bulunmak üzere, hukukçu ve hekimlerden oluşan bir heyet ile Van, Hakkâri ve Yüksekova'ya gidilmiştir.

- Usuli güvencelerin uygulamadaki işlerliğini ölçmek üzere avukatlara yönelik olarak hazırlanan ayrıntılı bir anket çalışması Adana, Ankara, Diyarbakır, İstanbul ve İzmir'de 120 avukata uygulanmıştır.

- Avukatlara ve insan hakları örgütlerine yönelik yapılan atölye çalışmalarında, katılımcıların konuyla ilgili ortaya koyduğu bilgi ve deneyimlerden yararlanılmıştır.

### **Yapılan araştırma, inceleme ve deneyim paylaşımları sonucunda ulaşılan saptamalar özetle:**

- Yıllarca işkence ve diğer kötü muamele biçimlerinin önlenmesine yönelik sürdürülen mücadeleye ve olumlu gelişmelere karşın işkencenin hala Türkiye'de gerçekleşen insan hakları ihlallerinin başında gelmesinin arka planında siyasal, yasal, idari, sosyal ve zihinsel pek çok neden bulunmaktadır.

- Bu nedenle, gerçekleşen işkence ve diğer kötü muamele fiilleri önemli olmakla birlikte işkence ve diğer kötü muamelenin önlenmesine yönelik devlet politikaları ile bu fiillerin soruşturulması ve cezalandırılmasına ilişkin süreçler cezasızlığa açılan ana kapılardır.

- İşkencenin sürekliliği, sadece faillerin yaptıkları fiillere indirgenemeyecek kadar önemli ve kapsamlı bir konudur. Bu nedenle, soruşturma ve kovuşturmanın sùjelerinin rolünün her zamankinden daha fazla öne çıkarılması gereklidir. Cezasızlık; savcıların yürüttüğü soruşturmalardan, adli hekimlerin hazırladıkları raporlara, avukatların yaptıkları araştırma ve savunmalardan, yargıçların kararlarına kadar tüm hukuk sistemini kapsayan tutum, davranış ve zihinsel mekanizmaların bütünsel bir üründür.

- Nitekim bu ürün, devletin ortaya koyduğu af vb. politikalarla ve faillere arka çıkan yasal düzenleme ve açıklamalarla da iç içe geçmiş durumdadır. İşkencenin önlenmesine yönelik alınacak önlemler ve sürdürülecek mücadele aynı şekilde bütünsel olmak zorundadır.

- Ancak devlet ve siyasi irade işkencenin önlenmesi doğrultusunda kararlı bir yaklaşıma sahip değildir. Bu da mevzuatta ve uygulamada bir dizi sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sorunlardan belli başlılarına değinmek gerekirse:

- Yeni Türk Ceza Yasası'nda düzenlenen işkence suçu, Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 1. maddesindeki tanımdan daha geniş bir biçimde

tanımlanmış olmasına rağmen “mutlak yasak” olarak tanımlanmayarak işkence suçlarında zamanaşımının korunması, (koşullarının varlığı durumunda) erteleme ve paraya çevrilme olasılığının varlığı hala bir sorun olarak ortada durmaktadır.

- Kişilerin işkence ve kötü muameleyle karşı korunması işlevine de sahip olan usul güvenceleri (sanık hakları) konusundaki görece olumlu gelişmelere karşın Terörle Mücadele Yasası’nda 2006 yılında yapılan değişikliklerle, bu güvenceler, başta avukata erişim hakkı olmak üzere tekrar daraltılmıştır.

Dahası, 2007 yılında Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu’nda yapılan değişikliklerle “durdurma” gibi, Anayasa’da yer almayan, kişilerin özgürlüğünden kısıtlanmasına ilişkin yeni müesseseler ihdas edilmiştir.

- Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu ile polislerin silah kullanma yetkileri de genişletilmiş ve bu genişletilmiş yetkinin sonucunda 2007’de 24 ve bunu izleyen 2008 yılında da 37 kişi güvenlik güçlerinin dur ihtarına ya da teslim ol çağrısına uymadıkları gerekçesiyle öldürülmüştür.

- İşkence suçunun cezası artırılmış olmakla birlikte işkence ve diğer kötü muamele fiillerinden sorumlu olanların bir yargı makamının önüne getirebilmesi için Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki 4483 sayılı Kanun ile bu konuda Ceza Muhakemesi Kanunu’nda yer alan ilgili düzenlemelerin kavram karmaşası hala devam etmektedir. Uygulamada “izin” sistemine başvurulduğu görülen pek çok örnek bulunmaktadır.

- İşkence ve kötü muamele suçlarının soruşturulmasında son derece yaşamsal bir öneme sahip olan “adli kolluk” kurulmasına ilişkin taslak gündemden kaldırılarak bunun yerine Ceza Muhakemesi Yasası’nda adli kollukla ilgili sınırlı sayıda düzenleme yapmakla yetinilmiştir. Dolayısıyla, büyük ölçüde kolluk tarafından gerçekleştirilen işkence iddiaları yine bu iddiaların hedefi olan kolluk görevlileri eliyle yürütülmeye devam edilmektedir. Bu, kolluk görevlilerinin, soruşturma sırasında çoğu kez gerekli işlemleri yapmaması, delilleri toplamaması, hatta faili koruyan bir tutum sergilemelerine neden olmaktadır.

- Adli kolluğun kurulmaması, işkence ve diğer kötü muamele fiillerinin etkin biçimde soruşturulması ile doğrudan ilgilidir. Ancak etkin soruşturma konusu adli kolluğun varlığı ya da yokluğu ile sınırlı değildir. İşkence iddiaları ile karşılaştıklarında gerek mahkemeler ve savcılar, gerek adli hekimler ve gerekse avukatlar maalesef bu suçun önem ve ağırlığına uygun nitelikte etkin soruşturma, yürüt(e)memektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 2008 yılında yayınladığı raporunda, 2008 yılında Türkiye aleyhine işkence yasağının ihlali nedeniyle verilmiş olan 33 kararın 24’ünde aynı zamanda “etkin soruşturma” yükümlülüğünü düzenleyen 13. maddenin de ihlal edildiği belirtilmiştir.

- Her ne kadar 9 Ağustos 2002 tarihli 3. uyum paketi ile Ceza Muhakemesi Yasası’nda değişiklik yapılarak AIHM kararlarının iç hukukta uygulanmasına ilişkin bir yargılamanın yenilenmesi müessesesi ihdas edilmiş ise de bu hukuk yolu maalesef ki etkin değildir. Yargılamanın yenilenmesi konusunda Ceza

Muhakemesi Kanunu'nda yer alan süre bakımından sınırlama nedeniyle, çok sayıda karar, üzerinden yıllar geçmesine karşın iç hukukta hala uygulanmadığı için Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin izlemesi altındadır.

- Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen kararların gereklerini de yerine getirmemektedir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi önünde, AIHM tarafından verilmiş ve tazminat ödemeleri dışında bireysel ve genel önlemler alınması gereken çok sayıda dosya bulunmaktadır.

- AIHM tarafından hükmedilen tazminatlarla ilgili olarak, Anayasa ve Devlet Memurları Kanunu'nda yer alan kamu görevlilerine rücuya ilişkin düzenlemelerin işleme mümkün değildir. Nitekim şimdiye kadar bu nedenle kendisine rücu edilmiş tek bir kamu görevlisi dahi bulunmamaktadır.

- Mağdurlara giderim sağlanmasına ilişkin perspektif sadece tazminat ödenmesi ile sınırlıdır. "Tazminat" kavramı ise AIHM tarafından hükmedilen tazminata indirgenmiş durumdadır. Bunun dışında, ihlalin tekrarlanmayacağına ilişkin güvence verilmesi, rehabilitasyon olanaklarının sağlanması gibi bir anlayış ya da yaklaşım bulunmamaktadır.

- Temel sorunlardan bir diğeri ise işkence ve diğer kötü muamele fiillerinin "önlenmesi"ne ilişkin perspektif yokluğudur. Klasik deyimle "karşılığı neyse öderiz" anlayışına dayalı, yeterli soruşturma ve kovuşturma pratikleri sergilenmeyen sistemde, önleyici mekanizmalar da işlememektedir.

- İşkencenin önlenmesi amacıyla, her türlü alıkonulma yerinin bağımsız mekanizmalarca ziyaret edilmesini ve denetlenmesini öngören BM İşkenceye Karşı Sözleşme'ye Ek Seçmeli Protokol<sup>ix</sup> Eylül 2005'te imzalanmış olmasına karşın halen onay yasası çıkmamış ve yürürlüğe girmemiştir.

Hükümetin, önleme mekanizmaları ile ilgili hazırlıkları olduğu bilinmesine karşın hazırlık süreçlerine ilgili insan hakları örgütlerini dâhil etmemektedir.

Tüm bu saptamalarla birlikte Adalet Bakanlığı'nın 2006-2007 yılı istatistikleri ağır bir sonucu ortaya koymaktadır; işkenceye tolerans.

İki yılda haklarında dava açılan kamu görevlilerinin, haklarında işlem yapılan kamu görevlilerine oranı %12,5'tur.

Hükümetin "işkenceye sıfır tolerans" sloganı aslında, dosyalar henüz soruşturma aşamasında iken bile "işkenceye % 87,5 tolerans"a dönüşmüş durumdadır.

İşkenceye sıfır tolerans söylemine karşın, disiplin soruşturmasına uğrayanların ceza soruşturmasına uğrayanlara oranı sadece %7,5'tir. Kamu görevlileri disiplin soruşturmaları yolu ile de korunmaktadır. (2007 yılında haklarında ceza soruşturması başlatılan kamu görevlisi sayısı 4.460, disiplin soruşturması açılanlar 337'dir.)

Karşı davalar, mağdurların hukuk yollarına başvurusunun engellenmesi ya da başvuru hukuk yollarına etki edilmesi veya korkutma, yıldırma ve cezalandırma amacıyla yaygın biçimde kullanılan bir hukuksal araçtır. 2006 yılında 2.668, 2007 yılında

---

IX İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek İhtiyari Protokol.

3.700, 2008 yılının ilk 4 ayı içinde 1.123 kişiye memura, görevi yaptırmamak için direnme (TCK m. 265) suçundan soruşturma açılmıştır. İşkence iddiası nedeniyle açılan dava sayısı toplam 614 iken, görevi yaptırmamak için direnme iddiasıyla açılan dava sayısı toplam 6.368, yani 10 katından fazladır.

Cezasızlık işkenceyi mümkün ve sürekli kılan en temel etmendir. Çünkü işkence failleri ve sorumluları, hukuki ve fiili açıdan cezaya karşı korundukları oranda, yeniden işkence yapma cesareti bulmakta ve toplumda işkence tehdidi sürekli kılınmaktadır.

İşkence suçlarının yargılanması ve failerin cezalandırılması, sadece mağdurun değil tüm toplumun adalet duygusunun tatmin edilmesini sağlar. İşkencenin yarattığı psikolojik ve sosyolojik tahribat ancak bu suçun görünür kılınması ve kamu adına olumsuzlanması ile gerçek anlamda giderilebilir. Bu nedenle işkence suçuna ilişkin olarak yapılacak yargılamaların, toplum sağlığı açısından büyük önemi vardır. Ancak, burada devreye, yargılamayı gerçekleştirecek kurumların niyet ve iradelerinden bağımsız olmayan yargılama pratiğinin içinde bulunduğu trajik durum girmektedir. Zira uygulamada mahkemeler işkence iddiaları karşısında tamamen duyarsız davranabilmekte, hatta hem iddiayı hem de mağduru yok sayabilmektedir. Böylelikle toplumun adalet duygusu zedelenmekte, yönetme erkini elinde bulduranların topluma karşı işlediği suçların cezasız kalacağı düşüncesini pekiştirmektedir. Dolayısıyla siyasal erkten bağımsız, bütün önyargılarından arınmış yansız (tarafsız) bir yargı erkinin varlığı, failerin yargılanıp cezalandırılması için hayati bir rol oynamaktadır. Tam da bu nedenle yargılama makamlarının bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda yasal güvenceler tanınması önem taşımaktadır.

Gerek tarihsel deneyim, gerekse uluslararası ve ulusal düzeyde insan hakları örgütlerinin raporları ile işkencenin bir suç olarak açıkça tanımlandığı, etkin biçimde soruşturularak failer cezalandırıldığı takdirde bu suçun azaldığı, hatta tümüyle ortadan kalkabileceği görülmektedir. Ancak böylesi bir aşamaya varabilmek için toplum olarak **ışkenceye karşı** bütünlüklü bir yaklaşım, zihinsel ve davranışsal kararlılık içinde olmak gerekiyor.



# I. BÖLÜM

---

## İşkence Yasağı





# İşkence Yasağı

---

Uluslararası insan hakları örgütlerinin raporlarına göre en az 81 ülkede<sup>1</sup> insanlar işkenceye maruz kalmaktadır. İnsanlık ailesinin 150-200 yıllık sosyo-kültürel gelişimini tümenden ters yüz eden bu durum, uygarlığımızın geleceği hakkında ciddi kuşku ve kaygılara neden olmaktadır.

Birçoğumuzun aklına işkence denilince; tırnakların sökülmesi, elektrik şoku, geçmiş izlenimi verilen infazlar, tecavüz, Filistin askısı gibi pek çok dehşet verici psikolojik veya bedensel ıstırap gelecektir. Listeye her geçen gün yeni ve bir öncekinden daha korkunç uygulamalar eklenmekte, bireyleri yaşayan ölümlere dönüştürmek amacıyla yeni yöntemler keşfedilmektedir.

İstanbul Protokolü'nde de belirtildiği üzere "işkence uluslararası toplum için ciddi bir endişe konusudur. İşkencenin amacı, sadece bireylerin bedensel ve ruhsal yapılarına zarar vermek değildir; kimi durumlarda bütün bir toplumun iradesini ve onurunu da yok etmeyi amaçlar. İnsan olarak varoluşumuzun anlamına ters düştüğü ve daha aydınlık bir gelecek için umutlarımıza gölge düşürdüğü için işkence insanlık ailesinin bütün üyelerini ilgilendirir."<sup>2</sup>

İşkence ve kötü muameleyi veya cezayı kesin anlamda yasaklayan çok sayıda uluslararası düzenleme olmasına rağmen Dünya coğrafyası her geçen gün değişik yöntemler altında yaygın olarak devam ettirilen bu uygulamalara maalesef ev sahipliği yapmayı sürdürmektedir.

Temel hakları düzenleyen genel nitelikli uluslararası sözleşmelerin ortak düzenleme konularından birisi de işkence yasağıdır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin kabul edilmişinden bu yana hazırlanan ve işkence yasağını da düzenleyen belgelerin tümünde bu yasağın mutlak karakteri ön plana çıkmaktadır. İlgili tüm uluslararası metinlerde işkence yasağı, diğer temel haklardan farklı olarak, istisnasız öngörülmemiş bir mutlaklık içinde düzenlenmiştir. Yani, diğer hakların tanınması ve uygulanması konusunda bazı koşullar, kısıtlamalar ve istisnalar söz konusu olabilirken işkence yasağı mutlaklıktır. Söz konusu işkence yasağı olduğunda, hiçbir durum ya da şart altında işkence yapılmasına onay verilemez, mäsamaha gösterilemez.

---

<sup>1</sup> Uluslararası Af Örgütü, 2007 Raporu

<sup>2</sup> İstanbul Protokolü, sayfa 1, TİHV Yayınları 24, 2. Baskı, Mart 2003 Ankara.

## A. ULUSLARARASI HUKUK

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de pek çok kararında işkence yasağının demokratik toplumlarda en temel değerlerden biri olduğunu, bu nedenle terörizmle ve organize suçlarla mücadele gibi zor koşullarda bile Sözleşme'nin işkence veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da cezayı mutlak biçimde yasakladığını vurgulamaktadır. Sözleşme'nin 15/2. maddesi ile devletlere tanınan çekince koyma hakkı, işkence yasağını düzenleyen 3. madde bakımından ulusun yaşamını tehdit altına alan olağanüstü durumlarda dahi geçerli değildir. Mahkeme, işkence yasağının, insan hakları rejiminin olmazsa olmazı olarak istisna kabul etmeyen bir yasak alan olduğunu belirtmektedir.<sup>3</sup>

İşkence yasağı, AIHS'in yanısıra, yasağın bu mutlak karakteri nedeniyle tüm bölgesel ve evrensel insan hakları belgeleri ile insancıl hukuk belgelerinde de yer almaktadır.<sup>4</sup>

İşkence yasağının mutlaklığı, uluslararası ve bölgesel insan hakları sözleşmelerinin denetim organları tarafından da sıklıkla vurgulanmakta, terörle mücadele de dâhil olmak üzere işkence yasağının hiçbir durumda istisna kabul etmeyeceği belirtilmektedir.<sup>5</sup>

*İşkence yasağı mutlaktır. Savaş hali ya da olağanüstü durumlarda dahi bu yasağa istisna getirilemez.*

BM İşkenceyi Önleme Komitesi'nin 2007 yılında yayınladığı 2 No.lu Genel Yorumunda<sup>6</sup> Komite, kötü muameleye neden olan koşulların sıklıkla işkenceyi de kolaylaştırdığını ve dolayısıyla işkenceyi önlemek için alınması gereken önlemlerin kötü muamele için de geçerli olduğunu belirtmektedir. Bununla bağlantılı olarak Komite, kötü muamele yasağının da olağanüstü hal, savaş hali gibi durumlarda dahi sınırlandırmayacağını, alınacak önlemlerin etkin olmasının gerekliliğinin yanında bu önlemlerin de hiçbir biçimde sınırlandırmayacağını ortaya koymaktadır.

Birleşmiş Milletler İşkenceyi Önleme Komitesi, farklı kararlarında, işkence yasağının mutlak karakteri ve "işkence fiillerinin ağırlığı nedeniyle, işkence fiillerinin genel/özel af ya da zamanaşımı gibi herhangi bir istisnaya konu olamayacağı" nı belirtmiştir.<sup>7</sup>

İşkence yasağının mutlak karakteri, 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, uluslararası insan hakları sözleşmelerinden ve teamül hukukundan kaynaklanan kurallar karşısında hiyerarşik bir üstünlüğe sahip olmuş ve buyruk kural (*jus cogens*) olarak tanınmıştır.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> Selmouni/Fransa [BD], Başvuru no: 25803/94, **AIHM 1999-V**, para. 95; Dikme/Türkiye, Başvuru no: 20869/92, 11 Temmuz 2000, para. 89; Getiren/Türkiye, Başvuru no: 10301/03, 22 Temmuz 2008, para. 70.

<sup>4</sup> Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme; İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme; Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi; Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı; İnsan Haklarını ve Temel Özgürlüklerini Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi; Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokoller

<sup>5</sup> İnsan Hakları Komitesi, Olağanüstü Hal konulu 29 No.lu Genel Yorumu, (CCPR/C/21/Rev.1/Add.11), 2001, para. 7; Castillo-Petruzzi/Peru, 30 Mayıs 1999, Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi (Ser. C) No. 52. para. 197 (açık atıf); Aksoy/Türkiye, Başvuru no: 21987/93, 18 Aralık 1996, para. 62.; **Prosecutor/Furundzija, IT-95-17/1-T, 10 Aralık 1998**, para. 151.

<sup>6</sup> BM İşkenceye Karşı Komite'nin, Sözleşme'nin 2.maddesinin Taraf Devletler tarafından yaşama geçirilmesine ilişkin 2 No.lu Genel Yorumu, (U.N. Doc. CAT/C/GC/CRP. 1/Rev.4), 23 Kasım 2007, (Bundan sonra '2 No.lu Genel Yorum' olarak anılacaktır)

<sup>7</sup> 2 No.lu Genel Yorum, para. 5; İşkenceye Karşı Komite'nin Danimarka ile ilgili karar ve tavsiyeleri, CAT/C/DNK/CO/5, 16 Temmuz 2007, para.11

<sup>8</sup> Prosecutor/Furundzija, para. 153; ayrıca bkz. Altıparmak, Özdemir, Üçpınar, İşkencenin Önlenmesine İlişkin Hukuk El Kitabı, "I. İşkence Yasağı ve Anlamı", Türk Tabipleri Birliği Yayını

Bu mutlak karakter sonucunda uluslararası hukuk devletlere iki yönlü bir yükümlülük getirmektedir: İşkence yapmama, teşvik etmeme, yapılmasına göz yummama biçiminde tanımlanan ödev esasa ilişkindir (substantive). Ancak, devletin, esasa ilişkin yükümlülüğünün yerine getirilmesinin zeminini oluşturan yasal ve yapısal düzenlemelerin gerçekleştirilmesi ya da esasa ilişkin yükümlülüğün yerine getirilmemesi sonucunda ortaya çıkacak ihlallerin etkin biçimde soruşturulması, sorumluların yargı önüne çıkarılması ve mağdurlara giderim sağlanması usule ilişkin ödevi (procedural) olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>9</sup>

Bu çalışmada, devletlerin işkence yapmamasına dair esasa ilişkin (negatif) yükümlülüklerin ele alınmasından çok pozitif yükümlülüklerle odaklanılmıştır.

Bundan sonraki bölümlerde ele alınacağı üzere bu yükümlülükler, Bileşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşme metninden çıkarıldığı biçimiyle şöyledir;

İşkence yapılmasını önlemek için etkin yasal, idari, hukuki 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 fiilini iştirak veya göz yumma da dâhil olmak üzere suçun ağırlığına uygun cezaya tabi suç saymak (md. 4); Sözleşmede belirtilen suçlar hakkında kendi yargılama yetkisini tespit etmek için gerekli düzenlemeleri yapmak (md. 5); işkence yapanı 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 davalarda 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 ifadenin, işkence yapmakla suçlanan bir kişiye karşı açılan davada, ifadenin alınmış olmasının kanıt olduğu veya kanıt sayıldığı durumlar istisna olmak şartıyla, 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 telafi etmek ve yeterli miktarda tazminat alma haklarını güvence altına almak (md. 13-14).

---

## B. İÇ HUKUK

---

### 1. ANAYASAL DÜZENLEMELER

1982 Anayasası'nda "işkence yasağı" başlığı altında bir tanımlama yapılmamış, bunun yerine, "kişi dokunulmazlığı"nın düzenleyen 17. madde içerisinde ele alınmıştır.

#### I. Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı

**MADDE 17.** – Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

---

<sup>9</sup> Bu konuda bkz. Prosecutor/Furundzija, para. 148 vd.; Assenov/Bulgaristan, Başvuru no: 24760/94, 28 Ekim 1998, para. 102; Jim Murdoch, Mahpuslara Uygulanacak Muamele, Avrupa Standartları, Avrupa Konseyi Yayınları, Mayıs 2006, s.127,128; Ayrıca bkz. İşkencenin Önlenmesine İlişkin Hukuk El Kitabı, "I. İşkence Yasağı ve Anlamı"

Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz.

(Değişik: 7.5.2004-5170/3 md.) Meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.

Madde, uluslararası hukukta işkence yasağına ilişkin kabul edilmiş olan “mutlak yasak” karakterini haizdir. Ayrıca işkence yasağının sadece idari uygulamalar ile sınırlanmadığı, pek çok uluslararası sözleşmedeki işkence yasağına koşut olarak yasal ya da adli yaptırım niteliğindeki cezaların da bu kategoride değerlendirildiği görülmektedir.

İç hukuk mevzuatı, işkence yasağını düzenleyen 17. madde ve uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki etkilerini düzenleyen 90/5. madde birlikte okunmalıdır. Gerek uluslararası sözleşmelerde işkence yasağının mutlak olması, yani istisnasının olmaması, gerekse işkence yasağına ilişkin Anayasa'nın 17. maddesinde bu yasak için bir sınırlama ölçütü öngörülmemiştir. Bu nedenle Türk anayasa hukuku sisteminde mevcut duruma göre işkenceyi tamamen ya da kısmen yasal ya da meşru kabul eden bir norm değişikliği yapmak ya da işkenceyi çeşitli gerekçelerle fiilen meşru ya da cezasız kılacak bir fiili tutum geliştirmek mümkün değildir. İster yasal metinler düzeyinde, isterse idari uygulamalar yolu ile işkence yasağı ihlal ediliyor olsun her iki durumda da doğrudan Anayasa'nın ihlalden bahsetmek gerekecektir.

Nitekim bu Anayasa kuralına uymak aynı zamanda Anayasa'nın “Cumhuriyetin nitelikleri” başlığını taşıyan 2. maddesinin gereğidir. 2. maddeye göre Türkiye Cumhuriyeti Devleti “insan haklarına saygılı”, “bir hukuk devleti”dir.

## II. Cumhuriyetin nitelikleri

**MADDE 2.** – Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.

Maddede geçen, devletin “insan haklarına saygılı” bir “hukuk devleti” olması kriterlerinin ikisi de işkence yasağını kuvvetlendiren kavramlar olduğundan, 2. madde, Anayasa'da hem temel haklara ilişkin diğer maddeler ve hem de işkence yasağını düzenleyen madde ile sıkı bir ilişki içindedir.

İşkence yasağı ile doğrudan ilgili maddelerden biri de uluslararası antlaşmaların ulusal hukuktaki yerini tayin eden Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasıdır. Fıkrafta 2004 yılında yapılan değişikliğe göre usulüne uygun şekilde onaylanarak yürürlüğe konulmuş insan haklarına dair uluslararası sözleşme ve antlaşmalar kanun kuvvetinde olup, iç hukukta doğrudan uygulanırlar ve bu tür metinlerin anayasaya aykırılığı da iddia edilemez.

## D. Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma

### MADDE 90, fıkrası 5

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7.5.2004-5170/7 md.)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.

*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş sözleşmeler yasa niteliği kazanır ve doğrudan uygulanması gereklidir.*

2005 yılında Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilmiş olan kararla Anayasa 90/5. madde düzenlemesinin uygulamaya geçirilmesine ilişkin bir netlik de sağlanmıştır.

"Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasındaki; "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz" biçimindeki kuralın iç hukuka yansımaları, öğretilerde 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."<sup>10</sup>

Anayasanın 90/5. maddesi, uluslararası insan hakları sözleşmelerinde yer alan hem işkence yasağının mutlaklığına ilişkin düzenlemeler, hem de işkence failinin bulunup cezalandırılması, tekrarın önlenmesi, mağdur zararının giderilmesi gibi pek çok madde ve denetim mekanizmaları tarafından üretilen içtihatları ceza soruşturma ve yargılamaları ile idari ve hukuk davalarında ileri sürülebilir kılmaktadır.

İşkence ve kötü muamele yasağı iç hukukta Anayasa'da düzenlenmiş ve işkence yasağı kapsamına giren fiiller Türk Ceza Yasası'nda yaptırıma bağlanmıştır. Ceza Muhakemesi Yasası da, bir suç soruşturması sırasında kişilerin işkenceye karşı korunmalarına ilişkin usuli güvenceler getirmiş, önlenememesi durumunda işkence ile alınan ifadelerin niteliklerine ilişkin de düzenlemeler yapmıştır. Bu düzenlemeler ışığında iç hukukumuzda da "işkence yasağı", Anayasa uyarınca, uluslararası hukuka uygun biçimde "mutlak" bir yasak niteliğindedir.

<sup>10</sup> Yargıtay CGK, 2005/7-24 E., 2005/56 K., 24.5.2005

## 2. TÜRK CEZA YASASI

İşkence yasağının uluslararası hukuktaki mutlak karakterine ve Anayasa'da bu mutlaklığın yumuşatılmasına dair herhangi bir istisna bulunmamasına karşın Türk Ceza Yasası'nın, işkence yasağına ilişkin eşdeğer bir düzenleme içerdiğini söylemek mümkün değildir. Yasanın, uygulamada çıkan ve çıkabilecek olan başkaca sorunların yanısıra temel problemi "zamanaşımı" meselesidir.

İşkence ve ağırlaştırılmış işkence suçlarına ilişkin 94 ve 95. maddeler için bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır.

Zamanaşımı, suçlara öngörülmiş cezaların üst sınırı üzerinden değerlendirilmektedir. TCK 94. maddede düzenlenen "işkence" suçu için zamanaşımı süresi 15 yıl (TCK m.66/1-d); 95. maddede düzenlenen "ağırlaştırılmış işkence" suçu için 20 yıl (TCK m.66/1-c) ve işkence sonucunda ölüm meydana gelmişse 30 yıldır (TCK m.66/1-a).

Nitekim Birleşmiş Milletler İşkenceyi Önleme Komitesi'nin Türkiye ile ilgili olarak düzenlemiş olduğu "Değerlendirme ve Tavsiye" raporunda da belirtildiği üzere;<sup>11</sup>

"Haklarında işkence suçuyla ilgili bir suç isnadı bulunan kamu görevlilerinin yargılamalarına ilişkin zamanaşımı kaldırılmalı, soruşturması ya da yargılaması devam eden güvenlik güçlerinin soruşturma süresince görevlerinden uzaklaştırılmaları ve suçlu buldukları durumlarda da görevden alınmaları sağlanmalıdır."

*Af, erteleme,  
paraya çevirme,  
zamanaşımı gibi  
düzenlemeler  
faillerin cezasız  
kalmasına neden  
olduğu için  
işkence yasağının  
mutlak  
karakterine  
aykırıdır.*

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Halil İbrahim Okkalı davasında verdiği kararda, devlet görevlilerinin 3. maddenin ihlalini oluşturan suçlarla itham edildikleri durumlarda hem ceza yargılamasında, hem de cezada zamanaşımının olmamasının yanısıra bu tür suçlara ilişkin "af" düzenlemelerine izin verilmemesinin önemine dikkat çekmektedir.<sup>12</sup>

Durmuş Kurt ve Diğerleri davasında da Mahkeme aynı konuyu vurgulamaktadır. Başvurucular, kötü muamele gördükleri iddiasıyla ve bunu gösteren doktor raporlarıyla savcılığa yaptıkları başvurudan sonuç alamamışlardır. Başvurucuların, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yaptıkları başvuru üzerine hükümetle yapılan yazışmaların ardından, bir yıldan daha az bir süre içinde, Adalet Bakanlığı yazılı emirle bozma talebinde bulunmuş ve davanın açılmasına karar verilmiştir. Savcılık, iddianamesini 9 ay sonra düzenlemiştir. Bununla birlikte davanın açıldığı mahkeme, iddianamenin sunulmasından yaklaşık 5 yıl ve söz konusu kötü muamele fiilinin üzerinden 7 yıl, 5 ay geçtikten sonra konuyla ilgili olarak zamanaşımı nedeniyle düşme kararı vermiştir.

Mahkeme, usuldeki ciddi gecikmeler nedeniyle, zamanaşımından başka herhangi bir sonuç alınmadığını, Türk Hükümetinin işlemleri gerekli "hızlılıkta" ve "özende" yap-

<sup>11</sup> Birleşmiş Milletler İşkenceyi Önleme Komitesi'nin Değerlendirme ve Tavsiyeleri: Türkiye, 27 Mayıs 2003, BM İşkenceye Karşı Komite/C/CR/30/5, para. 7/c

<sup>12</sup> Okkalı/Türkiye, Başvuru no: 52067/99; 17 Ekim 2006; para.76; Ayrıca bkz; Abdülsamet Yaman/Türkiye, Başvuru no: 32446/96, 2 Kasım 2004, para. 55

madığını ve böylece var olan aleyhe kanıtlara rağmen failerin şiddet eylemleri için son derece mühim bir cezasızlık sonucu sağladığını karara bağlamıştır.<sup>13</sup>

Cumhuriyet Halk Partisi'nin yakın tarihli bir değişiklik önergesinde de belirtildiği gibi "Zamanaşımı verilen cezaların ertelenmesi veya para cezasına çevrilmesi veya başkaca tedbirlerin uygulanması işkence yasağının mutlaklığının önüne geçmekte ve cezasızlık durumu yaratmaktadır. İşkence suçu insanlığa karşı suç olduğu gibi adil yargılamayı etkilemekte, adalet duygusunu incitmektedir. Bu nedenle bu suç nedeniyle yapılacak soruşturmalar özel usulde yürütülmeli, caydırıcı yaptırıma tabi tutulmalıdır. Bu suç nedeniyle verilen cezaların ertelenmesi, para cezasına çevrilmesi ya da başka bir tedbirin uygulanması halinde yargılamadan umulan fayda gerçekleşmeyecektir."<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Durmuş Kurt/Türkiye, Başvuru no: 12101/03, 31 Mayıs 2007, Para. 39,40; ayrıca bkz. Batı ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru no: 33097/96 ve 57834/00, 3 Haziran 2004, para. 174

<sup>14</sup> Cumhuriyet Halk Partisi tarafından 28 Ekim 2008 tarihinde TBMM'ye sunulan yasa teklifi; <http://www.milliyet.com.tr/Siyaset/SonDakika.aspx?aType=SonDakika&ArticleID=1008959&Date=28.10.2008&Kategori=siyaset&b=CHPden%20iskence%20suclari%20icin%20kanun%20teklifi&ver=62>





II.BÖLÜM  
İşkenceyi Suç Sayma  
Yükümlülüğü



# İşkenceyi Suç Sayma Yükümlülüğü

**BM** İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 4. maddesinde de açıkça belirtildiği üzere uluslararası hukuk, işkence ve kötü muamele fiillerinin iç hukukta, Sözleşme'nin 1. maddesinde tanımlanan unsurları da içerecek biçimde suç sayılmasını ve ceza yaptırımına bağlanmasını, işkencenin önlenmesinin temel koşullarından biri saymaktadır.<sup>15</sup>

BM İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 1 ve 16. maddelerindeki fail tanımında hem kamu görevlileri ve hem de “bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatiyle” uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ıstırap veren bir fiilden bahsedilmektedir.

İşkenceye Karşı Sözleşmenin 1. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen özel kast, ağır acı gibi kıstaslar iç hukuk düzenlemelerinde yer alması ve fiilin işkence ya da diğer kötü muamele suçlarından birisini oluşturabilmesi için daha dar bir çerçeve çizilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Ancak, fiilin belirtilen suçu oluşturabilmesi için Sözleşme'de belirtilenden daha fazla kistas aranması mümkün değildir.

*Devletler, işkence ve diğer kötü muamele suçlarını iç hukuklarında BM İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 1. maddesindeki unsurları da kapsar biçimde suç saymakla ve bunların bireyleri gerçek ve etkili bir biçimde koruyacak biçimde uygulanmasını sağlamakla yükümlüdür.*

Türkiye'de de işkence yasağı gerek Anayasa'nın “kişi özgürlüğü” başlıklı 17. maddesi ve gerekse de Türk Ceza Kanunu'nun “işkence” başlıklı 94. ve suçun ağırlaştırılmış halini düzenleyen 95. maddesi ile teorik olarak güvence altına alınmıştır.

İç hukukta işkence yasağını düzenleyen TCK m. 94 ve 95 bu suçların kamu görevlileri tarafından işlenmiş olması halini ele almaktadır.

Bununla birlikte, işkence ve kötü muamelenin diğer biçimlerini suç saymaya ilişkin devletlerin yükümlülükleri sadece kötü muameleyi yasaklayan yasalar çıkarmakla sınırlı değildir. Devletler, bu yasaların, bireyleri gerçek ve etkili bir şekilde koruyacak biçimde uygulanması ile de yükümlüdürler.

“Devletlerin, Sözleşme'nin 1. maddesindeki hak ve özgürlükleri herkese tanımaları yönündeki yükümlülükleri, 3. madde ile birlikte göz önüne alarak kendi yetki alanları içinde bulunan kişilerin – üçüncü kişiler tarafından da olsa– işkence, insanlık dışı ya da onur kırıcı muamele veya cezalara maruz kalmamaları için gerekli önlemleri almalarını” gerektirir.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Birleşmiş Milletler İşkenceyi Önleme Komitesi. 2 No.lu Genel Yorum, para. 8

<sup>16</sup> A./Birleşik Krallık, Başvuru no: 35373/97, 17 Aralık 2002, para. 22; 2 No.lu Genel Yorum, para. 7

Dolayısıyla, bu tür bir koruma için üçüncü kişilerin ( devlet – dışı aktörlerin) kötü muameleye başvurmalarını suç sayacak yasaların var olması yeterli olmayıp, bunların soruşturma ve kovuşturma makamlarınca gerektiği gibi uygulanması gerekmektedir.

Uluslararası hukuk, devlet-dışı aktörlerin de işlemiş oldukları işkence suçlarından sorumlu tutulmalarını, yargı önüne çıkarılmalarını ve mağdurlara giderim sağlanmasını öngörmektedir.<sup>17</sup> Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi “bir kamu görevlisinin fiili” kavramının kapsamını dramatik biçimde genişletmiş durumdadır. Bu tabii ki bir polis ya da gardiyan tarafından yapılan kötü muameleleri kapsamakla birlikte daha çok devletin kamu görevlilerinin ne “yaptığına” odaklanmaktadır. Devletin, yasal olarak nelere ilişkin sorumlu tutulabileceği ve bunun, “devlet sorumluluğu” penceresinden gerçekleştirilmesi konusunda giderek artan bir eğilim bulunmaktadır.<sup>18</sup> Gerçek kişiler arasında gerçekleşen ihlallerde ise ihlale devletin bir tutumu neden olmuş veya mevzuatı olanak tanıyorsa, yani devlete atfedilebilir bir sorumluluk varsa yine “devlet sorumluluğu” söz konusu olacaktır.

Devlet-dışı aktörler bireyler olabileceği gibi, özel şirketler, de facto rejimler, silahlı gruplar, devletle yakın ilişkisi olan gruplar da olabilir.<sup>19</sup> Bu kişi ya da grupların işledikleri suçların bilindiği/öngörülebilir olduğu halde engellenmemesi, etkin biçimde soruşturulmaması ve sorumluların cezalandırılmaması durumunda devletlerin uluslararası insan hakları ve insancıl hukuk çerçevesindeki sorumlulukları tartışma götürmez bir gerçekliktir.

Buna karşın, işkence faillerinin kamu görevlisi olduğu durumlar gibi devlet dışı aktörler olduğu durumlarda da ceza normunun varlığı yeterli olmayıp, olayların etkin biçimde soruşturulması, devletlerin sorumluluklarının önemli bir diğer ayağıdır. Nitekim kimliği bilinmeyen kişilerce gerçekleştirilen kayıp vakalarında, kaçırılanların akıbetlerinin etkin biçimde soruşturulmamış olması nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Türkiye hakkında verilmiş çok sayıda karar bulunmaktadır.<sup>20</sup>

Bu bölümde, belirtilen çerçevede, işkence suçuna ilişkin uluslararası düzenlemeler ile iç hukukta yer alan düzenlemeler ve bunların uygulamadaki yansımaları ele alınacaktır. İşkence suçu, suçun unsurları ve işkence ve kötü muamele suçlarının soruşturulmasını etkileyen sorun alanları bu bölümün ana başlıklarını oluşturmaktadır.

Bu başlıklar altındaki değerlendirmelerde üzerinde durulan noktalar özellikle uygulamada öne çıkan sorun alanlarına göre belirlenmiştir. Bu bakımdan, suçun unsurları ya da değinilmesi gereken diğer noktalar, uygulamadan kaynaklanan gereksinimler doğrultusunda arka planda bırakılmıştır.

<sup>17</sup> Etkin hukuk yollarına ilişkin evrensel ve ulusal insan hakları belge ve mekanizmalarına genel bir bakış için bkz. REDRESS, Giderime İlişkin Kaynak Kitap (Sourcebook on Reparation), 2003.

<sup>18</sup> Malcom Evans, Getting to Grips with Torture; The Definition of Torture- Proceedings of an Expert Seminar içinde; APT, 2001, sayfa 44

<sup>19</sup> REDRESS, Sadece Devlet Değil: Devlet Dışı Aktörler tarafından yapılan İşkence (Not Only the State: Torture by Non-State Actors), 2006, sayfa 14-16

<sup>20</sup> Durmuş Kurt ve Diğerleri/Türkiye; İlhan/Türkiye, Başvuru no: 22277/93, 27 Haziran 2000, Mahmut Kaya/Türkiye, Başvuru no: 22535/93, 28 Mart 2000.

---

## A. İŞKENCE SUÇU

---

### 1. ULUSLARARASI HUKUK

**İşkenceye, Diğer Zalimane veya Alçaltıcı Muamele veya Cezaya Karşı BM Sözleşmesi'nin 1. maddesinde “işkence” kavramı, diğer sözleşmelerde olduğundan daha geniş biçimde ele alınmış ve hangi tür fiillerin işkence kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin geniş bir çerçeve sunmuştur:**

“1. Sözleşme amaçlarına göre, ‘işkence’ terimi, bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayrım gözeten herhangi bir sebep dolayısıyla ... uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ıstırap veren bir fiil anlamına gelir...”

Sözleşmenin “işkence”yi düzenleyen 1. maddesinin yanısıra **16. maddesi** ile de işkence dışındaki kötü muamele biçimlerini tanımlanmaktadır:

“1. ... 1'inci maddede tanımlandığı şekilde işkence derecesine varmayan diğer zalimane, gayriinsani veya küçültücü muamele veya ceza gibi fiiller...”

Bununla birlikte, BM İşkenceye Karşı Komite 2 No.lu Genel Yorumunda, işkence ve diğer kötü muamele biçimleri arasındaki eşğin kavramsal olarak belirsizliğinden söz ederek, esasında işkence ile diğer zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da cezanın (bunlar, Komite tarafından kavramsal olarak “kötü muamele” biçiminde adlandırılmıştır) kendi içinde birbirine bağlı, bölünmez, birbiriyle ilişkili olduğunu vurgulamıştır. Bu noktada, devletlerin işkencenin önlenmesi, önlenememesi durumunda soruşturma, kovuşturma ve cezalandırma yükümlülüğü kötü muamelenin diğer biçimleri için de aynı biçimde geçerlidir.<sup>21</sup>

**BM Medeni ve Siyasi Hakları Sözleşmesi, 7. maddesi** ile işkence ve kötü muamele ile birlikte insan üzerinde gerçekleştirilen izinsiz deneylerin de bu yasak kapsamına girdiğini açık bir şekilde ifade etmiştir:

“Hiç kimse işkenceye veya zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılamaz. Ayrıca hiç kimse, serbest iradesi olmadan tıbbi veya bilimsel bir deneye tabi tutulamaz.”

**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, herhangi bir tanımlama yapmaksızın **3. maddede** işkence ve kötü muamele ve cezayı yasaklamakla yetinmiştir:

“Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz.”

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi her ne kadar ayrıntılı bir tanımlama yapmamakta ise de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu eksikliği İşkenceye Karşı BM Sözleşmesi'ndeki işkence tanımı ile doldurmaktadır. **Dikme/Türkiye** davasında Mahkeme, başvurunun maruz kaldığı muamelenin devlet organlarınca, görevlerini yerine getirdikleri sırada, itiraf almak ya da kuşku duyulan suç hakkında bilgi almak amacıyla kast olarak uygulandığını belirtmiştir. Başvurucunun uğradığı şiddetin amacını ve süresini bir bütün olarak dikkate alan Mahkeme, başvurucuya uygulanan muamelenin Sözleş-

---

<sup>21</sup> 2 No.lu Genel Yorum, para 3.

menin 3. maddesi anlamında “işkence” olduğunu, Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşme’deki işkence tanımına atıfla tespit etmiştir.<sup>22</sup>

İşkenceye Karşı BM Sözleşmesi, çok açık bir şekilde işkencenin tanımını yaparak bu alandaki karmaşıklığı hatırı sayılır ölçüde gidermiş olsa da, diğer kötü muamele türlerinin tanımlanması hususunda açık bir referans bulunmamaktadır.

## 2. İÇ HUKUK

Türkiye’nin taraf olduğu insan hakları sözleşmeleri ve Anayasa düzenlemeleri çerçevesinde “işkence” fiili suç olarak düzenlenmiş ve işkence yasağının ihlali durumunda uygulanacak yaptırımlar, faillerin bağlı oldukları kurumların kendi disiplin mevzuatlarında yer alan düzenlemelerin yanısıra “işkence” suçu olarak Türk Ceza Yasası’nda hüküm altına alınmıştır.

Anayasa’da “kişi dokunulmazlığı” başlığı altında düzenlenen işkence yasağı, Türk Ceza Yasası’nda “işkence ve eziyet” başlıklı Üçüncü Bölüm altında 94 ve 95. maddelerde ele alınmıştır.

İç hukukta, 765 sayılı eski Türk Ceza Yasası’nda uluslararası hukukta kullanılan biçimiyle işkence (m. 243) ve kötü muamele (m. 245) suçlarını düzenleyen iki ayrı madde bulunmasına karşın 5237 sayılı yeni Türk Ceza Yasası’nda bu tür fiilleri yaptırıma bağlayan 94 ve 95. maddelerde işkence ve kötü muamele fiillerine ilişkin herhangi bir ayırım yapılmamış ve tanım, diğer kötü muamele fiillerini de kapsayacak biçimde “işkence” suçu altında düzenlenmiştir.

Bu nedenle bu çalışma kapsamında “işkence” kavramı, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Yasası’nda düzenlendiği biçimiyle kötü muamele fiillerini de kapsar biçimde kullanılmıştır.

Türk Ceza Yasası’nın “işkence” başlıklı 94. maddesi şu şekildedir:

“(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.

(2) Suçun;

a) Çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı,

b) Avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla,

İşlenmesi halinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) Fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi halinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır.

(5) Bu suçun ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz.”

<sup>22</sup> Dikme/Türkiye, Başvuru no: 20869/92, 11 Temmuz 2000, para.94

Türk Ceza Yasası, 94. maddesinin 1. fıkrasında suçun basit halini tanımlayıp bunu cezalandırırken, 2. fıkrasında mağdurun özel durumundan kaynaklanan ağırlaştırıcı nedenler öngörerek cezayı artırmaktadır.

Üçüncü fıkra ise, işkence suçunun cinsel saldırı yolu ile işlenmesini ayrı bir ağırlaştırıcı neden olarak öngörmektedir.

Maddenin 4. fıkrası, bu suça ilişkin özel bir iştirak hükmü düzenlemektedir. Bu fıkraya göre, yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenebilen bu suça, kamu görevlisi olmasa da kamu görevlisi ile birlikte katılan kişi, ceza yasasının diğer maddelerine göre değil, bu maddeye göre cezalandırılacaktır.

Türk Ceza Yasası'nın 94. maddesi işkence suçunun basit ve bazı nitelikli hallerini düzenlerken 95. maddesi işkencenin neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerini düzenlemektedir. 95. madde şöyledir:

*“Neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence*

**Madde 95-** (1) İşkence fiilleri, mağdurun;

- a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına,
- b) Konuşmasında sürekli zorluğa,
- c) Yüzünde sabit ize,
- d) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma,
- e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına, Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, yarı oranında artırılır.

(2) İşkence fiilleri, mağdurun;

- a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine,
- b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine,
- c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına,
- d) Yüzünün sürekli değişikliğine,
- e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine, Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, bir kat artırılır.

(3) İşkence fiillerinin vücutta kemik kırılmasına neden olması halinde, kırığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) İşkence sonucunda ölüm meydana gelmişse, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.”

İşkence suçunun ağırlaştırılmış halleri eski Türk Ceza Yasası'nda yer almamakta ve 243. maddenin yollamasıyla başka maddeler devreye girmekte idi. Suçun ağırlaştırılmış hallerinin “işkence” başlığı altında bir maddede düzenlenerek yasada yer alması önemlidir.

---

## **B. İŞKENCE SUÇUNUN UNSURLARI**

---

Uluslararası insan hakları belgeleri ve denetim mekanizmaları kararları uyarınca bir fiilin işkence olarak nitelendirilebilmesi için **bireye verilen her türlü acı ve ıstırapın kasıtlı olması; kişiye uygulanan muamelenin fiziksel veya ruhsal acı ve ıstırap vermesi; özel bir amacın olması; failin devlet görevlisi sıfatının olma-**

**sı ya da bu kişilerle bağlantısının olması; muamele nedeniyle çekilen acı ve ıstı-  
rabın yasal müeyyidelerin doğasında bulunmaması veya bunların fer'i niteliğin-  
de olmaması gereklidir.**

Bu unsurlar işkence yasağını konu alan uluslararası metinlerin yanısıra bu metinlerin denetim mekanizmalarının verdikleri kararlar ve değerlendirmelerden süzülüp gelmiştir. Bununla birlikte, unsurlar arasında sayılan “fiziksel ve ruhsal acı ve ıstırap verilmesi”, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 1978 tarihli İrlanda/Birleşik Krallık<sup>23</sup> davasında tartışılarak, uygulanan muamele ya da cezanın kişide yarattığı acı ve ıstı-  
rabın değerlendirilmesi ve bunun sonucunda da bir “dereceleme” yapılması kararına dayanmaktadır. Bu karar, Mahkeme'yi kişilerin hangi muamele ve ceza karşısında ne kadar acı ve ıstırap çekilebileceği, üstelik bu acı ve ıstırabın çekilmiş olduğunun ispatlanıp ispatlanmadığı tartışmalarına götürmüştür. Birleşmiş Milletler mekanizmalarının da zaman zaman Mahkeme'nin bu yaklaşımını benimsedikleri görülmüştür.

Ancak, hukuk yaşayan bir mekanizmadır ve çevresindeki her türlü gelişim ve deği-  
şimden olumlu ya da olumsuz biçimde etkilenmesi kaçınılmazdır. Bu nedenle, aşağı-  
da ayrıntısıyla değinileceği üzere işkence suçunun uluslararası alandaki tarifi konu-  
sunda da son yıllarda gelişen tartışmalar yapılmaya başlanmıştır. Bu tartışmaların odağında ise kişinin çektiği acı ve ıstırabın ne kadar yoğun olduğunun değerlendirilip değerlendirilemeyeceği bulunmakta ve işkence fiilinin oluşmasında bu unsur ye-  
rine başkaca unsurların aranması yönünde bir eğilim gelişmektedir.

## **1. MADDİ UNSUR**

### **a. Uluslararası hukuk**

İşkenceye Karşı BM Sözleşmesi'nin 1. maddesindeki haliyle “fiziki veya manevi ağır acı veya ıstırap veren bir fiil” tanımlaması hangi eylemlerin işkence, hangilerinin in-  
sanlık dışı veya zalimane veya kötü muamele olduğunu, “ağır”la neyin kastedildiğini ortaya koymamaktadır. Dolayısıyla da bir eylemin niteliği veya şiddeti belirlenirken dikkate alınması gereken en önemli husus eylemin mağdur üzerinde yarattığı etki ve etkiler olacaktır. Bu etkinin belirlenmesinde mağdurların kişisel durumları önemli bir rol oynayacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İrlanda/Birleşik Krallık<sup>24</sup> davasından bu yana, uygulanan muamele veya cezanın mağdurlar üzerinde yarattığı etkiyi saptamak üzere bir yoğunluk eşiği aramaktadır. Uygulanan muamele ya da cezanın ağırlığı belli bir düzeye gelmeden işkence ve diğer kötü muamele biçimlerine ilişkin yasak çerçevesinde değerlendirilmeyecektir.

Asgari eşiği aştığı düşünülen eylemlerde de Mahkeme bir kez bu muamele ya da cezanın neden olduğu acı ve ıstırabın işkence yasağını hangi boyutuna (işkence, insanlık dışı, onur kırıcı ya da aşağılayıcı) ulaştığını değerlendirmektedir. Mahkeme, mağdurlara uygulanan ve beş teknik olarak ifade edilen eylemleri sınıflandırırken maruz kalınan muamelenin süresini, fiziksel ve ruhsal etkilerini, mağdurların cinsiyeti-

<sup>23</sup> İrlanda/Birleşik Krallık, Başvuru no: 5310/7, 18 Ocak 1978.

<sup>24</sup> İrlanda/Birleşik Krallık, para. 162, 167



ni, yaşını, sağlık durumunu ve uygulanan şiddetin seviyesini dikkate almıştır.<sup>25</sup> Mahkeme'nin yakın tarihte verdiği **Fahriye Çalışkan/Türkiye** kararında da karakolda şiddete maruz kaldığını iddia eden başvurucunun şikâyetini değerlendirirken başvurucunun kişisel özellikleri ile iddia edilen olayın meydana gelme koşullarını dikkate aldığını açıkça ifade etmiştir.<sup>26</sup>

Mahkeme, **Abdullah Öcalan** ile ilgili olarak 12 Mayıs 2005 tarihinde vermiş olduğu kararında<sup>27</sup>, İmralı Cezaevi'nde tutulma koşullarının **henüz** Sözleşme'nin 3. maddesi uyarınca insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele için gerekli asgari yoğunluk eşiğine ulaşmadığını belirlerken, daha sonraki süreçte durumun tekrar değerlendirilmesinin de önünü açmıştır. Nitekim Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi de 2007 yılında yaptığı ziyaret sonrası yayınladığı raporunda Öcalan'a uygulanan rejimin izolasyon olduğu saptamasını yaparak bu rejimin kişi üzerindeki etkilerini ortadan kaldırmak üzere çeşitli tavsiyelerde bulunmuştur.<sup>28</sup>

Mahkeme'nin, **İrlanda/Birleşik Krallık** kararında tartıştığı ve eylemin kişide doğduğu sonuçların, kişiye bağlı/sübjektif nedenlerle doğrudan ilişkili olacağı saptamasına karşılık **Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık** kararında, değerlendirmenin sübjektif nedenlerden öte muamelenin mağdur üzerindeki etkisinin objektif olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde bir sonuca varmıştır. Mahkeme aşırı duyarsız bir kimseye yöneltilen bir tehdidin, o kişide anlamlı bir sonuç doğurmamış olsa da davranışın aşağılayıcı olduğundan söz edilebileceğini, aynı şekilde fazlaca hassas bir kimşenin de basit ve olağan kategorideki bir tehditten derin bir biçimde etkilenebileceğini ifade etmiştir.<sup>29</sup> Dolayısıyla Mahkeme, yoğunluk tartışması yaparken kimi zaman objektif, kimi zaman sübjektif nedenleri ve kimi zaman da her ikisini birden dikkate almaktadır. Söz konusu fiilin kişide yarattığı örselenmenin derecesini belirlemeye çalışmak gerçekten de sorunlu bir alandır.

Nitekim AIHM, daha önce işkence kategorisine giren net bir muamele listesi belirlemiş olmasına karşın bu muamelelerin değerlendirilmesinde kullanılan ağırlık/yoğunluk ölçütünü **Selmouni/Fransa** kararında tekrar ele almıştır. Mahkeme, Sözleşme'nin yaşayan bir belge olduğunu ve bu nedenle de değişmez olmadığını, daha önce yoğunluk eşiğini uygulamak suretiyle "işkence" değil de "insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele" olarak sınıflandırdığı muamelelerin gelecekte farklı biçimde sınıflandırılabilceğini saptamasını yapmıştır.<sup>30</sup>

<sup>25</sup> İrlanda/Birleşik Krallık, para. 96; <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=27>

"...**Bir sorgulama yöntemi olarak 'beş teknik'**: 9 Ağustos 1971 ile Ekim 1971'de gözaltına alınan 14 kişiye uygulandığı iddia edilmiş, Komisyon bunlar içinden ikisini 'tanımlayıcı olay' olarak ele almıştır. 'Derin sorgulama' için kullanılan bu yöntemler, beş ayrı tekniğin birlikte veya ayrı ayrı uygulanmasından meydana gelmektedir. Bu yöntemlere 'zihin bulandırma' veya 'duyum yoksunlaştırması' da denilmektedir. Beş teknik şunlardır oluşmaktadır: a) Duvar dibine dikme: bir kaç saat süreyle, eller havaya kaldırılmış, ayaklar açılmış, kollar ve ayaklar gergin, ayak parmakları üzerine kalkılmış, dolayısıyla bedenın ağırlığı ayak parmaklarına yüklenecek şekilde 'gergin pozisyonda' durmaya zorlanma; b) Başlık geçirme: başa siyah veya koyu renkli bir torba geçirme ve bunu sorgulama süresi dışında sürekli başta tutturma; c) Gürültü verme: sorgulanmayı bekleyenleri bir odaya alıp, sürekli bir biçimde yüksek tonda ısıklık ve yuhalama sesi verme; d) Uyumtama: sorgulanmayı bekleyenleri uykudan yoksun bırakma; e) Yiyecek ve içecek vermeme: merkezde kaldıkları süre içinde ve sorgulanmayı beklerken sadece az bir yiyecek verme."

<sup>26</sup> **Fahriye Çalışkan/Türkiye**, Başvuru no: 40516/98, 2 Ekim 2007, Kararın çevirisi için bkz. [www.serkancengiz.av.tr](http://www.serkancengiz.av.tr)

<sup>27</sup> **Abdullah Öcalan/Türkiye**, Başvuru no: 46221/99, 12 Mart 2003, para.196

<sup>28</sup> Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi tarafından 19-22 Mayıs 2007 tarihinde Türkiye'ye yapılan ziyaretin raporu (Report to the Turkish Government on the visit to Turkey carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 19 to 22 May 2007) CPT/Inf (2008), 13

<sup>29</sup> **Costello-Roberts/Birleşik Krallık**, Başvuru no: 13134/87, 25 Mart 1993, para. 30.

<sup>30</sup> **Selmouni/Fransa**, Başvuru no: 25803/94, 28 Temmuz 1999, para. 101

Aynı şekilde *Menesheva/Rusya* kararında Mahkeme, daha önceki kararlarında insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olarak değerlendirdiği hakaret, tehdit ve kaba dayığı<sup>31</sup> mağdurenin genç yaşını ve özellikle de çok sayıda erkek polis memuru tarafından baskı altına alınması nedeniyle cinsiyetini dikkate alarak bu kez işkence olarak değerlendirmiştir.<sup>32</sup>

Ancak Mahkeme'nin, muamelenin 3. maddeyi ihlal ettiğini saptayıp işkence ya da diğer kötü muamele biçimlerinden hangisini oluşturduğuna ilişkin niteleme yapmadığı kararları da bulunmaktadır.<sup>33</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, kişilere uygulanan muamele ya da cezanın neden olduğu acı ve ıstırabın işkence ya da insanlık dışı veya aşağılayıcı ya da onur kırıcı olup olmadığına ilişkin değerlendirmesi değişiklikler gösterirken Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi bu konuda herhangi bir ağırlık ölçütü kullanmadığı gibi bu ölçütü kullanmaktan da özellikle uzak durmaktadır.<sup>34</sup>

***İşkenceyi zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleden ayırt etmek üzere belirleyici olan ölçüt, çekilen acı veya ıstırabın yoğunluğu değil, fillin amacı ve mağdurda ortaya çıkan çaresizlik duygusudur.***

BM İnsan Hakları Komitesi, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin işkenceyi yasaklayan 7. maddesine ilişkin 20 No.lu Genel Yorumunda, işkence yasağı kapsamında değerlendirilebilecek muamelelerin bir listesini vermenin ya da işkence ile diğer kötü muamele biçimleri arasında keskin bir ayırım yapmanın gerekli olmadığını, çünkü bu farkın, uygulanan muamelenin yapısı, amacı ve yoğunluğuna göre değiştiğini belirtmektedir.<sup>35</sup> Bu nedenle de Komite, yapılan eylemin hangi muamele tipini oluşturduğunu saptamak yerine 7. maddenin ihlal edilmiş olduğunu saptamakla yetinmektedir.

İşkence Özel Raportörü Manfred Nowak, Birleşmiş Milletler mekanizmalarının bu konudaki yaklaşımına açılım getiren bir perspektif ortaya koymaktadır. Nowak, Sözleşme'nin 1. ve 16. maddelerinin hazırlanması sürecindeki çalışmaların esaslı bir analizi ve her iki düzenlemenin İşkenceye Karşı Komite'nin uygulamaları ışığında sistematik biçimde yorumlanması ile "işkenceyi zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleden ayırt etmek üzere belirleyici olan ölçütün, çekilen acı veya ıstırabın yoğunluğu değil fillin amacı ve mağdurda ortaya çıkan çaresizlik" olduğu sonucuna ulaşmaktadır.<sup>36</sup>

<sup>31</sup> Campell ve Cosans/ İngiltere, Başvuru no: 7511/76 ; 7743/76, 25/02/1982; Gäfgen/Almanya, Başvuru no: 22978/05, 30/06/2008

<sup>32</sup> Menesheva/Rusya, Başvuru no: 59261/00, 9 Mart 2006, para. 61

<sup>33</sup> Örneğin; Durmuş Kurt ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru no: 12101/03, 31 Mayıs 2007

<sup>34</sup> Uluslararası Hukukta İşkence: İçtihatlarla İlişkin bir kılavuz, İşkenceyi Önleme Derneği (Torture in International Law: A guide to jurisprudence, Association for the Prevention of Torture, 2008; Nigel Rodley, Uluslararası Hukukta İşkence Tanım(lar)ı, 55, ("The Definition(s) of Torture in International Law", 55 Cur'nt Leg. Probs); s.472; Chris Ingelse, BM İşkenceye Karşı Komite, Bie Değerlendirme (The UN Committee against Torture An Assessment, The Hague: Kluwer Law International), 2001, s. 229 [bkz. Kerem Altıparmak, "İşkenceyi Nasıl Bilirsiniz? – Türkiye'de Orantısız Güç Kullanımı Sorunu" ( Toplum ve Bilim Dergisi (2009), Sayı 115'de yayımlanacak yazı]

<sup>35</sup> HRC, General Comment No. 20, "Prohibition of torture, or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment" (1992) §2, in UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7.

<sup>36</sup> Manfred Nowak, İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ve Onur Kırıcı Muamele ya da Cezalara İlişkin Özel Raportörün Raporu, (UN Doc. E/CN.4/2006/6), 23 Aralık 2005, para. 39.;

Manfred Nowak, Elisabeth McArthur, İşkence Mağdurlarının Rehabilitasyonu ve İşkencenin Önlenmesine Yönelik Dergi- İşkence (Torture- Journal on Rehabilitation of Torture Victims and Prevention of Torture), 2006/3, sayfa 150,151

Nitekim “[a]cının yoğunluğunun insan hakları hukukunda marjinalize edilmesiyle işkencenin siyasi rolü arasında doğrudan bir ilişki vardır. Şiddet tekelini elinde tutan devlet, yere ve zamana bağlı olarak artan veya azalan bir şekilde, kontrolü altında bulunan kişilere kötü muamele ederek suçla mücadelesini sürdürmekte, çoğu zaman da bu mücadele sınıfsal ve siyasal bir sindirmeye eşlik etmektedir. İşkence iddialarının kriz dönemlerinde artışının nedeni de budur. Acı ve ızdırabın bir yere kadar kabul edilebilir olması aslında sindirmenin de bir yere kadar kabul edilebilir olduğu anlamına gelmektedir ki bunun mutlak işkence yaşağıyla örtüşmesi mümkün değildir. Nitekim hükümetler yaptıkları kötü muamelenin işkence seviyesine gelmediğini söylerken beden üzerindeki hâkimiyetlerinin onaylanmasını istemektedirler. İşkence, tehlikenin veya tehdidin önemine göre, zamana ve mekâna göre değişebilir bir kavram değildir. Mutlak yasak demek, kendisi o acıyla hiç karşılaşmamış kişilerin öznel değerlendirmeleriyle belirleyecekleri bir eşik olmaksızın, şiddet tekelinin teslim aldığı insan üzerinde uygulanmaması demektir. Bu nedendir ki, mutlak yasak açısından orantılılık söz konusu olamayacağı gibi, daha az acı vermeyi meşru bir sebeple açıklamak da mümkün değildir. O halde bireyin devletin kontrolünde olduğu andan itibaren artık acı ve ızdırabın yoğunluğundan bahsedilemez, çünkü bunun kabulü o kişi üzerinde uygulanacak şiddeti meşru” kılacaktır.<sup>37</sup>

## b. İç hukuk

Uluslararası hukuktaki bu perspektif (bilinçli bir yanılması olduğu söylenemese de) Türk Ceza Yasası’nda işkence suçunu düzenleyen 94. maddede yer almış durumdadır. Maddedeki tanıma göre işkence, insanlık dışı ya da onur kırıcı muamele arasında hukuksal olarak bir farklılık gözetilmemiş ancak, faile verilecek cezanın alt ve üst sınırları arasında oldukça fazla bir fark yaratılarak fiilin ağırlık derecesine göre hâkime bir takdir marjı bırakılmıştır. 94. madde mağdura uygulanan muameleler konusunda, tanımlama üzerinden herhangi bir ayrıma gitmediğine göre işkence, hâkimin takdir yetkisi içinde değerlendirileceği, diğer kötü muamele türlerinin ağırlaştırılmış biçimidir.

Türk Ceza Yasası’nın 94. maddesinde belirtildiği üzere suçun maddi unsuru;

- insan onuruyla bağdaşmayan bir davranışın var olması,
- bu davranışın, kişinin bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açmasıdır.

94. maddenin gerekçesinde de “İşkence olarak, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulması gerekir.”<sup>38</sup> açıklaması yapılmakla birlikte muamelenin neden olduğu acı ve ızdırabın derecesine/ağırlığına dair herhangi bir belirleme yapılmamaktadır.

Bu düzenleme, uluslararası hukukta gelişmekte olan, acı ve ızdırabın yoğunluğuna ilişkin bir eşik aranmasından vazgeçilmesi eğilimine de denk düşmektedir. Ancak,

**İç hukukta işkence, insanlık dışı ya da onur kırıcı muamele arasında hukuksal olarak bir farklılık gözetilmemiştir. 94. maddede öngörülen cezanın alt ve üst sınırları arasındaki açık fark, muamelenin kişide yarattığı etkiyi değerlendirme konusunda yargıca geniş bir takdir marjı tanımaktadır.**

<sup>37</sup> Altıparmak, “İşkenceyi Nasıl Bilirsiniz? – Türkiye’de Orantısız Güç Kullanımı Sorunu”

<sup>38</sup> TCK m.94 gerekçesinden

açktır ki eylemin mağdur üzerinde yarattığı maddi ve manevi etki, yargıcın özellikle ceza miktarının belirlenmesi konusundaki takdirini etkileyecek bir unsurdur. Bununla birlikte, kişinin kendisine uygulanan muameleden etkilenme, özellikle de psikolojik olarak etkilenme derecesinin soruşturma ve kovuşturma makamlarınca ne ölçüde dikkate alındığı ciddi bir kaygı konusudur.

Aşağıda aktarılan vakada, kişi, kendisine yönelik herhangi bir fiziksel şiddet uygulanmamış olduğu halde ruhsal olarak duyduğu baskı nedeniyle intihar etmiştir.<sup>39</sup>

Dr. Sedat Turgay, Bolu Fizik Tedavi ve Rehabilitasyon Hastanesi Başhekimliği görevini yürüttüğü 2007 yılı Mart ayında, Sağlık Bakanlığı tarafından inceleme ve teftiş amacıyla hastaneye bir müfettiş gönderilmiştir. Turgay, henüz teftiş işlemleri devam ederken intihar etmiştir.

Bu olay sonrasında, müfettişin teftiş sırasındaki tutum ve davranışlarının kişiyi intihara sürüklediği, müfettişin görevini kötüye kullandığı ve hastanede görevli hekim ve diğer personele karşı hakaret ve tehditlerinin bulunduğu iddialarıyla suç duyuruları yapılmıştır.

Söz konusu suçlardan dolayı soruşturma yapılabilmesi için Sağlık Bakanlığı tarafından gerekli izin verilmemiş, ancak itiraz üzerine Danıştay, müfettişin görevli olduğu dönemdeki söz ve eylemleri sebebiyle görevi kötüye kullanma suçundan dolayı soruşturulmasına izin vermiştir.

Bolu Cumhuriyet Savcılığı tarafından yapılan soruşturma sonucunda müfettiş Mutlu GÜNER hakkında görevi kötüye kullanma ve hakaret suçlamasıyla dava açılmıştır. Bu davanın ilk duruşmasında Turgay'ın eşi ve çocuklarının yanısıra Türk Tabipleri Birliği ve Bolu Tabip Odasının da davaya katılmasına ilişkin talepleri kabul edilmiştir.

Duruşmalar sırasında, davaya katılanlar tarafından "sanığın eyleminin manevi işkence olduğu" ileri sürülerek görevsizlik talep edilmiştir. Duruşma savcısı da bu taleple aynı doğrultuda bir mütalaa vermiştir;

*"Şikayet, savunma, tanık anlatımları, soruşturma raporları ve tüm deliller birlikte değerlendirildiğinde; suç tarihlerinde Sağlık Bakanlığı tarafından inceleme yapmak üzere görevlendirilen müfettiş Mutlu Güner'in 26/03/2007-30/07/2007 tarihleri arasında Bolu Fizik Tedavi ve Rehabilitasyon Hastanesinde görev yaptığı süre içerisinde yine kendisi gibi kamu görevlisi olan söz konusu hastanenin Başhekimi ölen Sedat Turgay'a yönelik basit tehdit ve hakaret içeren sözleri, manevi şahsiyetine yönelik küçük düşürücü tavır ve hareketlerde (azarlama, el kol hareketleri, protokol ve nezaket kurallarına uymayan tavır ve davranışlar) bulunduğu, hastanede yapıldığı iddia olunan tüm yanlışlardan başhekim olarak öleni sorumlu tutma, işten atılacağı ve hapse gireceği, unvanını kaybedeceği şeklinde tehditlerde bulunarak yoğun şekilde korku, kaygı, endişe ve tedirginliğe yol açan kamu görevi ve müfettişlik görevi ile bağdaşmayan söz ve eylemlerde bulunduğu bu söz ve eylemlerin teftiş dönemi boyunca bir çok kez tekrarlanıp ölene ve diğer bazı hastane personeline yönelik sürdürüldüğüne ilişkin iddia, beyan ve delillerin mevcut olduğu,*

*5237 Sayılı TCK'nın 94/1 maddesindeki bir kişiye karşı insan onuru ile bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama ve irade yeteneğini etkilemesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi*

39 <http://www.ttb.org.tr/index.php/haberler/179-ttb/1128-sedatturgay>

hakkında 3 yıldan 12 yıla kadar hapis cezasına hükmolunur şeklindeki yasal düzenleme, maddede tarif edilen işkence suçunun yeni ceza siyaseti ve yasada belirtilen unsurları itibarıyla failinin tüm kamu görevlileri olabileceği, suçun kamu görevinin yürütülmesi sırasında her zaman ve herkese karşı işlenebileceği değerlendirildiğinde sanığın eyleminin TCK'nın 94/1 maddesi kapsamında kalan işkence suçunu oluşturabileceği, bu suçtan delilleri takdir etme ve yargılama yapma görev ve yetkisinin 5235 Sayılı yasa uyarınca Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu kanaatine varılmakla;

1-5271 Sayılı CMK'nın 5. maddesi uyarınca Mahkememizin görevsizliğine,

2-Samık Mutlu Güner'in görevi kötüye kullanma ve kamu görevlisine yönelik işkence suçundan eylemine uyan 5237 Sayılı TCK.nm 94/1, 94/2-b, 53, 257, 53 maddeleri uyarınca cezalandırılması istemi ile yargılama yapılması için dava dosyasının görevli ve yetkili Bolu Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine,

... karar verilmesi talep edilmiştir.

Kişinin, intihar etmemiş olması durumunda, ruhsal bakımdan ne denli örülenmiş olduğunu değerlendirmek ve yaşadığı travmanın büyüklüğünü anlamak belki mümkün olmayacak ve suç duyurusunda bulunma olasılığında da herhangi bir soruşturma açılmaması yüksek bir olasılık olacaktır. Bu nedenle, bir fiilin 94. maddede belirtilen maddi unsurları taşıyıp taşımadığının değerlendirilmesinde, bu fiile maruz kalan kişinin ruhsal ve fiziksel açıdan sağlıklı bir bütün olarak göz önüne alınmalıdır.

Madde metninin hazırlanması sırasında tartışılan konulardan biri de işkence suçunun tek hareketli bir suç olup olmadığı ya da suçun oluşması için fiilin sistematik devamlılığının gerekip gerekmediğidir. Maddeye ilişkin TBMM tartışmalarında fiilin sistematik olması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır;

*“İşkence teşkil eden fiiller, aslında kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyan fiillerdir. Ancak, bu fiiller, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler. Bir süreç içinde süreklilik arzeder bir tarzda işlenen işkencenin en önemli özelliği, kişinin psikolojisi, ruh sağlığı, algılama ve irade yeteneği üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır. Bu etkilerin uzun bir süre ve hatta hayat boyu devam etmesi, işkencenin bu kapsamda işlenen fiillere nazaran daha ağır ceza yaptırımı altına alınmasını gerektirmiştir.”<sup>40</sup>*

Ancak gerekçede belirtildiğinin aksine, bir fiilin işkence olarak nitelendirilebilmesi için “fiilin sistematik olarak devamı” işkence suçunu oluşturabilecek, bazı fiillerin 94. madde kapsamı dışında kalmasına neden olacaktır.

Örneğin, gerekçeden yola çıkarak, tecavüzün işkence kapsamında nitelendirilebilmesi için kişiye birden fazla kez tecavüzde bulunmak gerekecektir. Ayrıca, cezaevinde tutulan bir mahpusun kafasının duvara vurulması sonucunda bilincini ve/veya algılama yeteneğini kaybetmesi, ruhsal durumunun bozulması gibi vakalarda da gerekçe-

**Kişinin sağlıklı olma hali, ruhsal ve fiziksel bir bütünü ifade eder. 94. maddenin maddi unsuru, hem ruhsal hem de fiziksel örülenmenin araştırılmasını şart koşar. Fiilin sistematik olması işkence suçunun gerçekleşmesi için gerekli bir unsur değildir. Sistematiplik, sadece insanlığa karşı suçlar bakımından aranmaktadır.**

<sup>40</sup> TCK m.94 gerekçesinden

de belirtilen sonuçlar gerçekleşse bile fiil sistematik bir biçimde işlenmediği için 94. madde kapsamında sayılmayacaktır. Sistematiklik tartışmasında tek hareketle işlenen suçların işkence ve diğer kötü muamele biçimleri kapsamında tartışılmasını kabul etmediğimiz durumda bu hareketin kişide yarattığı sonuçlar gözardı edilmiş ve işkence tartışması, suçun unsurlarına ilişkin teknik bir tartışmaya indirgenmiş olacaktır. Bu durumda, Masis Kürkcügil'in 1 Mayıs 2007'de bir kafeteryada oturduğu sırada çevik kuvvet polislerinden birisi tarafından tokatlanması<sup>41</sup> sonucunda yaşadığı muhtemel fiziksel ve ruhsal örselenme Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları çerçevesinde "onur kırıcı muamele" olarak nitelendirilerek işkence yasağı kapsamında değerlendirilebileceken, iç hukuktaki sistematiklik tartışması bizi "bir tokattan bir şey olmaz" sonucuna götürecektir. Bu da işkence suçu faillerinin, suçun karşılığı olan cezaya çarptırılmaması ve dolayısıyla da cezasız kalmaları sonucunu doğuracaktır.

Nitekim yukarıda da ele alındığı üzere uluslararası hukuk, işkence fiilinin varlığı için muamele ya da cezanın yaratığı sonuçlara bakmakta ve "sistematik" olma koşulunu ise, TCK m. 77'de olduğu gibi, sadece insanlığa karşı suçlar bakımından aramaktadır.

## 2. MANEVİ UNSUR

Konuyla ilgili uluslararası metinler ve mahkeme kararları uyarınca bir eylemin işkence olarak değerlendirilebilmesi için bu eylemin kasıtlı olarak yapılmış olması gereklidir.<sup>42</sup> İşkenceye Karşı BM Sözleşmesi'nin 1. maddesindeki tanımda da belirtildiği gibi işkence fiilinin manevi unsuru kasıttır.

**TCK m. 94 uyarınca suçun manevi unsuru "genel kasıt"tır. İşkence suçu "ihmal" suretiyle de işlenebilir. Bu nedenle doğrudan failin sorumluluğu kadar, emir-komuta zinciri içindekilerin sorumluluklarının soruşturulması ve ortaya çıkarılması da temel bir gerekliliktir. Buna karşın, amirler hakkında soruşturma açılması ender görülen bir durumdur.**

İşkence fiili çok farklı amaçlara yönelik olabilir. 1. maddede belirtildiği şekliyle bunlar; mağdurun kendisinden veya üçüncü bir şahıstan bilgi ve itiraf alınmasının amaçlanması veya mağdurun kendisinin veya üçüncü bir şahsın işlemiş olduğu bir suç için veya bir suç işledikleri şüphesiyle cezalandırılması veya ayrımcılığa dayanan herhangi bir nedenden dolayı mağdura veya üçüncü bir şahsa gözdağı verilmesi, mağdurun veya üçüncü kişinin bir şeye mecbur edilmesi biçiminde gerçekleşebilir.

Ancak, maddenin 2. bendinde de belirtildiği üzere "konu hakkında daha geniş uygulama hükümleri ihtiva eden herhangi uluslararası bir belge veya milli mevzuata hallet getirmez", dolayısıyla maddede belirtilenden daha geniş bir amaç çerçevesi çizilmesi de mümkündür.

Ayrıca BM İşkenceyi Önleme Komitesi de Sözleşme'nin asgari standartlarını içerdikleri ve bunlara uygun biçimde yaşama geçirildikleri sürece iç hukuktaki daha geniş tanımların, Sözleşmenin amaç ve hedefine katkıda bulunmuş kabul etmektedir.<sup>43</sup>

Türk Ceza Yasası'nın 94. maddesinde tanımlanan işkence suçunun manevi unsuru *genel kasıttır* ve failin işkence yapma nedeni bir önem taşımamaktadır.

<sup>41</sup> <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/6449196.asp?gid=48&srld=3109&oid=4&l=1>

<sup>42</sup> AİHM, Salman/Türkiye, Başvuru no: 21986/93, 27 Haziran 2000

<sup>43</sup> 2 No.lu Genel Yorum, para. 9

765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu uygulamasında işkence suçunun oluşabilmesi için sanığın, mağduru işlediği iddia edilen suçu ikrar ettirmek için işkence yapması bir koşul olarak aranmaktayken yeni düzenlemeden bu hususun çıkarılmış olması isabetli olmuştur. Yine suçunu söyletme saiki cümlesinin çıkarılması, işkence görenin zorunlu olarak bir suç şüphesi altında bulunması gereğini de ortadan kaldırmıştır.

5237 sayılı Yasa daha genel bir düzenlemeye gitmiştir. TCK m. 94'te işkence fiilinin oluşabilmesi için kişinin "bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesi, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesi, aşağılanması" amacına yönelik bir fiilde bulunulması yeterlidir.

Türkiye İnsan Hakları Vakfı tarafından izlenen dosyalar içinde, iddianame ya da kararlarda fiilin amacına ilişkin tartışmaya rastlamak pek mümkün olmamıştır. Bu tartışma gerçek anlamda üç iddianamede yapılmış ve bunun sonucunda ikisinde işkence suçundan, diğerinde ise çok sayıdaki sanık hakkında işkence de dahil olmak üzere zor kullanma yetkisinin aşılması suretiyle kasten yaralama, görevi kötüye kullanma gibi suçlardan dava açılmıştır.

Bunlardan, 2004 yılında İstanbul'da yapılan NATO Zirvesini protesto eylemleri sırasında gözaltına alınan 7 kişinin gözaltında maruz kaldıkları muamelenin amacını tartışarak işkence olarak değerlendiren iddianame bugüne değin rastlanan en önemli örneklerden biri olarak kayıtlara geçmiştir:

"Yapılan soruşturma sonucunda şikayetçiler [...]’un TEM şubesindeyken hakaret gördükleri, susma hakkını kullanmamaları için "... bak başkalarına biz bunu örgüt tavrı olarak kabul edip öyle bir dosya hazırladık ki hala hapisteler..." şeklinde manevi baskıya maruz kaldıkları, "... bu çanta senin, kabul et biz buna uygun parmak izi buluruz" biçiminde yönlendirici ve baskıcı sorulara muhatap oldukları, tehdit edildikleri, yiyecek ve içecek sıkıntısı yaşadıkları, uzun süre sandalyede (tabure) oturmaya zorlandıkları ve 2559 sayılı Polis Vazife Selahiyetleri Kanununun 5. ve 17. maddeleri şartları oluşmadığı halde (Ağır cezalı suç olmadığı halde) parmak izlerinin alındığı, bu eylemlerin şikayetçilerin üzerlerine atılı suçu söyletmeye yönelik olarak tatbik edildiği ve böylece atılı suçun işlendiği iddia edilmiş olup, bu iddiaların soruşturma kapsamında şikayetçi sıfatıyla ifadesi alınan ancak esasen adı geçen şikayetçilerin yakalanmaları sonrasında müdafiliklerini yapan Av.[...] ve Av.[...] tarafından da doğrulandığı anlaşılmış ve bütün olarak birlikte değerlendirildiğinde ..."TEM Şubesinde görevli 10 polis memuru hakkında, sanık sayısı kadar (7’şer kez) işkence suçuyla cezalandırılmaları ve haklarında güvenlik tedbirlerinin uygulanması talep edilmiştir.<sup>44</sup>

Adana’da askerliğini yapmakta olan Murat Polat’ın 2005 yılı Haziran ayında bir suç nedeniyle konulduğu Adana 1. Sınıf Askeri Cezaevi’nde dövülmesi sonucunda yaşamını yitirmesi nedeniyle düzenlenen iddianame de ikinci olumlu ve önemli örnektir.

<sup>44</sup> İstanbul C.Başsavcılığının 20.01.2006/262 sayılı iddianamesi

**İç hukuk, işkence fiilinin yöneldiği amaç bakımından uluslararası hukuktan daha geniş bir tanımlama yapmış ve failin özel bir amaca yönelik davranması koşulunu aramamıştır. Failin, "bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanması" amacına yönelik bir fiilde bulunması yeterlidir.**

Olaya elkoyan savcılık son derece kapsamlı bir araştırma yapmış, Polat'ın ölümü ile ilgili yaptığı bu araştırmalar sırasında, başka mağdurlara yönelik işkence olarak nitelendirdiği suçlara da muttali olmuştur.

“... İnsan onuruyla bağdaşmayacak şekilde dövüp vücutlarına sigara izmaritleri basıp kızgın demirlerle vücutlarının bazı yerlerine basıp dağladıkları üzerilerine soğuk su dökmek suretiyle onları aşağıladıkları ve vücutlarına acı verdikleri...”

“... Cezaevine gelen her tutuklu ve hükümlü giyindirme odasında bütün gardiyanlar önünde çıplıçplak soyundurulmuştur. Çıplak vaziyette çök-kalk hareketi yaptırılmıştır. Böyle bir uygulama yapılacak olsa bile sadece bir gardiyan huzurunda yapılması gerekirken tüm gardiyanların huzurunda yapılmasının tutukluların onurunu kırmaya, onları aşağılamaya yönelik yapıldığı değerlendirilmektedir...”

“... çıplıçplak soymak, tüm gardiyanların gözü önünde çök-kalk yapmak, “hoş geldin dayaağı” adı altında dövmek, dövdükten sonra mağdurları soğuk suya sokmak, dövme nedeni ile yerlere akan kanları mağdurlara temizletmek, görevlilerin kendi adalet anlayışlarına göre yüz kızartıcı olarak değerlendirdikleri suçlardan gelen tutuklu ve hükümlüleri olur olmaz zamanlarda dövmek, cop yalattmak, tel kızdırıp basmak şeklinde gerçekleştirdikleri ... bu eylemlerin insan onuru ile bağdaşmadığı, mağdurların bedensel ve ruhsal yönden acı çekmelerine sebep olduğu, onların aşağılanmalarına yol açtığı açıktır.”<sup>45</sup>

Askeri savcılık soruşturma sırasında saptadığı delillerle birlikte yaptığı amaca ilişkin bu nitelendirme sonucunda, sadece Murat Polat'ın işkence sonucu ölümü ile sınırlı olmayan ve 6 mağdurun maruz kaldığı muamelelerle ilgili olarak, o sırada askeri cezaevinde görevli 30 sanık hakkında işkence ve neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış işkence suçlarından dava açılması gerektiği kanaatine varmıştır.

İddianamede amaç tartışması yapılan dosyalardan bir diğeri de Engin Çeber dosyasıdır.

“... cezaevi gardiyanlarınca cezalandırmak ve cezaevi yönetimine karşı fiziksel ve manevi direnci kırma amacıyla yapılan muamelenin söz konusu koşullar altında şiddetli acı ve sıkıntıya yol açmış olacağı, bu tür kötü muamelelerin ... işkence anlamına geldiği ... fiilin ... cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözeten herhangi bir sebeple gerçekleştirilmiş olmasa da saikinden bağımsız olarak işkence kabul edilmiş olduğundan bu şüphelilerin belirtilen fiillerinin ölüm sonucunu doğurması nedeniyle şiddetli acı ve sıkıntıya yol açmış olması ... uluslararası genel kabul gören kriterlere uygun olduğundan işkence olarak nitelendirilmiş ...”<sup>46</sup>

Her ne kadar failer bakımından amaç, suça iştirak ve sevk maddelerine ilişkin yapılan nitelendirmeler genel olarak sorunlu olmakla birlikte Çeber dosyası iddianamesi, AIHM kararları çerçevesinde bir amaç tartışması yapılmış olması bakımından önemlidir.

Buna karşın, Birleşmiş Milletler İşkenceyi Önleme Komitesi, 1. maddedeki kasıt ve amaç unsurlarının, failerin motivasyonunun sübjektif olarak saptanması değil, daha ziyade koşulların objektif olarak saptanmasına ilişkin olduğunu vurgulamaktadır.

<sup>45</sup> Adana C. Başsavcılığı'nın 06.04.2006 tarihli ve 2006/3921, 403 sayılı iddianamesi

<sup>46</sup> Bakırköy C. Başsavcılığı'nın 17.11.2008 tarihli ve 2008/43349, 3417 No.lu iddianamesi

47 2 No.lu Genel Yorum, para. 9



Komite, doğrudan fail(ler)in sorumluluğu kadar emir-komuta zinciri içindekilerin sorumluluklarının soruşturulması ve ortaya çıkarılmasını temel bir gereklilik olarak ortaya koymaktadır.<sup>47</sup>

Amir konumunda olanlar, suç sayılan fiillerin gerçekleşmesinden veya bunların gerçekleşme olasılığından haberdar olmaları durumunda ya da haberdar olmaları gerekirken, makul veya gerekli önleyici tedbirleri almadıkları takdirde, astların işlediği işkence ve kötü muamele suçlarının cezai sorumluluğundan kurtulamazlar.<sup>48</sup>

TCK m. 94/5 bu konuda özel bir düzenleme yapmakta ve ceza genel hükümlerine göre kasten işlenen suçların ihmal sonucu işlenmesi durumunda öngörülen cezada indirim kuralından ayrılmaktadır. İşkence suçunun ihmal sonucu işlenmesi halinde, cezada herhangi bir indirim uygulanmayacaktır.

Bu düzenleme, her ne kadar uygulamadaki yansımaları olumlu olmasa da işkencenin önlenmesi sürecinde ihmali bulunanların da sorumlu tutulması için önemli bir olanak sağlamaktadır.

765 sayılı TCK'nın işkence ve kötü muamele ile ilgili maddelerinin uygulamasında denetim ve suçu önleme görevi olanların cezalandırılmaları görevi kötüye kullanma ya da ihmal kapsamında değerlendirilebilirken; bu düzenleme ile birlikte **artık denetim veya suçu önleme görevi olanların işkence suçunun işlenmesine ya da devamına göz yummaları durumunda onların da işkence suçu faili olarak yargılanmalarının** yolu açılmış olmaktadır.

“İşkence suçu, çoğu zaman, amir mevkiindeki kamu görevlilerinin zımnı muvafakatiyle gerçekleştirilmektedir. Başka bir deyişle, amir konumundaki kamu görevlisi, kendi gözetim yükümlülüğü altında yürütülmekte olan bir soruşturma işlemi sırasında kişilere işkence yapıldığını öngörmesine rağmen bu konuda gerekli müdahalede bulunmamak suretiyle işkence yapılmasına zımnen rıza göstermiş olabilir. Maddenin beşinci fıkrasına göre; bu gibi durumlarda, amir konumundaki kamu görevlisi, ihmali davranışla işkence suçunu işlemiş kabul edilecek ve bu nedenle cezasında indirim yapılmaksızın sorumlu tutulacaktır.”<sup>49</sup>

#### **a. Amirin ve denetleme görevine sahip olanların sorumluluğu**

Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere işkence suçunda amirlerin sorumlulukları, üzerinde ciddiyetle durulması gereken bir konudur. Ancak öncelikle “amir” kavramına kimlerin dâhil olduğunun altının çizilmesi gereklidir.

Jandarma, polis karakolu ya da emniyet müdürlüğü gibi birimlerde amirlerin, hiyerarşik ilişki içindeki “üst”ler olduğu açıktır. Bu birimlerin idari görevleri sırasındaki eylemlerindeki “amir” tanımı da açıktır. Aynı açıklık cezaevlerindeki infaz koruma memurları ve müdürler için de geçerlidir.

Bir politik derginin dağıtılması sırasında polis tarafından vurularak felç olan Ferhat Gerçek’le ilgili bir protesto eylemine katılan Engin Çeber önce gözaltına alınmış ve daha sonra da tutuklanarak Metris Cezaevi’ne konulmuştur. Çeber, hem gözaltına alınması, hem gözaltı, hem tutuklanarak cezaevine konulması sırasında ve hem de cezaevine konulduktan sonra kendisine uygulanan işkence fiilleri sonucunda, 8 Ekim 2008 tarihinde kaldırıldığı hastanede yaşamını yitirmiştir.

<sup>48</sup> 2 No.lu Genel Yorum, para. 26

<sup>49</sup> TCK m.94 gerekçesinden

Soruşturmayı yürüten savcılık, fail tespiti sırasında, işkence fiillerinin gerçekleştiği zaman diliminin büyük bir bölümünü “koğuşun giriş kapısı önünden seyredip müdahale etmek, korumak ve kollamak yasal sorumluluğundan kaynaklanan pozitif yükümlülüğü bulunmasına rağmen engel olmak amacıyla sözlü ve fiili herhangi bir girişiminin olmadığı” ve işkence fiilinin, 7 Kasım 2008 tarihinde görevli müdür olan Fuat Karaosmanoğlu'nun “*zımnı muvafakatiyle gerçekleştiği ve atılı suçun ihmali davranışlarla*” işlendiği gerekçesiyle kişinin fiilini ihmal suretiyle işkence suçuna katılma olarak değerlendirmiştir.<sup>50</sup>

Bir cezaevi müdürünün sorumluluğuna ilişkin olarak, her ne kadar son derece açık kanıtlar karşısında aksi yönde bir değerlendirme yapmak mümkün olmasa da, benzer durumlarda haklarında herhangi bir soruşturma açılmayan kolluk amirleri ve cezaevi yöneticileri göz önüne alındığında, Türkiye tarihinde belki de ilk örneği oluşması bakımından son derece önemlidir.

Bununla birlikte gerek Çeber vakası ve gerekse başkaca vakalarda, kolluğun yaptığı eylemlere ilişkin bir başka kamu ajanının sorumluluğuna daha bakmak gerekmektedir. Çünkü kolluğun “amiri” kavramı içine “adli kolluk” görevi sırasında bir başka kamu görevlisi daha dâhil olmaktadır: **Savcı**.

Savcının kolluk amiri olarak görevi Ceza Muhakemesi Kanunu'nun “Soruşturma” başlığı altında, İkinci Bölümde yapılan düzenlemelerden kaynaklanmaktadır;

CMK m.160 (2); Cumhuriyet Savcısının, “emrindeki” adli kolluk görevlileri marifetiyle soruşturmayı yürüteceğini;

M. 161 (2); adli kolluk görevlilerinin, “emrinde çalıştıkları” Cumhuriyet Savcısının bütün “emirlerini” yerine getirmekle yükümlü olduklarını;

M. 166; C. Başsavcılarının, adli kolluğun sorumluları konusunda değerlendirme raporu düzenleme yetkisine sahip olduklarını belirtmektedir.

Bu çerçevede savcılar, CMK m. 164'te sayılan ve m. 165'te belirtilen kolluk görevlilerinin, adli görevleri sırasındaki “amirleri”dir ve 94. maddenin 5. fıkrasının kapsamı içindedirler.

Amir konumunda olanlar gibi denetim yetkisini haiz görevliler de işkence suçunu ihmal suretiyle işleyebilecek olası faillerdir. CMK m. 92, birimlerin kendi hiyerarşisi içinde birimi denetlemekle görevli olanların dışında, savcılar, adli görevleri nedeniyle tüm gözaltı birimlerini ve işlemlerini denetlemekle sorumlu tutmuştur.

Ayrıca, YGAİAY m.4'te de bir başka sorumlu tanımlanmaktadır: **Gözaltı ve nezaret-hane sorumlusu**. Bunlar, “*ilgili karakol, birim veya bot komutanı, amiri veya büro amiri tarafından görevlendirilen personel*”dir.

Madde gerekçesinde de yola çıkarak, gerek “amir” sıfatıyla ve gerekse “denetleme” görevi nedeniyle savcılar, emirlerinde çalışan adli kolluk görevlilerinin işkence fiillerinden dolayı genel bir “ihmal” sorumluluğu altında mı sayılacaklardır?

Ceza Muhakemesi Yasası, kolluk amiri sıfatıyla savcı ve kolluk arasındaki ilişkiyi çok yakın bir biçimde tanımlamaktadır. Buna karşın savcılar ve kolluğun çalışma mekân-

<sup>50</sup> Bakırköy C. Başsavcılığının 17.11.2008 tarihli ve 2008/43349, 3417 No.lu iddianamesi

ları fiili olarak farklı yerlerde ve savcılarının, adli kolluğu sürekli bir biçimde denetlemesi mümkün değildir.

Ancak, savcılar yapılması gerekli soruşturma işlemleri dışında bir işlem yapıldığından en küçük bir kuşku duyduklarında ve olası işkence fiilini engellemediklerinde, meydana gelen sonuçtan sorumlu olacaklardır. Savcılar da, diğer hiyerarşik amirler gibi, işkence fiiline ilişkin kendilerine herhangi bir ihbar geldiğinde ya da genel bir denetleme sırasında bu fiile ilişkin bir kuşku duyduğunda harekete geçmiyor ya da gerektiği kadar hızlı davranmıyorlarsa bir ortada bir **ihmal kastı bulunduğu** açık olacaktır.

Bununla birlikte savcılar da dâhil olmak üzere (hiyerarşik) amirlerin “ihmal”inden çok daha dikkatli incelenmesi gereken bir durum vardır; **güvenlik güçlerine yönelik saldırılar ve özellikle de silahlı saldırı vakalarıyla ilgili soruşturmalar**. Böylesi bir durumda, bir güvenlik kuvveti mensubu tarafından yakalanan kişinin işkenceye maruz kalacağı muhakkak öngörülmesi gereken bir durumdur ve fiilen denetleme, süreci mutlak olarak kontrol altında tutma **yükümlülüğünün derhal doğduğu** varsayılmalıdır. Bu yükümlülüğün, ihmal kastı ile yerine getirilmediği her durumda savcı ve diğer amirler de işkence fiilinden sorumludurlar.

YGAIAY m.4’te tanımlanan “gözaltı ve nezarethane sorumluları” ise bir yandan soruşturmaya ilişkin işlemlerin yürütüldüğü birimlerle aynı mekânı paylaştıkları için işlenmesi olası suçlu fark etme/önleme olanağına sahip oldukları gibi öte yandan da işlemler sırasında **“kanunlara uygun davranılmasını sağlama”** yükümlülüklerinden dolayı her türlü işlemleri denetleme yetki ve sorumlulukları vardır.

Bu sorumluluk, bir suç şüphesiyle yakalanan kişinin alıkonulma yerine getirilmesinden sonraki işlemlerle sınırlı olmayıp tüm gözaltı sürecini kapsamaktadır. Gözaltı ve nezarethane sorumlusu, kanunlara uygun davranılıp davranılmadığını, yakalama anından başlayarak denetlemek ve uyulmasını sağlamakla yükümlüdür. Yani soruşturmanın her aşamasında, her işlemde sorumlu olan, her zaman ve her yerde olması gereken kişi, birer “süpermen”<sup>51</sup> niteliğinde tanımlanan “gözaltı ve nezarethane sorumlusu”dur. Bu nedenle süpermen, denetimi altındakilerin yaptıkları işkence fiilleri ile ilgili olarak, ihmal kastı olduğu durumda **doğrudan**; yiyecek, içecek, tuvalet, vb. gereksinimlerin giderilmemesine ilişkin fiillerin doğuracağı sonuçları kestirememek gibi bir olasılık bulunmadığı için, işkence fiilini oluşturan bu tür davranışlarından da **otomatik** olarak sorumlu olacaklardır.

*Savcılar, adli kolluğun fiilinin sonucunun açık ya da öngörülebilir olduğu durumlarda harekete geçmemeleri durumunda ihmal sorumluluğuna sahiptir.*

*Gözaltı ve nezarethane sorumluları ‘kanunlara uygun davranılmasını sağlama’ yükümlülükleri nedeniyle, görevleri sırasında gerçekleşen işkence fiillerinden sorumludurlar.*

*Ancak, şimdiye kadar denetleme yükümlülüklerini kasten ihmal ettikleri gerekçesiyle hakkında soruşturma açılan C. Savcısı ve nezarethane sorumlusuna rastlanmamıştır.*

<sup>51</sup> Gözaltı ve nezarethane sorumlularına ilişkin bu kavram, işkencenin önlenmesine ilişkin avukat eğitimlerinde Av. Bahattin Özdemir tarafından üretilmiştir. Gözaltı ve nezarethane sorumlularının görevleri ve yetkilerinin kapsamının ortaya konulması bakımından uygun bir tanımlama olarak Türkiye İnsan Hakları Vakfı tarafından düzenlenen eğitim çalışmalarında da kullanılmaktadır.

## b. Plan, kontrol ve icra sorumluluğu

Aşağıda, “orantısız güç kullanma” ile ilgili bölümde zor kullanma yetkisinin aşılması suretiyle kişinin sağlık durumundaki değişimlerin işkence yasağı içinde nasıl değerlendirildiği ele alınmaktadır. Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlilerinin, bu yetkilerini küçük ya da büyük bir operasyon biçiminde, emir-komuta zinciri içinde gerçekleştirdikleri durumda, zor kullanma yetkisini doğrudan kullanmayan ancak zincirde yer alan kamu görevlilerinin ya da bu yetkiyi kullanan kişilerin sorumlulukları ne olacaktır?

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ölümle sonuçlanan bu soruna **McCann ve Diğerleri/İngiltere**<sup>52</sup> kararından bu yana tutarlı bir biçimde yaklaşmaktadır. İhlal iddiası bulunan operasyonlarda, özellikle de ölüm vakası meydana gelmişse, sadece **maddi gücü devlet adına doğrudan kullanan kişinin eylemleri değil**, ama aynı zamanda söz konusu eylemin **planlanması ve kontrolü** de dâhil olmak üzere tüm koşullar göz önüne alınarak değerlendirme yapılmalıdır.<sup>53</sup>

**Sorumluların belirlenmesinde sadece doğrudan faillerin eylemleri değil aynı zamanda eylemin planlamasına ve kontrolü de dâhil her türlü koşul dikkate alınmalıdır.**

Bu tür durumlarda Mahkeme sadece kullanılmış olan gücün meşru olup olmadığına bakmamakta, operasyonun bireysel yaşamı tehlikeye düşürebilecek her türlü riski minimize edecek biçimde planlanıp planlanmadığını ve uygulanıp uygulanmadığını da değerlendirme konusu yapmaktadır.<sup>54</sup> Bu değerlendirme, hem yaşam hakkı ihlali sonucunu doğuran ve hem de işkence yasağını ihlal eden fiiller için aynı kısıtlara sahiptir.<sup>55</sup>

Nitekim Emniyet Genel Müdürlüğü Operasyonları Yönetmeliği<sup>56</sup> de tüm operasyonların üç aşamalı olması gerektiğini belirtmektedir: Hazırlık, uygulama ve izleme. Hazırlık aşaması, bilgi toplamayı ve planlama aşamalarını içermektedir. Operasyonun yapılacağı yere ilişkin bilgi toplanması-

nın yanısıra kullanılacak her türlü araç ve gerecin neler olacağı da önceden saptanır. Operasyonla ilgili olarak amirlere de bilgi verilir.<sup>57</sup>

İçişleri Bakanı tarafından, kamuoyuna açık toplantılar sırasında kullanılacak zorun özellikleri ve düzeyi konusunda 2001 Mayıs, Nisan 2003 ve Ağustos 2004'te Emniyet Genel Müdürlüğü'ne yönelik üç genelge yayınlamıştır.<sup>58</sup> Bu genelgelerde, toplantı yasal ya da yasa dışı olsun, kamu düzenini sağlamak amacıyla ve gerekenden fazla güç

<sup>52</sup> McCann ve Diğerleri/Birleşik Krallık, 27 Eylül 1995 (Series A no. 324), para. 148-150

<sup>53</sup> Akpınar ve Altun/Türkiye, Başvuru no:56760/00, 27 Şubat 2007, para.51; McCann ve Diğerleri, para.150, **BM İÖK 2 No.lu Genel yorum, para. 17**

<sup>54</sup> Akpınar ve Altun/Türkiye, para.52, Makaratzis/Yunanistan, para.60,

<sup>55</sup> Örneğin, AİHM, 3. maddenin ihlaline karar verdiği yaptığı Samüt Karabulut/Türkiye kararında (Başvuru no: 16999/04, 27 Ocak 2009), 2. maddenin ihlaline karar verdiği Kurnaz ve Diğerleri/Türkiye (Başvuru no: 36672/97, 24 Temmuz 2007 tarihli karar) kararına gönderme yapmaktadır.

<sup>56</sup> Bu yönetmeliğe ilişkin bilgi Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 18 Eylül 2008 tarihli, CM/ResDH(2008)69 sayılı ara kararında yer almaktadır. Kararda, 16.11.2001 tarihli bu yönetmeliğin yayınlanmamış olduğu belirtilmekte, numarası ve adına ilişkin herhangi bir bilgi bulunmamaktadır. Yayınlayan kurum adının da eksik yazıldığı (Security Directorate) ancak Emniyet Genel Müdürlüğü'nün kastedilmiş olduğu düşünülmüştür.

<sup>57</sup> Aynı yerde, Ek I (Appendix I) içinde, B/3

<sup>58</sup> Bu genelgelerden sadece 19 Ağustos 2004 tarihli ve 2004/28 No.lu olanına ulaşılabilmiştir. [http://www.icisleri.gov.tr/\\_Icisleri/Web/Gozlem2.aspx?sayfaNo=224](http://www.icisleri.gov.tr/_Icisleri/Web/Gozlem2.aspx?sayfaNo=224)

Bu ve diğer iki genelgeye ilişkin bilgi ise Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin yukarıda belirtilen kararında, Ek I (Appendix I) içinde, B/5'te yer almaktadır.

kullanılmamasını güvence altına almak üzere Emniyet Genel Müdürlüğü'nün yerel düzeyde toplantılar yapmasını öngörülmektedir. 2004 tarihli Genelge uyarınca il valileri ve il kolluk birimlerinin en üst amirleri her türlü idari tedbirin alınması konusunda sorumlu tutulmuştur.

Emniyet Genel Müdürlüğü ve İçişleri Bakanlığı genelgeleri, gerek emniyet mensuplarının düzenleyeceği operasyonlar ve gerekse kamuya açık toplantılara yapılacak müdahaleler sırasında sadece maddi/bedensel zoru doğrudan kullananlar değil aynı zamanda bunları planlayan ve uygulamaya koyan amirlerin de astlarının işledikleri suçlardan dolayı sorumluluklarının hukuksal zeminini ortaya çıkaran açıklamalar içermektedir:

*“Toplumsal olaylara yapılacak müdahaleler, hapisane operasyonları çoğu halde yetkililerin önceden plan yapmasına olanak tanır. Bu bilgi, yapılacak toplantının önceden yasa-ya uygun olarak bildirilmesi, resmi bildirim olmasa bile toplantının yapılacağı açıklanması ya da istihbarat yoluyla haber alınması şeklinde elde edilebilir.<sup>59</sup> Toplumsal olayla yüz yüze 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 karşılaştığı olayı doğru değerlendirememesini yadırgamamak gerekir. Örneğin barışçıl bir eylem yapan bir grup hakkında çok tehlikeli ve şiddete başvurabilecek bir grupmuş gibi bilgilendirme yapılması halinde, görevdeki kolluğun çok daha gergin olması olasıdır.<sup>60</sup>*

**Zor kullanılmasını gerektiren her türlü operasyon, her türlü riski en az düzeye indirecek şekilde planlanmalıdır.**

Bilindiği gibi AIHM, yaşam hakkına ilişkin başvurularda, ihlalin bir operasyonun icra aşamasından kaynaklanabileceği gibi, operasyonun planlama ve kontrol aşamalarından da kaynaklanabileceğini içtihat etmektedir.<sup>61</sup> Operasyonlar, öldürücü silah kullanımını ve bu kullanımdan kaynaklanabilecek ölümleri mümkün olduğu ölçüde azaltacak şekilde planlanmalı ve kontrol edilmelidir.<sup>62</sup> Operasyonu icra eden güvenlik güçleri içinde buldukları duruma uygun davranmış olsalar bile, onları zorunlu olmadığı halde öldürücü silah kullanmaya zorlayan unsur operasyonun planlamasıyla 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'in<sup>63</sup> 2. maddesine göre hükümetler, güvenlik güçlerine kademeli güç kullanmak üzere farklı tipte silah ve mühimmat sağlamak zorundadırlar. PVSK da kademeli silah kullanılmasını öngörürken bu ilkeyi dikkate almaktadır.

59 Örn. Balçık ve Diğerleri/Türkiye, no. 2502, 29 Kasım 2007 , para. 32.

60 İtalik olarak yazılan paragraflar için bkz. Altıparmak, “İşkenceyi Nasıl Bilirsiniz? – Türkiye’de Orantısız Güç Kullanımı Sorunu”

61 McCann ve Diğerleri/Birleşik Krallık, para. 148-150; Ergi/Türkiye, 28 Temmuz 1998 ( RJD 1998-IV), para. 79; Makaratzis/Yunanistan, Başvuru no: 50385/99 , (ECHR 2004-XI), para. 59; Erdoğan ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru no: 19807/92, 25 Nisan 2006 , para. 71.

62 McCann ve Diğerleri, para. 194; Ergi/Türkiye, para. 79; Anık ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru no:63758/00, 5 Haziran 2007, para. 54.

63 Yasa Uygulayıcılarının Silah Kullanımına Dair İlkeler (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. maddesinde “[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 “[t]oplu 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; il 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. Samüt Karabulut vakası bu tür planlama hatasının tipik bir örneğidir.<sup>64</sup>

**Polisin önceden haberdar olduğu ve göstericilerin kamu barışını bozacak bir davranış içinde bulunmadığı durumlarda maddi güç kullanılması, bir planlama ve kontrol hatasıdır.**

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 yürümemesi durumunda orantısız güç kullanma riski gündeme gelebilir. Müdahalenin mülki amirin kontrolü altında yürümesi 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 Şimşek ve Diğerleri/Türkiye davasında Mahkeme planlama ve kontrol yükümlülüğünü bir kez daha hatırlatmış ve operasyonu gerçekleştiren polis memurlarının baskı altında hareket etmelerinin kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.<sup>65</sup> AIHM, Gazi ve Ümraniye olaylarında polisin panik ve baskı altında çok geniş bir hareket serbestliğinden yararlandığını ve inisiyatif alıp güç kullandığını tespit etmiştir. Mahkemeye göre bunun nedenlerinden biri operasyon sırasında belirli, merkezi bir emir-komuta ilişkisinin olmamasıdır.<sup>66</sup> Olay-

<sup>64</sup> Bkz. yukarıda 55 No.lu dipnot ve ilgili metin.

<sup>65</sup> Şimşek ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru no: 35072/97 ve 37194/97, 26 Temmuz 2005, para. 105.

<sup>66</sup> Şimşek ve Diğerleri/Türkiye, para. 110.

ların bu derece büyüdüğünü gören güvenlik güçlerinin göz yaşartıcı bomba, plastik meremi, tazyikli su gibi araçları olay yerine ulaştırmamış olması da kontrol ödevi açısından kabul edilemez.<sup>67</sup>

Buca cezaevinde yürütülen bir operasyona ilişkin olarak açılan Kurnaz davası da bu açıdan aydınlatıcıdır. AIHM, dava konusu olayda müdahale eden jandarmanın Kurnaz'ın bulunduğu koğuşa ani bir ayaklanma sonucu girmediğini ve bu nedenle hazırlıksız yakalandıklarının varsayılmayacağını, bu koşullar altında operasyonun alıkonan kişilere asgari fiziksel zararı verecek şekilde planlanıp yürütülmediğini kaydetmiştir.<sup>68</sup> Örneğin, hapishane yetkililerinin fiziksel müdahalede bulunmadan önce koğuştaki düzeni sağlamak üzere girişimde bulunduğu dair hiçbir veri yoktur.<sup>69</sup> Polisin önceden haberdar olduğu ve göstericilerin kamu barışını bozacak bir davranış içinde bulunmadığı bilinen Balçık/Türkiye vakasında da AIHM'e göre güvenlik güçlerinin kullandığı maddi gücün bir açıklaması yapılamamıştır.<sup>70</sup>

Güvenlik güçleri, ilk başta hazırlıksız yakalandıkları bir olayda da<sup>61</sup> zamanın geçmesiyle duruma vakıf olup, gerekli önlemleri alabilecek duruma gelebilirler. Bu durumda da hükümet, kullanılan gücün orantılı olduğunu planlama açısından açıklamak durumunda-  
dır.<sup>72</sup>

Güvenlik güçlerinin müdahalesinin işkence veya zor kullanma yetkisinin aşılması suçlarından birini oluşturduğu iddiasının bulunduğu olaylarda sadece müdahaleyi icra edenlerin değil aynı zamanda plan ve kontrol sorumluluğunu taşıyanları da içerecek bir soruşturma yürütülmesi zorunluluktur.”

Plan ve kontrol sorumluluğuna ilişkin tartışma 12 Temmuz 1991 tarihinde İstanbul'da Dikilitaş, Balmumcu, Nişantaşı ve Yeni Levent semtlerinde üç işyeri ve bir evde ayrı yerlerde ama aynı saatlerde düzenlenen operasyonlar sonucunda Devrimci Sol üyesi olduğu belirtilen 10 kişinin yaşamını yitirmesine ilişkin, AIHM önünde görülen davada da yapılmıştır.<sup>73</sup>

Failler hakkında iç hukukta açılan dava 8 Şubat 1995'de verilen beraat kararı ile sona ermiştir.

Olayda yaşamını kaybedenlerin ailelerinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yaptığı başvuru sonucunda; düzenlenen operasyonların, aynı anda dört yerde birden operasyon yapıldığı da dikkate alındığında, aslında kişilerin yaşamlarına yönelik olarak planlandığına ilişkin bir karar verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, olayın genel ve yaşamını yitiren her bir kişi için koşullarını ayrıntılı biçimde inceledikten sonra, operasyonlarda zor kullanımına ilişkin gerekli genel kurallara uyulup uyulmadığını da değerlendirmiştir.

<sup>67</sup> Aynı yerde, para. 111.

<sup>68</sup> Kurnaz ve Diğerleri/Türkiye, para. 55-56.

<sup>69</sup> Aynı yerde, para. 56.

<sup>70</sup> Balçık ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru no: 2502, 29 Kasım 2007, para. 32-33.

<sup>71</sup> Tamamen hazırlıksız yakalanan bir olayda planlamanın yapılamaması bazı önlemlerin alınmasını zorlaştırabilir. Bkz. örn. Günaydın/Türkiye, Başvuru no: 27526/95, 13 Ekim 2005, para. 31.

<sup>72</sup> Necdet Bulut/Türkiye, Başvuru no: 77092/01, 20 Kasım 2007, para. 25.

<sup>73</sup> Erdoğan ve Diğerleri/Türkiye

Bunun sonucunda Mahkeme, polislerin ateşli silah kullanacaklarına ilişkin uyarı yapıldıktan sonra şüphelilerin bu uyarıya verecekleri herhangi bir yanıtı yeterli kadar bekleyip beklemediklerinin açık olmadığını; polis yetkilerinin, planlama sırasında öldürücü - öldürücü olmayan silah kullanımı konusunda bir ayırım yapmadıklarını; amirlerin, şüphelileri canlı biçimde yakalama ve gözaltına alma ya da teslim olmaları için pazarlık etme/görüşme yapma konusunda net talimatlar verdiğine ilişkin kanıt olmadığını ve bunun da teslim olmak isteyebileceklerin yaşam hakkına ilişkin riski arttırdığını saptamıştır.

Dahası, polis memurları daireye girdiklerinde ellerinde ölümcül olmayan silahlar değil sadece silahlar ve el bombası bulunmaktadır. Polis raporlarında, apartmandaki operasyon sırasında gaz bombası kullanıldığı belirtilmekte ise de raporda, görevli polisler gaz maskesi dağıtıldığına ilişkin bir kayıt yer almamaktadır. Ayrıca, ulusal mahkeme önünde belirttikleri üzere polisler gaz kullanmayı bilmemektedir.

Sonuç olarak, şüphelilerin etrafı sarılı olduğu ve zarar verebilecekleri herhangi bir rehinerleri de bulunmadığı durumda, polis yetkilileri tarafından planlandığı ve icra edildiği biçimiyle saldırı, ancak şüphelilerin yaşamlarını ciddi biçimde tehdit edecek biçimde gerçekleşebilir. Yetkililerin bu eksiklikleri nedeniyle, yakalama operasyonu uygun biçimde kontrol ve organize edilmemiştir.<sup>74</sup>

AİHM, İzmir Buca E Tipi Cezaevi'nde 1996 yılında düzenlenen operasyonda yaşamı yitiren üç kişinin dosyasında da aynı konuyu tartışmıştır.<sup>75</sup> Mahkeme, olaylar sırasında her ne kadar mahpuslar ve jandarmalar çeşitli düzeylerde yaralanmış ve üç mahpus da yaşamını yitirmiş ise de operasyonun, jandarmalar tarafından mahpusların bedensel olarak zarar görme risklerini mümkün olduğunca en aza indirmek üzere planlandığına dair herhangi bir bilgi bulunmadığını belirtmektedir.<sup>76</sup>

Planlama ve kontrol sorumluluğuna ilişkin tartışma 2008 yılı Newroz kutlamalarına yapılan müdahaleler için de yapılmalıdır. Nitekim Newroz kutlamaları sırasında Van, Siirt, Hakkâri ve Yüksekova'da yaşanan olaylar ve yaşam hakkı ihlalleri sonucunda bölgeye giden TBMM İnsan Haklarını Araştırma Komisyonu, Van'daki incelemeler ve görüşmeler sırasında polisin silah kullanımı konusuna özel bir önem vermiş ve yetkililerin, kullanılacak silahları da basına önceden tanıtmış olduğu da dikkat çekilen bir nokta olmuştur:

Van İl Emniyet Müdürü Mehmet Salih KESMEZ, 20.03.2008 tarihinde yanına ilgili personeli de alarak basın mensuplarına yeni getirilen ve plastik mermi atan silahları tanıtmış ve yerel televizyon kanalları ve gazetelerde haber olarak yayınlanmıştır.<sup>77</sup>

Komisyon, Van Valisi Özdemir Çakacak'a; plastik mermilerin bir insan üzerindeki etkisi nedir, tıbbi olarak yani sağlık açısından ne gibi olumsuz etkiler yaratabileceği sorulmuş ve Vali'nin "olumsuz etkisinin olmadığı" yönünde bilgi verdiği kaydedilmiştir.<sup>78</sup>

<sup>74</sup> Erdoğan ve Diğerleri/Türkiye, para. 79.

<sup>75</sup> Kurnaz/Türkiye, Başvuru no: 36672/97, 24 Temmuz 2007

<sup>76</sup> Kurnaz/Türkiye, para. 56

<sup>77</sup> [http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/belge/Nevruz\\_Rapor\\_2008.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/belge/Nevruz_Rapor_2008.pdf), s.16

<sup>78</sup> Aynı yerde, s.21



İl Emniyet Müdürü tarafından kamuoyuna tanıtılan plastik mermi atan silahlar, öldürücü güce de sahip başka silahlarla birlikte kullanılmıştır. 22 Mart 2008 tarihindeki kutlamalar sırasında;

“... güvenlik güçlerinin göstericileri dağıtmak için 26 bar’lık plastik mermi atan silahlar kullandığı, müdahale esnasında, 852 adet gaz fişegi, 572 adet gaz el bombası, 16 adet sis el bombası, .... 405 adet FN 303 savunma fişeginin kullanıldığı, olaylarda göstericilerden ve polislerden yaralananların olduğu; yaralanan göstericilerden Zeki ERİNÇ ve Ramazan DAL adlı kişilerin isabet eden mermilerden dolayı yaşamlarını yitirdikleri;”<sup>79</sup>

... Van 100. yıl Üniversite Hastanesine ait ayrıntılı sağlık raporlarının incelenmesi sonucunda;

Hayatını kaybeden Zeki ERİNÇ’in otopsi raporunda “Ateşli silah yaralanmasına bağlı iç organ harabiyeti ve buna bağlı gelişen iç organ yetersizliği” sonucu hayatını kaybettiğinin tespit edildiği, Naim BAĞRUL adlı şahısta metal kurşun parçasından açıkça bahsedildiği, Kemal UZUN ve Ramazan DAL adlı vatandaşlarımızın yara aldıkları noktalarda plastik parçalarına rastlanıldığının belirtildiği, Ramazan DAL’ın Yüzüncü Yıl Araştırma ve Uygulama Hastanesi Ex notunda “22.03.2008 günü hastaneye ateşli silah yaralanması şikâyeti ile getirildiği ve ...cilt altında kemik seviyesinde 2 adet siyah renkli plastiğe benzer yaklaşık 1 cm çapında yabancı cismin çıkarıldığıının ve yabancı cisimlerin hastane polisine teslim edildiği ve şahsın 01.04.2008 tarihinde hayatını kaybetmiş olduğu” belirtilmiştir. A.Hadi ERDEN’in yarasında 2x2, iki ucu künt yabancı cisme rastlanıldığının raporda yer aldığı, Nadir UÇAR, Bedri IŞIK Mehmet ACUR ve Mehmet Reşit KAPACA’ nın ve bir çok kişinin ateşli silahla yaralandığından bahsedildiği ancak kurşun nevinin belirtilmediği, diğer yaralılarda ise kurşunun girip çıkması veya metal parçadan tipinin belli olmadığıının tespit edildiği;

... Plastik parçalarının; biberli gazı kapalı mekânlara atmak üzere tasarlanan ve ancak sert yüzeylere vurduğunda parçalanabilen mermiler ile Özel Harekat polislerinin kullandığı 12 mm lik sevk fişeklerinin isabet etmesinden insan vücuduna girdiği düşünülmektedir. Birçok yaralıda da merminin vücuda girip çıktığı ve nevinin tespit edilemediği görülmektedir. Yine de en sağlıklı sonucun çok daha kapsamlı olarak yapılacak Savcılık soruşturması sonunda elde edilecek kriminal inceleme ve otopsi sonucunda anlaşılacağı”<sup>80</sup>

saptanmıştır.

Komisyon raporundan, kolluk kuvvetlerinin kutlamalar öncesinde çeşitli düzeylerde görüşmeler ve planlama toplantıları yaptığı anlaşılmakta ise de plan ve kontrol sorumluluğunun gereği gibi yerine getirilmediği görülmektedir. Buna karşın, 2008 yılı Newroz kutlamalarında yaşananlara ilişkin kamu görevlileri hakkında herhangi bir soruşturma açılmamıştır.<sup>81</sup>

### **c. Amir ve denetleme yükümlülüğü olanlar ile plan/kontrol ve icradan sorumlu olanlar da mutlaka soruşturulmalıdır**

Birleşmiş Milletler İşkence Özel Raportörü’nün de belirttiği gibi; işkencenin resmi

<sup>79</sup> Aynı yerde, s.16

<sup>80</sup> Aynı yerde, s.38

<sup>81</sup> Aynı yerde, s.23

bir alkoyma mekanında gerçekleşmesi durumunda bu yerden sorumlu olan personel, disiplinler ya da cezai bakımdan cezalandırılmalıdır.<sup>82</sup>

Emir komuta zinciri, ihlale ilişkin iddia resmi alkoyma mekanları dışında gerçekleşmişse özellikle önemlidir. Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildiri'nin<sup>83</sup> 12/2. maddesi uyarınca devletler, “yakalama, gözaltına alma, gözaltında tutma, nezarete alma, nakletme ve hapsedmekten sorumlu yasa uygulayıcıları ile kanunla kendilerine zor ve silah kullanma yetkisi verilmiş bulunan diğer kamu görevlileri üzerinde, **açık bir emir komuta zinciri içinde, sıkı bir denetim yapılmasını sağlar.**”

Uluslararası Af Örgütü'nün de vurguladığı üzere,<sup>84</sup> insan hakları ihlallerinden sorumlu olduğu ileri sürülen güvenlik güçleri mensuplarına ilişkin soruşturmalar sırasında, kendilerine kumanda eden amirlerinin sorumluluklarının incelenmesi, işkence faillerinin ortaya çıkarılmasında kilit önemdedir.

### 3. FAILİN NİTELİĞİ

İşkenceye Karşı BM Sözleşmesi'nin 1. ve 16. maddeleri işkence ve kötü muamele fiillerinin faillerini “**bir kamu görevlisi**”; eylemi de “**bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatiyle**” gerçekleştiren kişiler olarak tanımlamaktadır.

BM İşkenceyi Önleme Komitesi'nin 2007 yılında yayınladığı 2 No.lu Genel Yorumunda da belirttiği üzere; **devlet görevlilerinin ya da resmi bir yetkiyle hareket eden kişilerin ya da böylesi bir yetkiye dayanarak hareket eden kişilerin, işkence ve kötü muamele fiillerinin kamu görevlisi olmayan ya da gerçek kişiler** tarafından işleneğine ilişkin bilgileri olduğunda ya da buna inanmak için makul nedenler bulunduğu bu fiilleri engellemek, faileri soruşturmak, yargılamak ve cezalandırmak için yeterli özeni göstermedikleri durumlarda sorumluluk devletindir ve bu görevliler İşkenceye Karşı BM Sözleşmesi uyarınca (eylemi) tasarlayan, iştirak eden olarak ya da bir başka biçimde sorumlu tutulmalıdır.<sup>85</sup>

Genel Yorumda ayrıca, işkenceyi engelleme yükümlülüğünün taraf devletin talimatıyla, devlet adına ya da devletle bağlantı içinde yasal (de jure) ya da fiili (de facto) olarak eyleyen bütün kişileri de kapsadığı vurgulanmaktadır. Taraf devletler, kendi görevlilerini ve devlet adına fiillerde bulunan kişileri yakından takip etmeli ve saptmalıdır. Terörle mücadele çerçevesinde ya da başka biçimde alınan önlemler sonucunda ortaya çıkan işkence ve kötü muamele vakalarının saptanarak Komite'ye bildirilmesini ve **hem doğrudan faillerin, hem de emir-komuta zinciri içinde teşvik eden, onay veren ya da rıza gösteren yetkililerin yasal sorumluluklarının** neler olduğunun saptanmasını, işkencenin önlenmesi bakımından son derece önemli bir prosedür olarak tanımlamaktadır.<sup>86</sup>

<sup>82</sup> Birleşmiş Milletler İşkence Özel Raportörü'nün Genel Kurul'un 56. Oturumuna sunduğu rapor (A/56/156), 3 Temmuz 2001, para. 39/j.

<sup>83</sup> BM Genel Kurulu'nun 18 Aralık 1992 tarihli ve 47/133 sayılı kararıyla kabul edilmiştir. Metnin Osman Doğru tarafından yapılan Türkçe çevirisine <http://aihm.anadolu.edu.tr/> adresinden ulaşılabilir.

<sup>84</sup> Türkiye: Uluslararası Af Örgütü'nün, Hükümete, İnsan Hakları İhlalleriyle İlgili Memorandumu, (UR 44/027/2005), 1 Ağustos 2005; <http://fra.controlarms.org/library/Index/ENGEUR440272005?open&of=ENG-TUR>

<sup>85</sup> 2 No.lu Genel Yorum, para. 15

<sup>86</sup> 2 No.lu Genel Yorum, para. 7

Bu düzenlemeler ışığında failler için iki önemli kategori vardır.

- Birincisi; suçu işleyen kişinin kamu görevlisi olması ya da suçu işleyen kişinin böylesi bir yetkiyle davranması,
- İkincisi; suçu işleyen, kendisi kamu görevlisi olmasa da bunların teşviki veya rızası veya muvafakatiyle hareket etmesi.

Ayrıca, suça iştirak her ne kadar “fiil” çerçevesinde tartışılabilecek bir konu ise de işkence suçunda aynı zamanda “fail” bakımından da tartışılması özel bir önem taşımaktadır.

İşkenceye Karşı BM Sözleşmesi’nin 1. maddesinin 1. fıkrası, taraf devletlerin işkence fiillerini suç sayarak yaptırma bağlamasının yanısıra “işkence yapmaya teşebbüs ve işkenceye iştirak veya suç ortaklığı yapan” şahıslar bakımından da düzenleme yapılmasını şart koşturmaktadır.

Nitekim uluslararası hukukun öngördüğü gibi iç hukukta da faillik ve suça karışma fiilleri için düzenlemeler yapılmış durumdadır. Türk Ceza Yasası’nda da faillik, suça iştirak ve teşebbüs, ceza genel hükümleri içinde 38-41. maddelerde düzenlenmiş ve ayrıca işkence suçuna ilişkin 94. maddenin 4. fıkrasında iştirak, 5. fıkrasında da suçun ihmali hareketlerle işlenmesi durumu düzenlenmiştir.

#### a. Failin kamu görevlisi sıfatını haiz olması ya da bu yetkiye dayanması

TCK m. 94, işkence sayılan fiillerin neler olduğunu belirttikten sonra, bu davranışların “**kamu görevlisi**” tarafından yapılması halinde verilecek cezayı düzenlemektedir:

“... davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi...”

Türk Ceza Yasası’nın 6/c. maddesine göre kamu görevlisi;

“kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi”dir.

5237 sayılı Türk Ceza Yasası, eski yasadaki düzenlemede yer alan “memur” tanımından vazgeçerek daha geniş kapsamlı “kamu görevlisi” tanımını getirmiştir. Bu durumda, madde gerekçesinde de belirtildiği gibi kişinin kamu görevlisi sayılabilmesi için gördüğü işin **bir kamusal faaliyet olup olmadığına** bakılması gerekecektir.

“Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler.”<sup>87</sup>

**İşkence suçunun oluşması için faillerin “görevli” ve “yetkili” olmaları zorunlu değildir. Fiilin, failin kamusal faaliyet yürütmesi sırasında gerçekleşmiş olması yeterlidir.**

<sup>87</sup> TCK m.6/c gerekçesinden

94. maddede failin niteliğine ilişkin yapılmış olan “kamu görevlisi” düzenlemesi, 6/c. maddesi ile birlikte ele alındığında oldukça önemli bir sonuç ortaya çıkarmaktadır; işkence suçunun faillerinin “suç soruşturmasında görevli”, “ifade almaya yetkili” ya da “zor kullanmaya yetkili” olması gibi bir niteliğe sahip olmaları gerekmemektedir. “Görev” ve “yetki” suçun oluşması için gerekli unsurlar olmayıp, failin kamusal faaliyete yürütmesi yeterlidir.

Bu düzenleme sonucunda polis, jandarma gibi kolluk görevlilerinin yanısıra hekimler de işkence suçunun faili olabileceği gibi çok daha geniş bir yelpazede yer alan bireyler ya da gruplar tarafından işlenen fiiller, diğer unsurların da varlığı halinde “işkence” olarak nitelendirilebilecektir.

Özel güvenlik görevlileri, yasal bir düzenleme sonucunda bu çerçevenin içinde yer almaktadır. Türk Ceza Yasası’nda yer alan düzenlemenin yanısıra Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun’un 23. maddesi uyarınca;<sup>88</sup>

“Özel güvenlik görevlileri, görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılır.” (1. fıkra)

Zor kullanma yetkisini ve kolluğun suç soruşturmasındaki yetkilerinden bazılarını da haiz olan özel güvenlik görevlileri, özel sektörde istihdam edilmelerine karşın, işkence tanımında yer alan fiilleri gerçekleştirmeleri durumunda 94. madde hükümleri uyarınca yargılanacaklardır.

TCK ve özel yasalarda açıkça belirtilenlerin yanısıra koşulların varlığı halinde “herkesin” yakalama yapabileceğini düzenleyen Ceza Muhakemesi Yasası’nın 90. maddesi uyarınca, yurttaşlar tarafından yapılan yakalama işlemleri de birer kamusal işlem olup yakalama sırasında, yakalanan kişiye uygulanan şiddetin işkence fiilini oluşturup oluşturmadığı her olayın kendi özelliğine göre değerlendirilmek zorundadır.

## **b. Failin kamu görevlisi olmaması**

Yukarıda da belirtildiği üzere, işkence suçunun faili doğrudan bir kamu görevlisi olabileceği gibi kamu görevlisi olmayan bir kişi olması da mümkündür. Devletler, kendi egemenlik yetkisi içindeki bireyleri işkence, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamelelerden veya cezalardan, bu kötü muamele biçimleri bireylerden gelse bile, korumakla yükümlüdür.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu’nun 2007 yılında yaptığı Genel Yorumunda da belirttiği üzere devletlerin işkenceyi durdurma, yaptırımı bağlama ve mağdurlara hukuk yolları sağlama konusunda gerekli özeni göstermemeleri, Sözleşme çerçevesinde yasaklanmış olan fiilleri işleyen devlet dışı aktörlerin cezasız kalmasını kolaylaştırmakta ve mümkün kılmaktadır. Devletin bu tür fiillere karşı kayıtsız ya da hareketsiz kalması devlet dışı aktörlere cesaret ve/veya bu tür eylemelere fiilen izin vermek demektir.<sup>89</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin de **Mahmut Kaya/Türkiye** davasında karara bağladığı üzere;

“... Sözleşmenin 1. maddesinde yüksek sözleşmeciler tarafından getirilmiş bulunan yü-

<sup>88</sup> Değişik: 23/1/2008 – 5728/549 md.

<sup>89</sup> 2 No.lu Genel Yorum, “IV. Devletlerin Yükümlülük ve Sorumluluklarının Kapsamı” bölümü

kümlülük, 3. maddeyle birlikte değerlendirildiğinde, devletlerin yetki alanlarına dâhil yerlerde işkence veya insanlık dışı yahut onur kırıcı muameleye tabi tutulmasını önleyici tedbirleri almalarını gerekli kılar. Hukuksal çerçevenin gerektiği gibi korumayı ve güvenceyi sağlayamaması veya bilgileri dâhilinde olan veya olması gereken kötü muamele riskinin gerçekleşmesini engellemek için yetkili otoritelerin makul önlemleri almaması ve bu konuda gerekli çabayı göstermemesi durumunda devletin sorumluluğu ortaya çıkar”.<sup>90</sup>

Kamu görevlisi olmayan kişilere ilişkin devletlerin sorumlulukları önleme yükümlülüğünün yanısıra cezalandırma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi biçiminde ortaya çıkabilirken bireylerin ceza sorumlulukları da suça azmettirme ve iştirak hükümleri çerçevesinde ortaya çıkmaktadır.

### c. Suça katılma

İşkence suçunun faili olabilmek için gerekli özel şartların yanısıra Türk Ceza Yasası'nın 37. maddesinde de belirtildiği üzere;

“(1) Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.”

Bununla birlikte, 40. madde ile düzenlenmiş bulunan bağlılık kuralı işkence suçları bakımından genel kurala bir istisna getirmektedir:

Madde 40- (2) Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.

40. madde, bir suçla ilgili olarak faillik sıfatı için tanımlanan koşulların gerçekleşmemiş olması ya da suç ortaklarından bazılarında faillik için gerekli koşulların bulunmaması durumunda bu kişilerin işlenen suçtan nasıl sorumlu olacaklarını düzenlemektedir.

40. maddenin, 94. maddedeki fail tanımı ile birlikte okunması sonucunda ortaya dört senaryo çıkmaktadır;

#### **Senaryo 1: Fail kamu görevlisi - katılan özel kişi**

94. maddenin fail tanımı, failin özel niteliğini yani “kamu görevlisi olması”nı öngörmektedir. 94. maddeyi 40. madde ile birlikte değerlendirdiğimizde her ne kadar kamu görevlisi olmayanların işkence suçunu işledikleri ya da suça herhangi bir düzeyde katıldıkları durumda fail sıfatını alamayacakları düşünülse de 94. maddenin 4. fıkrasındaki düzenleme ile bu sorun çözülmüş durumdadır:

“Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır.”

Bu, özellikle, özgü bir suç olan işkenceye yardım eden kişilerin hangi sıfatla ve nasıl cezalandırılacağı konusunda önemli hale gelmektedir.

**İşkence suçuna katılan ve kamu görevlisi olmayan kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır. İşkence suçuna katılan ve kamu görevlisi olmayan kişiler, özel faillik niteliğini taşımadıkları gerekçesiyle “suça iştirak eden” sıfatını değil, m.94/4 uyarınca “fail” sıfatını alacaklardır.**

<sup>90</sup> Mahmut Kaya/Türkiye, para. 115-116.

Yardıma etme fiili Yasanın 39. maddesinde tanımlanmaktadır:

“(2) Aşağıdaki hallerde kişi işlenen suçtan dolayı yardıma eden sıfatıyla sorumlu olur:

- a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardıma bulunacağını vaat etmek.
- b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak.
- c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardıma bulunarak icrasını kolaylaştırmak.”

Madde her ne kadar suça yardıma eden kişilerin bu sıfatla, yani “yardıma eden” sıfatıyla cezalandırılacaklarını belirtmekte ise de bu kuralı 94. maddenin 4. fıkrası uyarınca işkence suçlarında uygulamak mümkün görünmemektedir.

Bu durumda, işkence suçuna katılan ve kamu görevlisi olmayan kişiler, özel faillik niteliğini taşımadıkları gerekçesiyle “**suça iştirak eden**” sıfatını değil, **m.94/4 uyarınca “fail” sıfatını** alacaklardır. İştirak hükümleri, özel faillik koşulu aranmaksızın, kişinin kamu görevlisi olduğu ön kabulüyle ve kişi ile fiil arasında kurulan ilişki ele alınarak suretiyle değerlendirilecektir.<sup>91</sup> Nitekim madde gerekçesinde bu konuya özellikle dikkat çekilmiş ve kişilerin bu nedenle daha az sorumlu tutulmalarının önüne geçilmek istenmiştir.

“... İşkence, kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmektedir. Ancak, suçun işlenişine kamu görevlisinin yanısıra diğer kişiler de iştirak etmiş olabilir. Bu gibi durumlarda, kamu görevlisi olmayan kişilerin sadece bu nedenle **yardıma eden olarak sorumlu tutulmalarının önüne geçebilmek amacıyla**, maddenin dördüncü fıkrasına bir hüküm konulmuştur. Buna göre, bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de, kamu görevlisi gibi cezalandırılacaklardır.”<sup>92</sup>

## **Senaryo 2: Fail özel kişi - katılan kamu görevlisi**

Bu noktada tartışılması gereken bir başka konu, kamu görevlisi olmayanların işlemekte oldukları işkence niteliğindeki suçlara bir kamu görevlisinin iştirak etmesi meselesidir. Bir kamu görevlisinin suça iştiraki, fail bakımından özel niteliği haiz olmayan kişiler tarafından işlenmekte olan suçun (örneğin; eziyet suçunun) niteliğini değiştirme özelliğine sahip midir? Bir taksici şoförünün ya da bir grup esnafın bir travestiyi, ayrımcılık gözetilen bir nedenle ve o kişide acı ve ıstırap oluşturma kastı ile dövmeye başladıkları bir durumda, o civarda bulunan bir ekip otosundaki polislerin durumu gördükleri halde müdahale etmemeleri halinde hangi suç işlenmiş olacaktır?

Bu konuda fikirlerine başvuru farklı akademisyenler tarafından değişik görüşler dile getirilmiş olsa da nihai olarak suçun niteliğinin işkence olması gerektiği sonucuna varılmıştır. Polisin olaya müdahale etmeme gerekçesi uluslararası tanımdaki “cezalandırma” olduğuna göre, artık polisin görevi ihmal suretiyle o sırada aktif biçimde suçu işlemekte olan kişilerin fiillerinin devam etmesine olanak tanınması söz konusudur.

<sup>91</sup> Benzer bir değerlendirme için bkz. Önok, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Seçkin, 2006, s.482

<sup>92</sup> TCK m.94 gerekçesinden

Suçun ihmal yoluyla işlenmesi de mümkün olduğuna göre, polis memurunun, kendi fiili hâkimiyet alanı içinde gerçekleşen bu olaya müdahale etmemesi, önceden yapılmış bir planlama olmadığı için bir azmettirme ya da yardım etme değildir ve artık polis memuru da burada **asli fail konumuna gelmiştir**.

Bu durumda bir eziyet suçundan bahsetmek de mümkün olmayacak ve uluslararası tanımdaki “rıza, teşvik ve göz yumma” koşulları gerçekleştiği için artık **işlenen suçun niteliği “işkence”** olacaktır. Nitekim bu, BM İşkenceye Karşı Sözleşme’nin 1. maddesindeki tanıma uygun yorumlama yapma zorunluluğunun da bir sonucudur.<sup>93</sup>

Gebze M tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu’nda, 18 Ekim 2008 tarihinde 20 kadar adli suçlardan erkek hükümlü ve tutuklunun, kadın siyasi tutuklu ve hükümlülerin bulunduğu koğuşlara ait maltayı basarak ellerinde şiş, sopa ve bıçaklarla mazgaldan kadın tutuklulara saldırdıkları; bir koğuşun havalandırma camlarını kırarak içeri taş ve sopa fırlattıkları, bu saldırılar sonucunda 9 kadın mahpusun yaralandığı, kadın mahpuslara hakaret ve sözlü tacizde bulunduğu, iki mahpusun ismi verilerek ölümle tehdit edildiği; jandarmanın bir saat sonra olaya müdahale ettiği; cezaevi yönetiminin ise yemekte olduğu için olayları duymadığını söylediğine ilişkin iddialar mahpus aileleri tarafından kamuoyuna yansıtılmıştır.

Bunun üzerine DTP Milletvekili Sebahat Tuncer tarafından 23.10.2008 tarihinde TBMM’ye bir soru önergesi verilmiş olayla ilgili açıklama istenmiştir.<sup>94</sup>

Bu soru önergesi üzerine Adalet Bakanı Mehmet Ali Şahin tarafından 30.12.2008 tarihli yazı ile verilen yanıt<sup>95</sup> göre (olay tarihi yanlış yazılarak);

“... Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü tarafından bir başkontrolör ve bir kontrolör görevlendirilerek iddiaya konu olay hakkında gerekli inceleme yapılmıştır.”

Bu inceleme sonucunda, bölümler arası geçişin mümkün olmaması nedeniyle iddia edilen olayın tamamen asılsız olduğu sonucuna varılmıştır.

Bakanın yanıtında da belirtildiği gibi bu iki mahpus grubunun, cezaevi görevlilerinin bilgisi ve dahli olmaksızın birbirleriyle teması hiçbir biçimde mümkün değildir. Bu nedenle aslında cezaevi görevlileri için “diğer mahpusları araç olarak kullanma” ya da en azından “ihmal suretiyle suça katılma” olarak nitelendirilebilecek bu saldırı konusunda yapılan tek işlem bir idari incelemedir.

Böylesi bir vakanın gerçek olup olmadığının saptanması konusunda inceleme ve soruşturma yapmaya yetkili mercii savcılık olmasına karşın idarenin olaya bu biçimde müdahalesi maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını da engellemiş durumdadır.

### **Senaryo 3: Fail kamu görevlisi/özel kişi - fail kamu görevlisi/özel kişi (araç)**

Bu durumda suçun işlenmesine ilişkin fikre sahip olan kişi, işkence fiiline ilişkin her türlü planlamayı yaparak fiili bir kamu görevlisine ya da özel bir kişiye yaptırmaktadır. Suçu, doğrudan işleyen kişi fail sıfatını doğrudan kazanırken suçun işlenmesine

<sup>93</sup> İştirak hükümlerine ilişkin tartışmanın formüle edilmesi konusunda Yard. Doç. Kerem Altıparmak’ın değerli katkıları olmuştur.

<sup>94</sup> <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/7/7-5453s.pdf>

<sup>95</sup> <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/7/7-5453c.pdf>

aktif olarak katılmasa da eylem komuta etmek suretiyle başkasını araç olarak kullanan kişi de TCK m. 37/2 uyarınca fail olarak kabul edilecektir.

“(2) Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır.”

Bir kişinin, işkence fiilinin işlenmesinde araç olarak kullanılması durumunda eylemi tasarlayanın veya araç olarak kullanılanın kamu görevlisi ya da özel kişi olması arasında bir fark bulunmamaktadır. Bu ilişkideki taraflardan birinin kamu görevi yürüten bir kişi olması, işkence fiilinin oluşması bakımından yeterli bir unsur olacaktır ve diğeri de işkence suçundan TCK m.94/5 uyarınca kamu görevlisi gibi sorumlu olacaktır.

Kolluğun kendi içerisindeki hiyerarşik durumu ile sicil ve disipline ilişkin yapısı dikkate alındığında, kolluk amiri ile memur arasındaki ilişkinin katı ve otoriter olduğu, çoğu zaman ast konumunda bulunanın emre koşulsuz itaatinin öngörüldüğü bilinmektedir. Amirin, pek çok durumda kendi iradesini kullanarak istenen fiili gerçekleştirmeyebileceği, oysa ast-üst ilişkisinde kişilerin çoğu zaman bu iradeden yoksun oldukları bilinmektedir. Bu nedenle amir, işi bizzat kendisi yapan değil, çoğu zaman işleri emrindekiler aracılığı ile yapan kişi konumundadır ve işkence fiili eğer amirin komutası ile gerçekleşmişse bu durumda, memurunu aracı olarak kullandığı kabul edilerek 37/2. madde uyarınca fail olarak cezalandırılır.

Bu konu önceki bölümlerde aktarılan Murat Polat'ın askeri cezaevinde gördüğü muamele sonucunda yaşamını yitirmesine ilişkin dosyanın iddianamesinde de değerlendirme konusu yapılmıştır.

“Cezaevinde görevli subay astsubayların tutuklu ve hükümlülerin dövülmesi konusunda emir vermeleri, zaman zaman eylemleri bizzat kendilerinin gerçekleştirmeleri, kendilerine intikal eden eylemler konusunda hareketsiz kalmaları, özellikle Murat Polat'ın ölümü sonrasında gardiyanları korumaya yönelik tutum sergilemeleri, gardiyanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanmaları dikkate alındığında, işkence suçuna iştirak ettikleri ortaya çıkmaktadır.

Bizzat şüphelilerin ifadelerinin şüphelilerin eylemlerini, “yönetim tarzı” şeklinde ve emir komuta zinciri içerisinde gerçekleştirdikleri görülmekte ve bu nedenle suçun iştirak halinde işlendiği görülmektedir.”<sup>96</sup>

#### **Senaryo 4: Azmettiren/azmettirilen kamu görevlisi/özel kişi**

Suçta katılmanın bir başka biçimi de “**azmettirme**” olarak karşımıza çıkmaktadır;

Türk Ceza Yasası'nın 38. maddesine göre;

(1) Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır.

Azmettiren durumunda olan kişi, bir kişinin aracı olarak kullanıldığı durumdan farklı olarak, suça azmettirdiği kişi ya da kişilerde suç işleme niyeti oluşturmakta ya da var olan niyeti güçlendirmekte ancak onların suçu işlemesi için bir planlama yapmaktadır. Suç işleme kararının güçlendirilmesi, yapacakları eylemin sonucunda başlarına bir şey gelmeyeceği ya da korunacakları biçiminde de olabilir.

<sup>96</sup> Adana C. Başsavcılığı'nın 06.04.2006 tarihli ve 2006/3921, 403 sayılı iddianamesi



İşkence suçunda, azmettiren kişinin kamu görevlisi olması ya da kamu görevlisi olmayan bir kişinin bir kamu görevlisini azmettirmesi ceza sorumluluğu bakımından herhangi bir farklılık yaratmamaktadır. 38/1. maddeye göre azmettiren kişi ile fiili yerine getiren kişinin aynı ceza ile cezalandırılacağı açıktır.

#### 4. NEGATİF UNSUR

Mağdurun maruz kaldığı acı ve ıstırapın hukuki “yaptırımların doğası”nda veya bu yaptırımların arızisi niteliğinde olan eylem ve işlemlerden kaynaklanmaması gerekmektedir. Dolayısıyla, kişinin maruz kaldığı acı ve ıstırap ile uygulanan yaptırım arasında bir “oranlılık” olması gereklidir. Bununla birlikte uygulanan, yasal önlemlerin ya da yaptırımların tartışılması için bu önlem ya da yaptırım herhangi bir sorgulama ya da cezaevi gibi bir kapatılma mekânında gerçekleşmesi gerekmemektedir. Bu nedenle önlem ya da yaptırım kavramlarının da geniş anlamda ele alınması uygun olacaktır.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İlhan/Türkiye<sup>97</sup>, Bursuc/Romanya<sup>98</sup>, Petropoulou- Tsakiris/Yunanistan<sup>99</sup> davalarında gözaltı birimleri dışında gerçekleşen zor kullanma vakalarını da (yaşam hakkı da dâhil olmak üzere) işkence yasağı kapsamında ele alarak değerlendirmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi konuyu, vicdani retçi Osman Murat Ülke ile ilgili vakada da ele almış ve başvurusunun askerliği reddetmesi nedeniyle kendisine tekrar tekrar verilen hapis cezalarını değerlendirmiştir. Mahkeme, başvuru aleyhine mevcut olan çok sayıda kovuşturma ve kovuşturmanın sonucu olarak ortaya çıkan mahkumiyetlerin toplam etkisi, kovuşturma ve ceza süreleri arasındaki ardıllık ilişkisi ve başvurusunun hayatının geri kalan kısmında kovuşturulabilecek olması olgusunun, başvurusunun askerlik hizmetini yapmasının sağlanması amacı ile orantılı olmadığı sonucuna varmıştır. Söz konusu işlemler başvurusunun entelektüel kişiliğini ezmeyi, başvuru aleyhine ve onu alçaltan korku ve tedirginlik hislerinin doğmasına neden olmayı, reddiyetini ve kararlılığını kırmayı amaçladığını belirleyerek, başvurusunun hemen hemen “sivil ölüm” olarak tabir edilebilecek gizli bir yaşamı sürmeye zorlanmasının ve başvurusunun bunu kabul etmek zorunda kalmış olmasının demokratik bir toplumdaki cezalandırma rejimine aykırı olduğuna ve dolayısıyla da işkence yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>100</sup>

Uygulanan muamelenin, yasal önlem ya da müeyyidenin doğasında bulunması, kişinin bir mekâna kapatılması sonucunda doğal olarak ortaya çıkan acı ve ıstırapın, örneğin uzun süreli tecrit koşulları gibi ağırlaştırılması; disiplin cezalarının cezanın amacından daha fazla maddi ve manevi acı, ıstırap vermesi; kişiye yasal çerçevede uygulanan maddi ve bedensel gücün yoğunluğunun kesinlikle gerekli olandan fazla olması gibi pek çok konu aslında bu başlık altında tartışılmaya uygundur.

Aslında bu başlık altında öncelikle tartışılması gereken konu “zor kullanma yetkisinin aşılması” meselesidir. Türkiye’de son dönemde güvenlik güçlerinin çok fazla va-

97 İlhan/Türkiye kararı

98 Bursuc/Romanya, Başvuru no:42066/98, 12 Ekim 2004

99 Petropoulou- Tsakiris/Yunanistan, Başvuru no: 44803/04, 6 Aralık 2007

100 Ülke/Türkiye, Başvuru no: 39437/98, 24.01.2006 , para. 63,64.

kada orantısız güç kullandıkları, bu orantısızlığın kişilerin yaşam haklarının ve işkence yasağının ihlal edilmesi sonucunu yaratacak sonuçlar doğurduğu bir gerçekliktir.

Konu, geniş bir kapsamda ele alınması gerektiği için işkence suçunun unsurlarına ilişkin bu bölüm yerine farklı bir bölümde ele alınması uygun olacaktır.

---

### **C. İŞKENCE VE DİĞER KÖTÜ MUAMELE FİİLLERİNİN SORUŞTURULMASINI ETKİLEYEN SORUN ALANLARI**

---

İç hukukta her ne kadar işkence ve diğer kötü muamele biçimleri Türk Ceza Yasası'nda yaptırımı bağlanmakta ise de gerek işkence yasağı kapsamında değerlendirilen fiillerin nitelendirilmesi, gerek mağdurların karşı davalar yolu ile sanıklaştırılması ve gerekse memur yargılamasına dair usulde öngörülen izin sisteminin uygulanış biçimi henüz soruşturma aşamasının başında ortaya çıkan temel sorun alanlarıdır.

#### **1. SUÇ OLUŞTURAN FİİLİN NİTELENDİRİLMESİNDE SORUNLAR**

Yeni Türk Ceza Yasası'nda 94. madde ile düzenlenen işkence suçunun oluşması için fiilin yarattığı sonuç bakımından bir ağırlık kıstası (ağır acı ve ıstırap) ve suçun işlenmesi için özel kasıt aranmadığı için devletle organik ya da fonksiyonel bir bağı olan kişilerin işledikleri fiiller işkence suçu çerçevesinde değerlendirilecektir. Yasa, işkence ve diğer kötü muamele biçimleri arasında bir ayırım yapmamış ve bu kapsamdaki fiillerin tümünü “işkence yasağı” çerçevesinde, tek bir madde içinde ele almıştır. Bunun sonucunda da suça öngörülen cezanın alt ve üst sınırları arasındaki (3-12 yıl) açık fark ile ulusal yargıca ceza tayininde oldukça geniş bir takdir yetkisi tanınmış olmaktadır.

Bu fiilin işkence olarak nitelendirilmesi konusunda Türk Ceza Yasası'nda 2005 yılı öncesinde var olan düzenlemelerde de sorunlar yaşanmakta idi. Yasanın eski halinde, işkence fiilleri iki aşamalı olarak düzenlenmişti: 243. madde işkence, 245. madde kötü muamele.

243. madde yeni yasadaki 94. maddeden farklı olarak işkence suçunda fiilin yarattığı sonuç bakımından bir ağırlık tanımladığı gibi suçun özel bir kasıtle işlenebileceğini düzenlemekte idi.

245. madde ise faili “zor kullanma yetkisini haiz” kamu görevlileri olan, “kötü muamele” suçunu düzenlemekte idi.

Yasanın eski halinde zor kullanma yetkisini haiz kamu görevlilerinin bu yetkiyi aşarak işledikleri fiillerin 243. maddenin kapsamına girmesi gerektiği açık olmakla birlikte aksi yönde oldukça fazla deneyim yaşanmıştır. Örneğin, suç soruşturmasında ifade almakla görevli kolluğun kullandığı maddi ya da manevi zor, yasak sorgulama yöntemi sayıldığı, dolayısıyla bu kamu görevlilerinin zor kullanması yasaklanmış olduğu halde çok sayıda dava 245. maddeden açılmış ve yargılamalar da buna göre yapılmıştır.

245. madde, kamu görevlilerinin işledikleri işkence fiillerine ilişkin “torba” bir madde olarak kullanılmış ve eski yasa döneminde işkence faillerinin cezasızlığının araçlarından birisi olmuştur.

Yeni yasa döneminde de aynı eğilimin devam ettiğini söylemek mümkündür. İşken-

ce fiillerinin farklı suçlar olarak nitelendirilerek “işkence” suçunun insan hakları alanındaki özel ağırlığı, suçun niteliği, uzlaşma - erteleme - paraya çevirme -zamanaşımı gibi konulardaki özel sonuçları ve disiplin hukukuna yansımaları da gözetilerek daha az ceza gerektiren ve sonuçları itibariyle ağırlığı daha az olan suçlardan soruşturma ve dava açılması yoluna gidilmektedir.

94. maddenin kapsamının genişliği, özel kasıt aranmaması ve fiilin ağırlığı gibi bir kıstas içermemesi nedeniyle aslında pek çok işkence ve diğer kötü muamele fiilleri için doğrudan doğruya 94. madde kapsamında soruşturma başlatılabilecek ve davalar açılabilen tam tersi bir yol izlendiği görülmektedir. Davalar 94. maddeden açılmak yerine çoğunlukla zor kullanma yetkisinin aşılmasına ilişkin 256. madde ve bu madde dolayısıyla 86. madde ya da 256. maddeden bağımsız olarak 86. madde ve ayrıca eziyet suçunu düzenleyen 96. maddeden açılmaktadır.

Gerek kamu görevi sıfatını haiz, gerek bunların teşviki, onayı, göz yumması ile ve gerekse devlet-dışı aktörlerin işledikleri işkence/eziyet fiillerinin yaptırma bağlanmış olması tek başına yeterli değildir. Önemli olan, bu tür fiillerin işlenmesi durumunda suç soruşturmasının nasıl gerçekleştirildiği, suç tasniflerinin nasıl yapıldığı, hangi maddelerden dava açıldığı ve yargılama süreçlerinin nasıl işlediğidir.

Suç sayılan fiilin nitelendirilmesine ilişkin bu sorun Türkiye İnsan Hakları Vakfı tarafından 2007-2008 yıllarında yürütülen İşkencenin Önlenmesi çerçevesinde proje kapsamına alınan 41 dosya üzerinde yapılan değerlendirmede de açık biçimde görülmüştür. İzlenen ya da hukuksal yardım sunulan toplam 21 dava dosyasından 6'sında kamu görevlileri hakkında “işkence” suçlaması ile dava açılmıştır. İşkence suçundan açılanlar da dâhil olmak üzere dosyalardaki suç nitelendirmeleri “eziyet”, “zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması”, “kasten yaralama”, “basit yaralama”, “kamu görevlisinin sahip olduğu nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kasten yaralama”, “hakaret” “asta kötü muamele” ve “etkili eylem”dir.

Aşağıda bu suçlardan eziyet, zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması ve kasten yaralama suçları üzerinde durulacaktır.

#### **a. Eziyet suçu- TCK m.96**

Eziyet suçunu düzenleyen 96. madde, işkence ve ağırlaştırılmış işkence suçlarını düzenleyen 94 ve 95. maddelerle aynı başlık altında; “işkence ve eziyet” başlığı altında düzenlenmiştir.

Maddenin gerekçesi, işkence suçuna ilişkin 94. maddenin gerekçesinin paragraflarından birinden ibarettir;

“İşkence olarak, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulması gerekir. İşkence teşkil eden fiiller, aslında kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyan fiillerdir. Ancak, bu fiiller, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler. Bir süreç içinde süreklilik arzeder bir tarzda işlenen işkencenin en önemli özelliği, kişinin psikolojisi, ruh sağlığı, algılama ve irade yeteneği üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır. Bu etkilerin uzun bir süre ve hatta hayat boyu devam etmesi, işkencenin bu kapsamda işlenen fiillere nazaran daha ağır ceza yaptırımı altına alınmasını gerektirmiştir.”

Gerek madde metni ve gerekse gerekçe işkence ve eziyet suçları arasındaki tek fark “failin niteliği”nden kaynaklanmaktadır. Kamu görevlisi, yukarıda işkence suçunun açıklandığı bölümde de belirtildiği üzere, “bir kamu görevini yerine getiren kişi” olduğuna göre, bu görevin yerine getirilmesi sırasında işlenen fiiller işkence suçu kapsamında tartışılacaktır. Buna göre, işkence fiili devletle organik ya da fonksiyonel bağı bulunan kişilerin, kamu görevi sırasında işledikleri bir suç olarak tanımlanmış iken eziyet fiili kamu görevi ile bağlantılı bir suç değildir. Bir kolluk görevlisinin, kamu görevi sırasında, örneğin komşusuna uyguladığı müessir fiil işkence suçunu oluşturabilecekken, fiil kamu görevi dışında gerçekleştirilmiş ise bu durumda eziyet suçu söz konusu olabilecektir.

94. maddenin gerekçesinin bir bölümüyle tamamen aynı olan 96. madde gerekçesinde de görüldüğü gibi “eziyet” fiilinin özünü “işkence” fiilleri oluşturmaktadır. Dolayısıyla kamu görevlisine atfedilemeyen fiiller nitelik olarak işkenceden farklı olmayıp, o sırada kamu görevi yapmayan kişiler tarafından gerçekleştirildikleri için “eziyet” olarak anılmaktadır.

Maddede ve gerekçedeki bu net özelliğe karşın uygulamada kamu görevlilerinin fiillerinin de 96. madde kapsamında değerlendirilmesi kaygı vericidir.

Bir politik derginin dağıtılması sırasında polis tarafından vurularak felç olan Ferhat Gerçek’le ilgili bir protesto eylemine katılan Engin Çeber önce gözaltına alınmış ve daha sonra da tutuklanarak Metris Cezaevi’ne konulmuştur. Çeber, tutuklandıktan sonra, 8 Ekim 2008 tarihinde kaldırıldığı hastanede yaşamını yitirmiştir.

Çeber’in önce gözaltında ve daha sonra da cezaevinde işkence görmüş olduğuna dair doktor raporları mevcuttur. TBMM İnsan Hakları Komisyonu da Çeber’in ölümü ile ilgili yerleri ziyaret etmiş, ilgili kişilerle görüşmüş ve ilgili dokümanları inceleyerek bir rapor düzenlemiştir. Raporla Çeber’in hem karakol ve hem de cezaevinde şiddet gördüğüne dair bulgulara yer verilmiştir.<sup>101</sup>

Bu olayda Türkiye tarihinde ilk kez olmak üzere herhangi bir devlet yetkilisi, meydana gelen ölüm vakasıyla ilgili olarak kamuoyu önünde özür dilemiştir.<sup>102</sup> Adalet Bakanı tarafından yapılan bu açıklamaya rağmen Emniyet Genel Müdürlüğü bir sorululuk üstlenmeyi reddetmiştir. Genel Müdürlük tarafından görevlendirilen iki polis müfettişi tarafından düzenlenen ön inceleme raporunda, Çeber’in İstinye Karakolu’nda gözaltında bulunduğu sürede fiziksel şiddet gördüğüne dair bir izlenim elde edilmediği vurgulanmıştır.<sup>103</sup>

Komisyon tarafından hazırlanan rapordan kısa bir süre sonra davayla ilgili iddianame hazırlanmış ve çok sayıda fail hakkında çeşitli sevk maddelerinden davalar açılmıştır.

Ancak iddianamede 96. madde kapsamında yapılan değerlendirmeler son derece sorunludur;

Metris 1 ve 2 No.lu T Tipi Kapalı İnfaz Kurumunda olay tarihinde nöbetçi müdür Yusuf Gayır, sorumlu infaz koruma baş memuru Cuma Kaçar, kabul işleminin yapıldı-

<sup>101</sup> [http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/belge/engin\\_ceber\\_raporu.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/belge/engin_ceber_raporu.pdf) (bundan sonra “TBMM Çeber Raporu” olarak anılacaktır)

<sup>102</sup> <http://www.ntvmsnbc.com/id/24938906/>; [http://www.evrensel.net/haber.php?haber\\_id=38909](http://www.evrensel.net/haber.php?haber_id=38909)

<sup>103</sup> <http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/463225.asp>

ğı blok sorumlusu Turan Günaydın, kabul görevlisi Muharrem Çelik'in Çeber'in üzerindeki darp ve cebir izlerini görmelerine karşın kurum doktoru veya başkaca sağlık kuruluşuna sevkini sağlayarak tedavisini yaptırmamış olmaları<sup>104</sup> tipik bir kasıtlı ihmal fiilidir.

Her ne kadar iddianamede bu fiil “eziyet” olarak nitelendirilmiş ise de suçun unsurları ve özellikle de faillerin kamu görevlisi niteliği bakımından TCK m.94/5'teki işkence suçunun ihmal suretiyle işlendiği son derece açıktır.

Türk Ceza Yasası'nın 2005 yılında yürürlüğe girmiş olması, soruşturma ve yargılama süreçlerinin uzun sürmesi nedeniyle yüksek yargı mercilerinin “işkence” fiillerinin “eziyet” olarak nitelendirilmesine ilişkin yaklaşımını ortaya koyan kararlara ulaşmak henüz mümkün değildir.

Ancak açıktır ki 96. madde, işkence ve diğer kötü muamele suçlarının faillerinin ceza sorumluluklarının hafifletilmesi bakımından adli mekanizmanın elindeki tehlikeli bir araçtır.

## **b. Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu - TCK m. 256**

Türk Ceza Yasası'nın 256. maddesi zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçunu düzenlemektedir.

**Madde 256 - (1)** Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması hâlinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

256. madde, zor kullanma yetkisine ilişkin suçun oluşabilmesi için failin kamu görevlisi olmasını, bu kamu görevlisinin zor kullanma yetkisine sahip olmasını, görevini yaptığı sırada ve görevin gerektirdiğinin üzerinde bir zor kullanmış olmasını ön görmektedir.

Dolayısıyla bu nitelikteki kamu görevlisinin görevle ilgili olarak işlediği suçlar orantısız güç kullanma ve (bir sonraki bölümde açıklanacağı üzere) işkence suçu çerçevesinde ele alınabilir. Bununla birlikte kamu görevlisinin, maddi ya da bedensel zoru, kullanılan zor oranlı bile olsa, zor kullanmaya ilişkin görevi dışında kullanamaz. Zor, kamu görevlilerinin idari görevleri sırasında kullanabilecekleri bir yetkidir ve adli görevleri başladığı andan itibaren artık zor kullanma “yetkisi”nden bahsetmek mümkün değildir.

Örneğin, “zor kullanmak suretiyle yakalama” yapmanın **kesinlikle gerekli olduğu durumda** dahi, zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisi, yakalama anından itibaren artık bir adli görev yapmaya başlamıştır ve zor kullanma yetkisi sona ermiştir. Aynı biçimde, bir kimlik kontrolü sırasında kişinin kolluk görevlisine hakaret ettiği iddiasında da artık ortada suçla ilgili bir işlem söz konusu olduğu için kolluğun zor kullanmasını kesinlikle yasal ve meşru değildir. Bu nedenle

**“Zor kullanma yetkisi”;**  
- **zor kullanma yetkisine sahip,**  
- **kamu görevlisi tarafından,**  
- **görev sırasında,**  
- **görevin kesinlikle gerektirdiğinin üzerinde kullanılamaz.**  
**Aksi halde “zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması” suçu oluşur.**

<sup>104</sup> Bakırköy C. Başsavcılığı'nın 17.11.2008 tarihli ve 2008/43349, 3417 No.lu iddianamesi

de orantılılık ve orantısızlık tartışması yapılması da mümkün değildir çünkü eylem doğrudan doğruya 94. madde çerçevesinde tartışmaya tabi tutulmalıdır.

### **i. Zor kullanma sınırının aşılması - oranlılık meselesi**

“Orantısız güç kullanma”, kavramsal olarak özgürlüğünden yoksun bırakılma ile doğrudan bağlantılı görünmemekle birlikte güç kullanma ya kişileri özgürlüklerinden yoksun bırakmayı amaçlamakta ya da zor kullanma sırasında zaten özgürlüklerinden yoksun bırakmaktadır. Bu nedenle de orantısız güç kullanma, özgürlüğünden yoksun bırakmanın özel bir biçimi olarak ortaya çıkmaktadır.

Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşmeye ek Seçmeli Protokol’ün 4/2. maddesinde açıkça tanımlandığı üzere “özgürlüğünden yoksun bırakılma” kavramı “kişinin her türlü gözetim ya da hapsedme ya da kişinin kendi rızasıyla ayrılmasına herhangi bir adli, idari ya da başka bir yetkilinin talimatıyla izin verilmediği kamusal ya da özel bir yerde tutulması anlamına gelmektedir”.<sup>105</sup>

Kişi özgürlüğünün sınırlandırılması, Seçmeli Protokol’de de belirtildiği üzere sadece kapatma eylemiyle sınırlı değildir. Sınırlamadaki temel nokta, **kişinin kendi rızasıyla ayrılmasına izin verilmemesi** halidir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de benzer bir yaklaşımla, Anayasa’nın 19. maddesinde ifadesini bulan kişi özgürlüğü kavramının, kişiye dilediği gibi karar verip hareket edebilme olanağı sağlayan kurumlaşmamış özgürlükler alanını kapsadığını belirtmektedir.<sup>106</sup>

Ceza Muhakemesi Yasası da 91/1. maddesi ile kişi özgürlüğünün kısıtlandığı anı, yakalama anı olarak belirtmektedir.

PVSK’da 2007 yılında yapılan değişiklikle 4. maddeye eklenen m. 4/a ile durdurma ve kimlik sorma işlemleri düzenlenmiştir. Bunlar birer idari işlemler olmakla birlikte arama ve yakalama önlemlerinden bağımsız olarak düşünülmeleri mümkün olmadığı için aslında kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının iki farklı biçimini oluşturmaktadır.<sup>107</sup>

Fiilin amacıyla birlikte kişide yarattığı çaresizlik duygusu işkence fiili için belirleyici iki temel unsurdur. Buradan yola çıkıldığında, bir fiilin işkence olarak nitelendirilebilmesi için nerede gerçekleştiğinin ve ağır işkence yöntemlerinin uygulanıp uygulanmadığının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kişi, herhangi bir alıkonulma mekânında ya da bir nakil aracında ya da hastanede veya durdurma ya da arama işlemleri veya bir protesto eylemi sırasında kendisine uygulanan muamelenin sonuçları bakımından işkence görmüş olabilir.

Özgürlüğünden mahrum edilen bir kişiye ilişkin olarak, kişinin kendi davranışı nedeniyle kesin bir zorunluluk olarak başvuru dışındaki her türlü fiziksel güç kullanımını insan onurunu zedeler ve kural olarak işkence yasağının ihlâline sebep olur.<sup>108</sup>

<sup>105</sup> Seçmeli Protokol 22 Haziran 2006’da, gerekli imza sayısının tamamlanması üzerine yürürlüğe girdi. Türkiye Seçmeli Protokol’ü 14 Eylül 2005 tarihinde imzaladı ancak halen onaylamadı.

<sup>106</sup> Anayasa Mahkemesi’nin 26.11.1986 gün ve E. 1985/8, K. 1986/27 K. sayılı kararı

<sup>107</sup> Altıparmak, Aytaç, Karahanoğulları, Hançer, Aydın; Polis Vazife ve Salahiyet Kanununda Değişiklik: Durdurma - Kimlik Sorma - Arama - Parmak İzi Alınması - Silah Kullanma; Hukuk ve Adalet, Yıl: 4, Sayı 11, Yaz 2007, s. 117-140.

<sup>108</sup> İşkencenin Önlenmesine İlişkin Hukuk El Kitabı, s. 54

Bu çerçevede kullanılan gücün zaman zaman ölümcül olması, kişinin yaşamını yitirmiş olup olmamasına bakılmaksızın, konunun yaşam hakkı çerçevesinde ele alınmasını da gerektirmektedir. Uluslararası hukukta, kişilerin yaşam haklarına yönelik risklerin -işkence yasağının mutlak karakterinin aksine- belli koşullarda kabul edilebilir olması “yaşam hakkı” çerçevesindeki tartışmayı önemli kılmaktadır.

Devletlerin öncelikli görevi, yaşam hakkını güvence altına almak üzere, kişilere karşı işlenmesini önlemek amacıyla yasaların uygulanması, bastırma ve ihlal durumunda cezalandırma için bir mekanizma tarafından desteklenen uygun hukuksal ve idari bir çerçeve oluşturmaktır.<sup>109</sup> Bu bağlamda, kişilerin vücut bütünlükleri ve yaşamlarına yönelik zor kullanma durumlarının belli kurallara bağlanması uluslararası hukukça sağlanan güvencelerin pratik ve etkin olmasının bir gerekliliğidir. Devlet görevlilerinin bir düzene bağlı olmayan ve keyfi fiilleri insan haklarına etkin biçimde saygı gösterilmesi ilkesi ile bağdaşmaz. Bu nedenle, güvenlik güçleri ulusal hukukça yetkilendirilmiş olsalar bile, polis operasyonlarının gücün kötüye kullanımına, keyfiliğe ve hatta önlenemez kazalara karşı uygun ve etkin güvenceler sağlayan bir çerçevede düzenlenmesi gereklidir.<sup>110</sup>

Bu düzenlemenin de ani gelişen bir kovalamaca ya da tehlikeli olduğu öngörülen kişiye/kişilere karşı önceden hazırlanmış operasyonlar bağlamında, yasa uygulayıcılarının (law-enforcement officials) hangi **sınırlı durumlarda** ateşli silah kullanabileceğini uluslararası standartlar ışığında düzenleyen, hukuksal ve idari bir çerçeve oluşturulmalıdır.<sup>111</sup>

Uluslararası hukukun belirlediği bu ilkelere karşın iç hukukta, devlet görevlilerinin maddi ve bedensel güç kullanmasına ilişkin yetkileri son derece geniş olduğu gibi sınırları da belirsizdir.

Son üç yılda Türkiye’de gerçekleşen güç kullanımı vakalarının ciddi biçimde artması ve bunların önemli bir bölümünün yaşam hakkı ihlali ile sonuçlanmış olması nedeniyle meydana gelen olaylara ve hem de buna olanak tanıyan iç hukuk mevzuatına daha yakından bakmak gerekmektedir.

İç hukukta güç kullanma yetkisi, bu yetkiye sahip polis, jandarma, özel güvenlik, sahil güvenlik, korucular, bekçiler gibi çok sayıda meslek grubuna, yasayla tanınmış durumdadır.

İşkence ve diğer kötü muamele vakalarının meydana gelmesi konusunda, bu meslek gruplarının tümünün ilgili mevzuatlarına bakmak özel olarak gerekli değildir. Bu çerçevede öne çıkan iki nokta, polisin silah kullanma yetkisini düzenleyen yasalar ile toplantı ve gösteri özgürlüğünün kullanımı sırasında ortaya çıkan güç ve silah kullanma vakalarıdır.

---

(El kitabının ilgili dipnotunda şu kararlara gönderme yapılmaktadır; Ribitsch/Avusturya, 4 Aralık 1995 , Series A no. 336, para. 38; Satık ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru no: 31866/96, 10 Ekim 2000 , para. 54; Nevruz Koç/Türkiye, Başvuru no: 18207/03, 12 Haziran 2007 , para. 44; Soner ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru no: 40986/98, 27 Nisan 2006 , para. 40; Güler/Türkiye, Başvuru no: 49391/99, 10 Ocak 2006 , para. 41; Güzel Şahin ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru no: 68263/01, 21 Aralık 2006 , para. 46.)

<sup>109</sup> Akpınar ve Altun/Türkiye, para. 49

<sup>110</sup> Akpınar ve Altun/Türkiye, para. 50; Makaratzis/Yunanistan, para. 58;

Ayrıca bkz. BM İnsan Hakları Komitesi’nin, Sözleşme’nin 6. maddesi ile ilgili 6 No.lu Genel Yorumu, 1982, para. 3

<sup>111</sup> Akpınar ve Altun/Türkiye, para. 51, Makaratzis/Yunanistan, para. 59

İç hukukta güç kullanma yetkisi, Anayasa'nın kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığına ilişkin düzenlemeyi yapan 17/son maddesinde, silah kullanma yetkisi çerçevesinde yaşam hakkına bir istisna olarak düzenlenmektedir. Bu madde uyarınca silah kullanımı ancak aşağıdaki koşulların varlığı durumunda mümkündür;

- meşru müdafaa hali,
- yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi,
- bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi,
- bir ayaklanma veya isyanın bastırılması,
- sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında ve
- kanunun izin verdiği **zorunlu durumlar**.

Silah kullanma yetkisi Polis Vazife ve Salahiyet Yasası'nın 16. maddesinde düzenlenmektedir. Madde metni 2 Haziran 2006 tarihinde 5681 sayılı Yasa'nın 1. maddesi ile değiştirilmiş ve polise sınırları belirli olmayan ve geniş bir çerçevede silah kullanma yetkisi tanınmış durumdadır.

Maddeye göre polis;

- a) Meşru savunma hakkının kullanılması kapsamında,
- b) Bedeni kuvvet ve maddi güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde,
- c) Hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı ve/ya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde,

**silah kullanmaya yetkilidir.**

Polis, yedinci fıkranın (c) bendi kapsamında silah kullanmadan önce kişiye duyabileceği şekilde "dur" çağrısında bulunur. Kişinin bu çağrıya uymayarak kaçmaya devam etmesi halinde, önce uyarı amacıyla silahla ateş edilebilir. Buna rağmen kaçmakta ısrar etmesi dolayısıyla ele geçirilmesinin mümkün olmaması halinde ise kişinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silahla ateş edilebilir.

Polis, direnişi kırmak ya da yakalamak amacıyla zor veya silah kullanma yetkisini kullanırken, kendisine karşı silahla saldırıya teşebbüs edilmesi halinde, silahla saldırıya teşebbüs eden kişiye karşı saldırı tehlikesini etkisiz kılacak ölçüde **duraksamadan silahla ateş edebilir.**"

Yasa, ortada hiçbir tehdit yokken dahi silah kullanmayı mümkün kılmakta ve maddenin varlığı yaşam hakkı açısından potansiyel ihlal niteliğini taşımaktadır çünkü belirtilen her iki durumda da belirleyici olan, polisin bu konudaki takdiridir.

Maddenin son fıkrasındakine paralel bir düzenleme 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasası'na 29.06.2006 tarihli ve 5532 sayılı Yasa'nın 16. maddesi ile eklenmiştir.

Madde Ek 2: "Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda "teslim ol" emrine itaat edilmemesi veya silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk görevlileri, tehlikeyi etkisiz kılacak ölçü ve orantıda, doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı silah kullanmaya yetkilidirler."



Bununla birlikte Terörle Mücadele Yasası'nın Ek 2. maddesi 29.08.1996 tarihli 4178 sayılı Yasa ile ilk kez gündeme getirilmiş ise de daha sonra madde Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 06.01.1999 tarihli bu iptal kararında<sup>112</sup>, devletin hukuka uygunluk hallerinden yararlanabilmesi için, şiddet fiili ve kuvvete başvurma mutlak zorunlu olması gerektiği ve önlemin somut durumun gerektirdiği uygunluğu aşamayacağı belirtilmiştir;

“Bu maddeyle güvence altına alınan yaşama hakkını korumak için devlet her türlü önlemi almak yükümlülüğündedir. Yasa ile ancak zorunlu durumlarda silah kullanma yetkisi verilebilir. Silah kullanmaya yetki verilebilmesi için son fıkrada sayılan durumlarda yetkililerin silah kullanma dışında başka olanaklarının bulunmaması gerekir.

Kuralda faillerin sadece “silah” kullanmaya teşebbüslerinden söz edilirken kolluk kuvveti görevlilerinin hedefe karşı “ateşli silah” kullanmalarından söz edilmiş; böylece faillerin kullanmaya teşebbüs ettikleri silahın ateşli silah olup olmadığına bakılmaksızın ve başka türlü etkisiz hale getirilmeleri olanağı gözetilmeksizin küçük bir müdahale ile önlenilecek olaylarda dahi görevlilere ateşli silahlar kullanma yetkisi verilmiştir.

Buna göre, dava konusu kuraldaki teslim ol emrine uyulmaması ve silâh kullanmaya teşebbüs edilmesi, görevlilerin her zaman doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silâh kullanmalarını zorunlu kılacak nitelikte bir durum değildir. Kimi olaylarda faillerin, can güvenliğine daha az tehlikeye sokan yöntemlerle de etkisiz hale getirilmeleri olanaklı olabilir. Olayların özelliğine göre, bu yöntemlere başvurulmaksızın doğruca ve duraksamadan hedefe karşı “ateşli silâh” kullanılması yaşama hakkının zedelenmesi sonucunu doğurur.”

**Bir olaya silahlı müdahale etmek için, silah kullanma dışında başka herhangi bir olasılığın bulunmaması gereklidir.**

Nitekim TIHV Dokümantasyon Merkezi verilerine göre PVSK'da yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği yıl olan 2007'de 24 ve bunu izleyen 2008 yılında da 37 kişi güvenlik güçlerinin dur ihtarına ya da teslim ol çağrısına uymadıkları gerekçesiyle öldürülmüştür.

2007 yılında bu gerekçeyle yaşamını yitirenlerden 12'si polis, 6'sı asker, 4'ü jandarma ve 2'si korucular tarafından vurulmuştur. 2008 yılında ise 23'ü polis, 11'i asker ve 2'si jandarma tarafından vurulmuştur.

İşkence suçunun manevi unsurunun incelendiği, “**plan, kontrol ve icra sorumluluğu**” başlığı altında da ele alınan 2008 Newroz olayları<sup>113</sup> sonrasında Türkiye İnsan Hakları Vakfı, olayların incelenmesi ve nedenlerinin araştırılması konusunda bir heyet oluşturmuştur. Heyetin 2-4 Nisan 2008 tarihlerinde Van, Yüksekova ve Hakkâri'de yaptığı inceleme sonucunda hazırladığı rapordaki<sup>114</sup> saptamalardan bazıları şunlardır:

<sup>112</sup> 19 Ocak 2001 tarih ve 24292 sayılı R.G.

<sup>113</sup> Bkz. s.47

<sup>114</sup> Van, Yüksekova ve Hakkâri'de 22, 23 ve 24 Mart 2008 Tarihlerindeki Newroz kutlamaları ve Sonrasında Yaşanan Olaylarla İlgili İnceleme ve Değerlendirme Raporu, Türkiye İnsan Hakları Vakfı; s. 16,17 <http://www.tihv.org.tr/tihv/data/newroz.pdf>

#### 4. Güvenlik güçleri aşırı/orantısız güç kullanmışlardır.

- Görüşme yapılan mağdurların (cezaevindeki mağdurlarla yapılan avukat görüşmeleri dâhil) tümünün anlatımları;
- Fiziksel ve ruhsal yönden tıbbî değerlendirmesi yapılan mağdurlarda saptanan fiziksel ve ruhsal bulgu ve tanılar;
- Diğer tanık anlatımları;
- Diğer gözlem heyetlerinin raporları;
- Olayların amatör kameralar ile çekilmiş görüntüleri ile ulusal ve yerel basın- da yer alan olaylarla ilgili haberler,

bir bütünlük içinde değerlendirildiğinde, tüm verilerin birbirini desteklediği ve uyum içinde olduğu görülmüş ve her üç kentte yaşanan olaylar sırasında güvenlik güçlerinin yakalama, gözaltına alma ve adli makamların huzuruna çıkarma görevinin ötesinde, **cezalandırma amacıyla, vahşice ve düşmanca olarak nitelenebilecek boyutta aşırı ve orantısız güç kullandığı** kanaatine varılmıştır.

#### 5. Aşırı/orantısız güç kullanımı temel hak ve özgürlüklerin ihlâline neden olmuştur.

##### i. Yaşam hakkı ihlâli;

Olaylarda dört kişi yaşamını yitirmiştir.

Yaşam hakkı, kişinin diğer haklarını kullanılabilmesi için mutlak olarak korunması gereken en temel haktır. Demokrasilerde kamu gücünü kullananlar yaşam hakkını koruma konusunda herkesten daha fazla sorumludurlar. Oysa olaylara dair elde edilen tüm veri ve bilgiler, güvenlik güçlerinin yaşam hakkını korumadığı gibi, açıkça ihlal ettiğini ortaya koymaktadır.

Resmî makamların açıklamalarına göre olaylar sırasında göstericiler lastik yakmış, slogan atmış, güvenlik kuvvetlerine taş atmış, yollara barikat kurarak trafiği engellemiştir. Bu eylemlerin hiçbiri ateşli silahlar ile müdahaleyi gerektirmediği halde güvenlik güçleri, gösterilere müdahale ederken gerçek ya da plastik mermi atan ateşli silahları hedef gözeterek ya da rastgele kullanmıştır.

TIHV'in 2007 yılı tedavi ve rehabilitasyon faaliyetlerini kısaca değerlendirdiği 19 Şubat 2008 tarihli basın açıklamasında da belirtildiği gibi plastik mermi atan silahlar ölümcül sonuçlar doğurabilmektedir.

Nitekim yapılan tıbbî muayene ve değerlendirmeler sonucu bazı mağdurlarda tespit edilen plastik mermi yaralanmalarına ait bulgular ve bu bulgulara ait fotoğraflar, plastik mermi atan silahların ciddi yaşamsal tehlike yarattığını ortaya koymaktadır.

##### ii. Orantısız güç kullanma- işkence ilişkisi

**İşkence Özel Raportörü** tarafından da belirtildiği gibi kişinin vücut bütünlüğüne ve onuruna yönelik en ciddi insan hakları ihlali, genellikle kişi özgürlüğünün olmadığı ya da birinin bir başka kişi üzerinde doğrudan güç kullandığı (factual direct power) ve kontrol altına aldığı durumlarda yani mağdurda bir çaresizlik durumunun oluşmasıyla gerçekleşir. Kişinin, örneğin yakalama işlemi ve kelepçeleme gerçekleştikten ya

da nezarethaneye konduktan sonra, yani polis memurunun **doğrudan kontrolü altına girdiği andan itibaren** herhangi bir biçimde fiziksel ya da ruhsal **güç kullanımı yasaklanmış durumdadır.**<sup>115</sup>

**Kişinin, kolluğun doğrudan kontrolü altına girdiği andan itibaren herhangi bir biçimde fiziksel ya da ruhsal güç kullanımı yasaktır.**

Dolayısıyla kullanılan güç, kişi üzerinde bir kontrol sağlandıktan sonra gerçekleşiyse artık kişide bir çaresizlik durumu yaratılmış olacaktır ve bu güç kullanımı doğrudan doğruya işkence yasağı bağlamında tartışılacaktır. Bu durumda, kişiye uygulanan gücün orantılı olup olmadığı tartışması yapılması mümkün değildir. “Orantılılık” tartışması, özgürlüğünden yoksun bırakılma ve benzer bir biçimde doğrudan kontrol durumları dışındaki hallerde geçerlidir.<sup>116</sup> Çünkü orantılılık, doğası gereği uygulanan bir davranışın/cezanın bir başka karşı davranışa “görlenmesi” demektir.

Bu “görelenenin” yani “orantılılık” tartışmasının yapılabileceği durumlarda da kişinin/kişilerin mukavemet ettiklerine ilişkin iddianın dayanaklarının- mukavemet eden kişilerin silahlı, tehlikeli veya saldırgan olduğunun<sup>117</sup> ve hatta maddi güç uygulamanın hangi aşamadan sonra kesinlikle gerekli hale gelmiş olduğunun<sup>118</sup> da ortaya konması gerekir. Bu nedenle mahkemeler, yaralanmaların ciddiyetini ve meydana geldiği ortamı dikkate almalıdır.<sup>119</sup> Bunun yanında mukavemet olduğu söylenen durumda, her iki tarafın sağlık durumunun karşılaştırılması ve kendisine mukavemet edildiğini ileri süren kamu görevlilerinde oluşan lezyonların, mukavemet eden kişinin tarif edilen mukavemet davranışlarıyla uyumlu olup olmadığının saptanması da gerekecektir.<sup>120</sup> Bu özellikle, hükümetin ortaya koyduğu mukavemet tablosu ile başvuru- nun sağlığındaki değişimi açıklamaya yeterli değilse devlet, daha ağır bir soruşturma yükümlülüğü altındadır.

**Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi**, elleri kelepçeli bir biçimde mahkemeye götürüldükleri sırada slogan atmaları ve zafer işareti yapmalarını engellemek için jandarma tarafından başvuru- culara maddi güç kullanılması ve bu güç kullanımı sonucunda başvuru- culara 10 günlük iş göremez raporu verilmesi olayıyla ilgili **Zülcihan Şahin ve Diğerleri/Türkiye** davasında, başvuru- cuların ellerinin kelepçeli olması ve herhangi bir saldırı aracına sahip olmamaları nedeniyle kendilerine nezaret eden jandarmalara karşı herhangi bir tehdit oluşturmadıkları, bu nedenle de uygulanan maddi gücün kesinlikle gerekli olduğunun kanıtlanmadığı gerekçesiyle 3. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>121</sup>

**Erdoğan Yağız/Türkiye** kararında da Mahkeme, başvuru- cunun ellerinin kelepçelenmesi için kendi kendine zarar verme ya da başkalarına karşı şiddet kullanma olasılığı da dâhil olmak üzere bir güvenlik kaygısının varlığına ilişkin herhangi bir kanıt ol-

<sup>115</sup> Manfred Nowak, Elisabeth McArthur, İşkence mağdurlarının Rehabilitasyonu ve İşkencenin Önlenmesine Yönelik Dergi- İşkence; sayfa 150,151

<sup>116</sup> Aynı yerde, sayfa 151

<sup>117</sup> Bkz. örn. R.L. ve M.-J.D./Fransa, Başvuru no: 44568/98, 19 Mayıs 2004, para. 68; Zülcihan Şahin ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru no: 53147/99, 3 Şubat 2005, para. 51; Güzel Şahin ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru no: 68263/01, 21 Aralık 2006, para. 50

<sup>118</sup> Soner ve Diğerleri/Türkiye, para. 44.

<sup>119</sup> Bkz. dipnot 117.

<sup>120</sup> Zelilof/Yunanistan, Başvuru no: 17060/03, 24 Mayıs 2007, para. 50

<sup>121</sup> İşkencenin Önlenmesine İlişkin Hukuk El kitabı, s.59; Zülcihan Şahin ve Diğerleri/Türkiye, para. 49-55

madığını, kişinin daha önceki eylemlerinin “tehlikelilik” halini açıklayamayacağını belirterek bu vakada da kullanılan maddi gücün oranlı olmadığına ve dolayısıyla 3. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>122</sup>

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 7. maddesinde yakalanan kişilere hangi durumlarda kelepçe takılabileceği, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün 50. maddesinde de (zincire vurma haricinde) kısıtlama araçlarının hangi durumlarda kullanılabileceği düzenlenmektedir.

Bir tedbir olarak kelepçe uygulaması, hukuki bir yakalama işlemi bağlamında gerçekleşmiş ve güç kullanımını ya da halkın içine çıkarmayı gerektirmemişse, normal koşullarda, işkence yasağı kapsamında bir değerlendirmeyi gerekli kılmaz. Buna karşın, kişinin yakalama işlemine direnmesi, kaçması veya (kendisine ya da başkalarına) zarar verme, delilleri karartma riski olduğu durumlarda güç kullanımının makul sınırlarda kalıp kalmadığı dikkate alınmalı ve dolayısıyla işkence yasağı çerçevesinde bir tartışma yapılmasının koşullarının bulunup bulunmadığına bakılmalıdır.<sup>123</sup>

Soner ve Diğerleri/Türkiye davasında da Mahkeme, üç polis memuru tarafından yakalanmaları sırasında mukavemet ettikleri varsayılrsa bile yakalama işleminden 8 gün sonra düzenlenen adli tıp raporundaki lezyonların, ciddi tehdit içermeyen iki kişinin yakalanması sırasında kullanılabilecek orantılı bir güçle açıklanamayacağını belirtmiştir.<sup>124</sup>

Cezaevlerinde yaşanan zor kullanımına ilişkin vakalarda da aslında benzer bir durum söz konusudur. Mahpusların, olağan koşullarda, bir saldırı aracına sahip olmadıkları ve her aşamada infaz koruma memurlarının kontrolü altında buldukları göz önüne alındığında cezaevlerinin iç güvenliğinin sağlanması sırasında kullanılan güç, kural olarak, meşru sayılamayacaktır. Bu çerçevede, mahpuslara “disiplin önlemi” olarak uygulanan kısıtlama araçları kullanma vakalarının da dikkatle incelenmesi gerekecektir.

Aynı biçimde, özellikle cezaevleri arasındaki ya da hastaneye sevkleri sırasında kelepçeli olan mahpuslara uygulanan şiddetin de “oranlılık” kavramı çerçevesinde tartışılması mümkün görünmemektedir. Çünkü zaten kelepçeyle kısıtlanmışlardır ve karşılıklerine zarar verme ya da kaçma olasılıkları yok denecek kadar azdır.

İzmir 1 No.lu F Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumu'nda yaşanan bir vakaya ilişkin anlatımlar uygulanan gücün meşru olmadığı ve bu nedenle de oranlı ya da oransız olamayacağına ve doğrudan işkence yasağını ihlal ettiğine ilişkin çarpıcı bir örnek oluşturmaktadır:

İ.K. ve F.Ç., 3 Kasım 2008 tarihinde sağlık sorunları nedeniyle hastaneye sevk edilmişler, sevk sırasında ring aracının içindeki kamerayı kapattıkları gerekçesi ile muayeneleri yaptırılmadan geri götürülmüşlerdir. İ.K., savcılık ifadesinde özetle;

• Hastaneye varmadan geri getirilmelerinin yanlış olduğu, hastaneye gitmek için cezaevindeki komutanla görüşmek istediğini söylediğinde; araç komutanının, “ne konuşacağız alın bunları” diyerek emir verdiğini, bunun üzerine dört beş (biri

<sup>122</sup> Erdoğan Yağız/Türkiye, Başvuru no: 27473/02, 6 Mart 2007, para.46

<sup>123</sup> Mouisel/Fransa, Başvuru no: 67263/01, para. 47, AİHM 2002 IX; Raninen/Finlandiya, 16 Aralık 1997, para. 56, Kararlar Raporu 1997 VIII; Tarariyeva/Rusya, Başvuru no: 4353/03, para. 109, AİHM 2006 ..., Henaf/Fransa, Başvuru no: 65436/01, para 48, AİHM 2003 XI.

<sup>124</sup> Soner ve Diğerleri/Türkiye, para. 45.

rütbeli) jandarmanın araca girerek rastgele tekme-tokat kendisine saldırdığını, oturduğu sandalyenin yanındaki boş sandalyeye yan yatırarak göğsüne-surutuna-sırtına tekme attıklarını, sinkafli küfrettiklerini,

- Ring aracındaki F.Ç.'yi tekme tokat darp ederek ring aracının koltuk boşluğuna düşürdüklerini,
- Ring aracının merdiveninden sürükleyerek indirilip, yine ayaklarından tutulu halde yerde sürüklenerek arama noktasına getirildiğini, jandarma bölgesi burada bittiği halde askerlerin vurmaya devam ettiklerini,
- Bu aşamada infaz koruma memurlarının da jandarmanın saldırısına katıldıklarını, kendilerini jandarmadan alıp dövmeye devam ettiklerini ve yine ayaklarından sürüyerek revire götürdüklerini,
- Revirde yapılan ilk muayenenin ardından göğüs, çene, ayak ağrıları nedeniyle ileri tetkik için hastaneye sevk edildiğini,
- Hastanedeki muayene sırasında jandarmanın odada bulunmasına itiraz ettiğini, ancak doktorun “ne malum bana saldırmayacağın” diyerek muayene yapmadan odadan çıkıp gittiğini,
- Bunun üzerine, kalabalığın içinde jandarmanın yeniden kendisini dövmeye başladığını ve slogan atmasına engel olmak için ağzına sargı bezi rulosu tıkadıklarını, bu şekilde cezaevine geri götürüldüğünü,
- Cezaevine ulaşıldığında, yine araçtan indirilirken ve binaya alınırken jandarmaların kendisini dövmeye devam ettiğini, beyan etmektedir.<sup>125</sup>

Konuyla ilgili yapılan soruşturma sonucunda savcılık, infaz koruma memurlarının görevlerini yaptıkları ve kaldığı birime gitmemekte direnen kişiyi el ve ayaklarından tutarak götürdüklerine ve bu nedenle kovuşturmayaya yer olmadığı; jandarmalar hakkında ise 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca izin prosedürünün işletilmesi için ayırma kararı vermiştir.<sup>126</sup>

Kişinin, bir başkası tarafından herhangi bir biçimde kontrol altına alınmamış, yani “özgür” olduğu ve kendisine yasal bir yetkiye dayanarak uygulanan güce karşı direnebildiği durumda ancak direnci ile kendisine uygulanan gücün “orantılı” olup olmadığı ve hatta durumun özelliklerine göre silah kullanımının gerekip gerekmediği tartışma konusu yapılabilir. Oranlılık, kişinin, polisin kullandığı güce mukavemet ettiği sürece söz konusu olabilir, ancak mukavemet sona erdikten sonra artık bu kavrama başvurmak mümkün değildir.<sup>127</sup>

Ayrıca, kullanılan gücün “yasal çerçevede” olmadığı; güç kullanmaya yetkili olmayan bir kamu görevlisi tarafından uygulandığında ya da güç kullanılmasına ilişkin uluslararası hukuka ve ulusal hukukta belirtilen koşullara uygun bir pratik ortaya konmadığında da bir oranlılık tartışması yapılması mümkün değildir. Çünkü bu durumda kullanılan güç yasadışıdır.

<sup>125</sup> İzmir C. Savcılığı'nın 2008/98596 no.lu soruşturma dosyası, 04.11.2008 tarihli ifade tutanağı

<sup>126</sup> İzmir C. Savcılığı'nın 18.11.2008 tarihli ve 2008/98596, 35426 no.lu kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin kararı

<sup>127</sup> İşkence Özel Raporünün İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya İlişkin 23 Aralık 2005 tarihli Raporu (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, para. 38

Bunun dışındaki hiçbir durumda kullanılan gücün orantılı ya da orantısız olduğu tartışmasının yapılması mümkün olmayıp, kişiye uygulanan “muamelenin amacı” ve “kişide yarattığı çaresizlik” ölçütü dikkate alınarak işkence yasağı çerçevesinde bir değerlendirme yapılmak zorundadır.

Bu çerçevede, “yasadışı” bir eyleme “yasal” çerçevede yapılan bir müdahale nasıl değerlendirilecektir? Bir eylemin, yasada belirtilen usuli işlemler tamamlanmadığı gerekçesiyle “yasadışı” olması, toplanma özgürlüğüne müdahale edilmesini haklı kılmayacağı gibi bu yöndeki yasal düzenlemeler de barışçıl toplanma özgürlüğünün önünde gizli birer engel olarak kabul edilemez.<sup>128</sup>

Müdahalenin haklılığının tartışılabilmesi için, etkinliğin yapıldığı yerde, etkinliği yapan kişilerin kamu düzeni ya da kamu güvenliği için neden bir tehlike oluşturduğunun ortaya konması gereklidir. Göstericilerin, herhangi bir şiddet davranışı göstermedikleri durumda kamu yöneticilerinin bu tür eylemlere karşı belli bir hoşgörü göstermeleri önemlidir. Her olayın kendi özelliğine göre değişmekle birlikte, polisin bu tür eylemlere müdahalesi, kargaşayı önleme ve kamu güvenliğini sağlamak için gerekli olandan daha fazla olmamalıdır.<sup>129</sup>

**Zor kullanma yetkisinin kullanılmasında için eylemin “yasadışı” olması yeterli değildir. Müdahalenin haklılığı için, aynı zamanda, eylemin kamu düzeni ya da kamu güvenliğini nasıl tehlikeye düşürdüğünün açıklanması gerekir.**

Ancak, bu tür eylemlere müdahale, toplanma özgürlüğü bağlamında bir ihlal oluşturulabilirse de güvenlik kuvvetlerinin müdahalesi tek başına işkence yasağı kapsamında değerlendirilmeyecektir. Bu değerlendirmenin yapılabilmesi için gösteriye müdahale sırasında göstericilere uygulanan maddi gücün tartışılması gereklidir. Burada da dikkat edilmesi gereken unsurlar; kişiye uygulanan gücün “mutlaka gerekli” olup olmadığı ve “aşırı” yani kişinin mukavemetiyle “orantılı” olup olmadığıdır.<sup>130</sup>

Samüt Karabulut/Türkiye davasında, İnsan Hakları Derneği tarafından, İsrail’in Filistin’i işgalini protesto için düzenlenen basın açıklamasına katılan başvuruçunun, açıklama sonrasında bulunduğu yeri iharlara rağmen terk etmediği ve oluşan yaralanmaların polise mukavemet sonucunda meydana geldiği iddia edilmiştir. Buna karşın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, polisin başvuruçuya karşı

güç kullanmasını gerektiren somut koşullar ile kullanılan gücün niteliğine ilişkin açıklama getirmediğini öncelikle saptamıştır. Mahkemeye göre; bu toplantının yapılacağına ilişkin yetkililere her ne kadar önceden bilgi verilmemiş olursa da polis, o tarihte bir toplantı yapılacağı bilgisine sahiptir. Dolayısıyla, güvenlik güçlerinin daha uygun önlemler alma olanağı vardır. Sonuç olarak güvenlik güçlerinin, bu dava özelinde, eyleme müdahale için bir ön hazırlık yapmadan olay yerine çağrıldıkları söylenemez. Ayrıca, göstericiler uyarılardan sonra, zor kullanmayı gerektiren herhangi bir müdahale olmaksızın dağılmaya başlamıştır. Mahkeme, uyarılara ve kalabalığın dağılmasına rağmen başvuruçunun gösteriye devam ettiğine ve gözaltına alındığına yönelik Hükümetin iddiasını inandırıcı bulmuştur. Bununla birlikte polisin, gözaltına alma sırasında şiddet içeren ya da aktif bir fiziksel dirençle karşı karşıya kaldığına,

<sup>128</sup> Balçık ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru no: 25/02, 29 Kasım 2007 , para. 49

<sup>129</sup> Samüt Karabulut/Türkiye, para. 35- 38

<sup>130</sup> Kurnaz ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru no:36672/97, 24 Temmuz 2007 , para. 52; Balçık ve Diğerleri/Türkiye, para. 31

başvurucuda meydana gelen yaralara ve bunların lokalizasyonuna ilişkin dosyada hiçbir şey bulunmamaktadır. Bu nedenle Mahkeme, başvurunun gözaltına alınması sırasında uygulanan maddi gücün “aşırı” olduğuna ve 3. maddenin ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir.<sup>131</sup>

Mahkeme, 1995 yılında, Buca Cezaevi önünde İnsan Hakları Derneği üyeleri ve mahpus ailelerinden oluşan 150-200 kişilik grubun cezaevinde 3 mahpusun öldürülmesine ilişkin operasyonu protesto etmek üzere toplanmaları, basın açıklaması yapmaları ve bu sırada cezaevi önündeki yolu trafiğe kapatmış olmaları, polisin uyarısına rağmen dağılmamaları ve kendilerine yapılan müdahale sırasında üç polis memurunu yaralamış olduklarına ilişkin Hükümetin iddialarına rağmen, başvurunun bir parmağının kırıldığı, vücudunun çeşitli yerlerinde ekimoz ve ezilmelerin olduğu, bu nedenle de polisin, yasadışı gösteri yapanları dağıtmak için aşırı güç kullandığını, yasadışı bir toplantıyı dağıtmanın bu derece yoğun ve şiddetli bir güç kullanımını mazur göstermeyeceğini saptamıştır.<sup>132</sup>

Türkiye İnsan Hakları Vakfı tarafından hazırlanan 2008 yılı Newroz kutlamalarına ilişkin raporda ayrıca orantısız güç kullanımının işkence boyutuna ulaştığı saptaması da yapılmaktadır.<sup>133</sup>

Van, Hakkâri ve Yüksekova’da yaşananlar “işkenceye sıfır tolerans” ifadesinin hiçbir karşılığı olmayan boş bir söz olduğunu bir kez daha çok açık biçimde ortaya koymuştur.

- Görüşme yapılan mağdurların (cezaevindeki mağdurlarla yapılan avukat görüşmeleri dâhil) tümünün anlatımları;
- Fiziksel ve ruhsal yönden tıbbî değerlendirmesi yapılan mağdurlarda saptanan fiziksel ve ruhsal bulgu ve tanılar;
- Diğer gözlem heyetlerinin raporları;
- Olayların amatör kameralar ile çekilmiş görüntüleri ile ulusal ve yerel basında yer alan olaylarla ilgili haberler,

bir bütünlük içinde değerlendirildiğinde tüm verilerin birbirini desteklediği ve uyum içinde olduğu görülmüştür. Gösterilere müdahale sırasında sokak ve açık alanlarda, göstericileri yakalama gerekçesiyle girilen ev ve işyerlerinde, gözaltına alış sırasında **kişileri cezalandırmak, korku ve gözdağı vermek, otoriteyi tesis etmek amacıyla işkence yapıldığı** kanaatine varılmıştır.

Burada, güvenlik güçlerinin son yıllarda giderek daha sık başvurduğu, adeta alışkanlık haline getirdiği, sokak ve açık alanlarda cezalandırmak ve otoriteyi tesis etmek amacıyla işkence uygulamaları üzerinde özellikle durmak gerekir.

İşkenceyi yapanlarla mağdurların kolektifleştirilmesi, dolayısıyla da “işkencenin öznesizleşmesine” yol açan bu tür uygulamalar, sorumluları tespit etmeyi zorlaştırmakta, cezasızlığa neden olmaktadır. İşkence ve kötü muamele uygulamalarının yaygınlaşması ve kitleselleşmesi anlamına gelen bu durum aynı zamanda otoriterleşmenin de bir göstergesidir.

<sup>131</sup> Samüt Karabulut/Türkiye, para 43, 44

<sup>132</sup> Güler/Türkiye, Başvuru no: 49391/99, 10 Ocak 2006 ; Aynı yönde bkz. Güzel Şahin ve Diğerleri/Türkiye, no. 68263/01, 21 Aralık 2006, para. 52.

<sup>133</sup> TIHV raporu, s. 17, 18; <http://www.tihv.org.tr/tihv/data/newroz.pdf>

Her üç kentte de güvenlik güçlerinin adeta gözaltına almaktan kaçınarak kişilere sokak ve açık alanlarda yönelttiği orantısız ve aşırı güç/şiddet **kitlesel ve failli meçhul işkence** uygulaması niteliğindedir.

Nitekim olayların kitlesel boyutuna kıyasla gözaltına alınan kişi sayısının azlığı -özellikle Yüksekova ve Hakkâri’de- bu açıdan değerlendirildiğinde dikkat çekicidir.

Yine mağdurların anlatım ve yakınmaları, yapılan tıbbî muayene ve değerlendirmeler sonucunda elde edilen fiziksel ve ruhsal bulgu ve tanılarla birlikte değerlendirildiğinde;

Van’daki olaylar sırasında gözaltına alınan bir kişinin maruz kaldığı travma sonucu **patlayan testisinin** gözaltı sürecinde kaldırıldığı hastanede **alınmış olduğu** vakada açıkça görüldüğü gibi kişilere gözaltı mekânlarında da organ kayıplarına yol açacak boyut ve şiddette **işkence yapıldığı kanaati oluşmuştur.**

Bu saptamaların yanısıra, Türkiye İnsan Hakları Vakfı tarafından izlenen ve zor kullanma yetkisi çerçevesinde yürütülen soruşturma ve dava dosyalarından hiç birinde maalesef ki kullanılan zorun “oranlı” olup olmadığı, hangi “karşı güce karşı” kullanılmasının “mutlaka zorunlu” olduğu tartışması hiçbir biçimde yapılmamıştır. Bu dosyalarda (idari ya da adli görev ayrımı yapılmaksızın) zor kullanma fiilinin gerekçeleri, iddianame ya da takipsizlik kararlarında yer aldığı biçimiyle;

- ceza infaz kurumu yöneticilerine karşı agresif ve saldırgan nitelikte tehdit içeren sözler söylemek, kurumun düzenini ve görevlilerin güvenliğini ciddi şekilde tehlikeye düşüren eylemleri, kurumun asayiş ve güvenliğini sağlamak; kendilerine, başkalarına, ve kamu malına zarar vermelerini engellemek amacıyla ve yasal yetkilerini kullanarak şikayetçilerin ellerinin ve ayaklarının bağlanması;<sup>134</sup>
- “siz kimsiniz kimlik soruyorsunuz, bu yaptığımız yasal değil, kimlik filan göstermiyorum, çekin gidin yoksa başınız ağrır”, “ben avukatım, kanunları sizden daha iyi bilirim, sizi yakacağım”, “bakın Türkiye’nin polisi işte böyle. Hepsi rüşvetçi ve kabadayı, hepsi b... bunların” “ben avukatım, beni hiçbir yere götüremezsiniz. Siz gidin amiriz, müdürünüz gelsin” demek suretiyle görevli memura hakarete bulunmak ve görevlerini yapturmamak için cebir ve şiddet kullanmak ve tehdit etmek suretiyle direnmek;<sup>135</sup>
- şahsın, elinde ekmek bıçağı ile etrafa saldıran, sarhoş olan bir şüphelinin görülmesi üzerine şahsa müdahale edilmek istendiğinde kişinin direnmesi, elinden bıçağı alıp işlem yapmak istendiğinde kişinin direnmesi, hakaret etmesi, tehdit etmesi,<sup>136</sup>
- Şüphelilerin, alkollü olmaları nedeniyle saldırgan davranmaları; karakolda bulunan eşyalara zarar vermelerine engel olmak; şüphelilerin olay sırasında sinkaflı küfürlerle ve “adi, şerefsiz polisler, bunları 70’lik rakı şişesine oturtacaksınız” şeklinde hakaret etmeleri;<sup>137</sup>
- (bu iddianamede pek çok zor kullanma örneği olmakla birlikte bunlardan bir tanesi örnek olarak seçilmiştir) tutukluların, cezaevine kabul ve arama bölümünde üst aramasına karşı çıkararak pasif mukavemet şeklinde direnip tehdit içe-

<sup>134</sup> İzmir C. Başsavcılığı’nın 12.04.2006 tarihli ve 2006/19236, 10132 No.lu kovuşturmaya yer olmadığına dair kararı

<sup>135</sup> Kadıköy C. Başsavcılığı’nın 09.10.2007 tarihli ve 2007/10297, 5182 No.lu iddianamesi

<sup>136</sup> Bakırköy C. Başsavcılığı’nın 11.11.2007 tarihli ve 2007/22304, 13565 No.lu iddianamesi

<sup>137</sup> Sivaslı C. Başsavcılığı’nın 08.09.2008 tarihli ve 2008/259 No.lu ek kovuşturmaya yer olmadığına dair kararı



ren sözler sarf etmeleri,<sup>138</sup>

- vicdani retçi olması nedeniyle askerlik hizmetlerini yerine getirmeyeceğini, saçlarını kestirmeyeceği, tek tip elbise giymeyeceğini beyan etmesi, inançlarından dolayı emre itaat etmemesi,<sup>139</sup>
- avukat olan müştekinin “ısrarla gözaltındakilerle her zaman ve her şartta görüşebileceğini söyleyip içeri girmeye çalışması üzerine tartışma yaşanması”<sup>140</sup>, “siz kim oluyorsunuz, nasıl içeri alırsınız, önümden çekilin terbiyesizler” şeklinde sözlerle hakarete bulunması ve müşteki polis memurunun üzerine saldırması,<sup>141</sup>
- şüphelinin üzerinde kimlik bulunmaması, yanında taşıdığı çantanın boş olması, engelli olduğundan zor konuşması nedeniyle terörist olabileceği ihtimali,<sup>142</sup>
- Beyoğlu İlçe Emniyet Müdürlüğü önünde koruma görevi yaptıkları sırada “ibne” olarak niteledikleri müştekinin oradan geçmesi.<sup>143</sup>

Yukarıda örnekleri verilen zor kullanma vakalarının hepsinde, iddianamelerden de anlaşılacakla birlikte dosyaların tümü incelendiğinde “görevi yapturmamak için cebir ve tehdit kullanma” olarak tarif edilen fiillerin hemen hemen hepsinin aslında bir “hakaret” temeli olduğu görülmektedir. Kişilerin gerçekten hakaret etmiş olup olmamalarından bağımsız olarak bu vakaların hemen hiç birinde, suçun maddi unsuru olarak belirlenen “görevi yapturmamak için **cebir ve tehdit**” unsuruna rastlamak mümkün olmamıştır.

Bunun yanında örnekleri verilen dosyalarda, kendisine zor kullanılanlar çeşitli biçimlerde yaralanmışlar, bazıları fiziksel ve ruhsal bakımdan tedavi süreçlerine başlamak zorunda kalmışlardır. Nitekim bu olaylardan biri Engin Çeber’in, kendisine uygulanan fiziksel şiddet sonucunda yaşamını yitirmesiyle sonuçlanmıştır.

Örnekleri verilmiş olan savcılık kararlarının bazılarında zor kullanan kolluk görevlileri hakkında, bazılarında hem kolluk ve hem de zor kullanılanlar, bazılarında ise sadece kendilerine zor kullanılanlar hakkında davalar açılmıştır. Kendisine zor kullanılanlar hakkındaki işlemler, aşağıda “Karşı Dava Meselesi” başlığı altında “memura görevini yapturmamak için direnme” çerçevesinde ele alınacaktır.<sup>144</sup>

### iii. Zor kullanma yetkisinin aşılması- kasten yaralama ilişkisi

256. madde, orantısız güç kullanmaya ilişkin fiili suç olarak düzenlemekle birlikte bir yaptırım öngörmemekte, “zorun” ölçülülük sınırını aşması durumunda kasten yaralama hükümlerine gönderme yapmaktadır:

#### **Kasten yaralama**

**Madde 86- (1) Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına** neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

<sup>138</sup> Bakırköy C. Başsavcılığı’nın 17.11.2008 tarihli ve 2008/43349, 3417 No.lu iddianamesi

<sup>139</sup> KKK 3. Kolorodu Komutanlığı Askeri Savcılığı’nın 30.07.2008 tarihli ve 2008/499, 447 No.lu iddianame ve kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararı

<sup>140</sup> İzmir C. Başsavcılığı’nın 26.09.2008 tarihli ve 2008/40500, 17297 No.lu iddianamesi

<sup>141</sup> İzmir C. Başsavcılığı’nın 01.12. 2008 tarihli ve 2008/50587, 22597 No.lu iddianamesi

<sup>142</sup> Ankara C. Başsavcılığı’nın 17.03.2008 tarihli ve 2008/14100, 3983 No.lu iddianamesi

<sup>143</sup> Beyoğlu C. Başsavcılığı’nın 16.06.2008 tarihli ve 2008/5839, 1661 No.lu iddianamesi

<sup>144</sup> Bkz. s.80

Bununla birlikte 86. maddenin 3. bendinde düzenlenmiş bulunan ve ceza artırımını öngören hükümler zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlileri bakımından esasında 256. maddenin özelliklerini otomatik olarak içermektedir;

**Madde 86- (3)** Kasten yaralama suçunun;

- c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,
- d) Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,
- e) Silahla işlenmesi...

Dolayısıyla, 86. maddenin, 256. madde referansı ile değerlendirmeye tabi tutulmasının koşulu, fiilin “zor kullanma yetkisine sahip” kamu görevlilerince işlenmiş olmasıdır. Zor kullanma yetkisine sahip olmayan kamu görevlilerinin fiilleri için 256. maddenin uygulanması söz konusu olamayacağından, 256. maddenin referansıyla 86. maddenin uygulanması da mümkün değildir.

256. madde spesifik olarak, yasalar tarafından kendilerine zor kullanma yetkisini tanımış kamu görevlilerinin işledikleri suçlara yönelik olarak düzenlenmiş durumdadır ve 86. maddeyle kurulan ilişki de bu düzlemde.

Ancak bu ilişkiyi tersinden kurmak mümkün değildir. 86. maddede yazılı kasten yaralama suçu, zor kullanma yetkisi olmayan kamu görevlileri veya kamu görevlisi olmayanlarca da işlenebilir bir suçtur. Bu durumda, bu kamu görevlisinin işlediği suç genel hükümler uyarınca 86. maddenin kapsamında olacaktır.

**Zor kullanma yetkisi bulunmayan kamu görevlilerince uygulanan bedensel ya da maddi zor hem 86 ve hem de 94. madde içinde değerlendirilebilir. Bu iki maddenin unsurlarının birbirine benzerliği nedeniyle doğacak olumsuz sonuçların giderilmesi için iki madde arasındaki sınırın belirli kılınması gereklidir.**

Bununla birlikte 94. maddeyle ilişkisi bağlamında 86. madde, gerek 256. maddenin referansı ile ve gerekse tek başına uygulamada çeşitli sorunlar doğurabilecek bir düzenlemedir. Çünkü maddede belirtilen yaralama fiili işkence suçunu oluşturabilecek fiillerden birisidir ve bu fiilin gerçekleştirilme amacının 94. maddedeki amaçlardan birisi olması durumunda artık suç kasten yaralama değil, işkence olarak nitelendirilmelidir.

86. maddenin gerekçesi ile 94. maddenin gerekçesi karşılaştırıldığında aradaki tek farkın, işkence suçunun “sistemik” biçimde işlenmesi olarak ele alındığı görülmektedir. İşkence suçunun unsurlarının tartışıldığı yukarıdaki bölümlerde, sistemiklik koşulunun yaratacağı tehlikelere dikkat çekilerek bunun, failerin cezасız kalması bakımından bir açık kapı olacağı belirtilmiştir.

86. madde ile 94. maddede arasındaki tek farkın “sistemiklik” olduğu kabul edilirse bu durumda pek çok fiilin işkence yerine kasten yaralama olarak nitelendirilmesi son derece olasıdır. Bu da yeni Türk Ceza Yasası’nın işkence faileri için sunduğu bir başka açık kapıdır.

Ancak dikkat çekmek gerekir ki Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, işkence olarak nitelendirilecek davranışların kötü muamele olarak değerlendirilmesi konusunda bile son derece hassastır. İşkence unsurlarının bulunduğu davranışları salt

kötü muamele olarak kovuşturmanın Sözleşme'nin bir ihlali olacağını vurgulayan Komite'nin bu yaklaşımı<sup>145</sup> çerçevesinde, işkence yasağı kapsamında değerlendirilmesi gereken fiillerin, bu fiilden daha az ceza öngören fiillerden kovuşturulması da doğal olarak Sözleşme ihlali olacaktır.

Nitekim uygulamadan örnekler de göstermektedir ki TCK m. 94'ün ihlali olarak açılacak pek çok soruşturma ve dava, daha az ceza gerektiren ve sonuçları bakımından farklı rejimlere tabi olan 86. maddeden açılmaktadır.

Bunlara örnek olarak iki vakaya değinilebilir. Bunlardan biri olay tarihinde 9 yaşında olan A. Ö.'ye yapılan muamele ile ilgilidir:

A.Ö., 12 Kasım 2006 tarihinde, İstanbul'da bulunan Cevahir Alışveriş Merkezi'nde hırsızlık yaptığı iddiasıyla özel güvenlik görevlileri tarafından, arama odası tabir edilen yere kapatılarak dövülmüştür. Bu dövülme vakası, bir başka güvenlik elemanının olayı telefon ile kayda alması ve bu kaydın bir televizyon kanalında yayınlanması ile kamuoyunun gündemine gelmiştir.

Savcılık tarafından yürütülen soruşturma sonucunda özel güvenlik görevlileri hakkında "kamu görevlisinin sahip olduğu nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kasten yaralama" ve olaya tanıklık eden diğer görevliler hakkında da "kamu görevlisinin suçu bildirmemesi" suçlamalarıyla dava açılmıştır.<sup>146</sup>

Diğer örnek de İstanbul Barosu'na bağlı avukatlık yapan Muammer Öz ile ilgilidir. Kendi anlatımına göre:

29.07.2007 tarihinde saat 14.00 sıralarında İstanbul'da Moda sahilinde akrabaları ile birlikte oturmakta iken polis memurları yanlarına gelmiş ve ağabeyini birine benzettikleri için kimliğine bakmak istediklerini söylemişlerdir. O sırada telefonu çaldığı için kendisi telefonuna cevap vermiş, bunun üzerine polis memurları onların yanında telefonla konuştuğu için kendisine bağırmıştır. Kendisi de avukat olduğunu, bu biçimde kimlik sormalarının yanlış olduğunu söylemiş ve avukatlık kimliğini göstermiştir.

Bunun üzerine polis memurları kendisini dövmüşler, yüzüne biber gazı sıkmışlar, ağabeyini de tartaklayarak ve hepsini gözaltına almışlardır.

Karakola götürülmeleri sırasında da tehdit ve hakarete maruz kalmışlar, karakolda ifadesi alındıktan sonra serbest bırakılmışlardır.

Gözaltından çıktıktan sonra Adli Tıp Kurumu'nda yapılan muayenesinde burunda kırık olduğu, sağ ve sol omzunda, boynunda, sağ gözünün altında ve karnında morluklar olduğu belirlenmiştir.

Olaydan sonra Muammer Öz, Kadıköy İlçe Emniyet Müdürlüğü Önleyici Hizmetler Büro Amirliği'nde görevli polisler hakkında suç duyurusunda bulunmuştur. Polis memurları hakkında "etkili eylem" suçlamasıyla mağdur hakkında ise "görevli memura mukavemet" suçlamasıyla dava açılmıştır.<sup>147</sup>

<sup>145</sup> 2 No.lu GY, para. 10

<sup>146</sup> Şişli 1. Sulh Ceza Mahkemesi, 2007/486 E.

<sup>147</sup> Kadıköy 5. Asliye Ceza Mahkemesi, 2007/1011 E.

## 2. KARŞI DAVA SORUNU

İşkence ve diğer kötü muamele suçlarının soruşturulması ve faillerinin cezalandırılması konusundaki en sorunlu alanlardan biri mağdurlar hakkında açılan karşı davalar ve mağdurların sanıklaştırılması meselesidir.

Bir önceki bölümde, “**Orantısız güç kullanma- işkence ilişkisi**” başlığı altında, güç kullanmanın meşruluğunu kanıtlamak üzere ileri sürülen “hakaret”, “tehdit”, “direnme”, “saldırgan tutum” gibi örneklenen gerekçeler, kendisine karşı güç kullanılan ya da işkence fiiline maruz kalan kişiler aleyhine soruşturma ve davalar açılmasının da gerekçesini oluşturmaktadır.

Karşı davalar, mağdurların hukuk yollarına başvurmasının engellenmesi ya da başvuru hukuk yollarına etki edilmesi veya korkutma, yıldırma ve cezalandırma amacıyla yaygın biçimde kullanılan bir hukuksal araçtır.

Nitekim Türkiye İnsan Hakları Vakfı tarafından izlenen/hukuksal yardım sunulan dosyaların 12’sinde mağdurlara “görevli memura direnme” “görevli memura hakaret” “uyuşturucu bulundurma” gibi suçlamalarla dava açılmıştır. Mağdurlardan 3’ü söz konusu olay nedeniyle tutuklanmıştır.

Karşı davaların büyük bir çoğunluğu TCK m.265’te düzenlenen, görevi yaptırmamak için direnme suçuna dayanarak açılmaktadır. Kolluğun, gerek zor kullanma yetkisini kullanması sırasında ve gerekse adli görevi sırasında uyguladığı şiddetin bıraktığı fiziksel izleri makul bir hale getirebilmesinin en uygun yolu kişinin direnmesi nedeniyle kendisine zor kullanılmak durumunda kalınmış olmasıdır. Böylece tespit edilen izlerin nedeni meşru bir zor kullanmaya bağlanarak işkence suçu ve güç kullanılmasına ilişkin sınıırın aşılması suçunun üstü örtülmüş olacaktır. Bu nedenle 265. maddede düzenlenen suça biraz daha yakından bakmak gerekmektedir.

**Madde 265-** (1) *Kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

Maddenin 1. fıkrasından sonra gelen diğer fıkralar suçun ağırlaştırıcı nedenlerini sıralamaktadır.

Uygulamada, kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla cebir veya tehdit oluşturma şeklinde tanımlanan suç, zor kullanma yetkisine ilişkin sınıırın aşılması yani “oranlılık” konusu ile birlikte ortaya çıkmaktadır.

“**Orantısız güç kullanma- işkence ilişkisi**” bölümünde ayrıntılı olarak tartışıldığı üzere, mukavemet iddiasında bulunulan kişilerin hangi biçim ve saldırı araçlarıyla bunu yaptıkları, nasıl bir tehlike oluşturdukları, kamu görevlisine karşı görevini yaptırmamak için *direnme sırasında kullanılan cebirin ne tür yaralanmalara neden olduğunun ve bunların, mukavemet eden kişinin tarif edilen mukavemet davranışlarıyla uyumlu olup olmadığının saptanması* gerekecektir.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi tarafından da belirtildiği üzere, mukavemet ettiği iddia olunan kişinin “pasif” direnişinden artık söz etmek mümkün değildir.<sup>148</sup> Eski TCK’da yer

<sup>148</sup> Yargıtay 4. C.D., 2006/5382 E., 2006/13684 K., 11.7.2006

alan “pasif mukavemet” suçu (m. 260) yeni yasada yer almamaktadır ve bu nedenle de;

“...sanığın eyleminin görevli polis memurunun kimlik sorması üzerine kimliğini vermek istemeyip uzaklaşmak istemesi olarak kabul edilmesi karşısında, olayda cebir ve şiddet unsurunun da bulunmadığı, ... Sanığın kimliğini vermemesi nedeniyle ekip aracına bindirildiği sırada uzaklaşmak istemesi ve buna engel olmak isteyen polis yakınının, sanığın herhangi bir eylemi bulunmadığı halde kendi kusuruyla yaralanması eyleminde; araca binmemek için zorluk çıkarma ve kaçmaya çalışma hareketinin 765 sayılı TCY.nın 260. maddesinde öngörülen pasif direnme suçunu oluşturduğu, 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCY.nın 265. maddesinde cebir ve tehditle görevi yaptırmamak için direnme suçu düzenlenmiş olup, kişilerin görevliye karşı gerçekleştirdikleri cebir ve tehdit içermeyen pasif nitelikteki eylemlerinin suç olarak benimsenmediği anlaşıldığından...” kişi hakkında beraat hükmü verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

**Karşı davalar, mağdurların hukuk yollarına başvurmasının engellenmesi ya da başvuru hukuk yollarına etki edilmesi veya korkutma, yıldırma ve cezalandırma amacıyla yaygın biçimde kullanılan bir hukuksal araçtır.**

Bununla birlikte, uygulamada kişinin “aktif direnme” eylemi ile ortaya çıkan “sonuç” arasındaki illiyet/nedensellik bağı araştırılmadığı ve tartışmalar yapılmadığı gibi esasında yapılması da mümkün görünmemektedir. Çünkü bu kitabın IV. Bölüm (soruşturma) ve V. Bölüm’ünde (kovuşturma) ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, aslında kamu görevlisine görevini yaptırmamak için cebir ve tehdit kullanmaya ilişkin iddiaların temel dayanakları, kendisine karşı mukavemet edilen kolluk tarafından hazırlanan tutanaklardır.

Aslında olay senaryosunun bütününde **kolluk asli roledir**: Kolluk zor kullanmakta, zor kullanmaya ilişkin tutanakla birlikte kişinin kendisine direndiğine ilişkin tutanakları düzenlemekte, kişileri doktor muayenesine götürmekte ve belki de zor kullanma nedeniyle kendisinde oluşan yara bereyi de doktor raporu ile belgelemektedir. Daha sonra da kendi hazırladığı tutanıklara dayanarak kişiler hakkında suç duyurusunda bulunmaktadır.

Daha da vahim olan, soruşturmayı yapan savcılığın ve kovuşturmayı yürüten mahkemenin, olay senaryosunun tümünde asli rolde olan kolluğun her türlü işlemini soruşturma ve kovuşturma faaliyetinin ana dayanağı yapmalarıdır. Herhangi bir tespit tutanağından daha fazla delil değeri olmayan tutanıklara dayanarak soruşturmalar başlatılmakta, tutanakta imzası bulunanların beyanlarına başvurulmakta ve bu “güvenilir tanık” beyanlarına dayanılarak kişiler hakkında ceza kararı verilmektedir.

Aslında 265. maddede düzenlenen suçun bir karşı dava olarak korkutma, yıldırma ve cezalandırma aracı şeklinde kullanılmasının boyutları son derece vahim bir noktadadır.

Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü’nün 2005-2007 verilerine göre;<sup>149</sup>

<sup>149</sup> [http://www.adli-sicil.gov.tr/istatistikler/1996/ac\\_cik.htm](http://www.adli-sicil.gov.tr/istatistikler/1996/ac_cik.htm)

2005 yılında işkence (eski TCK m.243) ve kötü muamele (m. 245) suçlarından toplam 944 dosyada 2521 sanık hakkında karar verilmiştir. Bu kararlardan, sadece hakkında mahkûmiyet ve beraat kararları verilenlerin toplam sayıları üzerinden yapılan bir oranlamada sanıkların % 76,9'una beraat ve % 23,1'inde ise mahkûmiyet kararı verildiği görülmektedir.

Aynı yılda, memura mukavemet (eski TCK m. 258) uyarınca karara bağlanan dosya sayısı 6119, sanık sayısı ise 8867'dir. Mahkûmiyet ve beraat kararı verilenlerin, bu kararlara ilişkin toplam sayıya oranları şöyledir; % 34,85 beraat, % 65, 15 mahkûmiyet.

2006 yılında ise işkence (yeni TCK m.94), ağırlaştırılmış işkence (m. 95), zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması (m.256) suçlarından toplam 395 dosyada 948 sanık hakkında karar verilmiştir. Bu dosyalarda haklarında beraat ve mahkûmiyet kararları verilenlere ilişkin rakamların, beraat ve mahkûmiyet kararı verilenlerin toplam sayısına oranlanması, sanıklardan % 69,56'sına beraat, % 30,44'üne mahkûmiyet kararı verildiğini ortaya koymaktadır.

2006 yılında, görevi yaptırmamak için direnme (TCK m. 256) uyarınca toplam 11.959 dosyada, 18.033 sanık hakkında karar verilmiştir. Mahkûmiyet ve beraat kararı verilen sanık sayısının toplamı üzerinden yapılan oranlamada sanıklardan % 28,82'sine beraat, % 71,18'ine mahkûmiyet kararı verildiği görülmektedir.

2007 yılında işkence (yeni TCK m.94), ağırlaştırılmış işkence (m. 95), zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması (m.256) suçlarına ilişkin toplam 366 dosyada 1.105 sanık hakkında karar verilmiştir. Diğer yıllar için yapılan mahkûmiyet/beraat kararı verilenlere ilişkin oranlama yöntemiyle çıkan sonuç; % 63,36 beraat, % 36,64 mahkûmiyet.

Aynı yıl görevi yaptırmamak için direnme (TCK m. 256) uyarınca toplam 10.771 dosyada, 16.938 sanık hakkında karar verilmiştir. Mahkûmiyet ve beraat kararı verilen sanık sayısının toplamı üzerinden yapılan oranlamada sanıklardan % 28,50'sine beraat, % 71,50'sine mahkûmiyet kararı verildiği görülmektedir.

Adalet Bakanlığı'ndan elde edilen bu verilerin de açıkça gösterdiği üzere, haklarında işkence ya da diğer kötü muamele biçimlerini gerçekleştirdikleri iddiasıyla karar verilen sanık sayısı üç yılın toplamında 4,574 kamu görevlisidir. Ancak haklarında, kamu görevlilerine görevlerini yaptırmamak suretiyle direndikleri gerekçesiyle toplam 43,838 yurttaş mahkeme önüne çıkmış ve haklarında karar verilmiştir.

Kamu görevlilerine sadece mukavemet ettikleri gerekçesiyle yargılanan yurttaşların sayısına karşılık, yurttaşlara karşı işkence diğer kötü muamele biçimlerine ilişkin suç işlediği iddiasıyla yargı önüne çıkarılan kamu görevlisi sayısının düşüklüğü son derece çarpıcıdır.

Aynı çarpıcı sonuç, üç yıl içinde verilen beraat ve mahkûmiyet kararlarının oranlamasında da kendisini göstermektedir;

Belirtilen suçlara ilişkin yargulamalar sonucunda kamu görevlilerinin % 69,94'ü beraat eder ve % 30,06'sı mahkûm olurken yurttaşların kamu görevlilerine "direnme" suretiyle işledikleri savıyla açılan davalarda bu oran neredeyse tam tersine dön-

mektedir; % 30,73 beraat, % 69,27 mahkûmiyet.<sup>150</sup>

Uluslararası Af Örgütü'nün de kaydettiği üzere, 2006 yılı Mart ayında Diyarbakır merkezindeki şiddetli gösteriler sırasında on kişi ölmüş ve olayların ardından birçok işkence ve diğer kötü muamele iddiaları ortaya atılmıştır. Olaylar sırasında gözaltına alınan çocuklarla görüşen bir Uluslararası Af Örgütü heyeti, çocukların iddialarının güvenilir ve tutarlı olduğunu tespit etmiştir. Sonuçta, bu olayların üzerinden geçen 21 aydan fazla bir zamanın ardından yürütülen tek kovuşturma, 463 kişiye karşı gösteriler sırasında etrafa zarar vermekten dolayı açılan dava olmuştur. Kolluk kuvvetleri görevlileri hakkında ise tek bir soruşturma bile açılmamıştır.<sup>151</sup>

**Avukatlar, mesleki faaliyetlerini uluslararası standartlara uygun şekilde; yıldırma, engelleme, taciz ve cezai takibata maruz kalmadan yapabilmelidir.**

Karşı davaya maruz kalanlar arasında sadece işkence iddiasında bulunanlar, toplumsal olaylarda ya da başka biçimlerde gözaltına alınanlar değil avukatlar da bulunmaktadır. **Avrupa Komisyonu** tarafından görevlendirilen uzmanlar tarafından 2005 yılında Türkiye'ye yapılan istişari ziyaret sonrasında yayınlanan Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi konulu raporda, avukatlara karşı yapılan bu tip soruşturmalar da ele alınmış ve hükümete tavsiyelerde bulunulmuştur. Tavsiyeler, uzmanlar tarafından daha önce yapılan ziyaretler sonucunda hazırlanan raporlardaki saptamalara gönderme yapmaktadır;

5.24 Birinci İstişari Ziyaret Raporu'nda şu hususlar tavsiye olunmuştur:

- Avukatlar aleyhine başlatılmış olan tüm ceza takibatlarının, uygun olan en yüksek savcılık makamı tarafından:

- i) Mahkûmiyete yeterli delillerin varlığı,
- ii) Deliler var olmasına rağmen gerçek anlamda mahkûmiyet olasılığı,
- iii) Söz konusu ceza takibatlarının BM Avukatların Rolü Hakkındaki İlkeler veya diğer uluslararası insan hakları standartlarını ihlal edip etmediği dikkate alınarak tekrar gözden geçirilmelidir.

- Yetkili makamlar mesleki kuralları ihlal eden avukatlar aleyhine, mümkün olduğu ölçüde cezai sürece başvurmamak yerine hukuki veya idari tedbirlere yönelmelidir.

- Avukatlar tarafından mesleki kuralların ihlal edilmesi neticesinde başlatılacak hukuki veya idari tedbirlerin yeterli olmadığı durumlar için cezai takibat ancak;

- a) açık ve inanılır delillerin varlığı,
- b) söz konusu ihlalin yargının işleyişine engel teşkil etmesi durumunda gerçekleştirilebilir.

5.25 İkinci İstişari Ziyaret Raporunda, Türkiye'de avukatların mesleklerinin icrası ile ilgili konular ve düşünce özgürlüğü haklarını kullanmaları nedeni ile ce-

<sup>150</sup> Adalet Bakanlığı, dört tip karar üzerinden kategorizasyon yapmaktadır; beraat, mahkûmiyet, ceza tayinine yer olmadığı ve diğer kararlar. Bu bölümdeki hesaplamaların tümü sadece mahkûmiyet ve beraat kararlarına ilişkin toplam sayılar üzerinden yapılmıştır.

<sup>151</sup> Türk Hükümetine Memorandum, 17 Ocak 2008, Uluslararası Af Örgütü; [http://www.amnesty.org.tr/yeni/index.php?option=com\\_content&view=article&id=648:tuerk-huekuemetine-memorandum&catid=69:raporlar](http://www.amnesty.org.tr/yeni/index.php?option=com_content&view=article&id=648:tuerk-huekuemetine-memorandum&catid=69:raporlar)

zai takibata maruz kalmaları konusunda oldukça kaygı verici bir durum olduğu ifade olunmuştur. Raporda, polisin, jandarmanın ve Cumhuriyet savcılarının, avukatları müvekkillerinin işlemiş olduğu suçlar nedeniyle özdeşleştirerek görevlerini yerine getirme konusunda yıldırma, engelleme, taciz ve cezai takibata maruz bırakılmaları konusunda ilgili otoritelere tavsiyede bulunulmuştur.

5.26 Adalet Bakanlığı'nın 2004 tavsiyelerine cevaplarında, avukatlara karşı cezai soruşturma ve kovuşturmalar konusunda Raporda belirtilen endişeler için gerekli hassasiyetin gösterildiğini belirtmiştir.

Ancak Adalet Bakanlığı tarafından ifade olunan iyi niyetli bu beyanlarla çelişen uygulamalar rapor edilmektedir (örneğin Van). Bu tavsiye korunmakta ve tekrar edilmektedir.

*Avukatların mesleki faaliyetlerini uluslararası standartlara uygun şekilde; yıldırma, engelleme, taciz ve cezai takibata maruz kalmadan icra edebilmeleri için gerekli tedbirlerin alınmasını şiddetli şekilde tavsiye ediyoruz.*<sup>152</sup>

İşkencenin ortaya çıkartılmasını engelleyen, kişi üzerindeki yarattığı sonuçların etkilerini derinleştiren ve aynı zamanda hukuksal süreçlerde bir baskı ve yıldırma aracı haline gelen karşı davalar, cezasızlık olgusunu besleyen ana damarlardan birisidir.

Bu nedenle, Uluslararası Af Örgütü'nün de belirttiği gibi, hükümet, polise karşı kötü muamele şikayetinde bulunan kişilerin "yıldırma"ya karşı korunması için gerekli önlemleri etkin biçimde almalıdır. Kişilerin, kötü muamele iddialarına karşı yapılmış mukavemet suçlamalarında, bu suçlamaların dikkatli bir biçimde incelenmesi gereklidir. Şikayetlerin eş zamanlı olarak yapılmış olması durumunda, mağdur olduğu iddia edilen kişi hakkındaki şikayet, polise ilişkin soruşturma tamamlanuncaya kadar ertelenmelidir.<sup>153</sup>

### 3. KAMU GÖREVLİLERİNİN YARGILANMASINDA 'İZİN' SORUNU

#### a. İzin sisteminin çerçevesi

Fail hakkındaki iddianın araştırılması için herhangi bir makamın iznine ihtiyaç olmaması savcılığın kendiliğinden soruşturma açabilmesinin ön koşuludur. Suçun aydınlatılmasına yarayacak bilgi ve delillerin toplanması için, herhangi bir makamdan soruşturma izni alınması gereken hallerde resen soruşturma ilkesine uyulduğundan bahsedilemez.

Bununla birlikte işkence ve kötü muamele suçlarını oluşturan fiillerin soruşturulması bakımından karşımıza çıkan temel problemlerden biri Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca getirilen "izin" sistemidir. Aşağıda belirtileceği üzere izin sistemi her ne kadar işkence ve kötü muamele suçları için geçerli görünmemekte ise de sistem kendi içinde pek çok sorunu barındırmakta ve işkence ve diğer kötü muamele biçimlerinin failleri için ciddi bir koruma sağlamaktadır.

<sup>152</sup> 'Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi' İstisari Ziyaret Raporu, Avrupa Birliği Komisyonu, Brüksel, 13 Haziran- 22 Haziran 2005. <http://www.abgm.adalet.gov.tr/dokumanlar/ist3tr.pdf>

Bu, Avrupa Komisyonu uzmanları tarafından gerçekleştirilen üçüncü istisari ziyarettir. Ziyaret, 13 Haziran 2005 Pazartesi tarihinde Ankara'da başlamış, 22 Haziran 2005 Çarşamba günü yine Ankara'da sona ermiştir. Bu ziyaret esnasında Ankara, İzmir, Van ve Gevaş'ta pek çok hakim, savcı, hukukçu, devlet görevlisi, doktor ve insan hakları savunucusu ile görüşmeler yapılmıştır.

<sup>153</sup> Uluslararası Af Örgütü'nün, yukarıda adı geçen 1 Ağustos 2005 tarihli Türkiye memorandumu



4483 sayılı Yasa'nın 2. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında;

*“Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında uygulanır.*

*Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır.”*

demek suretiyle memurların yargılamasına ilişkin genel çerçeveyi çizmektedir.

3. fıkrada, tüm kamu görevlilerine uygulanmak üzere, “ağır cezayı gerektiren suçüstü halinde” doğrudan soruşturma yapılacağına ilişkin genel istisna hükmü yer almaktadır.

Memur ve diğer kamu görevlilerinin “görevleri nedeniyle işledikleri suçların” kapsamının ne olduğu konusundaki tartışma hem doktrin, hem de mahkeme kararlarına yansımıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 17.02.2004 tarihli bir kararında ‘görev nedeniyle işlenen suç’ kavramının yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenebilecek suçları kapsadığını açık biçimde karara bağlamıştır.<sup>154</sup>

*“...4483 sayılı Yasanın ana fikri (ratio legis), memurların soruşturması ile ilgili kulların dünyada ve ülkemizde geçirdiği evrim, yasa koyucunun görev sırasında işlenen ancak görevle ilgili bulunmayan suçları kapsamdan çıkarmak suretiyle memur soruşturmaları ile ilgili özel düzenlemenin kapsamını daraltmak İstemesi gibi hususlar dikkate alındığında, yasada geçen "görev sebebiyle işlenen suç" kavramının, memuriyet görevinden doğan, görev ile bağlantılı ve görevden yararlanılarak işlenebilen suçları, başka bir anlatımla sadece memurlar tarafından işlenebilen, failin memur olmasının suç tipinde kurucu unsur olarak öngörüldüğü suçları ifade ettiği sonucuna varılmaktadır...”*

Yüksek yargının, görev nedeniyle işlenen suç kavramının kapsamını ve dolayısı ile 4483 sayılı Yasanın uygulama alanını daraltmış olması, insan hak ve özgürlüklerinin ihlali sonucunu yaratan eylemlerin cezalandırılmasını fiilen engelleyen izin sisteminin sınırlandırılması sonucu yarattığı için yerindedir.

## **b. İzin sisteminin işkence ve diğer kötü muamele fiilleri ile ilgili istisnaları**

2003 yılında 4483 sayılı Yasanın 2. maddesine eklenen son fıkra, “işkence” ve “kötü muamele” suçları ve adli görevler yönünden özel bir istisna hükmü içermektedir. 2/son fıkraya göre;

*“765 sayılı Türk Ceza Kanununun 243 ve 245 inci maddeleri ile 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 154 üncü maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında açılacak soruşturma ve kovuşturmalarda bu Kanun hükümleri uygulanmaz.”*

Ek fıkra her ne kadar eski TCK ve CMUK maddelerine gönderme yapmakta ise de maddenin yeni yasadaki karşılıklarına göre okunması gereklidir.

<sup>154</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 17.02.2004, 2004/2-10 E. - 2004/40 K.

*Yeni TCK'nın yürürlüğüne ilişkin 5252 sayılı Yasa'nın 3. maddesinde, mevzuatta yürürlükten kaldırılan TCK'daki hükümlere yapılan göndermelerin yeni TCK'da bu hükümlere karşılık gelen maddelere yapılmış sayılacağı kabul edilmektedir. (5252 s. Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, R.G. 25642 - 13/11/2004)*  
*CMUK'a yapılan göndermelerin, CMK'da yer alan karşılıklarına yapılmış kabul edileceğine ilişkin düzenlemeler de mevcuttur. (5320s. Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, R.G. 25772 Mük.- 31/03/2005)*

Yeni yasalara uyarlanmış bir okuma sonucunda yukarıdaki fıkra ilk olasılıkta şöyle anlaşılmalıdır;

“Türk Ceza Yasası'nın 94, 95, 96 ve 256. maddeleri ile Ceza Muhakemesi Yasası'nın 161/5. maddesi kapsamında açılacak soruşturma ve kovuşturmalarda bu Kanun hükümleri uygulanmaz.”

Ancak bu okuma gerçekten eski ve yeni yasayı uyumlulaştırmakta mıdır? Kamu görevlilerinin soruşturulması için gerekli olan idari izin sistemi yönünden hangi istisnaları düzenlemektedir? İşkence yasağının mutlak karakteri ve etkili soruşturma yürütme sorumluluğu yönünden etkisi ve sonuçları nelerdir?

Konuyu iki temel kategoride incelemek gereklidir:

#### **i. TCK'da sayılan belli suçlar yönünden izin alma kuralına getirilen istisnalar**

94, 95 ve 256. maddelerin izin sisteminin dışında olması konusunda, her ne kadar 256. madde “işkence” başlığı altında yer almamakta ise de, herhangi bir sorun bulunmamaktadır.

Bununla birlikte 96. maddedeki eziyet suçu her ne kadar “işkence ve eziyet” ana başlığı altında ve hemen işkence suçuna devamla düzenlenmiş olsa bile “eziyet etme fiili” işkence ya da diğer kötü muamele fiillerinden biri olarak değerlendirilecek midir?

“İşkence ve Diğer Kötü Muamele Fiillerinin Nitelendirilmesinde Sorun Alanları” başlığı altında<sup>156</sup> tartışıldığı üzere işkence ve eziyet arasındaki temel fark; işkence suçu, devletle organik ya da fonksiyonel bağları olan kamu görevlileri tarafından, görevleri ile ilgili olarak işlenebilirken; eziyet suçunun yalnızca kamu görevlisi olmayanlar tarafından ve kamu görevi dışında işlenebilmesidir. Kamu görevlisi olmayanın eylemine, bir kamu görevlisininin onaylama ya da göz yumma suretiyle katılmış olması halinde tüm failer yönünden eylem işkence suçunu oluşturur. Bu anlamda, eziyet suçu faillerinin işin doğası gereği Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ile herhangi bir ilişkileri bulunmamaktadır.

256. maddenin, ETCK 245. maddeye karşılık geldiği ve izin sistemi dışında kaldığı açıktır. Maddenin kasten yaralama suçuna dair 86. maddeye atıf yapmasının doğrudan soruşturma yapma gerekliliği yönünden sonuca bir etkisi bulunmamaktadır. Zor kullanma yetkisinin aşılmasının amaç, araçlar ve kişide yarattığı sonuç bakımından işkence yasağının kapsamına girip girmediğine ilişkin değerlendirmeyi ancak ceza soruşturmasını yürüten savcı yapabilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de zor kullan-

<sup>155</sup> Ek fıkra: 4778 - 2.1.2003/m.33

<sup>156</sup> Bkz. s.62 vd.

ma yetkisinin aşılması ile ortaya çıkan sonuç arasında oranlılık olup olmadığını titizlikle değerlendirmekte ve bir orantısızlık varsa bunun işkence yasağı içinde tartışılmaktadır. AİHM'in, konuyla ilgili yaptığı değerlendirmelerin pek çoğunda, kullanılan maddi ya da bedensel gücün orantısız olduğuna ve bu konuda özellikle ulusal savcının, fiili etkin bir soruşturma yapmadan nitelendirilmiş olduğuna karar verdiği dikkate alındığında<sup>157</sup> böylesine hassas bir konunun, izin vermeye yetkili idari bir kurulun değerlendirmesine bırakılmaması gereklidir.

Bununla birlikte, kamu görevlilerinin eylemlerinin nitelendirilmesi başlı başına bir sorun alanı olarak ortaya çıkmaktadır. Uygulamada, bir kamu görevlisinin işkence veya diğer kötü muamele biçimleri içinde değerlendirilebilecek bir davranışı (256. maddede yollaması olmaksızın) kasten yaralama, hakaret gibi suçlar üzerinden soruşturulmaya başlandığında otomatik olarak izin sistemine tabi tutulmaktadır.

Buna karşın, suç sayılan fiilin işkence ve diğer kötü muamele biçimlerinden biri olarak nitelendirilmesine durumunda, soruşturulması izne tabi olan suçların sadece kamu görevlileri tarafından işlenebilen, yani suçun oluşabilmesi için failin mutlaka kamu görevlisi olmasının gerektiği suçlarla sınırlı olduğuna ilişkin 17.02.2004 tarihli CGK kararı dikkate alınmalıdır. Suçun failinin herkes olabileceği ya da kamu görevlisi olmanın sadece ceza arttırımı nedeni sayıldığı suçlarda, izin alınmaksızın doğrudan soruşturma yapılacaktır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 15.03.2005 tarihli daha yeni bir kararında, Mersin Valiliği'nin, “..Memurların dışındaki kişiler tarafından da işlenebilecek olan yaralama, hakaret, tehdit, sövme, konut dokunulmazlığını bozma, mala zarar verme gibi suçlardan dolayı memur veya diğer kamu görevlileri hakkında soruşturma izni istenmesine gerek bulunmadığı, bu tür suçları işleyenler hakkında genel hükümlere göre işlem yapılması gerektiği...” görüşüne uygun olarak, somut olayda “... **Sanağa yüklenen etkili eylem suçu görev nedeniyle işlenen suçlardan olmadığından soruşturulabilmesinin idari mercilerin izin vermesi koşuluna bağlı**” olmadığına karar vermiştir.<sup>158</sup>

Kamu görevlilerinin suç sayılan eylemlerinden dolayı bir izin sistemine tabi tutulması, özellikle uygulama dikkate alındığında, aslında cezasızlık için açılmış kapılardan en rahat geçilene olmaktadır.

## ii. CMK'da öngörülen özel yargılama usulüne ilişkin istisnalar

Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 2.maddesine eklenen fıkra ile Ceza Muhakemesi Yasası'nın 161/5. maddesi kapsamında açılacak soruşturma ve kovuşturmalarda bu kanun hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmektedir.

Ceza Muhakemesi Yasası'nın 161. maddesinin 5. fıkrası şöyledir;

*“Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen **adliye ile ilgili görev veya işlerde** kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yap-*

<sup>157</sup> Bkz. s. 70 vd.

<sup>158</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu 15.03.2005, 2005/4-31 E. - 2005/28 K.

*makta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk amir ve memurları hakkında cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır.”*

Fıkra iki tür istisna öngörmektedir:

Bunlardan ilki, tüm kamu görevlileri yönünden geçerlidir ve adliyeye ilişkin görev veya işlerine ilişkindir. Bu görev veya işlerin kanunla verilmiş ya da kanuna dayanarak kendilerinden istenmiş olması gerekir. Örneğin, posta memuru olan görevlinin, duruşma davetiyesi tebliğini geciktirmesi ya da adliyede kalem memuru olan kişinin dosya evrakında sahtecilik yapması gibi hallerde, kamu görevlisinin hangi kurumun kadrosunda çalıştığına bakılmaksızın adliyeye ilişkin bir görevi olduğunu söylemek mümkündür. Bu durumda soruşturma doğrudan savcı tarafından yapılacaktır.

Fıkroda öngörülen ikinci istisna türü ise yalnızca kolluk amir ve memurlarına ilişkindir. Kolluk amir ve memurlarının, cumhuriyet savcısının sözlü ve yazılı emirlerini yerine getirirken işleyeceği suçların izin alınmaksızın doğrudan soruşturulacağı kurala bağlanmıştır. Fıkroda kolluk görevlileri için yalnızca savcının emir ve talimatından bahsedilmiş olması, bir eksiklik gibi görülebilir. Ancak cümlenin ilk kısmındaki, kanun gereği adliyeye ilişkin görev yapanların izin alınmadan soruşturulacağına ilişkin genel kural, kolluk görevlileri yönünden de geçerli olduğundan bir eksiklikten söz edilemeyecektir.

Bu nedenle kolluk görevlileri, kanun gereği yerine getirdikleri adli görevler nedeniyle tüm kamu görevlileri gibi savcılık emir ve talimatları gereği yapmaları gereken görevlerden dolayı ise özel olarak ama yine doğrudan soruşturulacaklardır.

İçişleri Bakanlığının 07.11.2005 tarih ve 2005/115 sayılı genelgesinde, “*Kolluk birimlerinin adli kolluk görevlerini yapma yükümlülükleri, mahkeme veya hâkim kararlarının ifası bakımından da geçerlidir. (CMK’nun mahkeme veya hâkim kararları ile yapılabilen soruşturma işlemlerini düzenleyen maddeleri, özellikle 163 üncü maddenin ikinci fıkrası)*” denilmek suretiyle adli görevin tanım ve kapsamı genişletilmiştir.

161. maddesinin 5. fıkrasının son cümlesi ise şöyledir;

“**Vali ve kaymakamlar** hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri, **en üst dereceli kolluk amirleri** hakkında ise, hâkimlerin görevlerinden dolayı tâbi oldukları yargılama usulü uygulanır.<sup>159</sup>”

CMK m.161/5 uyarınca cumhuriyet savcılarına verilen doğrudan soruşturma yetkisi iki olasılıkta kısıtlanmış durumdadır.

Bunlardan ilki, kamu görevlilerinin adli ya da idari görev yapmalarına ilişkin ayrıma dayanmakta, diğeri ise il ve ilçelerdeki mülki amirler ile en üst düzey kolluk amirlerinin yargılanmasının cumhuriyet savcısının doğrudan soruşturma yapma yetkisi dışına çıkarılmış olmasına dayanmaktadır.

### 1) Adli – idari görev ayrımı

Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’un 2/2. mad-

<sup>159</sup> Eklenmiş Cümle, RG. 01.06.2005; RG No: 25832 Kanun No: 5353/24

desi, bazı kamu görevlilerinin “görevleri ve sıfatları nedeniyle” farklı soruşturma ve konuşturma usulüne tabi tutulmalarını mümkün kılmaktadır.

CMK 161/5. maddesi de “adli görevler” yönünden doğrudan soruşturma esasını kabul eden böyle bir özel düzenleme içermektedir. Ancak Cumhuriyet Savcısının doğrudan soruşturma yapabileceği alan adli görevlerle sınırlandırılmıştır. Bu nedenle adli mekanizma, kolluk amir ve memurlarının adli göreviyle ilgili suçlarda doğrudan devreye girebilecek, idari görevleri yönünden ise izin almak şartı ile soruşturma yapabilecektir.

İşkence ve diğer kötü muamele fiillerinin failleri, zor kullanma yetkileri de olması nedeniyle genellikle polis, jandarma ve infaz koruma memurlarıdır. Bu nedenle, bu kategorideki kamu görevlilerinin adli ve idari görevleri arasındaki ayrım da önem kazanmaktadır.

Bu kategoride yer alan kamu görevlilerinden görevinin niteliği en net olan infaz koruma memurlarıdır. İnfaz koruma memurları ve diğer cezaevi çalışanları Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nun 114. maddesi uyarınca adli görevlidirler ve aynı yasanın 116. maddesi uyarınca haklarında;

*“görevlerinden doğan suçlarından dolayı buldukları yer Cumhuriyet savcılığınca doğrudan doğruya genel hükümler dairesinde soruşturma ve kovuşturma yapılır.”*

Ancak, jandarma ve polis için adli ve idari görevler ayrı ayrı tanımlanmaktadır.

Jandarmanın adli ve mülki görevleri Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu’nun 7. maddesinde sayılmaktadır;

*a) Mülki görevler: Emniyet ve asayiş ile kamu düzenini sağlamak, korumak ve kollamak, kaçakçılığı men, takip ve tahkik etmek, suç işlenmesini önlemek için gerekli tedbirleri almak ve uygulamak, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin dış kurumalarını yapmak.*

*b) Adli görevler: İşlenmiş suçlarla ilgili olarak kanunlarda belirtilen işlemleri yapmak ve bunlara ilişkin adli hizmetleri yerine getirmek.”*

Ayrıca, ilgili Kanunu’nun 15. maddesinin (d) bendi, “jandarma personelinin mülki hizmetten doğan veya bu tür hizmeti yaparken işlenen suçlarında” izin prosedürünün geçerli olduğunu, dolayısıyla cumhuriyet savcısının doğrudan soruşturma yapamayacağı düzenlemektedir.

Polise ilişkin düzenlemeyi Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu’nun 2. maddesi yapmaktadır. Bu madde uyarınca polisin genel emniyetle ilgili görevleri iki kısımdır;

*a) Kanunlara, tüzüklere, yönetmeliklere, Hükümet emirlerine ve kamu düzenine uygun olmayan hareketlerin işlenmesinden önce bu kanun hükümleri dairesinde önünü almak,*

*b) İşlenmiş olan bir suç hakkında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda yazılı görevleri yapmak.”*

Polise ilişkin soruşturma usulüne dair bir düzenleme de aynı Yasa’nın Ek 9. maddesinde ele alınmaktadır. Sadece silah kullanılması durumlarına ilişkin düzenleme ya-

pan bu maddeye göre;

*“Bu Kanun ile diğer kanun hükümlerine göre gerekli hallerde;*

*A) Önleyici, caydırıcı, düzenleyici ve koruyucu kolluk hizmetlerine dair görevlerin ifası sırasında silah kullanmak zorunda kalan polis hakkında, cezai sorumluluğun tespiti bakımından Memurin Muhakematı Hakkında Kanuna göre işlem yapılır.*

*B) Adliyeyle ilişkin vazife ve işlerle ilgili bir hizmeti yerine getirirken silah kullanmak zorunda kalan polis hakkında, hazırlık soruşturması bizzat Cumhuriyet savcıları veya yardımcıları tarafından yapılır.”*

CMK m.164, adli kolluk görevlerinin polis, jandarma, sahil güvenlik ve gümrük muhafaza memurları eliyle yerine getirileceğini düzenlemektedir. Ancak bu kategorilerdeki görevlilerin tümü yasa gereği adli görevli sayılmayıp, ayrıca teşkilat içi atamalarla adli görev ifa edeceklerine ilişkin karar verilmiş olması gerekir. Böyle bir kararlar kadroları ayrılmış olsa bile bu görevliler, CMK m.164/son ve Adli Kolluk Yönetmeliği m.5/a gereğince ihtiyaç duyulduğunda adli görev dışında kalan işleri de yerine getirmek zorundadırlar.

Kadroları gereği adli görev yapanların yanısıra diğer kolluk görevlilerinin de adli görevli olabileceği haller CMK m.165’de düzenlenmiş durumdadır. Buna göre; gerektiğinde veya cumhuriyet savcısının talebi halinde, diğer kolluk birimleri de adli kolluk görevini yerine getirmekle yükümlüdür. Bu durumda kolluk görevlileri hakkında, adli görevleri dolayısıyla CMK 161/5. maddesi uygulanır.

Bu durum, kamu görevlisinin adli görevi bulunup bulunmadığını ve adli görevi bulunmasa bile işkence ya da kötü muamele sayılabilecek davranışı işlediği sırada adli ya da idari görevden hangisini yapmakta olduğunun saptanmasını iyice zorlaştırmaktadır.

İçişleri Bakanlığı iki genelge<sup>160</sup> yayımlayarak; adli görevi bulunan kolluğun kimlerden ve hangi birimlerden oluştuğunu açıklamıştır. Dört ay gibi kısa bir arayla, aynı konuya ilişkin iki genelge yayınlanması ve ikinci genelge ile birincinin kapsamını genişletmesi, adli görevin ve adli görevlinin tayininde Bakanlığın bile zorlanmakta olduğunu göstermektedir. Buna göre;

- Tam teşekküllü polis karakolu bulunan yerlerde Emniyet Teşkilatı Kanunu’nun 8, 9 ve 12. maddelerinde sayılan adli işleri yapmak üzere kadrodan ayrılanlar,

- Suça el koyan grup görevlileri ve bunların amirleri,

- Asayiş, kaçakçılık, narkotik, mali, organize, terörle mücadele, çocuk, olay yeri inceleme, yabancılar, güvenlik ve özel harekât şube/bürolarında çalışıp ilgili oldukları mevzuat gereği kendilerine adli görev verilmiş bulunan birimlerde görev yapanlar (ayrıca kadroya atanmamış olsalar bile),

adli kolluk görevlisi sayılacak ve CMK’ya tabi olacaklardır.

<sup>160</sup> İçişleri Bakanlığı 06.07.2006 tarih ve 2005/69 sayılı, 07/11/2005 tarih ve 2005/115 sayılı Genelgeleri

Önleme ya da idari görev sırasında kolluk görevlisinin bir suçla karşılaşması ve müdahale etmesi halinde, bundan sonra yapacağı işlemlerin adli görev kapsamında sayılıp sayılmayacağı sorunu, yüksek mahkeme kararlarına da konu olmuştur ve ilgili yasal düzenlemeye ilişkin yapılan yorum bakanlık genelgesi ile paraleldir. Danıştay;

*“Önleyici kolluk görevini ifa ederek bir kahvehanede kontrol görevini yaptıkları sırada, kumar oynamak gibi adli mercilerce yargılanmasını gerektiren bir eylemi öğrendikleri andan itibaren bu görevleri sona ermiş ve işlenmekte olan bir suçta el koymaları, kumar oynadığına dair tutanak düzenlemeleri ile birlikte adli görevleri başlamış...”*

bulduğundan, gerçeğe aykırı tutanak düzenlemek suçunun adli göreve ilişkin olduğuna karar vermiştir.<sup>161</sup> Kolluğun, bir suçla ilişkin herhangi bir işlem yapması durumunda artık bir adli kolluk görevi yapmakta olduğu açıktır.

Bununla birlikte, kolluk idari bir görev sırasında zor kullanma yetkisini kullanırsa ne olacaktır? Açıktır ki kolluğun oranlılık savunmasının dayanağının olup olmadığı ve dolayısıyla fiilin işkence ya da diğer kötü muamele biçimlerinden birini oluşturup oluşturmadığının araştırılması görevi idarenin değil, savcınındır ve soruşturmanın doğrudan savcı tarafından yapılması gereklidir. Dolayısıyla zor kullanma vakalarının hiç birinde görevin niteliğinin önemi yoktur, çünkü 4483 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde de belirtildiği üzere TCK m. 256 bakımından yapılacak soruşturmalarda izin prosedürü uygulanmayacaktır.

Kolluk, idari görev sırasında zor kullanmayı gerektiren koşullar oluşmadan zor kul-

Izmir'de, 25.11.2007 tarihinde polis tarafından vurularak yaşamını yitiren Baran Tursun vakasında;

- Önleme/devriye görevi yapmakta iken Baran Tursun'un kullandığı arabayı takibe aldıklarını beyan eden, Tursun'un vurulmasından sonra olay yerinden boş kovanları toplayan ve aracı çekiciye teslim ederek olay yerinden kaldırılmasına neden olan “asayiş bürosunda” görevli dört polis memurunun,
- Aracın yerinden kaldırılmasından çok sonra, teslim edilen çekiciden geri alarak inceleme yapan “olay yeri inceleme bürosunda görevli” altı polisin,
- Sonradan suçta el koyan ve soruşturma yürüten “cinayet bürosu” görevlilerinin

**adli görevli olup olmadığı** konusu tartışılmıştır.

İl Emniyet Müdürlüğü, İçişleri Bakanlığı'nın 69 ve 115 sayılı genelgelerine dayanarak;

- Olay yeri inceleme, cinayet büro ve karakol görevlilerinin kanun gereğince **yaptıkları işin niteliğinin adli görev olması** nedeniyle,
- Önleme/devriye görevi yapmakta olan asayiş büro görevlilerinin ise, **suçta el koymuş olmaları nedeniyle adli görevli oldukları** belirtilmiştir.

Bu nedenle tüm görevlilerin soruşturması doğrudan cumhuriyet savcılığı tarafından başlatılmıştır.

<sup>161</sup> Danıştay 2.D.,984/2829 E., 987/419 K.

lanmışsa ya da zor kullanma yetkisi bulunmayan bir kamu görevlisi tarafından kişilere şiddet uygulanmışsa, bu takdirde eylemin TCK 94 ve 95. maddelerdeki suçların unsurlarını taşıyıp taşımadığına bakılmalıdır.

Kamu görevlilerinin, görevleri nedeniyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanmalarının ön koşulu olan soruşturma izni alınması kuralı önemli bir cezasızlık nedeni yaratmaktadır. Konuyla ilgili yasal düzenlemelerin bu denli karmaşık oluşu, uygulayıcıların, özellikle savcıların özensiz yaklaşımları ile birleşince sorun daha da artmaktadır.

Yukarıda, “orantısız güç kullanımı- işkence ilişkisi” başlığı altında örneklenen İ.K. isimli mahpusa ilişkin olayda;<sup>162</sup> cezaevinden hastaneye sevk sırasında, hastanede ve cezaevinde uğradığı ıleri sürdürdüğü fiziksel şiddete ilişkin olaya karışan jandarma, infaz koruma memurları ve doktor hakkında bir soruşturma başlatılmıştır.

Soruşturmaya ilişkin ilk işlemler cezaevi idarecileri, infaz koruma memurları, jandarma ve diğer personelle organik ve mekânsal ilişkisi bulunan cezaevi savcısı tarafından yürütülmüş, soruşturmacıların bağımsızlık kuralı ihlal edilmiştir.

Cezaevi savcısı isnat edilen suç u TCK m.86 kapsamında yaralama olarak nitelendirilmiş, mağdurların ifadelerinin ve adli raporlarının alınmasının ardından, ayırma kararı vererek infaz koruma memurları hakkındaki soruşturmaya devam etmiş, jandarma ve doktor hakkındaki iddiaların idari görevle ilgili olduğu gerekçesiyle 4483 sayılı Yasa gereği izin alınmasına karar vermiştir.

Olayda, infaz koruma memurları ve jandarmaya yüklenen suç aynı nitelikte olup uluslararası hukuka göre “işkence”, “insanlık dışı muamele” ya da “onur kırıcı muamele” kapsamında değerlendirilebilecek niteliktedir. Tüm bu kategori muamelenin iç hukukta işkence tanımı içinde düzenlendiği dikkate alındığında, fail konumundaki kamu görevlisinin görev ya da sıfatının ne olduğuna bakılmaksızın, soruşturmanın doğrudan savcı tarafından yürütülmesi gerekmektedir. Olayda zor kullanma yetkisinin kullanıldığı iddia edilse bile sonuç değişmeyecektir, çünkü maddi hukuk kısmında belirtildiği gibi, kullanılan gücün orantısız olması durumunda uluslararası hukuka göre işkence yasağı ihlal edilmiş olacak ve iç hukuk yönünden TCK 256. maddede belirtilen suç oluşacaktır.

4483 sayılı Yasa, TCK 94 ve 95. maddelerde düzenlenen işkence suçunu ve TCK 256. maddede sayılan zor kullanma sınırının aşılması suçunu izin sistemi dışında kabul etmişse de, savcılık makamı suç u yaralama olarak nitelendirerek jandarmanın eylemini idari görev kapsamında değerlendirmiştir.

Buna karşın, önceki bölümde alıntılanan Yargıtay CGK kararlarında da açıkça belirtildiği üzere, kamu görevlilerinin soruşturulması izne bağlı suçları yalnızca kamu görevlilerine özgü suçlara ilişkindir. Ayrıca Yargıtay CGK kararlarında, yaralama suç u da açıkça belirtmek suretiyle, herkes ta-

**Soruşturma izni, önemli bir cezasızlık nedenidir. Konuyla ilgili yasal düzenlemelerin karmaşıklığı, uygulayıcıların, özellikle de savcıların özensiz yaklaşımları ile birleşince sorun daha da artmaktadır.**

<sup>162</sup> Bkz. s. 72-73.



rafından işlenebilen suçlarda izin alınamayacağını karara bağlamış durumdadır.

Bu nedenle, hem suç sayılan fiilin nitelendirilmesi ve hem de bu nitelendirmeye bağlı olarak izin sistemine başvurulması hukuka aykırı bir işlemdir.

## **2) İl ve ilçelerdeki mülki amirler ile en üst düzey kolluk amirlerinin yargılanması**

Ceza Muhakemesi Yasası'nın 161/5. maddesi

- **Vali ve kaymakamlar** hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri,

- **en üst dereceli kolluk amirleri** hakkında ise, hâkimlerin görevlerinden dolayı tâbi oldukları yargılama usulü uygulanır, demektir.

En üst dereceli kolluk amirleri ise sadece 4 tanedir: Emniyet Genel Müdürü, Jandarma Genel Komutanı, Gümrük Muhafaza Müsteşarı ve Sahil Güvenlik Genel Komutanı<sup>163</sup>.

Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 2/son maddesinde, kamu görevlilerinin TCK 94, 95 ve 256. maddelerde sayılan suçları işlediğinin iddia edilmesi halinde, doğrudan soruşturma açılacağı düzenlenmektedir. Bu kapsamdaki soruşturmalarda, aslolan isnat edilen suçun niteliği olup, görevin çeşidi ya da kamu görevlisinin sıfatının önemi bulunmamaktadır. Başka bir ifade ile ister adli ister idari görev icra etsin tüm kamu görevlileri, amir konumunda olup olmadığına bakılmaksızın işkence suçları ve zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçu yönünden genel hükümlere göre soruşturulacaktır.

CMK m.161/5'te vali, kaymakam ve en üst dereceli amirler yönünden getirilen düzenleme, yalnızca bu maddede sayılan adli görev nedeniyle işlenen suçlar bazında uygulama alanı bulabilecektir. Mülki idare amirleri ve en üst dereceli amire atılı suç işkence, işkence sonucu ölüm veya zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması ise, bu suçlar yönünden özel düzenleme bulunduğundan, daha genel nitelikteki, 161/5. maddedeki istisna uygulanmayacak, resen soruşturma kurallarına göre işlem yapılacaktır.

Bununla birlikte, amirlerin yargılanması konusu, özellikle Türkiye'deki toplumsal olaylar ve çeşitli düzeylerde yapılan operasyonlarla gerçekleştirilen katliamlar dikkate alındığında son derece dikkate değer bir konudur. Şimdiye değin, 2008 yılı 1 Mayıs olayları sonrasında olduğu gibi hakkında soruşturma açılabilmiş tek bir üst düzey güvenlik görevlisi yoktur.<sup>164</sup>

İşkence suçunun unsurlarının tartışıldığı II. BÖLÜM'de, kasıt unsurunun başlığında ele alındığı üzere zor kullanma yetkisine sahip güvenlik görevlileri tarafından düzenlenen operasyonlardaki risk unsurlarının azaltılması için yapılacak her türlü hazırlık ve planlama ile operasyonun planlandığı gibi yaşama geçirilip geçirilmediği amirlerin de sorumluluğu altındadır.

<sup>163</sup> Önok, a.g.e., s.518

<sup>164</sup> Avrupa Komisyonu, Türkiye 2008 İlerleme Raporu (Com(2008) 674); ayrıca bkz. Milliyet Gazetesi, 10 Aralık 2008, [http://www.google.com.tr/search?q="+6+mart+2005"+dünya+kadınlar+günü"+mehmet+kızılgüneş"&ie=utf-8&oe=utf-8&aq=t&rls=org.mozilla:tr:official&client=firefox-a](http://www.google.com.tr/search?q=)

**İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 4. maddesi uyarınca "katılma"; "üstü kapalı olarak işkenceye onay veren yetkilileri", özellikle amirler tarafından gerçekleştirilen "işkenceyi gizlemeye ilişkin davranışları" de kapsamaktadır.**

Nitekim BM İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 4. maddesi, ulusal hukuklarda işkenceye iştirak eden veya katılan kişilerin fiillerinin de suç olarak tanımlanması gerektiğini belirtmektedir. Türk Ceza Yasası'nda değişikliklerle işkence suçuna iştirak edenler de, ihmal suretiyle işleyenler de 94. maddenin kapsamında alınmış durumdadır. Böylelikle 94. madde, BM Sözleşmesi'nin "katılma" kavramı ile tanımladığı ve "üstü kapalı olarak işkenceye onay veren yetkilileri"<sup>165</sup> ve özellikle amirler tarafından gerçekleştirilen "işkenceyi gizlemeye ilişkin davranışları"<sup>166</sup> de kapsamaktadır.

Bu çerçevede, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un özel nitelikli kanun olması nedeniyle 2. maddenin son fıkrasında yer alan, işkence ve diğer kötü muamele biçimlerine ilişkin suçlarda memur yargılamasına ilişkin hükümlerin uygulanmayacağını öngören düzenleme gereğince amirler hakkındaki soruşturmalar da savcılar tarafından resen yapılacaktır.

Bununla birlikte, genel kanun-özel kanun tartışmasının uygulamada doğuracağı her türlü kaygının giderilmesi ve işkence ve diğer kötü muamele biçimlerine ilişkin tüm sorumluların soruşturulabilmesi için yasada daha net tanımlar yapılması gereklidir.

### **iii. İzin Prosedürün Başlatılması Durumunda Savcının Görevleri:**

Suç haberini alan savcı, fiilin idari bir görevle ilgili olduğu durumlarda durumu soruşturmayı yapacak idari birime bildirmeden önce, 4483 sayılı yasanın 4. maddesi<sup>167</sup> gereğince acil olarak toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespit etmek zorundadır.

Her ne kadar madde metninde delillerin tespitinden bahsedilmekte ise de hükmün getiriliş amacı delillerin muhafazasının da savcı tarafından yapılması gerektiğini göstermektedir.

Bununla birlikte ifade alma, tanık dinleme ve delil toplama işlemleri soruşturma işlemlerinden olduğu için bu aşamada savcılar şikâyet olunan ya da tanık konumundaki kamu görevlilerini dinleyemeyeceklerdir.

Ancak bu durumda izin müessesesi, etkili bir soruşturmanın olmazsa olmazı kabul edilen "hızlılık" ilkesi özellikle de "mutlak yasak" kapsamındaki işkence fiilleri için ortadan kaldırılmış olmaktadır.

<sup>165</sup> BM İşkenceye Karşı Komite'nin Azerbaycan hakkında Değerlendirme ve Tavsiyelerine ilişkin kararı (Conclusions and Recommendations on Azerbaijan), BM İşkenceye Karşı Komite/C/CR/30/1, May 14, 2003, para.5(b)

<sup>166</sup> N. Rodley ve M. Pollard (2006), 'İşkencenin Suç Sayılması: Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Muamele Ya da Cezaya Karşı Sözleşme uyarınca Devlet Yükümlülükleri (Criminalisation of Torture: State Obligations under the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)', 2 European Human Rights Law Review 123; [bkz. Altıparmak, 'İşkenceyi Nasıl Bilirsiniz?']

<sup>167</sup> Madde 4 - Cumhuriyet başsavcıları, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu Kanun kapsamına giren suçlarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespitten başka hiçbir işlem yapmayarak ve hakkında ihbar veya şikâyette bulunulan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesine başvurmaksızın evrakın bir örneğini ilgili makama göndererek soruşturma izni isterler.

### c. İzin sistemi, işkence ve diğer kötü muamele fiillerinin etkin biçimde soruşturulmasının önünde ciddi bir engel oluşturmaktadır

Özel nitelikli ve insanlığa karşı suçlar kategorisinde yer alan işkence suçunun soruşturulmasının, faillerinin saptanmasının ve adil bir yargılama sonucunda cezalandırılmasının önüne geçen ya da geçme potansiyeline sahip herhangi bir sistemin kabul edilmesi mümkün değildir.

İzin sistemi, suçu işlediği ileri sürülen kamu görevlisinin idare tarafından bir ön incelemeğe tâbi tutulması, yani tarafsız ve bağımsız olmayan bir mekanizmanın devreye girmesi anlamına gelmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu sistemi kararlarında eleştirmekte ve bu sistem içinde bağımsız bir karar verebilme potansiyelinin bulunup bulunmadığını sorgulamaktadır.<sup>168</sup> İdari makamların, işlenen suç nedeniyle adli soruşturma açılıp açılmayacağına karar vermesi, işkence fiillerinin soruşturulması konusunda etkili ve bağımsız bir yol olarak kabul edilemez.

1995 yılında, bir grup tutuklunun Buca Cezaevinden, İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesindeki duruşmalarına götürülmeleri sırasında jandarmalar tarafından feci biçimde dövülmesi üzerine avukatları hem cezaevi müdürü ve hem de jandarmalar hakkında suç duyurusunda bulunmuştur. Savcılık, müdür hakkında kovuşturmayla yer olmadığı kararı vermiş, onlar hakkındaki eylem jandarmaların idari görevi sırasında işlenmiş olduğu için dosya İzmir İl İdare Kurulu'na gönderilmiştir.

Dosya içinde, soruşturma dosyasının Buca Cezaevi Jandarma Bölük Komutanlığına gönderildiği, ancak dosyanın burada kaybolduğuna ilişkin bilgi mevcuttur.

İdare Kurulu olayın üzerinden 4 yıldan fazla süre geçtikten sonra 2000 yılında, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca, tutukluları mahkemeye götürmekten sorumlu olan jandarma personeli hakkında soruşturma izni verilmesine gerek olmadığına karar vermiştir.

Soruşturmanın devam ettiği süreçte, İzmir Cumhuriyet Savcısı talep üzerine Adalet Bakanlığı'na olayın, tutukluların mahkemeye gitmeyi reddettikleri, ana kapıya giden merdivenlerde birbirlerine kenetlendikleri, bazılarının düşerek kendilerini yaraladığı, bu sırada bazı cezaevi görevlilerinin de yaralandığı bilgisini vermiştir.<sup>169</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, önemli bir dosyanın bir bütün olarak korunmasının sağlanmamasını, soruşturma sürecindeki en büyük sorun olarak saptamış ve idari soruşturma sürecinin bu kadar uzamasında bu konunun da etkili olduğunu düşündüğü belirtmiştir.

Ayrıca Mahkeme, kamu görevlilerinin soruşturulması için oluşturulan idare kurullarının, güvenlik güçlerinden sorumlu kişi olarak kendi sorumluluğu da söz konusu olan Valinin başkanlığında çalıştığını; soruşturma konusunu oluşturan olayların genellikle olayla ilgili birimin hiyerarşisi içindeki jandarmalar tarafın-

<sup>168</sup> Satık ve diğerleri/Türkiye, Başvuru no: 31866/96, 10 Ekim 2000

<sup>169</sup> Satık ve diğerleri/Türkiye, para. 31-33, 60

<sup>170</sup> Aynı yerde, para. 60

dan yapıldığını saptamıştır.

Mahkeme, bu nedenle İzmir İl İdare Kurulunun **olaya ilişkin olarak bağımsız bir değerlendirme yapma potansiyeline sahip olup olmadığına bakılması gerektiğini belirtmiş** ve sonuç olarak işkence yasağı ile birlikte etkin soruşturma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>170</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türkiye ile ilgili pek çok kararında idare kurulları tarafından yürütülen soruşturmaların, vali ya da yardımcılarının kurula başkanlık etmesi ve kurulların idarenin, hiyerarşik olarak valiye bağlı ajanlarından oluşması nedeniyle bağımsız olamayacağına karar vermiştir. Bu kurullar aracılığı ile yapılmış olan soruşturmalarda, kişilerdeki yaralanmaların oluşmasına neden olan koşulların ortaya çıkarılmasında etkin ve bağımsız bir soruşturma yürütülmediği için hükümetin, Sözleşme'nin yaşam hakkına ilişkin 2. maddesini ya da işkence yasağına ilişkin 3. maddesini ihlal ettiği sonucuna varılmıştır.<sup>171</sup>

İşkence ve diğer kötü muamele biçimlerine ilişkin soruşturma yapılmasında yetkili idari merciden izin alınması zorunluluğunun kaldırılması olumlu olmakla birlikte, memurların işlediği iddia edilen diğer suçlara ilişkin sorunlar, özellikle fiilin işkence dışındaki bir fiil olarak nitelendirilmesine ilişkin sorun bir cezazırlık sorunu olarak ortada durmaktadır.

Nitekim bu durum işkence ve kötü muamele fiilleriyle ilgili olarak ülke çapındaki genel resmin ne olduğu bilinmemekle birlikte, TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu'nun tarafından Engin Çeber'in işkence sonucu ölümü ile ilgili araştırma raporunda da açıkça görülmektedir:

2004-2008 yılları arasında İstanbul polisi hakkında toplam 202 kötü muamele (darp, hakaret, tehdit, zor kullanma sınırının aşılması) iddialarından 32'si (%16) hakkında 4483 sayılı yasa uyarınca "işleme konulmama", 139 adedi (%70) hakkında soruşturma izni verilmemesi, 23 adedi (%14) hakkında da soruşturma izni verilmesine karar verilmiştir.<sup>172</sup>

Raporda yer alan rakamların da gösterdiği üzere 202 fiil "işkence" olarak değerlendirilmeyerek izin prosedürüne tabi tutulmuş ve bunlardan sadece %14'ü, ceza soruşturması başlatılmak üzere savcılığa gönderilmiştir.

İzin sistemindeki bu çarpıklık, Anayasa'nın 129/son ve 4483 sayılı Yasayla getirilen izin sistemi aynı zamana yargılama birliği ilkesini zedelemekte ve cumhuriyet savcısının dava açma tekeline de ortadan kaldırmaktadır.

Belirtilen raporda da vurgulandığı gibi; işkence ve kötü muamele uygulandığı konusunda inandırıcı bulgular saptandığında derhal tarafsız bir etkin soruşturma başlatılmalıdır.<sup>173</sup>

<sup>171</sup> Talat Tepe/Türkiye, Başvuru no: 31247/96, 21 Aralık 2004 , para.84; Güleç/Türkiye, 27 Temmuz 1998 , Rapor 1998 IV, para. 80; Oğur/Türkiye [BD], Başvuru no: 21594/93, AİHM 1999 III, para. 91; Yöyler/Türkiye, Başvuru no: 26973/95, 24 Temmuz 2003 , para. 93; Kurnaz/Türkiye, para. 62-62; Orhan Kur/Türkiye, Başvuru no: 32577/02, 3 Haziran 2008 , para. 48.

<sup>172</sup> TBMM, Engin Çeber Raporu, s. 79

<sup>173</sup> a.g.e., s.79

İnsan hakları hukuku, kişilerin beden ve ruh sağlığını bozan, aşağılama sonucunu yaratan her türlü eylem ve gayri insani davranışı aynı statüde kabul etmekte, soruşturmanın resen yapılmasını öngörmektedir. Failin görevinin niteliği ya da sıfatı, resen soruşturma ilkesinden ayrılmak için bir gerekçe yapılamaz.

Nitekim Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de güvenlik güçlerinin sorumlulukları dahil olmak üzere pek çok konuyu değerlendirdiği de CM/ResDH(2008)69 No.lu ara kararında; Türk yetkililerinin, idari izin konusundaki belirsizliği ortadan kaldırmasını, sadece işkence ve kötü muamele suçları için değil diğer ciddi suçlar ile güvenlik güçlerinin her düzeydeki mensuplarının soruşturulmasında idari izin koşulunun aranmamasını sağlayan gerekli yasal önlemlerin alınmasına dikkat çekmiştir.<sup>174</sup>

Sonuç olarak, izin sisteminin yarattığı sorunların giderilmesi için Anayasa'nın 129/son ve 4483 sayılı Yasanın, kamu görevlisinin insan hak ve özgürlüklerin ihlali sonucunu yaratan her türlü fiilinin soruşturulmasının doğrudan yapılması-

***Cumhuriyet savcıları, suç soruşturmasında tek yetkili mercii olmalıdır. İzin sistemi, savcıların soruşturma yapma ve dava açma tekelini ortadan kaldırmaktadır. İşkence suçu failinin sıfatı ve görevinin niteliği ne olursa olsun resen soruşturma başlatılmasının sağlanması mümkün ve hatta anayasal zorunluluktur.***

---

<sup>174</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 18 Eylül 2008 tarihli Ara Kararı (CM/ResDH(2008)69); Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının uygulanması, Türkiye'de güvenlik güçlerinin fiilleri, ilerlemeler ve öne çıkan meseleler [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/ResDH\(2008\)69&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorIntranet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/ResDH(2008)69&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorIntranet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75)



### III.BÖLÜM

---

Özgürlüğünden  
Yoksun Bırakma  
Hallerinde  
İşkenceye Karşı  
Usuli Güvenceler

nı sağlayacak biçimde değiştirilmesi gerekmektedir.

Ayrıca, Anayasa'nın 90/son maddesi gereğince, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş olan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerle yasa maddelerinin çelişmesi halinde, sözleşme hükümlerinin uygulanacağına ilişkin düzenlemenin özellikle savcılar tarafından dikkate alınması gereklidir. İşkence suçu failinin sıfatı ve görevinin niteliği ne olursa olsun resen soruşturma başlatılmasının sağlanması mümkün ve hatta anayasal zorunluluktur.



# Özgürlüğünden Yoksun Bırakma Hallerinde İşkenceye Karşı Usuli Güvenceler

İşkence ve kötü muamele vakaları, kişi özgürlüğünün resmi yetkililer tarafından kısıtlandığı durumlarda karşımıza çıkmaktadır. Kişilerin bu şekilde alıkonulduğu durumlarda, savunmasız bir pozisyonda bulunmaları ve kişi ile otorite arasındaki güç dengesizliği işkence ve kötü muamele riskini de fazlasıyla artırmaktadır.

Bu nedenle uluslararası hukuk, kişilerin resmi otoritelerce özgürlüğünün kısıtlandığı durumlarda işkence veya kötü muameleye maruz kalmaması ve kendisine tanınan temel hakların ihlal edilmesinin önlenmesi amacıyla bazı “usulü güvenceler” öngörmüştür.

Bu usuli güvenceler sayesinde hem kişilerin alıkonulduğu süre boyunca herhangi bir hak ihlaline uğramaması için resmi görevliler üzerinde caydırıcı bir etki yaratılmakta, hem de devam etmekte olan işkence ya da kötü muamelelerin önlenmesi mümkün olabilmektedir. Usuli güvencelerin bir başka işlevi ise gerçekleşmiş olan işkence, kötü muamele ya da başkaca bir hak ihlalinin gecikmeksizin tespitinin sağlanmasına ve sorumluların cezalandırılabilmesine imkân tanınmasıdır.

Kuşkusuz devletlerin yazılı hukuk normları ile alıkonulan kişilere bu hakları tanımış olması başlı başına yeterli olmayacaktır. Devletler, aynı zamanda resmi yetkililer tarafından bu güvencelerin tamamının içselleştirilmesini sağlamakla ve kişilerin kendisine tanınmış olan haklarını alıkonulmanın başlangıcından sonuna kadar etkili bir şekilde kullanabilmesi için gerekli olan tüm kolaylıkları göstermekle de yükümlüdür.

İşkence konusunda sicili hayli kabarık olan ülkemizde yapılan hukuk reformları ile “yasal anlamda” oldukça fazla yol kat edildiği söylenebilir. Ancak tüm yasal mevzuata rağmen, işkence fiilen varlığını korumaya devam etmekte ve özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere tanınmış olan usuli güvencelerin hayata geçirilmesi konusunda birçok aksaklık yaşanmaktadır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de 2005 yılında “Türkiye’de Güvenlik Güçlerine İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Verilmiş Kararların Infazı Hakkında Ara Karar”<sup>175</sup> ile başta “*avukata erişim/ücretsiz hukuki yardım alma, yakınlarla ve üçüncü kişilere bilgi verme, yakalanan kişinin hakları ve suçlama konusunda bilgilendirme, soruşturma dosyasına erişim ve güvenlik güçlerinin olmadığı bir ortamda muayene*” olmak üzere temel usuli güvenceler konusunda sorunlar yaşandığı tespitinde bulunmuştur.

Ancak Komite, 2008 yılında yeniden aynı konuları gündemine almış ve yukarıda belirtilen usuli güvenceler konusunda yapılan yasal değişiklikleri memnuniyetle karşı-

<sup>175</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, ResDH (2005)43 No.lu ara karar

ladıklarını belirtmişlerdir. “Gözaltı kayıtları ve alıkoyma birimlerinin savcılar tarafından düzenli denetiminin yapıldığı” ve “kolluk görevlileri tarafından yapılan alıkoyma işlemlerinin işkence ve diğer kötü muamele biçimleri ile etkin bir biçimde mücadele etmeye yeterli yasal ve idari çerçeveye artık kavuşturulduğu” belirtilerek **usule ilişkin güvenceler konusunun Bakanlar Komitesi'nin izlediği konular arasından çıkarılmasına** karar verilmiştir.<sup>176</sup>

Ancak bu bölümde ayrıntılı bir şekilde açıklandığı üzere **ülkemizde usuli güvenceler konusunda hem yasal anlamda hem de idari uygulamada çok büyük sorunlar ve aksaklıklar yaşanmaya devam etmektedir**. Bu nedenle Bakanlar Komitesi'nin almış olduğu bu kararın, oldukça erken ve talihsiz bir karar olduğu düşünülmüştür.

Bu bölümde özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin işkenceden korunması için tanınan temel usuli güvenceler ayrı ayrı incelenmiştir. Her bir başlık altında uluslararası standartlar, iç hukuk mevzuatı ve uygulama pratiklerine ayrıntılı bir şekilde yer verilmektedir.

Usule ilişkin iç hukuk mevzuatı değerlendirilirken, süreç içinde yapılan yasal değişikliklerin yanında, hâlihazırdaki mevzuat hükümlerinin kendi içinde barındırdığı hukuksal boşluklar ve sorun alanları da irdelenmeye çalışılmıştır.

Söz konusu güvencelerin uygulamaya dair yansımalarının tespitinde, Türkiye İnsan Hakları Vakfı tarafından “İşkencenin Önlenmesi Projesi” kapsamında takip edilen araştırma ve dava dosyalarından genel olarak faydalanılmıştır.

Yine TIHV tarafından, aynı proje çerçevesinde özgürlükleri kısıtlanan kişilerin işkence ve diğer kötü muamele biçimlerinden korunması işlevine sahip usul güvencelerinin ne kadar etkin biçimde yaşama geçtiğini ortaya koymak üzere ceza davası takip eden avukatlara yönelik bir anket çalışması yapılmıştır. Şüpheli/sanık haklarına ilişkin ayrıntılı sorulardan oluşan anket İstanbul, Ankara, Diyarbakır, Adana-Mersin ve İzmir’de uygulanmıştır. Uygulanan anketlerden 97 adedi geçerli kabul edilmiş ve değerlendirilmeye alınmıştır. Bu anket sonuçlarına göre şüpheli/sanık haklarının (usuli güvencelerin) uygulamasında ciddi sorunlar bulunmaktadır. Anket sonuçları, ilgili her bir başlık altında grafikleri ile birlikte kullanılmıştır.

## **A. KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKI**

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, uluslararası insan hakları belgeleri ve insancıl hukuk tarafından ve bu düzenlemelere uygun olarak Anayasa ile güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerdendir. “Kişi özgürlüğü ve güvenliği”, kişinin fiziksel olarak hareket serbestisine, istediği gibi hareket edebilme iradesine muktedir olması ve aynı zamanda bunun güvencesine sahip olması şeklinde tanımlanabilir.

Kişi özgürlüğünün kısıtlanması; niteliği gereği özel hayatın gizliliği, toplantı özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve serbest dolaşım özgürlüğü gibi diğer hakların kullanımını engellenmesi ya da denetlenmesi sonucunu da beraberinde doğurmaktadır. Bu nedenle birçok hakkın temelinde yer alan bu hak güvence altına alınmıştır ve “ancak istisnai hallerde” kısıtlanabileceği belirtilmektedir. Bir başka deyişle; “özgürlük karinesi” gereğince yapılan her türlü adli ya da idari işlem sırasında

<sup>176</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, ResDH (2008)69 No.lu ve 18.09.2008 tarihli ara karar

özgürlük “asil”, özgürlükten yoksun bırakma ise “istisnai” olarak başvurulmuş bir tedbir olmak zorundadır.

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m.9/1'e göre;

“Hiç kimse kanunun tayin ettiği sebeplere ve usule uygun olmaksızın özgürlüğünden yoksun bırakılmaz.”

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5/1. maddesinde de;

“Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır.”

**“Özgürlük karinesi”  
gereğince; her türlü adli ve  
idari işlem sırasında  
özgürlük “asil”,  
özgürlükten yoksun  
bırakma ise “istisnai”  
olarak başvurulmuş bir  
tedbir olmak zorundadır.**

düzenlemesi yer almaktadır. Sözleşme, aynı maddenin devamında yer alan sınırlı sayıda haller ve yasalarda belirlenen yollar dışında hiç kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılmayacağını belirtmektedir. Buna göre aşağıda belirtilen amaçlar dışında yapılan her türlü alıkoyma işlemi haksız ve hukuka aykırıdır<sup>177</sup>:

- “Kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkûm edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi;
- Bir mahkeme tarafından kanuna uygun olarak verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya kanunun koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için gözaltına alınması veya tutuklanması;
- Bir suç işlendiği şüphesi altında olan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul sebeplerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere gözaltına alınması ve tutuklanması;
- Bir küçüğün gözetim altında eğitilmesi veya gözaltında tutulması konusunda karar verecek olan yetkili merci önüne çıkarılmasını sağlamak üzere, kanuna uygun olarak verilmiş bir karar gereğince alıkonulması;
- Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu maddelere bağımlı bir kimsenin veya yersiz yurtsuz kişilerin kanuna uygun olarak gözaltına alınması;
- Bir kimsenin ülkeye usulüne uygun olmayan şekilde girmekten alıkonulması veya hakkında sınır dışı etme ya da geri verme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak gözaltına alınması ve tutuklanması.”

Anayasanın “kişi hürriyeti ve güvenliği” başlığını taşıyan 19. maddesi de AIHS m.5 ve diğer uluslararası hukuk kurallarına paralel olarak, herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı olduğunu kabul etmektedir.<sup>178</sup> Bu hakkın kullanımının sınırlandırılması, ancak şekil ve şartları kanunda gösterilmek şartıyla ve belirli istisnai hallerde mümkün olacaktır. Anayasa'nın 19/2. maddesinde hangi hallerde kişi özgürlüğünün kısıtlanabileceği tahdidi olarak sayılmış ve bu haller dışında kimsenin kişi özgürlüğü ve güvenliğinden mahrum edilemeyeceği belirtilmiştir.

<sup>177</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.5/1

<sup>178</sup> Ancak özgürlüğün kısıtlanması hallerine ilişkin olarak Anayasa m.19'da yer alan hukuka uygunluk nedenleri AIHS m.5/1'deki düzenlemeye göre daha sınırlıdır.

Anayasa, kişi özgürlüğü ve güvenliği açısından iki yönlü bir güvence düzenlemektedir:

- 2. fıkrada sayılanlar nedenler dışında “yasa ile dahi” kişi özgürlüğü sınırlanmaz.
- Anayasada sayılan nedenlerle bir sınırlamaya gidileceğinde, şekil ve şartların mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Anayasada sayılan sınırlama nedenleri arasında olsa bile; kanunda belirtilen şekil ve şartlara uygun olmayan bir sınırlama söz konusu ise; yine kişi güvenliğinin ihlal edildiğinin kabulü gerekir.

## B. ÖZGÜRLÜĞÜNDEN YOKSUN BIRAKMA

Her ne kadar kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı uluslararası standartlar ve Anayasa ile güvence altına alınmış olsa da yukarıda da değinildiği üzere bu hakkın “istisnai” durumlarda kısıtlanması mümkündür.

Kişi özgürlüğünün kısıtlanması adli ya da idari bir nedene dayanabilir. Ancak her koşulda özgürlüğünden yoksun bırakma yetkisi, bu konuda yasayla yetkili kılınmış makamlarda olmalıdır. Bununla birlikte, yoksun bırakmanın “yetkili makam” tarafından yapılmış olması yeterli değildir. Yetkili makam, özgürlüğünden yoksun bırakmaya ilişkin kararını verirken iç hukukta, yasayla açıkça düzenlenmiş olan meşru amaçlar dışında bir nedene dayanamaz.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'nın 4. kısmında genel olarak “koruma tedbirleri” düzenlenmektedir. Bunlardan yakalama, gözaltına alma ve tutuklama tedbirleri ceza soruşturması ya da yargılaması sırasında başvuru ve kişi özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğuran işlemlerdir.

**Koruma tedbirleri;** yürütülen adli soruşturma ya da yargılama sırasında gerçeğe ulaşmayı engelleyecek değişiklikleri önlemek, delillere ulaşmak, bunların karartılmasının önüne geçmek ve yapılan yargılama sonucunda verilen hükmün kâğıt üzerinde kalmamasını sağlamak amacıyla, kişi özgürlüğü ve güvenliği başta olmak üzere temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıyan önlemler olarak tanımlanabilir.

Uygulamada işkence, kötü muamele ya da diğer hak ihlallerine en çok başvuru dönem, koruma tedbirleri aracılığıyla kişilerin özgürlüğünün kısıtlandığı zaman dilimleri olduğu görülmektedir.

Bunun temel nedeni özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin hak ve özgürlüklerinin pek çoğunu kullanabilmek için kendisini alıkoyan otoritenin dolayımına gereksiniminin söz konusu olmasıdır. Bir diğer önemli neden ise tutulan kişi ile kendisini alıkoyan otorite arasında var olan güç dengesizliğidir. Bu durum ise özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilerin hak ve özgürlüklerinin daha kolay ihlal edilmesi riskini kendi içinde barındırmaktadır.<sup>179</sup>

Bu nedenle özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin güvenliği ve kendisine tanınan hakları kullanabilmesinin sağlanması devletin sorumluluğundadır. Devlet, özgürlükten yoksun bırakmayla birlikte kontrolü altında bulundurduğu kişileri, insan onuruna uygun şart ve koşullarda tutma yükümlülüğü altına girer. Devletin bu sorumlulu-

<sup>179</sup> Hülya Üçpınar, Nergiz Tuba Atas; “İşkenceye Karşı Usul Güvenceleri El Kitabı”, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları, 58, s.14

ğu yerine getirebilmesi ise ancak usuli güvencelerin uygulanması ile mümkün olacaktır.

Ancak bu güvencelerin, doğası gereği kişinin hukuka uygun bir şekilde özgürlüğünden yoksun bırakıldığı ve resmi bir mekânda alıkonulduğu durumlarda uygulanması mümkün olabilir. Hukuka uygunluk nedenleri bulunmayan keyfi alıkoyma işlemleri ya da gayri resmi/kayıt dışı alıkoymalarda, kişilerin işkence ve kötü muamele ile karşı karşıya kalma riskleri oldukça yüksektir ve kişiler bu tür fiiller karşısında çok daha fazla savunmasız durumda bırakılmaktadırlar.

Yetkililer dışında hiç kimsenin bilmediği bir yerde, "... bir avukata, hekime, bir yakınına ya da arkadaşına erişme hakkından yoksun bırakılan ve gözaltı işleminin hukuki olup olmadığına karar vermek üzere bir mahkemeye erişimi için gerçekçi bir olasılık bulunmayan [kişi], kendisini tutan kişilerin insafına bırakılmış demektir."<sup>180</sup>

Hukuka uygunluk nedenleri bulunmayan keyfi alıkoyma işlemleri ya da resmi olmayan/kayıt dışı alıkoymalar aynı zamanda yaşam hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı gibi en temel hakların ihlali niteliğindeki fiillerdir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Aksoy/Türkiye davasında, özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kişiye usul güvenceleri çerçevesinde tanınan hakların kullandırılmamasının da kişi güvenliği ve özgürlüğü hakkının özünü zedelediği sonucuna varmıştır.

Bu nedenle kişinin işkence ve kötü muameleden korunması amacıyla kendisine tanınan usuli güvencelerin hayata geçirilebilmesinin ön koşulu özgürlüğünden yoksun bırakma işleminin hukuka uygun olmasıdır.

Bu bölümde, koruma tedbirlerine bağlı olarak geliştirilen usuli güvencelerin neler oldukları ile bu hakların işkenceyi önleyici işlevleri, mevzuatta ve uygulamada karşılaşılan sorun alanları değerlendirme konusu yapılacaktır.

### **C. İŞKENCEYE KARŞI TEMEL USULİ GÜVENCELER:**

Usule ilişkin güvenceler, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin en fazla baskı ve sindirmeye maruz kalma riski ile karşı karşıya olduğu, özgürlüğünden yoksun bırakma işleminin ilk döneminden itibaren ve resmi makamlarca alıkonulduğu süre boyunca, kişileri işkence ve kötü muameleyle karşı korumayı ve temel haklarını etkin bir şekilde kullanmasını sağlamayı amaçlamaktadır.<sup>181</sup>

Kişi özgürlüğünün kısıtlanması ile doğrudan ilişkisi olan usuli güvencelerin iki yönlü etkisinden söz edilebilir:

- Özgürlüğü kısıtlanan kişinin usuli güvencelerden faydalanmasının sağlanması işkence, kötü muamele ya da diğer hak ihlallerine maruz kalmaması için caydırıcı bir etki sağlar.

Özgürlüğü kısıtlanan kişi, bir otoritenin yetki alanında bulunması nedeniyle savunmasız ve hukuka aykırı fiillere karşı koyamayacak durumdadır. Bu bağlamda özgürlüğün-

**Usuli güvenceler;**  
**- Alıkonulan kişilerin işkenceden korunması anlamında caydırıcı bir etki sağlar.**  
**- İşlenen işkence suçunun gecikmeksizin tespiti ile etkin bir şekilde soruşturulabilmesine olanak tanır.**

<sup>180</sup> Aksoy/Türkiye (1996) 23 AİHM, 553, 1996 VI 2260, para. 83.

<sup>181</sup> Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi, 12 No.lu Genel Rapor [CPT/Inf (2002) 15], para. 41.

den yoksun bırakma işlemi hukuka uygun olarak yapılmış olsa da, tek başına bu durum kişinin işkence, kötü muamele ya da diğer hak ihlallerine maruz kalmayacağı anlamına gelmeyecektir. Böyle bir durumda da kişiye uygulanan muamele ya da alıkoyma koşulları işkence yasağını ihlal eder nitelikte olabilir. Kişinin temel haklarının ihlal edilmemesi ve herhangi bir hukuksuzlukla karşılaşmaması, kendisini alıkoyan yetkililerin takdirine ve insafına bırakılmayacak kadar önemlidir. Bu nedenle uluslararası hukuk ve iç hukuk mevzuatı, yasal da olsa alıkonulmanın belli ilkeler temelinde yapılmasını ve alıkonulma sürecinde kişinin belli güvencelerle donatılmasını sağlamıştır.

Bu anlamda kişinin kendisine tanınan güvencelerden tam olarak ve etkili bir şekilde faydalanmasının sağlanması ile işkence ve diğer hukuka aykırı fiillerin henüz işlenmeden önüne geçilmesi mümkün olabilir.

• Diğer yandan usuli güvencelerin etkin bir şekilde kullanımı, söz konusu muamelelerin gerçekleşmesi halinde etkin bir soruşturmanın yürütülebilmesi, fail ve fiillerin tespiti için delillerin kaybolmadan toplanması söz konusu olabilecektir.

Diğer suç soruşturmalarının aksine, işkence ve diğer kötü muamele biçimlerine ilişkin suçlarının çoğunlukla kapalı kapılar ardında işleniyor olması ve genellikle bu suçu soruşturmakla yükümlü olan kamu görevlilerinin aynı zamanda fail konumunda bulunmaları nedeniyle uygulamada deliller zamanında toplanamamakta, karartılmakta ya da değiştirilebilmektedir. Buna bağlı olarak da işlenen suçun tespitinde ve faillerinin cezalandırılmasında sorunlar yaşanmaktadır. Tam da bu nedenle usule ilişkin güvencelerin varlığı, işlenmiş olan bir işkence suçunun tespiti ve delillerin kaybolmadan toplanması ve faillerinin cezalandırılmaları açısından hayati bir önem taşımaktadır.

Birleşmiş Milletler İşkenceyi Önleme Komitesi bazı temel güvencelerin, alıkonulma nedenine bakılmaksızın özgürlüğünden yoksun bırakılan bütün kişiler için geçerli olduğuna vurgu yapmaktadır. Bu tür güvenceler; öncelikle alıkonulan kişilerin resmi kaydının tutulmasını, hakları konusunda bilgilendirilmesini, gecikmeksizin bağımsız hukuksal yardım alma hakkını, bağımsız tıbbi desteği, yakınları ile bağlantı kurma hakkını, alıkonulma mekânlarının izlenmesi için tarafsız mekanizmaların kurulması ihtiyacını, işkence veya kötü muamele görme riski altında bulunan kişiler ile alıkonulanların şikâyetlerinin zaman kaybetmeksizin ve tarafsız bir şekilde incelenmesini, haklarının savunulması ve gördükleri muamelenin yasallığının sorgulanması için hukuksal ya da diğer araçların ulaşılabilir olmasını kapsamalıdır.<sup>182</sup>

Alıkoyma işlemi ister adli, ister idari bir dayanılarak yapılsın, her iki durumda da alıkonulan kişinin özgürlüğünün kısıtlandığı ilk andan itibaren ve özgürlüğüne yeniden kavuşuncaya kadar kendisine tanınan haklardan ve usule ilişkin güvencelerden faydalandırılması gerekmektedir. Ancak kişinin, usule ilişkin güvencelerden faydalanmaya başlaması gereken anın belirlenebilmesi için öncelikle özgürlüğünden kısıtlanmanın ne zaman başladığının tespiti önemlidir.

Ceza hukukumuzda göre kişi özgürlüğünün kısıtlanması, “yakalama” anı ile başlamaktadır. Kişinin gözaltına alınması ve tutuklanması için önce hakkında yakalama işlemi yapılması gerekecektir.

<sup>182</sup> 2 No.lu Genel Yorum, para. 13

Yakalama, kişinin fiilen denetim altına alınması nedeniyle kendisini objektif olarak serbest hissetmediği an başlamış sayılmaktadır.<sup>183</sup> Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nde **'yakalama'**;

“Kamu güvenliğine, kamu düzenine veya kişinin vücut veya hayatına yönelik var olan bir tehlikenin giderilmesi için denetim altına alınması gereken veya suç işlediği yönünde hakkında kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunan kişinin gözaltına veya muhafaza altına alma işlemlerinden önce özgürlüğünün **geçici olarak ve fiilen** kısıtlanarak denetim altına alınması”

olarak tanımlanmıştır.<sup>184</sup>

Yakalama yoluyla kişi özgürlüğünün kısıtlanmasından söz edebilmek için özgürlüğün sınırlanmasının çok uzun sürmesi gerekmemektedir. Önemli olan kişinin özgürlüğünün ve serbestçe hareket edebilme iradesinin “geçici olarak ve fiilen” engellenmiş olmasıdır. Kolluk görevlileri, kişilerin özgürlüklerini güç kullanarak sınırlayabileceği gibi sözlü olarak veya davranışları ile yanlarından ayrılmamaları gerektiğini belirterek de sınırlayabilir. Yani, kişinin kendi isteği ile bulunduğu yerden ayrılmadığı an yakalama işlemi hukuken başlamış sayılır.

Yakalama ya suç işlendikten sonra şüphelinin ele geçirilmesi için yapılır ki buna **“adli yakalama”**; herhangi bir kimseyi bir tehlikeden korumak için yapıldığında da **“önleme yakalaması”** denir.<sup>185</sup> Adli yakalama yapılabilmesi için işlenmiş bir suç ya da suç şüphesi gerekirken önleme yakalamalarında suç işlenmiş olması gerekmemekte, kamu emniyeti ve kamu düzeninin korunması için gerekli olan hallerde kolluk görevlileri özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirlere başvurabilmektedir. Yine önleme yakalaması sonrasında, koşulları mevcutsa kişiler muhafaza altına alınabilir.<sup>186</sup>

Adli yakalama işlemi ve sonrasında geçerli olan usuli güvencelerin tümünün, önleme yakalamalarında ve muhafaza altına alma işlemlerinde de uygulanması gerektiği açıktır.<sup>187</sup>

Diğer yandan 2007 yılında yapılan değişiklik ile Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'na eklenen ve kişi özgürlüğünü sınırlama sonucu doğuran **“durdurma ve kimlik sorma”** kavramına da ayrıca değinmek gerekmektedir.<sup>188</sup>

Ashında kişi özgürlüğünü kısıtlama sonucu doğuran koruma tedbirleri arasında “durdurma” şeklinde bir müessese yoktur ve Türk anayasal sistemi içinde bu kavrama yer bulabilmek mümkün değildir.

Yasa maddesinin kendi içinde barındırdığı sorunlar ve hukuka aykırılıklar bir yana, durdurma işleminin özünde yakalama tedbiri niteliği taşıdığı açıktır. Çünkü bu durumlarda da kişinin özgürlüğü geçici olarak ve fiilen kısıtlanmakta, kişi kendi özgür iradesi ile bulunduğu yerden ayrılmamaktadır.

<sup>183</sup> Kunter/Yenisey, “Yakalama ve İfade Alma”, Beta Yayınları, 1. Baskı, s.816

<sup>184</sup> YGAİAY m.4

<sup>185</sup> İ. Şahin, “Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma”, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s.29

<sup>186</sup> YGAİAY m.4'te 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 alıkonulması” şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>187</sup> PVSK m.13, YGAİAY m.6/4, 6/10, 8/3

<sup>188</sup> PVSK m.4/A; Ayrıntı için bkz. 7s. 174-175

Kuşkusuz özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin kullanması gereken usuli güvencelerin hepsinin amacı sadece işkenceyi önlemeye yönelik değildir. Bazı güvencelerin varlığı; bir yandan kişileri işkence, kötü muamele ya da diğer hak ihlallerine karşı korurken, diğer yandan da savunma hakkı ve adil yargılanma hakkının sağlanması için olmazsa olmaz koşullar arasında sayılmaktadırlar (örn; susma hakkı, avukata erişim hakkı, yargıç güvencesi gibi...).

Ancak bu bölümde usuli güvenceler; daha çok işkencenin önlenmesi ya da işlenmiş olan bir işkence suçunun hızlı ve etkili bir şekilde soruşturulmasına etkisi yönüyle değerlendirme konusu yapılmıştır. Bu bağlamda öne çıkan usuli güvenceler ise şunlardır:

**1. Suçlama ve hakların bildirilmesi; 2. Avukata erişim hakkı; 3. Yakınlarına haber verme hakkı; 4. Hekime erişim hakkı; 5. Susma hakkı; 6. Yargıç önüne çıkarılma hakkı; 7. Kayıtlar**

## 1. SUÇLAMA VE HAKLARIN BİLDİRİLMESİ

### a. Uluslararası standartlar

Yakalanan ve/veya gözaltına alınan kişinin kendisine isnat edilen suçlamanın ne olduğu ve sahip olduğu haklar konusunda eksiksiz bir şekilde ve derhal bilgilendirilmesi gerekmektedir. Bu hak; kişi özgürlüğü ve güvenliği, adil yargılanma gibi birbiriyle iç içe geçmiş bir dizi hakla doğrudan ilişkili olduğu kadar işkence yasağı açısından da büyük bir önem taşımaktadır. Özgürlüğü kısıtlanan kişinin, bu aşamada etkin bir şekilde bilgilendirilmesi, bilgilendirmenin gerektiği gibi yerine getirilmesi, işkence ve kötü muamele ile mücadelenin en temel taşlarından birisidir.

**Alıkonulan kişi, hakkındaki suçlama ve sahip olduğu haklar konusunda anlayacağı dilde/şekilde ve derhal bilgilendirilmelidir.**

Kişinin kendisine tanınan hakları etkili bir şekilde kullanabilmesi, öncelikle bu hakların ne olduğuna ve nasıl kullanılacağına dair zamanında ve ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilebilmesi ile mümkün olabilir. Yine kişinin alıkonulma nedeni hakkında kendisine yüzeysel biçimde bilgi verilmesi yeterli olmayıp, olayın esasına ilişkin bilgilendirme yapılması gereklidir.<sup>189</sup>

**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**'nin 5/2. maddesine göre yakalanan kişi yakalama sebepleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama hakkında, en kısa süre içinde anlayacağı bir dille bilgilendirilmek zorundadır:

“Yakalanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı dilde bildirilir.”

**Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi**'ne göre; Sözleşme'nin 5. maddesinin 2. fıkrasının anlamı, kişinin gözaltına alınmasına temel teşkil eden olayın hukuksal ve fiili nedenleri hususunda basit bir dille, anlayabileceği şekilde bilgilendirilmesidir. Böylelikle kişinin Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrası uyarınca gözaltı ve yakalama işleminin hukukiliğine itiraz edebilmesine olanak sağlayan (yakalama ve gözaltına alınması iş-

<sup>189</sup> AİÖK, 12 No.lu Genel Rapor, para.44; ayrıca bkz. Komite'nin Türkiye hakkında hazırlamış olduğu rapor, CPT/Inf (99)2, para.26



leminin nedenleri hakkında) yeterli bilgiyle donatılması gerekmektedir.<sup>190</sup> Örneğin; kişiye sadece hangi yasa maddesi çerçevesinde yakalama yapıldığının söylenmiş olması AIHS m.5/2'nin amacı doğrultusunda güvence altına alınan hakkın yerine getirildiği anlamını taşımamaktadır.<sup>191</sup>

Konuyla ilgili uluslararası belgelerden bir diğeri olan BM Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi de benzer bir şekilde, gözaltına alma işlemi sırasında şüphelinin gözaltına alınma sebepleri ve suçlama hakkında bilgilendirilmesini garanti altına almıştır:

“Gözaltına alınan bir kişi, gözaltına alınması sırasında gözaltına alınma sebepleri ve kendisine yöneltilen suçlama hakkında derhal bilgilendirilir.”<sup>192</sup>

Yine aynı Sözleşme'nin 13/3-a maddesinde; hakkında bir suç isnadı bulunan kişinin, bu isnadın niteliği ve nedenleri konusunda ayrıntılı bir şekilde ve dilde derhal bilgilendirilmesi gerektiği belirtilmektedir.

**BM Herhangi Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü (TUHAK)**, gözaltı sebepleri ve suçlama hakkında bilgilendirilme hakkını tek bir başlık altında düzenlemiştir:

“Gözaltına alınan bir kimse, gözaltına alındığı anda gözaltına alınma sebepleri konusunda ve hemen sonra kendisine isnat edilen suçlar hakkında bilgilendirilir.”<sup>193</sup>

Özgürlüğünden alıkonulmuş kişiye tanınan, suç isnadını öğrenme ve hakları konusunda bilgilendirmeye dair sağlanan güvencenin anlamlı olabilmesi için haklarını açık bir şekilde tanımlayan bir belgenin kendisine verilmesi, kişinin ilgili metni okuyup gereğini anladığından emin olduktan sonra haklarını öğrendiğine dair bir belgeyi imzalaması önemli bir güvence sağlayacaktır.<sup>194</sup>

“Ulusal güvenliğin” söz konusu olduğu durumlarda dahi kolluk görevlileri tarafından kişiye alıkonulma nedeninin yazılı olarak verilmesi gerekmektedir. Çünkü yazılı bir belge kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasına dair işlemin yargıç tarafından denetlenmesini talep edebilmesi açısından büyük önem taşımaktadır.<sup>195</sup>

## b. İç hukuk

**Anayasanın** 19. maddesi, yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama ve tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddiaların herhalde yazılı ve bunun mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda hâkim huzuruna çıkarılınca kadar bildirilmesini öngörmektedir.<sup>196</sup>

**Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğine** göre; yakalanan kişilere, yakalama sebebi her halde yazılı, bunun mümkün olmaması halinde ise sözlü olarak

<sup>190</sup> Fox, Campbell ve Hartley/Bileşik Krallık, Başvuru No: 12244/86, 12445/86 ve 12383/86, 30 Ağustos 1990 tarihli kararlar

<sup>191</sup> Murray/Birleşik Krallık, Başvuru No: 14310/88, 28 Kasım 1994 , para.76

<sup>192</sup> MSHS m.9/2

<sup>193</sup> TUHAK, Prensip 10

<sup>194</sup> AiÖK Standartları, 12. Genel Rapor [CPT/Inf (2002) 15], para.4

<sup>195</sup> BM İnsan Hakları Komitesi Gözlemleri: Sudan, [CCPR/C/79/Add.85] 19 Kasım 1997, para.13.

<sup>196</sup> Anayasa m.19/4

derhal bildirilmelidir.<sup>197</sup> Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nda da konuya ilişkin benzer bir düzenleme yer almaktadır.<sup>198</sup>

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 90/4. maddesinin ilk halinde de yakalama yapan kolluğun, kişiye yasal haklarını derhal bildirmesi yönünde bir düzenleme yer almaktaydı. Ancak 5553 sayılı Yasa<sup>199</sup> ile yapılan değişiklik sonrasındaki madde metnine göre; kolluk yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanuni haklarını bildirecektir.

CMK'da yapılan söz konusu değişiklik, işkencenin önlenmesi amacı taşıyan bu güvencenin uygulamada zayıflatılmasının ve etkisiz kılınmasının önünü açmış durumdadır. Yukarıda da değinildiği üzere şüpheli ve sanığa tanınmış olan hakların, özgürlüğün kısıtlandığı anda derhal bildirilmesi gerekmektedir. Derhal bildirim, kişinin haklarını öğrenmesi ve kullanmasının sağlanabilmesi için zorunludur. Kaldı ki, kişiye tanınan hakların bir kısmının özgürlüğün kısıtlandığı ilk anda bildirilmesi (yakınlarına haber verme, avukata erişim, hekime erişim, susma hakkı gibi) bir yandan savunma ve adil yargılanma hakkının sağlanabilmesi diğer yandan da kişinin işkence ya da kötü muameleyle karşı korunması açısından oldukça önemlidir.

Bu bağlamda yapılan değişiklik bir sorun alanı olarak karşımızda durmaktadır. Bunun önüne geçilebilmesi ve uygulamada çeşitli hak ihlallerine yol açmaması için CMK'daki söz konusu madde metninin uluslararası hukuk normları ışığında yorumlanması gerekmektedir. Yani, yakalanan kişiye, kolluk tarafından 'fiilen kontrol altına alındığı anda', derhal hakları bildirilmelidir. Bu düzenleme, alıkonulan kişi kolluk birimine götürüldükten, nezarete konulduktan sonra ya da ifade almadan hemen önce haklarının hatırlatılacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. AIHM, çok yakın bir tarihte vermiş olduğu Tanrıkulu ve Diğerleri/Türkiye kararında da bu gerekliliğin yerine getirilmemiş olması nedeniyle Sözleşmesi'nin 5/2. maddesinin ihlaline karar vermiştir.<sup>200</sup>

**Alıkonulan kişiye hakları, kolluk tarafından 'fiilen kontrol altına alındığı anda' bildirilmelidir.**

Dikkat çekilmesi gereken bir başka nokta, şüpheli ve sanık haklarına dair CMK'da yer alan düzenlemelerin belli bir sistematik içinde düzenlenmemiş olmasıdır. Yasanın "yakalama" başlığını taşıyan 90. maddesinde kişiye kanuni haklarının ne zaman bildirileceği düzenleme altına alındıktan sonra, bu hakların kapsam ve içeriğine "ifade ve sorgu tarzı" başlıklı 147. maddede yer verilmiştir.

Yasada bu hakkın kapsamı ve içeriğine, "koruma tedbirleri" başlığı taşıyan 4. kısımda yer verilmeyerek, "ifade ve sorgu" usulüne dair 5. kısımda düzenlenmiş olması yasanın kendi içinde taşıması gereken bütünlüğe uygun düşmemektedir. Çünkü kişi özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğuran koruma tedbirleri ile buna bağlı olarak geliştirilen ve alıkonulan kişinin haklarını koruma amacı taşıyan usuli güvencelerin birbirinden bağımsız olduklarını düşünmek mümkün değildir. Bu nedenle hem kanunun kendi sistematığı içinde bir bütünlük arz etmesinin sağlanması hem de uygulamada yarattığı karışıklık ve belirsizliğin önüne geçilebilmesi amacıyla Yasanın bu yönüyle uluslararası normlara ve Anayasa'ya uygun hale getirilmesi gerekmektedir.

<sup>197</sup> YGAİAY m.6

<sup>198</sup> PVSK m.13/G

<sup>199</sup> 25.05.2005 tarihli 5553 sayılı Kanun m.7

<sup>200</sup> Sinan Tanrıkulu vd./Türkiye, Başvuru No: 50086/99, 03 Mayıs 2007 , para.35

Diğer yandan özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere isnat edilen suçlamanın “derhal” bildirilmesi ilkesine dair mevzuatta bir başka sorun alanı mevcuttur. Polis Vazife ve Selahiyet Yasası’nda kişilere yakalama sebebinin derhal bildirilmesi gerektiği düzenlendikten sonra, bu bildirim “toplu suçlarda en geç hâkim önüne çıkarılıncaya kadar” yapılabileceği belirtilmektedir.<sup>201</sup> Toplu olarak işlenen suçlarda yirmi dört saatlik azami gözaltı süresinin dört güne kadar uzatılabileceği ve yine olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde bu sürenin yedi güne kadar çıkabileceği düşünüldüğünde, kişilerin bu kadar uzun süreler boyunca ne ile suçlandıklarını dahi bilmeden özgürlüklerinin kısıtlanmasının yolu açılmaktadır.

Anayasa da “toplu suçlar” söz konusu olduğunda yakalanan kişilere “en geç hâkim önüne çıkarılıncaya kadar” yakalama sebepleri ve haklarındaki iddiaların bildirileceğini öngörmektedir.<sup>202</sup> Bu yönden bakıldığında, söz konusu yasada yer alan düzenlemenin Anayasa’ya aykırılık teşkil etmediği söylenebilir. Ancak Anayasa’nın, genel olarak kişi hak ve özgürlüklerini güvence altına aldığı ve hangi hal ve koşullarda bu hakkın kısıtlanabileceğine dair bir çerçeve belirlediği unutulmamalıdır.<sup>203</sup> Kaldı ki Anayasa’da böyle bir düzenlemenin yer alıyor olması da hukuk devleti ilkesi ve konuya ilişkin uluslararası norm ve standartlarla bağdaşmamaktadır.

Uygulamada ise gözaltına alınan kişilere haklarının gecikmeksizin bildirilmesine dair aksaklıkların yaşandığı görülmektedir.

TIHV tarafından beş ilde<sup>204</sup> ceza davaları ile ilgilenen avukatlarla yapılan anket çalışmasında, “müvekkillerine gözaltına alınma nedeninin gecikmeksizin bildirilip bildirilmediği” sorusu yöneltilmiştir. Bu soruya, avukatların %46’sı “genelde” yanıtı verirken, toplam %34’ü, gözaltına alınma nedenlerinin hiçbir zaman gecikmeksizin bildirilmediğini veya nadiren bildirildiğini belirtmiştir. **Soruya “her zaman”** yanıtı veren avukatların oranının ise **sadece %2** olması oldukça düşündürücü ve kaygı vericidir.



Hakların bildirilmesi konusunda kolluğa yazılı bildirimde bulunma yükümlülüğü Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği’nde yer almaktadır. Yönetmeliğin 6/7. maddesine göre yakalama işlemi bir tutanağa bağlanmalıdır. Ayrıca;

“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.”

Yine maddenin devamında, kişiye ayrıca haklarının yazılı olarak bildirildiğini ve kendisi tarafından da bu hususun anlaşıldığını belirten "yakalama ve gözaltına alma tu-

<sup>201</sup> PVSK m.13/G, YGAİAY m.6

<sup>202</sup> Anayasa m. 19/4

<sup>203</sup> Diğer yandan 1961 Anayasası’nda bu hakkın “toplu suçlarda hâkim önüne çıkarılıncaya kadar” uzatılmasına dair bir düzenleme yer almamakta, kişi hakkındaki suçlamalar ve yakalama sebeplerinin “hemen bildirilmesi” gerektiği belirtilmektedir. Söz konusu değişiklik 1982 Anayasası ile hayata geçirilmiştir.

<sup>204</sup> Ankara, İstanbul, İzmir, Diyarbakır ve Adana (Mersin)

tanağı şüpheli ve sanık hakları formu" düzenlenerek imzalı bir örneğinin verileceği belirtilmiştir.

Ancak Yönetmeliğin ekinde örneği yer alan bu matbu formlar, uygulamada neredeyse hiçbir zaman yakalama anında kişiye verilmemektedir. Yasal zorunluluk olması nedeniyle soruşturma dosyasında yer alması gereken bu formlar, genellikle kolluk açısından "tamamlanması gereken evrak"tan başka bir anlam ifade etmemektedir. Bu nedenle matbu formlar, şüpheli sıfatıyla alıkonulan kişi ya savcı önüne çıkarılmadan önce ya da serbest bırakılmadan önce kendisine imzalatılarak soruşturma dosyasına eklenmektedir.

TİHV tarafından yapılan anket çalışması sonuçları da bu tespiti destekler niteliktedir. Avukatlara, "gözetilme alınma nedeninin müvekkillerine yazılı ve sözlü olarak bildirilip bildirilmediği" sorulmuştur. Ancak çalışmamıza katılan avukatların toplam % 71'lik oranı temsil eden büyük bir çoğunluğu, müvekkillerine gözetilme alınma nedenlerinin 'hiçbir zaman veya nadiren' hem yazılı hem de sözlü olarak bildirildiğini belirtmiştir. 'Genellikle' hem sözlü hem de yazılı bildirilir yanıtı veren avukatların oranı %14'te kalmıştır. **'Her zaman' yanıtını işaretleyen avukat ise maalesef hiç yoktur.**



Yine uluslararası norm ve standartlarda alıkonulma nedeninin tek başına bildirilmiş olmasının yeterli olmayacağı, hakkın tam olarak yerine getirilmiş sayılması için kişiye anladığı dilde ve şekilde açıklanması gerektiği belirtildiği halde, iç hukuk mevzuatımızda bu husus açıkça düzenlenmiş değildir. Konuya ilişkin yasa ve yönetmelik maddelerinin tamamında<sup>205</sup> alıkonulma nedeninin nasıl ve ne şekilde bildirilmesi gerektiği belirtilmemektedir.

Uygulamada da bu hakkın kolluk tarafından uluslararası normlara uygun olarak kullanılmadığını; kişilere yakalama/gözetilme alınma nedeni ve ne ile suçlandığı bildirilirken kişilerin eğitim durumu, algı kapasiteleri ya da Türkçe bilip bilmedikleri hususlarının sıklıkla göz ardı edildiğini söylemek mümkündür.



Avukatlarla yapılan anket çalışmasında, gözetilme alınma nedeninin müvekkillerine "anladığı dilde ve şekilde" bildirilip bildirilmediği yönündeki soruya avukatların %28'lik bir oranı 'hiçbir zaman' yanıtını vermiştir. Yine bu hakkın 'nadiren' anlaşılır bir dilde ve şekilde bildirildiğini belirten avukatların oranı ise %25'tir. %14'ü soruya 'bazen' yanıtı verirken, %33'lük bir kesim 'genelde' şeklinde cevaplamıştır. Yine ne yazık ki, çalışmaya katılan **avukatların hiçbiri sorulan soruya 'her zaman' yanıtını vermemiştir.**

<sup>205</sup> Anayasa m. 19/4; CMK m.90/4, m.147;PVSK m.13/G; YGAIAY m.6,

## 2. YAKINLARINA HABER VERME HAKKI

### a. Uluslararası standartlar

Yakalanan kişinin yakınlarına ya da kendi seçeceği üçüncü bir kişiye yakalandığını haber verme hakkı, adil yargılanma hakkının gerektirdiği bütün hakların kullanımını sağlamak ve işkence yasağını teminat altına almak bakımından son derece önemli ve özen gösterilmesi gereken bir haktır.

Ancak bu hakkın uygulamada işlevli olabilmesi ve amacına ulaşabilmesi için gözaltı süresi içinde herhangi bir zamanda değil, “derhal” yapılması gerekmektedir. Yakalama ve gözaltı işleminin şüphelinin yakınlarına derhal bildirilmesi ve böylelikle de şüphelinin dış dünya ile temasının sağlanması zorunluluğu, yakalanan veya gözaltına alınan kişinin başta can güvenliğini garanti altına alacak, işkence ve kötü muameleye veya herhangi bir keyfi muameleye maruz kalma riskini en aza indirecek bir usuli güvencedir.

**BM Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü**'nün 16. maddesi çok açık bir şekilde yakalanan ve gözaltına alınan kişilerin yakınlarına veya kendileri tarafından belirlenecek üçüncü kişilere durumları hakkında bilgi verilmesi hakkına sahip olduklarını belirtir:

“1. 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.”

“3. Tutulan veya hapsedilen kimse küçük ise veya haklarını anlayamayacak durumda ise, yetkili makam bu prensipte belirtilen bildirim kendiliğinden yapar. Tutulan kimsenin ailesine veya vasilerine bildirimde bulunulması için özel bir dikkat gösterilir.”

“4. Bu prensipte yer alan bildirimler hiç vakit geçirilmeksizin yapılır veya yapılmasına izin verilir. Ancak yetkili makam, soruşturmanın gerektirmesi halinde bir bildirim yapılmasını makul bir süre erteleyebilir.”

**BM İşkence Özel Raportörü**, alıkonulan kişinin yakalanması, tutuklanması, hapsedilmesi ya da nakli sırasında, yakınları ya da kendi seçeceği üçüncü bir kişinin bu durumdan haberdar edilmesi gerektiğini tavsiye etmektedir.<sup>206</sup> Yine Raportöre göre, kişinin bir yakını her halükarda 18 saat içinde yakalama işleminden ve kişinin alıkonulduğu yerden haberdar edilmelidir.<sup>207</sup>

BM İnsan Hakları Komitesi, alıkonulananın korunmasını sağlayabilmek için, doktoru ve avukatına her durumda, aile bireylerine ise soruşturmanın gerektirdiği hallerde uygun bir denetim ile hızlı ve düzenli bir erişimin sağlanması gerektiğine vurgu yapmaktadır.<sup>208</sup>

***Kişinin, yakalandığını yakınlarına ve kendisinin belirleyeceği üçüncü bir kişiye bildirmesi hakkının etkili olabilmesi için, alıkonulana bu hak derhal kullanılmalıdır.***

<sup>206</sup> Birleşmiş Milletler İşkence Özel Raportörünün 23 Aralık 2003 tarihli raporu, E/CN.4/2004/56, para.31

<sup>207</sup> BM Özel Raportörü, E/CN.4/2004/56, para.31 ve E/CN.4/2003/68, para.26 (g)

**Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi** de, prensip olarak gözaltına alınan kişinin, durumunu üçüncü bir kişiye iletme hakkının nezaretin başından itibaren güvence altına alınması gerektiğinin önemine dikkat çekmektedir.<sup>209</sup>

## a. İç hukuk

### i. Genel kapsam

Yakınlarına haber verme hakkı, Anayasa'da uluslararası norm ve standartlara uygun olarak güvence altına alınmıştır. **Anayasa**'nın 19/6. maddesine göre;

“Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına **derhal** bildirilir.

Anayasa'da yer alan bu hüküm, hiçbir koşul aramaksızın ve istisnasına yer vermeksizin açıkça “derhal” bildirim öngörmüş olması nedeniyle hakkın özüne uygun bir düzenleme olduğunu belirtmek gerekir.

**Ceza Muhakemesi Kanunu**'nda da yakalanan ve tutuklanan kişilerin yakınlarına haber verilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Yasanın “yakalanan veya gözaltına alınan durumunun yakınlarına bildirilmesi” başlığını taşıyan 95. maddesine göre;

“(1) **Şüpheli veya sanık yakalandığında**, gözaltına alındığında veya gözaltı süresi uzatıldığında, Cumhuriyet savcısının emriyle **bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmeksizin** haber verilir.”

Yine CMK'nın 107. maddesi, **tutuklanan kişilerin** durumunun yakınlarına bildirilmesi gerektiğini düzenlemektedir. Buna göre;

“(1) Tutuklamadan ve tutuklamanın uzatılmasına ilişkin her karardan tutuklunun **bir yakınına veya belirlediği bir kişiye**, hâkimin kararıyla gecikmeksizin haber verilir.

(2) Ayrıca, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla, tutuklunun tutuklamayı bir yakınına veya belirlediği bir kişiye bizzat bildirmesine de izin verilir.”

Kişinin yabancı olması halinde ise yakalama, gözaltına alma ya da tutuklama işleminin ilgili konsolosluğa bildirilmesi gerekmektedir. Ancak bunun için kişinin “yazılı olarak karşı çıkmaması” şartı aranmaktadır.<sup>210</sup>

**Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği**'nde de yakınlarına haber verme hakkı ve bu hakkın nasıl yerine getirileceği düzenlenmiştir. Yönetmeliğin “yakınlarına haber verme” başlığını taşıyan 8. maddesine göre;

“Yakalanan kişinin;

a) Kendisi ile birlikte bir kişi varsa bu kişi vasıtasıyla,

b) Suçun işlendiği veya yakalandığı yerde ikamet ediyorsa ve haber vereceği yakınının telefon numarasını biliyorsa ya da kolluk vasıtasıyla sair suretle tespit edilebiliyorsa, telefon ile,

<sup>208</sup> BM İnsan Hakları Komitesi 20 No.lu Genel Yorum, para.11

<sup>209</sup> Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi, Genel Rapor 12, para. 40, 42

<sup>210</sup> CMK m. 95/2, m.107/3

c) Haber vereceği yakınının telefon numarasını bilmiyorsa ilgili yer kolluğu vasıtasıyla,

d) Konutu suç yeri dışında ise telefonla veya kişinin adresinin bulunduğu yerle ilişki kurulmak suretiyle,

yakalandığı, gözaltına alındığı veya gözaltı süresinin uzatıldığı Cumhuriyet savcısının emriyle **geciksiz bir yakınına veya belirlediği bir kişiye** haber verilir.”

Ayrıca, aynı maddenin devamında **muhafaza** altına alınmak amacıyla yakalama yapılması halinde de, kişinin istediği kanuni yakınına **derhal bildirim** yapılacağı belirtilmektedir.

Çocuklara ilişkin olarak **Çocuk Koruma Kanunu**'nda ayrı bir düzenleme yer almaktadır. Kanununun 31. maddesine göre, korunmaya ihtiyacı olan ya da suça sürüklenen bir çocuk hakkında işleme başlandığında;

- çocuğun velisine, vasisine veya çocuğun bakımını üstlenen kişiye,
- baroya ve Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu'na,
- çocuk resmi bir kurumda kalıyorsa ayrıca kurum temsilcisine

haber verilmesi gerekmektedir.

Yine düzenleme uyarınca, çocuk kollukta iken yanında yakınlarından birinin bulunmasına da imkân sağlanmalıdır. Ancak çocuğu suça azmettirdiğinden veya istismar ettiğinden şüphelenilen yakınlar, haber verme kuralının dışında tutulmuştur.

## ii. Sorun alanları

Anayasada yakalanan, gözaltına alınan ya da tutuklanan kişinin durumu hakkında yakınlarına “derhal” bildirim yapılması öngörüldüğü halde, yasa ve yönetmelikte bildirim “geciksiz” yapılacağı düzenlemesi yer almaktadır. Ancak açıktır ki “geciksiz” kavramı “derhal” kavramına kıyasla hakkın kullanımına dair bir kesinlik ifade etmeyen bir anlam taşımaktadır. Bu anlamda Anayasa ve uluslararası standartlar ile güvence altına alınan yakınlarla bildirim hakkının, uygulamada tam ve etkili bir şekilde yerine getirilmesi açısından sorunlar yaşanabilmektedir.

Türkiye İnsan Hakları Vakfı tarafından avukatlara yönelik yapılan anket çalışması sonuçları da, bu hakkın etkili bir şekilde kullanımına dair uygulamada çeşitli sorunlarla karşılaşıldığını göstermiştir.

Bu kapsamda avukatlara öncelikle müvekkillerine “**yakınlarına haber verme**” hakkının tanınıp tanınmadığı sorusu yöneltilmiştir. Çalışmaya katılan avukatların %17'si ‘her zaman’, % 45'i ise ‘genellikle’ müvekkillerine gözaltına alındığını ailesine ya da kendisinin belirlediği üçüncü bir kişiye haber verme hakkının tanındığını belirtmişlerdir. Bu hakkın müvekkillerine ‘hiçbir zaman’ kullanılmadığını ya da ‘nadiren’ kullanıldığını belirten avukatların oranı da



%22'dir.

Yakınlarına haber verme hakkının, müvekkillerine gecikmeksizin bildirilip bildirilmediği sorulduğunda; 'genellikle' veya 'her zaman' yanıtını veren avukatların oranı %35'lerde kalmıştır. Ancak 'hiçbir zaman' gecikmeksizin bildirilmediğini ya da 'nadiren' gecikmeksizin bildirildiğini belirten avukatların oranı ise %42'dir.



Diğer yandan yakınlarına haber verme hakkının müvekkillerine 'genellikle' **anladıkları bir dilde ve şekilde** bildirildiğini belirten avukatların oranı %33'tür. Haber verme hakkının 'nadiren' ya da 'bazen' anladıkları bir dilde ve şekilde bildirildiğini belirten avukatların toplam oranı %47 iken, 'hiçbir zaman' anladıkları bir dilde ve şekilde bildirilmediğini belirten avukatların oranı ise %11'dir.



Tüm bu soruların yanısıra, gözaltına alınan kişilerin yakınlarına haber verme hakkını kullanması ve gözaltına alınma nedeninin bildirilmesinde çeşitli gerekçeler gösterilerek **fiilen geciktirilmesi ile de sık karşılaştıkları** gözlenmektedir. Avukatların %49'u müvekkillerinin bu hakkının çeşitli gerekçelerle fiilen geciktirildiğini belirtmektedirler ('her zaman' diyenler %4, 'genellikle' diyenler %45). Fiilen geciktirmenin 'hiçbir zaman' yaşanmadığını ya da 'nadiren' fiilen geciktirme yaşandığını belirten avukatların toplam oranı sadece %13'tür.



Tüm bu sonuçlar, uluslararası standartlar ve iç hukuk düzenlemelerine rağmen, uygulamada kolluk görevlileri tarafından çeşitli neden ya da gerekçelerle kişilerin "yakınlarına haber verme" hakkının gereklerini tam anlamıyla yerine getirmede gözler önüne sermektedir.

### iii. Terörle Mücadele Yasası ile getirilen sınırlama

Yakınlara haber verme hakkına dair genel kuralın istisnası Terörle Mücadele Kanunu'nda yer almaktadır. Yasaya göre; bu kapsama giren suçlarda, yakalanan veya gö-



zaltına alınan veya gözaltı süresi uzatılan kişinin durumu hakkında, Cumhuriyet savcısının emriyle sadece bir yakınına<sup>211</sup> bilgi verilir. Bu durumda kişi, yakınlarından başka bir kişiye bilgi verilmesini talep edemeyecektir. Ancak bunun için **“soruşturmanın amacı tehlikeye düşürebilecek bir hal”** söz konusu olmalıdır.<sup>212</sup>

Söz konusu hükmün, uluslararası normlar ve Anayasa’da yer alan düzenlemeler ışığında yorumlanarak, madde metninde belirtilen soruşturmanın tehlikeye düşmesi şartının somut olarak gerçekleşmesi halinde ve istisnai olarak uygulanması gerekmektedir. Ancak uygulamada TMY kapsamında yürütülen suç soruşturmalarında neredeyse otomatik olarak bu maddenin kullanılması hakkın etkili bir şekilde kullanımı önünde büyük bir engel olmaktadır.

TIHV’in avukatlarla yaptığı anket çalışması sonucu elde edilen veriler de bu tespiti doğrular niteliktedir. Çalışmada, avukatlara TMY kapsamında yürütülen suç soruşturmalarında, kişinin yakınlarına haber verme hakkının bir kişi ile sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı sorulmuştur.

Avukatların % 80’i ‘her zaman’ veya ‘genellikle’ gözaltına alınan müvekkillerinin yakınlarına haber verme hakkının ‘soruşturmanın amacını tehlikeye düşüreceği’ gerekçesi ile sadece ‘bir yakın’ ile sınırlandırıldığını belirtmişlerdir. Bu soruya **‘hiçbir zaman’, ‘nadiren’ ve ‘bazen’ yanıtı veren avukatların toplam oranı ise %5 ile sınırlı kalmıştır.**



### 3. AVUKATA ERİŞİM HAKKI

#### a. Uluslararası standartlar

Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin avukata ulaşma hakkı, uluslararası hukuk tarafından çok net bir şekilde kabul edilmiş olan adil yargılanma hakkının temel taşlarından birisini oluşturmaktadır. Kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma işlemini gerçekleştiren güvenlik görevlisi yakaladığı/gözaltına aldığı kişiyi derhal avukata erişim hakkı hususunda bilgilendirmek zorundadır. Böylelikle kişinin, özgürlüğünden yoksun bırakıldığı ilk andan itibaren her aşamada bir avukatın hukuki desteğinden faydalanması sağlanabilecektir. Avukata erişim, **“özgürlüğünden yoksun bırakılma durumundan hemen sonra”** ya da **“alıkonulmanın başından itibaren”** sağlanması gereken bir haktır.<sup>213</sup>

Avukata erişim hakkının bir diğer işlevi ise, alıkonulan kişiyi işkence ve kötü muameleye karşı korumaktır. Kişinin yakalanma anı ve sonrasındaki ilk birkaç saatlik süre gözdağı, sindirme, ruh-

**“Adil yargılanma” ve “savunma” hakkının temel taşlarından olan avukata erişim hakkının, aynı zamanda alıkonulan kişileri işkenceye karşı koruma işlevi de bulunmaktadır. Alıkonulan kişiler, ilk andan itibaren ve her aşamada bir avukata erişme ve onun hukuki yardımından faydalanma hakkına sahip olmalıdır.**

<sup>211</sup> Her ne kadar madde metninde açıklık bulunmasa da, “yakın” kavramını, kişinin ailesinden biri ya da kendi seçeceği üçüncü bir kişi olarak algılamak gerekir. Yine alıkonulan kişiye, durumu hakkında bilgi verilecek olan “bir kişiye” seçme hakkı tanınmalıdır.

<sup>212</sup> Terörle Mücadele Kanunu, m.10/a

sal ve fiziksel kötü muamele riskinin en yüksek olduğu dönemdir. Bu anlamda alıkonulan kişilerin alıkonma anının başından itibaren ve daha sonraki her aşamada avukata erişim olanağının sağlanması işkence ve kötü muameleye karşı alınabilecek en temel önlemlerdir.<sup>214</sup>

Avukata erişim olanağın varlığı, gözaltına alınan kişiye kötü muamele yapma niyeti olan kişiler üzerinde de caydırıcı etki yaratacaktır. Diğer yandan, avukatlar devam eden herhangi bir kötü muamelenin durdurulmasını sağlamak üzere önleyici tedbirlerin alınmasını da talep edebilecek konumdadırlar.<sup>215</sup> Bu nedenle alıkoyma işleminin sorumlu olan yetkililer, kişiyi avukat talep etme hakkına sahip olduğu konusunda bilgilendirmek ve bu hakka erişimi için kendisine makul kolaylıkları sağlamakla yükümlüdürler.<sup>216</sup> BM İnsan Hakları Komitesi de alıkonulan kişilerin avukata hızlı ve düzenli biçimde erişimlerinin sağlanmasının önemine vurgu yapmaktadır.<sup>217</sup>

“Avukata erişim hakkı” sadece şüpheli ya da sanıklar için geçerli olan bir hak olarak algılanmamalıdır. Gözaltı biriminde bulunma veya bu birimde kalma konusunda yasal yükümlülük altında olan herkesin, örneğin bir tanığın da avukata erişim hakkı vardır.<sup>218</sup>

**BM Avukatın Rolüne Dair Temel Prensipler<sup>219</sup> (Havana Kuralları)** ulusal makamların kendi toprakları içinde bulunan herkesin etkin ve eşit bir şekilde avukata ulaşma haklarını temin etmekle yükümlü olduğunu belirtmektedir:

“1. Herkes haklarının varlığını tespit ettirmek ve korumak ve ceza muhakemesinin her aşamasında haklarını savunmak için kendi seçtiği bir avukatın yardımına başvurma hakkına sahiptir.

2. Hükümetler, ırk, renk, etnik köken, cinsiyet, dil, din, siyasi veya başka bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, doğum, ekonomik veya başka bir statüye dayanan bir ayrımcılıkla hiç bir ayırım yapmaksızın, egemenlik yetkisine tabi olan ve ülke içinde bulunan herkesin, avukata etkili bir biçimde ve eşit olarak ulaşma hakkını sağlayan etkin usulleri ve ihtiyaçlarına karşılık verebilecek mekanizmalar kurar.

3. Hükümetler, yoksullara ve gerektiği takdirde mahrumiyet içinde bulunan diğer kimselere adli hizmet verilmesi için yeterli mali imkânlar ve başka kaynaklar sağlar...”

Havana Kuralları ayrıca özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin yakalama ve/veya gözaltı sırasında kendi seçecekleri avukatlarla görüşme hakları olduğu hususunda bil-

<sup>213</sup> İşkence İddialarının Soruşturulması; Avukatlar İçin İstanbul Protokolü Uygulama Kılavuzu (Legal Investigations of Torture Allegations; A Practical Guide to the Istanbul Protocol for Lawyers, Gözden geçirilmiş baskı), 2007; (Bundan sonra ‘Avukatlar İçin İstanbul Protokolü Uygulama Kılavuzu’ olarak anılacaktır); <http://www.ircot.org/Istanbul-Protocol--Training-materials-606.aspx?Printerfriendly=2>

<sup>214</sup> AİÖK, inf/E(2002) 1 – Rev. 2006, s.12, para.41

<sup>215</sup> AİÖK, 12 No.lu Genel Rapor, para.41

<sup>216</sup> BM İnsan Hakları Komitesi Genel Yorum 13, m.14 (yirmibirinci oturum, 1984), İnsan Hakları Sözleşme Organları tarafından Kabul Edilmiş Genel Yorumlar ve Genel Tavsiyeler Derlemesi. [HRINGEN\1\Rev.1 at 14 (1994)], para.9

<sup>217</sup> Birleşmiş Milletler Özel Raportörü P. Kooijmans tarafından İnsan Hakları Komisyonu’nun 1989/33 sayılı kararına uygun olarak sunduğu 18 Aralık 1989 tarihli rapor, E/CN.4/1990/17

<sup>218</sup> Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler, İlke 6; AİÖK, 12 No.lu GR, para.41.

<sup>219</sup> 7 Eylül 1990 tarihinde Küba’nın başkenti Havana’da yapılan Suçun Önlenmesi ve Suçlulara Yapılacak Muamele konulu 8. Birleşmiş Milletler Kongresinde kabul edilmiştir.

gilendirilmelerinin sağlanması amacıyla hükümetlerin gerekli mevzuat ve uygulama tedbirleri almalarını zorunlu kılmaktadır.<sup>220</sup>

Yine aynı belge uyarınca özgürlüğünden yoksun bırakılan herkesin derhal bir avukatla görüşmesinin sağlanması ve görüşmenin gizlilik içinde yapılmasının temin edilmesi gerekmektedir:

“8. Gözaltına alınan, tutulan veya hapsedilen herkesin, bir avukat tarafından vakit geçirilmeden ziyaret edilmesi, kesintisiz biçimde iletişim kurabilmesi ve sansüre uğramadan tam bir gizlilik içinde görüşebilmesi için yeterli imkânlar, zaman ve kolaylıklar sağlanır. Kanun adamları görüşmeleri gözle izleyebilir fakat dinleyemez.”

**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, sanık statüsüne sahip olan kişilerin kendi seçecekleri bir avukatın hukuksal yardımından faydalanması gerektiğini belirtmektedir. Eğer kişi mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti için gerekiyorsa mahkemece bir avukat görevlendirilmeli ve avukat tarafından sağlanacak hukuki yardım ücretsiz olmalıdır.<sup>221</sup>

Her ne kadar Sözleşmenin ilgili hükmünün lafzı “*her sanığın*” avukat yardımından yararlanma hakkına sahip olacağını ifade etmiş olsa da konuyla ilgili AIHM kararlarında avukata ulaşma hakkının soruşturmanın ilk aşamasından itibaren geçerli olduğu ifade edilmektedir.

Nitekim AIHM Türkiye aleyhine verdiği bir kararında kişinin hangi gerekçeyle olursa olsun hazırlık aşamasındaki polis sorgusu sırasında avukat yardımından yoksun bırakılmasının, sonraki aşamalarda adli tahkikatın gerektiği şekilde yürütülmesine engel olacağı gerekçesiyle Sözleşmenin 6.maddesinin 3. fıkrasının c bendinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.<sup>222</sup>

Yakalama ve gözaltına alma sonrasında kişinin avukatıyla iletişim kurma ve danışma hakkı, yapılan görüşmelerin herhangi bir dinleme ve sansüre tabi tutulmaksızın tam bir gizlilik içinde yapılmasını da kapsar. Görüşmenin gizliliği mutlak bir şekilde sağlanmalı ve alıkonulan kişinin avukatıyla sağlıklı bir görüşme yapabilmesi için özel bir görüşme odası temin edilmelidir. Ayrıca yapılacak görüşmelerde yeterli zaman ve kolaylık sağlanması zorunludur.<sup>223</sup>

BM İşkence Özel Raportörü, ulusal mevzuatın özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin yakalanmalarının veya gözaltına alınmalarının hemen akabinde avukatla götürülmelerini sağlayacak şekilde tesis edilmesinin gerekli olduğunu ifade etmektedir.<sup>224</sup> Raportör, söz konusu hakkın etkin olabilmesi için avukatların, özellikle de mali durumu yeterli olmayan şüpheli ve sanıklara hizmet verecek olan avukatların, devlet aygıtından bağımsız olmalarının gerekliliğine vurgu yapmıştır. Raportör, şüpheli ve/veya sanığın seçmiş olduğu belirli bir avukatla görüşmesinin güvenlik açısından bir problem teşkil edeceğinin iddia edilmesi durumunda bu kişinin seçtiği avukatıyla görüşmesinin ancak yargı kararıyla sınırlandırılabilceğini belirtmektedir. Ancak

<sup>220</sup> BM Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler, Prensip 5

<sup>221</sup> AİHS m.6/3-c, Ayrıca bkz. TUHAK Prensip 17

<sup>222</sup> Kolu/Türkiye, Başvuru no:35811/97, 02 Ağustos 2007 , para. 62; Ayrıca bkz. Öcalan-Türkiye [BD], Başvuru No: 46221/99, 12.05.2005, para.131

<sup>223</sup> TUHAK Prensip 18

<sup>224</sup> BM Özel Raportörü; A/56/156, 3 Temmuz 2001

her koşulda bağımsız bir avukatla (baro tarafından tavsiye edilecek bir avukatla) görüşmesinin sağlanmasının zorunlu olduğunu ifade edilmiştir.

Diğer yandan “avukata erişim hakkı” sadece kişi ile avukatının görüşme yapmasını güvence altına almamaktadır. Bu hak aynı zamanda avukatına danışma, savunmasını hazırlayabilmesi için avukatın ilgili belgelere ve diğer delillere ulaşması ile bunları avukatıyla değerlendirebilmesini de içeren bir haktır.<sup>225</sup>

## b. İç hukuk

### i. Genel kapsam

Avukata erişim hakkı, iç hukukta çeşitli yasa ve yönetmeliklerle düzenlenmiştir. Ancak uluslararası standartlar tarafından genel çerçevesi çizilen bu hak, iç hukukta kısmen daraltılmış ve belirli durumlarda kısıtlanabilir hale getirilmiştir.

Ceza Muhakemesi Yasası'nın 149/1. maddesi uyarınca şüpheli ya da sanık soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında avukatın hukuki yardımından faydalanabilecektir. Şayet kanuni temsilcisi varsa, o da şüpheli ya da sanık için avukat seçebilir.<sup>226</sup> Kişiye hukuksal yardımda bulunacak avukat sayısında kural olarak bir sınırlama bulunmamakla birlikte, yasa soruşturma evresinde **ifade alma sırasında bu sayıyı üç avukat** ile sınırlandırmıştır.<sup>227</sup>

Avukata erişim hakkının genel kapsamı CMK'nın 149/3. maddesi ile belirlenmiştir. Buna göre; soruşturma ve kovuşturma evrelerinin **her aşamasında** avukatın, **şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuکی yardımda bulunma** hakkı engellenemez, kısıtlanamaz.<sup>228</sup> Bu madde hükmü, müdafinin yalnızca ifade veya sorgu işleminde hazır bulunma anlamına gelmediğini yoruma yer bırakmayacak şekilde düzenlemiştir. Bu hak, kişinin alıkonulduğu ilk andan başlayarak yeniden özgürlüğüne kavuşacağı ana kadar sürecin tamamını kapsamaktadır ve “her türlü hukuki yardımda bulunma” hakkını içermektedir.

Ceza Muhakemesi Yasası ile Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nde görüşmenin gizliliğine dair benzer düzenlemeler yer almaktadır.<sup>229</sup> Buna göre;

- Şüpheli ya da sanık avukatı ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duymayacağı bir ortamda görüşebilir. Her kolluk biriminde görüşme için uygun şartları taşıyan bir oda ayrılması zorunludur.
- Bu gizlilik kuralı kişi ile avukatı arasındaki yazışmaları da kapsamaktadır. Yazışmalar da denetime tabi tutulamazlar.

Ancak avukata erişim hakkına dair uygulamada çeşitli aksamaların yaşandığı görülmektedir. Bu hak mevzuata uygun olarak tam ve gereği gibi yerine getirilmemektedir. TİHV tarafından yapılan anket çalışması sonuçları da, avukatların özellikle görüşmenin gizliliği ve kapsamına dair sorunlar yaşadığını göstermektedir.

<sup>225</sup> TUHAK Prensip 17 ve 18/1

<sup>226</sup> Ayrıca bkz. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m.20/1

<sup>227</sup> CMK m.149/2

<sup>228</sup> Ayrıca bkz. YGAİAY m.20/3

<sup>229</sup> CMK m.154, YGAİAY m.21

Anket çalışmasında, mevzuat uyarınca kişilerin avukatları ile **kimsenin duyamayacağı bir ortamda görüşme** yapılmasının sağlanıp sağlanmadığı sorusu yöneltilmiştir. Avukatların %53'ü bu soruya 'genelde' yanıtı vermiştir. Ancak %12'si 'nadiren' veya 'hiçbir zaman'; %23'ü ise sadece 'bazen' avukat görüşmesinin bu koşullar altında yapılabildiğini belirtmektedir. Bu oranlar görüşmenin gizliliği kuralının uygulamada önemli sayılabilecek bir oranda ihlal edildiğinin göstergesidir.



Diğer yandan görüşme için **yeterli zaman ve olanakların** sunulduğu ortamlarda avukat görüşmesi yapılabildiğini belirten avukatların oranı da oldukça düşüktür ('her zaman' %8, 'genellikle' %32). Avukatların %4'ü 'hiçbir zaman' %19'u 'nadiren', %37'si ancak 'bazen' görüşme için yeterli zaman ve olanakların sağlandığını belirtmektedirler.



Avukata erişim hakkı, kişilerin alıkonuldukları birimde işkence ve kötü muamele gördüğü ya da bu riskin çok yüksek olduğu durumlarda özellikle önem kazanmaktadır. Devam eden işkencenin önlenerek kişinin güvenliğinin sağlanması ve işkence suçuna dair deillerin gecikmeksizin toplanması bu hakkın tam ve gerektiği şekilde kullanılabilmesi ile mümkün olabilecektir.

Aslında bu nedenle uygulamada, işkence ve kötü muamele vakalarının yaşandığı durumlarda kişinin avukata erişim talebi kolluk tarafından çoğunlukla reddedilmektedir. Yine bu tür vakalarda avukatın gözaltındaki müvekkiline ulaşması fiilen engellenilmekte, görüşme çeşitli gerekçeler öne sürülerek geciktirilmeye çalışılmaktadır.

Yine işkence ve kötü muamele vakalarında suç failleri ile diğer kolluk görevlilerinin mesleki dayanışma göstererek birbirlerini koruma güdüsü içinde hareket ettikleri sıklıkla gözlemlenmektedir. Kolluğun bu tavrı alıkonulan kişiye tanınmış olan hakların fiilen kullanılmamasına yönelik pasif bir direniş olarak karşımıza çıkabildiği gibi, zaman zaman işkence mağduru dışındaki kişilere, örneğin avukatlara yönelik fiziki saldırıya da dönüşebilmektedir.<sup>230</sup>

Yine mevzuata göre, avukat soruşturma evresinde dosya içeriğini kural olarak inceleyebilmeli ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilmelidir.<sup>231, 232</sup>

Ancak 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren Kalem Yönetmeliği<sup>233</sup> ile bu hakkın kullanımı için belirli koşullar öngörülmüştür. Yönetmeliğin 45. maddesi uyarınca;

<sup>230</sup> Bkz. "Bölüm IV - Bağımsız Soruşturma" başlığı altında yer alan örnek vaka, s. ???

<sup>231</sup> CMK m.153, YGAİAY m.22/1

<sup>232</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından, YGAİAY'nin 22/1. maddesi metninde yer alan "kollukta bulunan soruşturma dosyası için yetkili Cumhuriyet savcısının yazılı emri gerekir" düzenlemesi hakkında yürütmeyi durdurma kararı verilmiştir (15.12.2005 gün ve 2005/762 sayılı karar).

<sup>233</sup> Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik (Sayı: 25832)

avukatın soruşturma aşamasındaki bir dosyayı inceleyebilmesi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla ve görevlendirme belgesi/vekâletname ibraz etmesi halinde mümkün olabilmektedir. Yine avukatın dosyadan istediği belgelerin bir suretini alabilmesi içinse ayrıca dilekçe ile başvurması zorunluluğu getirilmiştir.

Aslında Yönetmeliğin bu hükmü, Ceza Muhakemesi Yasası ve Avukatlık Yasası'na aykırıdır ve normlar hiyerarşisi kuralını açıkça ihlal etmektedir. Ancak, ne yazık ki söz konusu maddenin iptali istemi ile Türkiye Barolar Birliği tarafından açılan dava sonucunda Danıştay tarafından “davanın reddi” kararı verilmiştir.<sup>234</sup>

Avukatın dosyayı inceleme hakkına dair kurala getirilen bir diğer kısıtlama da CMK ve Yakalama ve Gözaltına Alma Yönetmeliği'nde yer almaktadır. Buna göre; soruşturma aşamasında avukatın dosya içeriğini incelemesi ve belgelerden örnek alması soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının istemi ve sulh ceza hâkimin kararı ile kısıtlanabilecektir.<sup>235</sup> Ancak verilen kısıtlama kararı, yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ve bilirkişi raporları ile adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanakları kapsamaz.<sup>236</sup>

Yasa ve yönetmelik, ancak “soruşturma amacının tehlikeye düşme” ihtimalinin bulunduğu hallerde kısıtlama kararı verilebileceğini belirtmiş olduğu halde, özellikle örgütlü suçlarda bu düzenlemenin neredeyse kural halini almış olduğu görülmektedir. Bu tür suç soruşturmalarında rutin olarak kısıtlama kararı verilmekte ve hakkında soruşturma yürütülen kişiler bu nedenle dosyanın kapsamını ve delillerin ne olduğunu tam olarak öğrenmeden uzun süreler boyunca tutuklu olarak kalabilmektedirler.

Yine kısıtlama kararı verilen soruşturma dosyalarında kişiler ve avukatları isnat edilen suçlamanın delillerine ulaşamadığından, bu tür durumlarda avukatın müvekkiline gereği gibi hukuksal yardım vermesi de fiilen mümkün olamamaktadır. Ayrıca zaman zaman uygulamada yasa uyarınca verilmesi zorunlu olan belgelere dahi ulaşamadığı, kolluk tarafından bu tür belgelerin hukuka aykırı bir şekilde verilmediği gözlemlenmektedir.

Kısıtlama kararı yasa gereği, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren otomatik olarak kalkmaktadır. İddianamenin kabulüyle birlikte avukat, dosyayı inceleyebilmekte ve dosyadan örnek alabilmektedir. Kovuşturma aşamasında sanık müdafii ve mağdur vekilleri, **dosyayı ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleme**, bütün tutanak ve **belgelerin örneklerini harçsız olarak alma** hakkına sahiptir.<sup>237</sup>

Ancak adli mekanizmanın mevcut iş yükü nedeniyle soruşturma aşaması aylar sürebilmektedir. Özellikle çok sayıda şüpheli bulunan soruşturma dosyalarında bu sürenin daha da artması nedeniyle oldukça uzun sürelerle kişinin ve avukatının soruşturma dosyasına ulaşması mümkün olamamaktadır.

## ii. Terörle Mücadele Yasası Kapsamındaki Sınırlamalar

2006 yılında yürürlüğe giren 5532 sayılı yasa ile Terörle Mücadele Yasası'nda bazı değişiklikler yapılmıştır. Ne yazık ki söz konusu değişikliklerin tamamı, uluslararası in-

<sup>234</sup> Danıştay 10. Dairesi'nin 22.05.2008 tarih ve 2005/5971 E. – 2008/3448 K. sayılı kararı

<sup>235</sup> CMK m.153/2, YGAİAY m.22/2

<sup>236</sup> CMK m.153/3, YGAİAY m.22/3

<sup>237</sup> CMK m.153/4

san hakları hukuku tarafından güvence altına alınmış olan birçok temel hakkın sınırlandırılması ve işlevsizleştirilmesi sonucunu doğurmuştur. Avukata erişim hakkı da, yapılan değişikliklerle sınırlanan haklar arasında yer almaktadır.

•Yasanın **10/b-c maddesine göre**; Terörle Mücadele Yasası kapsamında yürütülen suç soruşturmalarında;

“b. Şüpheli, gözaltı süresince **yalnız bir müdafii**n hukuki yardımından yararlanabilir.<sup>238</sup> Gözaltındaki şüphelinin **müdafi ile görüşme hakkı**, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmi dört saat süre ile kısıtlanabilir; ancak bu süre içerisinde ifade alınmaz.”

“c. Şüphelinin kolluk tarafından **ifadesi alınırken, ancak bir müdafi** hazır bulunabilir.”

Söz konusu düzenleme ile bir yandan kişiye hukuksal yardımda bulunacak avukat sayısında otomatik olarak bir kısıtlama yaratıldığı gibi, diğer yandan Terörle Mücadele Yasası kapsamında yürütülen suç soruşturmalarında gözaltına alınan kişinin bir gün boyunca avukata erişiminin engellenmesinin de yolu açılmıştır. Yine madde metninde, kişinin avukata erişim hakkının hangi hal ve koşullarda kısıtlanabileceği belirtilmediğinden, bu kapsamda yürütülen soruşturmanın tamamında kişinin yirmi dört saat boyunca avukata erişiminin engellenmesi tamamen adli mekanizmanın takdirine bırakılmış durumdadır.

Kişilerin, gözaltına alındıkları ilk anda ve sonraki birkaç saatlik süre zarfında işkence görme risklerinin çok daha yüksek oldukları göz önüne alındığında, bu kadar uzun bir süre boyunca avukatın kişiye ulaşmasının engellenmesi, ciddi bir tehlike arz etmekte ve işkenceye açılan kapıları ardına kadar aralamaktadır.

Yine Yasa maddesinde yer alan bu kısıtlamanın, genel düzenlemenin istisnası niteliğinde olmasına rağmen, uygulamada neredeyse “kural” haline geldiği görülmektedir.

TIHV yapılan anket çalışması sonuçları da, uygulamanın kaygı verici bir boyuta ulaştığını göstermektedir:

Avukata erişim hakkının hâkim kararı ile 24 saat süre ile kısıtlanıp kısıtlanmadığı yönündeki soruya verilen yanıtlardan, bu durumun oldukça yaygın bir uygulama olduğu anlaşılmaktadır. ‘Hiçbir zaman’ böyle bir kısıtlama ile karşılaşmadığını belirten avukatların oranı sadece %29 iken; avukatların %15’i ‘her zaman’ ve ‘genelde’, %40’ı ‘bazen’, %13’ü ise ‘nadiren’ hâkim kararı ile görüşmenin kısıtlandığı yanıtını vermiştir.



<sup>238</sup> Bununla birlikte; TMK m.10-b’de yer alan “yalnız bir” müdafii hukuki yardımından faydalanılmasına dair kısıtlamayı “aynı anda birden fazla müdafi hukuksal yardımda bulunamaz” şeklinde yorumlamak gerektiği kanısındayız. Çünkü kişinin gözaltı sürecinin her aşamasında avukata erişim hakkı bulunmaktadır. Aksine bir yorum; örneğin, kişinin avukat ile görüşmesinde ücret konusunda anlaşamaması ya da güven ilişkisinin kurulmaması gibi durumlarda kişinin bu haktan mahrum kalmasına yol açacaktır. Yine CMK kapsamında atanmış olan müdafii, kişinin kendi seçtiği avukat geldiğinde dosyadan çekilme zorunluluğu bulunmaktadır. Yasa maddesinin bu anlamda dar yorumlanması, avukata erişim hakkının yanında, uluslararası hukuk tarafından güvence altına alınan savunma hakkı ve adil yargılama hakkı gibi temel hakların da açıkça ihlali niteliğini taşıyacaktır.

Ayrıca, Yasa maddesi sadece “müdafi” yönünden bir kısıtlama getirmiş olduğundan, şüpheli ile mağdur sıfatlarının aynı kişiye birleştiği durumlarda gözaltında tutulan kişiye mağdur vekili olarak hukuksal yardımda bulunulmasında herhangi bir sayı sınırlaması bulunmamaktadır.

Diğer yandan BM Keyfi Alıkoymalara Karşı Çalışma Grubu da, 5532 sayılı Yasa ile Terörle Mücadele Yasası'nda yapılan değişiklikler sonrasında konuya ilişkin oldukça önemli tespitlerde bulunmuştur. Grup, çalışma raporunda “terörizm davalarının” yapısının diğer davalara göre daha karmaşık olması (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.<sup>239</sup>

• Yine TMY'nin **10/d maddesi uyarınca**; bu yasa kapsamındaki suçlarda **dava dosyasının incelenmesi ve dosyadan örnek alınması** “soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebileceği” gerekçesiyle Cumhuriyet savcısının istemi ve hâkim kararıyla kısıtlanabilir.<sup>240</sup>

Sınırlamaya ilişkin bu düzenleme her ne kadar işkence ve kötü muamele soruşturmalarında mağduru doğrudan kapsamıyor gibi görüne de; hakkında yürütülen suç soruşturma sırasında işkence ya da kötü muamele görmüş kişi ile ilgili yapılan işlemler ve bu işlemlerin kimler tarafından yapılmış olduğuna ilişkin kayıtlar da bu dosyaların içinde yer almaktadır. Bu anlamda işkenceye uğramış kişi hakkındaki soruşturma dosyası, yürütülecek işkence soruşturma ve yargılaması açısından önemli delilleri de içinde barındırmaktadır. Ancak kısıtlama kararı verilen hallerde, ne yazık ki uzun süreler boyunca söz konusu dosya içeriğine ulaşmak mümkün olamamaktadır.<sup>241</sup>

Terörle Mücadele Yasası'nda yapılan değişiklikler sonrasında Türkiye'yi ziyaret eden BM Keyfi Alıkoymalara Karşı Çalışma Grubu da, 20.10.2006 tarihinde yapmış olduğu basın açıklamasında konuya ilişkin tespit ve kaygılarını dile getirmiştir. Grup, düzenlemenin istisna olmaktan çıkarılarak genel bir uygulama haline gelmiş olmasına dikkat çekmektedir. Açıklamada “terör suçlarında uzmanlaşmış özel ağır ceza mahkemelerinin neredeyse sistematik olarak ve bazen altı ayı aşan sürelerle gizlilik kararları almak suretiyle sanık avukatlarının dava dosyasındaki delilleri incelemelerine engel olduğu” belirtilmiştir.<sup>242</sup>

• Yasanın **10/e maddesi**, bu kapsamda yer alan suçlardan dolayı yapılan soruşturmalarda avukatın savunmaya ilişkin belgelerinin, dosyasının ve şüpheli ile yaptığı konuşma kayıtlarının incelemeye tâbi tutulamayacağını belirtmektedir. Ancak aynı maddenin devamında;

“Müdafiî 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 müdafiine verdiği veya müdafiince bu kişiye verilen **belgeler hâkim tarafından incelenebilir**. Hâkim, belgenin kısmen veya tamamen verilmesine veya verilmemesine karar verir. Bu karara karşı ilgililer itiraz edebilirler.”

düzenlemesi yer almaktadır.

<sup>239</sup> BM Keyfi Alıkoymalar Çalışma Grubu Raporu, A/HRC/4/40/Add. 5, para.73 (Rapor BM Genel Kurulu tarafından 07.02.2007 tarihinde kabul edilmiştir.)

<sup>240</sup> Terörle Mücadele Kanunu m.10/d

<sup>241</sup> Üçpınar, Atas; a.g.e. s.35

<sup>242</sup> BM Keyfi Alıkoymalara Karşı Çalışma Grubu Başkanı Leila Zerrougui'nin Türkiye raporuna ilişkin 30 Ekim 2006 tarihinde yaptığı basın açıklamasından; <http://www.bianet.org/bianet/kategori/bianet/87066/turkiyede-keyfi-tutukluluk-yaygin>



Bu düzenleme, başta BM Avukatın Rolüne Dair Temel Prensipler (Havana Kuralları) ve BM Herhangi Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü (TUHAK) olmak üzere uluslararası norm ve standartlar ile güvence altına alınan avukat-müvekkil ilişkisinin gizliliği kuralını açıkça ihlal etmektedir.

Savunma hakkı ve adil yargılanma hakkı açısından oldukça sorunlu olan düzenleme, özellikle kişi gözetiminde işkence ya da kötü muameleyle uğradığında bu durumu avukatına açıklamasını da imkânsız hale getirmektedir. Kişinin gözetim biriminde çalışan bir görevlinin nezaretinde avukatı ile görüşürken, gördüğü işkence ve kötü muameleyi özgürce anlatmasını beklemek mümkün değildir.

Bu anlamda söz konusu düzenleme, aynı zamanda kişiyi işkenceye karşı koruma ya da devam eden işkenceyi önleme ve etkin soruşturulmasını sağlama işlevi taşıyan “avukata erişim” hakkını fiilen etkisiz hale getirmenin yolunu açmış durumdadır.

### iii. Zorunlu müdafilik sistemi

2005 yılında yürürlüğe giren CMK ile getirilen düzenlemelerle, genel olarak müdafiyet tayini konusunda olumlu gelişmeler kat edildiği söylenebilir. 2003 yılında uyum paketleri kapsamında 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'na getirilen değişiklikler, yeni CMK hazırlanırken de aynen korunmuş ve geliştirilmiştir.

Bu yasada zorunlu müdafilik kapsamının oldukça geniş tutulması, şüpheli, sanık ve mağdur konumundaki kişilerin yüksek oranda bir avukatın hukuki yardımından faydalanmasını sağlamıştır. Ancak bu süreç yaklaşık bir yıl devam ettikten sonra, çıkarılan 5560 sayılı Yasa ile başlayan ve devamında çıkarılan yasalarla birlikte ne yazık ki kapsam daraltılmış ve zorunlu müdafilik sisteminin içi boşaltılarak neredeyse yeni CMK öncesindeki uygulamanın da gerisine düşülmüştür.

#### 1) Sistemin genel kapsamı

CMK'ya göre; şüpheli veya sanığın müdafiyet seçebileceği durumda olmadığını beyan etmesi ve istemi halinde bir müdafiyet görevlendirilecektir.

Ancak bazı hallerde, kişinin istemi aranmaksızın kendisine bir müdafiyet atanması zorunludur. Şüpheli veya sanık;

- Çocuksa,
- Kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise,
- Tutuklama istemiyle sorguya sevk edilirse,
- Hakkında gözlem altına alma kararı verildiyse ve
- Hakkında **alt sınırı beş yıldan fazla** hapis cezasını gerektiren bir suç nedeniyle soruşturma ya da kovuşturma yürütülüyorsa,

kendisine bir **müdafiyet atanması zorunludur**.<sup>243</sup>

CMK'nın ilk halinde üst sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda müdafiyet atanması zorunlu iken, 6 Aralık 2006 yılında çıkarılan 5560 sayılı Yasa ile CMK'da değişiklik yapılmış ve kapsam “alt sınırı beş yıldan fazla” suçlarla sınırlandırılmıştır.

<sup>243</sup> CMK m.150/2-3, m.91/6, m.74/2; Ayrıca bkz. YGAİAY m.20/4-5-6

Yine CMK'ya göre bir suç soruşturması ya da kovuşturmasında **mağdur** konumunda olan kişi;

- Çocuksa,
- Sağır ya da dilsizse,
- Meramını anlatamayacak derecede malûlse,

istemi aranmaksızın kendisine **müdafî atanması zorunludur**.<sup>244</sup>

Ayrıca mağdur soruşturma ve kovuşturma evrelerinde eğer vekili yoksa “**cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda**” baro tarafından kendisine bir avukat görevlendirilmesini isteyebilecektir.<sup>245</sup>

CMK'da yer alan söz konusu düzenleme de 24 Temmuz 2008 tarihinde çıkarılan 5793 sayılı Yasa ile değişikliğe uğramıştır. Maddenin değişiklikten önceki halinde mağdurun soruşturma ve kovuşturma evrelerinde kendisine avukat isteyebilmesi için böyle bir kriter bulunmazken, değişiklikle birlikte mağdurun avukat istemi yukarıda belirtilen hallerle sınırlandırılmıştır.

## 2) Sorun Alanları:

Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Yasası'nda yer alan düzenlemeler her ne kadar başlangıçta uluslararası standartlara uygun olsa da, 5560 sayılı Yasa ile başlayan ve sonraki süreçte devam eden yasa değişiklikleri ile müdafî ve vekil atama sistemi oldukça daraltılmış durumdadır.

Yasa her ne kadar şüpheli ya da sanığın istemi halinde kendisine avukat görevlendirilmesi yapılacağını düzenlese de, uygulamada kişilerin bu hakka çeşitli nedenlerle tam ve etkili bir şekilde erişemedikleri gözlemlenmektedir. Kişilerin avukat talep etme hakkını etkin bir şekilde kullanmamasının/kullanamamasının temel nedenleri arasında şunlar sayılabilir:

- Şüpheli ya da sanıklar avukata erişim hakkı konusunda yeterince bilgi sahibi değildir.
- Kolluk görevlileri, genellikle özgürlüğünden yoksun bıraktığı kişileri avukata erişim hakkı konusunda **derhal ve ayrıntılı** bir şekilde bilgilendirmemektedir.
- Genellikle bu hak kişinin ifadesi alınmadan ya da sorgusu yapılmadan önce kendisine hatırlatılmaktadır.
- Yine çoğunlukla kişinin savcılık ya da mahkeme önünde ifadesi alınırken, yasal zorunluluk nedeniyle ifade tutanaklarına (matbu bir şekilde) haklarının hatırlatıldığı yazıldığı halde, çoğunlukla avukata erişim de dâhil olmak üzere hakları ayrıntılı bir şekilde açıklanmamaktadır.
- Kişiler, baro tarafından atanacak avukatın, kendisi ile yeterince ilgilenmeyeceği ya da sonuca etki etmeyeceği kanısında olabilmektedir. Zaman zaman kolluk görevlileri de kişilere bu yönde telkinde bulunabilmektedir.

<sup>244</sup> CMK m.234/6(2)

<sup>245</sup> CMK m.234/a(3),b(5)

- Özellikle işkence ya da kötü muamele gören kişilerin, bu tür eylemlere maruz kaldığı kolluk biriminde iken avukat talep etme hakkını kullanması fiilen mümkün olamamaktadır.

TIHV tarafından avukatlara yönelik olarak yapılan anket çalışması da şüpheli ya da sanıklara istemi halinde müdafî atanaçağına dair hak hatırlatmasının tam olarak uygulanmadığını göstermektedir.

Avukatların %67'si 'her zaman' ve 'genelde' müvekkillerine "müdafî seçme hakkının bulunduğu, kendisine baro tarafından müdafî görevlendirilebileceği ve onun hukuki yardımından faydalanabileceklerinin" hatırlatıldığını belirtmektedirler. Ancak, avukatların %20'si bu hakkın 'bazen', %9'u ise 'nadiren' hatırlatıldığını belirtirken, %2'lik bir oranda ise 'hiçbir zaman' hatırlatılmadığı ifade edilmiştir.



Ancak, bu hakkın müvekkillerine **derhal** hatırlatıldığını belirten avukatların oranı ise daha düşüktür. Çalışmaya katılan avukatların yalnızca %36'sı 'her zaman' ve 'genelde' derhal hatırlatıldığı ifade etmektedir. Avukatların %18'i bu hakkın 'hiçbir zaman' derhal hatırlatılmadığını, %24'ü ise 'nadiren' derhal hatırlatıldığını belirtmiştir.



Kişilerin istemine bağlı olarak bir avukatın hukuki yardımından faydalanmasının önünde bu tür fiili engeller varken, şüpheli ve sanıklar için müdafî atanmasının zorunlu olduğu hallerin "alt sınırı beş yıl" olan suçlarla sınırlandırılması, pratikte bu hakkın kullanımını "belirli suçlar dışında" önemli ölçüde engellemiş bulunmaktadır.

Diğer yandan 1992 yılından sonra ceza usul hukukumuzda giren ve özellikle 2003 yılında yapılan değişikliklerle birlikte önemli gelişme kaydeden "CMK kapsamında şüpheli ve sanıklara müdafî atanmasına dair sistem"de **2 Mart 2007 tarihinde yürürlüğe giren Yönetmelik**<sup>246</sup> ile köklü değişiklikler hayata geçirilmiştir.

Bu düzenleme ile birlikte, CMK sisteminin bir bütün olarak eskisinden daha da geri bir noktaya götürüldüğünü ve aslında sistemin içinin boşaltıldığını söylemek mümkündür:

- Söz konusu değişiklik ile birlikte, avukat görevlendirmelerinde artık barolar devreden çıkarılmış durumdadır. Bu düzenleme uyarınca avukat görevlendirme talebi **kolluk, savcılık ya da mahkeme tarafından** yapılabilmektedir. Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiler ya da yakınları önceki sisteme göre doğrudan barodan avukat görevlendirilmesini talep edebilirken; değişiklik sonrasında bu

<sup>246</sup> Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik, Sayı: 26450

haklarını ancak belirtilen adli mekanizmalar aracılığı ile kullanabilmeleri mümkündür.

Kişilerin ya da yakınlarının barolardan doğrudan avukat talep etme haklarını ortadan kaldıran bu düzenleme özellikle işkence, kötü muamele ya da diğer hak ihlallerinin yaşandığı durumlar açısından çok büyük bir olumsuzluk yaratmaktadır.

İşkence ya da başkaca bir hak ihlalinde bulunan kolluk görevlilerinin, azmettiren konumunda olduğu ya da denetim görevini yerine getirmede için suça iştirak eden amirinin, işlenen suçu önlemeyen ve suçu bildirmeyen diğer kolluk görevlilerinin, kişinin avukat talebini yerine getirmeleri ya da resen böyle bir talepte bulunmaları fiilen imkânsızdır. Bu anlamda söz konusu düzenleme ile özgürlüğünden alıkonulan kişilerin işkenceye karşı korunması açısından en temel güvencelerden olan avukata erişim hakkının etkili bir şekilde kullanımı mümkün olamamaktadır.

• Yönetmelik uyarınca, CMK kapsamında görevlendirilen avukatların takip ettiği işler artık barolar tarafından denetlenememektedir. Avukatın yaptığı görevin denetlenmesi ve ücret ödenip ödenmeyeceğine karar verme yetkisi savcılıklara verilmiştir. Daha önce avukatın yaptığı görevler karşılığı ücret ödemeleri barolar tarafından yapılırken, artık ödemeler ilgili defterdarlıklar aracılığı ile Maliye Bakanlığı tarafından yapılmaktadır.

Düzenleme ile barolar tarafından avukatların üstlendikleri görevleri yerine getirip getirmediğinin denetlenmesi de olanaksız hale getirilmiştir. Bu durum özellikle işkence ya da diğer hak ihlalleri açısından oldukça önemlidir. Baroların görevlerini ihmal eden ya da kötüye kullanan avukatlar üzerinde bir denetim ve yaptırım gücü kalmamış olması işkence ile mücadelede avukat rolü ve etkisini önemli ölçüde zayıflatan bir etken olmuştur.

Diğer yandan, yeni CMK ile şüpheli ve sanıkların yanında **mağdurlara da tanınan avukat talep etme hakkı da 5793 sayılı Yasa** ile ayrıca sınırlandırılmış ve sadece cinsel saldırı suçunun ya da alt sınırı beş yıl olan bir suçun mağduruna bu hak tanınmıştır.

Bu düzenlemenin genel anlamda yarattığı olumsuzluğun yanında; özel olarak işkence mağdurlarını doğrudan etkileyen bir sonucu da mevcuttur. Eğer işkence görmüş kişinin özel bir avukatı yoksa ve bu kişi yasada düzenlenen zorunlu vekil atanmasını gerektiren şartlardan birini taşımıyorsa (örneğin; çocuk ya da sağır-dilsiz değilse...) yasa uyarınca kendisine bir avukat atanmasını talep edemeyecektir.

Uygulamada bu tür fiillerin işlenmesi halinde, işkence suçunu düzenleyen TCK m.94 yerine zor kullanma yetkisi sınırının aşılması ya da kasten yaralama gibi suçlamalarla failer hakkında soruşturma yürütülüyor ve bu maddelere dayanılarak dava açılıyor olduğu da göz önüne alınırsa, söz konusu değişiklik işkence mağdurunun kendisine bir avukat atanmasını talep etmesinin önüne yasal bir engel olarak çıkmaktadır. Kaldı ki TCK'nin 94/1.maddesine göre işkence suçu için öngörülen cezanın alt sınırının üç yıl olması nedeniyle bu halde dahi işkence mağduru kendisine avukat atanmasını talep edemeyecektir.

Bu şartlar altında işkence mağdurunun eğer avukatı yoksa barodan kendisine avukat atanmasını talep edebilmesi için nitelikli işkence (TCK m.2-3) ya da neticesi sebebi-

le ağırlaştırılmış işkence (TCK m.95) suçlaması ile bir soruşturma ya da yargılama yapıyor olması gerekmektedir. Ayrıca yine bu haktan ancak ilgili kolluk, savcılık ya da mahkeme aracılığı ile faydalanabilecektir.

Özellikle kolluk tarafından alıkonulan kişinin mağdur sıfatıyla bu haktan faydalanabilmesi, ancak kolluğun kendi işlediği suçun TCK m.94/2-3 ya da m.95'te düzenlenen suçlardan olduğunu kabul etmesi durumunda mümkün olacaktır ki, bu durum işkence mağdurunun avukata erişimini fiilen imkânsız hale getirmekte ve işkenceye açılan bir diğer kapı olarak karşımızda durmaktadır.

#### iv. Cezaevlerinde avukata erişim:

Cezaevlerinde tutuklu ve hükümlülerin avukata erişimi hakkı esas olarak İnfaz Yasası<sup>247</sup> ve bu Yasa kapsamında çıkarılan Tüzükte<sup>248</sup> düzenlenmiştir.

Mevzuata göre; tutuklu ve hükümlülerin avukatları ile görüşmeleri tatil günleri dışında ve çalışma saatleri içinde, bu iş için ayrılan görüşme yerinde, konuşulanların duyulamayacağı, ancak güvenlik nedeniyle görülebileceği yerlerde yapılabilir.<sup>249</sup> Çalışma saatleri dışında ve tatil günlerinde ise tutuklu ve hükümlü ile avukatın görüşme yapabilmesi için savcılık tarafından özel izin verilmesi gerekmektedir.

Ancak her ne kadar hükümlü ve tutukluların avukatı ile konuşulanların duyulamayacağı ve bu iş için ayrılan mekânlarda görüşme yapılması gerektiği düzenlenmiş olsa da, bazı cezaevlerinde avukat görüşmeleri için sadece bir bölüm bulunmakta ve tüm görüşmeler aynı mekânda gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle kişiler, mahremiyet ortamının sağlanmadığı, diğer tutuklu ve hükümlüler ile avukatların bulunduğu bir ortamda avukatları ile görüşmektedirler. Böylesi avukat görüş yerlerinde, genellikle görevli infaz koruma memuru da içeride bulunmaktadır.

Bu fiziksel durum, özellikle cezaevinde işkence ya da diğer bir hak ihlaline uğramış olan kişinin avukatına özgür iradesi ile ve sağlıklı bir şekilde yaşadıklarını aktarmasına engel olabilmektedir.

Yine mevzuat uyarınca tutuklu ve hükümlü kişilerin avukatları ile yaptığı **görüşmelerin kayıtları, avukatın savunmaya ilişkin belgeleri ve dosyaları** kural olarak **denetime ve incelemeye tabi tutulamaz.**

Ancak örgüt suçları ile devletin güvenliği ve anayasal düzen/işleyişi aleyhine işlenen suçlardan dolayı tutuklu ya da hükümlü olan kişilerin avukatlarının savunmaya ilişkin olduğunu beyan ettiği belge ve dosyaların "**fiziki olarak**" aranabileceği belirtilmektedir.<sup>250</sup>

Yine bu tür suçlardan tutuklu ya da hükümlü olan kişiler ile avukatları arasındaki ilişkide İnfaz Yasası'nın 59/4. maddesi uyarınca avukatın;

"...konusu suç teşkil eden fiilleri işlediğine, infaz kurumunun güvenliğini teh-

<sup>247</sup> 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun

<sup>248</sup> Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük (RG: 06.04.2006 – 26131)

<sup>249</sup> CGTİHK m.59/2, CİKYGCTİHT m.84/3

<sup>250</sup> CİKYGCTİHT m.84/2-c(2); Ayrıca madde metninde yer alan "fiziki arama" kavramından ne kastedildiği belli değildir. Bu nedenle uygulamada keyfi ve hukuka aykırı davranışlara neden olabilmektedir.

likeye düşürdüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin **bulgu veya belge elde edilmesi halinde**, Cumhuriyet Başsavcılığının istemi ve infaz hâkiminin kararıyla, **bir görevli görüşmede hazır bulundurulabileceği gibi bu kişilerin avukatlarına verdiği veya avukatlarınca bu kişilere verilen belgeler infaz hâkimince incelenebilir**. İnfaz hâkimi belgenin kısmen veya tamamen verilmesine veya verilmemesine karar verir...”

Ayrıca İnfaz Tüzüğü'nün 84/2-c maddesine göre;

“3. Avukatların hükümlü ile kurumda yapmış olduğu **görüşme sırasında konuşmaları yansıtan** ve bizzat **avukat tarafından elle tutulan kayıtlar** hakkında da bu bent hükümleri uygulanır.”

Söz konusu düzenleme İnfaz Yasası'na, yürürlüğe girmeden önce yapılan 5351 sayılı Yasa değişikliği ile eklenmiştir. “Güvenlik” gerekçesi ile Yasa'da yapılan bu değişiklikte birlikte avukatın dosyasının, belgelerinin ve görüşme notlarının hâkim tarafından incelenmesinin ve görüşme sırasında bir görevlinin hazır bulunmasının yolu açılmıştır. Bu düzenlemelerin tamamı, uluslararası standartlar ile güvence altına alınmış olan avukata erişim hakkını ihlal etmekte ve tamamen işlevsiz hale getirmektedir.

Ayrıca madde metninde yer alan “bulgu ve belgeler” kavramı oldukça muğlak ve yoruma açık bir düzenleme olup; bunların tespiti konusunda cezaevi görevlilerine çok geniş bir takdir hakkı tanımaktadır. Bu durum da uygulamada keyfi ve hukuka aykırı davranışlara meydan verir niteliktedir.

Düzenleme bir yandan savunma hakkını açıkça ihlal ederken, diğer yandan da özellikle cezaevinde işkenceye maruz kalmış kişilerin avukatına erişebilmesinin ve bu hakkını etkili bir şekilde kullanabilmesinin önünde çok büyük bir engeldir.

Mevzuata göre; cezaevlerindeki **tutuklular bir ya da birden fazla avukat ile vekâletname aranmaksızın görüşme yapabilirler**. Ancak soruşturma evresinde tutuklu ile aynı anda en fazla üç avukat görüşebilir. Tutuklunun avukatı ile olan haberleşmesine ve kurum düzeni çerçevesinde temas ve görüşmelerine hiçbir şekilde engel olunamaz ve kısıtlama konulamaz.<sup>251</sup>

**Kişi hükümlü ise avukatları ile vekâletname olmaksızın en fazla üç kez görüşme hakkına sahiptir**. Bunun dışında cezaevlerinde hükümlü olarak tutulan kişilerin avukat ile görüşebilmesi için vekâletname zorunluluğu bulunmaktadır.<sup>252</sup>

Ancak, bir yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı ceza alan hükümlülerin doğrudan bir avukata vekâletname vermelerinin önünde hukuki bir engel söz konusudur. Medeni Kanun uyarınca, bu kişiler ancak vasileri aracılığı ile avukata vekâletname verebilmektedirler.

Aslında Medeni Kanun'da hüküm altına alınan vesayet kavramı ve sistemi esas olarak, velayet altında bulunmayan çocukların ya da belirli nedenlerle hakkında kısıtlama kararı verilen kişilerin herhangi bir hak kaybına uğramamasını güvence altına almayı amaçlamaktadır. Düzenleme uyarınca bu durumdaki kişilere, “...kişiliği ve mal-

<sup>251</sup> CGTİHK m.114/4-5, ÇIKYCGTİHT m.184/5

<sup>252</sup> CGTİHK m.59/1

*varlığı ile bütün menfaatlerini korumak ve hukuki işlerde onu temsil etmek...*<sup>253</sup> üzere mahkeme tarafından bir vasi atanacaktır.

Medeni Kanun'un 407. maddesine göre; bir yıldan fazla özgürlüğü bağlayıcı ceza almış olmak bir kısıtlama nedenidir. Maddenin ikinci fıkrasında ise;

“Cezayı yerine getirmekle görevli makam, böyle bir hükümlünün cezasını çekmeye başladığını, kendisine vasi atanmak üzere hemen yetkili vesayet makamına bildirmekle yükümlüdür.”

düzenlemesine yer verilmiştir.

Bu düzenleme ilk bakışta her ne kadar almış olduğu hapis cezası nedeniyle özgürlüğü kısıtlanan kişinin haklarını korumak anlamında olumlu ve yerinde bir düzenleme gibi görünse de, uygulamada bu durumdaki hükümlülerin avukatlara erişimi ve onun hukuki yardımından faydalanabilmesinin önünde çok büyük bir engel olarak durmaktadır.

Söz konusu düzenleme nedeniyle; kişiler tutuklu iken bir avukata erişebilmekte ve onun hukuki yardımından faydalanabilmekte iken, haklarında açılan ceza davası sonucunda bir yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı ceza alıp bu hüküm kesinleştikten sonra artık davasını takip eden avukata ya da başka bir avukata doğrudan erişememektedirler. Bu durumda kişilerin yargılama sürecinde bir avukata verdikleri vekâlet de geçerliliğini yitirmektedir. Bundan sonra bir avukatla görüşebilmeleri ve avukatın hukuki yardımından faydalanabilmeleri, ancak kendilerine atanmış olan vasi tarafından yeniden bir avukata vekâletname çıkarılması ile mümkün olabilmektedir.

Her ne kadar Medeni Kanun'da bu durumdaki kişilerin hemen yetkili vesayet makamına bildirilmesi gerektiğini düzenlemiş olsa da zaman zaman uygulamada cezaevi idaresi tarafından bildirim geç yapılması nedeniyle kişilere vasi atanması sürecinde gecikmeler yaşanabilmektedir. Hukuksal prosedürün işletilmesinde yaşanan gecikmeler AB Komisyonu'nun 2003 tarihli istişari ziyaret raporunda da avukata erişim konusunda bir sorun alanı olarak tespit edilmiştir.<sup>254</sup>

Yine uygulamada kişilere hukuksal prosedür ve sonuçları konusunda hiç ya da yeterince bilgi verilmemesi, kişinin vasisi olarak atanacak kişiyi kendisinin belirleyemesine neden olabilmektedir. Hatta bazen hükümlüye vesayet makamı tarafından resen vasi atandığı ve hükümlünün atanmış vasiyi hiç tanımadığı ve nerede yaşadığını bile bilmediği durumlarla dahi karşılaşıldığı görülmektedir. Böylesi durumlarda hükümlünün vasiye ulaşıp kendisi adına bir avukata vekâletname çıkarmasını istemesi ise fiilen imkânsızlaşmaktadır.

Özellikle hükümlü olan bir kişinin cezaevinde işkence, kötü muamele ya da diğer bir hak ihlali ile karşılaşması durumunda söz konusu uygulama aşılması mümkün olmayan bir duvar olmaktadır. Bu durumda eğer hükümlü İnfaz Yasası ile kendisine tanıyan “vekâletname olmaksızın avukatı ile üç kez görüşme” hakkını da kullanmışsa, bir avukata erişimi ve karşılaştığı muameleye dair hukuksal başvuru yollarını kullanması söz konusu olamamaktadır. Kural olarak alıkonulduğu için kendisini korumak üzere öngörülmüş olan bu hukuksal mekanizma; pratikte cezaevlerinde işkenceye

<sup>253</sup> Türk Medeni Kanunu m.403

<sup>254</sup> Daha önce değinilen “Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi” Raporu, s. 83

karşı kişileri savunmasız ve çaresiz bırakan, işkence faillerinin ise “elini güçlendiren” bir hukuki dayanak olarak karşımıza çıkmaktadır.

Cezaevleri zaten fiziksel yapıları ve buldukları yerler itibariyle diğer alıkoyma mekânlarına göre daha kapalı ve ulaşılması zor yerlerdir. Yine kişilerin daha uzun sürelerle özgürlüğünün kısıtlanması ve dışarı ile iletişim kurabilmeleri için yasal anlamda kısıtlı imkânlarla sahip olmaları, resmi yetkililerin keyfi ve hukuka aykırı uygulamalarına maruz kalmaları riskini de doğal olarak kendi içinde barındırmaktadır. Bu anlamda tutulan kişiler için hayati bir önemdeki avukata erişim hakkını zorlaştıran söz konusu yasal düzenlemenin işkenceye açılan başka bir kapı olduğunu söylemek mümkündür.

#### 4. HEKİME ERİŞİM HAKKI

Şüpheli ya da sanık sıfatıyla alıkonulan kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakılma anlarından itibaren serbest bırakılıncaya kadar hekim kontrolünde olmaları, işkence ve kötü muameleyle karşı en önemli koruyucu önlemlerden birisidir.

BM İşkence Özel Raportörü, kişinin gözetimine alınmasını takiben hemen, bağımsız bir tıbbi muayeneden geçirilmesini işkenceye ve diğer kötü muamele türlerine karşı en temel koruyucu önlemlerden birisi olarak değerlendirmektedir.<sup>255</sup> İşkence Özel Raportörüne göre, BM Yasa Uygulayıcıları İçin Görev Kuralları<sup>256</sup> gibi uluslararası insan hakları belgeleri uyarınca alıkonulan kişilerin sağlıklarının tüm mahpusluk dönemlerini kapsayacak şekilde korunması gerekmektedir. Yine BM İşkenceye Karşı Komite de, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin düzenli aralıklarla bağımsız tıbbi muayeneden geçirilmesinin işkence ve kötü muameleyle karşı önemli bir güvence oluşturacağına dikkat çekmektedir.<sup>257</sup>

***Kişilerin alıkonulduğu ilk andan itibaren ve serbest bırakılıncaya kadar düzenli aralıklarla bağımsız tıbbi muayeneden geçirilmeleri, işkenceye karşı en önemli koruyucu önlemlerden biridir.***

Kişilerin, alıkonuldukları süre boyunca bu haktan etkili bir şekilde faydalanmalarının sağlanması bir yandan işkence görme riskini azaltarak caydırıcı bir etki yaratırken; diğer yandan işkenceye maruz kalmış kişi üzerindeki fiziksel ve ruhsal izlerin derhal kayıt altına alınması (bir başka ifade ile tıbbi delillerin zaman geçirilmeksizin toplanması) işkence ile mücadelede hayati bir önem taşımaktadır.

Bu anlamda, devletler iç hukuk mevzuatında hekime ulaşma hakkına net bir şekilde yer vermek ve bu hakkı ayrıntılı bir şekilde düzenlemekle yükümlüdürler. Hekime erişim hakkı, zorunlu bir hak olarak düzenlenmeli ve hiçbir gerekçe ile bu hakkın kısıtlanmasına izin verilmemelidir.

##### a. Hekime erişim hakkının kapsamı:

##### i. Uluslararası standartlar

Kişilere, alıkonma işleminden hemen sonra diğer usuli güvencelerle birlikte derhal “bir hekime ulaşma hakkı olduğu” bilgisinin verilmesi ve bu hakka erişim konusun-

<sup>255</sup> BM İşkence Özel Raportörünün işkence ve diğer türlerdeki zalimane, insanlık dışı veya alçaltıcı muamele ve ceza sorununa dair hazırladığı ve BM İnsan Hakları Komisyonuna sunulan E/CN.4/2004/56 sayılı ve 23 Aralık 2003 tarihli rapor.

<sup>256</sup> BM Genel Kurulu tarafından 17 Aralık 1979 tarihli 34/169 sayılı kararla kabul edilmiştir.

<sup>257</sup> BM İşkenceye Karşı Komite'nin Azerbaycan'a ilişkin değerlendirme ve tavsiyeleri, 14 Mayıs 2003, para 6(c)



da gerekli özenin gösterilmesi gerekmektedir.

**BM Mahpusların Islahı İçin Asgari Standart Kurallar (SAK) ve Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü (TUHAK)** özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere dair bir dizi koruyucu hüküm içermektedir. Her iki belgeye göre özgürlüğünden yoksun bırakılan kişi derhal hekim muayenesinden geçirilmelidir.

#### **TUHAK Prensipten 24'e göre;**

“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.”

**Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi**, kişilerin alıkonulduğu tüm süreçte tıbbi muayenelerinin düzenli olarak tekrarlanması gerektiğini belirtmektedir. Yine kişinin başka bir yere naklinden ve her alıkonma yerinin değiştirilmesi sürecinden önce tıbbi muayeneden geçirilmesi zorunludur. Hâkim önüne çıkarılmadan kolluk tarafından salıverilen kişilerin de, doğrudan bir adli hekim tarafından tıbbi muayene yapılmasını ve rapor düzenlenmesini isteme hakkı vardır.<sup>258</sup>

Yakalanan kişiler, tıbbi muayene ve değerlendirme talebinde bulduklarında mutlaka gecikmeden bir hekim tarafından kontrolü sağlanmalıdır. Kolluk görevlilerinin böyle bir talebi elemeyen geçirmeden yerine getirmesi gerekir.<sup>259</sup> Çünkü talebin gerekli ve yerinde olup olmadığına karar vermeye yetkili kişi kolluk görevlisi değil, hekimdir. Ayrıca, gerekli olan her durumda kişilerin bir hekim tarafından muayene, bakım ve tedavisi sağlanmalıdır.

Yine resmi prosedür ile öngörülen bir hekimin yaptığı muayeneye ek olarak, kişinin talebi halinde kendi seçtiği bir hekim tarafından muayene edilmesi de sağlanmalıdır. Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi de, devlet tarafından görevlendirilmiş doktorlar tarafından muayene ve tedavi sağlanabiliyor olsa da, kişinin kendi seçeceği bir doktora ulaşma ve tıbbi değerlendirme talep etme hakkının bulunmasının kötü muamelelerin önlenmesi açısından taşıdığı öneme dikkat çekmektedir.<sup>260</sup>

Diğer yandan, ceza ve tutukevlerinde bulunan tutuklu ve hükümlüler açısından hekime erişim hakkı ayrı bir önem taşımaktadır. BM Mahpusların Islahı İçin Asgari Standart Kurallar, bu kurumlarda verilecek sağlık hizmetleri ve kişilerin hekime erişimi konusunda ayrıntılı bir düzenlemeye yer vermiştir:

#### **“SAK Kural 22**

1) Her kurumda, psikiyatriden de anlayan en az bir nitelikli sağlık görevlisi hizmet verir. Kurumdaki sağlık hizmetleri, toplumun veya ulusun genel sağlık yönetimiyle yakın ilişki içinde düzenlenir. Kurumdaki sağlık hizmetleri, psiki-

<sup>258</sup> AİÖK 12 No.lu Genel Rapor, para.42.; Ayrıca bkz; Özel Raportörün İşkence Raporu, [A/56/156, July 2001], para. 39(f); Özel Raportörün İşkence Sorunu Raporu [E/CN.4/2003/68], 17 Aralık 2002, para.26(g);

<sup>259</sup> AİÖK, 12 No.lu Genel Rapor

<sup>260</sup> AİÖK tarafından 20-22 Nisan 2004 tarihinde Ermenistan'a yapılan ziyaretin 16 Kasım 2006 tarihli raporu, CPT/Inf (2006) 38, Ek II, para.32

yatrik vakalarda teşhisi ve gerektiğinde ruh sağlığındaki normal dışı olan halleri tedavi etmeye imkân verecek şekilde düzenlenir.

2) Durumu özel bir tedaviyi gerektiren mahpuslar, uzman kurumlara veya sivil hastanelere sevk edilirler. Hastane hizmetlerinin kurum içinde verilmesi halinde, bu kurumların araçları, donanımları ve ilaç stoklarının hasta mahpusların tıbbi bakım ve tedavilerini karşılayabilecek uygunlukta olur ve buralarda bu işe uygun eğitim görmüş görevliler bulunur.

3) Her mahpusa, nitelikli bir dışının hizmetinden yararlanma imkânı verilir.”

## ii. İç hukuk

Yukarıda belirttiğimiz üzere uluslararası standartlar hekime erişim hakkını, en önemli ve vazgeçilemez usuli güvenceler arasında saymakta ve özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin bu hakkı konusunda derhal bilgilendirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Yine devletler, kendi iç hukuk mevzuatında bu hakkı net ve ayrıntılı bir şekilde düzenlemekle yükümlüdür.

Ancak iç hukuk mevzuatı incelendiğinde; Ceza Muhakemesi Yasası'nda şüpheli ve sanıkların hekime erişim hakkı ve kapsamında dair hiçbir düzenlemenin bulunmadığı görülmektedir. Yalnızca Yasanın 99. maddesinde gözaltına alınan kişilerin sağlık kontrolünün nasıl yapılacağına yönetmelikte düzenleneceğini belirtmekle yetinilmiştir. Bahsi geçen yönetmelik ise 2005 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe giren Yakalama Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğidir.

Oysa **kişilerin işkence ve kötü muameleye karşı korunması açısından en önemli usuli güvenceler arasında sayılan bu hakkın yasa ile güvence altına alınmamış olması önemli bir eksiklik**tir. Çünkü yasa ile güvence altına alınmamış bir hakkın - yönetmelikte ne kadar ayrıntılı düzenlenirse düzenlensin - ülkenin içinde bulunduğu konjonktür ya da siyasal iradenin politik yönelimi doğrultusunda değiştirilmesi, kısıtlanması ya da askıya alınması çok daha kolay olacaktır.

Yine iç hukuk mevzuatında hekime erişim hakkına dair **diğer önemli bir eksiklik** ise şudur: Yönetmeliğe göre, şüpheli veya sanığın sağlık kontrolünden geçirilmesi, alıkoyma işleminden sorumlu yetkililer açısından bir yükümlülüktür. Ancak düzenleme uyarınca alıkonulan kişilere hekime erişim hakkı ve kapsamına dair bir bilgilendirme yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin eki olan ve yakalanan/gözaltına alınan kişilere verilmesi zorunlu olan şüpheli ve sanık hakları formunda da bu hakkın hatırlatılması gereken haklar arasında olmadığı görülmektedir.

Oysa işkenceden koruma anlamında en önemli usuli güvenceler arasında yer alan “hekime erişim” hakkının işlevli olabilmesi için, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiler alıkonulma anının başlangıcından itibaren bu hak ve kapsamı konusunda bilgilendirilmelidir. Mevzuatta hekime erişime bir “hak” olarak net ve yoruma yer bırakmayacak bir şekilde yer verilmemiş olması, özellikle denetim mekanizmalarının gerektiği şekilde işletilemediği hallerde kolluğun keyfi davranışlarının önünü açmakta ve alıkonulan kişinin bu hakkı etkili bir şekilde kullanabilmesinin önünde önemli bir engel olarak durmaktadır. Çünkü pratikte kişinin bilmediği bir hakkı talep etmesini beklemek mümkün değildir.

Hekime erişim, Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 9. maddesinde “**sağlık kontrolü**” başlığı ile düzenlenmektedir.<sup>261</sup> Buna göre;

- Yakalanan kişinin gözaltına alınacak olması veya zor kullanılarak yakalanması durumunda,
- Gözaltına alınan kişinin herhangi bir nedenle yerinin değiştirilmesi, gözaltı süresinin uzatılması, serbest bırakılması veya adli mercilere sevk edilmesi işlemlerinden önce,

şüpheli veya sanığın hekim tarafından muayene edilerek sağlık durumunun tespit edilmesi gerekmektedir.

Burada önemli olan bir nokta; eğer kolluk tarafından yakalama sırasında zor kullanılmışsa, daha sonra gözaltına alma işlemi yapılmıyorsa da kişinin hekim tarafından muayene edilerek sağlık durumunun tespitine dair düzenlemedir.

CMK madde 90, kolluğun yakalama sırasında kişilerin kaçmasını, kendisine ya da başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri almasına izin vermektedir. Yine Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 16. maddesine göre;

“Polis görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direniş kırma amacıyla ve kırarak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir.”

Aynı maddede zor kullanmanın sınırları ve hangi vasıtaların kullanılacağı da belirtilmiştir:

“Zor kullanma yetkisi kapsamında, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedeni kuvvet, maddi güç ve kanunî şartları gerçekleştiğinde silah kullanılabilir.”

Yukarıdaki hallerde, YGAİAY m.9 uyarınca kişi daha sonra gözaltına alınmamış olsa da, zor kullanılarak yakalanması durumunda sağlık kontrolünden geçirilmesi gerekmektedir.

Bu anlamda söz konusu maddenin olumlu ve yerinde bir düzenleme içerdiği söylenebilir de, kolluk tarafından neredeyse hiç kullanılmadığı görülmektedir. Uygulamada kolluk yalnızca yakalama sonrasında gözaltı işlemi yaptığı durumlarda kişileri sağlık kontrolüne götürmektedir. Bu nedenle yönetmeliğin ilgili maddesinin fiilen hiçbir işlevinin bulunmadığı söylenebilir.

Ayrıca Yönetmelikte kişilerin gözaltına alınacak olması, gözaltı süresinin uzatılması ya da birim değişikliği yapıldığı durumlarda kişilerin sağlık kontrolünden geçirilmesi gerektiğini belirtmiş olduğu halde uygulamada bu düzenlemenin de tam olarak hayata geçirilemediği gözlemlenmektedir.

<sup>261</sup> Bunun dışında, hekim muayenesine ilişkin bir başka düzenleme de PVSK'da yer almaktadır. Yasanın 13.maddesine göre yakalanan kişilerden;

- Uyuşturucu madde kullanmış olanlar ile sarhoş olanların,
  - Zor kullanılarak yakalananların,
  - Haklarında suç soruşturması yapılacak olan şüpheli ve sanıkların,
- yakalanma anındaki sağlık durumlarının hekim raporu ile tespit edilmesi gerekmektedir.

Burada asıl sorun, hakkında yakalama işlemi yapılan kişilerin hukuken ne zaman gözaltına alınmış sayılacağı meselesidir.

Ceza Muhakemesi Kanunu m.90/5 uyarınca, **yakalanan kişi ve olay hakkında Cumhuriyet savcısına hemen bilgi verilerek, emri doğrultusunda işlem yapılması gerekmektedir.**

Yine Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 6/8.maddesi de, Yasaya paralel olarak kolluk görevlilerince yakalanan kişi ve olay hakkında Cumhuriyet savcısına hemen bilgi verilmesi ve savcının emri doğrultusunda işlem yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bu durumlarda savcı tarafından verilen sözlü emir, en kısa zamanda yazılı hale dönüştürülerek mümkün olması halinde en seri iletişim aracı ile ilgili kolluğa bildirilmelidir. Ancak maddeye göre; **kolluk görevlisi emrin yazılı hale getirilmesini beklemeden sözlü emrin gereğini yerine getirmekle yükümlüdür.**

Mevzuatta yer alan hükme rağmen, kolluk genellikle yakalama işlemi yaptığı kişiler hakkında savcıya “derhal” bilgi vermemektedir. Kişi önce gözaltı birimine götürüldükten ve burada yakalama tutanağı ve ilgili diğer belgeler düzenlendikten sonra savcıya konu hakkında bilgi verilmektedir. Daha sonra savcı tarafından verilen talimat uyarınca kişi ya serbest bırakılmakta ya da gözaltına alınmaktadır.

Savcı tarafından gözaltına alınması talimatı verilen kişiler, ancak bu aşamadan sonra sağlık durumunun tespiti için hekim muayenesine götürülmektedir. Bu durum özellikle kişilerin gözaltı biriminde işkence gördükten sonra sağlık kontrolüne götürüldüğü durumlarda, suçun ve failerin tespiti için en önemli delillerden biri olan adli raporların işlevinin ortadan kalkmasına neden olmaktadır. Hatta kişinin üzerindeki bulguların gözaltına alınmadan önce var olduğu şeklinde yorumlanması nedeniyle bu tür raporlar, işkence faillerinin cezasız kalmasının yolunu açan önemli bir delil niteliği kazanabilmektedir.

Ancak uluslararası standartlar uyarınca, hekime erişim hakkının işlevli ve işkenceyle mücadelede etkili olabilmesi için yakalanan kişilerin derhal bir hekim tarafından muayene edilerek ilgili kolluk birimine götürülmeden önceki sağlık durumunun tespit edilmesi gerekmektedir.<sup>262</sup> Bu tespit, kişinin gözaltı biriminde işkence ya da kötü muamele görmesi riskini azaltacağı gibi, kişinin böyle bir fiile maruz kalması durumunda fiilin ve sorumlularının belirlenebilmesi açısından da hayati bir önem taşımaktadır.

Diğer yandan Yönetmeliğin 9. maddesinin üçüncü fıkrasında hekim muayenesi ve tedavisini gerektiren başka bir hal düzenlenmektedir. Buna göre;

“Gözaltına alınanlardan herhangi bir nedenle **sağlık durumu bozulanlar ile sağlık durumundan şüphe edilenler**, derhal hekim kontrolünden geçirilerek gerekiyorsa tedavileri yaptırılır. Bu durumdaki kişilerden **kronik bir rahatsızlığı olanların** istekleri hâlinde varsa **kendi hekimi nezaretinde** resmî hekim tarafından muayene ve tedavi edilmeleri sağlanır.”

Ancak, uluslararası standartlar kişinin talebi halinde hekime erişim hakkının sağlanması gerektiğinin altını ısrarla çizirken, söz konusu **düzenleme kişinin rutin muayeneler dışında hekime erişimini belirli bir şarta bağlamıştır.** Buna göre kişi an-

<sup>262</sup> Türkan/Türkiye, 18.09.2008, Başvuru No: 33086/04, para.40,41

cak sağlık durumu bozulduğunda ya da sağlığından şüphede edildiğinde hekim kontro-  
lünden geğirilecektir.

Yine bu duruma kimin karar vereceği konusunda bir açıklık bulunmaması uygulama-  
da sorunlara neden olmakta ve kolluğun geniş bir takdir hakkı kullanmasının yolu-  
nu açmaktadır. Oysa kişinin sağlık durumunun bozulup bozulmadığı ve tedavinin ge-  
rekip gerekmediğine karar verecek tek kişi bu konuda mesleki bilgi birikimi ve dene-  
yime sahip olan hekimdir.

Özellikle kiřinin tutulduđu birimde maruz kaldıđı řkence ya da kōtū muamele sonu-  
cu rahatsızlanması ya da sağlığından endişe edilmesi durumunda bu maddeye daya-  
nılarak kiřinin hekim tarafından kontrolū ve tedavisinin sađlanması mōmkūn gōrūn-  
se de, madde metninin net ve yoruma yer bırakmayacak bir řekilde dūzenlenmemiř  
olması uygulamada kolluk engelini açılmasını bōyōk ōlęde zorlaştırmaktadır.

Diğer yandan iç hukuk mevzuatına gōre - uluslararası standartlardan farklı olarak -  
řūpheli ya da sanık sıfatı ile alıkonulan bir **kişinin resmi hekim dışında kendi se-  
ceceđi bir hekim tarafından muayene edilebilmesi kural olarak mōmkūn deđil-  
dir.**

Bu hak yalnızca kronik rahatsızlığı olanlara kısmen tanınmıştır. Dūzenleme uyarınca  
kişi resmi hekim tarafından muayene edilirken kendi hekimini de muayene ve tedavi  
sūrecine yalnızca nezaret edebilecektir.

Uluslararası standartlar tarafından özellikle kiřilerin řkence ya da kōtū muameleye  
maruz kalmaları durumunda kendi hekimleri tarafından muayene ve tedavilerinin ya-  
pılmasına olanak tanınması gerektiğinin altı çizilmiş olduğu halde, mevcut iç hukuk  
dūzenlemesi bu anlamda oldukęa yetersizdir ve řkence ile mōcadele ōnünde ōnemli  
bir engel olarak karşımızda durmaktadır.

## **b. Tıbbi değerlendirme ve raporlama**

### **i. Uluslararası standartlar:**

şkence ile mōcadelede tıbbi delillerin derhal toplanması, kişiler üzerindeki fiziksel  
ve ruhsal izlerin zaman geçirilmeksizin kayıt altına alınması can alıcı bir ōnem taşı-  
maktadır. Doğası gereği genellikle kapalı kapılar ardında ve tanıklıkların olmadığı  
yerlerde geręekleřen şkence fiilinin tespitinde tıbbi deliller bu anlamda bōyōk bir rol  
oynamaktadır.

Konuyla ilgili uluslararası belgelerden birisi olan **İstanbul Protokolū** de, “tıbbi delil-  
ler” başlığı altında muayene ve delil toplamanın birbiri ile ne derece ilişkili olduğuna  
dikkat çekmektedir:

“104. Soruşturmacı, şkence gōrdōđü iddia edilen kişinin tıbbi muayeneden  
geğmesini sağlamalıdır. Bu muayenenin zamanında yapılması özellikle ōnemli-  
dir. şkencenin üzerinden ne kadar zaman geğtiğine bakılmaksızın tıbbi muaye-  
ne yapılmalıdır; ama şkencenin son altı hafta içinde yapıldığı iddia ediliyorsa  
muayenenin akut belirtiler kaybolmadan ōnce acilen ayarlanması gerekir. Mu-  
ayene, yaraların ve hastalıkların tedavisi için gereken psikolojik yardım, tavsi-  
yeler ve izleme ile ilgili bir değerlendirmeyi içermelidir(...) şkence gōrdōđü id-  
dia edilen kişinin psikolojik yōnden değerlendirilmesi her zaman gereklidir ve  
bu, fiziksel muayenenin bir paręası olabileceği gibi fiziksel izlerin bulunmadığı

durumlarda kendi başına da uygulanabilir(...)"

**Ayrıca Tıbbi Etik İlkeleri**<sup>263</sup>, işkence ve diğer kötü muamele türlerine karşı verilen mücadelede sağlık personelinin önemi, meslekleri ve sahip oldukları bilgi nedeniyle işkence ve kötü muamelenin başta kayda geçirilmesi olmak üzere tüm aşamalarda oynadıkları rolün ciddiyetini açıklıkla vurgulamıştır. Tıbbi Etik İlkelerine göre başta hekimler olmak üzere tüm sağlık personelinin özgürlüğünden yoksun bırakılanlar bağlamında temel görevi bu kişilerin öncelikle uygun bir şekilde muayeneden geçirilmesini sağlamaktır.

**BM İşkenceye Karşı Komite**, alıkonulan kişiye sağlık hizmetini sunacak kişilerin işkencenin önlenmesi konusunda bilgili ve deneyimli olması gerektiğinin altını çizmektedir.<sup>264</sup>

**Yine İstanbul Prensipleri'ne göre**; işkence 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.<sup>265</sup>

**BM İşkence Özel Raportörü**, kişinin gözaltına alınması ve gözaltından çıkarılması aşamalarında tıbbi muayeneyi yapacak olan hekimin bağımsız, işkence ve kötü muamelenin sonuçları konusunda donanımlı olması gerektiğini belirtmektedir. Bunun için hekimin, yasa uygulayıcılarından ve adaletin gerçekleşmesinden sorumlu bakanlıklardan bağımsız olması gereklidir. Ayrıca hekim, işkence ve kötü muamelenin fiziksel izlerinin yanısıra işkence ve kötü muamele sonucu oluşmuş olabilecek psikolojik travmanın saptanması için de uygun adli tıp tekniklerine vâkıf olmalıdır.<sup>266</sup>

**Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi** de, ele aldığı konuyla ilgili davalarda gözaltına alınan kişilerin uygun şekilde, uygun yerlerde ve ehil doktorlar tarafından tıbbi muayeneden geçirilmemiş olmasını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlali olarak nitelendirmektedir.

Mahkeme, *İlhan/Türkiye* kararında gözaltında tutulduğu yerden acil servise getirilen başvurunun muayenesinin yetersiz olduğunu belirterek Sözleşmenin 3. (işkence-kötü muamele yasağı) ve 13. (etkin iç hukuk yolu) maddelerinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.<sup>267</sup>

"1. Ayrıca Dr. Aydoğın tarafından, Abdüllatif İlhan'ın acil servise getirilmesinin hemen akabinde, düzenlenen rapor mağdur tarafından açıklanan yaraların sebebine hiçbir atıfta bulunulmaması, mağdurun vücudunda bulunan diğer yara ve izlere hiçbir atıfta bulunulmaması nedeniyle yetersizdir. Mahkeme bu eksikliklerin başvurunun acilen Diyarbakır'daki yoğun bakıma gönderilmesi ihtiyacından kaynaklandığı şeklindeki ve tatmin edici olduğu iddia edilen (hükümet

<sup>263</sup> Mahpusların ve Alıkonulan Kişilerin İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Korunmasında Özellikle Hekimler Olmak Üzere Sağlık Personelinin Rolüne Dair Tıbbi Etik İlkeler (BM Genel Kurulunun 18 Aralık 1982 tarih ve 37/194 sayılı Kararıyla kabul edilmiştir.)

<sup>264</sup> Özbekistan, CAT, A/57/44 (2002) 54, para 116 (h)

<sup>265</sup> İstanbul Prensipleri (İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ve Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesine Kılavuzluk Eden İlkeler) para. 6 (a).

<sup>266</sup> Özel Raportörün İşkence Sorunu Raporu, E/CCN.4/1999/61/Add.1, para.113(d).

<sup>267</sup> İlhan/Türkiye kararı

açıklamasından ikna olmamıştır. Her halükarda, bu durum Abdülatif İlhan'ın yaralarının sebebi ve kapsamı hususunda savcı tarafından yapılacak sonraki bir takibatın önemini ortaya koymaktadır.”

AİHM, yine Türkiye aleyhine vermiş olduğu başka bir kararında<sup>268</sup> başvurunun gözetiminde iken tecavüz edildiği iddiasına karşın, tıbbi muayenelerin konunun ehli hekimler tarafından yapılmadığını, muayeneler sonrasında tanzim edilen raporların eksik ve yetersiz olduğunu, dolayısıyla da konuyla ilgili iç hukuk yollarının yürütülen ceza soruşturması bağlamında etkin olmadığını ifade ederek Sözleşmenin 3. (işkence-kötü muamele yasağı) ve 13. (etkin iç hukuk yolu) maddelerinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

BM İşkence Özel Raportörü ayrıca, adli tıp hizmetlerinin yargının veya bağımsız bir kurumun çatısı altında verilmesi gerektiğini belirttikten sonra Adli Tıp kurumunun polis ve cezaevi sistemlerinin tabii olduğu üst kuruma bağlı olması halinin uluslararası insan hakları ilkeleri ve standartlarına aykırı olacağını ifade etmiştir.<sup>269</sup>

Diğer yandan Tıbbi Etik İlkelerinin 2.maddesinde, sağlık personelinin sahip olduğu bilginin kötü amaçla kullanıldığında (aktif) veya gerektiği gibi kullanılmadığında (pasif) işkence ve kötü muameleyle katılım anlamına gelebileceği açıkça vurgulanmıştır.

Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü (**TUHAK**); tüm hekim muayenelerinde, tedavi ve bakıma dair yeterli açıklıkta, ulaşılabilir kayıtlar tutulması gerektiği belirtilmektedir.

#### “**TUHAK Prensipten 26**

Tutulan veya hapsedilen bir kimsenin tıbbi bir muayeneye tabii tutulması halinde, doktorun adı ve muayenenin sonuçları tam ve doğru bir biçimde tutanağa geçirilir. Bu tutanağı edinme hakkı sağlanır. Bunun şekil ve usulü ilgili iç hukuk hükümlerine göre tespit edilir.”

Yine TUHAK'a göre özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiler veya avukatı, ikinci kez tıbbi muayene ve tıbbi mütalaa talep etme hakkına sahip olmalıdır.

#### “**TUHAK Prensipten 25**

Tutulan veya hapsedilen bir kimse veya avukatı, sadece tutma yerinin veya hapisane güvenliğinin ve düzeninin gerektirdiği makul şartlara tabii olarak, ikinci kez tıbbi muayene yapılması veya tıbbi mütalaa alınması için yargısal veya diğer bir makama talepte bulunma hakkına sahiptir.”

**Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi** de işkence gördüğü iddia edilen kişilerin vücudundaki bulguların nedenini ortaya koymak amacıyla ek bir tıbbi muayeneden geçirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Mahkeme *Algür/Türkiye*<sup>270</sup> kararında, düzenlenen raporların birbiriyle çelişkili olmasının yanında, başvurunun kendisinin seçtiği hekimle görüşmesinin engellenmesini ve cezaevi hekiminin talimatına rağmen vücudundaki izlerin nedenini tespit için yeniden bir tıbbi muayeneden geçirilmemiş ol-

<sup>268</sup> Aydın/Türkiye, Başvuru no: 23178/94; 25 Eylül 1997

<sup>269</sup> BM İnsan Hakları Komisyonu Özel Raportörünün 3 Temmuz 2001 tarih ve A/ 6/156 sayılı raporu

masını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinin ihlali olarak nitelendirmiştir.

## ii. İç hukuk

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları her hekimin başta İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi olmak üzere tüm insan hakları belgelerine ve hekimlikle ilgili ortak kurallara uymakla yükümlü olduğunu belirtmektedir.<sup>271</sup> Doğal olarak hekimler için getirilen bu yükümlülük alın konulara dair yapılan adli muayene ve tedavilerde de geçerli olacaktır.

Yine aynı Kuralların 34. maddesine göre;

“Hekim, tıbbi bilgi ve becerisiyle, işkence ve benzeri uygulamalara katılamaz, yardımcı olamaz, gerçeğe aykırı rapor düzenleyemez. İşkence iddiası olan olgularla karşılaşan hekim, mesleki bilgi ve becerilerini gerçeğin ortaya çıkarılması için kullanır.”

Sağlık Bakanlığı Genelgesi, hekimlerin adli muayene ve tetkikler sırasında temel insan hak ve hürriyetleri ile mahremiyete saygı gösterilmesi gerektiğinin altını çizmektedir. Adli vaka olarak sevk edilen kişiler, hekim tarafından bizzat görülmeli ve muayene edilmelidir. Başkasının ifadesine dayanarak rapor hazırlanmamalıdır. Muayene, kişinin bütün vücudu üzerinde yapılmalı ve rapor yazımında yardımcı olmak üzere bu sırada muayene bulguları kısaca not alınmalıdır.<sup>272</sup>

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nde ise, hekimin muayene sırasında işkence suçunun işlendiği yolunda herhangi bir bulguya rastlanması halinde ne yapması gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Buna göre;

“Hekim muayene esnasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 94. maddesinde belirtilen **işkence**, 95. maddesinde belirtilen **neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence** ve 96. maddesinde belirtilen eziyet suçlarının işlendiği yolunda herhangi bir bulguya rastlaması hâlinde, keyfiyeti **derhâl Cumhuriyet savcısına bildirir...**”<sup>273</sup>

Yönetmeliğe göre, bu durumlarda Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 7 ve 8 inci maddesine göre işlem yapılması gerekmektedir.<sup>274</sup>

<sup>270</sup> Başvuru No:32574/96, 22.10.2002, www.echr.coe.int

<sup>271</sup> TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, m.33

<sup>272</sup> Sağlık Bakanlığı, Genelge, 2005, m.3.2.4

<sup>273</sup> YGAİAY m.9/9; Sağlık Bakanlığı, Genelge, 2005, m.3.2.4(f)

<sup>274</sup> Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik

**Madde 7:** Bir suçla ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun ve diğer kişilerin vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine sağlığını açıkça ve öngörülebilir şekilde tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmama koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkemece, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

Mağdurun ve diğer kişilerin beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılır.

**Madde 8:** Bir suçla ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun ve diğer kişilerin vücudundan kan, veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine, sağlığını açıkça ve öngörülebilir şekilde tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmama koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

Bu müdahaleler ancak tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir. Tıbbî müdahaleler, hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılır.



Ancak uygulamada büyük ölçüde adli hekimlerin, muayene ettiği kişilerin kendilerine işkence ya da kötü muamele gördüğünü açıkça belirtmiş olduğu hallerde dahi, durumu Cumhuriyet savcılığına bildirmedikleri ve öngörülen prosedüre göre raporlama yapmadıkları görülmektedir. Hekimlerin bu anlamdaki yükümlülüklerini, üzerlerinde kurulan/kurulma riski yüksek olan baskı ya da kendilerinin tarafsız davranmaları gibi nedenlerle yerine getirmemesi, işkencenin önlenmesinde önemli bir sorun alanı yaratmaktadır.

Yine adli muayene yapmakla görevli hekimlerin, muayene sırasında kişilere insan onuruna yakışır şekilde davranmadıkları, ilgili mevzuat ve tıbbi etik ilkelere aykırı bir şekilde kişileri muayene ettikleri görülebilmektedir. TIHV tarafından avukatlara yönelik hazırlanan anket çalışması sonuçları da uygulamadaki sorunların tespiti açısından oldukça dikkat çekicidir.

Hekimlerin adli **muayene sırasında kişilerin şikâyetlerini tam olarak dinleyip dinlemediklerine** dair yöneltilen soruya, avukatların sadece %11'i 'genelde' yanıtı vermiştir. Avukatların % 58'i hekimlerin müvekkillerinin şikâyetlerini 'nadiren' sorduğunu ve dinlediğini belirtirken, %12'si hekimlerin müvekkillerinin şikâyetlerini 'hiçbir zaman' sormadığını ve dinlemediğini belirtmişlerdir. Bu soruya hiçbir avukatın 'her zaman' yanıtını vermemiş olması ise kaygı vericidir.



Diğer yandan hekimlerin müvekkillerini 'genelde' ayrıntılı bir şekilde muayene ettiğini belirten avukatların oranı %6 ile sınırlı kalmıştır. Yine hiçbir avukat 'her zaman' hekimlerin müvekkillerini ayrıntılı bir şekilde muayene ettiği yanıtını işaretlememiştir. Hekimlerin müvekkillerini 'hiçbir zaman' ayrıntılı biçimde muayene etmediğini ya da 'nadiren' ayrıntılı biçimde muayene ettiklerini belirten avukatların oranı ise %81 gibi büyük bir orandır.



### **Tutuklu ve Hükümlüler Açısından Muayene ve Raporlama:**

Cezaevlerindeki tutuklu ve hükümlülerin muayene ve tedavisi **Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun** ile düzenlenmiştir.

Yasa, tutuklu ve hükümlülerin beden ve ruh sağlığının korunması, hastalıklarının tanınması için muayene ve tedavi olanaklarından yararlanma hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Kurumun sağlık koşullarının düzenlenmesi, tutuklu ve hükümlülerin acil veya olağan muayene ve tedavisi kurum hekimi tarafından yapılır. Ancak kurum revirinde muayene ve tedavinin mümkün olmaması halinde kişilerin devlet ya da üniversite hastanelerine sevk edilmeleri gerekmektedir.<sup>275</sup>

<sup>275</sup> Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, m.71, m.78, m.80

**TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları** da tutuklu ve hükümlülere verilecek tıbbi yardım konusuna değinmektedir. Buna göre; tutuklu ve hükümlülerin muayenesi sırasında, bu kişilere diğer hastalardan farklı bir muamele yapılmalıdır:

“Tutuklu ve hükümlülerin muayenesi de öteki hastalarındaki gibi, kişilik haklarına saygılı, hekimlik sanatını uygulamaya elverişli koşullarda yapılır ve onların gizlilik hakları korunur. Hekimin, bu koşulların sağlanması için ilgililerden istekte bulunma hakkı ve sorumluluğu vardır. Muayene sonucu düzenlenecek belge veya raporlarda hekimin adı, soyadı, diploma numarası ve imzası mutlaka bulunur. Belge ve raporun bir örneği kişiye verilir. Belge ve rapor baskı altında yazılmış ise, hekim bu durumu en kısa zamanda meslek örgütüne bildirir.”<sup>276</sup>

Ancak uluslararası standartlar, iç hukuk mevzuatı ve tüm etik ilkelere rağmen; tutuklu ve hükümlülerin muayene ve tedavilerinde sıklıkla sorun yaşanabilmektedir. Uygulamada tutuklu ve hükümlülerin tıbbi bakıma erişim hakkı engellenebildiği gibi, hekim tarafından yapılan muayeneler sırasında kişiler insan onuruna aykırı muamelelere maruz kalabilmekte ya da muayeneler gereği gibi yapılmamaktadır.

Tutuklu ve hükümlülerin muayene ve tedavi için hastaneye sevk taleplerinde zaman zaman gecikmeler yaşandığı gözlemlenmektedir. Yine kişiler hastanelerde hekim tarafından muayene edilirken kelepçeleri çözülmeden dahi muayene edilebilmektedir.

Özellikle cezaevlerinde kişilerin işkence ya da kötü muameleye maruz kaldığı durumlarda, kişilerin bir hekime erişimi ve sağlıklı bir şekilde muayene/tedavi olması daha da zorlaşmaktadır. Cezaevlerinin diğer alıkoyma birimlerine göre daha kapalı ve ulaşılmaz güç mekânlar olması bunun en önemli nedenlerinden biridir. Yine bu mekânlarda kişilerin dışarı ile iletişimlerinin daha kısıtlı olması ve sivil denetimin mümkün olamaması da cezaevi görevlilerinin keyfi ve hukuka aykırı davranışlarını kolaylaştıran faktörler arasında yer almaktadır.

### **c. Hekim – hasta ilişkisi (gizlilik ve mahremiyet)**

#### **i. Uluslararası standartlar**

Tüm tıbbi etik ilke ve kurallar, hekimin hastasına karşı sır saklama yükümlüğü olduğunu vurgulamaktadır. **Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi**'nde ve Dünya Tabipler Birliği'nin konuya ilişkin diğer bildirgelerinde<sup>277</sup> hekimin öldükten sonra bile hastasına ait sırları saklamaya özen göstermesi gerektiğine işaret edilmiştir. Sır saklama yükümlülüğü, hekim – hasta ilişkisinde güvenin tesis edilebilmesinin ve bu güvene duyulan saygının bir gereği olarak kabul edilir.

Ancak, diğer yandan adli muayene ile görevli hekimin görevi gereği tıbbi değerlendirme süreci sonucunda elde edeceği tıbbi bulguları raporlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Adli hekimlerin muayene ettiği kişilerle farklı bir ilişkisi vardır ve genellikle gözlemlerini objektif olarak raporlamaları gerekir. Hastanın bu tür durumlarda daha az seçim şansı olacaktır ve bu nedenle hasta ne olduğu konusunda açıkça konuşmak istemeyebilir.<sup>278</sup> Ya da aktardığı öykünün kendisi açısından yaratabileceği sonuçlar hakkında yeterince bilgi sahibi olmayabilir.

<sup>276</sup> Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.35

<sup>277</sup> Dünya Tabipler Birliği'nin 1948 Cenevre, 1957 İstanbul ve 1983 Venedik Bildirgeleri.

<sup>278</sup> İstanbul Protokolü para.71

Bu nedenle adli muayeneden sorumlu hekim, muayeneye başlamadan önce kendi rolünü açıklamalı 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.<sup>279</sup>

Özgürlüğünden yoksun bırakılan herkese ücretsiz tıbbi bakım ve tedavi sağlanmalıdır. Yine adli muayeneler sırasında temel insan hak ve hürriyetlerine uyulması ve mahremiyete saygı gösterilmesi zorunludur.

**Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi**, özgürlükten yoksun bırakılan kişilerin bağımsız ve ehil hekimler tarafından tutulma yerlerine giriş ve çıkışlarda muayene edilmesinin, bu muayenelerin dışarıdan gelecek herhangi bir müdahale ve tazyik olmadan yapılmasının önemine vurgu yapmaktadır. Muayenenin diğer kişilerin göremeyeceği ve duyamayacağı bir ortamda yapılması, muayene esnasında hekim ile muayene edilen kişinin yalnız kalmaları ve muayenenin hekim-hasta ilişkileri çerçevesinde gerçekleştirilmesi esastır. Gözaltı işlemi nedeniyle yapılan muayenelerde buna özellikle dikkat edilmesi gerekmektedir.<sup>280</sup>

İstanbul Protokolü de, her alıkonulananın mahremiyetine saygı gösterilen bir ortamda muayene edilmesi gerektiğini belirtmektedir:

“... Polis ya da diğer kolluk güçleri hiçbir zaman muayene odasında bulunmamalıdır. Bu usule ilişkin önlemden sadece muayeneyi yapan hekim, eğer alıkonulananın sağlık personeline karşı ciddi bir güvenlik riski oluşturduğu yönünde ikna edici bir delili olduğunu düşünüyorsa vazgeçebilir. Böyle bir durumda, muayene eden hekimin talebi üzerine, muayene esnasında polis ya da diğer kolluk kuvvetleri değil, sağlık kurumunun güvenlik personeli hazır bulunmalıdır. Bu koşulda da, güvenlik personeli hastaya göre işitme mesafesinin dışında (yani yalnızca görüş mesafesinin içinde) olmalıdır...”<sup>281</sup>

Ancak bu durumlarda hekim düzenleyeceği raporda, talebine ve gerekçelerine mutlaka yer vermelidir. Bunun, gözaltı ve/veya cezaevinden getirilen kişiler için uygulanacak rutin bir talep olmaması, ancak istisna durumlarda başvurulması ve genel uygulamaya dönüşmemesi ciddi önem taşımaktadır. Yine hangi gerekçeyle olursa olsun, muayene ortamında bulunan polislerin, askerlerin, cezaevi görevlilerinin veya diğer kolluk güçlerinin açık ve ayrıntılı kimlik ile unvanları mutlaka doktor rapor ve kayıtlarında yer almalıdır.<sup>282</sup> Çünkü muayene ortamında güvenlik görevlilerin varlığı, gerçeğe aykırı ya da gerçeği tam olarak yansıtmayan bir tıbbi raporun dikkate alınmaması için zemin teşkil edebilir. Ayrıca olası bir işkence suçunun faillerini tespit açısından da raporda bu bilgilerin yer alması önemlidir.

İstanbul Protokolü, diğer yandan alıkonulan kişilerin adli muayeneye asker ya da polis olmayan kişilerce götürülmesi gerektiğini belirtmektedir:

<sup>279</sup> a.g.e. para.71

<sup>280</sup> AİÖK, Genel Rapor 12, paragraf.42

<sup>281</sup> İstanbul Protokolü para.124;

Ayrıca bkz. İstanbul Prensipleri, para.6 (a).

<sup>282</sup> İstanbul Protokolü, para.125

“... Alıkonulan adli tıp muayenesine asker ve polis olmayan görevliler tarafından götürülmelidir, çünkü işkence ve kötü muamele bu görevlilerin gözetiminde yapılmış olabilir ve bu durum da alıkonulan ya da hekim üzerinde işkence ve kötü muamelenin etkin biçimde belgelenmemesine yönelik kabul edilemez zorlayıcı bir baskı oluşturabilir. Alıkonulananın naklinden sorumlu görevliler, diğer kolluk güçlerine değil, savcıya karşı sorumlu olmalıdır...”<sup>283</sup>

## ii. İç hukuk

**Hasta Hakları Yönetmeliği**<sup>284</sup>, yasal istisnalar dışında hastaların sağlık durumları hakkında kendisine ve üçüncü kişilere bilgi verilmemesini istene hakkı olduğunu belirtmektedir. Yine aynı yönetmeliğe göre hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır.

Türk Tabipler Birliği tarafından kabul edilen Hekimlik Meslek Etiği Kuralları da, hekimlerin tedavi hizmeti verirken uymakla yükümlü olduğu meslek ilkelerini düzenlemekte ve sır saklama yükümlülüğünden bahsetmektedir. Bu Kuralların 9.maddesinde sır saklama yükümlülüğüne yer verilmiştir. Buna göre;

“Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanması hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir...”

Aynı maddenin devamında ise yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesinin de meslek sırrının açıklanması anlamına gelmeyeceği belirtilmiştir. Yine hekim, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebilecektir.

**Sağlık Bakanlığı Genelgesi**'nde, muayene ve tetkikler sırasında temel insan hak ve hürriyetleri ile mahremiyete saygı kurallarına mutlaka uyulması gerektiği belirtilmektedir.<sup>286</sup> Ayrıca hekim-hasta ilişkisindeki mahremiyete vurgu yapılmıştır:

“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 edilecek; diğer muayenelerde tabibin gerek görmesi halinde bir sağlık mesleği mensubu personel muayene ortamında hazır bulundurulabilecektir.”<sup>287</sup>

**Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği**'nde de hekim ile muayene edilen kişinin yalnız kalmalarının, muayenenin hekim-hasta ilişkisi çerçevesi içinde yapılmasının esas olduğu vurgulanmaktadır. Ancak;

<sup>283</sup> İstanbul Protokolü, para.123; ayrıca bkz. Özel Raportörün İşkence Sorunu Raporu, para. 113(d).

<sup>284</sup> Resmî Gazete, 1 Ağustos 1998, Sayı:23420

<sup>285</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği m.20, 21

<sup>286</sup> Sağlık Bakanlığı, Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, “Adli tabiplik hizmetlerinin yürütülmesinde uyulacak esaslar” konulu Genelge, 22.09.2005, m.3.2.4 (b)

<sup>287</sup> Sağlık Bakanlığı, 2005, m.3.2.4.(c)

“...hekim kişisel güvenlik endişesini ileri sürerek muayenenin kolluk görevlisinin gözetiminde yapılmasını isteyebilir. Bu istek belgelendirilerek yerine getirilir...”<sup>288</sup>

Ancak bu durumlarda, muayene edilenin talebi halinde müdafii de – muayenede gecikmeye neden olmamak kaydıyla - muayene sırasında hazır bulunabilecektir.

Yine Yönetmelikte, gözaltına alınan kişinin ifadesini alan veya soruşturmayı yürüten kolluk görevlisi ile bu kişiyi tıbbi muayeneye götüren kolluk görevlisinin farklı olması zorunluluğu olduğu; ancak personel yetersizliği nedeniyle farklı kolluk görevlisinin bulunmaması halinde bu durumun belgelendirilmesi gerektiği belirtilmektedir.<sup>289</sup>

Ayrıca CMK ile birlikte kadınların muayenesine ilişkin yeni bir hüküm getirilmiştir. Buna göre kadının muayenesi talebi halinde ve olanaklar elverdiği ölçüde kadın hekim tarafından yapılacaktır. Talebe rağmen kadın hekimin bulunamaması halinde ise muayene sırasında hekim ile birlikte sağlık görevlisi olan bir personelin bulundurulmasına özen gösterilmelidir.<sup>290</sup>

Ancak uygulamada adli muayeneler sırasında hekim-hasta ilişkisi ve mahremiyet esasına dair büyük oranda sorunlar yaşandığı; kişilerin ilgili iç hukuk mevzuatına ve tıbbi etik kurallara aykırı bir şekilde muayene edilebildikleri görülmektedir. TİHV tarafından avukatlara yönelik hazırlanan anket çalışmasına verilen yanıtlar da hukuka aykırı uygulamaların varlığını gözler önüne sermektedir.

Tıbbi muayenenin hekim ve hastanın yalnız kalabildiği ortamlarda yapılıp yapılmadığına dair yöneltilen soruya verilen yanıtlardaki oranlara bakıldığında; hekim hasta ilişkisinin mahremiyetinin sağlanabildiği ortamların sadece %33 ile sınırlı kaldığı görülmektedir (‘her zaman’ diyenlerin oranı %3, ‘genelde’ diyenlerin oranı %30). Müvekkillerinin ‘hiçbir zaman’ hekim ile yalnız kalabildikleri ortamda muayene edilmediğini belirten avukatların oranı %14, ‘nadiren’ böyle bir ortamın sağlandığını belirten avukatların oranının %44 olduğu görülmektedir.



Yine muayene sırasında muayene odasında **diğer hastalar, diğer sağlık görevlileri ve/veya hasta yakınlarının** bulunduğu anlaşılmaktadır (her zaman diyenler %7, genellikle diyenler %51). Muayene sırasında muayene odasında ‘hiçbir zaman’ diğer hastalar, hasta yakınları veya sağlık görevlilerinin bulunmadığını belirten avukatların oranı sadece %9’dur. ‘Nadiren’ muayene odasında diğer kişilerin bulunduğunu belirten avukatların oranı ise %16’dır.



<sup>288</sup> YGAİAY m.9/10; Sağlık Bakanlığı, 2005, m.3.2.4.(c)

<sup>289</sup> YGAİAY m.9/4

<sup>290</sup> CMK m.77, YGAİAY m.9/11

Daha da önemlisi, **muayene sırasında polis memurlarının içeride bulunduğunu** belirten avukatların oranı %59'dur (her zaman diyen %17, genelde diyen %42). Muayene sırasında 'hiçbir zaman' polis memurlarının içeride olmadığını belirten avukat oranı sadece %5'tir.

Bu oranlar, ancak istisnai durumlarda başvurulması gereken söz konusu düzenlemenin, uygulamada neredeyse rutin bir uygulama haline almış olduğunu göstermektedir.

Yine uluslararası ve iç hukuk mevzuatta, kolluk görevlilerinin muayene sırasında içeride bulunduğu hallerde, durumun belgelendirilmesi gerektiği belirtildiği halde, uygulamada bu düzenlemelere çoğunlukla riayet edilmediği görülmektedir.

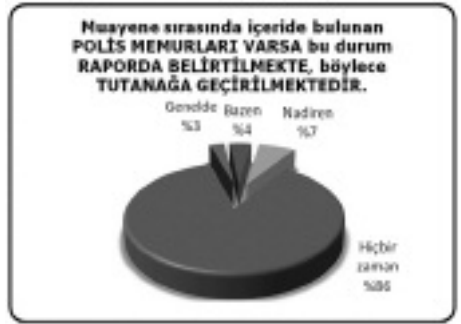
Anket sonuçlarına göre; **muayene sırasında içeride bulunan polis memurları varsa** bu durumun 'hiçbir zaman' raporda belirtilmediğini ifade eden avukatların oranı %86 olmuştur. 'Nadiren' seçeneğini işaretleyen avukatların oranı ise %7'dir. Hiçbir avukat 'her zaman' seçeneğini işaretlememiş, muayene sırasında içeride polis memurları varsa bu durum 'genelde' raporda belirtilir diyen avukatların oranı ise yalnızca %3'le sınırlı kalmıştır.

Özellikle işkence ve kötü muamele vakalarında, alıkonulan kişinin muayenesi sırasında kolluk görevlilerinin de içeride bulunma yönünde bir davranış sergiledikleri gözlemlenmektedir. Bu durum hem kişinin görmüş olduğu muameleyi hekime özgür iradesi ile aktarmasını imkânsız kılmakta, hem de muayene ve raporlama sürecinde hekim üzerinde fiili bir müdahale ve baskı oluşturmaktadır.

Yine bu tür vakalarda kolluk görevlilerinin muayene sırasında içeride bulunduğu hallerde durumun raporda belirtilmemesi nedeniyle, hem düzenlenen raporun gerçeğe aykırı ya da gerçeği tam olarak yansıtmadığı yönünde tartışma yürütülmesi mümkün olamamakta, hem de olası işkence faillerinin tespiti zorlaşmaktadır.

Diğer yandan muayene sırasında polis memurları içeride ise avukatın da içeride bulunmasına 'her zaman' veya 'genellikle' izin verildiğini belirten avukatların oranı %17 olmuştur. Bu durumda 'hiçbir zaman' kendisinin içeride bulunmasına izin verilmediğini ya da nadiren izin verildiğini belirten avukatların oranı %47'dir. Yöneltilen soruya 'bazen' yanıtı veren avukatların oranı %15, 'nadiren' yanıtı verenlerin oranı ise %20'dir.

Bu anlamda aşağıda yer verilen örnek, hekim hasta ilişkisinde özen gösterilmesi gereken gizlilik/mahremiyet ilkesinin ve konuya ilişkin



olarak uluslararası standartlar ve iç hukuk tarafından düzenlenen birçok kuralın ihlali niteliğini taşıması nedeniyle oldukça çarpıcıdır.<sup>291</sup>

25.03.2005 tarihinde İzmir Adliyesi binası içindeki adli tıp biriminde yaşanan olaya ilişkin olarak İzmir Barosu Avukat Hakları Merkezi'nde tanzim edilen tutanak aynen şöyledir:

#### TUTANAKTIR

Av. [...], Av. [...] 25.03.2008 saat 11.15 civarı merkezimize (İzmir Barosu Avukat Hakları Merkezi) gelerek TEM tarafından gözaltına alınan, özel vekilleri oldukları şüphelinin doktor raporunun alınması sırasında içeride polis memurlarının bulunması üzerine müvekkilinin rahatça beyanda bulunamayacağı düşüncesi ile odaya girmek istemiş ancak odada bulunan bayan polis memuru tarafından zor kullanılarak dışarıya çıkarıldığı şikâyeti ile başvuruda bulunmuştur.

Saat 11.34 itibari ile İzmir Barosu Yönetim Kurulu üyesi Av. [...] ve Avukat Hakları Merkezi hukukçu personeli [...] ile birlikte başvuruya konu Adliye [...] Adli Tıp birimine gidildiğinde durum (doktor yanında 3 sivil, 1 resmi olmak üzere 4 polis memurunun içeride olduğu) tespit edildi. Yönetim Kurulu üyesi Av. [...] tarafından kendilerine burada ne yaptıkları sorulduğunda “raporların düzenlenmesine yardımcı oldukları” beyan edildi. Doktora ise bir meslektaşımızın buradan zor kullanılarak dışarı çıkarılıp çıkarılmadığı sorulduğunda, doktor tarafında verilen cevap da “evet ben avukatı polislerle dışarı çıkarttım” oldu.

Muayene odasından dışarı çıkıldığında TEM'de görevli bir bayan polis memuru bize burada ne yapmaya çalıştığımızı sordu, ekipten sorumlu ve kendisini amir olarak tanıtan bir başka memur ise; kendilerine bu durumun tutanak tutularak tespit edileceği söylendiğinde, “biz de sizi zaten savcılığa bildirdik, biz de sizin hakkınızda tutanak tutacağız” dedi (bayan polis memurundan ismi sorulmuş ve “vermek zorunda olmadığını” beyan etmiştir).

Daha sonra oradan ayrılarak orada hazır bulunan ve olaya şahit olan diğer avukatlarla birlikte Baro birimizde işbu tutanak tanzim edilmiştir. 25.04.2008

İzmir Barosu YK üyesi Av. [...]

İzmir Barosu Avukat Hakları Merkezi  
Hukukçu Personeli [...]

Av.[...]

Av. [...]

Av. [...]

Av. [...]

Av. [...]

#### d. Bilgilendirme ve onay alma (Bilgilendirilmiş Onam)

<sup>291</sup> Avukatlar tarafından İzmir Cumhuriyet Başsavcılığı'na yapılan şikâyet 2008/30885 sayılı soruşturma dosyası üzerinden yürütülmektedir.

## i. Uluslararası standartlar:

Uluslararası standartlar, hekim tarafından yapılacak muayene ve tedavi için, öncelikle kişinin süreç ve sonuçları hakkında bilgilendirilmesi ve kişiden bu yönde bir onay alınması şartını aramaktadır.

Hekimler açısından bir yükümlülük, hastalar açısından ise bir hak niteliğinde olan bu kural Biyotıp Sözleşmesi'nde de açık bir şekilde yere almaktadır. Sözleşme uyarınca;

“Sağlık alanında herhangi bir müdahale, **ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra** yapılabilir.

Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir.

İlgili kişi, **muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir.**”<sup>292</sup>

Yine aynı Sözleşme taraf devletlere bu anlamda bir sorumluluk da yüklemektedir. Sözleşmenin 23. maddesine göre; taraf devletler bu sözleşmede hüküm altına alınan hakların ve ilkelerin hukuka aykırı bir şekilde ihlal edilmesi halinde, durumun en kısa sürede önlenmesi veya durdurulması için uygun yargısal korumayı sağlamalıdır.

**Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi**, hekimin hastasını bilgilendirmesi ve muayene ya da tedavi için hastanın herhangi bir baskı altında kalmaksızın onay vermesi gerektiğini ifade etmektedir. Bildirgeye göre, zihinsel yeterliliği olan erişkin bir hasta herhangi bir tanı veya tedaviye yönelik girişimi onaylama veya kabul etmeme hakkına sahiptir. Ancak bunun için gerekli şekilde bilgilendirmeye ihtiyacı vardır. Hasta muayene ve tedavinin amacının ne olduğunu ve sonuçlarının neler olabileceğini açık şekilde anlamalıdır. Hekim hastayı verdiği kararların sonuçları hakkında bilgilendirmekle yükümlüdür.<sup>293</sup>

**İstanbul Protokolü**, baskı altında ya da yanlış/eksik bilgilendirme sonucu alınmış olan onayın geçerli olmayacağını ve bu onaya dayanarak hareket eden hekimlerin tıp etiğine aykırı davranmış olduklarının altını çizer:

“...Sağlık çalışanları, hastaları muayene etmeden önce, muayenenin ve tedavinin amacını açıkça anlatmalıdır. İşlemin sonuçları hasta açısından ne kadar ağırsa, usulüne uygun bilgilendirilmiş onam almanın ahlaki yükümlülüğü de o kadar büyüktür. Muayene ve tedavi, kişilere sonuçları belirgin bir yarar sağlayacaksa, hastanın yapılacak işlem için işbirliği yaparak, örtülü onay vermesi yeterli olacaktır. Ancak muayenenin temel amacının tedavi edici bakım olmadığı durumlarda;

(a) hastanın durumu bilip onay vermesine,

(b) uygulanacak işlemin hiçbir şekilde hastanın çıkarına ters olmamasına büyük özen gösterilmelidir...”<sup>294</sup>

Yine sorgulama sırasında kişinin, cezalandırmayı, işkenceyi ya da fiziksel baskıyı kal-

<sup>292</sup> Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi m.5

<sup>293</sup> Dünya Tabipler Birliği Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi, İlke 3

<sup>294</sup> İstanbul Protokolü, para.64



dırıp kaldıramayacağını tespit etmek amacıyla muayene yapmak tıbbi etik kurallarına ve tıbbın amacına aykırıdır. Tıbbi muayene ve değerlendirme alkonulan kişilere verilecek cezayı kolaylaştırmak için değil, kişileri mümkün olduğu ölçüde sağlıklı duruma getirmek ve sağlık koşullarını iyileştirmek amacıyla yapılmalıdır. Özellikle bir soruşturmada delil olması amacıyla yapılan muayenede, elde edilecek sağlık verilerinin ne şekilde kullanılacağı, saklanacağı ve kimlerin bu verilere ulaşabileceği konusunda bilgilendirilerek kişiden onay alınması şarttır. Kişinin kararını vermesinde önem taşıyan tüm bu hususlarda açık bir şekilde bilgilendirme yapılmamışsa, verilen onay geçersiz olacaktır.<sup>295</sup>

Kişilerin muayenenin/tedavinin tamamını veya belli bir kısmını reddetme hakları vardır. Bu durumlarda hekimin, kişinin muayeneyi reddetme gerekçesini yazılı olarak belgelemesi gerekir. Ayrıca, bu belge kişinin avukatı ve başka bir sağlık görevlisi tarafından da imzalanmalıdır.<sup>296</sup>

Kısaca özetlemek gerekirse, hekim tarafından hastanın anlayabileceği bir açıklıkta/netlikte yapılması gereken bilgilendirme;

- hekimin tam ismi, çalıştığı kurum ve görevi,
- muayene ve değerlendirmenin amacı,
- muayene ve değerlendirmenin kapsam ve prosedürü,
- tıbbi değerlendirmenin olası sonuçları,
- değerlendirmelerden elde edilecek verilerin nasıl ve ne şekilde kullanılacağı,
- bilgilerin hekim hasta ilişkisi içinde korunmasının mümkün olup olmadığı,
- kimlerin bu bilgilere erişebileceği

hususlarını içermelidir.

Ayrıca bu bilgilendirmenin yalnızca muayenenin başlangıcında yapılması yeterli değildir. Her aşamada ayrıca ek bilgilendirme yapılmalı ve bu aşamaların her birinde tetkik ve değerlendirme, bilgilendirme temelinde alınmış onaya dayanarak yürütülmelidir.<sup>297</sup>

## ii. İç Hukuk

Hekimlerin uymakla yükümlü olduğu etik ilkeleri düzenleyen **TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları**, hiçbir ayırım yapılmaksızın temel hasta haklarına uygun davranılması gerektiğini ifade eder. Hekim, hastasının sağlığı ile ilgili karar almadan önce bilgilendirme hakkı, aydınlatılmış onam hakkı, tedaviyi kabul veya ret hakkı gibi temel hasta haklarına saygı göstermek zorundadır.<sup>298</sup>

Hekimler tarafından yapılması gereken bilgilendirme, hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösterilerek yapılmalı, bu bilgiler hasta tarafından anlaşılacak bir biçimde verilmelidir. Hekim tarafından hastanın sağlığına ilişkin olarak yapılacak her türlü girişim, ancak kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onay şayet baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da yanıltma yoluyla alınmışsa geçersiz

<sup>295</sup> a.g.e., para.64

<sup>296</sup> a.g.e. para.165

<sup>297</sup> Üçpınar, Atas; İşkenceye Karşı Güvenceleri El Kitabı, TİHV Yayınları 58, s.42

<sup>298</sup> TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, m.21

olacaktır.

Ayrıca hasta başlangıçta onay vermiş olsa bile dilediği zaman bunu geri alabilmeli ve muayene/tedaviyi reddedebilmelidir.<sup>299</sup>

**Sağlık Bakanlığı** tarafından 2005 yılında yayımlanan **Genelge**'de de hekimlerin adli vakaların muayenesinde tıbbi deontoloji kurallarına titizlikle uyması gerektiğine vurgu yapılmıştır.<sup>300</sup>

Ancak aynı Genelgede, kişinin muayeneyi reddetmesi halinde hekimlik mesleğine ilişkin uluslararası standartlar ve tüm tıbbi etik ilkelere aykırı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre;

“3.2.2. Muayene edilenin, tabip tarafından muayene ve yapılacak işlemler konusunda bilgilendirilmesi esastır. İlgilinin, buna rağmen muayene yapılmasına ve vücudundan örnek alınmasına rıza göstermemesi halinde, bu durum tutanakla tespit edilerek ilgili adli makama bildirilecek ve gerekli tedbirlerin alınması istenecektir.”

Aslında hekimler için getirilen bu yükümlüğün asıl kaynağı **Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik**dir. Yönetmeliğin 18. maddesine göre;

“Mevzuatta aranan tüm koşulların gerçekleşmiş olmasına ve **şüpheli sanık veya diğer kişilerin** bu konuda **aydınlatılmış olmalarına rağmen** muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına **rıza vermemeleri hâlinde, kararın infazı için** ilgilinin muayenesini veya vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili **Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınır.**”

Ancak yukarıda (uluslararası standartlar bölümünde) **Biyotıp Sözleşmesi**, kişilerin rızası hilafına muayene ve tedavi edilmesini açık bir şekilde yasaklamaktadır. Bu anlamda; kişilerin rızası olmadığı durumlarda muayene yapılmasını ve vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere Cumhuriyet savcılar tarafından gerekli önlemlerin alınması amacıyla hekimlere bildirim yükümlülüğü getiren **Beden Muayenesi Yönetmeliği** pozitif hukuk tarafından kabul edilen “**normlar hiyerarşisi**” kuralını ihlal eder niteliktedir.

Normlar hiyerarşisi olgusu Anayasa'nın birden fazla maddesinde hüküm altına alınmıştır.<sup>301</sup> Anayasal güvence kazanmış olan bu ilke uyarınca, alt kademedede yer alan bir norm üst kademedeki norma aykırı olamayacağı gibi ona aykırı veya onun kapsamı-

<sup>299</sup> a.g.e. m.26

<sup>300</sup> Sağlık Bakanlığı, Genelge, m.3.1.2

<sup>301</sup> **Anayasa Madde 8:** Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.

**Madde 11:** Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.

Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.

**Madde 115:** Bakanlar Kurulu, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştay'ın incelenmesinden geçirilmek şartıyla tüzükler çıkarabilir.

Tüzükler, Cumhurbaşkanınca imzalanır ve kanunlar gibi yayımlanır.

**Madde 124:** Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.

Hangi yönetmeliklerin Resmi Gazetede yayımlanacağı kanunda belirtilir.

nı aşan düzenlemeler de içeremez. Yine doğal olarak normlar hiyerarşisinde üst kademede yer alan bir kurala aykırı düzenlemenin idare tarafından yürürlüğe konulması hukuka aykırılık teşkil edecektir.

Ayrıca **Anayasa'nın 90. maddesi**, usulüne göre onaylanarak yürürlüğe giren uluslararası sözleşmelerin normların hiyerarşik sıralamasındaki yerini açıkça düzenlemiştir. Söz konusu madde uyarınca, bu tür sözleşmeler kanun hükmündedir ve bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz. Yine Anayasa'nın aynı maddesinde yer alan;

“...usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.”

şeklindeki düzenleme, bu tür uluslararası sözleşmelere kanunlar karşısında uygulamada esas alınma bakımından bir üstünlük tanımaktadır.

Söz konusu açıklamalar ışığında, **Beden Muayenesi Yönetmeliği**'nde ve **Sağlık Bakanlığı Genelgesi**'nde yer alan “**zorla muayeneye**” dair düzenlemenin, Türkiye tarafından imzalanan ve TBMM'nin usulüne uygun bir şekilde onaylayarak iç hukuk normu niteliği kazandırdığı **Biyotıp Sözleşmesi**'ne<sup>302</sup> **açıkça aykırılık teşkil ettiği görülmektedir.**

Ancak yönetmelik hükmünün halen yürürlükte olması ve mevzuattaki çelişkinin ortadan kaldırılmamış olması nedeniyle uygulamada sıklıkla sorunlar yaşanmakta ve kişiler hukuka aykırı bir şekilde zorla muayeneye tabi tutulabilmektedirler.

### **Tutuklu ve Hükümlüler Açısından Zorla Muayene ve Tedavi:**

Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 36. maddesi tutuklu ve hükümlülerin muayene ya da tedaviyi reddetme haklarından bahsetmektedir. Buna göre; muayene ve tedavi olanaklarını bilinçli olarak reddeden tutuklu ve hükümlülere hekim tarafından bu davranışlarının sonuçları açıklanmalıdır. Ancak hekimin zorla muayene ve tedavi yolunu denemesi ve önermesi yasaktır.

Ancak 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da hükümlü ve tutukluların zorla beslenmesi, muayene ve tedavisine ilişkin hükümlerin yer aldığı görülmektedir.

Aslında söz konusu kanun hükmü esas olarak, özellikle F tipi cezaevlerine geçiş sürecinde tutuklu ve hükümlüler tarafından yaygın bir şekilde yapılan açlık grevi/ölüm orucu eylemlerini “yasal” olarak engelleme amacı taşımaktadır.

Yasanın 82. maddesi beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan kişilerin hayati tehlike yaşaması ya da bilincinin bozulması halinde “**istiklerine bakılmaksızın**” zorla beslenmeleri gerektiğini düzenlemiştir. Yine aynı maddede, bu kişilerin “sağlık ve hayatlarının ciddi tehlike içinde olması” ya da “ceza infaz kurumunda bulunanların sağlık ve hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı” halle-

<sup>302</sup> 5013 sayılı İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun (Resmi Gazete: 09.12.2003-25311)

rinde de rızaları hilafına zorla muayene ve tedavi edilecekleri hüküm altına alınmıştır.<sup>303</sup>

Aslında zorla besleme/muayene/tedaviye tabi tutulabilmesine dair söz konusu kanun hükmü ile kişilerin özgür iradeleri hiçe sayılmakta ve işkenceye varacak düzeydeki hukuka aykırı uygulamaların da “yasal anlamda” önü açılmış bulunmaktadır.

Ancak düzenleme, başta Anayasa'nın 17. maddesi ile güvence altına alınan “kişi dokunulmazlığı” hakkının ihlali niteliğinde olduğu gibi, yukarıda bahsi geçen Biotıp Sözleşmesi'ne de aykırıdır.

Bu nedenle her ne kadar yasa koyucu tarafından böyle bir düzenleme yapılmış olsa da; Biotıp Sözleşmesi'nin Anayasa m.90 uyarınca iç hukuk hükmü niteliği kazanması ve yine diğer kanunlar karşısında uygulama açısından bu Sözleşmeye üstünlük tanınmış olması nedeniyle İnfaz Yasası'nın ilgili hükümlerinin uygulanması açıkça hukuka aykırılık teşkil etmektedir.

## **e. Tıbbi raporların gizliliği ve kapsamı**

### **i. Uluslararası standartlar**

Özgürlüğünden alıkonulan kişilerin tıbbi muayeneleri sonucunda düzenlenecek olan raporun güvenlik güçlerine verilmemesi, soruşturmayı yürüten makama bizzat ulaştırılması gerekmektedir.

Tıbbi raporların gizliliğinin sağlanması, işkence ile mücadelede etkili bir araçtır. Bu ilke ile hem alıkonulan kişi hem de hekimin korunması amaçlanmaktadır. Böylelikle muayene sonucunda düzenlenen raporun içeriği nedeniyle kolluk güçlerinin hekim ya da alıkonulan kişi üzerinde baskı kurması önemli ölçüde engellenebilir. Bu koruma sayesinde hekim görevini rahat ve etki altında kalmadan yapabilecek, muayene edilen kişi de kendini daha güvende hissedebilecektir.

Ayrıca tıbbi raporun içeriği hakkında kolluğun bilgi sahibi olmamasının sağlanması, özellikle işkence ve kötü muamele vakalarının yaşandığı durumlarda delil değeri taşıyan bu raporun değiştirilmesi ya da karartılması olasılığını ortadan kaldıracak gibi, işkenceye maruz kalmış kişinin sindirilmesi/baskı altına alınması ya da yeniden işkence görmesi riskini azaltıcı bir etkisi olacaktır.

**İstanbul Prensipleri**, tıbbi raporların gizliliği hususuna özel olarak vurgu yapmakta ve devletlere bu anlamda bir sorumluluk yüklemektedir:

“Rapor gizli tutulur ve kişiye ya da kişinin atadığı temsilcisine iletilir. Kişinin ve temsilcisinin muayene süreciyle ilgili görüşleri talep edilir ve rapora yansıtılır. Rapor, uygun olduğu durumlarda işkence ya da kötü muamele iddialarını soruşturmakla sorumlu yetkili makama yazılı olarak sunulur. Raporun, bu kişilere güvenli bir biçimde ulaştırılmasını sağlamak devletin sorumluluğudur. Rapor, ki-

<sup>303</sup> Söz konusu madde metninin gerekçesi de oldukça çarpıcı ifadeler içermektedir:

“...Zira tutuklu veya hükümlü, hem kendi hem de diğer mahkûmların sağlığını tehlikeye düşürebilecek eylemlerden kaçınmak zorundadır. Aksine davranışlar, cezasının infazını engellemeye yönelik kabul edilecektir. Böylece hükümlünün hayatının veya sağlığının önemli ölçüde tehlike içinde bulunması veya diğer kişiler için tehlike arz eden bir durumun varlığı hâlinde muayene ve teşhise yönelik tıbbi araştırma, tedavi ve aynı şekilde beslenme gibi önlemlere zoraki başvurmak gerekmektedir...”

şinin onayı ya da böyle bir transfer emri verme yetkisi bulunan bir mahkemenin yetki vermesi istisna olmak koşuluyla, başka hiç kimseye sunulamaz.”<sup>304</sup>

**İstanbul Protokolü** de, tıbbi raporların bağımsızlık ve gizlilik konularına özen gösterilerek ilgili kurumlara gönderilmesi gerektiğini belirtmektedir. Hiçbir koşul altında tıbbi raporların örneği kolluk kuvvetlerine verilmemelidir.<sup>305</sup>

Diğer yandan muayene edilen kişinin sağlık raporuna ulaşması ise bir haktır. **Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü**'nün 26. Prensipleri tıbbi muayene sonuçlarının tam ve doğru bir şekilde raporlandırılması ve raporun bir örneğine tutulmanın erişiminin sağlanması gerektiğini belirtmektedir.

**BM İnsan Hakları Komitesi** de tıbbi raporların talep edilmesi halinde, makul bir gerekçe olmaksızın ilgili kişiye ya da avukatına verilmemesini BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin “tutulanların hakları”nı düzenleyen 10. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir.<sup>306</sup>

Yine İstanbul Prensipleri, hekim tarafından düzenlenecek raporun içermesi gereken asgari bilgilerin neler olması gerektiğine değinmektedir. Buna göre raporda en azından şu bilgiler yer almalıdır:<sup>307</sup>

**(i) Görüşme koşulları:** Rapora konu olan kişinin adı ve muayene sırasında muayenehanede yer alan kişilerin adları, aralarındaki bağlantı; muayenenin tam saati ve tarihi, yeri, muayenenin yapıldığı kurumun niteliği ve (mümkünse muayenenin yapıldığı oda da belirtilerek) adresi (örn. gözaltı merkezi, klinik, ev vb.); kişinin muayene edildiği sıradaki durumu (örn. muayeneye getirilirken veya muayene esnasında kişinin herhangi bir kısıtlamaya tâbi olup olmadığı, muayene sırasında güvenlik güçlerinin var olup olmadığı, tutuklu ya da hükümlüye eşlik edenlerin tutum ve tavırları, muayene yapan kişiye yönelik tehdit edici ifadeler vs.) ve konuyla ilgili diğer bilgiler;

**(ii) Öykü:** Kişinin muayene sırasında alınan, yapıldığı iddia edilen işkence ya da kötü muamele yöntemleri, işkence ya da kötü muamelenin yapıldığı iddia edilen zaman ile fiziksel ve psikolojik semptomlara ilişkin tüm şikâyetlerini de içeren öyküsünün ayrıntılı tutanağı;

**(ii) Fiziksel ve psikolojik muayene:** Klinik muayenede gözlemlenen, erekli tanı koyucu testler ve mümkün olduğu durumlarda tüm yaraların renkli fotoğraflarını da içeren tüm fiziksel ve psikolojik bulguların kaydı;

**(iv) Görüş:** Fiziksel ve psikolojik bulguların olası işkence ve kötü muameleyle muhtemel ilişkisinin yorumlanması. Gerekli tüm tıbbi ve psikolojik tedavi ve/veya daha sonra yapılması için öneriler de ayrıca verilir;

<sup>304</sup> İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ve Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesine İlişkin İlkeler (İstanbul Prensipleri), m.6(c)

<sup>305</sup> İstanbul Protokolü para.126; ayrıca bkz. Özel Raporatörün İşkence Sorunu Raporu, 113(d).

<sup>306</sup> Zheludkov/Ukrayna (726/1996), ICCPR, A/58/40 vol. II (29 October 2002) 12 (CCPR/C/76/D/726/1996) para.8.4.

<sup>307</sup> İstanbul Prensipleri m.6(b)

(v) **Hazırlayan kişinin kaydı:** Raporla, muayeneyi yapanların kimlikleri açıkça belirtilir ve rapor bu kişiler tarafından imzalanır.”

**Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi** de benzer şekilde, Akkoç / Türkiye<sup>308</sup> kararında muayene ve raporlamanın nasıl yapılması ve hangi hususları içermesi gerektiğinin altını çizmektedir. Mahkeme, gözaltına alınan kişinin bu şekilde muayene edilmemiş ve uygun bir raporlama yapılmamış olmasını Sözleşmenin ihlali olarak değerlendirmiştir:

“...tbbi muayenelerin uygun donanıma sahip olan hekimler tarafından, huzurda herhangi bir polis olmaksızın yapılması bir zorunluluktur. Aynı şekilde muayeneye ilişkin raporların sadece tespit edilen yara berenin ayrıntılarını ihtiva etmemesi, bunun yanısıra hasta tarafından yapılan, tespit edilen yara berenin ne şekilde oluştuğuna dair açıklamaları, son olarak da bu açıklamalar ile tespit edilen yara-berenin tutarlı olup olmadığı hususunda hekimin görüşünü içermesi gerekmektedir.”

## ii. İç hukuk

### 1) Tıbbi raporların gizliliği:

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nde, yakalanan ya da gözaltına alınan kişiler hakkında düzenlenecek raporların gizliliğine dair düzenlemeye, ayrıntılı bir şekilde yer verilmiştir. Bu anlamda Yönetmeliğin genel olarak “raporların gizliliği” kuralına dair önemli sayılabilecek köklü değişiklikler getirdiği söylenebilir.

Ancak ne yazık ki söz konusu değişikliklerin özellikle İstanbul Protokolü olmak üzere uluslararası belgelerde belirtilen standardı yakalayamadığı, gizliliğe dair kuralın iç hukuk mevzuatında “mutlak” olmadığı görülmektedir.

Yönetmelikte uluslararası standartlardan farklı olarak, tbbi raporun gizliliği konusunda çeşitli kategorilere göre ayırım yapılmıştır. Yönetmeliğin 9. maddesine göre;

• **Gözültü süresinin uzatılması, yer değişikliği ya da nezarethanedden çıkış** nedeniyle hekim tarafından düzenlenen raporlar kişiyi muayene için getiren kolluk görevlilerine verilmemelidir.

Raporun bir nüshası sağlık kuruluşunda saklanacak; iki nüshası ise savcılığa kapalı ve mühürlü bir zarf içinde ilgili sağlık kuruluşu tarafından en seri şekilde gönderilecektir.<sup>309</sup> Raporun bir örneği şüpheliye ya da avukatına savcılık tarafından verilecektir.

Yine raporların düzenlenmesi ve ilgili savcılığa ulaştırılması konusunda, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 157. maddesinde düzenlenen “soruşturmanın gizliliği” maddesine atıfta bulunularak, bu kurala uyulması ve gerekli tedbirlerin alınması bakımından sağlık kuruluşuna açık bir sorumluluk yüklenmiştir.<sup>310</sup>

<sup>308</sup> Akkoç/Türkiye, Başvuru no: 22947/93 ve 22948/93, 10 Ekim 2000 tarihli kararlar

<sup>309</sup> Sağlık Bakanlığı Genelgesi'nde [m.3.3.4(b)] raporun Cumhuriyet savcılığına ulaştırılması konusunda çeşitli alternatiflere yer verilmiştir;

“...Bu raporların gönderilme şekli ve sıklığı sağlık kuruluşunun iş yükü, yerleşim biriminin büyüklüğü ve ulaşım imkânları dikkate alınarak şu vasıtalarla yapılabilir: Sağlık kuruluşunca görevlendirilecek bir personel, taahhütlü posta veya APS, imkânlar varsa Elektronik İmza Kanunu uygulaması esaslarına göre elektronik ortamda.”

<sup>310</sup> Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m.9/8

•Yakalama veya nezarethaneye giriş raporunun bir nüshası sağlık kuruluşunda saklanırken, diğer iki nüsha soruşturma dosyasına eklenmek üzere ilgili kolluk görevlisine teslim edilecektir. Yani raporların gizliliği konusundaki hassasiyet giriş raporlarında gösterilmemiş ve bu raporlar tümüyle gizlilik kuralının dışında bırakılmıştır.<sup>311</sup>

Hekim tarafından düzenlenen raporun açık ya da gizli olacağını belirlemek üzere kolluğun, yakalanan kişiyi ne tür bir rapor için getirdiğini yazılı olarak bildirmesi gerekmektedir. Bu hükümle birlikte, sağlık kuruluşunun raporu kime ve hangi vasıta ile teslim edeceği hususu belirlenmiş olmaktadır.<sup>312</sup>

Bunun yanı sıra Yönetmelikle getirilen diğer bir düzenleme ise, gözaltına alınan kişinin ifadesini alan veya soruşturmayı yürüten kolluk görevlisi ile bu kişiyi tıbbi muayeneye götüren kolluk görevlisinin farklı olması zorunluluğudur.

Ancak bu kural kesin değildir; personel yetersizliği gerekçe gösterilerek soruşturmayı bizzat yürüten kolluk görevlisi de kişiyi tıbbi muayeneye götürebilecektir. Düzenleme, farklı kolluk görevlisinin bulunmadığı hallerde, durumun belgelendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.<sup>313</sup>

Diğer yandan TIHV tarafından yapılan anket çalışması sonuçları ise tıbbi raporların gizliliğine ilişkin kuralın uygulamadaki yansımalarına dair oldukça çarpıcı veriler sunmaktadır.

Çalışmaya katılan avukatlara, gözaltı birimlerinden çıkışta düzenlenen tıbbi raporun sağlık kuruluşu tarafından kapalı-mühürlü bir zarf içerisinde ve en seri şekilde ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilip gönderilmediği sorusu yöneltilmiştir.



Ancak bu düzenlemenin 'her zaman' uygulandığını belirten avukatların oranı sadece %3 iken, 'genellikle' uygulandığını belirtenler ise %6 ile sınırlı kalmıştır. Avukatların %59'u düzenlemenin 'hiçbir zaman' uygulanmadığını belirtirlerken, % 23'ü bu düzenlemenin 'nadiren' uygulandığını ifade etmiştir.

Yine avukatların %98'i müvekkilleri hakkında gözaltı birimlerinden çıkışta düzenlenen tıbbi raporların 'her zaman' veya 'genellikle' emniyet güçlerine verildiğini belirtmektedir. Çıkış raporunun 'hiçbir zaman' emniyet güçlerine verilmediğini söyleyen avukat hiç olmadığı gibi, emniyet güçlerine 'nadiren' verildiğini belirten avukatların oranı da %1 ile sınırlı kalmıştır.



<sup>311</sup> Yönetmelik m.9/7

<sup>312</sup> Yönetmelik m.9/6

<sup>313</sup> Yönetmelik m.9/4

Diğer yandan, gözaltı birimlerinden çıkışta düzenlenen tıbbi raporların bir suretinin Cumhuriyet savcısı tarafından kişinin kendisine ve/veya avukatına verilir vermediği yönündeki soruya ise avukatların %73'ü 'hiçbir zaman' yanıtını vermiş, %13'ü ise nadiren verildiğini dile getirmiştir. 'Her zaman' verilir diyenler %4 ile sınırlıdır, genellikle verildiğini belirtenler ise %7'dir.

Tüm bu sonuçlar; mevzuatta yer alan gizlilik kuralına dair olumlu sayılabilecek pek çok hükmün uygulamada hayata geçirilmediği/geçirilemediğini, değişiklik öncesindeki pratiğin neredeyse aynen devam ettirildiğini göstermektedir.



## 2) Tıbbi raporların kapsamı:

Sağlık Bakanlığı tarafından yayımlanan 2005 tarihli Genelge, adli rapor düzenlenirken uyulması gereken kurallardan bahsetmekte ve Genelge'nin ekinde yer alan matbu adli muayene formlarının kullanılması gerektiğini belirtmektedir.

Buna göre hekimlerin rapor düzenlerken uyması gereken asgari hususlar şunlardır:<sup>314</sup>

- Adli raporlar, bütünüyle muayeneyi yapan hekimin tespit ettiği objektif bulgulara, konsültasyonlar ve tetkik sonuçlarının incelenmesi ile mesleki bilgileri ışığında yapacağı değerlendirmelere dayanmalı ve tarafsız olmalıdır.
- Raporlar, kesinlikle resmi makamlar tarafından gönderilen istek yazılarının altına yazılmamalı, ayrı bir rapor olarak düzenlenmelidir.
- Adli rapor formları eksiksiz olarak doldurulmalı; olayın öyküsü, kişiye ait özgeçmiş ve fizik muayene bulguları, muayene tarihi ile saati ve varsa yapılan konsültasyon değerlendirmeleri açıkça belirtilmelidir.
- Raporda, saptanan bulgulara, varsa travmatik lezyonlara ve yapılmışsa tetkik sonuçlarına ayrıntılı olarak yer verilmelidir.
- Raporun özellikle sonuç kısmında yer alan değerlendirmede anlaşılır ve sade bir dil kullanılmalıdır. Kelimeler, özellikle tıbbi terimler kısaltma yapılmadan tam olarak yazılmalıdır.
- Adli makamlar tarafından sorulan sorular muhakkak cevaplanmalıdır. Sorulmamış olmakla birlikte adli soruşturmanın boyutunu etkileyebilecek durumlar da rapora yazılmalıdır.

Ancak uygulamada, hekimler tarafından düzenlenen adli raporların kapsamının söz konusu Genelgede belirtilen ve İstanbul Protokolü'nde yer alan standart ve içerikten oldukça uzak olduğu görülmektedir.

Tıbbi raporların kapsam ve içeriğinin eksik/yetersiz oluşu, işkencenin önlenmesi ve etkin bir şekilde soruşturulması açısından hayati bir önem taşıyan bu tür raporların gücünü azaltmakta ve pratikte işlevsiz bir hale gelmelerine neden olmaktadır.

<sup>314</sup> Sağlık Bakanlığı Genelge, m.3.3.1



TIHV tarafından düzenlenen anket çalışmasında; İstanbul Protokolü ve Türkiye’de adli raporlandırmaya ilişkin mevzuat uyarınca **bir raporun içermesi gereken bileşenler sıralanmış ve avukatlara adli raporların bu bileşenleri hangi oranda ve ne sıklıkta içerdiği sorulmuştur.**<sup>315</sup> Ancak sorulara verilen yanıtlar, uygulamada tıbbi muayene raporlarının içerik bakımından önemli eksiklikler taşıdığını göstermektedir.

Müvekkillerinizin tıbbi muayene ve raporlandırmaları aşağıdaki bileşenleri ne sıklıkta içermektedir?	Her zaman %	Genelde %	Bazen %	Nadiren %	Hiçbir zaman %	Bilmiyorum %
Muayene edilen kişinin kimliği	84	10				3
Muayeneye getiren kişinin kimliği	21	10	11	16	26	10
Muayeneyi yapanın kimliği	73	13	4	1	2	3
Muayene odasında bulunan diğer kişilerin kimlikleri	1	3	1	11	70	11
Olayla ilgili ayrıntılı öykü (kişinin travmatik süreciyle ilgili)	4	6	10	31	41	5
Kişinin fiziksel yakınmaları	5	19	25	24	20	3
Kişinin psikolojik yakınmaları	2	5	12	31	42	4
Fiziksel bulgular	14	50	15	14	3	3
Psikolojik bulgular		9	11	31	42	4
Ek konsültasyonlar	2	6	10	34	28	15
Vücut şemaları	4	7	14	26	38	8
Laboratuvar ve radyolojik incelemeler	1	2	5	36	40	11
Saptanan bulguların yorumlanması ve kişinin öyküsünde belirtilen travma ile uyumluluğunun belirtilmesi	3	3	9	18	56	7
Fotoğraflar ve video		1	3	7	77	8

Verilen yanıtlara ilişkin tabloya göre;

- Avukatların tümü adli raporlarda **muayene edilen kişinin kimliğinin** bulunduğunu ifade etmişlerdir.
- **Muayeneyi yapanın kimliğinin** de büyük oranda raporda bulunduğu ifade edilmiştir (‘her zaman’ ve ‘genellikle’ yanıtını verenlerin toplam oranı %92).
- Ancak **muayeneye getiren kişinin kimliğinin** ise genellikle raporlarda yer almadığı anlaşılmaktadır (‘her zaman’ veya ‘genellikle’ raporda yer verildiğini belirten avukatların oranı %33 ile sınırlı kalmıştır).
- **Muayene odasında bulunan diğer kişilerin kimliklerine** raporda yer verildiğini belirten avukatların oranı ise çarpıcı biçimde düşüktür; diğer kişilerin kimliklerinin raporda ‘her zaman’ veya ‘genellikle’ yer aldığını belirten avukatların oranı %4 ile sınırlı kalmıştır. Avukatların %74’ü bu bilgiye adli raporlarda ‘hiçbir zaman’ yer verilmediğini belirtmişlerdir.

<sup>315</sup> Sağlık Bakanlığı tarafından 2005 yılında yayımlanan Genelge’nin ekinde yer alan ve tüm adli muayenelerde kullanılması ve doldurulması zorunlu kılınan standart adli rapor formu da bu bileşenlere ilişkin bölümler içermektedir.

• Yine avukatların %77'si adli raporlarda **olayla (kişinin travmatik süreciyle) ilgili ayrıntılı öyküye** 'hiçbir zaman' yer verilmediğini ya da 'nadiren' yer verildiğini belirtmişlerdir.

• **Fiziksel ve ruhsal yakınma ve bulgulara** adli raporlarda ne kadar yer verildiğine ilişkin avukatların deneyimlerine bakıldığında da sonuçlar oldukça çarpıcıdır:

– Avukatların sadece %5'i adli raporlarda 'her zaman', %20'si ise 'genellikle' **fiziksel yakınmalara** yer verildiğini belirtmişlerdir.

– Ancak **ruhsal yakınmalara** yer verilmesi ile ilgili oranlar dikkat çekici bir biçimde daha da düşüktür; raporlarda ruhsal yakınmalara 'her zaman' yer verildiğini belirten avukatların oranı % 2, 'genellikle' yer verildiğini belirten avukatların oranı ise %5'de kalmıştır.

– Adli raporlarda **fiziksel bulgulara** yer verilme oranı fiziksel yakınmalara yer verilme oranına göre daha yüksektir. Avukatların %68'i adli raporlarda fiziksel bulgulara 'her zaman' veya 'genellikle' yer verildiğini belirtmektedirler.

– Ancak, **ruhsal bulgulara** yer verilme oranının yine oldukça düşük olduğu görülmektedir. Adli raporlarda ruhsal bulgulara 'her zaman' yer verildiğini belirten hiç avukat olmamış, 'genellikle' yer verildiğini belirten avukatların oranı ise %10 ile sınırlı kalmıştır.

• Ek konsültasyonlar, laboratuvar ve radyolojik incelemeler, vücut şemalarının kullanımı konularında da tablo oldukça sorunludur:

– Avukatların %2'si 'her zaman', %6'sı 'genellikle' adli raporların **ek konsültasyonları** içerdiğini; avukatların %1'i 'her zaman', % 2'si 'genellikle' laboratuvar ve radyolojik incelemeleri içerdiğini belirtmişlerdir. Vücut şemalarının kullanımında da benzer oranlar göze çarpmaktadır ('her zaman' içerir diyenler %4, 'genellikle' içerir diyenler %7).

• Adli raporlarda, saptanan **bulguların yorumlanması ve kişinin öyküsünde belirtilen travma ile uyumluluğun belirtilmesine** içermesine ilişkin de oranlar çarpıcı biçimde düşük bulunmuştur. Adli raporlarda 'her zaman' veya 'genellikle' bu bilgilerin yer aldığı belirten avukat oranı sadece %6'dır.

• **Fotoğraf ve videoya** ise adli rapor süreçlerinde hiç yer verilmediği anlaşılmaktadır.

Yukarıda sayılan tüm bileşenler bir adli raporun olmazsa olmaz bileşenlerindedir. Ancak görülmektedir ki avukatların deneyimlerine göre, 'adli raporlarda 'muayeneye getirilen kişinin kimliği' ve 'muayene eden kişinin kimliği' dışındaki diğer tüm bileşenlere yer verilmesi açısından vahim eksiklikler ve sorunlar bulunmaktadır.

## f. Alternatif/İkincil Raporlar

### i. Uluslararası Standartlar:

Uluslararası standartlar, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin, tutuldukları süre boyunca ya da sonrasında, tıbbi uzmanlığa sahip bir hekimden **ikinci ya da alternatif bir tıbbi değerlendirme raporu** alma hakkına sahip olduğunu belirtmektedir.<sup>316</sup>

<sup>316</sup> TUHAK Prensip 25; İstanbul Protokolü para.122

Bu hakkın işlevli ve etkili bir şekilde kullanılabilmesi için, ikinci ya da alternatif tıbbi değerlendirmeyi yapacak hekimi kişi ya da temsilcisi seçebilmelidir.

**BM İşkence Özel Raportörü** de, kişinin gözaltına alınması ve gözaltından çıkarılması aşamalarında bağımsız, işkence ve kötü muamelenin sonuçları konusunda donanımlı hekimler tarafından muayene edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bunun için de hekimin, yasa uygulayıcılarından ve adaletin gerçekleştirilmesinden sorumlu bakanlıklardan bağımsız olması çok önemlidir.

Ayrıca, alıkonulan kişilerin kendi seçtikleri hekim tarafından yapılan muayene sonucunda düzenlenen raporun, 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 sayılması gerektiğinin önemine vurgu yapılmaktadır.<sup>317</sup>

## ii. İç Hukuk

Kişinin kendi seçtiği hekime muayene olma hakkı ile bu hakkın özellikle işkence ve kötü muamele vakalarındaki önemi başta İstanbul Protokolü olmak üzere birçok uluslararası belgede vurgulandığı halde, iç hukuk mevzuatı uyarınca özgürlüğü kısıtlanmış kişilerin adli muayenelerinde bu haktan yararlanmaları mümkün değildir.

İç hukuk mevzuatına göre, adli hekimlik hizmeti esasen bir bilirkişilik görevi olup; bu görevin yerine getirilmesi sırasında CMK'nın 62. maddesi ve devamında düzenlenen bilirkişilik ile ilgili hükümler uygulanmaktadır.

Resmi anlamda adli muayene/rapor düzenleme görev ve yetkisi ise Adli Tıp Kurumu Kanunu<sup>318</sup> ile Adli Tıp Kurumu'na ve buna bağlı birimlere verilmiştir. Kanunun 2. maddesinde;

- Mahkemeler ile hâkimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen adli tıpla ilgili konularda bilimsel ve teknik görüş bildirmek,
- Adli tıp hizmetlerinin görülmesi sırasında yapılması zorunlu sağlık hizmetlerini vermek

Adli Tıp Kurumu'nun görevleri arasında sayılmaktadır.

Bu Kanun uyarınca, Adli Tıp Kurumu ve bu kuruma bağlı şube müdürlükleri, buldukları yerlerde adli tıp hizmetlerini yerine getirmekle yükümlü kılınmışlardır.

Yine aynı Kanunun 31. maddesinde, yüksek öğretim kurumlarının/üniversitelerin adli tıpla ilgili bölüm veya birimlerinde çalışan uzmanlar da, adli olaylarda resmi bilirkişi olarak sayılmaktadır. Ayrıca adli hekimlik hizmeti, Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun ve 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'un 10. maddelerine istinaden büyük ölçüde Sağlık Bakanlığı kuruluşlarınca da yerine getirilmektedir.

Ancak Adli Tıp Kurumu idari anlamda Adalet Bakanlığı'na bağlıdır; kuruluş, personel atanması ve özlük işlerinde özerk/bağımsız değildir ve yürütmeye bağlı olarak görev yapılmaktadır.

<sup>317</sup> Daha önce değinilen, Özel Raportörün İşkence Sorunu Raporu

<sup>318</sup> 14.04.1982 tarihli ve 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu

Bu durum Adi Tıp Kurumunun uluslararası standartlarda belirtilen “bağımsız ve tarafsız tıbbi muayene” yapılması zorunluluğunun önünde önemli bir yasal engeldir. Özellikle işkence ve kötü muamele iddiaları ile karşılaştığında, adli hekimin “bağımsızlık ve tarafsızlık” yönünden bir güvenceye bir sahip olmaması, devlet görevlileri tarafından işlenmiş olan suçun belgelenmesi noktasında ciddi bir sorun yaratmaktadır. Bu nedenle adli hekimler, kolluk güçlerinin doğrudan müdahalesi ile karşılaşabildikleri gibi, bağlı oldukları idarenin de üzerlerinde baskı kurması mümkün olabilmektedir.

Uygulamada bağımsız ve tarafsız olmayan resmi kuruluşlar tarafından verilen raporların eksik, yetersiz olduğu ya da gerçeği yansıtmadığı durumlarda, bu sorunu aşmak ve işkence ile etkili bir şekilde mücadele edebilmek amacıyla “alternatif/ikincil rapor” düzenleme yöntemi geliştirilmiştir. Tabip odaları, TIHV ve Adli Tıp Uzmanları Derneği gibi bu alana ilişkin bilgi birikimi ve deneyime sahip kuruluşlarca düzenlenen raporlarla işkencenin fiziksel ve ruhsal bulguları belgelenmekte, böylelikle resmi raporların yaratmış olduğu sorunlar ve sakıncalar giderilmeye çalışılmaktadır.

Ancak söz konusu raporların delil değerine ilişkin olarak Ceza Genel Kurulu tarafından verilmiş bir karar<sup>319</sup> olmasına rağmen, bağımsız/uzman kuruluşlarca düzenlenmiş olan bu raporlar soruşturma ve yargılama makamlarınca çoğunlukla kabul edilmemiş ya da delil değeri anlamında bunlara itibar edilmemiştir.

Diğer yandan 5271 sayılı **Ceza Muhakemesi Yasası** ile kişilere ve avukatlarına artık **bağımsız/uzman bir hekimden bilimsel mütalaa alma imkânı** açık bir şekilde tanınmaktadır. Yasanın 67/6. maddesi uyarınca;

“Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanuni temsilci, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Sadece bu nedenle ayrıca süre istenemez.”

Yine Yasaya göre uzman hekimin duruşmada dinletilmesi de mümkündür.<sup>320</sup>

Bu anlamda yeni CMK ile getirilmiş olan söz konusu hüküm, yasal düzenleme öncesinde bağımsız/alternatif raporların kabulü ve delil değeri açısından yürütülmek zorunda kalınan hukuki tartışmaları büyük ölçüde sonlandırması ve soruşturma/yargılama makamlarının bu konuda gösterdikleri direncin kırılmasının sağlanması açısından oldukça önemlidir.

Ancak, kişilerin gözaltı birimlerinde ya da cezaevlerinde alıkonulduğu durumlarda, resmi hekim dışında kendi seçeceği bir hekim tarafından muayene edilmesi halen yasal olarak mümkün değildir. Bu nedenle kişilerin alıkonuldukları süreçte gecikmesizin bağımsız bir hekim tarafından görülmesi, kişi üzerindeki bulguların tespiti ve tedavisi sağlanamamaktadır.

Diğer yandan kişiler ancak serbest kaldıktan ya da tahliye edildikten sonra, kendi seçtiği bir hekime başvurarak işkencenin fiziksel ve ruhsal bulgularının araştırılması ve raporlandırılmasını istemesi mümkün olmaktadır.

<sup>319</sup> Kamuoyuna “Manisalı Öğrenciler” olarak yansıyan işkence vakasına ilişkin olarak yürütülen yargılama sonucunda verilen beraat (direnme) kararı, Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından 1999/8-109 E. – 1999/164 K. sayılı ve 155.06.1999 sayılı karar ile bozulmuş ve bozma kararı gerekçesinde İzmir Tabip Odası Muayene Rapor Komisyonu tarafından düzenlenen tıbbi muayene raporuna açıkça yer verilmiştir.

<sup>320</sup> CMK m.67/6, m.68/3

*Kişiler; Türkiye İnsan Hakları Vakfı'na; gözaltında yaşadığı işkence ve kötü muamele bulgularının saptanması, belgelendirilmesi ve tedavilerinin düzenlenmesi amacıyla başvurabilirler.*

*Türkiye İnsan Hakları Vakfı tarafından işkencenin fiziksel ve ruhsal bulgularının araştırılması, tedavisi ve raporlandırılması ile ilgili sunulan tüm hizmetler ücretsizdir.*

*Bazı il Tabip Odaları da, TIHV ile işbirliği içinde işkence bulgularını saptamaya ve raporlandırmaya yönelik araştırma ve alternatif/ikincil raporlar düzenleme hizmetleri sunmaktadırlar.*

## 5. SUSMA HAKKI

### a. Uluslararası standartlar

Uluslararası belgelerce garanti altına alınan kendi kendini suçlamama güvencesi doğal olarak susma hakkının da garanti altına alınması anlamına gelmektedir. “Kendi kendini suçlamama” ve “susma” hakkı gerçekten de savunma ve adil yargılanma hakkının temelini teşkil eder.

Adil bir yargılamanın söz konusu olabilmesi için, susma hakkının etkili bir şekilde kullanılması ve bu hakkın hiçbir koşulda sınırlanmaması gerekmektedir. Bu bağlamda, kişiler alıkonulduğu ilk andan itibaren diğer haklarının yanında susma hakkı konusunda da derhal bilgilendirilmelidir. Ancak, kişinin bu haktan faydalanabilmesi için gerekli güvencelerin sağlanması ve bu nedenle herhangi bir şekilde yaptırıma maruz bırakılmaması da gereklidir. Aksi takdirde sadece şekli olarak kişiye “susma hakkı” olduğunun bildirilmesi, hakkın özü ve işlevi açısından bir anlam ifade etmeyecektir.

Bu hak ile işkence ve kötü muamele fiilleri arasında çoğunlukla doğrudan bir bağlantı bulunmaktadır. İşkencenin kişiden bilgi ya da itiraf amacıyla yapıldığı hallerde, aslında kişi kendi aleyhine beyanda bulunmaya zorlanmaktadır. Bu nedenle, söz konusu durumlarda işkence fiili aynı zamanda susma hakkını ihlal etmekte ve bu hakkın kullanımını ortadan kaldırmaktadır.

**BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi** uyarınca kişi kendi aleyhine beyanda bulunmaya veya herhangi bir itirafa zorlanamaz:

#### “Madde 14

3. Kendisine suçlama yöneltilen her kişi bu suçlamanın karara bağlanmasında tam bir eşitlikle şu asgari güvencelere sahip olacaktır:

(g) Kendi aleyhinde tanıklığa ya da suçu itiraf etmeye zorlanmama.”

Şüpheli ve/veya sanığın susma hakkını garanti altına alan bir başka düzenleme **Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü**’nde (TUHAK) yer almaktadır. TUHAK Prensip 21 uyarınca;

“1. Tutulan veya hapsedilen bir kimseyi suçunu itiraf etmeye, kendini suçlamaya veya başka bir kimse aleyhinde ifade vermeye zorlamak amacıyla bulunduğu durumundan haksız olarak yararlanmak yasaktır.”

**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, “susma” ve “kendi kendini suçlamama” hakkını Sözleşmenin 6.maddesinin 1. fıkrası altında ele almaktadır. Bu ilkeler uyarınca soruşturma makamları iddialarını baskıya ve şiddete başvurmaksızın, sanıktan bağımsız olarak elde edecekleri delillerle ispatlamak durumundadırlar.<sup>321</sup> Dolayısıyla “kendi kendini suçlamama hakkı” otomatik olarak kişinin “susma / sessiz kalma hakkına” saygı duyulması gerektiği sonucunu da doğurur.

İç içe geçmiş bu iki ilkenin amacı, şüpheli veya sanığın ancak özgür iradesine dayalı ifadesinin veya göstereceği delillerin yargılama sırasında adli makamlarca “delil” olarak kullanılmasını sağlamaktır. Dolayısıyla şüpheli veya sanığın herhangi bir şekilde ifade vermeye ve delil göstermeye zorlanması kendi kendini suçlamama ve susma hakkının yanısıra, işkence ve kötü muamele yasağının da ihlali anlamı taşır. Böylesi bir (maddi/manevi) tazyik hem sonraki yargılama sürecinin adillğine gölge düşürecek hem de kişinin işkence veya kötü muamele fiilinin mağduru olmasına neden olacaktır.

Soruşturma ve yargılama makamı şüpheli ya da sanığın susma hakkını kullanmasını ilkesel olarak aleyhte bir durum olarak değerlendiremez. Başka bir deyişle şüpheli ve sanık salt susma hakkını kullandığı veya suçsuzluğuna ilişkin delil ortaya koymadığı gerekçesiyle mahkûm edilmemelidir. Ceza yargılamalarında ispat yükü iddia makamına aittir ve aksine bir tutum “şüpheden sanık yararlanır” ilkesinin aksine sanıktan suçsuzluğunu ispatlaması istemek anlamını taşıyacaktır.

## **b. İç hukuk**

Susma hakkı adil yargılanma ve savunma hakkının yanısıra işkence yasağı bağlamında da vazgeçilemez ve hiçbir koşulda sınırlanamaz haklar arasında yer almaktadır.

İç hukukta bu hak **Anayasa** ile güvence altına alınmış durumdadır. Anayasa'nın “suç ve cezalara ilişkin esaslar” başlığı altında yer alan 38.maddenin 5.fıkrasında “susma hakkı” düzenlenmektedir. Madde metnine göre;

“Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.”

Yine bu maddeye 2001 yılında eklenen bir fıkra<sup>322</sup> ile “kanuna aykırı elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği” hüküm altına alınmıştır. Bu kural uyarınca susma hakkının ihlali gibi kanuna aykırı şekilde elde edilen tüm bulguların delil değeri bulunmamaktadır ve soruşturma/yargılama makamları tarafından bu tür bulgulara itibar edilmemesi gerekmektedir.

İşkence ile mücadelede oldukça önemli bir niteliğe sahip olan söz konusu düzenlemeye Anayasa'da yer verilmiş olması olumlu bir gelişmedir. Böylelikle bir yandan susma hakkının kullanımı için teşvik edici bir teminat sağlanmış, diğer yandan ise işkencenin önlenmesi yönünden kolluk güçleri üzerinde caydırıcı bir etki yaratılması amaçlanmıştır.

Susma hakkının önemi ve işlevi nedeniyle, diğer usuli güvenceler gibi, kişiye özgürlüğünden yoksun bırakıldığı ilk andan itibaren hatırlatılması gerekmektedir. Yine bu

<sup>321</sup> Daha önce değinilen Murray/Birleşik Krallık kararı

<sup>322</sup> 03.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Yasa'nın 15. maddesi uyarınca söz konusu hüküm Anayasanın 38. maddesine 6. fıkra olarak eklenmiştir.

hakkın salt şekli anlamda hatırlanmış olması yeterli olmayacaktır. Kişi, hakkın ne anlama geldiği ve kapsamı konusunda aydınlatılmalıdır.

**Ceza Muhakemesi Kanunu**'nda susma hakkı esas olarak "ifade ve sorgunun tarzı" başlığını taşıyan 147.madde ile hüküm altına alınmıştır. Buna göre ifade ya da sorgu öncesinde kişiye susma hakkının bulunduğu bildirilmelidir:

"Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir."<sup>323</sup>

Ancak bu hak, şüpheli veya sanığın kendisine "yüklenen suç" hakkında bilgi vermesini kapsamaktadır. Madde metnine göre kişinin **kimlik bilgilerine** dair soruları doğru olarak yanıtlaması yükümlülüğü bulunmakta, bu açıdan susma hakkına bir **istisna** getirilmiş bulunmaktadır:

"Şüpheli veya sanığın kimliği saptanır. Şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür."<sup>324</sup>

Ayrıca CMK'nın 94/4. maddesi uyarınca kolluğun, kişileri yakaladığı sırada kaçmasını, kendisine zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, bu kişilere bildirmesi gereken kanuni haklarının arasında "susma hakkı"nın da yer aldığı açıktır.

Yakalama Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nde susma hakkının yakalama sonrasında kişilere derhal hatırlanması gerektiği belirtilmiştir:

"Yakalanan kişiye, suç ayırımı gözetilmeksizin yakalama sebebi ve hakkındaki iddialar ile susma ve müdafiden yararlanma, yakalanmaya itiraz etme hakları ile diğer kanunî hakları ve itiraz hakkını nasıl kullanacağı, herhâlde yazılı, bunun hemen mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhâl bildirilir."<sup>325</sup>

Yine Yönetmeliğin ekinde yer alan ve hakkında yakalama işlemi ya da gözaltına alma işlemi yapılan kişilere verilmesi zorunlu olan "şüpheli ve sanık hakları formu"nda da isnat edilen suç hakkında açıklamada bulunmama (susma) hakkına yer verilmiştir.

Yönetmelikte ayrıca CMK'daki düzenlemeye paralel olarak, ifade öncesinde şüpheliye yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmama hakkı olduğu bilgisinin verilmesi gerektiği düzenlemesi yapılmaktadır.<sup>326</sup>

Bununla birlikte Yönetmelikte, susma hakkının ihlali niteliğindeki tüm eylem ve davranışların "ifade almada yasak yöntemler" arasında sayılmış olması, bu hakkın kullanımına dair tamamlayıcı bir tedbir niteliği de taşımaktadır.

"Hiç kimse, kendisini veya kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz."<sup>327</sup>

323 CMK m.147/e

324 CMK m.147/a

325 Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m.6/4

326 Yönetmelik m.23/f;

Ancak aynı maddenin (a) bendi uyarınca, susma hakkı kimlik bilgilerine dair yöneltilen sorular açısından geçerli değildir.

327 Yönetmelik m.24/5

Ancak Anayasal güvenceye ve iç hukuk mevzuatında yer alan tüm bu hükümlere rağmen susma hakkı, uygulamada sıklıkla ihlal edilen haklar arasında yer almaktadır. Özellikle şüphelinin tek delil kaynağı olarak görüldüğü ve kişiden delile ulaşmanın amaçlandığı soruşturma dosyalarında ifade teknikleri ve sorgulama yöntemleri tümüyle şüpheliden itiraf elde etme üzerine kurulmaktadır. Bu durumlarda uygulanan işkence ve kötü muamele aslında kişinin kendi aleyhine beyanda bulunmama ve susma hakkını kullanma yönündeki iradesini/direncini kırmaya odaklanmaktadır.

Yine uygulamada kişilerin çeşitli nedenlerle susma hakkını fiilen kullanmadığı ya da kullanamadığı gözlemlenmektedir. Susma hakkının önündeki fiili engeller genel olarak şöyle özetlenebilir:

- Soruşturma ve yargılama evrelerinde uygulamadan gelen alışkanlıkla, dosyayı bir an önce tamamlamak, fazla zaman kaybetmemek gibi bir takım nedenlerle yasal olarak özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere tanınmış olan hakların hatırlatılması ihmal edilebilmektedir.
- Bu hak hatırlanmamakta, ancak kişinin anlayacağı bir dille ve şekilde, yeterince açıklanmamaktadır.
- Alıkonulma anının ilk aşamasında itibaren bildirilmesi gereken haklar arasında yer alan bu hak, kolluk tarafından bilinçli olarak geciktirilebilmekte ya da engellenebilmektedir.
- Kişiler, susma hakkı olduğunu bildikleri halde bunun bir şeyi değiştirmeyeceğini, aksine kendi aleyhlerine sonuç doğurabileceğini düşünmektedirler.
- Kişiler, isnat edilen suçlama konusunda kendilerini çoğunlukla savunmak zorunda hissetmekte, bu hakkı kullanmaları durumunda adli mekanizma nazarında suçlu duruma düşecekleri kaygısı yaşayabilmektedirler.

Diğer yandan Terörle Mücadele Yasası kapsamında yürütülen suç soruşturmalarında, bu hakkın kullanılması, kişiler aleyhine delil teşkil eden bir tehdit unsuru haline gelebilmektedir. Bu tür dosyalarda kişinin ifade vermemesi ve susma hakkını kullanmayı tercih etmesi kolluk ve savcılık tarafından çoğunlukla “örgüt tavrı” olarak nitelendirilmektedir. Yine bu hakkın kullanılmış olması, mahkemenin tutuklama ve mahkûmiyet kararı vermesi yönünde takdir hakkını kullanmasına da neden olabilmektedir.

Emniyet Genel Müdürlüğü'nün yayın organı olan Polis Dergisi'nde<sup>328</sup> yayınlanan bir araştırma yazısı, emniyet teşkilatının TMK kapsamında yürütülen suç soruşturmalarında susma hakkının kullanımına bakış açısı ve yaklaşımı noktasında oldukça çarpıcı ifade ve tespitler içermektedir:

“... ”

*1- Özellikle sol ideoloji ile hareket eden terör örgütü mensubu veya sempatanlarına polisçe göz altına alınmayı müteakip ifade verilmemesi yönünde bir fikrin empoze/enjekte edilmesi veya örgütçe böyle bir kararın benimsenmesi söz konusudur, zira poliste konuşanlar ajan olarak nitelendirilip, ileriki süreçte örgüt tarafından örgüt içi infazlarla başkalarına örnek olacak şekilde öldürülmektedirler.*

<sup>328</sup> Suat Doğan, “Adi Ve Terör Suçları Bağlamında Susma Hakkı Kullanımı Ve Uygulamadaki Yansımaları”, Emniyet Genel Müdürlüğü Eğitim Dairesi Başkanlığı Polis Dergisi, 34. Sayı, <http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/index.htm>



2- Sempatizan konumunda olup da ilk kez gözaltına şahıslar susma hakkını kullanmazken, militan, drijan ve üst düzey yönetici konumundaki kişiler ile polisçe ikinci veya üçüncü kez gözaltına alınanlar susma hakkını kullanma eğilimindedirler.

3- Terör suçları ile ilgili olarak müdafî ile görüştürülen zanlıların genelde bu görüşmeyi müteakip susma hakkını kullandıkları gözlemlenmiş, olup mevcut husus ile ilgili olarak terör örgütlerine müzahir avukatların susma hakkının kullanımını telkin ettikleri değerlendirilmektedir.

4- Özellikle terör suçlarında, polis böyle bir hakkın kullanımından yana bir tavır sergilemektedir. Çünkü terör örgütleri ister kötü muamele olsun ister olmasın psikolojik olarak bu birimlerde görevli personeli yıpratmak amacıyla çok sayıda avukat tarafından savunulmakta, hemen TCK'nin 243. ve 245. maddelerinden suç duyurusunda bulunmak suretiyle görevli personelin kimlik bilgilerine ulaşmaya çalışılmakta, ileriki süreçte ise bu ismi tespit edilen görevliler örgütün legal/illegal yayın organlarında yayınlanmak suretiyle bir nevi psikolojik bir savaş uygulanmaya çalışılmakta, görevli personel demoralize edilmek istenmektedir. Yani kısaca söylemek gerekirse adi suçlardaki zanlıyı konuşurma eğilimi terör suçlarında otomatikman ortadan kalkmaktadır.

5- Polisçe gözaltına alınıp da ifade veren bazı örgüt mensubu veya sempatzanları güvenlik güçlerinin dikkatlerini başka yöne çekmek amacıyla kasıtlı olarak konuşmaktadırlar. Bu durum polisin daha dikkatli ve teyakkuzla olaya yaklaşması gerektiğini ortaya koymaktadır.

6- Terör örgütlerine müzahir bazı hukuk kuruluşları (...) <sup>329</sup> söz konusu örgütlere yönelik yapılan operasyonları müteakip hemen devreye girmektedirler... ”

## 6. YARGIÇ ÖNÜNE ÇIKARILMA HAKKI

### a. Uluslararası standartlar

Yargısal denetim, uluslararası evrensel hukuk tarafından özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere tanınmış en önemli ve vazgeçilemez güvencelerden biridir. **Habeas corpus** olarak adlandırılan bu ilke uyarınca, alıkonulan kişinin derhal yargıç önüne çıkarılmasının birden fazla nedeni bulunmaktadır. Bunlardan ilki yargıcın şüpheliyi bizzat görmesinin sağlanması, böylelikle şüphelinin işkence ve kötü muameleye maruz kalıp kalmadığının tespitidir. İkinci önemli neden ise yargıcın alıkoyma işlemlerinin hukukiliği, gerekli ve orantılı olup olmadığını denetlemesine imkân vermektir.

Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin yargıca erişim hakkı, işkence ve kötü muamelenin önlenmesi açısından sağladığı güvence nedeniyle mutlak bir haktır ve uluslararası hukuk bu hakkın kısıtlanması ya da engellenmesi açısından devletlerin geniş bir takdir hakkı bulunmadığının altını çizer. <sup>330</sup>

<sup>329</sup> Yazının bu bölümü, bazı sivil toplum kuruluşları ve avukatlık büroları isimlerinin açık bir şekilde zikredilmiş olması nedeniyle yazar tarafından çıkarılmıştır.

<sup>330</sup> Nitekim AİHM, Aksoy/Türkiye kararında, “başvurucunun bir yargıç veya yargılama yetkisine sahip bir görevlinin önüne çıkarılmadan en az on dört gün süreyle gözaltında tutulmasına imkân veren tedbirin devletin takdir alanını aşmış olduğunu, bunun durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektirdiği ölçüde bir tedbir olduğunun söylenemeyeceğini” belirtmektedir. (Başvuru No: 21987/93, 18.12.1996, para.81; Ayrıca bkz. Elçi ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 23145/93, 31.11.2003, para.684)

**Yargıç önüne çıkarılma hakkı sayesinde yakalama ile başlayan özgürlükten yoksun bırakma sürecinin denetlenmesi ve kişiye tanınan hakların güvence altına alınması mümkün olur.**

Uluslararası hukuk tarafından garanti altına alınmış olan bu prensip sayesinde yakalama ile başlayan özgürlükten yoksun bırakılma periyodunun denetlenmesi ve gözaltına alınan kişinin haklarının güvence altına alınması mümkün olacaktır.

**Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi (CPT)** de alıkonulan kişilerin bir yargıç önüne çıkarılmasının işkence ve kötü muamele ile mücadeledeki önemine çeşitli kereler vurgu yapmıştır. Komite, alıkonulan kişinin işkence ya da kötü muameleyle maruz kaldığına dair bulgular varsa, yargıcın kendiliğinden harekete geçerek gerekli işlemleri yapması gerektiğinin altını önemle çizmektedir:

“...Örneğin polis tarafından gözaltında bulundurulmuş ve cezaevine gönderilmesi düşünülen herkes, söz konusu kararı verecek hâkimin karşısına fiziksel olarak çıkarılmalıdır; Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi'nin ziyaret ettiği bazı ülkelerde uygulama hâlâ böyle değildir. Söz konusu kişinin hâkim önüne çıkarılması, kötü muamele görmüş zanlının şikâyetinde bulunması için uygun bir fırsat yaratacaktır. Ayrıca sarıh bir şikâyet olmadığında bile, kötü muamele yapıldığı yönünde başka bir gösterge olduğu durumlarda (örneğin gözle görülen yaralanmalar, kişinin genel görünümü veya hali) hâkim zamanında harekete geçebilir.

Doğal olarak polis tarafından kötü muamele yapıldığına dair göstergeler olduğu durumlarda hâkim gerekli adımları atmalıdır. Bu bağlamda zanlıların polis nezareti sonrasında hâkim önüne her çıkışında, hâkim iddiaları yazılı olarak kayda geçmeli, hemen bir adli tıp muayenesi yapılmasını emretmeli ve iddiaların gerektiği biçimde araştırılmasını sağlamak için gerekli adımları atmalıdır. Söz konusu kişi gözle görülür biçimde yaralanmış olsa da, olmasa da böyle bir yaklaşım benimsenmelidir. Ayrıca sarıh bir kötü muamele iddiası olmayan durumlarda bile, hâkim karşısına çıkartılan kişinin kötü muamele mağduru olabileceğine dair başka bir dayanak varsa adli tıp muayenesi yapılması istenmelidir.

Kolluk kuvvetleri tarafından yapılan kötü muameleyle ilgili bütün şikâyetlerin yargı ve diğer ilgili makamlar tarafından dikkatle incelenmesi ve gerektiğinde uygun bir ceza verilmesi, güçlü bir caydırıcı etkiye sahip olacaktır. Aksine, söz konusu makamlar kendilerine iletilen şikâyetler karşısında gerekeni yapmazsa, nezaret altındaki kişilere kötü muamele yapma eğilimi olan kolluk kuvvetleri, herhangi bir cezaya tabi olmaksızın kötü muamelede bulunabileceklerine kısa sürede inanacaktır.”<sup>331</sup>

Bununla birlikte, “yargıç denetimi” güvencesinin sadece yakalama ve gözaltı sırasında değil tutukluluk hallerinde de sağlanması gerekmektedir. Tutuklama süresi içerisinde mevcut hukuksal durumun değişme ihtimali göz önünde bulundurularak, tutukluluk kararının da makul aralıklarla incelenmesi/denetlenmesi sağlanmalıdır.

Konuyla ilgili uluslararası belgelerden birisi olan **BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi**'nin 9/3.maddesi, alıkonulan kişinin derhal bir yargıç veya yasal olarak yargılama yetkisiyle donatılmış bir makam huzuruna çıkarılması gerektiğini belirtmektedir:

<sup>331</sup> Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi 12 No.lu Genel Rapor, para.45

“Cezai bir fiilden ötürü gözaltına alınan veya tutulan bir kimse derhal bir yargıç veya hukuken yargılama yetkisine sahip diğer bir görevli önüne çıkarılır ve bu kimse makul bir sürede yargılanma veya saliverilme hakkına sahiptir. Yargılanan bir kimsenin tutuklanması genel bir kural olamaz; yargılamanın her aşamasında tutuklunun salıverilmesine karar verilebilir; salıverilme bu kimsenin duruşmaya gelmesini sağlamak ve mahkûm edilmesi halinde hükmün infazını temin etmek için teminata başlanabilir.”

Sözleşmenin 9/4. maddesinde ise kişilere, özgürlüğünden yoksun bırakılmasına dair işlemin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle mahkemeye başvurma hakkı tanınmaktadır:

“Gözaltına alınarak veya tutularak **özgürlüğünden yoksun bırakılan** bir kimse, tutulmasının hukukiliği hakkında hemen karar verebilecek ve eğer tutulması hukuki değilse salıverilmesine hükmedebilecek **bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.**”

**BM Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü** (TUHAK) gözaltına alınan kişilerin yargıç önüne çıkarılma ve görmüş olduğu kötü muamele konusunda beyanda bulunma hakkını düzenlemiştir. Prensip 37'ye göre;

“Hakkındaki bir suç isnadı nedeniyle tutulan bir kimse, **gözaltına alınmasından hemen sonra** yargısal veya kanunun öngördüğü diğer bir makam önüne çıkarılır. Bu makam hiç gecikmeden tutmanın hukukiliği ve gerekliliği hakkında karar verir. Bu makamın yazılı izni olmadıkça, hiç kimse soruşturma veya yargılama sürerken gözaltında tutulu bulundurulamaz. Tutulan bir kimse, bu tür bir makamın önüne çıkarıldığı zaman nezarete bulunduğu süre içinde kendisine yapılan muamele hakkında beyanda bulunma hakkına sahiptir.”

TUHAK'a göre tutulan kişi ya da avukatı her zaman tutma işleminin hukukiliğine itiraz edebilmeli ve derhal serbest bırakılmasını isteme hakkına sahip olmalıdır. İtiraz üzerine yapılacak olan incelemenin hızlı ve basit olması gerekmektedir:

“1. Tutulan bir kimse veya avukatı iç hukuka göre her zaman, tutmanın hukukiliğine karşı itirazda bulunmak ve tutulması hukuki değilse hemen salıverilmesini sağlamak için yargısal veya diğer bir makama başvurma hakkına sahiptir.

2. Bu prensibin birinci fıkrasında belirtilen dava, süratli bir biçimde görülebilecek basit bir dava olur ve yeterli mali imkânı bulunmayan tutulu kişilerden masraf alınmaz. Bir kimseyi tutan makamlar, makul olmayan bir gecikmeye sebebiyet vermeden bu kimseyi tutmanın hukukiliği denetleyen makamının önüne getirirler.”<sup>332</sup>

Bu düzenleme uyarınca özellikle kişiler gözaltında iken (gözaltı sürelerinin birkaç günle sınırlanmış olduğu düşünüldüğünde) yakalama ve gözaltı işlemlerine ilişkin itirazların derhal ve en geç birkaç saat içinde sonuçlandırılması zorunlu olmalıdır. Aksi takdirde ilgili itiraz mekanizması işlevsiz ve göstermelik bir yol olacaktır.

**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi** de, tutulan kişinin özgürlüğünün kısıtlanmasına

<sup>332</sup> BM Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü, Prensip32

ilişkin işlemin hukuka uygun olarak yapılıp yapılmadığının yargısal makam tarafından denetlenmesini, aykırılık var ise derhal salıverilmesine karar verilmesini isteme hakkını düzenlemektedir. Bu düzenleme hukuka aykırı ve keyfi alıkoyma işlemlerinin engellenmesi amacını taşımaktadır ve bir bakıma özgürlük karinesinin güvencesidir.

Sözleşmenin “özgürlük ve güvenlik hakkı” başlıklı **5. maddesinin 3. fıkrasında**, alıkonulan kişinin derhal bir yargıç huzuruna çıkarılması gerektiği belirtilmektedir:

“Bu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulu durumda bulunan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılır; kendisinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir.”

Aynı **maddenin 4.fıkrası** uyarınca, özgürlüğünden yoksun bırakılan herkes, uygulanan işlem hakkında hukuka uygunluk denetiminin yapılmasını ve bu işlem hukuka aykırı ise derhal salıverilmesini temin amacıyla mahkemeye başvurma hakkına sahiptir:

“Yakalama veya tutuklu durumda bulunma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.”

Kuşkusuz, madde metninde belirtilen “mahkeme”nin bağımsız ve tarafsız olmasının yanısıra, yapacağı denetimin de etkili bir inceleme usulünü içermesi gerekmektedir. Bu güvence yüzeysel bir güvence olmamalıdır. Hem tutmanın hukukiliği, hem de işkence/kötü muamele ihtimali mahkeme tarafından dikkatli bir şekilde incelenmelidir.

**Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi**, söz konusu maddeyi yorumlarken, bu güvencenin etkili olabilmesi için yargıcın, önüne getirildiği kişideki işkence/kötü muamele bulgu ve emareleri konusunda dikkatli olması gerektiğine, hatta bunun için alıkonulan kişinin ayrıca bir talebinin olması gerekmediğine vurgu yapmıştır:

“İvedi” olması yanında, “tutuklamanın yargısal denetimi” otomatik de olmalıdır... Tutuklunun önceden yaptığı başvuruya dayandırılmaz. Bu tür bir gereklilik, tutuklamanın yasallığının mahkeme tarafından incelenmesi için dava açma hakkını sağlayan 5/4. maddeden farklı olarak 5/3. maddenin sağladığı güvencenin niteliği ile çelişecektir... Hatta özgürlükten mahrum bırakma fiilinin bağımsız adli denetime tabi tutulmasını sağlayarak kişiyi keyfi olarak tutuklanmaktan koruyan 5/3. madde bağlamındaki güvencenin amacına da aykırıdır... Tutuklanmanın derhal adli incelemeye tabi tutulması aynı zamanda gözaltına alınan kişinin kötü muameleyle maruz kalmasına karşı önemli bir tedbir teşkil etmektedir... Ayrıca, bu tür bir muameleyle maruz kalan tutuklular, hâkimden tutukluluklarını gözden geçirmesini isteyecekleri bir başvuruda bulunma fırsatına sahip olamayabilirler...”<sup>333</sup>

333 T.W./Malta, Başvuru No: 25644/94, 29 Nisan 1999 , para.43

Diğer yandan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre kişilerin yargıç önüne çıkarılması süresi, her bir davaya ilişkin özel koşullara göre değişecektir. Bir başka ifadeyle Sözleşmenin ilgili hükmü asgari bir gözaltı süresi içermemektedir. Ancak Mahkeme AIHS'in 5/3.maddesinde belirtilen "hemen" kavramı yorumlanırken devletlerin geniş bir takdir hakkı bulunmadığına vurgu yapmaktadır:

"... 'derhal' kavramının yorumlanmasında ve uygulamasında esnekliğin kapsamı sınırlıdır. AIHM, dört gözaltı döneminden en kısasının bile, McFadden'in polis gözetiminde geçirdiği dört gün altı saat... 5/3.maddenin ilk bölümünde müsaade edilen süreye ilişkin katı kısıtlamaların dışında kaldığı kanısındadır... **Hakim veya diğer adli makamların önüne çıkarılmaksızın geçirilen bu kadar uzun gözaltı süresini haklı çıkarmak için söz konusu davanın özelliklerine bu denli önem yüklemek, 'derhal' sözcüğünün basit anlamını kabul edilemeyecek derecede geniş yorumlamak anlamına gelecektir.** Bu yönde bir yorumlama, 5/3.madde... bağlamında kişinin uğradığı zarara karşılık sağlanan usuli güvenceyi ciddi şekilde zayıflatacak ve söz konusu maddenin getirdiği hakkın esasına zarar veren sonuçlar doğuracaktır. Bu nedenle AIHM, başvuranların hiçbirinin yakalanmasını müteakiben 'derhal' adli bir makam önüne çıkarılmadığı veya 'derhal' serbest bırakılmadığı sonucuna varmak durumundadır. Başvuranların yakınmaları ve gözaltına alınmalarına, toplumu bütünüyle teröre karşı koruma gereğinin neden olduğuna ilişkin yasal amaç kendi başına 5/3.maddenin özel gereklerine uyulmasını sağlamak için yeterli değildir..."<sup>334</sup>

Aslında ulusal yasalarda belirtilmiş olan gözaltı süreleri bir kişinin gözaltında tutulabileceği azami süreleri ihtiva eder. Dolayısıyla gözaltına alınan bir kişinin haklı bir gerekçe olmaksızın gözaltı süresinin sonuna kadar özgürlüğünden yoksun bırakılması da aynı şekilde Sözleşme'nin ihlali anlamına gelebilir.

Yine yargıç güvencesinin etkili olabilmesi için karar vermeye yetili olan yargısal makamın taraflardan bağımsız olması gerekmektedir. Ayrıca yetkili makam bir karar vermeden önce tüm delilleri ayrıntılı bir şekilde incelemeli ve tutulan kişiyi mutlaka görmelidir. Yalnızca evrak üzerinde yapılan inceleme ile verilecek kararın AIHS m.5'te belirtilen güvencelere uygunluğundan bahsedilemez.<sup>335</sup>

Adil yargılanma hakkının doğasında bulunan genel prensipler ilke olarak yakalama, gözaltına alma ya da tutuklama işlemine itiraz yolu açısından da geçerli olmalıdır. Dolayısıyla gözaltına alınan veya tutuklanan bir kişinin, soruşturma dosyası hakkında kısıtlama (gizlilik) kararı verilerek şüpheli ve/veya avukatının delilleri inceleme ve değerlendirme şansına sahip olmaksızın itiraz etmeye zorlandığı hallerde, silahların eşitliği, savunma hakkının kısıtlanması, orantılılık ve gereklilik bağlamında bir AIHS ihlali olduğunun tartışılması gerekmektedir. Delillere erişimin kısıtlama kararı ile topyekün engellendiği böylesi durumlarda itiraz mekanizmasının etkin bir iç hukuk yolu olmayacağı kuşkusuz tartışılmalıdır.

## **b. İç hukuk**

Yakalanan, gözaltına alınan veya tutuklanan kişiler hakkındaki kısıtlama işlemlerinin

<sup>334</sup> Brogan ve Diğerleri/İngiltereBaşvuru No: 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/84, 29 Kasım 1988 , para.62

<sup>335</sup> Nikolova/Bulgaristan[BD], Başvuru No: 31195/95, 25 Mart 1999 ; Mamedova/Rusya, Başvuru No: 7064/05, 01 Haziran 2006 ,

<sup>336</sup> Anayasa m.19/7,8

yargısal makam tarafından hukuki denetiminin sağlanması, iç hukukta anayasal güvenceye kavuşturulmuş durumdadır. Anayasa'nın 19/5.maddesinde kişilerin hâkim önüne çıkarılması gereken azami süreler belirtilmiş ve bu süreler geçtikten sonra kimsenin hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılmayacağı hüküm altına alınmıştır.

Anayasa, özgürlüğü kısıtlanan kişilerin, bu kısıtlama işleminin hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesini isteme hakkına sahip olduğunu ayrıca belirtmektedir:

“Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir.

Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir.”<sup>336</sup>

Anayasa ile hüküm altına alınan “yargıç güvencesi”, kişilerin hukuka aykırı bir şekilde özgürlüklerinden yoksun bırakılmaları, alıkoyma işleminin hukuksal denetiminin sağlanması açısından oldukça önemlidir. Yargısal denetim, aynı zamanda kişilerin bu süreçte işkence ve kötü muameleye uğramalarının önlenmesi açısından da hayati bir değer taşımaktadır ve hiçbir koşulda bu güvenceden vazgeçilmesi ya da sınırlandırılması mümkün değildir.

Kuşkusuz bu güvencenin tam olarak amacına ulaşabilmesi, kişi özgürlüğünü sınırlandırıcı her türlü işlem hakkında yapılacak yargısal denetimin etkili ve kapsamlı olması halinde mümkün olabilir.

Bu anlamda yargıç, özgürlüğün kısıtlanması işleminin hukuka uygunluğu hakkında bir karar vermeden önce tüm delilleri ayrıntılı ve dikkatli bir şekilde incelemeli, alıkonulan kişiyi mutlaka dinlemeli ve bu kişinin delil sunmasına olanak tanımalıdır. Verilen kararlar Anayasa'nın 141.maddesi uyarınca soyut ve gerekçesiz olmamalıdır. Ayrıca kişi özgürlüğünü kısıtlayan her türlü işlemin istisnai bir tedbir niteliğinde olduğu ve kişileri cezalandırıcı bir araç haline dönüşmemesine özen gösterilmelidir.

Bir suç soruşturması ya da kovuşturması kapsamında yapılan işlemlerin pek çoğu, kişilerin temel hak ve özgürlüklerine ilişkin sınırlama ve müdahaleler yaratır. Delil toplamak amacıyla vücuttan örnek alınmasının kişi dokunulmazlığı ve maddi-manevi varlığını koruma hakkına; iletişiminin dinlenmesi, gizli soruşturmacı veya teknik araçlarla izlemenin, özel hayatın gizliliğine; arama işlemlerinin konut dokunulmazlığına müdahale sonucunu yarattığı açıktır. Ancak suç şüphesiyle verilen yakalama, gözaltına veya muhafaza altına alma ya da tutuklama kararları ise kişi özgürlüğü ve güvenliğinin ciddi şekilde sınırlayan koruma tedbirlerindedir.

Temel hak ve özgürlükleri sınırlayan ya da müdahale sonucunu yaratan adli işlemlere karar verecek olan makamın belirlenmesi bu nedenle önemlidir. Bu türdeki kararları verme yetkisi, kural olarak hâkim veya mahkemelere tanınmıştır. Hâkimin, gerek tarafsız ve bağımsız olma özelliği, gerekse kanunu bilme ve uygulama yükümlülüğü-

<sup>337</sup> Anayasa m.19/5

le en güvenilir kişi durumunda olduğu kabul edilmektedir. Hâkim, kararın alınma sürecinde özgürlüklerin sınırlandırılmasının gerekliliği ve ölçüsü konusunu en iyi takdir edecek kişidir.

Özgürlüğünden yoksun bırakılanlar için öngörülmüş olan yargısal denetim hem soruşturma aşamasını hem de kovuşturma aşamasını kapsamaktadır. Yargısal denetimle görevli makam bir yandan ulusal mevzuatta yer alan olan azami sürelerin aşılmamasını denetlemeli, diğer yandan ise ilgili koruma tedbirinin uygulanabilmesi için gerekli şartların var olup olmadığını inceleyerek bu tedbirin amacı, gerekliliği ve içeriği yönünden hukuka uygunluk denetimi yapmalıdır.

### **i. Özgürlüğü kısıtlayan koruma tedbirleri**

Bir suç soruşturması ya da kovuşturması kapsamında kişilerin özgürlüğünü kısıtlanması sonucunu doğuran işlemler (koruma tedbirleri), doğası gereği başta işkence ve kötü muamele olmak üzere yaşanabilecek tüm hak ihlalleri karşısında kişileri savunmasız bir durumda bırakmaktadır.

Bu nedenle söz konusu tedbirlere başvurma zorunluluğu bulunduğu durumlarda, kişi özgürlüğünün en fazla ne kadar süre ile kısıtlanacağına iç hukuk tarafından belirlenmiş olması gerekmektedir. Kişilerin bu süreler sonunda bir hâkimin karşısına çıkarılması ve hâkim tarafından yapılan işlem üzerinde hukuka uygunluk denetiminin sağlanması en temel usuli güvencelerden biridir.

Anayasa'da alıkoyma sürelerinin genel çerçevesi çizilerek, hiç kimsenin bu süreler dışında bir hâkim kararı olmaksızın özgürlüğünden yoksun bırakılmayacağı güvence altına alınmış durumdadır:

**“Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırk sekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir.”<sup>337</sup>**

Anayasa'nın süreler konusunda azami bir çerçeve belirlediğinin altını tekrar çizmek gerekmektedir. Yasayla bu sürelerin kısaltılması mümkünken, daha uzun süreler öngörülmesi mümkün değildir.

Ancak Anayasa'nın savaş, sıkıyönetim ve olağanüstü hal uygulamaları sırasında bu sürelerin uzatılabileceğini düzenlemesi ve bunun için azami bir süre öngörmemesi, Anayasanın temel hak ve özgürlüklerin dokunulamaz alanını çizme ve güvenlik kalkını oluşturma fonksiyonu ile bağdaşmamaktadır. Bu durumlarda gözaltı sürelerinin belirlenmesinin tamamen yasa koyucunun takdirine bırakılması, güvenlik-özgürlükler çelişkisini gündeme getiren savaş, sıkıyönetim ve olağanüstü hal dönemlerinde güvenlikten yana açık çek vermek niteliğinde bir tutumdur.

Geçmişte çok uzun süreler boyunca gözaltı işlemlerinin yaşandığı da dikkate alınrsa, gelecekte bu tür uygulamaların yaşanmaması için anayasal bir güvencenin halen mevcut olmamasının önemli bir eksiklik olduğunu söylemek mümkündür.

<sup>338</sup> CMK'nın 247.maddesinde “kaçak” tanımı yapılmaktadır:

Yakalama, gözaltına alma ve tutuklama tedbirlerinin usulü ve azami süreleri Ceza Muhakemesi Kanunu ve ilgili özel yasalarda ayrıca düzenlenmektedir.

## 1) Yakalama

Yakalama, suç şüphesi altında olan kişinin gerekli soruşturma işlemlerinin yapılabilmesi için hürriyetinden yoksun bırakıldığı sürecin başlangıcı olarak tanımlanabilir. Bu kavram, kişi özgürlüğünün kolluk görevlileri tarafından kısıtlandığı andan, gözaltı kararı verilmeye kadar geçen süre içindeki geçici süreci ifade etmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanunu, kişi özgürlüğünün sınırlandırılması sonucunu yaratan işlemler yönünden kural olarak hâkim kararı aramaktadır. Ancak CMK, yakalama yönünden karar verme yetkisinin kim tarafından ve hangi durumlarda kullanılabileceğini açıkça düzenlememiş, kuralın tespitini yoruma bırakmıştır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 98.maddesinde yakalama emrinin nedenleri ve usulü düzenleme altına alınmıştır:

“(1) Soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir. Ayrıca, tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde, itiraz mercii tarafından da yakalama emri düzenlenebilir.

(2) Yakalanmış iken kolluk görevlisinin elinden kaçan şüpheli veya sanık ya da tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında Cumhuriyet savcıları ve kolluk kuvvetleri de yakalama emri düzenleyebilirler.

(3) Kovuşturma evresinde kaçak sanık hakkında yakalama emri re'sen veya Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim veya mahkeme tarafından düzenlenir.”

Maddenin 1. ve 3. fıkralarında, soruşturma evresinde “çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan” şüpheliden, kovuşturma evresinde ise “kaçak”<sup>338</sup> sanıktan bahsedilmektedir. Madde tersten okunduğunda, şüpheli ya da sanığın soruşturma ve kovuşturma evrelerinde, -ifade alma ve sorgu da dâhil olmak üzere- her türlü adli işlem için öncelikle davet edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Yine maddeden çıkan diğer sonuç, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminin, kovuşturma evresinde ise yargılamayı yapan mahkemenin yakalama kararı vermeye yetkili olduğudur.

Ancak Yasada hâkim kararı ile yakalamanın istisnaları yer almaktadır. Bunlardan ilki CMK m.98/2'de düzenlenmektedir. Hakkında yakalama ya da tutuklama kararı bulunan veya kesinleşmiş mahkeme kararı nedeniyle hükümlü statüsünde bulunan kişinin, kolluk görevlilerinin elinden veya ceza infaz kurumundan kaçması halinde,

---

“(1) Hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişiye kaçak denir.”

Maddenin ikinci fıkrasında ise kişi hakkında kaçak kararı verilebilmesi için izlenmesi gereken prosedür yer almaktadır:

“Hakkında, 248inci Maddenin ikinci fıkrasında belirtilen suçlardan dolayı kovuşturma başlatılmış olan sanığın, yetkili mahkemeye usulüne göre yapılan tebligata uymamasından dolayı verilen zorla getirilme kararı da yerine getirilemez ise, mahkeme;

a) Çağrının bir gazete ile sanığın bilinen konutunun kapısına asılmak suretiyle ilânına karar verir; yapılacak ilânlarda, onbeş gün içinde gelmediği takdirde 248 inci Maddede gösterilen tedbirlere hükmedilebileceğini ayrıca açıklar,

b) Bu işlemlerin yerine getirilmediğinin bir tutanak ile saptanmasından itibaren onbeş gün içinde başvurmaman sanığın kaçak olduğuna karar verir.”

339 Bu hüküm Anayasa m.19/3'te yer alan “hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesin-



cumhuriyet savcısı veya kolluk tarafından yakalanmasına karar verilebilir. Ancak üç halde de önceden hâkim tarafından verilmiş ve kişi özgürlüğünü sınırlayan bir karar bulunduğunu, kararın infazının kişinin kaçması nedeniyle kesintiye uğradığını söyleyebiliriz.

Diğer bir istisna ise Yasanın 90.maddesinde hüküm altına alınmıştır:

- CMK m.90/1'de herkesin yakalama yapabileceği haller düzenlemiştir. Maddeye göre; suç işlemekte olan veya hemen sonrasında izlenen kişinin ya da üzerinde suç eşyası veya delili bulunan kişinin kaçma olasılığı varsa ya da hemen kimliğini belirleme olanağı bulunmamakta ise herkes tarafından yakalama yapılabilir.
- CMK m.90/2 ise kolluk görevlilerinin yakalama yapabileceği istisnai halleri saymıştır. Kolluk görevlileri, yakalama emri veya tutuklama kararı gerektiren ve gecikmesinde bulunan hallerde yakalama yapabilir. Ancak bu durumda Cumhuriyet savcısına veya amirine derhal başvurma olanağının bulunmaması da gerekmektedir. Kolluk, koşulların varlığı halinde öncelikle savcıya ya da bu mümkün olmazsa amirine durumu aktararak bir karar verilmesini isteyecektir. CMK sistemi içinde, savcının yakalama kararı verme yetkisi de bu madde ile sınırlıdır.<sup>339</sup>

Ancak kolluğun hâkim kararı olmaksızın yakalama yapma yetkisine dair getirilen bu istisna, uygulamada neredeyse kural halini almış durumdadır. Kolluk “gecikmesinde sakınca bulunan bir hal” olduğu, savcı ve amirine derhal başvurma olanağının bulunmadığı” gerekçeleri ile rutin olarak yakalama yetkisini kullanmaktadır.

Yine hâkim kararı olmaksızın kolluğun yakalama yapabileceği haller Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği ile Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu ile oldukça genişletilmiş durumdadır.<sup>340</sup> Bu da kolluğa, kişilerin özgürlüğünden yoksun bırakılması anlamında çok geniş bir takdir hakkı ve büyük oranda hareket serbestisi tanımaktadır.

CMK m.90/5, görevli olmayanlarca yakalanan kişinin kolluk görevlilerine teslim edilmesi veya kollukça yakalama yapılması durumunda, yakalama ve olay hakkında “**hemen**” C.savcısına bilgi verilmesini ve onun talimatları doğrultusunda hareket edilmesini düzenlemektedir.

Bu düzenleme CMK m.161/2 de öngörülen; “*Adli kolluk görevlileri, el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri emrinde çalıştıkları Cumhuriyet savcısına derhâl bildirmek ve bu Cumhuriyet savcısının adliyeyle ilişkin bütün emirlerini gecikmesizin yerine getirmekle yükümlüdür*” kuralının bir tekrarı niteliğindedir.

Ancak uygulamada, derhal bildirim yükümlülüğünün sıklıkla ihlal edildiği; kişiler gözaltı birimine götürülüp burada yakalama işlemine dair tutanak ve belgeler tanzim edildikten sonra ilgili savcıya haber verildiği gözlemlenmektedir. Söz konusu durum

---

de sakınca bulunan hallerde yapılabilir” düzenlemesi ile benzer içeriktedir. Ancak CMK m.90/1-2, suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığının yanısıra başkaca koşulların da gerçekleşmesini aradığından, her somut olayda bu koşulların oluşup oluşmadığının incelenmesi, koşullar birlikte oluşmamışsa yakalama işlemine itiraz edilmesi yerinde olacaktır.

<sup>340</sup> Bkz. Yakalama, Gözaltına Alma ve ifade Alma Yönetmeliği m.5; Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu m.4/A, m.13

<sup>341</sup> 02.06.2007 tarihli ve 5681 sayılı Kanun

kişilerin hukuksal denetim olmaksızın belirsiz sürelerle kolluğun hâkimiyeti altında tutulması sonucunu doğurmaktadır.

Burada 2007 yılında yapılan değişiklik ile<sup>341</sup> Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'na eklenen yeni bir kavrama daha değinmek gerekir: “**Durdurma ve kimlik sorma**”.

PVSK'nın 4/A maddesi uyarınca polis, **kişileri ve araçları**;

- Bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek,
- Suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç ve ya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek,
- Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek,
- ç) Kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek,

amacıyla durdurabilir.

Maddeye göre durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için aranan kriter; “*polisin tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan*” makul bir sebebin bulunmasıdır.

Madde polisin, durdurduğu kişiye durdurma sebebine ilişkin sorular sorma, kimliğini ve bulundurması gereken diğer belgeleri ibraz etmesini isteme yetkisi tanımaktadır. Kişinin belgesinin bulunmaması, açıklamada bulunmaktan kaçınması, gerçeğe aykırı beyanda bulunması ya da sair surette kimliğinin belirlenememesi halinde kimliği açık şekilde anlaşılınca kadar kişi gözaltına alınacak ve gerekirse tutuklanacaktır.

Ancak Türk anayasal sisteminde yer alan ve kişi özgürlüğünü kısıtlayan koruma tedbirleri arasında “durdurma” diye bağımsız bir kavram yoktur. Durdurma, ancak Anayasa'da öngörülen başka meşru müdahale yöntemlerinin bir aracı olabilir. Örneğin; bir kişiyi aramak ya da yakalamak için önce durdurmak gerekecektir. Ancak bu yetkilerin olmadığı yerde durdurma yetkisinin de ortadan kalkacağı açıktır. Diğer bir deyişle, arama ve yakalama önlemlerinden bağımsız bir **durdurma kavramına Türk anayasal sistemi içinde yer bulmak mümkün değildir**.

Anayasa'nın 19.maddesi, kişi özgürlüğü ve güvenliğine ilişkin sınırlama araçlarını ve güvencelerini tek tek belirtmiş ve bu haller dışında kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak kişi özgürlüğüne kolluk tarafından yapılabilecek müdahaleler arasında “durdurma” şeklinde bir kavram bulunmamaktadır.

Yine Yasa maddesi uyarınca kişiye kimliği sorulmadığı sürece herhangi bir kayıt tutulmasının zorunlu olmaması, kimlik tespiti yapılan hallerde ise ancak kişinin talebi üzerine belge düzenlenmesi, yani bunun isteğe bağlanması birçok durumda işlemlerin kayıtsız yapılabilmesini mümkün kılmaktadır.

Diğer yandan Türk hukuk sisteminde yakalama işlemi için hâkim kararı gerekirken ve ancak istisnai hallerde hâkim kararı olmaksızın yakalama yapılabilecek iken; dur-

<sup>342</sup> Altıparmak, Ayaç, Karahanoğulları, Hançer, Aydın, “Polis Vazife ve Selahiyet Kanununda Değişiklik”, Hukuk ve

durmada kolluk yetkisi kullanan görevlilere araya hâkim ya da savcı kararı girmeksizin kişileri özgürlüğünden mahrum etme yetkisi tanınmış durumdadır. Buna göre herhangi bir kolluk görevlisi Anayasa'nın 19.maddesi ile güvence altına alınmış olan "kişi özgürlüğü ve güvenliği" ilkesini sınırlama yetkisine sahip durumdadır.

Muhtemel tehlikenin tek ölçütünün, maddede düzenlendiği üzere "*polisin tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenim*" olması; kolluk görevlisine istediği an kendi takdiri ile önleyici kolluktan bastırıcı kolluğa dönüşme imkânı sunmaktadır. Ancak suç şüphelisi ve suç delillerine müdahale yetki ve görevine sahip olan, bu nedenle de yargıç kararıyla ya da savcı emriyle çalışan adli kolluğun temel güvenceleri bulunmamaktadır. Kolluk güçleri bu şekilde "savcısız ve hâkimsiz" bir adli kolluk örgütüne dönüştürülmüş durumdadır.

Tüm bu nedenler ışığında, Anayasa'da öngörülen usule uygun bir temel hak müdahalesinin aracı olmayan, bağımsız bir durdurma kavramının açıkça Anayasa'ya aykırı olacağı açıktır. Aynı zamanda durdurma işleminin her zaman keyfi bir yakalama tedbirine dönüşme potansiyelinin varlığı, kişi özgürlüğüne müdahale anlamında AIHS m.5'te düzenlenen kuralın ihlali sonucunu doğurma riskini de kendi içinde barındırmaktadır.

Ayrıca, PVSK'nın 4/A maddesinin, kişilerin kimlik gösterememesi halinde gözaltına alınmasını zorunlu kılan, hatta tutuklama tedbirinin yolunu açan bir şekilde düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Oysa ceza muhakemesi hukukunda kişi özgürlüğünü sınırlayan bir tedbire otomatik olarak başvurulması kabul edilemez. Bu düzenleme, CMK'da yer alan gözaltına alma ve tutuklama koruma tedbirlerinin istisnai niteliğini tamamen ortadan kaldırmış durumdadır.

Bu yönüyle de söz konusu Yasa maddesi aslında yakalama, gözaltına alma ve tutuklama tedbirlerini düzenleme altına almaktadır ve çok açık bir şekilde Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri ile AIHS'in 5. maddesini ihlal etmektedir.<sup>342</sup>

## 2) Gözaltına Alma

### a) Genel kapsam

Ceza Muhakemesi Yasası'nın 91/1.maddesi uyarınca, yakalanan kişinin soruşturma işlemlerinin tamamlanması amacıyla savcı kararıyla ve yasalarda belirtilen sürelerle alıkonma halinin devam etmesidir.

Ancak kişi hakkında gözaltına alma kararı verilebilmesi için aşağıdaki şartların birlikte bulunması zorunludur:

- Bu tedbirin soruşturma yönünden **zorunlu** olması ve
- Kişinin isnat edilen suçu işlediğini düşündürecek **emarelerin varlığı**.<sup>343</sup>

Yasa ile gözaltına alma kararı verme yetkisi cumhuriyet savcılarında tanınmıştır. Yakalamanın, savcının gözaltına alma ya da serbest bırakma kararı verinceye kadar geçen süreci ifade ettiğini ve kural olarak hâkim kararı gerektirdiğini belirtmiştik. Bu bağ-

Adalet, s. 6-15

<sup>343</sup> Ceza Muhakemesi Kanunu m.91/2

lamda daha uzun süre ile alıkonma hali yaratan gözaltına ilişkin kararın, savcı tarafından verilecek olması bir çelişki gibi görülebilir.

Hâkim tarafından verilen yakalama kararının yerine getirilmesinden sonra, savcının gözaltına alma kararı vermesi aslında tedbirin amacı ile uyumludur. Soruşturma işlemlerinin tamamlanabilmesi için kişinin gözaltına alınmasının gerekip gerekmeyeceğini, soruşturma konusu olayın kapsamını, toplanacak delilleri ve alınması gereken tedbirlerin neler olduğunu bilen savcı tarafından takdir edilmesi bir çelişki yaratmayacaktır.

Ancak, hâkim kararı olmaksızın yapılan yakalamalarda, gözaltı kararının da savcı tarafından verilmesi ise ciddi bir sorundur. Bu durum gerek yakalama, gerek gözaltı kararı verilmesi aşamalarında anayasa ve yasayla öngörülmüş olan hâkim güvencesini işlevsiz kılan bir fiili durumun ortaya çıkmasına yol açmaktadır.

Gözaltı süreleri Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 91/1.maddesi ile hüküm altına alınmıştır.<sup>344</sup> Buna göre:

“(1) ...Gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, **yakalama anından itibaren yirmi dört saati** geçemez. Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre on iki saatten fazla olamaz.

(3) **Toplu olarak işlenen suçlarda**, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle; Cumhuriyet savcısı gözaltı süresinin, her defasında bir günü geçmemek üzere, **üç gün süreyle uzatılmasına** yazılı olarak emir verebilir. Gözaltı süresinin uzatılması emri gözaltına alınana derhâl tebliğ edilir.”

Görüldüğü üzere Ceza Muhakemesi Kanunu, Anayasa'da kırk sekiz saat olan gözaltı süresini şüpheli lehine olmak üzere yirmi dört saat olarak belirlemiştir. Yirmi dört saatlik süre kural olarak toplu suçlar yönünden de geçerlidir. Ancak bu tür suçlarda, “*şüpheli sayısının çokluğu ve delillerin toplanmasındaki güçlük*” nedeniyle her defasında bir günü geçmemek üzere ve yazılı olarak en fazla üç gün daha uzatılabilir. CMK, en yakın hâkim veya mahkeme önüne çıkarılma için gerekli azami süreyi 12 saatle sınırlamıştır.

Ayrıca bu sürelerin yakalama anından itibaren hesaplanması gerektiği de yasada açıkça belirtilmiştir.

Ancak Ceza Muhakemesi Yasası'nın 251. maddesi, belli bazı suçlar yönünden Anayasa'da belirtilen asgari kırk sekiz saatlik gözaltı süresini esas almaktadır:

“(5) 250nci Madde kapsamına giren suçlarda, yakalananlar için 91inci Madde'nin birinci fıkrasındaki yirmi dört saatlik süre **kırk sekiz saat olarak** uygulanır. Anayasanın 120nci Maddesi gereğince **olağanüstü hâl ilân edilen bölgelerde** yakalanan kişiler hakkında 91inci Maddenin üçüncü fıkrasında dört gün olarak belirlenen süre, Cumhuriyet savcısının talebi ve hâkim kararıyla **yedi güne kadar uzatılabilir**. Hâkim, karar vermeden önce yakalanan veya tutuklanan kişiyi dinler.”

<sup>344</sup> Ayrıca bkz. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m.13 vd.

Bu durumda ister bir veya iki kişiyle, ister toplu olarak işlenmiş olsun gözaltı süresi kırk sekiz saat olacak, ayrıca toplu suçlarda dört güne kadar uzatılabilecektir.

Bu suçlar; CMK m.250'ye göre kurulmuş (eski DGM'lerin yerini alan) özel görevli mahkemelerde görülen, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı imal ve ticareti ile ekonomik çıkar sağlamak amacıyla cebir, tehdit kullanılarak işlenen suçlar ve devletin güvenliğine, anayasal düzene ve işleyişine, milli savunmaya ve devlet sırlarına karşı işlenen suçlar ile casusluk suçlarıdır. CMK m.250'ye göre kurulan mahkemeler, aynı zamanda TMK'da "terör suçu ve terör amacıyla işlenmiş suç" olarak sayılan fiillere dayanılarak açılan davalara bakmakla görevlidir.

Ancak Terörle Mücadele Yasası'nda değişiklik öngören 29.06.2006 tarih ve 5532 sayılı Yasayla terör suçu ve terör amacıyla işlenen suçların kapsamı ciddi şekilde genişletilmiştir. Mala zarar verme, konut dokunulmazlığını ihlal, sahtecilik suçları gibi basit nitelikteki suçların, terör amacıyla işlenen suç tanımına sokulması nedeniyle<sup>345</sup> CMK m.251/5 de öngörülen kırk sekiz saatlik gözaltı süresinin uygulaması oldukça yaygınlaşmıştır.

Ayrıca yasa gereği kişilerin yirmi dört saat-ten fazla gözaltında tutulmasının yanısıra, yasada "azami" olduğu belirtilen bu sürenin uygulamadan kaynaklı olarak da sıklıkla uzatıldığı, kişilerin hukuka aykırı olarak hürriyetlerinin kısıtlandığı gözlemlenmektedir. TIHV tarafından avukatlara yönelik yapılan anket çalışması sonuçları bu tespiti destekler niteliktedir.

Kişilerin gözaltında en fazla yirmi dört saat tutulup tutulmadıklarına dair soruya avukatların sadece %9'u 'her zaman', %53'ü 'genellikle', %15'i ise 'bazen' yanıtı vermiştir. Müvekkillerinin 'hiçbir zaman' 24 saatten az tutulmadığını veya 'nadiren' 24 saatten az tutulduğunu belirten avukatların oranı toplam % 23'tür.

Alıkonanların, gözaltında tutulma sürelerinin 24 saati aşmasının biçim, yöntem ve gerekçeleri araştırıldığında ise oldukça çarpıcı sonuçlar elde edilmiştir.

Avukatların %45'i 'genellikle', %41'i ise 'bazen' müvekkillerinin gözaltına alınma saati kayıtlara geç yazılmak suretiyle kâğıt üzerinde 24 saat, fiilen 24 saatten fazla tutulduklarını belirtmişlerdir. Böylesi bir uygulama ile 'hiçbir zaman' karşılaşmadığını ya da 'nadiren' karşılaştığını belirten avukat oranının sadece % 14'te kalmıştır.

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan bu sorunun nedeni, yakalama anının tespitinin kol- luk tarafından yapılıyor olmasıdır.



<sup>345</sup> Bkz. Terörle Mücadele Kanunu'nun "terör amacıyla işlenen suçlar" başlıklı 4.maddesi.

CMK m.90/5 ve Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 6/5.maddesi uyarınca kolluğun yakalama işlemi hakkında C.savcısına derhal haber vermesi gerekmektedir. Yine Yönetmeliğin 6/7.maddesi yakalama işleminin bir tutanağa bağlanması gerektiğini belirtmektedir.

Her ne kadar kolluğun yakalama işlemi hakkında savcıya “derhal” bildirim yükümlülüğü bulunsa da, uygulamada kişi yakalandıktan sonra önce gözaltı birimine götürülmekte, burada yakalama tutanağı ve ilgili belgeler düzenlendikten sonra savcıya işlem hakkında bilgi verilmektedir. Mevzuattaki boşluk ve kolluk üzerinde gerekli denetimin sağlıklı ve etkili bir şekilde yapılmıyor olması, yakalama anının tespiti konusunda kolluğa geniş bir takdir hakkı tanımakta ve doğal olarak da hukuka aykırı uygulamaların önünü açmaktadır.

Bunun yanısıra kolluğun düzenlemiş olduğu belgeler dikkate alındığında dahi, resmen gözaltı süresinin aşıldığı durumların hiç de azımsanmayacak ölçüde olduğu görülmektedir.

Müvekkillerinin **hiçbir gerekçe gösterilmeden**, evrak üzerinde bir değişiklik de yapılmadan, 24 saatten fazla gözaltında tutulması uygulaması ile ‘genellikle’ karşılaştığını belirten avukatların oranı %17, ‘bazen’ karşılaştığını belirtenlerin oranı %36, ‘nadiren’ karşılaştığını söyleyenlerin oranı ise %30’dur.



Gözaltı süresi yasal olarak kişinin serbest bırakıldığı ya da kişinin tutuklama isteğiyle sevk edildiği yargıcın önüne çıktığı an sona ermektedir. Ancak kolluk tarafından kişinin gözaltı biriminden çıkarıldığı an gözaltı süresinin bittiği an olarak algılanmaktadır. Bu nedenle çoğu zaman kişi savcı karşısına çıkarıldığında yasal gözaltı süresi fiilen dolmuş bulunmaktadır. Anayasa’da kişilerin azami süreler dolduktan sonra hâkim kararı olmaksızın özgürlüklerinden alıkonulamayacağı açıkça belirtilmiş olduğu halde, bu tür durumlarda kişiler hukuka aykırı bir şekilde özgürlüklerinden yoksun bırakılmaya devam edilmektedir.

Yine adli mekanizmanın iş yükü nedeniyle, zaman zaman savcılığın şüpheliyi yasal gözaltı süresi dolmadan önce mahkemeye sevk ettiği halde kişi sorgu için sıra beklerken gözaltı süresi aşıldığı halde hukuka aykırı olarak saatlerce özgürlüğünden alıkonulabilmektedir.

Yakalama ve gözaltı işleminin hukuksal denetiminin yanısıra, gözaltı süresi yönünden de yetkili yargıcın genellikle resen bir değerlendirme yapmaması, uluslararası hukuk ve Anayasa ile tanınan yargıç güvencesinin deyim yerindeyse “kâğıt üzerinde kalmasına” neden olmaktadır.

Yine CMK’nın 91/3.maddesi uyarınca toplu olarak işlenen suçlarda gözaltı süresinin uzatılabilmesi için “delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu” şartı aranmasına rağmen, uygulamada bu tür suçlarda ilgili maddenin neredeyse otomatik olarak uygulandığı gözlemlenmiştir.

Anket çalışmasına katılan avukatların %47'si 'her zaman', %48'i ise 'genelde' (toplam %95'lik bir oran) **toplu olarak işlenen suçlardan** dolayı müvekkilleri gözaltına alındıklarında gözaltı sürelerinin uzatıldığını belirtmiştir. Soruya 'nadiren' ya da 'bazen' yanıtı veren avukatların toplam oranı ise yalnızca %6'dır.



Yasa gereği, gözaltı sürelerinin uzatılmasına C.savcısının karar vermesi nedeniyle, oldukça yaygın bir uygulama olan bu tür durumlarda alıkoyma işlemi üzerinde bir yargısal denetim de söz konusu olamamaktadır. Kişilerin dört gün boyunca bir hâkim karşısına çıkarılmaması, işkence ve kötü muamelenin önlenmesi, olası işkence suçu ve delillerinin tespiti açısından da yargıç güvencesinin etkisini oldukça zayıflatan bir etken olarak karşımızda durmaktadır.

#### b) Yakalama /gözaltına alma işlemine itiraz

Bir suç soruşturması kapsamında kolluğun yakalama ve/veya gözaltına alma işlemi yaptığı durumlarda, iç hukuk mevzuatı bu işlemin hukuksal denetimini sağlamak üzere ilgili kişilere itiraz etme hakkı tanımaktadır. Böylelikle itiraz merci-i olarak hâkim, yakalama ve gözaltına alma işlemlerinin gerekliliği, usule uygunluğu konusunda denetim yoluyla sürece dâhil edilebilir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 91/4.maddesinde bu hak hüküm altına alınmıştır. Buna göre;

- **Yakalama işlemine, gözaltına alma** ya da **gözaltı süresinin uzatılmasına** ilişkin savcılık kararına karşı,
- Yakalanan kişi, avukatı, kanuni temsilcisi, eşi, birinci veya ikinci derecede kan hısımlı,
- Hemen serbest bırakılmayı sağlamak için sulh ceza hâkimine başvurabilirler.

Başvuru üzerine sulh ceza hâkiminin **derhâl** ve **en geç yirmi dört saat içinde** karar vermesi gerekir. Hâkim inceleme sonucunda ilgili alıkoyma işlemi hakkında şu kararlardan birini verecektir:

- İşlem hukuka aykırı ise başvuru kabul edilerek kişinin serbest bırakılmasına karar verilir.
- İşlem hukuka uygun ve yerinde ise;
  - Başvuru reddedilir ya da
  - Kişinin derhâl soruşturma evrakı ile savcılıkta hazır bulundurulmasına karar verilir.

Söz konusu düzenleme kolluk tarafından uygulanan alıkoyma işlemleri üzerinde hukuksal denetimin sağlanması açısından olumlu ve yerindedir. Ancak, yasaya göre itiraz üzerine hâkim incelemesi "**evrak üzerinde**" yapılacaktır. Alıkonulan kişi görülmeden yalnızca ilgili belgeler üzerinden karar verilmesi, yargısal denetimin tam ve etkili bir şekilde sağlanmasının önündeki en büyük engellerden biridir. Bu yönüyle söz

konusu düzenleme, başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere uluslararası standartlar tarafından teminat altına alınmış olan “yargıç güvencesi” kavramı ile bağdaşmamaktadır.

Yine “soruşturmanın amacının tehlikeye düşeceği” gerekçesi ile **kısıtlama kararı verildiği hallerde**<sup>346</sup>, şüpheli ve/veya avukatı soruşturma dosyasına ulaşamamaktadır. Bu tür durumlarda dosyadaki bilgi ve belgelere erişim sağlanamadığından, isnat edilen suça ilişkin deliller incelenememekte ve yapılan işlemlerin hukuka uygun olup olmadığı sağlıklı bir şekilde değerlendirilememektedir. Savunma, adil yargılanma hakkı gibi birçok güvenceyi işlevsiz hale getiren bu durum, aynı zamanda kişilerin etkin bir şekilde yakalama ya da gözaltına alma kararına itiraz edebilmelerinin de önünde önemli bir engel olarak durmaktadır.

Mevzuattan kaynaklanan sorunların yanısıra, yargıç güvencesinin uygulamada çeşitli nedenlerle etkin bir şekilde kullanılmadığı/kullanılmadığı gözlemlenmektedir. Bu nedenleri aşağıdaki şekilde özetlemek mümkündür:

- Kişiler, alkoyma işlemine itiraz hakkı konusunda zamanında ve ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilmemektedir.
- İtiraz etme hakkı tanınan diğer kişiler bu haklarından haberdar değildir.
- Avukatlar da dâhil olmak üzere ilgili kişiler çoğunlukla itirazın sonuca dair bir etkisinin olmayacağı inancını taşımaktadır.
- Kolluk, yakalanan kişinin dilekçesini en seri şekilde hâkime ulaştırmakla yükümlü olduğu halde<sup>347</sup>, uygulamada bu yükümlüğünü yerine getirmemekte, kişiye gerekli kolaylıklar sağlanmamaktadır.
- Kolluk, soruşturmaya dair işlemleri bir an önce tamamlamak istemekte ve söz konusu hakkı bu anlamda işlemleri geciktiren bir engel olarak algılamaktadır.
- Mesai saatleri dışında nöbetçi hâkime ulaşılabilmesi nedeniyle itiraz edilse dahi, çoğunlukla bir hâkim tarafından derhal ve etkili bir denetim sağlanamamaktadır.

### 3) Tutuklama

#### a) Genel kapsam

Tutuklama, suçluluğu hakkında kuvvetli şüphe bulunan şüphelinin veya sanığın, henüz o suçtan yargılanarak suçluluğu sabit görülmemişken yasada belirtilen koşulların gerçekleşmesi halinde ve ancak bir hâkim tarafından verilecek kararla özgürlüğünün geçici olarak kısıtlanması olarak tanımlanabilir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 1990 yılında verdiği içtihadı birleştirme kararı ile tutuklama tedbirinin tanımı ve içeriği konusunda şu yorumda bulunmuştur:

“Tutuklama ceza yargılamasının güvenli yürütülmesini ve amacına erişmesini sağlamaya yönelik ve yargılama hukuku açısından zorunlu hallerde yargıcın verdiği karara dayanan bir tedbirdir. Yargılamadaki amaca göre, tutucu ya da önleyici bir koruma tedbiri olduğu kadar kişi özgürlüğü ve güvenliğini kısıtla-

<sup>346</sup> Ceza Muhakemesi Kanunu m.153/2; Terörle Mücadele Kanunu m.10/d

<sup>347</sup> Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m.15

<sup>348</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 16.04.1990 tarihli ve 1990/1-91 E.,1990/115 K. sayılı kararı



yan bir içerik de taşımaktadır...<sup>348</sup>

Tutuklama, şüpheli veya sanığın bir hâkim kararıyla hürriyetinin kısıtlanmasından başlayıp yeniden salıverilmesine ya da hakkında verilen cezanın infazına başlandığı ana kadar devam eden bir koruma tedbiridir.

Ceza Muhakemesi Yasası tutuklama nedenleri ve usulünü ayrıntılı bir şekilde düzenlemektedir. Yasanın 100/1.maddesine göre; “**kuvvetli suç şüphesini gösteren olguların varlığı**” ve “**bir tutuklama nedeninin bulunması**” halinde şüpheli ya da sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir.

İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde tutuklama kararı verilmesi açıkça yasaklanmıştır.

CMK'nın 100/2.maddesinde tutuklama nedeni var sayılabilecek hallere yer verilmektedir:

“Aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni var sayılabilir:

- a) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa.
- b) Şüpheli veya sanığın davranışları;
  1. Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme,
  2. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma,Hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa”

Yasa bu sebeplerden birinin varlığı halinde otomatik olarak kişiler hakkında tutuklama kararı verilmesi gerektiğinden bahsetmemekte, yalnızca tutuklama nedeninin “var sayılabileceğini” belirtmektedir.

Yine yasada sayılan bu sebepler sınırlıdır ve bunların kıyas yoluyla genişletilerek veya amacını aşacak bir şekilde yorumlanarak kişi özgürlüğünün kısıtlanması mümkün değildir.

Yeni CMK, yürürlükten kaldırılan CMUK'tan farklı olarak bazı suç tiplerinde tutuklama nedenlerinin var sayılabileceğine ilişkin bir karine ortaya koymaktadır.<sup>349</sup> Yasa'nın 100/3.maddesinde belirtilen suçlar şunlardır:

- a) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;
  1. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar (Madde 76, 77, 78),
  2. Kasten öldürme (Madde 81, 82, 83),
  3. Silahla işlenmiş kasten yaralama (madde 86, fıkra 3, bent e) ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama (madde 87),
  4. İşkence (Madde 94, 95)
  5. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, Madde 102),
  6. Çocukların cinsel istismarı (Madde 103),

<sup>349</sup> Böylece CMUK'taki “üst sınırı yedi yıldan az olmayan” ibaresiyle getirilen “süre” esası yerine, CMK ile “katalog” esasının getirildiği söylenebilir.

7. Hırsızlık (madde 141, 142) ve yağma (madde 148, 149),
  8. Uyuşturucu veya uyarıcı Madde imal ve ticareti (Madde 188),
  9. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, Madde 220),
  10. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (Madde 302, 303, 304, 307, 308),
  11. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (Madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315),
- b) 10.7.1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (Madde 12) suçları.
  - c) 18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanununun 22nci Maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu.
  - d) 10.7.2003 tarihli ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.
  - e) 21.7.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü Maddelerinde tanımlanan suçlar.
  - f) 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununun 110 uncu Maddesinin dört ve beşinci fıkralarında tanımlanan kasten orman yakma suçları.

Yasanın, bu katalog suçlardan birinin işlendiğinin iddia edilmesi halinde tutuklama nedeni var sayılabileceğini düzenlemiş olması ve ayrıca CMK m.100/2'de belirtilen sebeplerin varlığına gerek duyulmaması aslında uygulamada bu tür durumlarda otomatik olarak tutuklama kararı verilmesinin yolunu açmış durumdadır. Pratikte genellikle, kişilerin bu maddede sayılan suçlardan birini işlediğine dair kuvvetli şüphe bulunup bulunmadığına ayrıca bakılmaksızın rutin olarak tutuklama kararları verilebilmektedir. Bu yönüyle söz konusu düzenlemenin uygulaması başta “masumiyet karnesi” ve “kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı” gibi en temel evrensel hukuk kurallarının ihlali sonucunun doğmasına neden olmaktadır.

CMK ayrıca bazı hallerde “**tutuklama yasağı**” öngörmektedir. Buna göre;

“Sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı bir yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez.”<sup>350</sup>

Ayrıca Çocuk Koruma Kanunu'nda da çocuklar yönünden ayrı bir tutuklama yasağı yer almaktadır:

“On beş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerinden dolayı tutuklama kararı verilemez.”<sup>351</sup>

Mevzuata göre **tutuklama kararı verme yetkisi hâkime tanınmış durumdadır**. Soruşturma evresinde şüphelinin tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde sanığın tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya resen mahkeme karar verecektir.<sup>352</sup>

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 101. maddesinde savcının tutuklama istemlerinin ve hâkim tarafından verilen kararların gerekçeli olması gerektiği hüküm altına alınmış-

<sup>350</sup> Ceza Muhakemesi Kanunu m.100/4

<sup>351</sup> Çocuk Koruma Kanunu m.21

<sup>352</sup> Ceza Muhakemesi Kanunu m.100/1

tır:

“(1) ...Bu istemlerde mutlaka **gerekçe** gösterilir ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten **hukukî ve fiilî nedenlere** yer verilir.

(2) Tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin **kararlarda hukukî ve fiilî nedenler ile gerekçeleri gösterilir**. Kararın içeriği şüpheli veya sanığa sözlü olarak bildirilir, ayrıca bir örneği yazılmak suretiyle kendilerine verilir ve bu husus kararda belirtilir.”

Yasa maddesinden tutuklamanın devamına ve bu husustaki tahliye isteminin reddine ilişkin verilen kararların da tutuklama kararı niteliği taşıdığı anlaşılmaktadır.

Ancak uygulamada hem savcıların tutuklama istemleri hem de hâkim ya da mahkemeler tarafından verilen tutuklama, tutuklama isteminin reddi ve tahliye isteminin reddi kararları genellikle maddede belirtildiği anlamda bir gerekçeden yoksun olmaktadır. Kararların gerekçelerinde somut olay ve dosya kapsamındaki deliller üzerinden değerlendirme yapılmadığı, hukuki ve fiili nedenlere yer verilmediği, çoğunlukla her kararda matbu ifadelerin kullanıldığı görülmektedir.

Yine özgürlük ve güvenliğin esas, tutuklamanın ise istisnai bir tedbir olması gerekirken, uygulamada bu kuralın sıklıkla ihlal edildiği, zaman zaman tutuklama tedbirinin bir cezalandırma aracına dönüşebildiği gözlemlenmektedir.

Bu nedenle tutuklama kararı nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan kişilerin, ülkemizde gerçek anlamı ile bir yargıç güvencesine sahip olduğunu söyleyebilmek oldukça zordur.

Diğer yandan CMK'da yer alan ve “istisnai” bir tutma şekli olan “yol tutuklaması”na da değinmek gerekmektedir. CMK'nın 94.maddesine göre;

“Hâkim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine soruşturma veya kovuşturma evresinde yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılamıyorsa, aynı süre içinde en yakın sulh ceza hâkimi önüne çıkarılır; serbest bırakılmadığı takdirde, yetkili hâkim veya mahkemeye en kısa zamanda gönderilmek üzere tutuklanır.”

Ashında yol tutuklaması da kişi özgürlüğünü sınırlayan bir tedbir olduğundan koruma tedbiri olan tutuklamada gösterilen hassasiyetin burada da gösterilmesi gerektiği açıktır. CMK m.100/4 uyarınca hâkim sorgu sonunda tutuklama kararı vermezse, şüpheli ya da sanığı derhal serbest bırakmalıdır. Yine 94.maddede açık olarak sorguyu yapan hâkim tarafından “kişi serbest bırakılmazsa” yetkili hâkim önüne çıkarılınca kadar tutuklanacağı hüküm altına alınmıştır.

Ancak, uygulamada böylesi bir durumda sorgu yapan hâkim, genellikle dosya kapsamını bilmediği ve yetkili olmadığı gerekçeleri ile otomatik olarak kişiler hakkında tutuklama kararı vermektedir. Yasada kişilerin yetkili hâkim önüne çıkarılması için azami bir süre de öngörülmediğinden kişiler, hakkında verilmiş olan tutuklama kararı nedeniyle bazen günlerce tutuklu kalmakta ve hâkim önüne çıkarılması için sevk edilmesini beklemek zorunda bırakılabilmektedir.

Bir yakalama emrine dayanarak kişilerin belirsiz sürelerle tutuklu durumda bırakılmasının başta kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı olmak üzere birçok usuli güvencenin ihlali sonucunu doğurduğu açıktır.

## b) Tutuklamaya itiraz/salverilme talebi

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 101/5.maddesi uyarınca;

- tutukluluğa,
- tutuklama talebinin reddine,
- tutukluluğun devamına,
- tutukluluğun devamı talebinin reddine

Dair kararlara itiraz edilmesi mümkündür.

**İtiraz usulü** CMK'nın 268.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre ilgililer, yedi gün içinde kararı veren hâkime ya da mahkemeye itiraz edeceklerdir. Hâkim ya da mahkeme itirazı yerinde görürse kararını düzeltecek, aksi görüşte ise üç gün içinde itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderecektir.<sup>353</sup>

Ayrıca CMK'nın 103.maddesi uyarınca **Cumhuriyet savcısı** soruşturma evresinde, şüpheli hakkında verilmiş olan tutuklama kararının adli kontrol tedbirine çevrilerek kişinin serbest bırakılmasını **sulh ceza hâkiminden** isteyebilir.<sup>354</sup>

Yine **şüpheli veya sanık soruşturma veya kovuşturma evrelerinin her aşamasında** kendileri veya avukatları aracılığıyla ilgili mahkeme ya da hâkimden **salverilmelelerini isteyebilir**. Yasa koyucu bu hükümlerle kişilerin özgürlük ve güvenlik hakkının gerçekleşmesi açısından salverilme talebi için herhangi bir süre sınırlaması öngörmemiştir. Şüpheli veya sanığın tutukluluk hâlinin devamına veya salverilmesine soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde ise mahkemece karar verilir. Yine mahkemenin veya hâkimin vereceği ret kararına karşı itiraz kanun yolu açıktır.<sup>355</sup>

Dosya temyiz aşamasında iken salverilme istemi hakkındaki karar, Yargıtay ilgili dairesi veya Yargıtay Ceza Genel Kurulunca dosya üzerinden yapılacak incelemeden sonra verilir. Temyiz incelemesini yapmakta olan yüksek mahkeme bu kararı resen

### 353 CMK Madde 268:

“(3) İtirazı incelemeye yetkili merciler aşağıda gösterilmiştir:

- a) Sulh ceza hâkiminin kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, yargı çevresinde buldukları asliye ceza mahkemesi hâkimine aittir.
- b) Sulh ceza işleri, asliye ceza hâkimi tarafından görülüyorsa itirazı inceleme yetkisi ağır ceza işlerini gören mahkeme başkanına aittir.
- c) Asliye ceza mahkemesi hâkimi tarafından verilen kararlara yapılacak itirazların incelenmesi, yargı çevresinde buldukları ağır ceza mahkemesine ve bu mahkeme ile başkanı tarafından verilen kararlar hakkındaki itirazların incelenmesi, o yerde ağır ceza mahkemesinin birden çok dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye; son numaralı daire için birinci daireye; o yerde ağır ceza mahkemesinin tek dairesi varsa, en yakın ağır ceza mahkemesine aittir.
- d) Naip hâkim kararlarına yapılacak itirazların incelenmesi, mensup oldukları ağır ceza mahkemesi başkanına, istinabe olunan mahkeme kararlarına karşı yukarıdaki bentlerde belirtilen esaslara göre buldukları yerdeki mahkeme başkanı veya mahkemeye aittir.
- e) Bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin kararları ile Yargıtay ceza dairesinin esas mahkeme olarak baktıkları davalarda verdikleri kararlara yapılan itirazlarda; üyenin kararını görevli olduğu dairesinin başkanı, daire başkanı ile ceza dairesinin kararını numara itibarıyla izleyen ceza dairesi; son numaralı daire söz konusu ise birinci ceza dairesi inceler.”

354 Ancak bu usulün, tutuklamanın adli kontrole çevrilmesinde uygulanacağı açıktır. Yoksa Cumhuriyet savcısı soruşturma evresinde adli kontrole veya tutuklamaya gerek kalmadığı kanısına varacak olursa CMK m.103/2 uyarınca şüpheliyi kendisi serbest bırakabilir, bu hususta ayrıca hâkim kararına gerek yoktur. Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararını verdiğinde de şüpheli kendiliğinden serbest kalır.

355 CMK m.104/1,2

356 CMK m.104/3

de verilebilir.<sup>356</sup>

Görüldüğü üzere yasada tutuklama süresi boyunca kişilere karara karşı itiraz ve salıverilme talebinde bulunma hakkı tanınmaktadır. Bu düzenlemenin özgürlüğünden yoksun kaldığı süre boyunca tutmanın hukukiliği ve gerekliliğinin incelenmesini sağlaması yoluyla yargıç güvencesinin sağlanması açısından olumlu ve yerinde olduğunu söylemek mümkündür.

Ancak tutuklamaya itirazların ve salıverilme taleplerinin yargıç tarafından evrak üzerinde yapılıyor olması önemli bir eksiklik. Yapılan talepler hâkim tarafından dosyada yer alan belgeler incelenerek karara bağlanmakta ve kişiler karar verilmeden önce görülmemektedir. Bu durumun uluslararası standartlar tarafından teminat altına alınan yargıç güvencesinin amacı ile bağdaştığını söyleyebilmek mümkün değildir.

Yine soruşturma dosyası üzerinde kısıtlama kararı verildiği durumlarda, şüpheli ya da avukatının dosya kapsamındaki belgelere erişmesi mümkün olmadığından, tutuklamaya itiraz ya da tahliye talebinde bulunulurken, delil tartışması ve hukuka uygunluk tartışması sağlıklı bir şekilde yapılamamaktadır. Bu durumlarda, savunma hakkı etkili bir şekilde kullanılmadığı gibi, diğer yandan “kişi özgürlüğü ve güvenliği” ile “yargıç güvencesi” gibi temel ilkelerin de ihlâl edildiği açıktır.

### c) Tutukluluğun resen incelenmesi

Tutuklama tedbirinin niteliği gereği yakalama ya da gözaltına alma işlemlerinden daha uzun sürelerle kişi özgürlüğünü kısıtlaması, periyodik olarak tutuklama şartlarının devam edip etmediğinin incelenmesini de zorunlu kılmaktadır. Çünkü başlangıçta var olan bir tutuklama sebebinin daha sonra ortadan kalkması mümkündür. Belirli aralıklarla yapılacak inceleme için ayrıca kişinin bir talepte bulunması da zorunlu değildir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 108.maddesi tutukluluğun incelenmesi başlığı taşımaktadır. Maddeye göre;

“(1) **Soruşturma evresinde** şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve **en geç otuzar günlük süreler** itibarıyla tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından 100 üncü Madde hükümleri göz önünde bulundurularak karar verilir.

(2) Tutukluluk durumunun incelenmesi, yukarıdaki fıkrada öngörülen süre içinde **şüpheli tarafından da** istenebilir.

(3) Hâkim veya mahkeme, tutukevinde bulunan sanığın tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceğine **her oturumda veya koşullar gerektirdiğinde oturumlar arasında** ya da **birinci fıkrada öngörülen süre** içinde de resen karar verir.”

Özgürlüğünden alıkonulmuş kişilerin tutukluluk durumunun düzenli aralıklarla incelenmesini öngören bu madde hükmü yargıç güvencesinin sağlanması anlamında önemli bir düzenlemedir.

Ancak pratikte bu hüküm yasal zorunluluk olarak algılanmakta ve madde ile amaçlanan yarar tam anlamı ile yerine getirilmemektedir. Uygulamada tutukluluk incelemesi ile salıverilmiş olan kişi neredeyse yoktur. Savcılıklar ve mahkemeler tarafından Yasada belirtilen sürelerle riayet edildiği, ancak incelemeler sağlıklı bir şekilde yapılmama-

dan rutin bir şekilde “tutukluluğun devamına” kararı verildiği görülmektedir. Söz konusu maddeye dayanılarak bu şekilde yapılan denetimlerin, “yargıç güvencesi”nin amacıyla ve korunması beklenen yararlarla bağdaşmayacağı açıktır.

#### d) Tutuklama süreleri

Ceza Muhakemesi Kanunu, tutuklulukta geçen azami süreleri belirlerken işin ağır cezalı işlerden olup olmamasına göre ikili bir ayırım yapmaktadır. Buna göre;

- Ağır ceza mahkemesinin görevine görmeyen işlerde tutukluluk süresi **en çok bir yıldır**. Ancak, bu süre, zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek **altı ay daha uzatılabilir**.<sup>357</sup>
- Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde, bu süre **en çok iki yıldır**. Ancak tutuklama süresi zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir. Her halde **uzatma süresi toplam üç yılı geçemez**.<sup>358</sup>

Bu durumda ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi azami bir buçuk yıl, ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde ise azami tutukluluk süresi beş yıl olmaktadır.

Ayrıca CMK'nın 252/2.maddesine göre bazı suçlarda tutuklama süreleri iki kat olarak uygulanacaktır:

“250nci Maddenin birinci fıkrasının (c) bendinde öngörülen suçlar bakımından, Kanunda öngörülen tutuklama süresi iki kat olarak uygulanır.”

Bunlar, eski DGM'lerin yerine kurulan ve CMK m.250 kapsamında özel yetkili mahkemelerin görev alanına giren suçlardır. Madde metni uyarınca, bu durumlarda tutuklama süresi **azami on yıl** olmaktadır.

Anca ağır cezalı suçlarda toplam beş yıl ve CMK 250/1-c maddesinde belirtilen suçlarda on yıl boyunca bir kimsenin, hakkında mahkûmiyet kararı verilmeden tutuklu sıfatıyla özgürlüğünün sınırlanmasının, “tutuklamanın cezalandırma boyutuna ulaşmaması “ ilkesine ve AİHS ile düzenlenen “makul sürede yargılanma “ ilkesine aykırılık teşkil ettiği açıktır.

Tutuklamada geçen sürenin, makul olması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinde öngörülmüş bir temel ilkedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, tutukluluğun bu makul süreyi aşmasını AİHS'in 5.maddesinin ihlali olarak değerlendirmektedir.<sup>359</sup>

## 7. KAYITLAR

### a. Uluslararası standartlar

Gözaltı birimleri ve cezaevleri de dâhil olmak üzere her türlü alıkonma birimlerinde

<sup>357</sup> Maddenin ilk halinde ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen suçlarda tutukluluk süresi en çok altı ay olarak belirlenmiş, zorunlu hallerde gerekçesi gösterilerek bu sürenin dört ay daha uzatılabileceği öngörülmüş iken; 2006 yılında yürürlüğe giren 5560 sayılı Yasa ile bu süreler şüpheli/sanık aleyhine olacak şekilde değiştirilmiştir.

<sup>358</sup> Ceza Muhakemesi Kanunu m.102

<sup>359</sup> AİHM W./İsviçre, 26.01.1993, Başvuru No: 14379/88, para.42; Van der Tang/İspanya, 13.07.1995, Başvuru No: 19382/92, para.76; Contrada/İtalya, 24.08.1998, Başvuru No: 27143/95, para.67-68

tutulması gereken kayıtlar mevcuttur. Bu kayıtların ayrıntılı ve sağlıklı bir şekilde tutulup tutulmaması; bir yandan özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin haklarının güvence altına alınmasının diğer yandan da ilgili alıkoyma biriminin ne kadar şeffaf olduğunun ve hukuka uygun davranılıp davranılmadığının ölçütü olacaktır.

Doğaldır ki, kayıt sistemleri ve tutulması gereken belge/deFTERler alıkonulma biriminin yapısı ve işlevine göre farklılıklar arz edecektir. Ancak yine de her türlü alıkonulma yerinde, özgürlüğünden yoksun bırakılanlara ilişkin ve genel idare/işleyişe ilişkin olmak üzere temel kayıtların tutulması zorunludur.

**Kayıtlar, alıkonulan kişinin haklarının korunması anlamında bir güvence sağladığı gibi, ilgili alıkoyma biriminin de şeffaflığının ölçütüdür.**

**Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi**, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin her biri için, alıkonulmanın başından sonuna kadar tek ve kapsamlı bir kayıt tutulmasının önemine vurgu yapmaktadır. Tek ve kapsamlı bir nezaret kaydı tutulması yoluyla alıkonulan kişilere tanınmış olan temel haklar ve usuli güvencelerin daha da güçlendirilmesi mümkün olacaktır.

Tutulan kayıtlarda;

- Kişinin alıkonulması ve alıkoyma nedenleri,
- Haklarının ne zaman belirtildiği,
- Yaralanma, ruhsal hastalık vs. işaretleri,
- Akriba, konsolosluk ve avukatın ne zaman temasa geçtiği ve ziyaret ettiği,
- Ne zaman yemek verildiği,
- Ne zaman sorgulandığı,
- Ne zaman nakledildiği veya salıverildiği gibi...

Kişinin tutulmasıyla ilgili bütün unsurların yer alması gerekmektedir. Komite aynı zamanda alıkonulan kişinin avukatının bu kayıtların tamamına ulaşabilmesi gerektiğinin altını çizmiştir.<sup>360</sup>

**Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi** de benzer şekilde tutulan kayıtların ve bunların ilgili kişiler yönünden erişilebilir olmasının, alıkonulanları koruma işlevine dikkat çekmiştir:

“...Tutulan ve alıkonulan kişilerin etkili şekilde korunmalarının sağlanması için, resmi olarak isimleri ve adresleri bilinen ve alıkoyma işleminden sorumlu olanların da bilindiği yerlerde tutulmaları gereklidir ve bu bilgiler aile fertleri ve arkadaşlar da dâhil olmak üzere konuyla ilgili olan herkesin ulaşabileceği kayıtlarda yer almalıdır. Aynı nedenlerden dolayı, sorgu sırasında orada bulunanların isimleri de dâhil olmak üzere sorgu yerleri ve sorgu zamanlarının kayıtları tutulmalıdır ve bu bilgi yargısal ve idari işlemlerin amaçları nedeniyle ulaşılabilir olmalıdır...”<sup>361</sup>

Ayrıca kayıtlar günü gününe tutulmalı, hem nezarethanedeki ve hem de merkezi birimlerde saklanmalıdır.<sup>362</sup>

<sup>360</sup> Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi 2 No.lu Genel Rapor, para.40

<sup>361</sup> Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi 20 No.lu Genel Yorum, para.11

<sup>362</sup> Foley, C., İşkenceyle Mücadele, Yargıçlar ve Savcılar İçin El Kitabı, s.37

**BM Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü** (TUHAK), kişiler gözaltına alındığında durumun bir tutanakla tespitinin ve bunun bir örneğinin kişiye ve varsa avukatına tebliğinin gerekliliğine işaret eder:

“1. Şu konular tam olarak tutanağa geçirilir:

- a) Gözaltına alma gerekçeleri;
- b) Gözaltına alma zamanı; gözaltına alınan kişinin nezarete konulma zamanı ile birlikte yargısal veya diğer makamın önüne ilk kez çıkarılma zamanı;
- c) İlgili kanun adamlarının kimlikleri;
- d) Nezaret yeriyle ilgili tam ve açık bilgi.

2. Bu tutanaklar tutulan kişiye veya ve varsa avukatına hukukun öngördüğü biçimde tebliğ edilir.”<sup>363</sup>

Kişilerin resmi gözaltı birimlerinde tutulması ve alıkoyma işlemine dair kayıtların sağlıklı bir şekilde tutulması, keyfi gözaltı işlemlerini önlemekte ve kişilerin etkin bir biçimde korunmasını güvence altına almaktadır.

**Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi**, bilinmeyen bir yerde gözaltında tutulan kişinin gözaltı kayıtlarının bulunmamasının, söz konusu birimdeki kayıtların “genel olarak bir güvenilirlik ve kayıtların doğru tutulmadığına ilişkin bulgular” sergilediği için, ağırlanmış bir “ciddi ihlal” niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Mahkemeye göre “alıkonulan kişinin belli bir sürede nerede tutulduğunu saptamayı sağlayacak kayıtların tutulmaması kabul edilemez” bir durumdur ve AIHS’in 5. maddesinin ihlali anlamına gelmektedir.

“...Gözaltına alınmaların tarihi, saati ve yeri, nedeni ile bunu gerçekleştiren şahısların konuda etkili olan şahısların isimleri ile ilgili bilgilerin kayıt edilmesi, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. paragrafının amacı doğrultusunda bir şahsın gözaltına alınmasının kanuna uygunluğu açısından gereklidir. Başvuran hakkında kayıt tutulmaması Komisyon'un söz konusu kayıtlarla ilgili genel güvensizlik bulgularını ağırlaştırılan ciddi bir ihlali ortaya koymaktadır. Mahkeme, ayrıca, Komisyon delegeleri önüne çıkan jandarma tanıkların bilgileri kayıt etmede kullanılan uygulamalar konusunda Komisyon'un endişelerini paylaşmaktadır; şöyle ki bir kimse resmi olarak belirlenen gözaltı bölgesinden farklı bir yerde tutulduğunda veya herhangi bir sebeple gözaltı bölgesinden götürüldüğünde kayıt tutulmamaktadır. Mahkeme, gözaltındaki bir kimsenin belli bir zamanda nerede olduğunu tespit etmeyi sağlayan kayıtların tutulmamasını kabul edememektedir.”<sup>364</sup>

Gözaltı birimlerinin yanısıra **cezaevlerinde** de alıkonulan her bir kişi için ayrı kayıt yapılması zorunludur.

**Mahpusların İslahı İçin Asgari Standart Kurallar (SAK)**, cezaevlerindeki kayıt defterine yazılması gereken bilgilerin neler olduğunu belirtmektedir. Buna göre;

“(1) Kişilerin hapsedildikleri her yerde, gelen her mahpusun girişinin yazıldığı

<sup>363</sup> TUHAK Prensip 12

<sup>364</sup> Çakıcı/Türkiye, 07.08.1999, Başvuru No: 23657/94, para. 105



sayfaları numaralı bir kayıt defteri bulunur. Bu deftere şunlar yazılır:

- a) Gelen kişinin kimliği ile ilgili bilgiler,
- b) Kişi hakkındaki kararın sebepleri ve bu kararı veren makam;
- c) Kuruma girişin yapıldığı ve salıverileceği gün ve saat.

(2) Hakkında geçerli bir karar bulunmayan ve hakkındaki karar önceden kayda geçmeyen bir kimse, her hangi bir kuruma alınmaz.<sup>365</sup>

Benzer şekilde **Avrupa Cezaevi Kuralları**'na göre her mahpusla ilgili olarak şu ayrıntıların derhal kayıt altına alınması gerekmektedir:

- Tutulanın kimliğine ilişkin bilgiler,
- Kararın gerekçesi ve kararı veren merci,
- Cezaevine getirildiği tarih ve saat,
- Tutulanın emanete alınacak kişisel eşyalarının listesi,
- Tutulanın vücudundaki gözle görülür bütün yaralar ve kötü muamele yapıldığına ilişkin şikâyetler ve
- Tutulanın fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin tıbbi gizliliğin gereklerine uygun olarak kaydedilecek her türlü bilgi.<sup>366</sup>

## b. İç Hukuk

İç hukukta, özgürlüğünden yoksun bırakılma işleminin ilk aşaması olan yakalamaya ilişkin kayıtlar **Ceza Muhakemesi Kanunu m.97**'de belirtilmiştir. Madde, yakalama işleminin bir tutanağa bağlanması gerektiğini düzenlemektedir. Bu tutanağa kişinin hangi suç nedeniyle, hangi koşullarda, hangi yer ve zamanda yakalandığı yazılmalıdır. Ayrıca tutanakta yakalamayı kimlerin yaptığı, hangi kolluk mensubunca tespit edildiği ve haklarının tam olarak anlatıldığı da açıkça yer almalıdır.<sup>367</sup>

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'ne göre, gözaltı biriminde kişilerin üst araması yapıldıktan sonra nezarethaneye girişi "Nezarethaneye Alınanların Kaydına Ait Defter"e kaydedilerek sağlanmalıdır.<sup>368</sup>

Yönetmeliğin 12.maddesinde kayıt defterine yazılması gerekenler beş başlıkta düzenlemiştir. Maddede aşağıda yer alan başlıklar altında yer alacak bilgiler ayrıntılı bir şekilde belirtilmektedir:

- Kimlik bilgileri,
- Gözaltına alınmasına esas bilgiler,
- Giriş işlemleri,
- Şüpheli ile ilgili işlemler ve
- Çıkış işlemleri.

Ayrıca bu defterde, yukarıda belirtilen zorunlu bilgilerin dışında gerekli görülen di-

<sup>365</sup> SAK Kural 7

<sup>366</sup> Avrupa Cezaevi Kuralları 15.1

<sup>367</sup> Ayrıca Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 6/7.maddesi uyarınca; tutanağın bir suretinin yakalanan kişiye verilmesi gerekmektedir. Bu kişiye ayrıca haklarının yazılı olarak bildirildiğini ve kendisi tarafından da bu hususun anlaşıldığını belirten "Yakalama ve Gözaltına Alma Tutanağı Şüpheli ve Sanık Hakları Formu" düzenlenerek imzalı bir örneği verilir.

<sup>368</sup> Yönetmelik m.11/1

ger bilgilere de yer verilebilir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 147.maddesinde ifade ve sorgunun bir tutanağa bağlanması gerektiği ve tutanakta yer alması gereken hususların neler olduğu belirtilmiştir:

- İfade alma veya sorguya çekme işleminin yapıldığı yer ve tarih,
- İfade alma veya sorguya çekme sırasında hazır bulunan kişilerin isim ve sıfatları ile ifade veren veya sorguya çekilen kişinin açık kimliği,
- İfade almanın veya sorgunun yapılmasında yukarıdaki işlemlerin yerine getirilip getirilmediği, bu işlemler yerine getirilmemiş ise nedenleri,
- Tutanak içeriğinin ifade veren veya sorguya çekilen ile hazır olan müdafî tarafından okunduğu ve imzalarının alındığı,
- İmzadan çekinme hâlinde bunun nedenleri.<sup>369</sup>

CMK'nın 169.maddesinde **soruşturma aşamasında yapılan tüm işlemlerin tutanak altına alınması gerektiği** belirtilmektedir. Tutanak, işlemin yapıldığı yeri, zamanı, işlem sırasında hazır bulunan avukatın, işleme katılan veya ilgisi bulunan diğer kişilerin de isim ve imzalarını içermelidir. Ayrıca imzadan kaçınma halinde nedenleri tutanağa geçirilmelidir.

Yine Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade alma Yönetmeliği'nin 28.maddesi, yer gösterme işlemini ve buna ilişkin düzenlenecek tutanağın özelliklerini düzenlemiştir.

Ancak soruşturma aşamasında kolluk tarafından düzenlenen tutanaklarda işlem yapan kolluk görevlisinin isminin yer alması gerekliliği, Terörle Mücadele Kanunu kapsamında yürütülen soruşturmalar için geçerli değildir. TMK ile bu kurala istisna getirilmiş ve ilgili kolluk görevlisinin açık kimlikleri yerine sadece sicil numaralarının yazılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme nedeniyle, özellikle işkence ve kötü muamele soruşturmalarında faillerin tespiti açısından sorun yaşanabilmektedir.

Yine uygulamada kolluğun, mevzuat gereği tutması zorunlu olan kayıtlar konusunda gereken titizliği göstermediği, ilgili tutanaklarda birçok bilginin eksik bırakılabildiği gözlemlenmektedir. Özellikle şüpheli ve sanık hakları formlarının usulüne uygun bir şekilde ve tam olarak doldurulmuş olduğunu görmek genellikle mümkün olamamaktadır.

Diğer yandan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 153.maddesi uyarınca müdafî ve müşteki vekili, soruşturma evresinde dosya içeriğini kural olarak inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir.<sup>370</sup> Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanakların incelenmesi ve örnek alınması hakkında herhangi bir sınırlandırma getirilmesi ise mümkün değildir.

<sup>369</sup> Ayrıca bkz. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m.23

<sup>370</sup> 25832 sayılı Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin 45. maddesi uyarınca; müdafî ve vekil vekâletname ya da görevlendirme yazısı ibraz etmek koşulu ile soruşturma evrakını inceleyebilir, dilekçe ile başvuru halinde istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir.

Bu düzenleme uyarınca işkence mağduru olan kişinin avukatı, bu kişi aleyhine bir ceza soruşturması yürütülmekte ise ilgili dosyadaki belgelere ulaşma olanağına sahiptir. Yine CMK'nın suçtan zarar görenin haklarını düzenleyen 234. maddesi uyarınca işkence mağduru ya da avukatı soruşturma dosyasından örnek alma hakkına sahiptir.

Buna karşın, CMK m.153 kişinin avukatı aracılığıyla dosya içeriğine ulaşabileceğini ve örnek alabileceğini belirtmekte ise de bu hakkın gözaltı birimine ait kayıtların tamamını kapsayıp kapsamadığı tartışmalıdır. İnceleme ve örnek alma hakkı sadece soruşturma dosyasına konulan belgelerle sınırlandırılmış bile olsa işkence ve kötü muamele suçlarında tutulma koşullarının kendileri de ihlal oluşturabildiğinden, uluslararası standartlar uyarınca alıkonmanın başladığı andan itibaren tüm kayıtlara ulaşabilmesi gereklidir.

Bir gözaltı işlemi sırasında yapılmış olan her türlü işlemin, tutulan her türlü kaydın soruşturma dosyasına konulması gerektiği düşünülebilirse de uygulamada özellikle nezarethane işlemleri sırasında tutulan kayıtlar dosyada yer almamaktadır. Ancak soruşturma aşamasında savcı, kovuşturma aşamasında ise mahkeme tarafından gerekli görülmesi halinde bu kayıtlar ilgili birimden istenirse dosyaya sunulmaktadır. Mevzuatta bu hususta bir zorunluluğun bulunmaması, bu kayıtlara erişim savcı ya da mahkemenin takdirine bırakılmış durumdadır.

Alıkonulma birimine ilişkin kayıtlara erişim konusunda hukuki tartışmalara yol açmamak ve kişilerin korunmasını açık yasal güvencelere bağlamak için, iç hukukun da



## IV.BÖLÜM

# İşkence ve Diğer Kötü Muamele Fiillerinin Soruşturulması



# İşkence ve Diğer Kötü Muamele Fiillerinin Soruşturulması

---

İşkence yasağının mutlak karakteri nedeniyle devletlerin öncelikle yerine getirmesi gereken negatif yükümlük; işkence yapmama ve işkence niteliğindeki bir davranışı haklı ya da hukuka uygun kabul edecek yasal düzenlemeler yapmaktan kaçınma sorumluluğudur. Ayrıca işkence niteliğindeki davranışların yaptırımı bağlanması, gerek ceza hukuku, gerek disiplin hukuku kapsamında suç olarak düzenlemesi pozitif yükümlülükleri arasındadır.<sup>371</sup> İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 4/2. maddesi, işkence suçuna dair hükümlerin suçun ağırlığını dikkate alarak uygun yaptırımlarla cezalandırmayı sağlayacak nitelikte olması gerektiğini düzenlemektedir. İşkence faileri hakkında hükmedilecek cezanın ağırlığı, işkence suçunun ağırlığı ile orantılı olmalı, caydırıcılık özelliği de taşınmalıdır.

Yaptırımın yalnızca yasayla düzenlenmiş olması yeterli olmayıp, öngörülen cezanın fiilen uygulanmasının önüne geçen yasal düzenlemelerden kaçınmak, uygulamadan kaynaklanan sorunları gidermek de insan hakları hukuku açısından devletlerin sorumluluk alanı içinde kabul edilmiştir.

İşkencenin, BM İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 1. maddesinde tanımlan unsurlara uygun biçimde suç olarak düzenlenmiş olması, sorumluların mutlaka cezalandırıldığı anlamına gelmemektedir. Yaşanan deneyimlere bakıldığında bu çalışmanın konusu olan “cezasızlık” tam da bu noktada bir sorun olarak karşımıza çıkar. İster yasal düzenlemelerden, ister soruşturma ve yargılama makamlarının fiillerinden kaynaklansın, işkenceden sorumlu olanların cezalandırılmasını ve cezanın uygulanabilir olmasını engelleyen her türlü tutum cezasızlığı beslemektedir.

İç hukukta işkenceyi yasaklama ve suç olarak kabul etme yükümlülüğünü karşılayan düzenlemeler yapılmış olmasına rağmen, suçun açığa çıkarılmasındaki zorlukları dikkate alan bir soruşturma usulü benimsenmiş değildir. İşkence ve diğer kötü muamele biçimlerine ilişkin soruşturmalarda özel bir usul izlenmesi gerekliliğini düzenleyen tek yasa hükmü, II. BÖLÜM'de “Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin Usul – İzin Sistemi” başlığı altında incelenen, 4483 sayılı Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 2. maddesinin son fıkrasında öngörülen istisnadır. Ancak, anılan bölümde de incelendiği üzere, TCK 94, 95 ve 256. maddeler ve adli görevle ilgili suçlar yönünden getirilen bu istisna, her türlü işkence ve diğer kötü muamele fiillerini idari izin sisteminden çıkarmaya yetmediği gibi suçun yanlış nitelendirilmesi halinde pratik olarak işletilmesi de mümkün değildir.

İç hukukta işkence suçlarının her türlü idari makamın etki alanından çıkarılmış bağımsız kurum veya heyetler tarafından ya da bizzat savcılar eliyle soruşturulmasını ve soruşturmanın, bağımsız kurum veya heyetler tarafından denetlenmesini sağlayacak

---

371 BM İşkenceye Karşı Sözleşme, m.4

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ  
İSTATİSTİKLERİNE GÖRE;**

**1999-2008 YILLARI ARASINDA, TOPLAM BAŞVURULARIN YARISINDAN FAZLASINI (%57) DÖRT DEVLETE KARŞI YAPILAN BAŞVURULAR OLUŞTURMAKTADIR:**

1. RUSYA (%28)
2. **TÜRKİYE (% 11,4)**
3. ROMANYA (%9,1)
4. UKRAYNA (%8,5)

**AYNI YILLAR ARASINDA, HAKKINDA EN FAZLA KARAR VERİLMİŞ DEVLET SIRALAMASINDA**

**TÜRKİYE İLK SIRADADIR:**

1. **TÜRKİYE (264 KARAR)**
2. RUSYA (244 KARAR)
3. ROMANYA (199 KARAR)
4. POLONYA (140 KARAR)

**BU DÖRT DEVLET HAKKINDA VERİLEN KARARLAR, TOPLAM KARARLARIN YARISINDAN FAZLASINI (%55) OLUŞTURMAKTADIR.**

düzenlemeler yer almamaktadır. Delillerin toplanması ve değerlendirilmesi konusunda bağımsız uzman kişi ve kurumlara başvurmayı zorunlu kılan yasal düzenleme ve örgütlenmenin olmaması da benzer bir eksikliklerdir.

Bu yasal eksikliklerin yanısıra, uygulayıcı konumundakilerin soruşturma aşamasında suçun ve faillerinin ortaya çıkarılmasını sağlayacak genel prosedürü yerine getirme konusunda dahi direnç sergiledikleri bilinen bir gerçektir. Benzer bir tutum, işkence suçunun ağırlığı ile orantılı olmayan cezalara hükmedilmesi ya da erteleme, paraya çevirme gibi yollarla hükmedilen cezaların fiilen uygulanmaması sonucunu yaratan yargısal pratikte de gözlenmektedir.

Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 1998 yılında tek aşamalı yargılama sistemine geçmesinden sonraki dönemde hakkında en fazla başvuru yapılan ikinci ülke durumundadır. Türkiye,

Rusya, Romanya ve Ukrayna, Mahkeme'ye yapılan başvuruların yarısından fazlasında şikâyet olunan konumundadır.<sup>372</sup>

Yine Türkiye, bu başvurular arasından hakkında en fazla karar verilen devlet olarak ilk sırada yer almaktadır. Türkiye Rusya, Romanya ve Polonya'yla birlikte Mahkemece verilmiş kararların yarısından fazlasında muhatap durumundadır.

Türkiye'nin yaşam hakkı ve işkence vakalarıyla ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önündeki durumu, üzerinde durmaya değer bir olgudur. Mahkeme tarafından verilen kararlardaki ihlal sayısı birden fazla olabilmektedir. Mahkemenin 2008 yılında yayınladığı raporundan aktarılan tablodan da görüldüğü üzere, Türkiye aleyhinde yaşam hakkının ve işkence yasağının ihlali nedeniyle verilmiş olan kararlara, "etkili başvuru hakkını" düzenleyen 13. maddenin ihlal edildiğine dair tespitler eşlik etmektedir. Bu sayısal veriler karar içerikleriyle birlikte değerlendirildiğinde, Türkiye'nin işkence ve yaşam hakkı konusunda uluslararası yükümlülüklerini yerine getirdiğinin kabulü için "etkili so-

AIHS	AİHM TARAFINDAN TÜRKİYE ALEYHİNE VERİLEN İHLAL KARARLARI SAYISI	
	1999-2008 yılları arasında	2008 yılında
m.2	64	11
m.13	116	16
m.3	164	33
m.13	48	24

<sup>372</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2008 Yılı Raporu



ruşturma” ve “cezalandırmayı sağlayan yargılamalar” yapma sorumluluğuna uygun davranması gerektiği ortaya çıkmaktadır.

Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi’nin işkence ve kötü muameleyle ilişkin belgeleri ve denetim mekanizmaları, işkenceyle mücadelede sonuç alınabilir bir soruşturmanın hangi unsur ve özellikleri taşıması gerektiği konusunda pek çok kriter öngörmektedir.

BM İşkenceye Karşı Sözleşme’nin 12. ve 13. maddeleri, taraf devletlerin, suç işlendiğine inanmak için ciddi sebeplerin varlığı halinde “derhal” ve “tarafsız” soruşturma yürüteceklerine ve mağdurun şikâyet ve davasını takip hakkını tanıyacaklarına dair yükümlülükler içermektedir. Ayrıca mağdur ve tanıkların kötü muamele ve tehditlere karşı korunmasını sağlayacak tedbirleri almak da devletlerin yükümlülükleri arasındadır.

Herkesin İşkenceye Karşı Korunmasına dair Bildiri’nin<sup>373</sup> 8. ve 9. maddeleri, şikâyet hakkını ve ortada bir işkence iddiası bulunması durumunda, bir şikâyet yapılmamış olsa bile hemen ve tarafsız bir soruşturma yapılmasını kurala bağlamaktadır.

Alıkonulan statüsünde olan kişilerin işkenceye uğrama risklerinin yüksekliği ve şikâyetlerini ilgili makamlara ulaşturmalarının daha zor olması nedeniyle, özgürlüklerinden yoksun bırakılmış kişilerin haklarına dair sözleşmelerde de özel düzenlemelere yer verilmiştir.

Herhangi Biçimde Alıkonulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunmasına Dair Prensipler Bütünü’nün 33. maddesi; alıkonulan kişilerin kendilerine yapılan muamelelere, özellikle de işkenceye ilişkin şikâyetleri, alıkonma yerinden sorumlu bir makama ya da üst makamlara iletme hakkını düzenlenmektedir. Maddedeki sorumlu makam tanımı, denetleme ve hukuki çözüm üretme yetkisi olan tüm makamları kapsar. Mağdur ya da avukatı bu hakkı kullanamıyorsa yakınları veya durumu hakkında bilgi sahibi olanlar tarafından da şikâyet yapılabilir. Mağdur veya avukatı tarafından iletilen her türlü talep veya şikâyet yetkili makamlarca derhal ele alınmalı ve gereksiz gecikmeye mahal verilmeksizin yanıtlanmalıdır.

İşkence faillerinin tespiti ve cezalandırılması için öncelikli olarak kapsamlı, yeterli ve etkili bir soruşturma yürütülmelidir. Devletlerin pozitif yükümlülüğü kapsamına giren etkili soruşturma yapma görevi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önündeki pek çok davada işkence yasağı ve yaşam hakkı ihlali iddiaları ile birlikte tartışılmıştır. AIHS’in 2. ve 3. maddeleri soruşturmanın nasıl yapılacağına dair hüküm içermediği halde AIHM, Sözleşme’nin 1. maddesinde belirtilen “sözleşmede tanımlanan hak ve özgürlüklerin bireyler için güvence altına alınması” yükümlüğünün etkili ve bağımsız soruşturma yapmayı da içerdiğini kabul etmektedir. Etkin soruşturmaya ilişkin devletlere yüklenen bu ödev, ölüm gerçekleşmemiş olsa dahi yaşam hakkına yönelik saldırılar için de geçerlidir.

Mahkemeye göre, işkence suçunun soruşturulmasında sözleşmecî devletlere yük-

***İşkence suçu, bir şikâyet olmasa bile “hemen” “tarafsız” ve “etkili” bir şekilde soruşturulmalıdır. Aynı kural kamu görevlilerince işlenen öldürme suçları yönünden de geçerlidir.***

373 BM Genel Kurulunun 9 Aralık 1975 tarihli ve 3452 sayılı kararıyla kabul edilen Herkesin İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Korunmasına Dair Bildiri.

nen sorumluluğun boyutu, davanın konusu ve şikâyetlerin niteliğine göre değişebilir. Ancak AIHM'nin içtihatlarında belirtilen asgari bazı ölçütlerin tüm soruşturmalarda dikkate alınması gerekmektedir.<sup>374</sup> Mahkeme **Batı ve Diğerleri/Türkiye**<sup>375</sup> kararında asgari soruşturma ölçütlerine genişçe yer vermiştir:

133. Soruşturmanın türü ne olursa olsun, yetkililer resmi şikâyet yapılır yapılmaz harekete geçmelidir. Herhangi bir şikâyet yapılmadığı durumlarda bile, işkence ya da diğer kötü muamele uygulanmış olduğunu gösteren yeterince açık belirtilerin olması halinde soruşturma açılması gerekmektedir. Soruşturmayı yapmakla yükümlü yetkililer, işkence mağdurlarının korumasızlığını ve ağır bir kötü muameleye maruz kalan kişilerin şikâyetinde bulunmak için daha az istekli olacaklarını göz önünde bulundurmalıdır.

134. Yürütülen soruşturma teoride olduğu gibi uygulamada da 'etkili' olmalı ve davalı Devletin yetkililerinin fiilleri veya ihmalkârlıkları nedeniyle haksız olarak engellenmemelidir. Bu soruşturma olayın faillerinin belirlenmesine ve cezalandırılmasına elverişli olmalıdır. Aksi halde, işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ve cezaya getirilen yasak, temel önemine rağmen, uygulamada etkisiz kalacak ve bazı durumlarda devlet görevlilerinin bu cezasızlıktan faydalanarak kontrollerine tabi kişilerin haklarını çiğnemesi mümkün olacaktır.

İtiraf etmek gerekir ki söz konusu yükümlülük, mutlak değil sınırlı bir yükümlülüktür. AiHM, dış dünyayla ilişkisi kesilen ve kendisine yardımcı olabilecek ve kanıtları toplayacak doktor, avukat, aile yakını ya da arkadaşlarıyla görüşmesi engellenmiş olan bir mağdurun polis karakolunda maruz kaldığı işkence iddialarını kanıtlanmasının son derece zor olacağını farkındadır. Yetkililerin, mağdur olduğu varsayılan kişinin iddialara ilişkin ayrıntılı beyanlarını, görgü tanıklarının ifadelerini, bilirkişi raporlarını ve gerekli hallerde, yara ve bereleri tam ve doğru olarak gösteren ve nasıl meydana geldikleri konusu da dâhil olmak üzere tıbbi bulguların nesnel bir tahlilini içeren ek tıbbi belgelerin sağlanması amacıyla makul tüm önlemleri alma zorunluluğu bulunmaktadır. Soruşturmada, yara berelerin nedenlerini ya da faillerini belirlenmesini imkânsız hale getirecek her türlü eksiklik, bu yükümlülüğe uyulmamış olduğu şeklinde yorumlanacaktır.

135. Devlet görevlileri tarafından yapılan işkence ve diğer kötü muameleler hakkında yürütülen soruşturmanın etkili olabilmesi için genel kural, soruşturmadan sorumlu ve tetkikleri yapan kişilerin olaylara karışan kişilerden bağımsız olmasıdır. Neticede bu durum, hiçbir hiyerarşik ve kurumsal ilişkinin olmamasının yanısıra, soruşturmayı yürüten kişilerin uygulamada da tam olarak bağımsız olmalarını gerektirmektedir

136. Bu bağlamda, ivedilikle hareket etmek ve gecikmelerden mümkün olduğunca kaçınmak gerektiği konusunda şüpheye yer bulunmamaktadır. Genellikle, hukukun üstünlüğü ilkesine bağlı kalırken toplumun ihtiyaç duyduğu güvenin sağlanması ve yasadışı eylemlerin görmezden gelinmesi ve bu eylemlere ortak olduğu kanısının oluşmasının engellenmesi için, yetkililerin kötü muamele iddialarını soruşturmakta hızla harekete geçmesi zaruridir. Bazı durumlarda soruşturmanın ilerlemesini önleyen engel ve zorluklar mevcut olabilese bile, toplumun hukukun üstünlüğü ilkesine bağlı kalırken ihtiyaç duyduğu güven-

374 Erdal ve Bakırcı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 3. Maddesi Uygulama Elkitabı, OMCT El Kitapları Dizisi Cilt: 1 - Kasım 2006, s.190

375 Batı ve Diğerleri /Türkiye, Başvuru no: 33097/96 ve 57834/00, 3 Haziran 2004 tarihli kararı

nin sağlanması ile yasadışı eylemlerin görmezden gelindiği ve bu eylemlere ortak olunduğu kanısının oluşmasının engellenmesi için, kötü muamele iddialarına ilişkin soruşturulmaların yetkililer tarafından hızla başlatılması genel olarak başlıca unsur kabul edilmektedir

137. Yine yukarıda bahsedilen nedenlerden dolayı, sorumluluk alınmasının te-oride olduğu gibi pratikte de sağlanabilmesi için, soruşturmanın ve soruşturma sonuçlarının kamunun kontrolüne açık olması gerekir. Ne ölçüde kamu kontrolü gerekeceği davadan davaya değişebilmektedir. Ancak her durumda, şikâyet sahibinin soruşturmaya aktif olarak katılımının sağlanması gerekmektedir.

Mahkeme yukarıda alıntılanan kararda, belirtilen ilkeler yönünden önceki pek çok kararına atıf yapmıştır.<sup>376</sup>

Mahkeme **Ergi/Türkiye** Kararında<sup>377</sup> “... İncelenmekte olan davada, yetkililerin ölümüne dair bilgilerinin az olması hususu, Sözleşmenin 2. maddesi gereğince ölümle ilgili etkili bir soruşturma yapma gerekliliğini daha da artırmıştır” diyerek, şikâyetin bulunmadığı, suça dair bilginin az olduğu ya da olayın karmaşık bulunduğu durumlarda devletlerin daha fazla soruşturma yapmak zorunda olduğunun altını çizmiştir.

II. Bölümde, “Zor kullanma sınırının aşılması - oranlılık meselesi” başlığı altında değinildiği üzere Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nun 16. maddesinde “zor ve silah kullanmaya” yetkisine ilişkin olarak yapılan değişiklik, silahla öldürme ve yaralama vakalarını hızla arttırmıştır. İşkence suçunun aydınlatılması konusunda soruşturma makamlarının ve fiille orantılı, uygulanabilir cezalara hükmetme konusunda yargılama makamlarının gösterdiği direnç, kolluğun silah kullanması sonucu oluşan öldürme ve yaralama eylemlerinin soruşturulmasında ve yargılanmasında da karşımıza çıkmaktadır.

İnsan hakları hukuku, işkence soruşturmalarıyla ilgili bilgilerin kamuoyu ile paylaşılması ve bu yolla denetlenmeye açık olması gerekliliğine işaret etmektedir. Ancak, ulusal düzeydeki rakamlara ulaşma konusunda ciddi sıkıntı hatta imkânsızlık yaşadığını söylemek abartı olmaz. Konuyla ilgili olarak TIHV tarafından yapılan bilgi edinme başvurularına yanıt almak oldukça zor olduğu gibi Adalet Bakanlığı Adli İstatistik Genel Müdürlüğü’nün web sayfasında yayınlanan istatistiklerden de sağlıklı bilgi almak mümkün olmamaktadır. Bu nedenle, işkence ve diğer kötü muamele biçimlerine ilişkin verileri almak için farklı yöntemler aranması zorunlu olmaktadır.

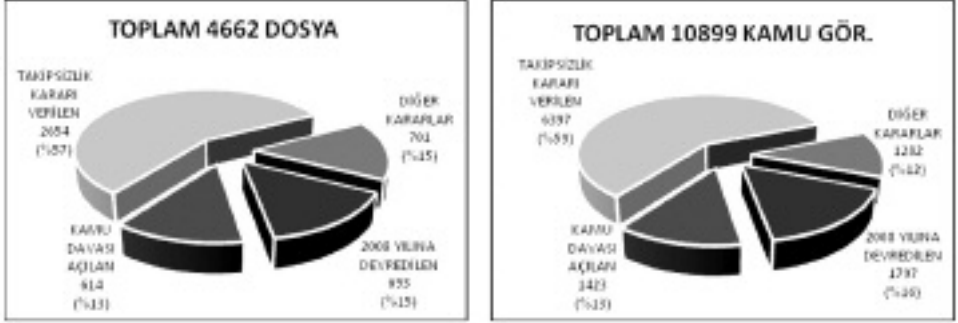
Bunlardan biri, konuyu milletvekilleri aracılığı ile TBMM gündemine taşımak ve bir soru önergesi hazırlayarak milletvekilleri tarafından sunulmasını sağlamaktır. Diğer bir yol ise devletin, uluslararası kurumlara ve özellikle de Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’ne sunmuş olduğu verilere başvurmaktır. Dolayısıyla ne insan hakları alanında çalışan örgütler ne de yurttaşlar, işkence ve diğer kötü muamele biçimlerine ilişkin verilere doğrudan ve kolayca ulaşamamaktadır. Ancak ulaşılabilen veriler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi verilerinden daha çarpıcı sonuçları ortaya koymaktadır.

376 Özbey/Türkiye, Başvuru no: 31883/96, 8 Mart 2001 ; Aksoy/Türkiye, Başvuru no: 21987/93, 18 Aralık 1996 ; Labita/İtalya, Başvuru no: 26772/95, 6 Nisan 2000 ; Oğur/Türkiye Başvuru no: 21594/93, 20 Mayıs 1999 ; Ergi/Türkiye, Başvuru no: 23818/94, 28 Temmuz 1998 ; Hugh Jordan/Birleşik Krallık Başvuru no: 24746/94, 4 Mayıs 2001 ; Indelicado/İtalya, Başvuru no: 31143/96, 18 Ocak 2001 , Özgür Kılıç/Türkiye, Başvuru no: 42591/98, 24 Eylül 2002 ; Büyükdag/Türkiye Başvuru no: 28340/95, 21 Aralık 2000

377 Ergi/Türkiye, Başvuru no: 23818/94, 28 Temmuz 1998 , para. 82

Aşağıda yer alan bilgiler, Türkiye İnsan Hakları Vakfı'nın yapmış olduğu çalışmalar ışığında DTP Milletvekili Ayla Akat Ata tarafından TBMM'ye sunulan soru önergesi üzerine Adalet Bakanlığınca verilen, 2006-2007 yılında C. savcılıklarınca yürütülen soruşturma bilgilerine dayanmaktadır.<sup>378</sup>

### 2006 ve 2007 yıllarında TCK m.94, m.95 ve m.256 kapsamında işlem gören soruşturma dosyası ve faillere ilişkin veriler<sup>379</sup>

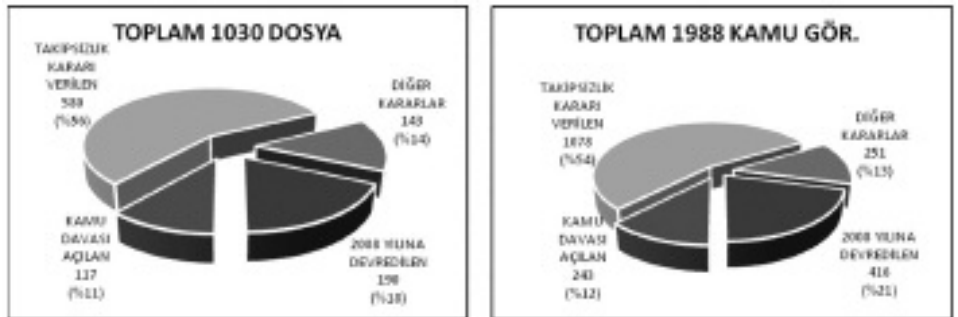


Bu rakamlara göre 2006 ve 2007 yıllarında toplam 4662 dosya üzerinden 10899 kamu görevlisi hakkında işlem yapılmıştır.

4662 dosyadan 2654'ünde, yani % 57'sinde takipsizlik (kovuşturmaya yer olmadığı) kararı verilmiştir. Hakkında soruşturma açılan kamu görevlilerine ilişkin bilgilere bakıldığında ise 10899 şüphelinin % 59'luk kesimini oluşturan 6.397'si hakkında takipsizlik kararı verildiği görülmektedir.

Yine iki yıllık verilere göre soruşturma makamları, toplam 4662 dosya içinden 614 dosyada, yani %13'ünde kamu davası açılmasına karar vermiştir. Hakkında dava açılan kamu görevlilerinin toplam sayısı 1423 olup, hakkında işkence ve zor kullanma yetkisinin aşılmasına ilişkin iddialarda bulunulan kamu görevlilerinin sadece %13'lük bir bölümünün yargı önüne çıkarılabildiği görülmektedir.

### 2006 ve 2007 yıllarında TCK m.94, m.95/1-3 kapsamında işlem gören soruşturma dosyası ve faillerine ilişkin veriler



378 <http://www.tbmm.gov.tr/d23/7/7-2887c-ek1.pdf>

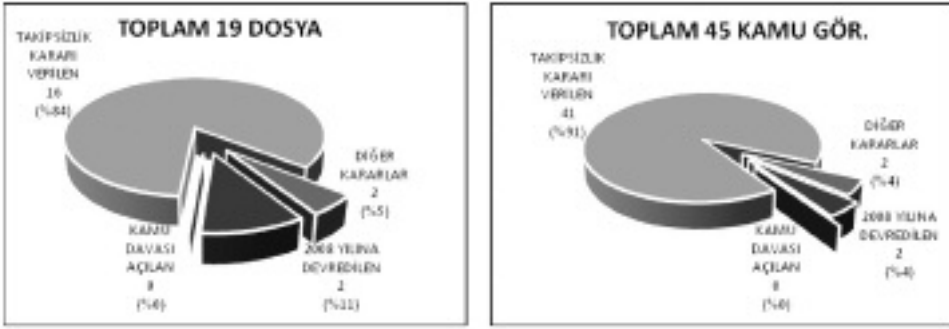
379 Önceki yıldan devredip 2006-2007 yıllarında işlem yapılan dosya bilgileri de değerlendirmelerde kullanılmıştır.

İşkence suçunun basit halini düzenleyen TCK m.94 ve neticesi itibari ile ağırlaştırılmış işkence suçunu (işkence sonucu ölüm meydana gelmiş olması hali hariç) düzenleyen TCK m.95/1-3 nedeniyle 2006 ve 2007 yıllarında açık bulunan toplam 1030 dosyada, toplam 1988 kamu görevlisi hakkında işlem yapılmıştır.

Dosyaların % 56'sını oluşturan 580 dosyada takipsizlik kararı verilmişken, hakkında takipsizlik kararı verilen "kamu görevlilerinin" sayısının 1078 olduğu ve hakkında işlem yapılan tüm kamu görevlilerinin % 54'ünü oluşturdukları görülmektedir.

Aynı suçlarla ilgili olarak iki yılda toplam 117 dosyada ve toplam 243 kamu görevlisi hakkında kamu davası açılmış, dosyaların sadece % 11'i mahkeme önüne taşınmış, kamu görevlilerinin de sadece % 12'si mahkeme önüne çıkarılabilmektedir.

### 2006 ve 2007 yıllarında TCK m.95/4 kapsamında işlem gören soruşturma dosyası ve faillerine ilişkin veriler



Adalet Bakanlığının verilerine göre işkence sonucu ölüm suçunu düzenleyen TCK m.95/4 gereğince 2006 ve 2007 yıllarında 19 dosyada soruşturma yürütülmüştür. 19 dosyanın **16'sı takipsizlik** kararı ile sonuçlanmıştır. Bunların, toplam dosya sayısına **oranı % 85**'dir.

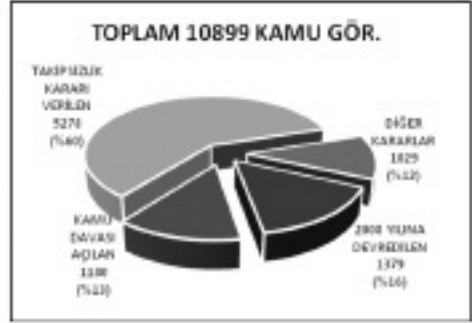
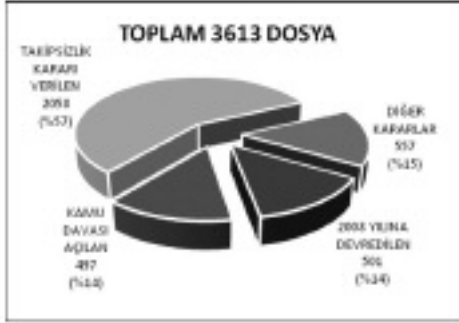
TCK m.95/4 ile ilgili verilere kamu görevlileri açısından bakıldığında 45 kişiden 41'i, yani **tüm şüphelilerin % 91'i hakkında takipsizlik kararı** verilmiş durumdadır.

TCK m.95/4 uyarınca açılan dava ve yargılanan kamu görevlisi bulunmamaktadır. Neredeyse tamamı sonuçlanmış olmasına rağmen yapılan soruşturmalar sonucunda, iki yıl içerisinde işkence nedeniyle ölüm sonucunu doğruran 19 olay hakkında kamu davası açılmamış olması dikkat çekicidir.

Bu verilere göre, TCK m.95/4 gereğince açılan 19 soruşturma dosyasında; 2005 yılından devreden dosyalarda 4, 2006 yılı içinde açılan dosyalarda 13 ve 2007 yılı içinde açılarda 7 olmak üzere toplam 24 mağdur/maktül bulunmaktadır. 2008 yılına devreden dersdest dosyalardaki mağdur/maktül sayısı ise 2 olarak açıklanmıştır.

Takipsizlik kararı ile sonuçlanan 16 dosyadaki mağdur/maktül sayısı Bakanlıkça ayrıca açıklanmamış olmakla birlikte, % 84'lük oran üzerinden bu sayısının tahminen 20 olduğu söylenebilir. Bir başka ifade ile, işkence sonucu öldüğünden kuşku duyulan **20 kişinin ölümünden sorumlu olanların hiçbirisi mahkeme önüne çıkarılmamıştır.**

## 2006 ve 2007 yıllarında TCK m.256 kapsamında işlem gören soruşturma dosyası ve faillerine ilişkin veriler



İşkence başlığı altında düzenlenmemekle birlikte sonuçları itibari ile işkence ve diğer kötü muamele fiilleri içerisinde değerlendirilen zor kullanmaya ilişkin sınırın aşılması suçu (TCK m. 256) gerek dosya sayısı, gerekse şüpheli konumundaki kamu görevlilerinin sayısı itibariyle, değerlendirmeye alınan kategoriler içinde, en fazla soruşturma konusu yapılan suç durumundadır.

TCK m. 256 uyarınca 2006 ve 2007 yıllarında işlem yapılan dosya sayısı toplam 3613'tür. Dosyaların % 57'lik bölümünü oluşturan, **2058 dosya takipsizlikle** sonuçlanmıştır. Madde kapsamında adli soruşturma geçiren toplam 8866 kamu görevlisinin de **5278'i, yani % 60'ı hakkında takipsizlik** kararı verilmiştir.

256. maddeye istinaden **kamu davası açılan** dosya sayısı ise 497 olup, tüm dosyaların yalnızca % 14'dür. Bu madde nedeniyle hakkında kamu davası açılan **1180 kamu görevlisi, hakkında soruşturma açılanların % 13'ünü** oluşturmaktadır.

Yukarıda yer alan verilere göre işkence ve zor kullanmaya ilişkin sınırın aşılması suçlarından dolayı **kamu davası açılan dosyaların 2006-2007 yılları genel oranı %13 ve bu sayı kendi içinde;**

- işkence suçları yönünden % 11,
- işkence sonucu ölüm suçu yönünden % 0
- zor kullanma sınırının aşılması ile ilgili dosyalarda % 14'tür.

Adalet Bakanlığının resmi web sitesinde C. savcılıklarınca tüm suçlar için yürütülen soruşturmaların sonuçları yer almaktadır<sup>380</sup>. Buna göre **tüm suçlar yönünden** kamu dava açma ile sonuçlanan soruşturma oranı;

- 2006 yılı için % 30,1
- 2007 yılı için ise % 33,6'dır.

İki yılın genel ortalaması olan % 31,85'lik oranla karşılaştırıldığında, işkence ve uluslararası hukukça işkence ya da diğer kötü muamele fiilleri arasında sayılan zor kullanma sınırının aşılmasına ilişkin kamu davası açma oranının, genel ortalamasının çok altında kaldığı görülmektedir.

380 www.adli-sicil.gov.tr/istatistik\_2007/cumhuriyet%20savcılıkları/cumsav3-2007.pdf

İki yıllık veriler ışığında ortaya çıkan bu resim oldukça karamsar bir çerçeve çizmektedir. Hükümetin “**ışkenceye sıfır tolerans**” sloganı aslında, dosyalar daha henüz soruşturma aşamasında iken bile “**ışkenceye %87 tolerans**”a dönüşmüş durumdadır ki; yargılama aşamasında verilen beraat, zamanaşımı nedeniyle düşme, erteleme veya paraya çevirme kararları dikkate alındığında bu oranın artacağına kuşku yoktur.

Adalet Bakanlığı verileri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi verileri ile birlikte değerlendirildiğinde, hukuksal süreçlerdeki temel sorunun soruşturma aşaması olduğu ve gerek insan hakları mekanizmaların içtihatlarına, gerekse iç hukuktaki usul kurallarına uyulmasının, ışkence ve diğer kötü muamele fiillerinin faillerinin cezasızlığının temel nedenlerinden biri olduğunu söylemek mümkündür.

Ancak her iki kaynaktan alınan veriler, soruşturmanın teknik anlamda etkin biçimde yapılmadığını ortaya koymakta ise de aslında bir soruşturmanın etkin olmasının sadece “teknik” bir soruna indirgenmesi mümkün değildir. Asıl sorun, soruşturmanın etkin yapılmamasının arkasındaki görünür olmayan nedenlerle, yani ışkence davalarına yaklaşımla ilgilidir. Bu, her bir ışkence davasının kendi özelinde incelenebilecek olmakla birlikte öncelikle genel yaklaşıma bakmak, sorunun gerçek kaynağını ortaya çıkarmak bakımından büyük bir önem taşımaktadır. ışkenceye yaklaşım sorunu, başta soruşturma ve yargılama makamlarının tarafsızlığı ve bağımsızlığıyla bağlantılı olmakla birlikte, ışkencenin önlenememesinde soruna muhatap olan herkesin sorumluluğu olduğunu kabul etmek gerekir. Yasama yetkisini kullananlarca yapılan aşağıdaki tespitlere katılmamak mümkün değildir.<sup>381</sup> Anlaşılmaz olan sorunu tespitteki başarının, sorunun çözümüne yansımıyor olmasıdır.

*Şüphesiz hak ihlallerine uğrayanların fazla olması, kolluk kuvvetlerinin uygulamalarını denetleme bağlamında kendilerine önemli kanuni yetkiler tanınmış olan hükümetlerin, mülki amirlerin, savcılarının, hâkimlerin, doktorların ve müdafilerin görevlerini tam yapmaması ile doğrudan ilişkilidir. Zira bu makam ve kişilerin hak ihlallerine karşı takındıkları genel tutumları çok önemlidir.*

## A. TARAFSIZ SORUŞTURMA

ışkence mağdurlarının devlete, kamu düzenine veya güvenliğine karşı bir tehdit oluşturdukları söylemi, ışkenceyi hem kamuoyu, hem de ışkenceyle mücadele etme görevi bulunun kişi ve kurumlar nezdinde meşrulaştırmaktadır. Bireyle devlet, bireyle toplum yararları karşı karşıya geldiğinde, devletin veya kamu yararının korunması gerektiği görüşü ışkence faillerinin dokunulmazlık ve cezasızlık zırhını güçlendirmekte, kalınlaştırmaktadır.

Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etütler Vakfı tarafından 2007 yılında yayınlanan “Yargıda Algı ve Zihniyet Kalıpları Raporu”, hâkim ve savcılarla yapılan görüşmelerden çıkarılan sonuçlar ve görüşmelerin içeriği ışkence suçları yönünden de tarafsızlık sorununa dair önemli ipuçları taşımaktadır.

<sup>381</sup> TBMM Engin Çeber Raporu, s.77

**Soruşturma ve yargı makamlarının algıları ve yaklaşımları işkence vakalarında gerçeğe ulaşmanın önünde ciddi bir engel oluşturmaktadır.**

•İnsan haklarına bakış konusu, işkenceyle mücadelede yargının fonksiyonunu belirleyecek önemli bir kriterdir. Raporda yer alan görüşme notları, yargı mensuplarının devletin insan hakları mücadelesine yönelik yanıtıcı ve politik söyleminin neredeyse aynısıdır.

*“Yani o da insan hakkının tanımından çıkarılmalı. Yani bugünkü Türkiye’de kim söylese bence devlete tehdit oluşturuyor. Çünkü insan hakkı tanımı günümüzde belli etnik grupların hakları anlaşılıyor. Yoksa sıradan, dürüst, devletine bağlı, topluma bağlı yani medeni insan, uygar insan dediğimiz insanın hakları tam anlamıyla tanımlanmıyor, ya da onu kastedemiyor. Türkiye’de sadece belli grupların hakları ihlal ediliyor. Avrupa onların haklarını niye ihlal ediyorsunuz deyip duruyor. Sıradan buradaki bir memurun, bir köylünün, bir işçinin hiç mi hak ihlali yok, onun önünde hiç mi demokratik insan haklarını, özgürlüklerini engelleyen bir şey yok? Bence oradaki tanım da çok önemli, yani demek istediğim o. İnsanı insan yapan değerler her şeyin üzerinde. Devlet de neticede insan için var. Ama o insanı önce bir tanımlamak lazım. O insan bir taraftan hakları olan, bir taraftan ödevleri olan insan. İşine geldiği şekilde ödevlerini algılayıp, ama haklarda hiçbir sınır tanımayan, onu sonsuz şekilde isteyen bir şey olamaz.”*

•Kendisine “devlet görevlilerinin işlediği veya devlet adına işlendiği söylenen suçlara” karşı yaklaşımı sorulan yargı mensuplarının verdiği yanıtlar, işkenceyi meşrulaştırma ve faillerini koruma eğiliminin, soruşturma ve kovuşturma makamlarında da var olduğunu düşündürmektedir.

*“Yani kastedilen özel durum devlet normal vatandaş suç işlediğinde farklı bir anlayışla şey yapıyor, devlet adına suç işlediğini söyleyen insanlara karşı farklı yaklaşıyor. O zaman şunu sormak lazım: Devlet adına suç işlediği söylenen kişiyi o suça iten ne? Ya da kendisi mi karar verebiliyor? Yani genelde memur x, memur y, memur z mi yapıyor? Memur Z’nin içinde ne kadar kötülük var yaptığı işte? Onu da sorgulamak lazım. Bu, artık dünyanın her tarafında var olan bir şey. Devletler, kendi devletin ve toplumunun menfaati için bazı şeyler yapıyorlar, yani bu bir realite. Ama şu var, yani sırf kamu görevlisi suç işledi diye, ben biraz şey açısından bakmak gerektiğini düşünüyorum, yani somut soru bir kamu görevlisinin yargılanmasıyla bir vatandaşın yargılanmasıysa, kamu görevlisi bu eylemi yaparken ne adına hareket ediyor? Kamu görevlisi trafik polisi olabilir, vatandaşın rüşvet alıyor olabilir. O vatandaşa göre bence daha ağır cezalandırılması gereken bir şey. Hem bir kötülük içinde hem devleti de kirletiyor. Ama bir gurup gösterici düşünün, ... yaşanan işte bilmem nelerin posterleri, devlete başkaldıran bir anlayışı savunan, esnafın camlarını kırarak, bilmem ne yaparak, polis panzerlerine saldırarak, zaman zaman yaralayarak bir de, polisin birisi havaya ateş edecekken mermi sekmiş gitmiş oradaki bir göstericiye çarpmış, ne kadar kötülük var içinde?”*

•“Güvenlik mi? Adalet mi?” çelişkinin adaletten sorumlu olanların düşünce kalıplarını nasıl etkilediği de görüşme içeriklerine yansımaktadır.

*“Öyle bir eğilim var, çünkü biz çocukluktan beri hep devletçi yetiştiririz, vatan, millet, Sakarya falan diye. Hep o şuur altımıza yerleşir. En ufak bir şeyde refleksimiz, aman devlet elden gidiyor veya devletin malı gidiyor falan diye. O arada da ne oluyor? Hakka ve hukuka bakmıyorsunuz. ...Yani güzel bir şey, fakat devletçi yetiştiriyoruz, bireyi merkeze koyamıyoruz...”*

Yargı mensupları ile yapılan görüşmelerden aktarılan algı kalıplarının ve düşünce ya-



pılarının savcı ve hâkimlerin tarafsızlığına etkisini, kamu görevlilerince işlenen işken-  
ce ve öldürme suçlarına ilişkin takipsizlik ve beraat kararlarının gerekçelerinden iz-  
lemek mümkün olabilmektedir.

18 yaşından küçük C.E.'nin anlatımlarına göre;<sup>382</sup>

Mağdur 2008 yılı Newroz kutlamaları sırasında yaşanan olaylara karıştığı iddiasıyla  
4-5 katlı bir binanın en üst katında yakalanmıştır. Cop, yumruk ve tekmeyle dövüle-  
rek merdivenlerden indirildiği için iki kez tehlikeli biçimde yuvarlanmıştır. Sokağa

çıkartıldığında polislerden biri “Bize bu sağ  
elinle taş atıyordun, kırayım da bir daha  
polis-asker taşıyama!” diyerek sağ kolu-  
nu arkadan çok şiddetli biçimde bükmüş-  
tür. Daha sonra elleri arkadan kelepçelen-  
miş; yüzü, kafası ve kulağına yumrukla  
vurulmuş, tekmedenmiştir. Hakaret ve  
küfre maruz kalmıştır. Bindirildiği araba-  
da, kolunu kırmaya çalışan polis, silahının  
emniyetini açarak, kafasına dayamış ve şî-  
kâyetçi olursa öldürmekle tehdit etmiştir.  
Gözetilene alınırken kolunun kırılacak şe-  
kilde bükülmesi, basın mensupları tarafın-  
dan görüntülenmiş, ulusal boyutta haber  
olmuştur. Gözetilene kaldığı üç gün bo-  
yunca kendisine, gözetilene diğer altı  
çocuğa yönelik, fiziksel ve sözel şiddet de-  
vam etmiştir Gözetilene süresi boyunca kolu-  
nu kırmaya çalışan polis sık sık yanına ge-  
lerek “Şikâyetçi olduğun takdirde peşini bı-  
rakmam, seni öldürürüm!” biçiminde teh-  
ditlerde bulunmuş, bir defasında çok ağır-  
lı olan sağ kolundan şiddetle çekiştirerek  
canını yakmış, ayrıca sağ el parmak arala-  
rı arasına üç mermi çekirdeği koyarak eli-  
ni sert bir şekilde sıkmıştır. Mağdur gözetil-  
ene kaldığı süre boyunca kimse ile gö-  
rüştürülmemiş, yemek, su ve tuvalet ihti-  
yaçları ya hiç ya da tam olarak karşılanma-  
mıştır. Üçüncü günün sonunda çıkarıldığı  
savcılıktan serbest bırakılan mağdura,  
doktora götürülmesi sırasında kolunu kır-  
maya çalışan polis nezaret ederek, tehdit-  
lerini sürdürmüştür. Eve döndükten 1 ge-  
ce sonra aynı polisler tarafından bu kez tu-  
tuklama kararı gereği evden alınarak, (...)  
Cezaevi'ne konulmuştur. Cezaevine giriş-  
te bu kez askerlerin darp, tehdit ve haka-  
retine maruz kaldığını beyan eden mağ-



382 08.05.2008 tarihli TİHV Tıbbi Değerlendirme Raporunun Olay Öyküsü Bölümünden

dur, bir hafta sonra (...) Cezaevi'ne sevk edildiğini, sevk sırasında ve yeni gittiği cezaevinde kaldığı süre boyunca fiziksel şiddete, küfür, hakaret ve tehditlere maruz kaldığını beyan etmektedir.

Mağdur vekili tarafından takipsizlik kararına itiraz dilekçesi ekinde sunulan TIHV İzmir Temsilciliği'nin 08.05.2008 tarihli Tıbbi Değerlendirme Raporuna göre; 21.04.2008'den 30.04.2008'e kadar, mağdurun muayene ve tedavisine yönelik yapılan işlemler sonucunda;

- **Klinik muayenesi ve MR tetkikinin değerlendirilmesinde sağ dirsekte travmaya bağlı effüzyon geliştiği,**
- **Akut post travmatik stres bozukluğu (travma sonrası stres bozukluğu) ve majör depresyon, tek nöbet, melankolili tanıları konulduğu,**
- **Mağdurun yakalama sırasında ve devam eden süreçte yaşadıklarına ilişkin anlamları ile konan tanılarının uyumlu olduğu değerlendirilmiştir.**

Olayla ilgili yapılan şikâyet üzerine, polis memurları hakkında yürütülen soruşturmada takipsizlik kararı verilmiştir. Bununla birlikte, takipsizlik kararında<sup>383</sup> C.E.'ye isnat edilen suçlarla ilgili olarak soruşturmanın devam ettiği belirtilmiş, ancak masumiyet karinesine aykırı olarak mağdurun atılı suçları işlediğine ilişkin kesin ifadelere yer verilmiş olması dikkat çekicidir:

“...Olay tarihinde güvenlik güçleri tarafından yapılan müdahaleler ve önleyici kolluk görevleri sırasında ilimiz (...) 300-400 kişilik gruplar halinde (...) terör örgütü lehine yasa dışı slogan atıldığı, örgütün ele başına yönelik övücü sloganların kullanıldığı, ana yolun üzerine barikat kurulduğu ve ateş yakıldığıının bildirilmesi (...) bu eylemlere bizzat iştirak halinde olan C.E.nin da bulunduğu ve güvenlik görevlilerince yakalanarak göz altına alındığı (...) C.E. ve arkadaşları hakkında terör faaliyeti çerçevesinde 22.03.2008 tarihinde yaptıkları eylemler dolayısıyla soruşturmaların devam ettiği...”

Basına yansıyan görüntülerde; kendisinden daha güçlü, silah ve cop gibi araçlara sahip üç polis memuru tarafından yakalandığı ve herhangi bir direnç gösterme ya da kaçma imkânı olmadığı anlaşılan ve henüz 18 yaşından küçük olan mağdurun kolunun, omzuna degecek kadar bükülmesini güç kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması kapsamında dahi değerlendirilmemesi, II. Bölümde yer alan suçun unsurları hakkındaki bilgilerle ciddi şekilde çelişmektedir.

“(...) C.E.'nin yakalandığı ana ait CD görüntülerinin incelendiği (...) yakalama sırasında iddia edildiği şekilde aşırı güç kullanıldığıının görülmediği, şahsa karşı herhangi bir cebir ve şiddet kullanma hususunun görülmediği(...)”

Takipsizlik kararında tartışılan iddianın, basına yansıyan ve kamuoyunda tepkiye neden olan yakalama anı görüntülerindeki şiddetle sınırlı kaldığı, yakalama sonrasında yaşananlara ilişkin iddiaların iddianamede yer almadığı görülmektedir. Kararda irdelenen tek delil olan C.E.'nin yakalama anına ilişkin görüntüler hakkında hukuki değerlendirme yapmak yerine, görüntülerin basında yer almış olması devlete ve kamu görevlilerine karşı hasmane bir tutum olarak değerlendirilmiş, mağdur ve hatta ailesinin niyeti sorgulanmıştır.

383 Hakkari Cumhuriyet Başsavcılığı- 2008/544 Soruşturma, 2008/417 Karar sayılı 17.03.2008

*(...)tüm bu iddiaların yapılan yasadışı eylem ve söylemleri gölgede bırakarak terör örgütü lehine propaganda amacı taşıdığı, olayın provoke edildiği, çeşitli görsel ve işitsel basın ve yayın kuruluşlarına kimliği belirsiz kişilerce servis yapılarak infial uyandırma amacı güttüğü ve bu konuda da kısmen başarılı olduğu, bunun sonucu olarak birçok güvenlik görevlisinin hedef gösterildiği çeşitli basın ve yayın kuruluşlarına yayınlanan mesajlarda hedef alındığı, mağdurun ailesinin de bu olayı kullanarak kendisini mağdur gösterdiği ve bu olayın bir ranta dönüştürdüğü, bununla ilgili olarak Cumhuriyet Başsavcılığımızca çok sayıda soruşturmanın yürütüldüğü, yukarıda açıklandığı üzere mağdur C.E'nin yakalanması anına ilişkin iddiaların gerçeği yansıtmadığı, güvenlik güçlerinin kanunlar çerçevesinde görevini yaptığı ve olay tarihinde terör örgütü lehine eylemlerde bulunan tüm diğer şahıslar gibi yakalandığı, (...) olayın çekilen görüntü üzerine terör örgütü güdümünde yayın yapan basın yayın kuruluşları tarafından provoke edilerek büyütülmesi üzerine böyle bir hal aldığı ve olayın gerçeği araştırılmadan bu kuruluşların istediği amaca hizmet edecek şekilde bazı yasal gerçek ve tüzel kişilerin de bu tuzağa düştüğü, bu şekilde gerçek dışı haber ve yayınların tüm ülkede yayımlandığı(...) anlaşıldığından(...)"*

Örneklenen soruşturmanın arka planının da gösterdiği gibi, savcı ve hâkimlerin devlet, adalet, suç ve cezanın kökenlerine dair algıları, insan hakları, toplumsal öncelikler, yargının fonksiyonu konularındaki kişisel görüşleri, tarafsızlığı etkileyen görünmez faktörler olarak işkencenin cezasız kalmasına hizmet etmeyi sürdürmektedir.

## B. BAĞIMSIZ SORUŞTURMA

Soruşturmayı yürütenlerin bağımsız olmasından kasıt, işkence faili ile soruşturmayı yürüten kişi veya birimler arasında kişisel, mesleki veya hiyerarşik ilişki bulunmamasıdır. Bağımsızlık kavramı daha çok kurumsal ve yapısal bağ üzerinden tanımlanır. İşkence suçunun, doğrudan failin bağlı bulunduğu kurum ya da içinde görev yaptığı birim tarafından araştırılıyor olması halinde bağımsızlık koşulunun gerçekleştiğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. İşkence iddialarını araştıran kişi veya kurum, işkence yapıldığı iddia edilen kurumdan ve diğer devlet birimlerinden ayrık, özerk bir yapıya sahip olmalıdır.

Tarafsızlık ise soruşturmacıların önyargıdan uzak bir şekilde hareket edebilmesini, hakkaniyete uygun karar verebilmesini ifade eder. Bu nedenle öznelidir ve soruşturma sürecinin en önemli olmasa bile anahtar unsurlarından birisi olarak tanımlanmaktadır. Her iki unsur da farklı tanımlar içermekle birlikte birbirleriyle yakından bağlantılıdır. Örneğin bağımsızlığın olmadığı durumlarda, genel olarak tarafsızlığın varlığından bahsedebilmek güçleşmektedir.<sup>384</sup> Yargı bağımsızlığını sağlamak için gerekli yasal ve kurumsal önlemler alındığında dahi doğrudan tarafsızlığın sağlandığından bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan soruşturma usulüne ilişkin genel kurallar işkence suçlarının ortaya çıkarılmasında ciddi sorunlar yaratmaktadır. Adli soruşturma

384 Mithat Sancar, Eylem Ümit; Yargıda Algı ve Zihniyet Kalıpları Raporu, Kasım 2007 [http://www.tesev.org.tr/UD\\_OBJS/PDF/DEMP/YargıdaAlgıveZihniyetKalıplarıRaporu.pdf](http://www.tesev.org.tr/UD_OBJS/PDF/DEMP/YargıdaAlgıveZihniyetKalıplarıRaporu.pdf)

"Yargının tarafsızlığını mümkün olan en geniş ölçüde temin edebilmenin çeşitli şartları ve yolları vardır. Bunlar arasında, yargının bağımsızlığını güvence altına alan hukuksal düzenlemeler ve kurumsal tedbirler en önemli yeri işgal eder. Bu açıdan, yargının bağımsızlığı tarafsızlığının, asgari dışsal teminatını oluşturur. Ancak bağımsızlık, tek başına tarafsızlığın yeter şartı olmadığı gibi, tarafsızlığı kendiliğinden sağlamaz."

maları yürütme görevi kural olarak savcılara verilmiş olmakla birlikte CMK m.160/2 ve m.161/1, savcılarının bu görevi bizzat veya emrindeki adli kolluk görevlileri marifeti ile kullanacağını düzenlemektedir.

Bu maddeler temelinde bir Adli Kolluk Kanunu tasarısı hazırlanarak, 5271 sayılı CMK, 5237 sayılı TCK ve 5275 sayılı Infaz Kanunu ile eş zamanlı olarak 2005 yılında yürürlüğe girmesi planlanmış olmasına karşın bu plandan vazgeçilmesi nedeniyle, adli kolluk görevi halen polis, jandarma, gümrük muhafaza memurları ve sahil güvenlik komutanlığı birimlerince yerine getirilmektedir.<sup>385</sup>

Bu dört kategorideki kamu görevlilerinin aynı zamanda suçu önleme ve güvenlik sağlama görevleri de bulunmaktadır. Tamamı zor kullanma yetkisi veren bu görevler nedeniyle işkence suçunu işleme potansiyeli en yüksek olan kamu görevlileri konumdadırlar. Bundan dolayı adliyeye yansıyan işkence yakınmalarının çok büyük bir bölümü adli kolluk görevleri de bulunan bu kategorilerdeki kamu görevlileri hakkındadır.

Adalet Bakanlığı verilerine göre;

2006 yılı içinde TCK 94, 95 ve 256. maddeler kapsamındaki suçlar nedeniyle başlatılan 1965 soruşturmada, toplam 4443 kamu görevlisi şüpheli konumunda bulunmaktadır. İşkence ve işkence sonucu ölüm nedeniyle açılan toplam 472 soruşturmada şüpheli konumunda olan 890 kamu görevlisinin 837'si polis veya jandarmadır.

Buna göre adli kolluk görevi de ifa eden polis ve jandarmanın işkence suçu şüpheli-leri içinde yaklaşık %94'lük bir dilimi oluşturdukları görülmektedir.

Zor kullanma sınırının aşılması suçu yönünden ise polis ve jandarmanın, tüm şüphelilere oranının %95,5 olduğu anlaşılmaktadır.

2006 YILI İÇİNDE AÇILAN SORUŞTURMA BİLGİLERİ					
SUÇ TÜRÜ	TOPLAM SORUŞTURMA SAYISI	ŞÜPHELİLERİN GÖREVLİLERİNE GÖRE DAĞILIMI			TOPLAM ŞÜPHELİ SAYISI
		POLİS	JANDARMA	DiĞER KAMU GÖR.	
TCK 94, 95/1-3	460	691	108	53	852
TCK 95/4	12	38	0	0	38
TCK 256	1493	3297	98	155	3553
TOPLAM	1965	4026	206	208	4443

Yine 2007 yılında, işkence ve işkence sonucu ölüm suçu nedeniyle açılan 271 soruşturma nedeniyle şüpheli konumunda olan 578 kamu görevlisinin 545'si polis veya jandarmadır. Belirtilen suçlar nedeniyle soruşturulmakta olanların %94'ü, aynı zamanda adli görevleri nedeniyle soruşturmayı yürüten kamu görevlisi konumdadırlar.

2007 yılı verilerine göre zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu yönünden ise bu oran %95 civarındadır.

2007 YILI İÇİNDE AÇILAN SORUŞTURMA BİLGİLERİ					
SUÇ TÜRÜ	TOPLAM SORUŞTURMA SAYISI	ŞÜPHELİLERİN GÖREVLİLERİNE GÖRE DAĞILIMI			TOPLAM ŞÜPHELİ SAYISI
		POLİS	JANDARMA	DiĞER KAMU GÖR.	
TCK 94,95/1-3	267	487	85	32	574
TCK 95/4	4	2	1	1	4
TCK 256	1630	3971	101	231	4303
TOPLAM	1901	4460	157	264	4881

Sayıları tam olarak bilinmemekle birlikte, Adalet Bakanlığı'nın "diğer kamu görevlisi" olarak kategorize ettiği grup içerisinde, gümrük muhafaza memuru veya sahil gü-

<sup>385</sup> CMK m.164, PVSK Ek m.6, YİAGAY m.3

venlik mensupları gibi başkaca adli görev ifa edenlerin olduğu düşündüğünde bu oranlar daha da artacaktır.

Bakanlık verilerinin de ortaya koyduğu üzere, işkence suçlarının neredeyse tümünün, aslında soruşturmaları yürütecek birim olan adli kollukça işlenmiş olması ciddi bir handikap oluşturmaktadır.

Kamu görevlileri tarafından işlenen suçların (özellikle işkence ve öldürme suçlarının) genel soruşturma kuralları gereğince, adli görevi de bulunan kolluk görevlileri tarafından soruşturulması, yukarıdaki veriler ışığında, neredeyse her olayda “soruşturmanın bağımsız ve tarafsız kurumlar” eliyle yürütülmesi kuralını ihlal etmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, devlet görevlilerince hukuka aykırı bir şekilde cinayet işlediğinin iddia edildiği bir soruşturmanın etkin olabilmesi için soruşturmadan sorumlu olanlar ve soruşturmayı yürütenlerin olayda adı geçenlerden bağımsız olmalarının genel bir zorunluluk olduğunu belirtmektedir.<sup>386</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **Aktaş/Türkiye Kararında**<sup>387</sup>, Yakup Aktaş'ın Mardin Jandarma Komutanlığı Sorgu Merkezinde 25 Kasım 1990 tarihinde, işkence sonucu öldüğüne ilişkin iddia üzerine iç hukukta yapılan soruşturmanın etkin olup olmadığını incelerken bu konuya özellikle dikkat çekmiştir.

“Mahkeme, ulusal makamların 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 derhal teftişe tabi tutulduğunu beyan etmelerine karşın soruşturmayı yürüten kişilerin aslında jandarmanın kendisi olduğunu öncelikle tespit etmiştir. Keza jandarma personelinden üçü; Kıdemli Binbaşı Haşim Üstünel, Başçavuş Yusuf Karakoç ve Kıdemli Çavuş Ali Yavaş gerçekte Mardin Jandarma Komutanlığı'nın istihbarat birimine bağlıdır. Bu nedenle Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesinde belirtilen amaçlar çerçevesinde, söz konusu soruşturmanın etkin bir soruşturma olarak değerlendirilemeyeceği kanısına varmıştır.”

Soruşturmanın, işkence yapıldığı iddia edilen birim tarafından yürütülmesi, soruşturmaların etkisizleştiği gerçeğinin yanısıra bir başka sorunu daha ortaya çıkarmaktadır. İster adli, ister idari görev sırasında meydana gelmiş olsun işkence ya da diğer kötü muamele niteliğindeki suçları işleyen kolluk görevlilerinin, bu suçu ya da izlerini gizlemeye ve karşı suç uydurma konusunda ellerini güçlenmektedir. Karşı suç uydurma, II. Bölümde de ele alındığı üzere, şikâyetçi olmaması konusunda mağdura karşı bir tehdit aracı olarak da sık sık kullanılmaktadır.

Mağdur M.R. bir avukattır. Gözaltında bulunan müvekkilleri ile görüşmeye gittiğinde müvekkilleriyle görüştürülmediğini, darp edildiğini, hakarete uğradığını, suç niteliğinde bir davranışı olmadığı halde yakalama ve gözaltı işlemine maruz kaldığını beyan etmektedir.

M.R.'nin müvekkilleriyle görüşmesini engellediğini, kendisine şiddet uyguladığını, yakalama talimatı verdiğini ve emniyet birimine gelen avukatları ile görüşmesine engel olduğunu iddia ettiği kolluk amiri, bir **karşı iddia olarak**, aslında

386 Finucane/Birleşik Krallık, Başvuru no: 29178/95, 1 Temmuz 2003 , para.68

387 Aktaş/Türkiye, Başvuru no:24351/94, 24 Nisan 2003 , para.246, 248

M.R.'nin kendisine hakaret ettiğini, görevini yaptırmamak için direndiğini ileri sürmektedir.

Olay tutanağı bu amir ve üç polis memuru tarafından düzenlenmiştir. Tutanağta imzası bulunan polis memurları, amirin emri doğrultusunda yakalama işlemini yapan, yakalama sırasında ve sonrasında M.R.'yi darp ettikleri ileri sürülen polis memurlarıdır.

M.R.'ye yüklenen suç isnadı ile yakalandığı bilgisini savcılığa ileten ve talimatını yazılı hale getiren de aynı amirdir.

Mağdurun avukatlarının aktarımlarına göre; işlemleri yapan amir savcılığa M.R.'in avukat olduğunu ve karakola müvekkilliği ile görüşmek üzere gittiğini bildirmediğinden, savcı önce gözaltına alınması ve ertesi gün mevcutlu olarak adliye sevk edilmesine ilişkin talimat vermiştir. Avukatların savcıyla görüşmesi ve olayın bir avukatlık görevinin ifası sırasında gerçekleştiğini belirtmeleri üzerine gözaltı kararını geri almıştır. Yine mağdur avukatlarının düzenlemiş oldukları tutanağa göre; M.R.'nin dinlenmesinden önce tutulmakta olduğu karakola gelen il ve ilçe emniyet müdürlüğünde görevli iki üst düzey amir, "avukatlara şikâyetçi olmalarına gerek olmadığını, aksi takdirde arkadaşlarının da şikâyetleri bulunduğunu, karşılıklı olarak şikâyette bulunmamalarının daha iyi olacağını" beyan etmişlerdir. Bu öneri kabul edilmeyerek görüşmeye son verilmesinin ardından, M.R. ifadesinin alınmasına geçilmiştir.

Sonuçta amir ve polis memurlarının şikâyeti üzerine M.R. hakkında **görevi yaptırmamak için direnme ve hakaret** suçlamasıyla dava açılırken, tutanak imzacıları hakkında M.R.'yi zor kullanma sınırını aşmak sureti ile darp ettikleri iddiası dava açılmıştır.

Kamu görevlileri hakkındaki dava, adli rapor ve tanık anlatımlarına dayanmakta iken, M.R. hakkındaki dava **müşteki polisler tarafından hazırlanan olay ve yakalama tutanağına dayanmaktadır.**

Daha önce de belirtildiği üzere bağımsızlık, şekilsel olarak soruşturma işlemini yürütenlerin işkence failinden ya da bağlı bulunduğu kurumdan tamamen bağımsız olması ifade eder. İlk bakışta yalnızca bir ya da birkaç kamu görevlisinin katıldığı bir suç nedeniyle, bağlı bulunduğu kurumdaki herkesin tarafsız bir soruşturma yürütemeyeceğini kabul etmek abartı gibi gelebilir. Oysa işkence suçu sonuçları itibari ile komplice bir suçtur ve farklı suçların da işlenmesi sonucunu doğurmaktadır. İster önleme görevi sırasında, isterse adli görev sırasında meydana gelmiş olsun, işkencenin yapılmasına karışmayan diğer görevliler yönünden de görevi ihmal, suçu bildirmeme gibi başkaca suçların işlenmesi halini yaratmaktadır.

Yukarıda verilen örnek olayda;

M.R. kendisi hakkında, görevlilerce önce "sarhoş olduğu ve saldırgan davrandığına" dair bir tutanak tutulduğunu, gerçeğe aykırı olduğu için imzalamadığı bu tutanağın, alkol raporunun alınmasından ve hiç alkol almadığının ortaya çıkmasından sonra imha edilerek, başka bir tutanak düzenlendiğini, dolayısı ile **gerçeğe aykırı tutanak düzenleyen ve sonradan resmi belge niteliği kazanmış tutanağı imha eden polislerin ayrıca suç delillerini değiştirme suçunu da işlediklerini iddia etmektedir.**

Karakolda bir kamu görevlisi tarafından işkence veya başkaca kötü muamele niteliğinde bir eylemin gerçekleştirilmesi halinde, eyleme katılmasalar bile diğer kamu görevlileri de suçtan haberdar olurlar. Bu durumda, öncelikle önleme görevi nedeniyle, işkencenin yapılmasına ya da devam etmesine engel olmaları, işkence yaparı yakalamaları, delillerin korunması amacıyla tedbir almaları ve derhal savcıya bilgi vermeleri gerekmektedir.<sup>388</sup> Suçun işlenmesi sırasında önleme görevini yerine getirmeyen görevliler yönünden, II. Bölümde “Manevi Unsur” başlığı altında incelendiği gibi, ihmal sureti ile işkence suçu sorumluluğu oluşacaktır. İşkence niteliğindeki eylem tamamlandıktan sonra suçun işlendiğini öğrenen ya da suçun işlendiğine dair belirtileri fark eden görevliler ise durumu savcıya bildirme görevini yerine getirmemişlerse; suçu bildirmeme (TCK m.278); yakalama ve delillerin kaybolmasını engelleyici tedbirleri almamışlarsa, görevi kötüye kullanma (TCK m.257) suçları kapsamında sorumlu olacaklardır. Özellikle denetim görevi bulunan amir konumundakilerin, açık ya da zımnî muvafakatlerinin olduğu durumlarda işkence suçuna iştirak ettikleri düşünüldüğünde, sorumluluk alanının genişliği daha iyi anlaşılacaktır.

Sorumluluk alanının geniş olması kollukta suçun ve failinin ortaya çıkarılmasına karşı bir reflekse dönüşmekte ve kolluk tarafından yürütülen işkence soruşturmalarının sonuç alınamaz olmasının önemli bir nedenini oluşturmaktadır.

Ülkemizde işkencenin yaygın ve sistematik olduğu gerçeğini kabul lenmemeye dönük yerleşmiş bir tutum ve söylem mevcuttur. İşkence iddiaları karşısında, en yetkili ağızlardan duymaya alıştığımız “münferit bir olay” açıklamasının, bu iddialarla ilgili soruşturmalara yürütenlerce nasıl anlaşılacağını tahmin etmek zor değildir. İşkenceden sorumlu olan kurumlarda hiyerarşik yapının her kademesinde, işkenceyi yok sayma, en azından sistemin izin verdiği yaygın bir suç olduğunu gözlerden ve kayıtlardan uzak tutma refleksi görülmektedir. Bu nedenle doğrudan işkence failinin soruşturma işlemlerine katılıp katılmadığına bakılmaksızın, soruşturmacılar ile fail arasında hiyerarşik, organik, kişisel veya mesleki ilişki bulunması halinde bağımsız soruşturma şartı baştan zedelemektedir.

**Soruşturmacıyla işkence faili arasında “organik, hiyerarşik, mesleki veya kişisel” bir ilişkisi bulunması halinde soruşturmanın bağımsız olarak yürütüldüğünden bahsedilemez.**

Bununla birlikte uluslararası mekanizmaların Türkiye ile ilgili vermiş oldukları kararlar ve düzenlenen raporlardaki temel kaygı konusu, işkence vakalarını soruşturmak üzere oluşturulmuş bağımsız bir soruşturma merciinin bulunmamasıdır.

### C. RESEN SORUŞTURMA

İnsan hakları hukukuna göre, bir işkence veya kötü muamele iddiasının dile getirilmesi veya bu yönde bir bilginin herhangi bir şekilde soruşturma makamlarına ulaşması durumunda, taraf devletler derhal tarafsız bir soruşturma başlatmalıdır. Bir diğer ifadeyle, kamu makamları resmi bir şikâyetin tetikleyici olmasını beklemeksizin işkence iddiasına dair otomatik bir soruşturma başlatmakla yükümlüdürler. Devletlerin işkence iddiasının esasına dair derhal ve etkin bir soruşturma yürütmesi zorunluluğu, İşkenceye Karşı Komite<sup>389</sup>, İnsan Hakları Komitesi<sup>390</sup>, Avrupa İnsan Hakları

<sup>388</sup> CMK m.161/2, YİAGAY m.6, AKY m.6 uyarınca

<sup>389</sup> Bkz. Henri Parot/İspanya, BM İşkenceye Karşı Komite Bildirim No:6/1990, BM İşkenceye Karşı Komite /C/14/D/6/1990, para.10.4 ve Ercarnacion Blanco Abad/İspanya, BM İşkenceye Karşı Komite, Bildirim 56/1996 para.8.6.. Ayrıca bkz. Chris Ingelse, BM İşkenceye Karşı Komite: Bir Değerlendirme, Lahey/Londra/Boston: Kluwer Law International, 2001, sayfa :35

<sup>390</sup> Eduardo Bleier/Uruguay, İHK Bildirim no. R.7/30, BM Doc. Supp. No:40 8A/37/40)

Mahkemesi<sup>391</sup> ve Amerikan Devletleri İnsan Hakları Mahkemesi<sup>392</sup> kararlarıyla da teyit edilmiştir.

Sayılan uluslararası yükümlülükler uygun bir şekilde işkencenin soruşturulabilmesi için, soruşturmayı yapacak olanların her şeyden önce şikâyet şartı armaksızın harekete geçmesine olanak sağlayan yasal düzenlemelere ihtiyaç vardır. Bunun yanısıra, soruşturmacıların herhangi bir makamın onay, karar veya iznine bağlı olmaksızın soruşturma yapma yetkisi ile donatılmış olması da gerekmektedir.

## **1. SORUŞTURMA MAKAMI BAŞVURU ŞARTI OLMAKSIZIN İŞLEM BAŞLATMALIDIR**

İç hukukta suçların soruşturulması ve faillerin cezalandırılması kamu düzeni ve güvenliği ile ilgili olduğu için soruşturma ve yargılama faaliyetlerinin kamu yararını gözetken savcı ve mahkemeler eliyle yürütülmesi esası benimsenmiştir. Bu durum herhangi bir şikâyet aranmaksızın soruşturmaya başlanmasını, yani resen harekete geçmeyi, kamu davası açmayı ve mahkûmiyet kararı verebilmeyi kapsamaktadır. Genel kural bu olmakla birlikte, istisnaî olarak soruşturma ve cezalandırma için şikâyet şartı aranan suçlar da vardır. İşkence, eziyet ve zor kullanma yetkisinin aşılması suçları genel kurala tabi olup, yetkili makamlarca resen soruşturulacak suçlar arasında yer almaktadır.

Cumhuriyet savcılarının görevini düzenleyen CMK 160/1. maddesi, soruşturmaya başlamak için suçtan haberdar olmayı yeterli saymıştır. Suçtan haberdar olmanın çerçevesi ise oldukça geniştir. Maddeye göre; “suç işlendiği izlenimi veren bir hali öğrenen” savcı işin gerçeğini araştırmaya başlamak zorundadır. Suçtan zarar gören mağdur tarafından yapılan şikâyet ya da zarar görmeyenlerce iletilen ihbarlar, soruşturmaya başlamak için bir koşul değil, yalnızca savcıyı suçtan haberdar etmeye yarayan araçlardır.

Herhangi bir suç şüphesi ile alıkonulan kişilerin, yürütülen adli işlemler sırasında kolluk görevlilerinden başka muhatap oldukları diğer yetkili kişi, savcıdır. Cumhuriyet savcıları, bizzat katıldıkları ifade alma (CMK 147), yer gösterme (CMK m.85), keşif (CMK m.83-84), teşhis (PVSK Ek m.6) gibi işlemler sırasında, şüpheli üzerinde herhangi bir fiziki ize rastladıklarında bu “suç işlendiği izlenimi bir veren hal”dir ve nedeni hakkında derhal inceleme başlatılması gereklidir. Aynı durum kişinin bilincinin yerinde olmadığı, çekingen ya da ürkek davranışlar sergilediği ruhsal bulguların varlığı halinde de geçerlidir. Kişinin işkence gördüğünü bildirmedeği ve hatta görmediğini belirttiği durumda bile izlerin nedeninin derinlemesine araştırılması, özellikle tıbbi delillerin toplanması gerekir. Alıkonulan durumunda olan şüphelinin baskı ve tehdit altında olma riskinin yüksekliğinin, yaşadıklarını bildirmeye yönelik iradesini sakatlayacağı her zaman akılda tutulmalıdır.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuru sahiplerinin kendileri tarafından yapılacak bir şikâyet olmaksızın gerekli soruşturmanın başlatılmasını haklı olarak bekle-

391 Sevtaç Veznedaroğlu/Türkiye, Başvuru no:32357/96, 11 Nisan 2000 , para.32 <http://ihami.anadolu.edu.tr/>; Ayrıca bkz, Assenov ve Diğerleri/Bulgaristan, Başvuru no:24760/94, 28 Ekim 1998

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



dikleri halde gerçekleşmemiş olmasını “resen” soruşturma yapma ilkesinin ihlali olarak saptamıştır.<sup>393</sup>

Mahkeme, Aksoy/Türkiye<sup>394</sup> davasına ilişkin kararında cumhuriyet savcısının başvurusunun herhangi bir şikâyetini beklemezsizin harekete geçmesi gerektiğini, başvurusunun vücudunda bulunan ve oldukça aşikar olan darp izlerinin neden, nasıl oluştuğunu ve kimler tarafından yapıldığını araştırması gerektiğini, buna karşın görevli cumhuriyet savcısının tamamıyla aksi yönde hareket ettiğini tespit ederek 3. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

*Alıkonulan durumunda olan şüphelinin, baskı ve tehdit altında olma riskinin yüksekliğinin, yaşadıklarını bildirmeye yönelik iradesini sakatlayacağı her zaman akılda tutulmalıdır.*

## 2. İŞKENCE SUÇLARINDA “SUÇU ÖĞRENME” KAVRAMI, “SUÇU BİLDİRME” YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ DE KAPSAR

Uluslararası hukuk işkence suçlarının soruşturulmasını herhangi bir makamın değil, devletlerin yükümlülüğünde gördüğünden, “suçu öğrenme” kavramını sadece soruşturma makamının suçu öğrenmesi ile sınırlı tutmamakta, işkence konusunda bilgi sahibi olan tüm kamu görevlilerine soruşturmanın başlamasını sağlama sorumluluğu getirmektedir. Bu doğrultuda kişi, işkence gördüğüne ilişkin beyanını bir yargılama sırasında yargıca ya da muayene sırasında bir hekime bildirmiş olabilir. Bu durumda soruşturma makamını haberdar etme sorumluluğu, suçu öğrenen kamu görevlilerine aittir. Nitekim Türk Ceza Yasası’nın 279. maddesi, kamu adına soruşturma ya da kovuşturma gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenen ve yetkili makamlara bilgilendirmeyi ihmal eden ya da gecikme gösteren kamu görevlilerinin sorumluluklarını düzenlemektedir. Sağlık çalışanları için benzer bir düzenleme, 280. maddede yer almaktadır.

BM İşkenceye Karşı Komitenin kararları, ayrıca şikâyetin resmi bir şekil şartına bağlanmasının mümkün olmadığına altını çizmektedir. İşkence mağdurunun işkence iddiasını yetkili bir makamın dikkatine sunması yeterli olup, yetkili makam söz konusu iddiayı bir şikâyet olarak ele alıp incelemekle yükümlüdür.<sup>395</sup> Şikâyetin açık bir şekilde temelsiz olduğu tespit edilinceye kadar işkence iddialarının soruşturulması zorunludur.<sup>396</sup>

## 3. SORUŞTURMA BAŞLATILMASI BAŞKA BİR MAKAMIN ONAY YA DA İZİNİNE BAĞLI OLMAMALIDIR

Fail hakkındaki iddianın araştırılması için herhangi bir makamın iznine ihtiyaç olmaması savcılığın kendiliğinden soruşturma açabilmesinin ön koşuludur. Ulusal hukukta, failin sıfat veya görevi ya da suçun niteliği gereği belli durumlar yönünden soruşturulmaya başlanması özel izne tabi kılınmış, savcılara doğrudan harekete geçme yetkisi tanınmamıştır. Savcının soruşturma başlatma yetkisinin idari makamlardan izin alma şartına bağlandığı durumlardan biri de kamu görevlilerine ilişkindir. Kamu görevlilerine ilişkin izin alınması ve bunun işkence veya diğer kötü muamele niteliğindeki

393 Akpınar ve Altun/Türkiye, Başvuru no: 56760/00, 27 Şubat 2007 , para. 41

394 Aksoy/Türkiye, Başvuru no: 21987/93, 18.12.1996

395 BM İşkenceye Karşı Komite, E.A/İsviçre ve Blanco Abad/İspanya para. 6, 8.

396 BM İşkenceye Karşı Komite, Henri Parot/İspanya, para. 10.4; İşkence Özel Raportörünün Genel Tavsiyeleri, para. 26(k). Ayrıca bkz. Amerikan Devletleri İnsan Hakları Mahkemesi, Maritza Urrutia davası para. 110; Velasquez Rodriguez/Honduras, para.176.

suçların soruşturulmasıyla ilişkisi, II. Bölüm'de "Kamu Görevlilerinin Yargılanmasında 'İzin' Sorunu" başlığı altında incelediğinden burada ayrıntılı açıklamaya gerek duyulmamıştır.

Ancak, işkence ve zor kullanma yetkisinin aşılması suçlarında 4483 sayılı Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 2. maddesinin son fıkrasında sayılan istisnaya rağmen, izin alma yoluna gidilmesi ya da eylemin yanlış nitelendirilerek yaralama, hakaret gibi suçların tabi olduğu izin prosedürünün işletilmesinin olumsuz iki özelliği bulunduğunu hatırlatmak gerekir.

Bunlardan birincisi, soruşturma izni verme yetkisinin kamu görevlisinin amiri konumundaki bir makama tanınmış olması nedeniyle, soruşturmanın bağımsız ve tarafsız makamlar eliyle yürütülmesi ilkesinin ihlal edilmesidir. Diğer ise, soruşturmaya derhal başlanması ve hızlı bir şekilde tamamlanması yükümlülüğünün ihlaline yol açmasıdır.

Ayrıca soruşturma izni verilmeyen hallerde, mağdurun bu kararı kaldırmak için idari dava açmak zorunda kalacak olmasının, uzun ve masraflı bir yol olması nedeniyle mağdurun kararlılığını olumsuz şekilde etkileyeceği açıktır.

***İşkenceye dair iz veya belirtinin varlığı halinde herhangi bir şikâyet ya da ihbar olmaksızın soruşturmaya başlanmalıdır. Soruşturma yapma yetkisi bulunmayan diğer kamu görevlilerinin soruşturma makamlarına bilgi vermek yükümlülüğü vardır.***

#### **4. RESEN SORUŞTURMA İLKESİ VE UYGULAMA SORUNLARI**

İç hukukta soruşturma esaslarını düzenleyen genel hükümler, işkence suçunun soruşturmasına ilişkin uluslararası hukuka uygun nitelikte olmasına karşın, gerek işkence suçunu görevi nedeniyle öğrenen kamu görevlilerinin suçu bildirmeleri ve gerekse suça doğrudan el koymakla yükümlü olan savcının bu görevlerini yerine getirmeleri konusunda uygulamada ciddi sorunlar yaşanmaktadır.

CMK m.160/1'de belirtilen resen soruşturma ve "işin gerçeğini araştırma görevi", mağdurun beyanıyla bağlı olmaksızın, işkence suçunun ortaya çıkarılmasını gerektirir. Ki, bu görev, özellikle savcının bir suç soruşturması sırasında, bu suç nedeniyle işkence görmüş şüpheli konumundaki kişilerle karşılaştığı anda ortaya çıkar.

Yakalama ya da gözaltı işleminden sonra genelde adliyeye sevk edilen şüpheliler, savcılık önünde yeniden ifade vermektedir. Uygulamada, resen ve derhal soruşturma ilkesinin ihlal edildiği somut durumlar şu şekilde ortaya çıkabilmektedir.

- Şüpheliler kollukta alınan ifadelerinde, yakalama anında ya da sonrasında işkence gördüklerini ya da kendilerine gereksiz veya orantısız güç kullanıldığını beyan etmiş ve bunun tutanağa geçirilmesini sağlamış olabilirler. Özellikle kolluk ifadesi alınması sırasında, müdafilerin hazır bulunması halinde bu tür beyanların ifadeye yazılmasını sağlamak mümkün olabilmektedir. Ancak önüne gelen evrakta yazılı olmasına rağmen, savcılarının bu beyanları görmezden gelerek, yalnızca şüpheliye atılı suç üzerinden bilgi ve delil toplamaya devam etmeleri sıkça rastlanan bir tutumdur.

- Kişi, kollukta alınan ifadesinde belirttiği işkence iddialarını savcılık önünde tekrarlayabilir. Böyle durumlarda, kişiye atılı suçlar dışında kalan beyanların savcılar tarafından tutanağa geçirilmek istenmediği, tutanağa geçirildiğinde ise muameleye ve failerin tespitine yarayacak ayrıntılı bilgiler yerine “beni dövdüler”, “işkenceye maruz kaldım” gibi kısa beyanların tutanağa bağlandığı görülmektedir.

- Kişinin işkence gördüğüne dair anlatımları kaydedildiğinde dahi, derhal işkence suçunun araştırılmasına geçmek yerine, şikâyetinin olup olmadığını sormak, şikâyeti varsa bunu yazılı olarak ileri sürebileceğini söylemek, hatta savcılık işlerinin bir iş bölümüne tabi tutulduğu adliyelerde mağduru memur suçları savcısına yönlendirmek gibi CMK m.160/1’e aykırı davranışlarda bulunduğu gözlenmektedir.

Soruşturma makamlarının tarafsız olması gerektiğine ilişkin bölümde mağdur C.E.’nin anlatımlarında; gözaltına alındığı andan, serbest bırakıldığı ana kadar kolunu büken ve yaralanmasına neden olan polis tarafından şikâyetçi olmaması konusunda defalarca tehdit edildiğini beyan ettiği aktarılmıştı. Soruşturma sonucu verilen taksizlik kararının gerekçesi;

“(…) Söz konusu iddialarda şahsın 22.03.2008 olayları sırasında yakalandığı esnada polisler tarafından yaralandığının belirtildiği ancak yukarıda açıklandığı üzere bu iddiaların hiçbir gerçeklik taşımadığı, kaldı ki 22.03.2008 tarihinde **Cumhuriyet Başsavcılığımızda ve Sulh Ceza Mahkemesi sorgusunda müdafii huzurunda ifadesinin alındığı, mağdurun bizzat gözlemlendiği, kendisinin ve müdafinin beyanlarında da böyle bir hususun bulunmadığı**, ayrıca şahsın aynı gün Sulh Ceza Mahkemesince serbest bırakıldığı, itiraz üzerine Asliye Ceza Mahkemesince tutuklanma kararı verildiği, buna istinaden 25.03.2008 tarihinde yakalanarak cezaevine gönderildiği, **eğer iddialar doğru olmuş olsaydı süre zarfında bunun ailesi tarafından fark edilmemesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu(…)**”

şeklindedir. Savcılık tarafından ortaya konan bu gerekçe, işkence ve diğer kötü muamele suçları yönünden şikâyet ya da sözlü beyan aranmayacağı, mağdurun aksine beyanına rağmen suçun ortaya çıkarılacağı ve failin cezalandırılacağı ilkesine aykırıdır. Olay tarihinde 15 yaşında olan mağdurun, şikâyetçi olmaması için tehdit edildiğine ilişkin beyanları dikkate alındığında, ne avukatına, ne ailesine, ne de savcı ve hâkime yaşadıklarını anlatmasını ve şikâyetçi olmasını beklemek mümkün değildir.

Resen soruşturma ilkesinin uygulama alanı, yalnızca adli işlemler nedeniyle savcının muhatap olduğu şüphelilerin maruz kaldığı işkence vakalarıyla sınırlı değildir. Uygulamada Cumhuriyet savcılarının işkence suçundan haberdar olmasını sağlayan pek çok olayla karşılaşılmaktadır. Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları, yaptıkları izleme sonucunda üç ayda bir rapor hazırlamak ve bunu ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına sunmak zorundadırlar.<sup>397</sup> Bu raporlarda yer alan işkence vakaları da resen soruşturulmak zorundadır. Yine yazılı ve görsel basında sık sık orantısız güç kullanımına örnek olabilecek ya da işkence yasağını ihlal edecek biçimde maddi güç kullanımına ilişkin haberler yer almaktadır. Bu tür haberler, suç işlendiği izlenimi verecek bir halin ötesinde, doğrudan suçun işlenişini göstermekte olsalar bile savcılar tarafından resen bir araştırma konusu yapılmadığı gözlenmektedir.

397 Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları Yönetmeliği m.9

TIHV'in 2006-2008 yılları arasında takip ettiği kırk bir dosya incelendiğinde yalnızca sekiz tanesinde şikâyet ya da ihbar olmaksızın resen soruşturma başlatıldığı, bu sekiz dosyanın yedisinin işkence ya da silah kullanımı nedeniyle ölümle sonuçlanmış olduğu anlaşılmaktadır. Ölümle sonuçlanmayan tek olayda ise mağdur ateşli silahla yaralanmış, savcılık, mağdurun arkadaşları hakkında soruşturma başlatmış, kamu görevlileri ise ancak el svaplarının alınmasından sonra silah kullananın polis memuru olduğu tespit edildiğinde soruşturmaya dâhil edilmiştir.

Bu veriler, soruşturma makamlarının doğrudan soruşturma başlatma görevini yerine getirme konusunda ihmal gösterdikleri, resen soruşturma görevini, genellikle ölümle sonuçlanan suçlarda hatırladıklarına dair kaygı yaratmaktadır.

#### D. DERHAL SORUŞTURMA

CMK m.160/1'de, soruşturmaya ne zaman başlanacağı konusunda açık hüküm bulunmasa da "suç işlendiği izlenimi veren bir hali öğrenir öğrenmez" ifadesinin kullanılmış olması, hiç zaman kaybetmeden, başka bir ifade ile derhal araştırmaya başlanacağı kabul edildiğini göstermektedir.

**Mevzuatta "kural" olan resen soruşturma ilkesi savcılarca "istisna" olarak uygulanmaktadır**

Soruşturmaya derhal başlama kuralı, işkence suçları yönünden özel bir önem taşımaktadır. Suçtan haberdar olduğunda, işkence hâlen devam ediyor olabilir. Bu durumda soruşturmanın başlaması, işkencenin sona ermesini, mağdurun güvenliğinin ve tedavisinin sağlanmasını temin edecektir.

İşkenceye Karşı Komite, Blanco Abad/İspanya<sup>398</sup> Kararında, bir soruşturmanın neden derhal soruşturulması gerektiğini açıklamaktadır. Karara göre; ilk olarak bu tür fiillerin derhal sona ermesinin sağlanması gereklidir. İkinci olarak, işkence ya da kötü muamelelerin fiziksel etkileri çok çabuk kaybolur ve derhal soruşturma yapmamak mağduru, şikâyetini destekleyebilecek kanıtlardan yoksun bırakmak anlamına gelir. Karar konu olayda, başvuru tam bir tecrit altında (incommunicado) tutulmuş ve 6 gün işkence görmüştür. Tıbbi raporlar da dâhil olmak üzere derhal bir soruşturma başlatılması için yeterince kanıt olan bu vakada Komite, Abad'ın bir yargıç önüne çıkarılması için 14 gün ve soruşturmanın başlaması için 18 gün geçmiş olmasını BM İşkenceye Karşı Sözleşmenin 12. Maddesinde düzenlenen derhal ve tarafsız soruşturma yürütme sorumluluğunun ihlali olarak değerlendirmiştir.

**İşkence suçlarında soruşturmaya derhal başlanması; işkencenin sonlandırılması, mağdurun güvenliği ve tedavisinin sağlanması açısından özel bir önem taşımaktadır.**

Soruşturmacılar, muamelelerin niteliği, neden olduğu travmanın devam edip etmediği, hangi delillerin toplanması gerektiği, alınması gerekli tedbirlerin neler olduğu konusunda öncelikle mağduru dinlemeleri gerektiğini hatırlamalı ve ayrıntılı bilgi almalıdırlar. Faillelerin tespiti ve delillerin toplanması için gerekli işlemleri vakit kaybetmeksizin yapmalıdırlar. Yazışmalarla geçecek zaman işkence suçunun aydınlatılmasını iyice güçleştireceğinden, soruşturmacı işlemleri bizzat yapmalı, bu mümkün olmazsa talimatları yerine getirecek olanları denetleyerek gecikmeleri önlemeye çalışmalıdırlar.

398 Blanco Abad /İspanya (CAT 59/96) -BM Sözleşme Organlarına Bireysel Başvuru Usullerine İlişkin Elkitabı, s.232

Soruşturmaya derhal başlama ilkesine uygunluğu nedeniyle TIHV tarafından doğrudan ya da basın üzerinden izlenen dosyalar arasındaki tek örnek olan İdil Cumhuriyet Savcılığının 2008/564 Soruşturma sayılı dosyasında yapılan işlemler ve sonuçları kayda değerdir.

23.10.2008 tarihinde (...) Ceza Mahkemesince tutuklanan H.D. ve 7 arkadaşı, tutuklama kararı sonrasında (...) Devlet Hastanesine götürülmüş, hastaneden ayrılıp yaya olarak İlçe Emniyet Amirliğine dönerlerken yolda emniyet görevlileri tarafından dövüldükleri, olayı görenler tarafından kişilerin avukatlarına telefonla bildirilmiştir.

Avukatlar, durumu telefonla savcıya bildirmiş ve müdahale etmesini talep etmişlerdir. Suçun telefonla ihbar saati 20.53 olup, 21.00 da cumhuriyet savcısı emniyet merkezine ulaşmıştır.

- Savcı, nezarethanede, battaniye üzerinde, yüzükoyun yatmakta olan H.D.'nin ve yine nezarethanede bulunan diğer kişilerin görevliler tarafından darp edildiklerine ilişkin beyanlarını tutanağa bağlamış,
- Kaburgalarında kırık olmasından şüphelenilen H.D. ve diğer kişilerin ilk muayenesinin yapılması için, gözaltı birimine bir hekimin gelmesini sağlamış,
- Hekimin önerileri doğrultusunda tüm mağdurların hastaneye sevkine karar vermiş, hastaneye götürme işleminin jandarma tarafından yapılmasını sağlayarak mağdurların korunmasına yönelik tedbir almış,
- Birim amirinden, kişileri hastaneye götürmekle sorumlu olan başka bir ifade ile işlenen suçun faili olabilecek görevlilerin kimlikleri konusunda bilgi istemiş,
- Aynı gün yapılan teşhis işlemiyle (...) 3 şüpheli polis memurunun teşhisini sağlanmış,
- Keşif işlemine katılan mağdur avukatlarının taleplerini tutanak altına almış,
- Mağdur durumunda bulunan şüphelilerin cezaevine gönderilinceye kadar emniyet binasında kalacak olmaları nedeniyle, işkence kötü muamele yaptıkları şüphesi bulunan 3 kolluk görevlisinin; “tedbiren silahlarının alınmasına”, “karakol kısmında ve çevresinde görevlendirilmemesi ve gelmemesi konusunda tedbir alınmasına” karar vermiş ve “talimat gereğinin yerine getirilmesini sağlamak için gerekli işlemlerin yapıldığı konusunda yazılı yanıt verilmesini istemiştir.

Söz konusu olayda, Cumhuriyet savcılığınca derhal harekete geçilmesi, hürriyeti kısıtlanmış durumda bulunan mağdurlara yönelik muamelelerin devam etmesini engellediği gibi şikâyetçi olmamaları konusunda mağdurlara yönelebilecek tehdit ve baskılardan korunmalarını sağlamıştır.

Yine derhal müdahale, işkencenin tıbbi delillerinin toplanmasının yanısıra, mağdurların tedavilerinin sağlanması yoluyla duyulan acının sona ermesini ya da azalmasını temin etmiştir.

Olayda, teşhis edilen üç polis memurundan ikisi, geçici görevle başka bir ilden gelmiş olduklarından, teşhis işleminin aynı gün yapılmış olması, failerin tespitini uzun süre geciktirecek veya yüz yüze teşhisi imkânsız hale getirecek bir sorunu da ortadan kaldırmıştır.

**Derhal ve süratli araştırma yapma ilkesi soruşturmaya başlanmasında olduğu kadar sonuçlandırılmasında da dikkate alınmalıdır.**

Derhal soruşturma ilkesi, tek başına soruşturmaya başlama süresi ile sınırlı olmayıp soruşturmanın vakit geçirilmeden tamamlanmasını da ifade etmektedir. Soruşturmaya derhal başlansa bile, delillerin toplanması, faillerin tespiti ve kamu davasının açılması aşamadaki gecikmeler de derhal soruşturma yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmektedir. İşkence iddiasının bir şekilde yetkili makamların bilgisine ulaşmasıyla birlikte derhal bir soruşturma başlatılmalı, başlatılan soruşturma süratle sonuçlandırılmalıdır.<sup>399</sup>

BM İşkenceye Karşı Komite, Halimi-Nedzibi/ Avusturya Kararında, işkence iddiasının 15 ay boyunca soruşturulmamış olmasını, bu gecikme “makul” olmadığı ve soruşturmanın “derhal” yapılmasına ilişkin gerekliliğin yerine getirilmemiş olması nedeniyle İşkenceye Karşı Sözleşme’nin 12. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir.<sup>400</sup>

Soruşturmanın hızlılık kuralına aykırı olarak yürütülmesi, kamu davasının açılmasını da geciktirdiğinden yargılamanın zamanaşımı nedeniyle düşürülmesini yani failler açısından fiili bir cezasızlık halinin yaratılmasını besleyen bir nedene dönüşmektedir.

AIHM işkence failleri hakkındaki kamu davasının zamanaşımı nedeniyle düşürülmesine karar verilen bir başvuruyu incelediği **Demirbaş ve Diğerleri/Türkiye**<sup>401</sup> davasında, zamanaşımı sonucunu yaratan olguları soruşturma aşamasını da kapsayacak şekilde incelemiş ve 3. maddenin usul yönünden ihlal edildiğine karar vermiştir.

“AIHM, 25 Nisan 1999, 3 Mart 2000 ve 22 Mayıs 2002 tarihlerinde başvuranın, Devlet Güvenlik Mahkemesi nöbetçi hâkimi ve mahkeme huzurunda, gözaltındayken kötü muameleyle uğradığını ileri sürdüğünü gözlemler. Başvuranın iddialarına karşın, hukuki merciler, hiçbir ivedi cezai işlem başlatmamışlardır. Başvuranın iddialarına ilişkin soruşturma başlatılması ancak 3 yıldan fazla bir süre sonra, başvuranın temsilcisinin resmen suç duyurusunda bulunmasının ardından gerçekleşmiştir. Bunun ardından (...) Savcısı, iddianamesini (...) bir yıl üç ay sonra sunmuştur. (...) Mahkemesi yargılamanın başlamasından bir yıl üç ay ve kötü muamele eyleminin gerçekleşmesinden ise yedi yıl sonra görevsizlik kararı vermiştir. Ardından dava dosyasını (...) Ağır Ceza Mahkemesi’ne göndermiş, bu mahkeme davanın esasına ilişkin ilk duruşmada davanın düşürülmesine karar vermiştir.

AIHM, söz konusu davanın fazla sayıdaki tehirler yüzünden bir sonuç getirmediğini, sonunda da iç hukukta kanuni zamanaşımının uygulandığını gözlemler (...) Ulusal makamların yeterince ivedilik ve itina ile hareket ettiklerinin söylenemeyeceği ve bunun aleyhlerindeki delillere rağmen şiddet eyleminin gerçek failleri için fiili dokunulmazlık yarattığı kanısındadır.”

399 Blanco Abad/İspanya, para. 8.7, 8.8

400 Halimi-Nedzibi /Avusturya (CAT 8/91), para. 13.5. [bkz. İşkence Mağdurları için Hukuk Yolları, BM Sözleşme Organlarına Bireysel Başvuru Usullerine İlişkin Elkitabı, OMCT Elkitabları Serisi 4, s. 232; [http://www.omct.org/pdf/UNTB/2006/handbook\\_series/vol4/eng/handbook4\\_eng\\_o4\\_part4.pdf](http://www.omct.org/pdf/UNTB/2006/handbook_series/vol4/eng/handbook4_eng_o4_part4.pdf) ]

401 Demirbaş ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru no: 50973/06, 8672/07 ve 8722/07, 9 Aralık 2008 para. 68,69

## E. ETKİN SORUŞTURMA

İnsan hakları hukukunda ve içtihatlarında işkence suçlarının soruşturulmasına özel önem atfedilmesi iki önemli nedenden kaynaklanmaktadır.

*İşkence suçlarının ispatlanmasındaki güçlük nedeniyle etkin soruşturma gereklidir.*

Birinci neden, yalnızca işkenceyi önlemeye yönelik düzenlemelerle sonuç alınamayacağından, yasağın ihlali halinde sorumluların cezalandırılmasını da sağlama gerekliliğidir. Cezalandırmanın sağlanması, işkencenin önlenmesinin yanısıra, mağdurun adalet beklentisine karşılık gelen ve manevi giderim oluşturan bir yoldur.

İkinci ve yürütülen soruşturmanın kapsamını ilgilendiren neden ise; işkencenin ispatlanmasının zorluğudur. İşkence mağdurlarının genelde alıkonulan kişiler olması nedeniyle işkencenin kapalı ve yalıtılmış mekânlarda yapılması ispatı zorlaştıran nedenlerden biridir. Kamu görevlilerinin, alıkonulan konumunda olmasa bile mağdur veya yakınları ya da olayın tanıkları üzerinde baskı ve tehdit oluşturma olanaklarına sahip bulunmaları suçun ortaya çıkarılmasını güçleştiren başka bir etmendir. Kamu görevlilerinin delilleri karatma, gerçek dışı tutanak ve tanıklıklarla soruşturma ve yargılama makamlarını etkileme gücüne sahip bulunması suçu ispatlamayı fiilen imkânsız hale getirebilmektedir.

Bu başlık altında toplanan soruşturma özellikleri, işkence suçunun aydınlatılabilmesi amacıyla yapılacak her türlü işlemin işkencenin cezalandırılması genel hedefine uygun olacak şekilde yürütülmesini ifade etmektedir. Etkili bir soruşturma, suçun ortaya çıkarılabilmesi için izlenecek yollar ve kullanılacak araçların eksiksiz olmasını gerektirir.

Soruşturmacıların delillerin toplanması ve bilgi alma konularında tam bir yetki ile donatılmış olmaları, mağdurun soruşturmaya aktif olarak katılmalarının sağlanması ve muhtemel baskılara karşı korumasını sağlayacak tedbirlerin alınması, faillerin doğru tespit edilmesi, tüm delillerin toplanması, işkence soruşturmaları ve sonuçları konusundaki bilginin kamuoyu ile paylaşılması etkin soruşturmanın unsurlarıdır.

*Etkili bir soruşturma, işkence suçunun ortaya çıkarılabilmesi için izlenecek yollar ve kullanılacak araçların eksiksiz olmasını gerektirir.*

Hukuk sisteminin yani mevzuatın, bu koşulları sağlamaya imkân verecek şekilde düzenlenmesini sağlamak devletlerin sorumluluğundadır.

İP, İşkencenin Hukuki Açından Soruşturulması başlığı altında, tarafsızlık, bağımsızlık, derhallik ilkelerinin yanında, soruşturmanın hukuki yeterlilik ve kapsamlılık unsurlarına yer vermektedir.

“Geçerli herhangi bir işkence soruşturmasının temel ilkeleri, hukuki yeterlilik, tarafsızlık, bağımsızlık, anında ve kapsamlı araştırmadır. Bu ilkeler, her tür hukuk sistemine dâhil edilebilir ve bütün işkence soruşturmalarına rehberlik eden temel ilkeleri oluştururlar.”<sup>402</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **Erdoğan/Türkiye** Kararında<sup>403</sup> “(...)soruşturma ilk önce, olayın gerçekleştiği koşulların ortaya çıkarılmasını, ikinci olarak da sorumluların

402 İstanbul Protokolü, para. 73

403 Erdoğan/Türkiye, Başvuru no: 19807/92, 13 Ekim 2006, para. 89, 102.

saptanması ve cezalandırılmasını sağlama kapasitesine sahip olmalıdır. Bu bir sonuç yükümlülüğü değil, araç yükümlülüğüdür. Yetkililer, olayla ilgili görgü tanıkları ve adli kanıtlar gibi kanıtların korunmasını sağlamak için gerekli adımları atmaz zorundadır. Derhalklik ve makul süre, bu bağlamın içinde değerlendirilir. Soruşturmada olayın koşullarını ortaya çıkarılması ya da sorumluların saptanması kapasitesini zayıflatan herhangi bir eksiklik, etkin soruşturmanın standartlarını ihlal eder.(...) Etkin soruşturma, şikâyetçinin soruşturmaya etkin biçimde erişimini de kapsar.” demekle etkin soruşturmanın kapsam ve niteliğine vurgu yapmıştır.

Mahkemenin, Türkiye hakkında vermiş olduğu kararlarda, Sözleşmede güvence altına alınan hakların ihlaline ilişkin tespitlerin yanısıra, ihlalle ilgili olarak Türkiye’de yapılan başvuruların etkili soruşturulmadığına da karar verdiği bilinmektedir. Bu bölümün girişinde yer alan verilerden anlaşılan bu gerçek, Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan genelgelerde de kabul edilmektedir.

Savcılar, hâkimler gibi mutlak bir bağımsızlığa sahip olmadıklarından, Adalet Bakanlığı zaman zaman genelgeler yayınlayarak görevlerini yerine getirirken uymaları gereken konularda savcılara yönelik hatırlatmalar yapmaktadır. Savcılar üzerinde yoğun bir idari denetime neden olduğu için eleştirilse de, söz konusu genelgelerde yapılan tespitleri ve savcılardan istenilenleri; Türkiye’de ceza soruşturmalarının niteliği konusunda resmi bir kabul içermesi nedeniyle dikkate almak gerekmektedir. Anılı genelgelerde<sup>404</sup>,

- Soruşturmalarda asıl yetki ve görevin C. savcılarında olmasına rağmen ve bazı kanunlarda belli hallerde soruşturmaların C. savcılarınca bizzat yapılması öngörüldüğü halde, soruşturmaların kolluğa bırakıldığı, bunun delillerin zamanında ve usulüne göre toplanmaması sonucunu yarattığı,
- Evrak eksikleri tamamlanmadan iddianame hazırlandığı ya da kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiği,
- Bazı iddianame ve kovuşturmaya yer olmadığı kararlarının zabıt kâtiplerince yazıldığı,
- Soruşturma evrakının düzenli tutulmadığı, bazı evrakların istenildiğinde bulunamadığı

gibi tespitlerin yanısıra, savcılardan;

- Nöbetçi savcılara ulaşma konusunda yaşanan sıkıntıları giderecek tedbirler alınması,
- Şikâyet ve ihbarların zaman geçirilmeden kaydedilmesi ve hemen gereğinin yapılması,
- Kolluk tarafından yapılması istenen işlemlerin akıbetinin belli aralıklarla sorulması, geçmiş yıllara ait soruşturma evrakının kollukta bırakılmaması,
- Derdest dosyaların kayıtlarla karşılaştırılarak; kayıp, eksik veya işlemsiz dosya bırakılmaması,
- Özellikle “yıllanmış” ve “çıkmaza girmiş” dosyaların zamanaşımına uğramadan sonuçlandırılmasının sağlanması,
- Dosya içerik ve eksikliklerinin sık sık gözden geçirilmesi,

404 Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü’nün 01.01.2006 tarih ve 2, 4 ve 8 No.lu genelgeleri



- Adliye içinden elde edilecek bilgi ve belgeler için yazışmaya gidilmemesi,
- Tıbbi raporların zamanında aldırılması ve gecikme halinde kaybolacak bulguların titizlikle temini

istenmektedir.

Tüm soruşturmalara ilişkin bu tespit ve istemlerin yanısıra, kamu görevlileri tarafından işlendiği iddia edilen suçlarda, AIHM kararlarında ihlal olarak nitelendirilen soruşturma işlemleri dayanak gösterilerek;

- Kötü muamele suçlarına ilişkin soruşturmalarda; mağdur ifadelerinin alınmadığı, delillerin toplanmasında gerekli dikkat ve özen gösterilmediği, suçun yeterince aydınlatılmadan soruşturmanın bitirildiği,
- İfade alma ve diğer işlemlerin yeterine süratli yapılmadığı, soruşturmaya geç başlanmasının iç hukuk yolunun etkinliğini zedelediği,
- Bilgi sahibi olmayan kişilerin imzaladığı tutanakların yasal işlemlere dayanak yapıldığı, kolluk tarafından sunulan belgelerdeki çelişki, tutarsızlık ve boşlukların giderilmediği, olay yeri fotoğraflarının çekilmediği,
- Gözaltı kayıtlarının incelenmediği, otopsi tutanak ve fotoğraflarında eksiklikler olduğu,
- Yetersiz muayene ve doktor raporları ile yetinildiği,
- Gerekli deliller toplanmadan kovuşturmaya yer olmadığı veya yetkisizlik kararları verildiği, verilen kararların mağdur ve dilekçe sahiplerine bildirilmediği

belirtilmekte, bu tespitler doğrultusunda eksikliklerin ve hataların tekrarlanmaması, özellikle **işkence ve kötü muamele suçlarının soruşturmasının kolluk görevlilerine bırakılmayarak bizzat savcılar eliyle yapılması** istenmektedir.

Bakanlığın, soruşturmaların etkili ve hızlı olmasını sağlamaktan çok, “uluslararası alandaki taahhütlerinin gereğini yerine getirdiği görüntüsü vermeyi amaçlayan” genelgesi; ulusal ve uluslararası hukuku ve bilineni tekrardan öteye gitmemekte, genelge içerikleri yaptırım ve denetime tabi tutulmadığından, işkence soruşturmalarının suçu aydınlatmayı sağlayacak nitelikte olmasını sağlamamaktadır.

Etkin bir soruşturma için mevzuat ve uygulayıcıların işlemlerinden doğan belli asgari koşulların yerine getirilmesi gerekmektedir.

## 1. SORUŞTURMA MAKAMLARININ ARAŞTIRMA YAPMAK İÇİN HER TÜRLÜ YETKİYLE DONATILMIŞ OLMASI

Soruşturma makamlarının suçun aydınlatılmasını sağlayacak kayıt, belge ve bilgiyi resmi ya da özel kurum ya da kişilerden isteme, her türlü delili toplama ve muhafaza altına alma, delillerin analizi konusunda teknik ve bilimsel görüş alma konularında yetkiyle donatılmış olmaları gereklidir. Yetkinin yasayla verilmiş olması, tek başına yeterli olmayıp, mali kaynakların yaratılması da dâhil, fiilen kullanılabilir olması da sağlanmalıdır.

**CMK 161/1.** madde C. savcılarını her türlü araştırmayı yapmak konusunda yetkili kılmakta ve tüm kamu görevlilerinden gerekli gördüğü bilgiyi isteyebileceğini düzenlemektedir.

**CMK 332/1.** maddesinde buna paralel olarak;

“Suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında Cumhuriyet savcısı, hâkim ve ya mahkeme tarafından yazılı olarak istenilen bilgilere on gün içinde cevap verilmesi zorunludur. Eğer bu süre içinde istenen bilgilerin verilmesi imkânsız ise, sebebi ve en geç hangi tarihte cevap verilebileceği aynı süre içinde bildirilir.”

denilerek istenilen bilginin verilmesini sağlayacak bir güvence oluşturulmuştur. Madenin 2. fıkrasında, bilgi istenirken 1. fıkraya aykırı davranışların TCK 257. maddesinde sayılan görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağına hatırlatılmasını, buna rağmen bilginin verilmemesi ya da geç verilmesi halinde, kamu görevlileri hakkında C. savcılarınca doğrudan (yasama dokunulmazlığı hariç) soruşturma yapılacağı düzenlenmektedir.

Savcılar, yazılı olarak bilgi ve belge istemenin yanısıra, tanık dinleme, uzmanlık gerektiren konularda bilirkişi incelemesi ve otopsi yaptırma ve otopside bulunma, isnat edilen suç hakkında beyanda bulunan şüpheliye yer gösterme işlemi yaptırma yetkisine sahiptirler.

C. Savcısı, sulh ceza hâkimi kararıyla ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde doğrudan; şüpheli veya mağdurun beden muayenesini yaptırma veya vücuttan örnek alınmasına karar verme, keşif yapma, arama ve el koyma işlemi yapma, iletişimi dinleme ve kayda alma yetkisine sahiptir.

Yine yalnızca hâkim kararıyla; moleküler genetik muayene veya bilgisayar, bilgisayar program ve kütüklerinde arama, el koyma ve kopyalama işlemi yaptırabilirler<sup>405</sup>.

İç hukukta, işkence ve kötü muamele suçlarının etkili bir soruşturulmasının önünde soruşturma makamlarına tanınan yetkinin sınırı konusunda herhangi bir engel bulunmamaktadır.

## 2. MAĞDURUN SORUŞTURMA SÜRECİNE KATILIMININ SAĞLANMASI

Suçun ispatlanmasına ilişkin zorluğun aşılmasında asıl ve belirleyici olan mağdurdur. İşkence; kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığında bozulma, kişilik haklarında zedelenme yaratan, başka bir anlatımla bireylerin sağlığına ya da manevi dünyasına zarar veren bir suçtur. Bu nedenle mağdur, suçun izlerini yani delillerini üzerinde taşır. İzlerin tespitine yönelik tıbbi raporlamanın yapılması delil toplamanın en önemli aşamalarından biridir ve mağdurun muayenesini zorunlu kılar.

**Mağdurun muayenesinin sağlanması kadar, bir giderim biçimi olan tedavi yükümlülüğünün de yerine getirilmesi gerekir.**

İşkence suçunun soruşturulması kapsamında olmamakla birlikte, uluslararası hukuk mağdurun uğramış olduğu zararın giderilmesini de devletlerin yükümlülüğünde kabul etmektedir. Mağdurun muayenesinin sağlanması kadar, bir giderim biçimi olan tedavi yükümlülüğünün de yerine getirilmesi gerekmektedir.

Mağdurla kurulacak ilişki, tıbbi delillerin sağlanmasının yanısıra; eylemin nitelendirilmesi, faillerin tespiti ve suçun aydınlatılmasına yarayacak diğer delillerin neler olduğu ve nasıl temin edilebileceği konusunda soruşturma makamı için doğru bir yönelim sağlayacak, aynı zamanda soruşturmanın hızlı bir şekilde yapılmasına yardımcı olacaktır.

405 Belli suçlar yönünden başvurulabilecek olup işkence suçunun kapsam dışı bırakıldığı delil toplama işlemleri burada sayılmamıştır.

## a. Mağdurun bilgilendirilmesi ve dinlenmesi

İşkence mağdurları ile görüşmenin nasıl yapılacağı İstanbul Protokolünde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. İP, "Görüşme İle İlgili Genel Değerlendirmeler"<sup>406</sup> başlığı altında, mağdurla görüşecek olan kişinin hangi meslek grubundan olduğuna ya da işkence vakasıyla ilgisinin ne olduğuna bakılmaksızın her görüşmede uyulacak esaslara yer vermektedir. Avukat, psikolog, psikiyatr, tıp doktoru, insan hakları alanında çalışan örgüt temsilcileri ya da başka bir sıfatı olan kişiler bu kurallar çerçevesinde hareket edecektir. Protokol, görüşmeye dair esasların işkence olayına tanık olmuş kişiler yönünden uygulanmasını da salık vermektedir.

İstanbul Protokolü buna ek olarak, mağdurla ilişkilenecek meslek gruplarının yerine getireceği görevler yönünden özel bir takım görüşme esasları da düzenlemektedir. İşkence soruşturması sırasında yapılan görüşmelerde soruşturmacıların uyacağı esaslar "İşkencenin Hukuki Açından Soruşturulması"<sup>407</sup> başlığı altında ayrıca düzenlenmektedir.

Soruşturma makamı, işkencenin mağdur üzerinde yarattığı travmanın bilincinde olmalı ve yeniden travma olmasına neden olabilecek davranışlarda bulunmaktan kaçınmalıdır. Aksi durum, mağdurla güven ilişkisi kuramama, yeterli ve sağlıklı bilgi edinememe, mağdurun kararlılığını zedeleme gibi soruşturmayı etkileyecek sonuçlar yaratacağı gibi, işkencenin sebep olduğu olumsuz etkinin derinleşmesine neden olacaktır.

Soruşturmanın başlangıcında sürecin aşamaları ve muhtemel sonuçları, verdiği bilgilerin hangilerinin ne amaçla kullanılacağı konularında mağdura bilgi vermelidir. Soruşturma boyunca yapılan işlemler ve elde edilen gelişmeler hakkında düzenli bilgilendirmenin devamı sağlanmalıdır. Yargılama aşamasında duruşmalardan haberdar edilme bilgilendirme yükümlülükleri arasındadır.

Mağdurun konuşulan dili anlayamıyor olması halinde, bilgilendirilmesi ve dinlenmesi sırasında tercüman bulundurulması gerekir.

Soruşturmayı yürütenler, mağdurla görüşürken failerin ve delillerin tespitini sağlamaya yarayacak bilgileri almayı hedeflemelidir. İşkencenin yapıldığı tarih ve da zaman, eyleme katılan kişilere ilişkin ayırt edici özellikler, suçun işlendiği mekân/mekânlar, yapılan muamelenin niteliği ve kullanılan araçların neler olduğu, oluşan fiziksel ve ruhsal zararlar, olayın tanıklarına ilişkin bilgiler araştırılmak üzere kayıt altına alınmalıdır.

Mağdur zamanları hatırlama konusunda güçlük çekebilir ya da yaşadıklarını özellikle cinsel saldırıya ilişkin bilgileri paylaşmak istemeyebilir. Bu durumda, yaşadıklarını hatırlaması veya anlatabilir bir hale gelmesi için kendisine zaman tanımak gerekir. Soruşturmanın ilerleyen aşamalarında yeniden bilgisine başvurulması olasılığı ya da önceki görüşmede eksik bırakılan hususları tamamlama gerekliliği doğabileceğinden, önceki anlatımlarını tekrarlatmaktan kaçınmak için, onayı alınmak suretiyle görüş-

**Soruşturma makamı, işkence mağdurunun yeniden travma yaşamasına neden olabilecek davranışlardan kaçınmalıdır.**

**Soruşturmanın başlangıcında sürecin aşamaları ve muhtemel sonuçları hakkında mağdur bilgilendirilmelidir.**

406 İstanbul Protokolü, para.119, 159

407 İstanbul Protokolü, para. 87, 99

menin kayda alınmasını sağlamak yararlı olacaktır. Eğer mağdurun kendisini ifade etmesi çok güç ise, bu takdirde görüşmenin konunun uzmanı kişiler tarafından yalnız olarak yapılması uygun olacaktır.

İşkenceye dair bir kuşkunun doğduğu anda, mağdura, yakınlarına ve tanıklara yönelebilecek baskı ya da tehditlere karşı koruyucu tedbirleri almak soruşturma makamlarının sorumluluğundadır. Mağdurun hala alıkonulan durumunda olduğu, özellikle daha fazla yalıtılmış bir ortam olan cezaevinde bulunduğu durumlarda koruyucu önlemlere duyulan ihtiyaç artacaktır.

Suçtan zarar gören ile şikâyetçi farklı kişiler olabilir. Mağdurun şikâyet hakkını bizzat kullanamaması sonucunu yaratan yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı gibi durumların varlığı halinde hem mağdurun, hem de şikâyetçinin ayrı ayrı bilgilendirilmeleri ve dinlenmeleri gerekir.

İç hukukta mağdur ve şikâyetçinin nasıl dinleneceği CMK 236. maddede düzenlenmiştir. Maddenin 1. fıkrasında mağdur ve şikâyetçinin dinlenmesi konusunda tanıklarla ilgili düzenlemelere atıf yapılmaktadır. 2. ve 3. fıkralarda ise, yalnızca mağdurların dinlenmesine özgü olan ve suç işkence suçları yönünden uygulama alanı olan iki kural yer almaktadır.

- **CMK 236/1. Madde:** *Mağdurun tanık olarak dinlenmesi halinde, yemin hariç, tanıklığa ilişkin hükümler uygulanır.*

Yapılan atıf gereği, mağdur ve şikâyetçi CMK 52. maddeye göre dinlenecektir. Ancak kendilerine yemin verdirilemez.

- **CMK 52/1. madde** nedeniyle mağdurlar, ayrı ayrı dinlenecektir.

- **CMK 52/2. madde** kural olarak soruşturma evresinde mağdurların birbiriyle veya şüphelilerle yüzleştirilemeyeceğini düzenlemektedir. Madde istisnai olarak, “gecikmesinde sakınca bulunan hallerde” veya “kimliğin belirlenmesinde” soruşturma aşamasında yüzleştirme işlemi yapmaya olanak sağlamaktadır.

Burada geçen “kimliğin belirlenmesi” konusunda yüzleştirme yapmanın teşhis işlemi ile karıştırılmaması gerekir. Teşhis ve yüzleştirme farklı kavramlar olup teşhis, suç failinin bedensel özellikleri, yüzü, davranışları, sesi, aksanı gibi ayırt edici özelliklerinin mağdur ya da tanık tarafından görülerek tespit edilmesidir. Kısaca söylemek gerekirse, failin tanınması ve belirlenmesine teşhis denir. Oysa yüzleştirme; ifadeleri farklı olan kişilerin bir araya getirilerek, beyanları arasındaki çelişkinin giderilmesidir.

İşkence mağduru ile şüpheli konumundaki kamu görevlisinin yüzleştirilmesine olanak veren 52/2. madde uygulamada bir takım sorunlar yaratma potansiyeli taşımaktadır. Beyanlar arasındaki çelişkinin giderilmesi, bu beyanların doğruluğunun sorgulanması ve sınanması ile mümkün olur. İşkencenin kişinin fiziksel sağlığında olduğu kadar ruhsal bütünlüğünde yarattığı incinme ve kırılmalar, yüzleştirme işlemi yeniden travmatize eden bir eyleme dönüşürebilir.

Anlattıklarının doğruluğundan şüphe edildiği duygusu, diğer mağdur veya tanıklarla yüzleştirme sırasında da oluşabilir. Bu nedenle soruşturma makamları, mağdurları birbiri ile ya da tanıklarla yüzleştirmenin soruşturmaya ne kadar katkı sunacağını ve bu katkının başka türlü sağlanmasının mümkün olup olmadığını değerlendirmeli ve

zorunlu olmadıkça yüzleştirme işlemi yapmamalıdır. İşkence mağdurunun faille-  
le yüzleştirilmesi hiçbir olasılıkta düşünülmemelidir.

- **CMK 52/3. maddeye** göre, dinlenme sırasında görüntü ve ses kaydı yapılabilir. Ay-  
rıca;

oMağdur çocukların,

oDuruşmaya getirilmesi mümkün olmayan ve tanıklığı maddi gerçeğin ortaya  
çıkartılması açısından zorunlu olan kişilerin anlatımlarının kaydedilmesini zo-  
runludur.

Bu şekilde elde edilen ses ve görüntü kayıtları yalnızca ceza muhakemesinde kullanı-  
labılır. (CMK m.52/4)

52/3. Madde, İstanbul Protokolünün görüşmelerin kaydedilmesine ilişkin ilkelerini  
hayata geçirmeye uygun bir araçtır. Ancak uygulamada maddenin kayıt yapmayı zo-  
runlu kıldığı haller dışında uygulandığına rastlamak pek mümkün olmamaktadır.

Mağdurun beyanlarının soruşturmacı tarafından yazı ile tutanağa bağlandığı durum-  
larda, bilgilerin ayrıntılı ve aynen yazılması mümkün olmamaktadır. Ayrıca anlatımın  
kesintiye uğraması hem soruşturmacının dikkati dağıtan, hem de mağdurun anlatma  
isteğini kıran faktörlerdir.

İşkence soruşturmaları kapsamında mağdurlarla görüşmede yetişkin ya da çocuk ay-  
rımı yapılmaksızın ses ve görüntü kaydı yapılması bu olumsuzlukları ortadan kaldı-  
racaktır. Ayrıca beyanların eksik ya da yanlış tutanağa geçmesi ihtimaline karşılık,  
mağdurun yeniden dinlenmesi söz konusu olabilir. Suç nedeniyle psikolojisi bozul-  
muş mağdurların soruşturma aşamasında yalnızca bir kez dinlenmesini düzenleyen  
CMK 236/2. madde, ses ve görüntü kaydı almayı düzenleyen 52/3. madde birlikte uy-  
gulandığında tekrar ifade alma ihtiyacını azaltacaktır.

Ses ve görüntü kaydı alınması, mağdurun ya da tanığın baskı ve tehditlere karşı ko-  
runması amacıyla duruşmada dinlenmesinin mümkün olmayacağı durumlarda bir  
tedbir olarak da uygulanabilir.

• **CMK 236/2. madde:** *İşlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya  
mağdur, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinle-  
nebilir. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden haller  
saklıdır.*

İşkence suçları açısından bakıldığında ifade alma işleminin tekrarlanması veya ek  
ifadeye başvurulmasının, suçun kişi üzerinde yarattığı etkileri derinleştirilmesi veya  
yeniden travmaya uğraması riski yaratması olasılığı nedeniyle yasanın öngördüğü bir  
defa dinleme kuralı yerindedir.

Ancak mağdurun tehdit altında olması, baskıya uğrama endişesi ile belli konularda  
bilgi vermemiş bulunması ya da yaşadığı travmadan dolayı olaya ilişkin bilgileri son-  
radan hatırlaması gibi ihtimalleri de dikkate almak gerekir. Kuralın katı bir şekilde  
uygulanması, mağdur yararına gibi görünse bile suçun ortaya çıkarılması yönünden  
soruşturmada eksiklik yaratabilir. Bu durumda, mağdurun talebi veya onayının alın-  
ması şartıyla yeniden dinlenmesi, yeniden dinleme sırasında önceki anlatımlarının  
tekrarlanmayıp yeni olan bilgilerin alınması, olumsuz sonuçların doğmasını engelle-

yecek ya da en azından minimize edecektir.

- **CMK 236/3. madde:** *Mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurun tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulur. Bunlar hakkında bilirkişilere ilişkin hükümler uygulanır.*

Maddenin 3. fıkrası, mağdur çocukların veya suç nedeniyle psikolojisi bozulmuş tüm mağdurların dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişinin bulunmasını öngörmektedir. Madde dinlemeye katılan uzmanların bilirkişi statüsünde olduğunu belirtmiş, ancak görev ve sorumluluk alanlarını açıklamamıştır.

İşkence mağdurun dinlenmesi sırasında hazır bulunacak uzmanlar, öncelikle mağdurun psikolojik durumu, suçla ilgili beyanda bulunmanın ve soruşturmanın devam eden aşamalarının mağdurda yaratacağı olumsuz etkiler konusunda soruşturmacıları bilgilendirmeli ve yönlendirmelidir. İfade alma işlemine ara verilmesine ya da sonlandırılmasına ihtiyaç olup olmadığı uzman tarafından takdir edilmelidir. Bunlara ek olarak, mağdurun muayene ve tedavisi konusunda yapılması gereken tetkik ve işlemler konusunda soruşturmaya katkı sunmaları yerinde olacaktır.

Uzmanların bu görevleri iyi ve doğru yapması, dinleme işlemine katılmadan önce bazı hazırlık çalışmalarını gerektirir. Olayla ilgili bilgi edinmelerinin ve mağdurla önceden ve mutlaka yalnız görüşmelerinin sağlanması, CMK 236/3. maddede açıkça düzenlenmiş olmasa da, maddenin amacına uygun sonuçlar alınmasını sağlar.

Görüşmeye katılacak uzmanların, görev ve yetkilerinin yasada net olarak açıklanmamış olması uygulama farklılıklarına yol açmakta, maddenin etkin olarak kullanılmasını engellemektedir. YCGK, cinsel saldırı niteliğinde bir suç nedeniyle maddenin kapsamını tartışmış olup, CMK 236/3. maddenin emredici nitelikte olduğunun altını çizmiş ve getiriliş amacını yorumlamıştır. Yüksek mahkeme uzmanın fonksiyonunu “mağdura psikolojik destek vermek” ve “mağdurun anlatımlarını denetleyerek mahkemeye yardımcı olmak” şeklinde yorumlamıştır<sup>408</sup>.

Mağdura psikolojik destek verme ile mağduru denetleyerek mahkemeye (ya da savcıya) yardımcı olma görevinin aynı kişide toplandığının kabulü eleştiriye değerdir. Ayrıca bu durumun psikolog ya da hekim olan uzmanın sır saklama yükümlülüğüne ayrıklı sonuçlar doğuracağı aşikârdır. Kaldı ki bu bakış açısı, işkence soruşturmalarında rapor düzenleyecek uzmanların bağımsız ve tarafsız olmaları koşulunu da zedelemektedir.

Uluslararası hukuk etkili bir soruşturmada mağdura özel bir önem atfetmekteyken, iç hukuktaki bazı düzenlemelerin mağdurun dinlenmesi konusunda sorun yaratabilecek içerikte olduğu dikkat çekmektedir.

Gerek soruşturma, gerek yargılama aşamasında geçerli olmak üzere uygulanacak olan CMK 235. maddesi böyledir. CMK 233. maddesi mağdur veya şikâyetçinin savcı, hâkim ya da mahkeme huzurunda dinlenmesi için, çağrı kâğıdı ile davetini ön görmekte ve tanıkların çağrılmasına ilişkin hükümlere atıf yapmaktadır. CMK 235. maddesi 1 fıkrasında; dilekçe veya tutanaklarda yazılı olan adresin davete esas alınacağını be-

---

408 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2008/5-56 E. 2008/156 K. 03.06.2008

lirtmekte, 2. fıkrasında tebligata uymayanlara yeniden tebligat yapılmayacağını hükme bağlamaktadır. 3. fıkra, bildirilen adresin yanlış, eksik olması ve kişinin adresini değiştirmesi nedeniyle tebligat yapılamayan hallerde adres araştırması yapılmayacağını düzenlemektedir.

İşkence suçu yönünden mağdurun soruşturma ve yargılaya aktif olarak katılımını sağlama ve gelişmelerden bilgi edinmesini sağlama yükümlülüğü, mağdurun dinlenmesinden vazgeçme anlamına gelen, CMK 235/2 ve 3. fıkralarının uygulanması yönünde ciddi bir engeldir. Bu yüzden savcı ve mahkemeler, mağdurun çağrıya rağmen gelmemesinin makul nedenleri olabileceğini akılda tutmalı, güvenlik ya da yeniden travma kaygısı varsa bu kaygıları giderici tedbirleri almalı ve mağduru bizzat ya da uzmanların yardımıyla dinlemelidir. Tebligatın yapılamaması halinde ise, yeni adres araştırması mutlaka yapılmalıdır. CMK 235/4. maddenin “Bu kimselerin beyanının alınması zorunlu görüldüğü hâllerde üçüncü fıkra uygulanmaz” hükmü ile getirmiş olduğu istisnayı, tebligata rağmen gelmeyen mağdurun durumunu düzenleyen 2. fıkra yönünden de uygulamak mümkündür.

AIHM **Yöyler/Türkiye** Kararında<sup>409</sup>, hükümetin başvuruçunun kendisine ulaşılabilircek bir adres bırakmaması nedeniyle ifadesinin alınmadığı ve bu nedenle soruşturmanın kesintiye uğradığı iddiası karşısında, mağdurun kişisel şartlarını dikkate almış ve “Mahkeme (...) başvuru sahibinin iddiaları ile ilgili olarak ifadesinin alınması için başvuru sahibinin yerinin tespit edilmeye çalışıldığını kabul etmektedir. Bununla beraber, evinin yakılmasından sonra sürekli bir adresi kalmayan başvuru sahibinin kendisine ve ailesine barınacak bir yer bulmak amacıyla bir şehirden başka bir şehre taşınmak zorunda olduğu akıldan çıkarılmamalıdır. Korunmasızlık ve kendini güvende hissetmeme duyguları da bu bağlamda bir etken sayılabilir(...)Buna bağlı olarak, Mahkeme, başvuru sahibinin kişisel şartları ile yerel soruşturmadaki ihmal ve eksikliklerin başvuru sahibinin yetkililere kendisine ulaşılabilircek bir adres bırakmadaki hatasını hafiflettiğini düşünmektedir.” diyerek etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

## **b. Mağdura hukuksal destek sağlanması**

Hukuksal bir süreç olan soruşturma sırasında, mağdurun yanında ve onun haklarını korumak üzere bir hukukçunun yer alması son derece önemlidir. İşkence suçlarının mağdur üzerinde yarattığı travmatik sonuçlar, mağdurun baskı görme riskinin yoğunluğu ve soruşturmadaki zorluklar dikkate alındığında, bir avukatın yardımına duyulacak ihtiyacın boyutu daha iyi anlaşılacaktır.

BM mağdurlara adalet sağlanmasının esaslarını belirlediği bildirmede<sup>410</sup>; üye devletlerin iç hukuklarında suç olarak tanımlanan eylemler nedeniyle zarar görenlerin yanısıra, iç hukukça suç sayılmamış olsa bile insan hakları ile ilgili uluslararası hukukta tanınmış normları ihlal eden eylem ve ihmaller nedeniyle zarar görenleri de mağdur kabul etmekte ve “hukuki süreç boyunca mağdurlara uygun bir hukuki yardım sağlamayı” bir gereklilik olarak düzenlemektedir.

İç hukukta işkence mağdurlarına soruşturma ve kovuşturma sırasında hukuksal yardım sağlanması genel hükümler çerçevesinde mümkün olabilmektedir.

409 Yöyler/Türkiye, Başvuru no:26973/95, 24 Temmuz 2003 , para.95

410 BM Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına Dair Temel Prensipler Bildirisi, 29.11.1985

5271 sayılı CMK'nın yürürlüğe girdiği 01.01.2005 tarihinden önce; mağdur ve şikâyetçi konumunda bulunanlara, hukuksal yardım sağlanmasına ilişkin herhangi bir ceza yargılaması kuralı bulunmamakta idi. Bu nedenle suçtan zarar görenler için barolarca avukat görevlendirilmesi, ancak Avukatlık Kanununun 176 ila 181. maddelerinde düzenlenen adli yardım hükümleri çerçevesinde yapılmaktaydı.

Ancak avukat ister mağdur tarafından seçilmiş, ister baro tarafından görevlendirilmiş olsun; soruşturmanın gizliliği kuralı gerekçe gösterilerek aktif olarak soruşturmaya katılması engelleniyor, dosya inceleme, örnek alma, ifade işlemi sırasında hazır bulunma gibi haklar kendisine tanınıyordu.

5271 sayılı CMK'yla soruşturma ve yargılama aşamasında mağdur ve şikâyetçinin veya katılanın hakları düzenlemiştir<sup>411</sup>, özellikle mağdura baro tarafından vekil atanması hakkı tanınarak uluslararası standartlara uygunluk sağlanmıştır. Yasanın kabul edilen ilk haline göre; mağdurun 18 yaşından küçük, sağır ya da dilsiz olması veya meramını anlatamayacak durumda bulunması halinde, kendisinin seçtiği bir vekili yoksa baro tarafından zorunlu olarak bir vekil görevlendirilecektir. Zorunlu vekil atanmasını gerektiren bu hallerin dışında, mağdurun istemi halinde yine kendine hukuksal yardım sağlamak için bir vekil görevlendirilecektir.

Ancak 24.07.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5793 sayılı kanunla, mağdurun istemine bağlı olarak vekil görevlendirilmesinin sınırı daraltılmıştır. Yürürlükteki haliyle CMK, yalnızca;

- Cinsel saldırı suçları ile,

- Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlar yönünden vekili olmayan mağdura istemi halinde baro tarafından vekil görevlendirilmesine olanak sağlamaktadır.

### **İşkence ve diğer kötü muamele suçları yönünden vekil görevlendirmesi nasıl olacaktır?**

#### **TCK 94 maddeye göre,**

m.94/1'de düzenlenen işkence suçunun basit hali için öngörülen cezanın alt sınırı 3 yıl olduğundan, mağdur ancak, zorunlu vekil atanmasını gerektirecek bir halin varlığı halinde hukuksal yardım alabilecektir.

Suçun m.94/2-3'de sayılan nitelikli hallerinde öngörülen cezanın alt sınırı 8 yıl olduğundan mağdur kendisine bir vekil atanmasını isteyebilecektir. Hatta 94. maddenin 3. fıkrası işkencenin, cinsel taciz yoluyla işlenmesine ilişkin bulunduğundan, bu fıkraya kapsamındaki işkence suçlarında mağdura istemi olmasa bile vekil görevlendirilmesini gerektirmektedir.

#### **TCK 95. maddeye göre;**

Maddenin 1. fıkrasında düzenlenen basit hali için öngörülen cezanın alt sınırı beş yıl altında olduğundan vekil görevlendirilmesini isteyemeyecektir. Maddenin 2, 3 ve 4. fıkralarında sayılan işkence suçları yönünden mağdur vekil görevlendirilmesini isteyebilecektir.

<sup>411</sup> CMK m.234 ila m.239



## **TCK 256. maddeye göre;**

Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçunun alt sınırı dikkate alındığında, mağdurun vekil görevlendirme hakkı bulunmamaktadır.

Bu düzenlemeler dikkate alındığında, yaş ya da suçun sonuçlarına göre bir ayrıma gidilmeksizin işkence veya diğer kötü muamele niteliğindeki suçlar yönünden, mağdurlara vekil atanması hakkını tanıyan yasal düzenlemelere gereksinim olduğu anlaşılmaktadır.

### **c. Mağdurun soruşturma işlemlerine aktif olarak katılabilmesi ve talepte bulunabilmesi**

İşkence suçu mağduru, yalnızca soruşturma makamlarına olayla ilgili bilgi veren kişi konumunda değil, soruşturmanın süjesi/tarafı olan kişidir. Bu yönüyle tanıktan ayrılır. Mağdurun ya da temsilcisinin soruşturmacıyı belli taleplerle yönlendirmesi örneğin failin tespitinde yaşanan hataların düzeltilmesi, delillerin toplanması, gerekli koruma tedbirlerinin alınması gibi konularda taleplerde bulunması mümkündür.

Soruşturmaya bu yönlü bir katılım, aynı zamanda soruşturmanın tarafsız, bağımsız makamlar eliyle yürütülmesi, derhal yapılması gibi diğer soruşturma ilkelerine uygunluğu ve soruşturma makamlarının ihmal niteliğindeki ya da hukuka aykırı eylemlerinin denetimini de sağlayacaktır.

Mağdur ve müştekinin haklarının düzenlendiği CMK 234. maddede, yukarıda ayrı başlık altında incelenen avukat görevlendirilmesini isteme hakkı yanında;

*Soruşturma aşamasında,*

- Delillerin toplanmasını isteme,
- Belge örneği isteme,
- “Vekili aracılığıyla” belgeleri ve el konulan/muhafaza altına alınan eşyayı inceleme,
- Kovuşturmaya yer olmadığına dair karara itiraz etme,

*Yargılama aşamasında ise,*

- Duruşmadan haberdar edilme,
  - Davaya katılma,
  - Tutanak ve belgelerde vekili aracılığı ile örnek alma,
  - Tanıkların davetini isteme,
  - Davaya katılmış ise verilen karara karşı kanun yollarına başvurma<sup>412</sup>
- haklarına sahiptir.

Maddenin son fıkrasında, bu hakların kendisine anlatılıp açıklanacağı ve tutanağa bağlanacağı belirtilmektedir. “Anlatmak” ve “açıklamak” kavramlarının bir arada kullanılması gerekli ve kuralın getiriliş amacına uygundur. Mağdura yalnızca haklarının bildirilmesi yeterli olmayıp davaya katılma, hukuk yollarına başvurma gibi hukuki kavramların ne ifade ettiğinin ve sonuçlarının da açıklanması, hakların kullanımını fiilen işler hale getirecek, soruşturma ve yargılamaya etkin katılımı sağlayacaktır.

<sup>412</sup> Davaya katılmanın sonuçları ve katılanın hakları CMK 237-243. maddeler arasında ayrıca düzenlenmektedir.

Uygulamada mağdur ve müşteki sıfatının farklı kişilerde olduğu durumlarda, yasayla tanınan hakların kim tarafından kullanılacağı konusunda sorun çıkabilmektedir.

Mağdurun yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı gibi nedenlerle dava ehliyetinin bulunmadığı durumlarda, şikâyet ve şikâyetçi olma koşuluna bağlı olan katılma hakkını tek başına kullanması mümkün müdür? Şikâyetçi konumundaki yasal temsilcisinin bu hakları kullanmaktan imtina etmesi ve soruşturmaya aktif katılım göstermemesi halinde ne olacaktır? Mağdurun 18 yaşından küçük, sağır ya da dilsiz olması veya me-ramını anlatamayacak durumda bulunması halinde mağdura, baro tarafından vekil atanması zorunluluğunu düzenleyen CMK 234/3. maddenin kapsamının, “cinsel sal-dırı suçlarının” ve “alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezası gerektiren suçlarının” mağ-durları ile daraltılmış olduğu da dikkate alındığında, dava ehliyeti bulunmayanlar için vekil görevlendirmesi kim tarafından yapılacaktır?

Şikâyetçi sıfatı bulunan yasal temsilcinin tüm bu hakları kullanmaktan imtina etme-si ya da yasal temsilcisinin bulunmaması veya kendisine ulaşamıyor olması halinde, işkence mağduru küçükler veya kısıtlılar, ayırt etme gücüne sahip olmaları şartıyla şikâyet haklarını bizzat kullanabilirler<sup>413</sup>. Bu hak dava yolu ile ileri sürülebilecek örneğin tazminat istemleri için de geçerlidir. Yargıtay 18 yaşından küçükler için 15.04.1942 tarihli içtihadı birleştirme kararında<sup>414</sup> aynı kuralı tekrar etmiştir.

Yaşanan deneyim gerek soruşturma aşamasında mağdurun bir özne olarak kabulü ko-nusunda gerekli özenin gösterilmediğini ortaya koymaktadır. Baran Tursun'un İz-mir'de polis tarafından öldürülmesi nedeniyle yapılan soruşturma sonucu hazırlanan iddianamenin mahkemece reddedilme gerekçelerinin büyük bir kısmını, mağ-dur/müştekinin soruşturma makamınca yok sayılmış olmasına dayanmaktadır.

(...)

#### GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ

Şüpheliler Veysel Aydın ve Oral Emre Atar hakkında yaralama suçundan TCK'nun 81/1, 21/2, 29/1,53 ve 63. Maddeleri gereğince cezalandırılmaları için kamu davası açıldığı, iddianamenin incelenmesinde;

a. İddianame içeriğine göre öldüğü anlaşılan Baran Tursun'un maktül olarak yazılması gerekirken iddianame başlığında müşteki olarak kayıt edildiği,

b. Dosyaya vekaletname ibraz eden ve Müşteki Mehmet Tursun'un vekili oldu-ğu anlaşılan Av. ...'nın şikâyetçi olduğunu belirttiği ayrıca 3 ayrı dilekçe ile şikâyetini ve toplanmasını istediği delilleri bildirdiği ve C. Savcılığınca bu delil-lerin bir kısmının toplandığı halde iddianame başlığında gerek müştekinin adının ve kimlik bilgileri ile müşteki vekilinin adının yer almadığı,

c. İddianamede suç olarak yaralama suçunun gösterildiği oysa sevk maddeleri-nin adam öldürme suçuna ilişkin olduğu,

413 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.16

414 Yargıtay İBĞK , 1940/14 E. ve 1042/9 K. 15.04.1942

d. İddianame içeriğindeki anlatıma göre; sadece Oral Emre Atar'ın eyleminin nitelendirildiği ve sonuç kısmında da “Bu itibarla şüphelinin olası kastla mak-tulü öldürdüğü anlaşılmalı ve eylemine uyan TCK'nun 81/1. (...) Maddeleri gereğince cezalandırılması” denildiği, diğer şüpheli Veysel Aydın yönünden sevk maddesi belirtilmediği gibi iddianame içeriğinden de eyleme ne şekilde katıldığına, suça iştirak mi ettiğinin yoksa eylemi diğer şüpheli ile doğrudan doğruya birlikte mi işlediğinin belirtilmediği

Bu nedenle ... iddianamenin iadesine karar vermek gerekmiştir<sup>415</sup>.

Mağdurun soruşturmaya etkin olarak katılmasının sonuçlarından biri de, soruşturma sonunda verilen olumsuz bir karara karşı itiraz edebilmesidir.

İç hukukta işkence mağduru, soruşturma sonunda kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi halinde, CMK 173/1. madde gereğince karara itiraz edebilir. İtiraz kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde, kararı veren C. savcısının bağlı bulunduğu ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesine yapılır.

Maddenin 3. fıkrasına göre, itirazı inceleyen mahkeme başkanı, itirazı haklı bulursa kararı kaldırarak kamu davası açılmak üzere dosyayı ilgili savcıya geri gönderir. Ancak, soruşturmada eksik bırakıldığını tespit ettiği konularda, soruşturmanın genişletilmesini sağlamak için sulh ceza hâkimi görevlendirebilir.

Söz konusu düzenleme soruşturma eksikliklerini tamamlamak yönünden yerinde ise de, gerek mahkeme başkanlarının soruşturmayı genişletme yetkisini kullanmamaları nedeniyle, gerekse görevlendirilen sulh ceza hâkimlerinin, bu şekilde önlerine gelen işlere yeterince önem vermemeleri nedeniyle beklenen sonuçları yaratmamaktadır.

İtiraz etmenin sonucu olarak, CMK 173/3. maddede 2005 yılından önce olmayan bir düzenleme ile, itirazın reddedilmesi halinde karara itiraz edenin yapılan giderleri ödemesine hükmedileceğini kabul etmiştir. Bu hükmün, işkence mağduruna, şikâyetini dile getirme konusunda kolaylık sağlanması gerektiğine ilişkin insan hakları hukuk ilkeleri ile bağdaşmadığı, etkili bir başvuru yapma konusunda caydırıcı olduğu açıktır.

### 3. SUÇUN AYDINLATILMASI VE FAİLLERİN TESPİTİNE İLİŞKİN YETERLİ İŞLEMİN YAPILMASI

Etkin bir soruşturma; işkence suçunun ve faillerinin ortaya çıkarılması için gerekli her türlü işlemin yapılmasını ifade eder. Soruşturmacı araştırma yaparken ve delilleri toplarken sorumluların cezalandırılmasını sağlama amacına uygun olarak hareket etmeli ve sonuç alınabilir işlemler yürütmelidir. Yalnızca işin soruşturulduğunu izlenimi vermek için yapılan ve suçu ortaya çıkarmaya yaramayan işlemler devletlerin etkin soruşturma yürütme sorumluluklarını ortadan kaldırmaz.

AİHM **Timurtaş/Türkiye** davasında<sup>416</sup> “...soruşturmanın işi sürüncemede bırakan, baş-tan savma, üstünkörü olduğunu dolayısıyla da başvuruçunun oğluna ne olduğunu ortaya çı-

415 Karşıyaka 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 28.12.2007 tarihli 2007/268 İD no.'lu kararı

416 Timurtaş /Türkiye, Başvuru no:23531/94, 13.06.2000 , para. 88

**Soruşturmacı, araştırma yaparken ve delilleri toplarken sorumluların cezalandırılmasını sağlama amacına uygun olarak hareket etmeli ve sonuç alınabilir işlemler yürütmelidir.**

*karma hususunda ciddi bir çaba olarak değerlendirilemeyeceğini...” karara bağlamıştır.*

İşkence iddialarının etkin olarak soruşturulmaması, böyle bir soruşturma yapılmasında hukuki yararı ve haklı beklentisi bulunanlar açısından işkence yasağının ihlali sonucunu yaratabilir.

Mahkeme **Enzile/Türkiye**<sup>417</sup> Kararında, gözaltına alındıktan sonra bir daha kendisinden haber alınamayan eşinin akıbetini öğrenmek için yaptığı başvurulardan sonuç alamayan başvuruçunun yaşadıklarının işkence yasağı kapsamında incelemiştir.

*“Bu tür bir ihlal, aile mensubunun ‘ortadan kaybolmasına’ değil, yetkili makamların olaya verdikleri tepkilere ve tutumlarına bağlıdır. Kaybolan kişinin yakını direkt olarak yetkili makamların tutumlarından mağdur olduğunu ileri sürebilir.*

*Kocasının kaçırılmasına tanık olmadığı halde, on yıldan fazla süredir ondan haber alamamaktadır. Bu süre boyunca kocasının davasını, yerel makamların dikkatine sunmak için girişimlerde bulunmuştur. Bu girişimlere rağmen başvuran hiçbir zaman, gözaltına alınmasının ardından kocasının başına neler geldiğine ilişkin mantıklı bir açıklama ya da bilgi alamamıştır. Başvuranın aldığı bilgiler, çoğunlukla sorumluluğun devlete ait olduğunu reddeden ya da sadece kendisine bir soruşturmanın devam etmekte olduğunu bildiren türdendir.”*

Mahkeme eşinin ortadan kaybolması ve akıbeti hakkında bilgi alamamanın başvuruçunun insanlık dışı muamele niteliğinde bir sıkıntı yaşamasına neden olduğuna ve başvuran yönünden 3. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. **Karara göre bu sıkıntının nedeni yetkili makamların, başvuranın şikâyeti ile ilgilenmemiş olmasıdır.**

Uluslararası içtihat hukukunda bir işkence soruşturması sırasında toplanacak deliller, yapılacak işlemler ve bunların niteliği konusundaki kriterler her olayın özelliğine göre farklılık gösterebilmektedir. Burada önemli olan, soruşturmacının olayın özelliğine göre; suçun doğru olarak vasıflandırılmasını sağlamak için muamelenin niteliğini, sonuçlarını ve tüm failleri ortaya çıkaracak delilleri doğru saptamak ve eksiksiz toplamaktır.

İşkencenin hukuksal açıdan soruşturulmasına ilişkin İstanbul Protokolü, soruşturma sırasında yapılacak asgari işlemleri şu şekilde saptamaktadır.

- Tıbbi raporların alınması,
- Tanıkların tespiti, dinlenmesi, kendilerinin ve aile üyelerinin güvenliğinin sağlanması,
- Fiziksel delillerin belirlenmesi ve toplanmasını sağlamak için işkence yapılan mekân veya alanda inceleme yapılması ve bu inceleme kapsamında,
  - Kan ve meni gibi vücut sıvıları ile saç teli, kıl gibi kimliği tespiti yarayacak delillerin toplanması, parmak izlerinin alınması,
  - İşkence için tasarlanmış veya işkence yapma amacıyla kullanılmaya elverişli aletlere el konulması,

417 Enzile/Türkiye, Başvuru no:54169/00, 08.01.2008 , para. 64-65

- Bina veya yerin ölçeklendirilmiş krokisinin çıkarılması ve katlar, odalar, girişler, bina çevresi gibi işkenceyle bağlantılandırılacak bölümlerin bu krokide gösterilmesi,

- Bina veya alanın fotoğraflarının çekilmesi,

- Delil olabilecek her türlü belgenin ve kaydın araştırılarak muhafazasının sağlanması,

- İnceleme sırasında orada bulunanların kimliklerinin ve iletişim bilgilerinin tespiti ile işkence olayına tanık olma ihtimali bulunan çevredeki kişilerin araştırılması,

- Bu yer resmi bir mekân dahi olsa delillerin korunması amacıyla kapatılmasının temini gerekmektedir.

**“Hızlılık”, bir işkence soruşturmasının etkin olabilmesinin temel koşullarındandır.**

Suçun işlendiği yerdeki delillerin, özellikle vücut sıvılarının toplanabilmesi, soruşturma işlemlerine derhal başlanmasıyla mümkün olacaktır. Tanıkların tespiti ve suç aletlerinin ele geçirilmesi de vakit geçirilmeden yapılması gereken işlemlerdendir. Bu nedenle hızlılık bir soruşturmanın etkin olabilmesinin temel koşullarındandır.

Cumhuriyet savcılarının suça ilgili her türlü delili toplama ya da toplanmasına karar verilmesini hâkimden isteme yetkisine sahiptir. Her türlü belgenin toplanması, bilgisayar, bilgisayar program ve kütüklerinde arama el koyma ve kopyalama, iletişimin dinlenmesi gibi işlemler gerek duyulduğunda işkence suçları yönünden de yapılmalıdır. Bu başlık altında, işkence soruşturmaları açısından öne çıkan ve uluslararası hukukun etkin bir soruşturmanın en önemli unsurları olarak kabul ettiği delil ve işlemler ayrıca incelenmiştir.

## **a. Tıbbi delillerin toplanması**

### **i. Mağdurun muayenesi ve işkence bulgularının raporlandırılması**

İşkence sonuçları itibarıyla kişinin bedensel ve ruhsal sağlığını bozan bir eylemdir. Bu nedenle öncelikle ve mutlaka, mağdur üzerinde yarattığı olumsuz sonuçların yani zararın tespit edilmesi gerekir. Bu tespit ancak tıbbi raporlama ile olabilmektedir.

Şüpheli konumundaki kişilerin adli muayenesinin nasıl yapılması gerektiğine ilişkin esaslar III. Bölümde “Hekime Erişim Hakkı”<sup>418</sup> başlığı altında ayrıntılı olarak açıklanmaktadır.

Ancak işkence mağduru, her olayda şüpheli konumunda olmayabilir. Bu durumdaki mağdurlar üzerindeki işkence izlerinin saptanmasında da önceki bölümde açıklanan esaslara uygun hareket edilmelidir. Daha açık ifade etmek gerekirse; tıbbi raporların kapsamı, mağdurun bilgilendirilmesi, muayene veya tedavi konusunda onayının alınması, hasta hekim ilişkisinde gizlilik ve mahremiyet kurallarına riayet, hekimin bağımsız olması gibi tıbbi raporlama ilkeleri yürütülmekte olan bir işkence soruşturması kapsamındaki tüm muayene ve raporlamalar için geçerlidir.

Mağdurun adli muayenesinin niteliği ve kapsamı kadar, süratli bir şekilde yapılması da büyük önem taşır. Ancak uygulamada savcılarının hızlılık konusunda gerekli özeni göstermediklerine, ruhsal rapor düzenlenmesine veya ileri tetkik yapılmasına yönelik

418 Bkz s. 192 vd.

talepleri reddettiklerine, eksik raporlarla soruşturmayı tamamladıklarına sıklıkla rastlanmaktadır. Böyle durumlarda raporlamanın ya da raporlardaki eksiklerin tamamlanması yargılama aşamasında yeniden gündeme gelecektir. Bu durumda tıbbi delillerin toplanmasına ve değerlendirilmesine ilişkin esasların yargılama aşamasında mahkemelerce de dikkate alınması gerekmektedir<sup>419</sup>.

Hekime Erişim Hakkı başlığı altında, şüphelilerin adli muayenesiyle ilgili olarak mevzuattan ya da kolluğun davranışlarından kaynaklanan sorunlara dikkat çekilmiştir. Uygulamada muayene edilenin yeterince bilgilendirilmediği, muayenenin ve raporların gizliliğinin sağlanmadığı, kişinin yaşadıklarına ilişkin anlatımlarının ve yakınmalarının raporlara yazılmadığı, fiziki izlerin eskizsiz olarak rapora geçirilmediği, raporlarda ruhsal bulgulara yer verilmediği, tıbbi bulguların nedenlerine ilişkin anlatımlarla bulguların örtüşüp örtüşmediğinin değerlendirilmediği gözlenmektedir.

Bu nedenle alıkonulma sırasında düzenlenen raporlar, işkence bulgularını hiç ya da yeterince ortaya koymayabilir. Soruşturma veya yargılama makamları bu raporlara rağmen, işkence görmüş olma kuşkusunu bulan kişilerin, yeniden muayene edilmesini sağlamalıdır.

Delil elde etmek amacıyla mağdurun beden muayenesinin yapılması ve örnek alınmasına ilişkin kurallar CMK 76. maddede; alınan örneklerin incelenmesi, incelemeye karar verme yetkisi ve inceleme sonuçlarının gizliliği CMK 78 ila 80 maddelerinde düzenlenmiştir.

Mağdurun rızasının olmaması halinde iç ve dış beden muayenesine C. savcısının talebi üzerine veya resen hâkim ya da mahkeme karar verir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. savcısı yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkeme onayına sunmak üzere beden muayenesine veya örnek alınmasına karar verme yetkisine sahiptir. Bu süre içerisinde onaya sunulmayan veya onaya sunulduktan sonra yirmi dört saat içinde onaylanmayan deliller kullanılamaz. Yasa, rıza bulunan hallerde C. savcısının doğrudan beden muayenesine ya da mağdurdan kan, saç, tükürük, tırnak gibi örneklerin alınmasına karar verebileceğini düzenlemektedir. Ancak rızası olmaksızın kişinin bedenine yapılacak her türlü tıbbi müdahale (muayeneler ve örnek alınması da dâhil olmak üzere) hekimlik meslek etiği kurallarına ve Biyotıp Sözleşmesi Sözleşmesine aykırıdır.<sup>420</sup>

**Mağdurun muayenesi yapılırken, fiziki izlerin yanısıra veya fiziksel iz bulunmayan hallerde işkencenin ruhsal etkilerinin raporlanması sağlanmalıdır.**

Mağdurdan alınan örneklerin, şüpheli, sanık ya da mağdura ait olup olmadığına incelenmesine ise hâkim karar verir. Özellikle mağdur üzerinde bulunup, faile ait olan sperm, kan, saç gibi örneklerin moleküler genetik incelemesinin yapılması işkenceden sorumlu olanların tespiti bakımından önem taşımaktadır. Olay yerinden ya da suç aletleri üzerinden elde edilecek örnekler de faillerin saptanmasında benzer bir işleve sahiptir.

Mağdurdan alınan ya da başka surette elde edilen örnekler üzerinde yapılacak moleküler genetik incelemeden sonuç alınabilmesi muhtemel faillerin hızla tespiti ve bu kişilerden karşılaştırmada kul-

419 Tekrardan kaçınmak adına Bölüm V'de yer alan İşkence Suçlarının Yargılanması'na ilişkin kısımda tıbbi deliller konusuna ayrıca değinilmemiştir.

420 Bkz. s. 144 vd.

lanılacak örneklerin alınmasına bağlıdır. Bu nedenle, soruşturma makamının işkencenin olası faillerini tespit etmesi CMK 75. maddesinde “şüpheli ve sanıklar” yönünden beden muayenesi ve örnek alınmasına dair kurallar çerçevesinde işlem yapılmasını sağlamalıdır.

Mağdurun muayenesi sağlanırken fiziki izlerin yanısıra veya fiziksel iz bulunmayan hallerde işkencenin ruhsal etkilerinin raporlanması sağlanmalıdır. Hatta işkencenin fiziksel etkilerinin, ruhsal etkilerinden daha hızlı ortadan kalkabileceği dikkate alınmalı, fiilin üzerinden zaman geçmesi nedeniyle fiziksel bulgulara yapılamayacağı hallerde bile ruhsal etkilerin raporlanması sağlanmalıdır.

İleri tetkik gerektiren muayeneler yönünden sağlık kuruluşunun ihtiyaca karşılık verecek donanımına sahip olmasına ve tetkiklerin araştırılacak konuda uzman hekimlerce yapılmasının sağlanmasına özen göstermelidirler.

Mağdur üzerindeki görülebilir izlerin fotoğraflanması gerekir. Ancak iç hukukta adli muayenenin yanısıra fotoğraf çekimini ön gören düzenlemeler bulunmamaktadır.

Hazırlanan raporların şekil ve içerik yönünden gerekli koşulları taşımasının yanısıra, kullanılan terimlerin işkencenin bulgulanmasına ilişkin tereddüt yaratmayacak açıklıkta olması da gerekmektedir. Gerek soruşturma, gerek yargılama aşamasında raporlarda tereddüt oluşturan ifadelerin varlığı tespit edildiğinde gerekli açıklamanın yapılması konusunda ek rapor ya da görüş alınmalıdır.

AIHM **Getiren/Türkiye Kararında**<sup>421</sup> bu konuyu incelemiştir. Ulusal Mahkeme, Başvuranın gözaltındayken düzenlenen raporda belirtilen kulak zarı delinmesinin travma sonucu oluşup oluşmadığı konusunda raporu düzenleyen hekimden açıklama istemiştir. Hekim “kulak zarının travmaya bağlı delinmesinin ‘taze’ olmadığı” bilgisini içeren bir açıklama yapmış, Ulusal Mahkeme başka bir araştırmaya gitmeksizin, sanık polislerin beraatine karar vermiştir. AIHM rapordaki “taze” teriminin anlamına ilişkin herhangi bir açıklama bulunmadığını, Ulusal Mahkemenin “tıbbi raporda oluşturduğu kaydedilen yaralanmaların nerede, ne zaman ve hangi koşullar altında oluştuğularına karar vermeden önce doktordan böyle bir açıklama” yapılmasını istememesini bir eksiklik olarak tespit etmiştir.

Mağdurun işkence gördüğüne ilişkin iddialarını destekleyen raporlara karşılık, söz konusu izlerin mağdurdan kaynaklanan bir durumun sonucu oluştuğuna ya da doğrudan mağdur tarafından meydana getirildiğine ilişkin tutanak düzenlemek, uygulamada sıkça başvurulmuş bir yoldur. Bu tutanaklarda, mağdurun yakalandığı sırada veya nezarethanede taşkınlık yaparak kendisine zarar verdiği, kaçmaya çalıştığı veya görevlilere direndiği için kendisine zor kullanılmak zorunda kaldığı gibi gerçeğe aykırı bilgiler yer alır. Böyle bir tutanak düzenlenmese bile işkence suçlaması ile hakkında adli işlem yapılan kamu görevlileri bu tür karşı iddiaları savunmalarına taşımaktadırlar.

Kamu görevlileri hakkında muhtemel bir soruşturmayı en baştan bertaraf etme amacını güden bu tür tutanaklardaki bilgilerin, gerçeği yansıtmayıp yansıtmadığı araştırmaksızın adli makamlarca benimsendiği görülmektedir. Hatta öyle ki, dosyadaki diğer bilgilerle çeliştiği ya da tutanak içeriğinin kendisini yalanladığı durumlarda (ki bu du-

421 Getiren/Türkiye, Başvuru no: 10301/03, 22 Temmuz 2008, para. 76

rumda ayrıca bir araştırmaya gerek olmaksızın bilginin doğru olmadığı anlaşılacaktır) dahi bu karşı iddialar takipsizlik veya beraat kararlarına dayanak yapılabilmektedir.

AIHM'nin bu konuda yerleşmiş içtihadı, iç hukuk yönünden de uygulayıcılara yol gösterecek niteliktedir. Hürriyeti kısıtlanmış ve kamu görevlilerinin kontrolü altında bulunan kişilerde oluşan yaraların, işkence niteliğindeki bir fiilden kaynaklandığını karine olarak kabul etmek gerekmektedir. Bu karinenin aksi, yani yaralanmadan kamu görevlilerinin sorumlu olmadığı ancak "tatmin edici" ve "inandırıcı" gerekçelerle ispatlanmadığı sürece işkencenin varlığını kabul etmek gerekir.

Örneğin AIHM, Uslu/Türkiye<sup>422</sup> Kararında; başvurucunun kaçmaya çalışması sonucu çıkan arbedede yaralandığına dair yakalama tutanağı bulunan bir davada, görevlilerin güç kullanmasının haklı nedene dayandığı gerekçesi ile ulusal mahkemece verilen beraat kararını kabul edilemez bulmuştur. Başvurucu yakalandıktan 13 saat sonra düzenlenen raporda bir kısım izler tespit edilmiştir. Ancak yakalandıktan 6 gün sonra alınan bir başka raporda önceki raporda sayılanların dışında da izler bulunduğu bilgisi vardır. AIHM, başvurucuya yakalama sırasında kuvvet kullanıldığı iddia edilse de; beraat kararı veren ulusal mahkemenin raporlar arasındaki farklara ve kuvvet kullanmayı gerektiren haklı sebeplere açıklama getiremediğine ve bu nedenle 3. maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

## ii. Otopsi

Ölümlü sonuçlanan işkence vakalarında ya da kamu görevlilerince işlenen örneğin ateşli silahla öldürme suçlarında mutlaka otopsi yaptırılmalıdır.

BM Hukuk Dışı ve Keyfi Kısıyoldan Infazların Etkili bir Biçimde Önlenmesi ve Soruşturulmasına dair El Kılavuzunda, savcılar ve adli tıp personeli tarafından otopsi yapılırken uyulması gereken ilkeler yer almaktadır. Buna göre potansiyel olarak ihtilafli olaylarda kısa muayene ve rapor yeterli değildir. Sistematik ve tam bir muayene yapılmalı ve rapor yapılan her türlü işlem ve tespiti kapsayacak nitelikte ayrıntılı olmalıdır. El Kılavuzuna göre, mağdurun uygun şekilde çekilmiş fotoğraflarının, tam görüntüsünü içermesi ve otopside tespit edilen izleri gösterecek şekilde olması gereklidir.

Maktul üzerinde yapılacak inceleme, belli bir zaman geçmesi ile imkânsız hale geleceğinden eksik incelemenin tamamlanması ya da tekrarlanması mümkün değildir. Bu nedenle herhangi bir hata veya yanlışlık, delillerin dolayısıyla ölüm sebebinin ve biçiminin saptanamaz hale gelmesine neden olabilir. Bu nedenle otopsiyi yapacak olan hekimin otopsi konusunda uzman olması, ayrıca gerekli tıbbi ve teknik donanıma sahip olması gerekir.

CMK 86. madde otopsi işleminden önce, ölen kişinin kimliğinin belirlenmesi ve adli muayenesini düzenlemektedir. Kimliğin tespiti, öleni tanıyanlar tarafından yapılacak bir tanıma işlemidir. Adli muayene ise; tıbbi belirtiler, ölüm zamanı ve ölüm nedenine ilişkin bulguların tespiti için C. savcısı huzurunda bir hekim tarafından yapılır. 86. maddenin gerekçesinde, adli muayenenin amacı olayı saptamak ve delil, iz, eser ve emare bulmak olarak sayılmıştır.

422 Uslu/Türkiye, Başvuru no:33168/03, 12 Nisan 2007 tarihli kararı



Otopsi işleminin kim tarafından ve nasıl yapılacağına ilişkin düzenleme ise CMK 87. maddede yer almaktadır. Otopsi C. savcısının katılımı ve kural olarak iki hekim tarafından yapılmalıdır. Ancak yasa iki hekim bulundurulamayan hallerde bir hekimle otopsi yapılmasına olanak tanımaktadır.

87. madde önceki düzenlemeden farklı olarak şüpheli/sanık müdafii veya müşteki vekili tarafından hazır edilen hekimin de otopside hazır bulunmasına olanak tanımaktadır. Madde gerekçesinde, yeni düzenlemenin nedeni, “adil yargılama hakkının gereği” ve “avukatların belli delillerin saptanmasına katkıda bulunması” olarak açıklanıldığından, taraflar adına otopsiye katılan hekimin delil toplanması ve belli incelemelerin yapılması konusunda taleplerde bulunma hakkına sahip olduğunun da kabulü gerekir. Yine CMK ile getirilen başka bir düzenleme de, otopsi işlemlerinin görüntülerinin kayda alınmasıdır.

Getirilen her iki düzenleme de yerindedir. Yapılan işlemlerin görüntülerinin alınması ya da tarafların özellikle ölenin yakınlarının çıkarlarını koruyacak bir hekimin varlığı, hem otopsiyi yapanları usule uygun davranmaya zorlayacak ve hem de işlemleri denetlenebilir kılacaktır. Özellikle avukatlarca hazır edilen hekimin delil tespiti ve toplanmasını isteyebilecek olması da otopsi raporunun doğru ve eksiksiz hazırlanmasına yardımcı olacaktır.

Türkiye’de kamu görevlilerince işlenen işkence sonucu öldürme veya doğrudan öldürme suçunun cezasız kalmasındaki önemli nedenlerden biri, soruşturma aşamasında yapılan otopsinin yetersiz olması ve bir kamu davası açılabilmiş olsa bile yargılama aşamasında bu eksikliğin tamamlanamamasıdır.

AIHM **Tanlı/Türkiye** Kararında<sup>423</sup> işkence iddiası veya şüphesi bulunan ölüm olaylarında otopsinin etkin bir soruşturma açısından taşıdığı önemi ve somut olayda otopsideki eksikliğin cezasızlık sonucunu nasıl yarattığını ayrıntılı olarak incelemiştir. Başvurucunun oğlunun gözaltındayken ölmesi üzerine yaptığı şikâyetinde, oğlunun işkence sonucu öldüğünü bildirmesi karşısında sanık polisler ve AIHM önünde hükümet “kişinin sorgulanması sırasında militan olduğuna dair bir takım belgelerin kendisine gösterilmesi sırasında şoka girdiğini ve kalp krizi geçirerek öldüğü” savunması yapmıştır. Mahkeme; ölüm olayını yürütülen soruşturmanın etkililiği ve özellikle otopsi incelemesinin ve otopsiyi yapan hekimlerin yeterli olmayışı nedeniyle yaşama hakkının ve etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

*“(…)Mahkeme, Mahmut Tanlı'nın ölümünün arkasındaki gerçeklerin belirlenmesinde otopsi araştırmasının son derece önemli olduğunu gözlemlemektedir. Bu araştırma savcı tarafından başlatılmış olsa da birçok önemli konuda yetersiz olduğu görülmektedir. Özellikle organlar yerinden çıkartılmamış ve ağırlıkları ölçülmemiş; kalp inceden inceye tetkik edilmemiş; boyun bölgesi dikkatli tetkik edilmemiş; elektrik şoku ya da diğer işkence ve kötü muamele şekillerinin varlığını tespit etmek üzere histopatolojik örnekler alınmamış; toksit madde analizleri yapılmamış; fotoğraf çekilmemiş ve tıkanıklığa neden olan kan pıhtısı bulgusu yeterince tasvir ve analiz edilmemiştir. Aynı zamanda ceset incelemesi yapan doktorlar CMUK'ta adli tıp doktorunun varlığını aranmasına rağmen adli patolog değillerdir. (...) Muhtemel kötü muameleye yönelik ölümü araştırmak üzere etkili bir soruşturma yürütmenin önemi, yeterli bir adli tıp uzmanının katılımını gerekli kılmaktadır. Ölümün hemen*

423 Tanlı/Türkiye, 10.04.2001, Başvuru No: 26129/95, para.150, 152, 153

sonrasında derhal böyle bir doktor bulunamasa da takip eden günlerde böyle bir doktorun araştırmayı neden devam ettirmediği hususuna açıklama getirilmemiştir. (...) Ölüm sonrası incelemenin kalifiye adli tıp uzmanı tarafından gerçekleştirilmediği; ölünün önceki sağlık durumu ve yaşı gözaltına alınarak ölümün şüpheli olduğu ve ailenin işkence iddiası bulunduğu bir durumda savcı daha ileri bir inceleme için gerekli adımları atmalıydı.

(...) Bu yetersiz adli tıp incelemesi göz önüne alındığında, Mahmut Tanlı'yı ölümden önce sorgulayan üç emniyet görevlisinin delil yetersizliğinden beraat etmesi pek sürpriz sayılmamalıdır.”

## **b. Olay yerinin incelenmesi - Keşif**

İşkence niteliğindeki bir eylem daha çok alıkonulan durumundaki kişilere yönelmekte ve gözaltı birimi veya cezaevi gibi tutma yerlerinde gerçekleşmekte ise de, işkence suçunun işlendiği mekân/yerler alıkonma yerleri ile sınırlı değildir. Suçun herhangi bir tutma yeri de dâhil olmak üzere kamu kurumlarına ait mekânlarda işlenmiş olması halinde de olay yeri mutlaka incelenmeli ve buradaki deliller hızla toplanmalıdır.

İnceleme sırasında ve gerekiyorsa sonrasında, delillerin bozulması, kayıtların değiştirilmesi gibi olasılıklara karşılık olay yerinin kapatılması sağlanmalıdır. Yürütülen kamu hizmetinin sekteye uğrayacağı, kurumun düzen ya da güvenliğinin bozulacağı gibi bir gerekçe olay yeri incelemesinden vazgeçilmesinde kabul edilebilir bir gerekçe değildir.

Kamu görevlilerinin işkence ya da öldürme suçları kamu kurumları dışındaki mekân ya da yerlerde işlenmiş olabilir. Suçun işlendiği yerin başka bir ifadeyle olay yerinin tespiti zaman zaman soruşturma makamının eylemi vasıflandırmasıyla ilgili değerlendirmelerine bağlı olabilir. İşkence niteliğindeki her eylem, doğrudan kişilerin bedenine yönelik şiddet içermeyebilir. Hatta doğrudan kişileri de hedef almayabilir.

Örneğin AIHM, Türkiye'nin doğu ve güneydoğu bölgesinde köy yakma olarak adlandırılan pek çok başvuruda, kişilerin ve aile üyelerinin barınma yerlerinin yakılmasını izlemek zorunda kalmalarını insanlık dışı muamele olarak nitelendirmiş ve işkence yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>424</sup>. Soruşturma makamları mala zarar verme niteliğinde bir eylemin, kişiler üzerindeki ruhsal etkilerini, manevi dünyalarına vereceği zararı ve evinin yanmasını seyretmenin yaratacağı çaresizlik duygusunu öngörerek hareket etmelidir. Bu durumda kişinin yanmış evi, yalnızca mala zarar verme suçunu yönünden incelenmemeli, işkence suçunun ortaya çıkarılmasına ilişkin incelemeleri de kapsamalıdır.

İç hukukta keşfin kim tarafından ve hangi esaslar dâhilinde yapılacağı CMK 83. ve 84. maddelerinde düzenlenmektedir. 83. madde kural olarak keşfin hâkim ya da mahkeme tarafından yapılacağını kabul etmekle birlikte, soruşturma aşamasında gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. savcısının da keşif yapmaya yetkili olduğunu düzenlemektedir. Diğer deliller yönünden yasa bir delilin toplanması ya da soruşturma işleminin yapılmasına karar verme konusunda mahkeme ya da savcılara yetki vermekte iken, keşif yönünden karar vermeyi değil, yapmayı baz almıştır. Bundan dolayı, keşif kararı ister hâkim ya da mahkeme tarafından, ister savcı tarafından verilmiş olsun keşif işlemi kararı veren yargısal makamca icra edilmek zorundadır.

424 Yöyler/Türkiye, para.74 -75

Bu nedenle keşif konusunda kolluk, haiz olduğu adli göreve ilişkin yetkiyi tek başına kullanamaz. Keşfin yargı makamlarınca doğrudan yapılmasını kabul etmesi yönünden 83. madde işkence soruşturmaları ve yargılamaları bakımından olumludur.

Gecikmesinde sakınca bulunan hal ile işkence suçu arasında doğrudan bir illiyet kurma olanağı var mıdır? Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı mevzuatta “derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hâli” olarak tanımlanmaktadır. İşkence suçunun işlendiği mekân veya yerler, genel olarak suç faili konumundaki kamu görevlilerinin kontrol ve tasarrufu altındadır. Bu nedenle delillerin değiştirilmesi, kaybedilmesi veya gizlenmesi riski yüksektir. Özellikle alıkonma birimleri içerisinde işkence yapmak amacıyla tasarlanmış veya sürekli bu amaçla kullanılan mekânlara yönelik yapılacak keşif işleminin gecikmesi halinde, başkaca suçların işlenmesine de göz yumulmuş olacaktır.

İşkence delillerine ve faillerine ulaşmadaki en önemli soruşturma işlemlerinden olan keşfin, gecikme nedeniyle yararsız ve etkisiz hale gelmesi riski çok yüksektir. Soruşturma aşamasında savcıların, gecikmesinde sakınca bulunan hali takdir ederken, Devletlerin sonuç alınabilir bir soruşturma yürütme ve derhal soruşturma yükümlülüğünü dikkate almaları gereklidir.

Hâkim tarafından keşif kararı verilmesi ve bizzat icra edilmesinin beklenmesinin risk yarattığı durumlarda savcılık makamları yetkilerini kullanmaktan çekinmemelidir. AIHM Türkiye’den yapılan işkence ve yaşam hakkı ihlaller kapsamında keşif yapılmasını bir soruşturma eksikliği olarak tanımlamanın<sup>425</sup> yanısıra, pek çok kararında keşfin geç yapılmasının da etkili soruşturma yapma yükümlülüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir.<sup>426</sup>

CMK 84/1. maddesi keşif işlemine katılma hakkı bulunanları saymaktadır. Maddeye göre şüpheli, sanık, mağdur ve bunların müdafii veya vekilleri keşifte hazır bulunabilirler. Maddenin 4. fıkrasında, işlemin geri bırakılmasına neden olmamak şartı ile bu kişilerin işlemde önceden haberdar edilecekleri belirtilmektedir.

Yargılama ve soruşturma aşamalarına göre keşifte tarafların hazır bulunmasının yaratacağı sonuçları ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir.

Soruşturma sırasında yapılan keşif işlemi, soruşturmacıyı delillere ve faillere götüren bir yoldur. Bu aşamada ya failer henüz belli değildir ya da belli olsa bile keşif işleminin yapılacağından haberdar olmaları halinde suç delillerini kaybetme, değiştirme ya da gizleme olasılığı bulunmaktadır. Failin tutuklama ya da görevden uzaklaştırma gibi tedbirlerle deliller üzerindeki muhtemel müdahalesine karşı güvence alınmış olsa bile, alıkonma yerindeki diğer görevlilerin suç delilleri özellikle de işkence aletlerini gizleme ve kaybetme riskleri bulunduğundan, şüpheliye önceden haber verilmesi keşiften beklenen yararı ulaşılmaz hale getirebilecektir.

Uygulayıcılar bu durumda, savunma hakkını kısıtlanmama sorumluluğu ile etkin bir işkence soruşturması yapma yükümlülüğü arasında kalabilir. Böyle bir halin varlığı halinde, işkence soruşturmasının zayıf öznesi olan mağdurun “etkili başvuru hakkı”

425 Aydın/Türkiye, Başvuru no: 23178/94, 25 Kasım 1997 , para. 106

426 Yöyler/Türkiye, para. 92

dikkate alınarak sorunun giderilmesi yerinde olacaktır.

Mağdurun anlatımları, işkence suçunun aydınlatılmasında kilit bir işlev göreceğinden yeniden travmaya uğramayacak olması koşuluyla keşif işlemine katılmasının sağlanmasına özen gösterilmelidir.

Yargılama aşamasına gelindiğinde ise, teorik olarak soruşturma aşamasında deliller toplandığından ve failler tespit edildiğinden sanıkların da önceden haber verilerek keşifte hazır bulunmasının sağlanması gerekir.

Yukarıda sayılanların yanısıra tanık ve bilirkişinin keşif sırasında hazır bulundurulması ve bilgilerine başvurulması gerekebilir. Uygulamada daha çok yargılama safhasındaki keşif işlemlerinde karşılaşılan bu hal işkence suçu açısından yerinde sonuçlar yaratmaktadır.

Keşif sırasında yapılması gereken bir takım işlemler uzmanlık gerektirebilir ve delillerin toplanması sırasında bozulma ya da karıştırılmalarına karşı belli kurallara uyum gerekebilir. Özellikle keşif sırasında, kroki çizimi, ölçüm yapılması, fotoğraflama gibi işlemler yönünden uzman kişilerin yardımına ihtiyaç duyulabilir. Ya da olay yerinde kan, saç, tırnak, tükürük örneği gibi özel bilgi ve araçlara ihtiyaç duyulan delillerin araştırılması ve toplanması gerekebilir. Bu nedenle keşif işlemi sırasında elde edilmek istenen bilgi ve delil konusunda önceden bir değerlendirme yapılarak, gerekli donanım ve bilgiye sahip uzmanların hazır edilmesi gerekecektir.

Gerekli hazırlık yapılmadan gerçekleştirilen veya olay yerinin durumunun ve delillerin tespitinde eksiklik bulunan keşif işlemleri etkin bir soruşturma yürütme sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

AİHM **Adalı/Türkiye** kararında,<sup>427</sup> olay yerinde yapılan inceleme sırasında parmak izi alınmamasını, olay yerinin fotoğraflarının çekilmemesini ve olay yeri incelemesi yapanlar arasında koordinasyon sağlanmamış olmasını soruşturma eksikliği olarak nitelendirmiştir.

Uygulamada soruşturma aşamasında keşif işlemi yapılan dosya örneğine rastlamak neredeyse imkânsızdır. TİHV tarafından izlenen ya da basından takip edilen dosyalar içerisinde, savcı tarafından derhal keşif yapıldığını gösteren iki olay bulunmaktadır. Bunlardan biri “Derhal Soruşturma Başlığı”<sup>428</sup> altında ayrıntılarına yer verilen İdil Cumhuriyet Başsavcılığının 2008/564 soruşturma No.lu dosyasında yapılan keşif işlemidir. Keşif işlemi, yaralı haldeki mağdurların muayene ve tedavilerinin sağlanmasını ve herhangi bir tehdit ya da baskıdan korunmaları yönünde tedbir alınmasını sağlamanın yanısıra, keşif sırasında emniyet merkezinde bulunan tüm kolluk görevlilerinin katıldığı teşhis işlemi sonucunda suç faillerinin tespiti sağlamıştır.<sup>429</sup>

Yukarıda bahsi geçen Baran Tursun’un öldürülmesi olayı ile ilgili olarak yürütülen soruşturmanın hiçbir aşamasında keşif işlemi yapılmamıştır. Suçtan haberdar olan nöbetçi Cumhuriyet savcısı telefonla talimat vermek dışında herhangi bir işlem yapmadığı gibi, sonradan soruşturmayı yürütmekle görevlendirilen Cumhuriyet savcısı

427 Adalı/Türkiye, Başvuru no: 38187/97, 31Mart 2005 , para.227

428 Bkz. s. 216 vd.

429 Diğer dosya için bakınız s. 253, 254.

da olay yerinde keşif yapma yetkisini kullanmamış ve keşif yapması için hâkime talepte bulunmamıştır. Olay yerindeki tüm araştırma ve delil toplama işlemleri olay tarihinde silah kullanan şüpheli konumundaki iki polis memuru ve mesai arkadaşları tarafından yapılmıştır. Bu iki polis memuru dışında adli işlemleri yürüten diğer kolluk görevlilerinin bir kısmı aynı zamanda olay tanığı olarak dinlenmiştir. Soruşturma işlemlerini yapan ve tanık olarak da dinlenen kolluk görevlilerinden dördü hakkında suçu bildirmeme ve suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçu nedeniyle; sonradan soruşturmaya katılan olay yeri inceleme şubesi görevlileri hakkında ise, resmi belgede sahtecilik ve suç delillerini yok etme, gizleme ve değiştirme suçlaması ile kamu davası açılmıştır.

Olayla ilgili keşif işlemi ancak yargılama aşamasında yapılabilmüş, keşifte dinlenen sanık ve tanıkların olay mahallinde yer göstererek verdikleri ifadelerin, savcılıkta ve mahkemede verdikleri beyanlarla çeliştiği ortaya çıkmış, özellikle silahın ateşlenmesi sırasında olay yerinde bulunan ekiplerin ve Baran Tursun'un kullandığı aracın pozisyonları konusunda davanın sonucunu etkileyebilecek yeni bilgilere ulaşılmıştır.

Bu dosya özellikle kamu görevlileri tarafından işlenen suçlarda, olay yerindeki delillerin tespiti ve toplanması konusunda savcılık makamının haiz keşif yapma yetkisini kullanmamasının, delillerin kaybedilmesine ve sahte belgelerle yeni delil uydurulmasına yol açabileceğinin çarpıcı örneklerinden birini oluşturmaktadır.

Yine TIHV tarafından takip edilen başka bir dosya işkence suçları yönünden olay yerinde yapılacak incelemenin önemini ortaya koyması dikkate değer bilgiler içermektedir.

Bilim Araştırma Vakfı'na yönelik bir operasyon kapsamında gözaltına alınan 27 kişi İstanbul Organize Suçlar Müdürlüğünde **12.11.1999-18.11.1999** tarihleri arasında işkence gördüklerini beyan etmişlerdir.

Kaba dayak, haya sıkma, kelepçeyle sandalyeye bağlama, elektrik verme ve küfür şeklinde muamelelere maruz kaldıklarından yakınan mağdurların şikayeti üzerine Fatih Cumhuriyet Savcılığı tarafından 2000/3849 Hazırlık numarası ile yürütülen soruşturma sonunda **26.10.2001 tarihinde takipsizlik kararı** verilmiştir.

Yapılan itiraz, Beyoğlu 1. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Ancak yapılan başka bir itiraz üzerine Beyoğlu 3. Ağır Ceza Mahkemesi **13.04.2004 tarihinde soruşturmanın genişletilmesine** karar vermiştir. Fatih 2. Sulh Ceza Mahkemesi kanalıyla yapılan soruşturmadan sonra itiraz makamı **13.04.2005 tarihinde itirazın kabulü ile takipsizlik kararının kaldırılmasına** ve sanıklar hakkında kamu davası açılmasına karar vermiştir.

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından **22.06.2005 tarihli iddianame ile 8 polis memuru hakkında "işkence yapmak" suçlamasıyla kamu davası açılmıştır.**

İstanbul 5. Ağır Ceza Mahkemesi'nde görülmeye başlanan davanın ilk duruşmasında, mağdurların aynı mahkemede devam başka bir dosyada mahkemeyi reddetmiş olmaları, bu dosya açısından da mahkemenin tarafsız olamayacağı gerekçesi ile heyet çekilmiştir. Dava halen İstanbul 7. Ağır Ceza Mahkemesi 2005/273 E. Sayılı dosyası ile görülmeye devam etmektedir.

Davanın en önemli özelliği, 5 yıl, 7 ay süren bir soruşturma süreci sonunda açılmış olmasıdır. Hazırlanan iddianamede, iddianamenin hazırlanmasına kadar geçen sürece ilişkin yukarıda özetlenen bilgiler dışında, suçun faillerine, yapılan muamelenin ayrıntılarına dair hiçbir değerlendirme yer almamaktadır.

Keşif yapılmamış olan dosyada mağdur anlatımlarından yola çıkarılarak hazırlanan ve yine mağdurlar tarafından dosyaya sunulan animasyon bir film, emniyet birimi içinde işkence yapılan özel birimin ve işkence yapmak amacıyla kullanılan malzemelerin varlığına ilişkin ayrıntılı bilgiler içermektedir. Görsel anlatımda;

- İstanbul Organize Şube Müdürlüğü'nün ana giriş kapısından başlayarak, ana koridoru ve koridor sonunda sağdaki kapıdan girildiği gösterilen nezarethane ve işkence odasının bulunduğu bölüm tariflenmektedir.

- Bu kapıdan girildiğinde, kişilerin işkence yapılmak üzere gözleri bağlı olarak, kalorifer borusu, dolap kapağı veya sandalyeye kelepçenerek bekletildiği bir hol tanımlanmaktadır. Bu bölümde 12 saat esasına göre nöbet tutan ve kişilerin uyumasına izin vermeyen nöbetçi bulunduğu belirtilmektedir.

- Holde bulunan iki kapıdan birinin işkence odasının bulunduğu yere açıldığı, bu kapıdan girildiğinde tam karşıdaki bulunan kapının işkence odasına ait olduğu, soldaki ilk bölümde tuvalet bulunduğu, onun yanındaki kapının içinde küvet bulunan ve pek sık kullanılmayan bir birime açıldığı gösterilmektedir.

- Tarif edilen tuvaletin baygınlık geçirenleri ayıltmak amacıyla veya elektrik işkencesi öncesi kişileri ıslatmak için kullanıldığı belirtilmekte ve tuvaletin kapısı bulunmadığına işaret edilmektedir.

- İşkence odası olarak tanımlanan odanın büyüklüğü, odada uygulanan işkence yöntemlerine ilişkin açıklamaların olduğu filmde, ağır acı verecek nitelikte bir muamele yapıldığı sırada, kişilerin çırpınması, kasılması veya kıvrınması sırasında oluşabilecek izleri bertaraf etmek için 5 cm kalınlığında bir süngere yatırıldıkları, ellerinin ve ayaklarının sabit noktalara bağlandığı belirtilmekte ve tokat, yumruk, haya sıkma gibi mutad muamelenin sonunda kişilere elektrik verildiği belirtilmektedir.

Görsellik kazandırılarak sunulan mağdur anlatımları, bir emniyet merkezi içinde "işkence yapılmak" üzere ayrılmış özel bir bölümün varlığına ilişkin çarpıcı bilgiler içermektedir. Mekânlar arasındaki konumlanış ve ayrıntı gibi görünen bazı bilgiler işkence iddiasının gerçekliğini güçlendirmektedir. İşkence sırasında bayılanları ayıltmak ya da elektrik işkencesi öncesi kişileri ıslatmak için kullanıldığı belirtilen tuvaletin kapısının olmadığına ilişkin bilgi böyledir. Emniyet birimi içinde kapısız bir tuvaletin bulunması, asıl amacının dışında kullanıldığını göstermektedir. Tuvaletin kullanılmakta olup olmadığı ve kapısının bulunup bulunmadığı, olay yerinde yapılacak basit bir inceleme sırasında kolayca belirlenebilir. Tuvaletin gerçek amacına uygun olarak yani gözaltındaki kişilerin ihtiyaçları için kullanıldığı iddia edilse bile, bu takdirde uygulamanın kişilerin mahremiyetini ihlal ettiği ve bunun onur kırıcı niteliği tartışma konusu olacaktır.

### **c. Tanıkların belirlenmesi ve dinlenmesi**

Bir işkence vakası hakkında bilgi ve/veya görgüsü bulunan kişilerin mutlaka dinlenmesi önemlidir. Tanıkların kimler olabileceği konusunda en önemli bilgi yine mağdurun anlatımlarından edinilecektir.

Yakalama sırasında gerçekleşen ya da yakalama sırasında başlayıp gözaltı biriminde devam eden şiddet veya aşağılama içeren eylemler için, genelde yakalanan kişinin yanında bulunanlarca (özellikle aile üyeleri ya da arkadaşları) verilecek bilgi önemlidir. Ki pek çok dosyadan yakalama işlemi sonrasında yakalanan kişinin yakınlarının gözaltı birimine gittikleri burada yapılan muameleye, en azından bir bölümüne dair tanıklıkları olduğu anlaşılmaktadır.

Mağdurun anlatımlarının kaydedildiği aşamada, olayın özelliklerine göre yanında bulunanlara ya da kendisini gözaltı biriminde ziyaretlere ilişkin kimlik ve iletişim bilgilerinin mağdurdan sorulmasını ve bu kişilerin dinlenmesi gerekir.

Ancak işkence, gizli işlenen veya kolayca gizlenebilen bir suçtur. Bu nedenle mağdurun tanık olarak gösterebileceği kimse olmayabilir veya mağdur olayın tanıklarının kimlik ve iletişim bilgilerine sahip olmayabilir. Soruşturmacının böylesi durumlarda, tanık olabilecek kişilerin kimler olduğunu kendiliğinden araştırması gerekir.

Her olayın özelliğine göre, muhtemel tanıklara ulaşmak için izlenecek yol değişecek olmakla birlikte, kişinin alıkonulma sırasında işkence görmüş olması durumunda gözaltı kayıtları, kamera görüntüleri ya da kolluk tarafından yapılan işlemlerden tespit edilebilen kişilerin dinlenmesine çalışılmalıdır. İşkence suçunun işlendiğinin iddia edildiği zaman dilimi içinde gözaltında bulunan başka kişiler nezarethane kayıtlarından, emniyet birimine ziyaret ya da başka amaçla girmiş bulunan kişiler bina girişinde tutulan ziyaretçi defterinden veya kamera kayıtlarından tespit edilebilir. Yine kolluk tarafından yürütülen başka dosyalarda şikâyetçi ya da tanık sıfatı ile dinlenmiş olan kişilerin, bu sırada işkenceye tanık olup olmadıklarının da araştırılması mümkündür.

Tanıkların ve aile üyelerinin herhangi bir tehdit veya misillemeye karşı korunmasına yönelik tedbirlerin alınması etkili bir soruşturmanın gereğidir. Tanığın böyle bir korumadan yararlanabileceğinin ifadesi alınmadan önce kendisine bildirilmesi, tanıklık yapması halinde herhangi zarara uğramayacağı konusunda kendisini güvende hissetmesinin sağlanması yerinde olacaktır. Aksi halde doğru ve yeterli bilgiye ulaşmak fiilen mümkün olmayabilir.

Tanıkların çağırılması ve dinlenmesine dair kurallar CMK 42 ila 61. maddelerde düzenlenmiştir. CMK 236. maddesinin tanıkların dinlenmesine ilişkin maddeye yaptığı atıf nedeniyle, mağdurun dinlenmesi esaslarının yer aldığı bölümde<sup>430</sup> CMK 52. maddeye değinilmiş, dolayısıyla tanıkların hangi esaslar dâhilinde dinleneceği açıklanmış idi. Bu nedenle bu bölümde, uygulamadan yola çıkarak karşılaşılan sorunlar ve sorun alanlarına ilişkin mevzuata değinilmekle yetinilmiştir.

İşkence suçuyla ilintili soruşturmalarda, tanıkların dinlenmesine dair özel bir düzenleme bulunmadığından genel hükümler uygulanacaktır. İşkence soruşturmalarının bizzat savcılar tarafından yürütülmesi gerektiğine ilişkin açıklamalar, gerek tanıkların belirlenmesi, gerekse dinlenmesi için de geçerlidir. C. savcılarının bu yetkilerini adli kolluk aracılığıyla yerine getirmeleri halinde, tanıklara ulaşılama sorunu yaşanabileceği, kendilerine ulaşıldığı halde bile kolluk tarafından dinlenmenin baskı ve

**Mağdur tanık olarak kimseyi gösteremese soruşturmacı tanık olabilecek kişileri kendiliğinden araştırmalıdır.**

430 Bakınız sayfa 223 vd.

tehdit riski yaratacağı ya da en azından olumsuz bir psikolojik etken oluşturacağı dikkate alınmalıdır.

Tanıkların dinlenmesi için zorla getirilmeleri halinde de aynı sakıncalar doğabilir. CMK 43. madde, tanıkların kural olarak yazılı usulle çağrılmalarını düzenlemektedir. Ancak tanığın tutuklu işlerde zorla (kolluk marifeti ile) getirilebileceğini (CMK m.43/1), duruşmanın devamı sırasında hemen dinlenmeleri gerektiğinde görevlilerce hazır bulundurulabileceğini (CMK m.43/3) ve usulüne göre davet edilmesine rağmen gelmemesi halinde zorla hazır edileceğini (CMK m.44) öngören düzenlemeler, tanıkların adli makamlardan önce kollukla muhatap olması sonucunu yaratacağından yukarıdaki benzer sakıncalar doğurabilir.

CMK 235. madde atfı nedeniyle belirtilen durumlarda mağdur ya da şikâyetçi de kolluk marifeti ile hazır edilebilir. Ve tanıklar yönünden söz konusu sakıncalar öncelikle ve fazlasıyla mağdur ve şikâyetçi için geçerlidir.

CMK 43/2. maddesi gerek tanık, gerekse mağdur ve şikâyetçi için “telefon, faks, telgraf ve elektronik posta yoluyla” çağrıyı düzenlemektedir. İletişimin doğrudan ve hızlı olabilmesini sağlayan bu araçların ve özellikle soruşturmacı ile dinlenecek kişinin diyalog kurmasına da olanak veren telefonla çağrının tercih edilmesi yerinde olacaktır.

Uygulamada kamu görevlilerinin işkence ya da öldürme suçlarına ilişkin soruşturmalarda, tanıkların dinlenmesi ya da saptanması konusunda ciddi eksiklikler olduğu Türkiye’ye karşı açılan davalarda AIHM’in vermiş olduğu kararlarından da anlaşılabilir<sup>431</sup>.

Tanıkların bizzat savcı tarafından dinlenmesi ve çağrılmaları, kolluk görevlileriyle muhatap edilmemeleri kadar gecikmeksizin dinlenmeleri de etkin bir soruşturmanın gereklerindedir. Diğer delillere ve faillere ulaşmayı sağlaması açısından tanıklar bir an önce dinlenmeli, gerektiğinde keşif ve teşhis işlemlerine katılmaları sağlanmalıdır.

İşkence suçuyla ilgili soruşturmalarda ve dolayısı ile açılan davalarda, yaşanan ciddi sıkıntılardan biri kamu görevlilerinin tanık olarak dinlenmesiyle ortaya çıkmaktadır. Genellikle alıkonulan kişilere yönelen şiddet ya da zor kullanma sınırının aşıldığı durumlarda, görevlilerin hazırlamış olduğu tutanakların imzacıları tanık olarak dinlenmektedir. Olayla, yakalamayla ya da zor kullanmayla ilgili olarak düzenlenen tutanaklar daha çok, işkencenin fiziksel izlerine dair gerçek olmayan bilgiler içermekte ve esas olarak kamu görevlilerini muhtemel bir soruşturma ve cezadan korumak amacıyla düzenlenmektedir.

Uygulamada, bu tutanakların ve tutanak imzacılarının tanık olarak vermiş oldukları ifadelere yargı makamlarınca itibar edildiği ve takipsizlik ya da beraat kararlarına dayanarak kabul edildikleri gözlemlenmektedir.

Kolluk görevlileri arasındaki mesleki dayanışmanın veya hiyerarşik ilişkinin bir yansıması olan gerçeğe aykırı tutanak düzenleme ve/veya tanıklık etme durumuna karşı soruşturma ve yargılama görevi olanların dikkatli olması, dosya bilgileri ve özellikle

431 Ergi/Türkiye, Komisyon Raporu, para. 136, 151; Asker ve Selçuk/Türkiye, Başvuru no: 23184/94, 23185/94, 24 Nisan 1998, para. 97, 195; Menteş/Türkiye, Başvuru no: 23186/94, 28 Kasım 1997, para. 91; Adalı/Türkiye, Başvuru no: 38187/97, 31 Mart 2005, para.229



adli raporlarla tanık anlatımları arasındaki çelişkileri giderecek şekilde sorularla gerçek bilgiye ulaşmaları gerekir.

Tanık ifadelerinin gerçeğe uygunluğu konusunda önemli bir gösterge de, kamu görevlilerinin tanık olarak vermiş olduğu ifadelerin kimi zaman yazım hataları da dahil olmak üzere bire bir aynı olması durumudur. Hiçbir olayın farklı kişilerce, aynı kelimelerle anlatılması mümkün olmadığından, bu tür ifadelerin ifadeyi verenlerin gerçek bilgisini yansıttığını kabul etmek mümkün değildir.

AİHM Yöyler/Türkiye Kararında<sup>432</sup>, "...aynı zamanda köy korucularından alınan ifadelerin, savcı tarafından hazırlandığı izlenimini verecek şekilde bir kalıptan çıkma olduğuna ve bu sebeple de bunlara herhangi bir ehemmiyet verilemeyeceğine..." dikkat çekmiştir.

#### **d. Bilirkişi incelemesi ve uzman mütalaası**

Soruşturma ya da yargılama aşamalarında uzmanlık, özel ya da teknik bilgi gerektiren konularda bilirkişiden görüş almak mümkündür. CMK 63/1. madde bilirkişi incelemesine karar verme yetkisini mahkemeye tanımakla birlikte, C. savcısının, şüpheli/sanığın, müdafinin, "katılanın", "vekilinin" veya kanuni temsilcinin de bilirkişi incelemesine karar verilmesini istemeye hakkı olduğunu düzenlemektedir.

Maddenin 3. fıkrasında, C. savcılarının soruşturma aşamasında bilirkişi incelemesi yaptırma yetkisine sahip oldukları düzenlendiğinden, 1. fıkrada "katılan"a tanınan hakkın, soruşturma evresinde "mağdur" ve/veya "şikâyetçi" tarafından kullanılabilceğini kabul etmek gerekir.

Bilirkişi, görevi ve konumu itibarıyla tarafsız ve bağımsız olmalıdır. CMK atanmış bilirkişinin tarafsız olmasına yönelik bazı düzenlemelere yer vermektedir. Hâkimin reddini gerektiren nedenlerle bilirkişilerin reddinin istenebileceği düzenleyen CMK 69. madde ve tanıklar için sayılan çekinme nedenlerinin bulunduğu hallerde bilirkişilerin görevden çekinebileceğini düzenleyen CMK 70. madde böyledir.

Ancak ceza muhakemesi sisteminde, tarafsızlığın ön koşulu olan bağımsızlık koşulunu gerçekleştirmeye yönelik herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bilirkişilerin atanmasına dair CMK 64/3. madde "kanunların belirli konularda görevlendirdiği resmi bilirkişiler öncelikle atanır" demekle, işkence suçları yönünden bilirkişinin bağımsızlığı sorununu daha da derinleştirmiştir.

İşkence ya da kollukça işlenen öldürme suçları mutlaka tıbbi ve bazen de balistik inceleme gerektirmektedir. Bu dosyalarda görüntü ya da ses kaydı veya fotoğraf incelemesi yönünden veya olayın özelliklerine göre başkaca özel veya teknik bilgi gerektiren bir hal nedeniyle bilirkişi atanmasına ihtiyaç duyulabilir.

Uygulamada işkence soruşturma veya yargılamalarını ilgilendiren konuların, daha çok kanunla kurulmuş bulunan üç kurumun görev alanına girdiği ve yargı makamlarınca "öncelikle görevlendirildikleri" görülmektedir.

**Tanıklar, bizzat savcı tarafından dinlenerek kolluk görevlileri ile yeniden muhatap edilmemeli ve etkin bir soruşturma için dinlenmeleri sağlanmalıdır.**

432 Yöyler/Türkiye, para. 91

Adalet Bakanlığına bağlı olan Adli Tıp Kurumu, Emniyet Genel Müdürlüğünün alt birimi olan Kriminal Polis Laboratuvarları Dairesi Başkanlığı ve Jandarma Genel Komutanlığı bünyesinde çalışan Jandarma Kriminal Daire Başkanlığı; kollukça işlenen suçlarda, bu arada işkence ve öldürme vakalarında bilirkişilik yapmaktadırlar. Adalet Bakanlığı verilerine göre<sup>433</sup> işkence ve işkence sonucu ölüm suçlaması ile hakkında işlem yapılan kamu görevlilerinin %94'ünün polis ve jandarma olduğu dikkate alındığında bu kurumlara bağlı birimlerce sağlanacak bilirkişilik hizmetinin bağımsız ve dolayısı ile tarafsız olamayacağı daha net görülebilecektir.

Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007-2013) Adalet Hizmetleri Özel İhtisas Komisyonu Raporu'nun "Durum Analizi" başlığı altında yer alan değerlendirmeler, uzun yıllardan beri tartışılan ancak yasal çözüm üretilmekten kaçınılan bilirkişilik hizmetlerinin bağımsız olarak yürütülmediği ve yetersizliği konusundaki eleştirileri özetler niteliktedir.

Adli tıp ve adli bilimler alanındaki bilimsel ve teknolojik gelişmelere uygun olarak, gerektiğinde iddia ve savunma ile işbirliği içerisinde, maddi olayı ortaya çıkarma amacına ulaşabilmek için, suç yeri incelemesi ve kanıtların toplanması tekniklerinin uygulanmasında ve kriminolojik analiz laboratuvarlarının çalıştırılabilmesinde merkez laboratuvarlar dışında teşkilatlanma yetersizlikleri ile yetmişmiş insan gücü ve teknik altyapı eksiklikleri mevcuttur. Adli Tıp Kurumu'nun taşra örgütünün yeterli bir donanım ve örgütlenme biçimine kavuşturulamamış olması adli tıp hizmetlerinin verimli ve düzenli sunumunu güçleştirmektedir.

Adli Tıp Kurumu'nun malî, idarî ve bilimsel özerkliği sağlanmadan Adalet Bakanlığı'na bağlı olarak görev yapmakta olması bilirkişilik kurumunun bağımsızlığı ilkesine aykırılık oluşturduğu gibi aynı zamanda, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı bünyesindeki kriminal laboratuvarların Adli Tıp Kurumu dışında ayrı ayrı hizmet vermeleri adli tıp ve adli bilimler alanında hizmet aksamalarına yol açmaktadır.

Adli Tıp Kurumu'nun bağımsız olmadığına ilişkin tespitler özellikle işkence suçları kapsamında verdikleri raporlarda, politik söylemleri dahi aşan tıbbi mütalaalara dayanmaktadır. Türkiye'de resmi söylem işkencenin olmadığı ya da olsa bile münferit olduğu şeklinde iken, Adli Tıp Kurumunca hazırlanan raporların genel özeti "işkence yoktur" şeklinde okunabilir. Kamu görevlilerini "münferit" olarak dahi işkenceden sorumlu tutmaktan kaçınan Adli Tıp Kurumu, çoğu dosyada işkence faillerinin cezasız kalmasının "tıbbi gerekçe"ni yaratmaktadır.

AİHM **Salman/Türkiye** Kararında<sup>434</sup> başvuruçunun babasının işkence sonucu ölüyle ilgili iddiaları kapsamında açılan soruşturmada önce takipsizlik kararı verilmesi, AİHM'e yapılan başvuru sonrasında yazılı emirle açılan kamu davasının ise beraatla sonuçlanması sürecini ve tıbbi delilleri incelemiştir. Adli Tıp Kurumunca verilen otopsi raporunu dair uzun değerlendirmelerin yer aldığı kararda; "...başvuruçudan dile getirilen işkence iddialarına dair delil eksikliği, savcı tarafından 19 Ekim 1992 tarihinde verilen takipsizlik kararı ile Adana Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 26 Aralık 1994 tarihinde verilen beraat kararının dayanağı olmuştur. Mahkeme, ya-

433 2006-2007 yılı verileri için bakınız sayfa 208, 209.

434 Salman/Türkiye, Başvuru no:21986/93, 27.06.2000 , para. 107

pılan otopsideki kusurların, Agit Salman'ın ölümünden polislerin sorumluluğunu belirlemeye yönelik herhangi bir girişimi temelinden çürüttüğünü düşünmektedir.” diyerek tıbbi inceleme ve raporlama hatalarının cezasızlık sonucu yaratan etkisine dikkat çekmiştir.

CMK 67/son maddesi, “uzman mütalaası” olarak adlandırılan yeni bir müessese tanımlamaktadır. Maddeye göre C. savcısının, şüphelinin veya sanığın, müdafinin, “katalanın”, (soruşturma aşamasında “mağdurun” veya “şikâyetçinin”), vekilin ya da kanuni temsilcinin kendi seçtiği bir uzmandan bilimsel görüş alabilme hakkı bulunmaktadır. Bu görüş, doğrudan yargılama konusu olayla ilgili olabileceği gibi, savcı ya da mahkeme tarafından yaptırılacak bilirkişi incelemesinde değerlendirmek üzere veya hazırlanmış bir bilirkişi raporunun değerlendirilmesine yönelik olabilir. Kendisinden istenilen konularda inceleme yapan ve rapor hazırlayan uzman da, bilirkişi gibi duruşmada dinlenebilir.

İşkence ve kamu görevlilerince işlenen öldürme suçlarında, bilirkişilik hizmeti vermek üzere seçilen kurumların bağımsız olmayışı, hazırladıkları raporlara yansıyan taraflılığı, ayrıca yetişmiş personel ve teknik olanakları bazındaki yetersizlikler hazırlanan raporlarda ciddi hata ve eksikliklere neden olmaktadır.

Bu sorunların giderilmesi yasal değişikliklerle mümkün olabileceksede, soruşturma ve yargılama aşamalarında ortaya çıkan eksikliklerin giderilmesi ya da yanlışlıkların düzeltilmesi konusunda uzman mütalaası elverişli bir yöntem olarak kullanılabilir. III BÖLÜM'de Hekime Erişim Hakkı başlığı altında belirtildiği gibi, Adli Tıp Kurumunca hazırlanan raporlara karşı, Tabip Odaları, TIHV ve Adli Tıp Uzmanlar Derneği gibi alanda çalışma yürüten kuruluşlarca hazırlanan alternatif/ikincil raporlar, CMK 67/6. maddesi düzenlemesi ile soruşturma ve yargılama makamlarınca mutlaka dikkate alınması gereken delil niteliğini kazanmıştır.

#### e. Faillerin tespiti

İşkence faillerinin cezasız kalmasının en önemli nedenlerinden biri, yürütülen soruşturmalarda failin tespitinde yapılan hatalardır. İşkence yasağının mutlak karakteri, işkence niteliğindeki eylemi gerçekleştirenler kadar, işkence suçunun ortaya çıkarılmasını engelleyenlerin de cezalandırılmasını gerektirir. Bu nedenle işkenceden sorumlu olanların tespitine yönelik inceleme, görevini kötüye kullanarak ya da ihmal ederek suçun aydınlatılmasını ve faile ulaşmayı engelleyenlere de ulaşmayı amaçlamalıdır.

C. savcılarının hazırladıkları iddianamelerde, işkenceye olanak veren ya da açığa çıkarılmasını engelleyenlere yönelik isnatların bulunmadığı, işkence ya da diğer kötü muamele eylemlerini doğrudan gerçekleştirenlerin dahi doğru olarak tespit edilemediği görülmektedir. Hukuki olmaktan çok, yasak savma niteliğinde olan iddianamelerde, yakalama ya da ifade tutanağında imzası bulunan kolluk görevlilerine karşı dava açıldığı ancak isnat yeterli dayanaktan yoksun olduğundan yargılama sonunda beraat kararları verildiği izlenen dosyalardan anlaşılmaktadır.

AIHM **Salman/Türkiye**<sup>435</sup> Kararında “...iddianamede, bütün bu dönem içinde nöbetçi üç nezarethane memuru dâhil, yakalanmasından ölümüne

**İşkence faillerinin cezasız kalmasının en önemli nedenlerinden biri, yürütülen soruşturmalarda fail tespitinde yapılan eksiklikler ve hatalardır.**

435 Salman/Türkiye, para. 107

*kadar Agit Salman'la temasta buldukları bilinen tüm polislerin isimleri, aralarında herhangi bir ayırım yapılmaksızın yer almıştır. Agit Salman'a kötü muamele yapan veya yapmış olabilecek polislerin kimliklerinin daha açık bir şekilde tespiti için herhangi delil sunulmamıştır.*” denilerek, etkili soruşturma yapma yükümlülüğünün ihlal edildiğini tespit etmiştir.

Mağdur, delillere ulaşmada olduğu gibi faillerin tespitinde de kilit isimdir. Mağdurdan alınan bilgi, bir başlangıç olarak kabul edilerek sorumluluğu olan tüm faillerin saptanması mümkündür.

## **i. Teşhis**

Uygulamada, kamu görevlileri hakkındaki şikâyetlerde failin tespitini sağlamak amacıyla, kolluk birimlerinden temin edilen fotoğraflar kullanılmaktadır. Fotoğrafların temini için yapılan yazışmalarla geçen süre, soruşturmanın uzamasına neden olmakta, fotoğrafların belli aralıklarla güncellenmediği ya da idari birim tarafından tamamını gönderilmediği durumlarda yapılan tespit eksik ve sağlıklı olabilmektedir.

Fotoğraflar yalnızca yüzden tanımaya olanak sağladığı için, bunun dışındaki boy, kilo gibi bedensel özelliklerin ve ses, aksan gibi diğer belirleyici niteliklerin failin tespitinde etkili olmaması sonucunu doğurmaktadır.

Özellikle işkence suçunda çokça karşılaşılan göz bağı uygulaması ya da faillerin kar maskesi, kask gibi yüzü örten giysiler giymeleri halinde, fotoğraf teşhisi sonuç almaya yaramaktadır.

Yine uygulamada, mağdurun şikâyetine konu olan birim/birimlerdeki tüm görevlilere ait fotoğraf albümlerinin getirilerek bazen yüzlerce fotoğraf içinden teşhis yapmasının istendiği görülmektedir. Olaya uygun olarak, örneğin mağdurun şikâyetine konu olan olayda yakalamayı yapanlar, mağdurun tutulduğu süre içinde alıkonma yerinde görevli olanlar, sağlık kontrolüne götürülenler, adliyeye sevk işlemine katılanlar ayrı ayrı belirlenerek ve gruplandırılarak fotoğrafları mağdura gösterilmeli, yüz yüze yapılacak teşhiste de suç işlemiş olma kuşkusu bulunan görevlilerin gruplandırılması sağlanmalıdır.

Fotoğraf üzerinden yapılacak teşhis, ancak yüz yüze teşhisi kolaylaştırmak ve sağlıklı sonuç vermesini sağlamak için teşhise katılacakların sayısı azaltmak amacıyla kullanıldığında, etkin bir soruşturma işlemi kabul edilebilir.

Teşhis işleminin nasıl yapılacağı, CMK ya da ilgili yönetmeliklerde değil, Polis Vazife ve Salahiyet Kanununda düzenlenmiştir. PVSŞ'ya 5681 sayılı kanunla 14.06.2007 tarihinde eklenen Ek Madde 6, Adli Görev ve Yetkiler başlığını taşımaktadır. Madde'nin 1. fıkrasında, teşhis işleminin savcının talimatı ile yapılacağı belirtilmektedir. CMK'da sayılmamış olsa bile adli bir işlem olan teşhisin savcılar tarafından da yapılabileceğine kuşku yoktur.

İşkence soruşturmaları kapsamındaki tüm işlemler gibi teşhisin de bizzat savcı tarafından yapılması doğru ve sağlıklı sonuç alabilmenin temel koşuludur.

AİHM soruşturma aşamasında hiçbir teşhis işlemi yapılmayan, , tanıkların teşhis yapması için istenen fotoğrafların emniyet müdürlüğü tarafından gönderilmediği, bu ge-

çikmenin diğer nedenlerle birleşip davanın zamanasına uğramasına neden olduğu Hüseyin Şimşek/Türkiye Kararında<sup>436</sup>,

*“AIHM sanıklara tanınan bu serbestiyi ve hele de emniyet yönetiminin nasıl olup da beş yılı aşkın bir süre boyunca isnat edilen olaylara karıştıklarından şüphelenilen polis memurlarının fotoğraflarını vermeyi reddetmek suretiyle bir ceza mahkemesinin emirlerini çiğneyebildiğini anlamakta güçlük çekmektedir. Daha da şaşırtıcı olan, 1 Nisan 2002 tarihli duruşmadan başlayarak en geç 23 Eylül tarihine kadar davanın zamanasına uğrayacağından tamamen haberdar olmalarıdır. Ancak hâkimlerin çoğunluğu bu duruma rağmen iki duruşma daha yapılmasına karar vermiştir. AIHM bu kararın hangi amaca ve hangi zorunluluğa binaen alındığını kesinlikle anlayamamaktadır.”*

diyerek Türkiye’de işkence suçunun cezasız kalmasını sağlayan basit ama bilinçli hataların sahibi olan idare ve yargı makamlarının eylem ve zihniyetini eleştirmiştir.

## **ii. Kollukça düzenlenmiş evrak ve tutanaklar**

İşkence iddiasının içeriği ve kapsamına göre, hazırlanmış olan belgelerden yola çıkılarak failin tespitine çalışılmalıdır. Mağdur, şüpheli konumunda bir kişi ise kendisi ile ilgili olarak yürütülen adli işlemler sırasında pek çok tutanak düzenlenecektir. Yakalama ve zor kullanmaya ilişkin tutanaklar, üst arama tutanağı, ifade tutanağı, sevk ve salıvermeye ilişkin tutanaklar, nezaret edenleri göstermesi yönünden sağlık raporları failerin saptanmasında soruşturmacıya bilgi verebilir.

Özellikle yakalama ya da alıkonma sırasında mağdurun kendisine zarar verici davranışlarda bulunduğu veya kendisine zor kullanmasını gerektirecek nedenleri yarattığına dair tutanaklar önceden de belirtildiği gibi, genellikle işkence suçunun fiziksel izlerine gerekçe bulmaya yönelik olarak düzenlenmekte ve gerçeğe aykırı bilgiler içermektedir. Bu tür tutanaklarda imzası bulunan görevlilerin fail ya da failin kim olduğuna dair bilgisi olan tanıklar olduğu, ancak gerçeği gizlemeye yöneldikleri dikkate alınmalıdır.

Bu tür belgelerde ki tarih, saat ve olaylara ilişkin bilgilerin genellikle çelişki taşıdıkları görülmektedir. Bu çelişkiler, daha çok dikkatsizlik ya da ihmalden değil gerçeğe uygun tutulmamalarından kaynaklanmaktadır. Çelişkilere ilişkin ayrıntılar dikkatli incelendiğinde, işkenceyi gizlemeye yönelik işlem yapanların tespiti de mümkün olabilmektedir.

## **iii. Diğer kayıtlar:**

Alıkonma mekânında tutulan nezarethane defteri, görev listeleri, telsiz kayıtları, araç plakalarına ilişkin bilgiler, emniyet binası ya da cezaevindeki kamera görüntüleri veya telefon kayıtlarına ilişkin dökümler; olayın özelliğine göre failin tespitinde incelenmesi gereken kayıtlardır.

## **f. Failin göreve devam etmesini engelleyecek tedbirlerin alınması**

İşkence niteliğinde bir eylemi gerçekleştirdiğinden kuşku duyulan bir kamu görevlinin, görevine devam etmesi, sahip olduğu yetkiler dikkate alındığında pek çok sakın-

436 Hüseyin Şimşek/Türkiye, Başvuru no: 68881/01, 20 Mayıs 2008 , para.69

ca yaratabilir. Önceden de belirtildiği gibi kamu görevlileri delilleri gizleme, değiştirme ya da ortadan kaldırma olanaklarına sahip olmasının yanısıra pozisyonu gereği, mağdur ya da tanıklar üzerinde baskı kurma ve yıldırma olanaklarını da sahiptirler.

Uluslararası hukuk, işkence niteliğinde bir eylemi gerçekleştirdiğinden kuşku duyulan görevlilerin soruşturma ve yargılama aşamalarında görevden uzaklaşturmalarının gerekliliğine işaret etmektedir.

İşkenceye Karşı Komite, işkence ya da kötü muamele ile suçlanan personelin, soruşturma süresince görevden uzaklaştırılmasını tavsiye etmektedir.<sup>437</sup>

İstanbul Protokolü, “işkence veya kötü muameleye karışmış olma ihtimali bulunanlar, şikâyetçiler, tanıklar ve aileleri ile soruşturmayı yürütenler üzerinde doğrudan ve ya dolaylı olarak kontrol veya yetki kullanabilecekleri her tür konumdan uzaklaştırılmalıdır”<sup>438</sup> demekle görevden uzaklaştırmanın çerçevesini daha keskin çizgilerle belirlemektedir.

AIHM Getiren/Türkiye Kararında<sup>439</sup>, “AIHM, ayrıca, bir devlet memurunun işkence veya kötü muameleyle suçlandığı durumlarda, soruşturması veya davası süren görevlinin görevinin askıya alınmasının, hüküm giymesi durumunda ise mesleğinden men edilmesinin önemine dikkat çekmektedir.” demekle etkili bir soruşturma için görevden uzaklaştırmanın önemini altını çimiştir. Mahkeme pek çok kararında işkence faillerinin görevden alınmamasını etkili soruşturma yürütme sorunluluğunun ve dolayısı ile 3. maddenin usul yönünden ihlali olarak nitelendirmiştir.<sup>440</sup>

Ayrıca görevi başında kaldığı sürece kamu görevlilerinin, nüfus veya mesleki dayanışma duygularını kullanarak adli makamların istemiş olduğu bilgi ve belgelerin gönderilmesini geciktirme riski de bulunmaktadır. Yine kamu görevlisinin, adli mercileri etkileme ve yönlendirme amacıyla görevi dışında işlemler yapması da tarafsız ve bağımsız soruşturma ve yargılama ilkesine zarar verebilecektir.

Gerek mağdurun baskı ve tehditlere karşı korunmasını sağlama yükümlülüğünün gereği olarak, gerek delillerin korunmasını sağlamak ve gerekse yargı mercilerini etkilemeye yönelik girişimleri engellemek amacı ile belli tedbirlerin alınması, etkili bir soruşturmanın unsurlarından biridir.

## **i. Tutuklama**<sup>441</sup>

CMK 100. madde “kuvvetli suç şüphesi” ve “tutuklama nedenlerinin bulunması halinde” şüpheli ya da sanığın tutuklanmasına karar verilebileceğini düzenlemektedir.

Tutuklama nedenleri ise failin “delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme” ya da “tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması”na yönelik davranışlar sergilemesi ve “kaçma, saklanma veya kaçacağı şüphesi uyandıran” davranışlarının varlığıdır.

<sup>437</sup> İşkenceye Karşı Komite, Bolivya ile ilgili Sonuç Gözlemleri, 2001 (UN doc. A/56/44), para.97(d).

[bkz. BM Sözleşme Organlarına Bireysel Başvuru Usullerine İlişkin Elkitabı, s.233]

<sup>438</sup> İP EK I -İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ve Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesine Kılavuzluk Eden İlkeler, md. 3/c

<sup>439</sup> Getiren/Türkiye, para 84

<sup>440</sup> Benzer kararlar için bakınız. Hüseyin Şimşek/Türkiye, para. 67, Ali ve Ayşe Duran/Türkiye, Başvuru no:42942/02, 08 Nisan 2008 , para. 64

<sup>441</sup> Tutuklama tedbiri için ayrıntılı bilgi için bakınız, sayfa 131.

CMK 101. madde belli suçlar yönünden, fail yukarıda sayılan tutuklama nedenlerinin varlığını gösterir davranışlar sergilemese bile, tutuklama nedenlerinin mevcut olduğunun kabul edilebileceğini düzenlemektedir. Maddenin 4. fıkrasında sayılan “ışken- ce (TCK m.94-95)” suçu bu nitelikteki suçlardır.

İşkence failinin pozisyonu ve yetkileri gereği soruşturma ya da yargılama sonucunu değiştirebilme olanağına sahip olduğu düşünüldüğünde, 101. maddedeki düzenleme- nin yerinde olduğu görülmektedir. İç hukukta zor kullanma yetkisinde sınırın açıl- ması (TCK m.256) olarak tanımlanan, ancak uluslararası hukuk ve özellikle AIHM içtihatları göre işkence yasağının ihlalini oluşturan suç yönünden ayrı bir düzenleme yapılmamış olması bir eksikliklerdir. Çünkü işkence failinin sahip olduğu yetki ve ko- num, zor kullanma sınırını aşan kamu görevlisi için de geçerlidir. Ancak ayrı bir dü- zenleme yapılmamış olması 256. madde de düzenlenen suç yönünden tutuklama ted- birine başvurulmasına engel olmayıp, 100. madde kapsamında bu tedbirin uygulan- ması olanak dâhilindedir.

İşkence soruşturmaları ve yargılamaları açısından önemli bir tedbir olan tutuklama- nın, neredeyse hiç uygulanmadığını söylemek mümkündür. TIHV tarafından 2006- 2008 yılları arasında izlenen 41 dosyanın 38'i doğrudan kamu görevlileri tarafından işlenen işkence veya öldürme vakalarına ilişkindir. 38 dosyanın yalnızca 3 tanesinde fail/faillerin bir kısmı tutuklanmıştır. Bu dosyalardan birisi işkence neticesi öldürme, ikisi tanesi ise ateşli silah/bomba ile öldürme suçu ile ilgilidir. İşkence suçu nedeni- le fail hakkında tutuklama tedbirine başvuru tek dosya örneğinin bulunması ve bu dosyada eylem sonucunda ölüm meydana gelmiş olması, yargılama makamlarının tut- tuklamaya nadiren ve ancak ağır sonuçlarının olması halinde başvurduklarını göster- mesi açısından dikkat çekicidir.

## ii. Görevden uzaklaştırma:

İç hukukta, CMK da düzenlenen tutuklama tedbirinden başka, kamu görevlisinin hakkındaki soruşturma ya da yargılama devam ederken, görevde kalmasını önlemeye yönelik idari nitelikte tedbirlerde düzenlenmektedir.

Yukarıda Bağımsız Soruşturma başlığı altında verilen Adalet Bakanlığı istatistiklerine göre; 2006 ve 2007 yılları arasında işkence suçu nedeniyle hakkında işlem yapılanla- rın %94'ü polis ve jandarmadır. %6'ı ise bakanlık tarafından diğer kamu görevlileri olarak kategorize edilmiştir. bulunmaktadır. II. BÖLÜM'de işkence suçu failinin kim- ler olabileceğine ilişkin açıklamalarda, herhangi bir kamu görevlisinin fail olabilece- ği belirtilmiş idi.

Görevden uzaklaştırma tedbirinin hangi durumlarda ve kimler hakkında uygulanaca- ğına ilişkin temel düzenleme 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda yer almaktadır. Ancak kanunun 1/3. maddesi, emniyet teşkilatı mensupları ile subay, astsubay, uz- man çavuş ve uzman jandarma olan askeri personelin özel kanun hükümlerine tabi ol- duğunu düzenlemektedir.

**Devlet Memurları Kanununun** 137. maddesinde; hakkında disiplin soruşturması açı- lan memurun görevinin başında kalmasının sakıncalı bulunduğu durumlarda, 140. maddeye göre ise hakkında ceza kovuşturması açılması halinde tedbirin görevden uzaklaştırılabileceği düzenlenmektedir. Her iki halde de uzaklaştırma tedbirinin uy- gulanması bir zorunluluk olarak düzenlenmemiş, idareye takdir yetkisi tanınmıştır.

**Emniyet Teşkilatı Kanununun** Ek 8. maddesinde ise; “Disiplin kurullarınca haklarında meslekten çıkarma cezası verilenlerden görevi başında kalmasında sakınca görülürler, kararın onaylanmasına kadar, genel hükümlere göre görevinden uzaklaştırılabilir” denilmektedir. Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü’nün 8. maddesinin 39. bendi, işkence suçunun idari anlamda meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılacağını düzenlemektedir. Bu nedenle polisin işkence nedeniyle görevden uzaklaştırılması mümkündür. Ancak Ek 8. madde düzenlemesi, uzaklaştırma tedbirini neredeyse uygulamaz hale getirmektedir. Maddeye göre; bir polis memuru hakkında işkence nedeniyle idari soruşturma başlatılmış olması yeterli olmayıp, soruşturma sonunda memurun ayrıca meslekten çıkarılmasına karar vermiş olması gerekmektedir. Görevden uzaklaştırma yalnızca, kararın verilmesi ile kesinleşmesi arasında uygulanabilecek olması açısından işlevsizdir. Kaldı ki; uygulaması bu kadar zor şartlara bağlanmış olmasına rağmen, uzaklaştırma kararı verilip verilmeyeceği konusunda da idareye takdir hakkı tanınmıştır.

**Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun**, 16/1. fıkrası Jandarma subay, astsubay ve uzman jandarma ile sivil memurlarının askeri yargıya tabi suçlardan dolayı veya ağır hapis gerektiren cürümlerde; suç delillerinin elde edilmesini temin etmek yahut değiştirilmesini veya yok edilmesini önlemek için gerektiğinde geçici süreyle işten el çektirilebileceklerini ya da görevden uzaklaştırılabileceklerini düzenlemektedir. Her iki halde de, işten el çektirme kararını verme yetkisi askeri amir veya komutanlara tanınmış olup ayrıca işten el çektirmenin gerekli olup olmadığı takdir yetkisi bu kişilere bırakılmıştır.

Üç kategorideki kamu görevlisi yönünden de, işkence ve diğer kötü muamele niteliğindeki eylemleri nedeniyle uluslararası hukukun aradığı, mutlak görevden uzaklaştırma sonucunun yaratan yasal düzenlemeler bulunmadığı açıktır. Kamu görevlilerinin, haklarında devam eden soruşturma ve kovuşturmalar sırasında görevden uzaklaştırılmaları tamamen idari makamların takdirine bırakılmıştır. Uygulamada ise, görevden uzaklaştırma tedbiri uygulandığına ilişkin örnek bulmak neredeyse imkânsızdır.

İşkence ve diğer kötü muamele suçlarının soruşturulmasına ilişkin aktarılan ilkelere uygun soruşturmalar yapıldığında, suçun ortaya çıkarılması ve faillerinin belirlenerek cezalandırılmasının sağlanması mümkün olabilecektir. Olay yerinin incelenmesi ve keşif başlığı<sup>442</sup> altında, TİHV tarafından izlenen davalar içinde soruşturma aşamasında keşif yapılan iki örnekten biri olduğu belirtilen dosyada soruşturma işlemleri bu tespiti doğrular niteliktedir. Dosyada yürütülen soruşturma ve sonuçlarına ilişkin bilgi, neredeyse etkili soruşturma ilkesi kapsamında anlatılanların uygulanmış kısa özeti niteliğindedir.

Murat Polat, 27.06.2005 tarihinde getirildiği Adana 1. Sınıf Askeri Cezaevinde kabul işlemleri sırasında, kendisine uygulanan işkence sonucunda beyin kanaması geçirmiş ve hastaneye kaldırılmıştır. Polat’ın, bir süre sonra yaşamını kaybetmesi üzerine açılan soruşturma ve yapılan otopside, ölümün, “künt kafa travması sonucu meydana gelen beyin kontüzyonu, parankim içine kanama ve bunların komplikasyonları” nedeniyle gerçekleştiği saptanmıştır.

442 Bakınız sayfa 238.



Soruşturma, askeri savcılık tarafından, daha önce aynı cezaevinde tutuklu olarak kalmış olan bir şüphelinin başka bir soruşturma kapsamında verdiği bilgiler doğrultusunda derinleştirilmiştir. Savcılık, Polat'ın ölümüne neden olan suça ilişkin bilgilerle birlikte, kabul işlemleri sırasında, kabul odasında yapılan **muamelelere (kaba dayak, kızgın tel basma, soğuk su sıkma, cop yalama, çıplak halde çök-kalk uygulaması, yerdeki kendi kanını sildirme vs.)** ve bunların cezaevinde **olağan ve sistematik bir uygulamaya** dönüştüğü bilgilerine ulaşmıştır. Savcılık, ayrıca, bu bilgilerden yola çıkarak bu süreçte **6 kişinin daha mağdur olduğunu** saptayarak, bağlantılı suçları da araştırmıştır.

Yapılan **keşif işlemi** sırasında öncelikle **kabul odasının konumu, koridor uzunlukları ve nezarethanelerin bulunduğu yerlere** ilişkin saptama yapılmıştır. Daha sonra, Polat'ın ölümüne neden olacak ağırlıktaki muamelelerden haberdar olması gereken cezaevi müdürü, komutanlar ve gardiyanların **görev yaptıkları mekânların kabul odasına göre konumları tespit edilerek kroki üzerinde işaretlenmiştir.**

Soruşturma kapsamında ulaşılan bilgiler uyarınca, Polat'ın dövülmesi sırasında kullanılan ve üzerinde isimler ile terhis tarihleri yazılı tahta sopaların saklandıkları yer keşif işlemi sırasında tespit edilmiş ise de sopalar bulunamamıştır. Bununla birlikte, sopalardan biri daha sonra savcılığa teslim edilmiştir. Savcılık, **sopanın kimler tarafından kullanıldığını saptayabilmek için sopa üzerlerinde yazılı tarih ve isimleri, cezaevinde görev yapan er ve subay listeleriyle karşılaştırarak faillerin belirlenmesinde delil olarak kullanılmıştır.**

Ayrıca, **cezaevi kayıtları incelenmiş** ve rutin hale gelmiş olan muamelelere maruz bırakılmış olabilecek tutuklulara ulaşılmaya çalışılmıştır. Ulaşılabilen **mağdurların beyanları da faillerin tespitinde kullanılmıştır.**

Yine askeri cezaevinde gardiyan ya da idareci olarak görev yapan askerlerin isim listeleri, göreve başlama ve bitirme tarihleri üzerinden yürütülen araştırma sonucunda, **denetim görevini ihmal edenler ve suça göz yumanlar** da dâhil olmak üzere, **eylemi gerçekleştirenler ve emir verenler** tespit edilerek fail olarak soruşturmaya dâhil edilmiştir.

Polat'ın dövülmesi sonucunda ağırlaşarak hastane kaldırılmasını müteakiben başlatılan ve cezaevi idarecileri tarafından yürütülen soruşturma sırasında, **gerçeğe aykırı tutanak ve sahte imzalı belgeler düzenlendiği**, tanık durumundaki tutukluların **tehdit** edilerek, Polat'ın kafasını duvar ve dolaba vurduğu şeklinde **yalan söylemeye zorlandığı** tespit edilmiştir. Bu bilgiler, işkence suçunu örtmeye yönelik bir davranış olarak **amir konumundakilerin sorumluluğunun belirlenmesinde** değerlendirilmiştir. Soruşturma sırasında beş gardiyanın tutuklanmasına karar verilmiştir.

Askeri savcılık tarafından yürütülen soruşturma sonunda; cezaevinde idareci konumundaki rütbeli askerler de dâhil olmak üzere toplam **29 şüphelinin işkence (TCK m.94) ve neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış işkence (TCK m.95/4) suçlarını** işlediğine kanaat getirmiştir.

Mağdurlara, delillere ve faillere ulaşılmasından sonraki aşamada, askeri savcı suç tarihinden sonra bir kısım şüphelinin askerlik görevinin sona ermesi nedeniyle askeri mahkemelerde yargılanamayacaklarını, işkence suçunun asker ve sivil kişilerin iştirakiyle işlenmiş hale geldiğini, işkence suçu Askeri Ceza Kanunu'nda ayrıca düzenlenmediğinden, sivil kişilerin askeri mahkemede yargılanmasının mümkün olmadığını, dosyanın adli mahkemelerin görev alanına girdiğini değerlendirilerek görevsizlik kararı vermiş ve dosya genel görevli C. savcılığına gönderilmiştir.

Adana C. Başsavcılığı, askeri savcılık tarafından yapılan soruşturma işlemlerini kabul ederek, görevsizlik kararında belirtilen suç ve faille ilgili dava açmıştır. Yargılamanın devam ettiği süreçte, önceki bilgiler üzerinden yürütülen ayrı bir soruşturma sonucunda tespit edilen **2 mağdura** işkence yaptıkları iddiasıyla **8 gardiyan hakkında daha** kamu davası açılmıştır. Bu dava Polat'ın öldürülmesi ve altı mağdura işkence yapılmasına ilişkin dava<sup>443</sup> ile birleştirilmiştir.

---

443 Adana 5. Ağır Ceza Mahkemesi 2007/288 E.

## V.BÖLÜM

# İşkence ve Diğer Kötü Muamele Suçlarında Yargılama



# İşkence ve Diğer Kötü Muamele Suçlarında Yargılama

İşkence suçunun önlenmesine yönelik olarak uluslararası alanda bugüne kadar gerek soruşturma gerekse yargılama aşamalarına ilişkin pek çok standart geliştirilmiştir.. Bunlardan etkin soruşturmaya ilişkin olanlar kadar, adil yargılanmayla ilgili olanlar da işkence ve diğer kötü muamele suçlarının önlenmesi konusunda gereken niyet ve iradenin, kısmen de olsa ortaya konulmasını sağlamıştır.

Fakat bugün gelinen noktada, bilhassa işkence ve diğer kötü muamele fiillerinin yargılanmasına ilişkin olarak geliştirilen standartlar yetersiz kalmaktadır. Zira yurttaş – devlet çekişmesinde ağırlığını devletten yana koyan yargılama mekanizması ve mağduru sanıklaştıran bir zihniyete sahip iddia (savcılık) makamı karşısında işkence mağdurlarının iddialarını daha etkili biçimde ortaya koyabilmelerini, delillerini daha aktif biçimde tartışabilmelerini sağlayan standartların hayata geçirilmesi şarttır.

**Evrensel hukuk normları, insanlığın 'ortak birikim' olarak kabul edilebilecek kazanımlardır.**

Öte yandan söz konusu tespit, insan hakları örgütleri açısından bu koşulun gerçekleşmesi için diğer kazanımların elde edilmesi adına bugüne kadar yapılageldiği üzere kararlılıkla mücadele edilmesi gereken bir alan olarak kendisini göstermektedir.

İşkenceyle mücadelede kararlılık; farklı alanlarda, farklı biçimlerde elbette gösterilmektedir ve kuşkusuz gösterilmeye de devam edecektir. Çalışmamızı ilgilendiren boyutuyla işkence suçlarına ilişkin yargılamalarda uyulması evrensel hukuk normları ile zorunlu kılınan bir takım ilkeler de bu kararlılığın uzun yıllar boyunca ısrarla gösterilmesi ile oluşmuştur ve bugün itibariyle insanlığın ortak birikimi olarak kabul edilebilecek kazanımları olarak önümüzde durmaktadır.

Ancak çözülmesi gereken esas sorun, çetin bir mücadele ile kazanılmış ve evrensel norm haline getirilen ilkelerin iç hukukta ne kadar yer tuttuğu ve uygulamada bunlara ne derecede önem verildiğidir. Nitekim işkence mağdurlarının iddialarını daha etkili biçimde ortaya koyabilmelerini, delillerini daha aktif biçimde tartışabilmelerini sağlayan standartların hayata geçirilmesi ancak bu standartların iç hukukta yansımalarını bulması ile mümkün olabilecektir.

Ülkemizde işkence suçlarına ilişkin olarak yapılan yargılamalar, diğer davalarda yapılan yargılamalara göre ciddi farklılıklar göstermekte ve işkence mağdurları aleyhine bir eşitsizliğe işaret etmektedir. Gerek bizatihi yargılamaların kendisi gerekse yetkili kişi ve kurumların meseleye bakış açısı bu durumu açıkça doğrulamaktadır.

02.11.2007 tarihinde, Türkiye Adalet Akademisi'nin 2007-2008 eğitim yılı açılış töreninde, Yargıtay Başkanı Osman Arslan, yargıç adaylarına seslenirken, "Hâkimliğin temel ögesi tarafsız olmaktır. Ancak bazı kararlarımızda Türkiye Cumhuriye-

*ti'nin korunması ve yaşatılmasında taraf olacaksınız. Buradaysak bu Cumhuriyet'in kazanımları sayesinde. Cumhuriyet'in insan onur ve haysiyetine en uygun rejim olduğunu bilmelisiniz, bilmek zorundasınız. Demokratik, laik, hukuk devletine sahip çıkmada tarafsınız, ay yıldızlı bayrağa sahip çıkmada, o bayrağı daha yükseklere çıkarmada taraf olacaksınız. Buralarda tarafsız olma lüksünüz yok" diyerek bir taraftan tarafsızlık etik ilkesine vurgu yapıyor, diğer taraftan da bu ilkenin sınırlarının nerede bitmesi gerektiğini işaret ediyordu.<sup>444</sup>*

Gerek yargılamalar sonucunda verilen kararlar gerekse yetkili makamların meseleye bakış açısını ele veren görüş açıklamaları göstermektedir ki; işkence gibi yurttaşla devletin karşı karşıya geldiği davalarda verilen kararlar, yurttaşlar aleyhine çifte standart yaratmaktadır.

Yurttaşlar; mağduru ve şikâyetçisi oldukları işkence ve zor kullanma sınırının aşılması suçlarıyla ilgili yargılamalarda haksız, sanığı buldukları görevli memura direnme gibi suçlar nedeniyle yapılan yargılamalarda ise suçlu bulunmaktadırlar. Her hâlikârda 'haksız' ve 'suçlu' bulunan yurttaşlar, sanığı oldukları davalarda olduğu kadar mağduru oldukları davaların da her daim sanığı pozisyonunda bulunmak zorunda bırakılmaktadırlar.

Bu durum, işkencenin kolektif karakterini ortaya koymaktadır. İşkence; uygulayanların fiilleri kadar görmeyen, soruşturmayan ve cezalandırmayanların bu ihmalleri ve/veya işkencecileri kollamaları ile tamamlanan bir suçtur. Dolayısıyla İşkenceyle mücadelede dayanışma ve kararlılık gösterilmesi, yok edilebilmesi için hayati öneme sahiptir.

***İşkence gibi yurttaşla devletin karşı karşıya geldiği davalarda verilen kararlar, yurttaşlar aleyhine çifte standart yaratmaktadır.***

İşkenceyle mücadelede kat edilen yolun küçük de olsa bir parçası olmasını umut ettiğimiz bu kitabın bundan önceki kısımlarında anlatılanlar; işkence suçunun tanımı, suç soruşturmasında kişileri işkenceden korumaya yönelik usuli güvenceler ile işkence ve diğer kötü muamele fiillerinin etkin belgelenmesi ve soruşturulmasına ilişkindir. Bu bölümde ise toplanan delillerin ortaya konulduğu, tartışıldığı ve değerlendirildiği, nihai olarak işkence fiilinin mevcudiyetine ve biçimine ilişkin bir hükme ulaşıldığı aşama olarak "yargılama"dan bahsedilecektir.

## **A. YARGILAMAYA İLİŞKİN TEMEL PRENSİPLER**

**BM Yargı Bağımsızlığına Dair Prensipler<sup>445</sup>** belgesinde bahsi geçtiği üzere yargıçlar; vatandaşların yaşamları, özgürlükleri, hakları, ödevleri ve malları üzerinde nihai kararı vermekle yetkilidirler. Bu nedenle bir ülkede görev yapan yargıçların ve dolayısıyla yargılama mekanizmasının içinde bulunduğu durum, o ülke vatandaşlarının yaşamları, özgürlükleri, hakları, ödevleri ve ekonomik varlıklarının sıhhati ile yakından ilgilidir. Bilhassa devlet görevlilerinin yurttaşlara karşı işlediği iddia edilen suçlar nedeniyle yapılan yargılamalar; ülke demokrasisinin, bağımsız / tarafsız yargısının ve hukuk devleti niteliğinin turnusol kâğıdı halini almaktadır.

444 Kemal Şahin (Yargıç, Kazan adliyesi), Radikal Gazetesi, Radikal İki Eki, yayın tarihi:18.11.2007

445 26 Ağustos - 6 Eylül 1985 tarihleri arasında Milano'da toplanan Suçların Önlemesi ve Suçluların Islahı üzerine Yedinci Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilmiş ve Genel Kurulun 29 Kasım 1985 tarihli ve 40/32 sayılı ile 13 Aralık 1985 tarihli ve 40/146 sayılı Kararlarıyla onaylanmıştır.

Pek çok uluslararası metinde yargılamaya ilişkin güvencelerin ve kamu görevlilerinin yetki istismarı sayılabilecek suçlarına karşı korumaya yönelik düzenlemelerin yer alması ve kendisini hukuk devleti olarak tanımlayan tüm devletlerin anayasalarında konuya yer verilmesi, temel olarak bununla ilgilidir. Bu minvalde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, BM Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına Dair Temel Prensipler Bildirisi gibi birçok sözleşme, bahsi geçen güvencelerin sağlanması hususunda devletlere sorumluluk yüklemektedir.

**BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi**'nin 8. maddesine göre;

“Herkesin anayasa ya da yasayla tanınmış temel haklarını çiğneyen eylemlere karşı yetkili ulusal mahkemeler eliyle etkin bir yargı yoluna başvurma hakkı vardır.”

**BM Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına Dair Temel Prensipler Bildirisi**'ne<sup>446</sup> göre ise;

“18. Henüz Üye Devletlerin ulusal ceza yasalarını değilse bile, insan hakları ile ilgili uluslararası hukukta tanınmış normları ihlal eden eylem ve ihmaller nedeniyle, bireysel veya toplu bir biçimde, fiziksel veya ruhsal olarak yaralanması dâhil olmak üzere, manevi acılar çeken, ekonomik kayba uğrayan veya temel hakları esaslı biçimde zayıflayan ve bu suretle zarar gören kimselere “mağdur” denir.

19. Devletler, yetki istismarını yasaklamak ve bu tür istismardan dolayı mağdur olanlara başvuru yolları sağlamak üzere iç hukukta gerekli düzenlemeleri yaparlar. Bu başvuru yolları, özellikle, giderimi ve/veya tazminatı ve gerekli her türlü maddi, tıbbi, psikolojik ve toplumsal yardım ve desteği kapsar.”

Keza **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**'nde de adil yargılanmaya ve etkin soruşturmaya ilişkin ilkeler mevcuttur. Bu ilkelerden gerek bu bölümde gerekse “İşkence Suçlarının Soruşturulması” bölümlerinde ayrıca bahsedilmektedir.

**İç hukukta** ise anayasa ve ceza yasalarında mevcut düzenlemeler ile konuya ilişkin çeşitli güvenceler getirilmiştir. Fakat kâğıt üzerinde yapılan bu düzenlemelerin, uygulamada her zaman karşılığını bulduğundan bahsetmek pek de mümkün değildir. Yargılamaların yürütülmesi sırasında uygulanan çifte standart bilhassa taraflardan birinin yurttaş diğeri devlet olduğu yargılamalarda açıkça kendisini göstermektedir.

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 6. ve 13. maddeler kapsamında düzenlenmiş bulunan hükümler yargılamanın başlatılması, sürdürülmesi ve sonlandırılmasına ilişkin temel ilkeleri ortaya koymaktadır.

AİHS m.6'da “**adil yargılanma hakkı**” düzenlenmiştir. Buna göre;

“1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir

446 26 Ağustos ile 6 Eylül 1985 tarihleri arasında Milano'da toplanan Suçların Önlenmesi ve Suçluların Islahı üzerine Yedinci Birleşmiş Milletler Kongresi tarafından kabul edilmesi tavsiye edilmiş, ve Genel Kurulun 29 Kasım 1985 tarihli ve 40/34 sayılı kararıyla kabul edilmiştir

süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya dava ya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.

3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

- a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;
- b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;
- c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;
- d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;
- e) Duruşmada kullanılan dili anlama dışı veya konuşma dışı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak.”

AIHS m.13'te ise “**etkili başvuru hakkı**” düzenlenmiştir. Ancak 13. madde kapsamında düzenlenen “etkili başvuru hakkı”, kitabın “İşkence ve Diğer Kötü Muamele Fiillerinin Soruşturulması” başlıklı bölümünde incelendiğinden burada ayrıca yer verilmeyecektir.

İç hukukta temel ceza yargılaması metni olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na göre daha geniş bir tanımlamayla kovuşturma safhasını, iddianamenin kabulü ile başlayıp kararın kesinleşmesine kadar devam eden süreç olarak tanımlamıştır.<sup>447</sup> Bu düzenlemeye göre kovuşturma evresi, kanun yolları başvurularını da içine almaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu sistematigi, kovuşturma evresini **duruşma hazırlığı, duruşma ve hüküm** olmak üzere üç ana bölüme ayırmıştır.

CMK m.175'e göre iddianamenin kabulü ile kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar.

Duruşma hazırlığı, iddianamenin sanığa tebliğ edildiği, sanığın savunmaya ilişkin toplanmasını istediği delilleri ve mahkemeye çağırılmasını istediği tanık ve bilirkişinin isim ve adreslerini mahkemeye bildirdiği, duruşma gününün belirlendiği ve duruşmada bulunması gereken kişilere tebliğ edildiği aşamadır. Bu aşamanın sonunda duruşma yapılır.

447 CMK m.2/f



Duruşma, esas olarak bir ceza yargılamasının ana gövdesini oluşturmaktadır. Zira bu aşamada mevcut deliller değerlendirilmekte, tarafların talebi üzerine veya resen yeni deliller toplanmakta, yargılamanın tarafları ile tanık ve bilirkişilerin beyanları alınmakta ve hüküm için gereken tüm veriler değerlendirilmektedir. Duruşmanın amacı, delillerin tartışılması sonucunda mahkemede vicdani bir kanaatin oluşmasını sağlamaktır. CMK m.190 uyarınca duruşmanın kesintisizliği esastır. Fakat duruşmanın bir oturumda bitirilemeyeceği anlaşılırsa makul süre aşılardan ara verilebileceği düzenlenmiştir. Öte yandan uygulamada ara verme, adeta kural haline gelmiştir.

Ceza yargılamasının tümü için geçerli olan ilkeler, duruşma aşaması için de geçerlidir.

Bu bölümde Türkiye İnsan Hakları Vakfı tarafından 2007 – 2008 yılları arasında sürdürülen “İşkencenin Önlenmesi Projesi” kapsamında takip edilen dosyalardan elde edilen verilerden de yararlanılacaktır. “İşkencenin Önlenmesi Projesi” kapsamına alınan dosyaların duruşmaları TIHV çalışanı ve gönüllüsü avukatlarca izlenmiş ve bizat kendi gözlemlerine dayanılarak raporlanmıştır.

Proje kapsamında ilişki kurulan 58 dosyadan 41’i proje kapsamına alınmıştır. İzleme faaliyeti yapılan 41 dosyadan 22’si kitabın yazıldığı esnada kovuşturma aşamasındadır. Proje kapsamındaki 22 dava dosyasından 6’sında kamu görevlilerine yöneltilen suçlama “**işkence**”dir. Diğer dosyalarda ise “**zor kullanma sınırının aşılması**” “**kasten yaralama**” “**basit yaralama**” “**kamu görevlisinin sahip olduğu nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kasten yaralama**” “**hakaret**” “**asta kötü muamele**” “**etkili eylem**” gibi suçlamalarla kamu görevlileri yargılanmaktadır. Dosyaların 13’ünde mağdurlara “**görevli memura direnme**” “**görevli memura hakaret**” “**uyuşturucu bulundurma**” “**örgüt üyeliği**” “**fırar**” “**halkı askerlikten soğutma**” gibi suçlamalarla dava açılmıştır.

Bu dosyalardan üçüne ait duruşma gözlem raporlarına kitabın ekinde yer verilmiştir ve zaman zaman atıf yapılacaktır.

Kitabın ekinde bulunan gözlem raporları; duruşmaların, dosyalarda taraf olmayan üçüncü kişiler tarafından izlenmiş ve yaşananların olduğu gibi raporlanmış olması, bizlere daha tarafsız bir izlenim sunması noktasında önemlidir. Bunların dışında başkaca dosya örneklerine de ilgili konu başlıkları altında kısaca yer verilecektir.

## 1- MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında hak arama özgürlüğü; etkin iç hukuk yolu (md. 13), adil yargılanma kapsamı içinde mahkemeye başvuru hakkı (md. 6/1) ve özgürlük ve güvenlik hakkı kapsamı içinde tutulanların tutulma işlemine itiraz için başvuru hakkı (md. 5/4) şeklinde düzenlenmiştir.

Mahkemeye erişim hakkı, esasında etkili başvuru hakkını da içermekle birlikte çok daha geniş bir alanı kapsamaktadır. Tanımlamaya çalışacağımız bu geniş alan; bir soruşturmanın başlatılmasının yanısıra dava açabilmek ve/veya açılmış davanın safahatı hakkında bilgi sahibi olmak için bir avukatla görüşebilmek, yargılama masrafları nedeniyle engellenmemek, dava açmak için gerekli hukuki bilgiye ulaşabilmek, delilleri elde edebilme olanağına sahip olmak gibi pek çok yargılama koşulunun sağlan-

*Ceza yargılamasının tümü için geçerli olan ilkeler, duruşma aşaması için de geçerlidir.*

ması ile yakından ilgilidir.

Anayasa'nın 36.maddesinde düzenlenen "hak arama hürriyeti" bu ilkenin iç hukukta uygulanırlığı için getirilen anayasal güvenceyi ifade etmektedir. Bu düzenlemeye göre;

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz."

yanısıra TCK m.121'de dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi de suç olarak düzenlenmiş ve yaptırımı bağlanmış, ayrıca 'Bilgi Edinme Hakkı Kanunu' uyarınca herkesin kamu kurum ve kuruluşlarına başvuruda bulunarak bilgi edinebileceği düzenlenmiştir. İşkence suçlarına ilişkin yargılamalarda dilekçe hakkının ve bilgi edinme müessesesinin kullanılması, bilhassa delillerin toplanması anlamında önemlidir. Mahkemeye delil toplanması ile ilgili olarak yöneltilen bir talebin reddedilmesi halinde bu mekanizmalar kullanılarak delilin elde edilmesi ve mahkeme önüne götürülmesi mümkün olacaktır.

Adil yargılanmaya ilişkin ilkelerin Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ile ilişkisine dair Danıştay İdari Dava Daireleri'nin 2005/3292 E, 2008/1633 K. ve 12 Haziran 2008 tarihli kararına VI. BÖLÜM'de ayrıntılı olarak yer verilmiştir.<sup>448</sup>

Yargılama sırasında mağdurun, şikâyetçinin / suçtan zarar görenin/ katılanın sahip olduğu hakların tamamı ile giderim (tazminat) hakkına ilişkin tüm düzenlemeler ise mahkemeye erişim hakkının ana çerçevesini oluşturur. Öte yandan başta CMK olmak üzere çeşitli yasa ve yönetmeliklerle tanınan usuli güvenceler ile işkencenin tespiti, ispat araçlarının yok edilmesinin önüne geçilmesi, mahkeme önünde delillerin tartışılmasının sağlanabilmesine ilişkin olarak yapılan düzenlemeler de mahkemeye erişim hakkıyla ilişkilidir.

Mahkemeye erişim hakkının hayata geçirilmesi amacıyla yapılan yasal düzenlemelerin yanısıra kısıtlayan veya ortadan kaldıran düzenlemeler de mevcuttur. Kamu görevlileri hakkında dava açılmasının idari izne tabi tutulması<sup>449</sup>, Anayasa'nın geçici 15. maddesinde mevcut dava açma yasaklarının bulunması bu ilkenin yaşama geçirilmesini önemli oranda engelleyen düzenlemelerden bazılarıdır.

CMK m.150/3'te yapılan değişiklik ile üst sınırı beş yıl cezayı gerektiren suçlarda sanığa barodan avukat atanmasını zorunlu kılan düzenlemenin değiştirilerek alt sınırı beş yıl olan suçların zorunlu müdafilik kapsamına alınması<sup>450</sup> da bu ilkenin iç hukuka yansması ile ilgili olarak bir geriye gidişin ifadesidir.

Mahkemeye erişim hakkının hayata geçirilmesi, mahkemeye başvuruda bulunma, dava açma ve açılan davaya katılma gibi hakların tanınmasının yanısıra tüm bu hakların kullanılabilmesine ilişkin olanakların yaratılmasını da gerektirmektedir. Bu anlamda hakkın kullanımının çok katı kabul edilebilirlik kurallarına bağlanarak neredeyse kullanılamaz hale getirmek de ihlale sebep olmaktadır.

448 Ayrıntılı bilgi için bkz: Bölüm VI s. 308

449 Ayrıntılı bilgi için bkz: Bölüm II s. 84 vd.

450 Ayrıntılı bilgi için bkz: Bölüm III s. 125 vd.

451 Mesutoğlu / Türkiye, 14.10.2008, Başvuru No: 36533/04, para. 21, 22

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, Mesutoğlu/Türkiye<sup>451</sup> davasında mahkemelerin, mahkemeye başvurma hakkının kullanımı sırasında, hakkın kullanımı engelleyecek ölçüde aşırı biçimcilikten kaçınması gerektiğini ortaya koymuştur. Bir trafik kazası sonucu yaşamını yitiren kişinin eşi ve çocukları olan başvurucular Asliye Hukuk Mahkemesinde idareye karşı tazminat davası açmışlardır. Dava bu mahkeme tarafından görevsizlik nedeniyle reddedilmiş ve başvurucuların süresi içinde talep etmeleri üzerine dosya yetkili İdare Mahkemesine gönderilmiştir. İdare Mahkemesi dilekçeleri taraflara tebliğ edip görüşlerini aldıktan sonra davayı usul yönünden reddetmiştir. İdare mahkemesi, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 3. maddesi uyarınca başvurucuların doğrudan doğruya idare mahkemesine başvurmak zorunda olduklarını belirtmiştir.

**Yargılama sırasında mağdurun, şikâyetçinin / suçtan zarar görenin/ katılanın sahip olduğu hakların tamamı ile giderime ilişkin tüm düzenlemeler mahkemeye erişim hakkının ana çerçevesini oluşturur.**

Mahkeme, mahkeme hakkının bir yönünü oluşturan mahkemeye başvurma hakkının mutlak bir hak olmadığını hatırlatır. Bu hak özellikle bir başvurunun kabul edilebilirlik koşulları bakımından zımni sınırlamalara tabidir; çünkü mahkemeye başvurma hakkı, niteliği gereği, devletin düzenleme yapmasını gerektirir; devlet bu noktada belirli bir takdir alanına sahiptir... Bununla birlikte **bu sınırlamalar, bireyin mahkemeye başvurma hakkının özünü zedeleyecek ölçüde kısıtlanamamalıdır. Dahası bir sınırlama, meşru bir amaç izlemiyorsa ve kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi yoksa Sözleşme'nin 6(1).fıkrasıyla bağdaşmaz**

Bu ilkelerden çıkan sonuca göre mahkemeler, mahkemeye başvurma hakkının kullanılmasının yasal şartlara tabi olduğu hallerde usul kurallarını uygularken, **hem usuldeki hakkaniyete zarar verecek kadar aşırı biçimcilikten ve hem de yasalar tarafından belirlenmiş usul şartlarını ortadan kaldırmaya varacak kadar aşırı esneklikten kaçınmak zorundadırlar.**

Keza davanın kabul edilebilirlik koşullarından olan mahkeme masrafları da, ödeme güçlüğü çeken kişiler için mahkeme hakkının ortadan kalkmasına, yurttaşlar arasında hak arama özgürlüğüne ilişkin olarak eşitsizlik oluşmasına neden olabilmektedir. Adli yardım olanaklarından yararlanma koşullarının düzenlenmesi bu anlamda büyük önem arz etmektedir.

**Bakan/Türkiye**<sup>452</sup> davasında AIHM, iki asgari ücrete denk gelen mahkeme masraflarının, hiçbir geliri olmayan başvurucular için aşırı yük oluşturduğunu tespit etmiştir. Yine bu davada Türk hukukunda adli yardım taleplerinin evrak üzerinden inceleniyor olması ve adli yardım taleplerinin reddi kararlarının kesin olması sebebiyle, ödeme güçlüğü çeken yurttaşlara gerekli usuli güvencelerin sağlanmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Bu davanın başvurusu Asya Bakan'ın eşi olan Mehmet Bakan'ın 1995 yılında güvenlik güçlerinin açtığı ateş sonucu ölmesi ile ilgili olarak, ateş eden jandarma görevlisi hakkında Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi'nde yapılan yargılama sonucunda 2 yıl hapis cezası verilmiş, bu ceza da paraya çevrilerek ertelenmiştir. Yapılan

**AIHM, Türk hukukunda ödeme güçlüğü çeken yurttaşlara gerekli usuli güvencelerin sağlanmadığı tespitini yapmıştır.**

452 Bakan / Türkiye, 12.06.2007, Başvuru No: 50939/99

teymiz incelemesi sonucunda kararın bozulması üzerine yerel mahkeme, jandarma görevlisi hakkında beraat kararı vermiştir. Başvurucu, kendisi ve çocukları adına tazminat istemiyle Diyarbakır Asliye Hukuk Mahkemesi'ne dava açmıştır. Asliye Hukuk Mahkemesi, adli yardım talebini kabul etmiş fakat İdare Mahkemesi lehine görevsizlik kararı vermiştir. İdare Mahkemesi'ne tam yargı davası açan başvuru-cuların adli yardım talebi kabul edilmemiş, harcın tamamlanması için süre verilmiştir. Fakat başvuru-rcunun verilen süre içerisinde harcı tamamlayamaması sonucunda davanın açılma-mış sayılmasına karar verilmiştir.

AIHM'e göre, hukuk mahkemeleri önünde netice-i talebe bağlı masrafları karşı-lama yükümlülüğü, Sözleşmenin 6.maddesinin 1.fıkrasında öngörülen mahke-meye başvurma hakkına özü itibarıyla aykırı değildir. Bununla birlikte **başvu-rucunun ödeme gücü ve söz konusu sınırlamanın gerçekleştiği aşama gibi somut olayın özel koşulları ışığında takdir edilen masraf tutarının, baş-vurucunun mahkemeye başvurma hakkından mahrum kalıp kalmadığının belirlenmesinde dikkate alınması gerekir.** Başvurucudan istenilen 50.463.900 TL dava masrafı, ilk bakışta yüksek bir miktar olmasa da, olayların meydana gel-diği tarihte iki asgari ücrete eşittir ve bu nedenle de yakınlarının ölümünden sonra hiçbir geliri olmayan başvuru-cular için kayda değer bir miktar teşkil et-miştir. AIHM, ... İdare Mahkemesi'ne gönderilen yazı uyarınca başvuru-cuların hiçbir gelire sahip olmamaları nedeniyle mahkeme masraflarının onlar için aşır-ı bir yük oluşturduğunu kaydetmiştir.

... AIHM, Aerts/Belçika kararında, adli yardım bürosunun, iddianın haklı gö-rünmediği gerekçesiyle adli yardım talebini reddetmesinin, başvuru-rcunun mah-kemeye başvurma hakkının özüne dokunduğunun altını çizdikten sonra 6. maddenin 1. fıkrasının ihlaline hükmettiğini; bu kararın ardından, Belçika yasa koyucusunun adli yardım yasasını, sadece "açıkça temelden yoksun olan talep-leri" reddedecek şekilde değiştirdiğini hatırlatmış; İdare Mahkemesinin, somut olayda tıpkı Aerts kararında olduğu gibi hiçbir nüans gözetmeksizin başvuru-rcuların **iddiasının temeli hakkında karar verdiğini, oysa İdare Mahkemesinin adli yardım talebi açısından, başvuru-rcuların tazminat talebinin temeli hakkında karar verme durumunda olmadığını belirtmiştir.** Mahkeme, Türk kanun koyucusu tarafından yürürlüğe konulan adli yardım sisteminin, tarafları keyfiyetten korumak için gerekli olan tüm usuli güvenceleri bahşetmediği sonu-cuna ulaşmıştır.

Devam eden bir ceza yargılamasında kamu gücünün, mağdurun talepleri yönünde harekete geçirilmesi de hak arama özgürlüğü konusu içinde değerlendirilmelidir. Mahkemeler, sahip oldukları kamu otoritesini kullanarak, işkence mağdurunun gös-terdiği delilleri toplamalı, sanık kayıpsa bulmalı veya en azından etkili bir biçimde aramalı, mağdurun beyanlarını ciddiye almalı ve doğru olup olmadığının anlaşılması için gerekli araştırmaları resen yapmalıdır. Kısacası mağdurun sahip olduğu hakların korunması için gerekli güvenceler verilebilmelidir.

Bu nedenle mahkeme huzurunda yapılan işkence iddialarının ciddiye alınmaması ve-ya mahkeme tarafından görülen işkence emarelerine ilişkin işlem yapılmaması duru-munda ortaya çıkan hak ihlali de bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Duruşmayı idare eden hâkim, bir kamu görevlisidir ve duruşmada edindiği bilgilerin-den, göreviyle bağlantılı olarak haberdar olmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun 279.

maddesinde, kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisine yaptırım uygulanması hükmü düzenlenmiştir. Dolayısıyla duruşma sırasında tanık, sanık veya huzurda bulunan herhangi birinin, kendisine veya bir başkasına kamu görevlileri tarafından işkence yapıldığını bildirmesi veya işkence yapıldığına dair bir emarenin fark edilmesi, mahkemeyi yöneten hâkime TCK m.279 kapsamında bir sorumluluk yüklemektedir.

Bununla birlikte, uygulamada bu ilkenin hayata geçirilmesinde ciddi sorunlar yaşanmaktadır. Hâkimlerin, duruşma sırasında ileri sürülen işkence iddialarını, yargılamayla ilgisi bulunmadığı gerekçesiyle dinlemeyi reddetmesi ve tutanağa geçirmemesi yaygın bir uygulamadır. Genelde iddia sahibine, Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunması salık verilmekte veya tutanağa geçirip iddia sahibinin Cumhuriyet Savcılığına dilekçe vermesine “muhtariyet” verilmektedirler. Öte yandan yalnızca işkence yapıldığına ilişkin beyan ya da emareler değil, işkence izlerinin görevlilerce gizlenmesi suretiyle delillerin karartılmasına veya şikâyetini almayarak ya da delil toplamasına yardımcı olmayarak görevi kötüye kullanma suçlarının işlendiğine işaret eden beyanlar da hâkimler tarafından büyük oranda dikkate alınmamaktadır.

Pratikte karşılaşılan pek çok örnek, bu olumsuz durumu doğrular niteliktedir. İzmir Kırıklar F Tipi Cezaevi’nde 2005 yılının Ağustos ayında yaşandığı bildirilen işkence olayı ile ilgili olarak açılan ve proje kapsamında izlenen davada, bu durumun tipik örneklerinden biri yaşanmıştır:

Olay tarihinde mağdur A.E, Kırıklar 2 No.lu F Tipi Cezaevinde tutulmaktadır. Cezaevinde yaşanan hak ihlallerini şikayet etmek için Adalet Bakanlığı’na ve diğer ilgili kurumlara dilekçe göndermek istediğini ama bunların gönderilmediğini, sebepsiz yere tekli koğuştan alınıp dubleks koğuşa gönderildiğini, buna tepki göstermek amacıyla sayım için aşağıya inmediğini, bunun üzerine kendisini tekme tokat aşağıya indirdiklerini, başka bir görevlinin gelerek TCK’yı yere fırlattığını, kendisinin yakın gözlüğünü aldıkları için tam olarak teşhis yapamadığını, kendisini yere yatırarak kafasını bastırdıkları, sigara yakıp üzerinde söndürdüklerini beyan ederek infaz koruma memurları hakkında şikayetçi olmuştur.

İzmir Cumhuriyet Savcılığı tarafından yapılan soruşturma sonucunda beş infaz koruma memuru hakkında “işkence yapmak” suçlamasıyla, TCK m. 94/1 uyarınca dava açılmıştır.<sup>453</sup> Yapılan yargılama sonucunda sanıkların beraatına karar vermiştir.<sup>454</sup>

Temyiz edilen karar halen Yargıtay’dadır.

Sanıkların beraatına ilişkin gerekçeli kararda, mağdur A.E. ile ilgili olarak tanıklığına başvurulmuş cezaevi hekiminin beyanına da yer verilmiştir. Cezaevi hekimi mahkeme önündeki ifadesinde;

...mahkûmlardan birinin kalp krizi geçirdiği bilgisiyle olay günü saat 09.00’da cep telefonundan arandığını, şikâyetçiyi ayakta görünce **sinirli bir şekilde** “ha-

453 İzmir C. Başsavcılığı’nın 2005/18133 sayılı, 15 Eylül 2005 tarihli iddianamesi

454 İzmir 5. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2005/433 E., 2006/465 K. sayılı ve 20.12.2006 tarihli kararı

ni kalp kriziydi?” diye sorduğunu, şikâyetçinin **işkence gördüğünü ama ancak kalp krizi geçirdiğini söyleyerek revire gelebildiğini** söylediğini belirtmiştir. Hekim, yaptığı muayene sonrasında mağdurun sırtında ve kollarında herhangi bir darp izi bulunmadığı, sigara yanıklarının sadece sırt sağ bölgesinde **kolunun uzanabildiği bölgelerde yoğunlaştığı ve yanıkların yüzeysel (fazla bastırılmamış) oldukları için** kişide bulunan lezyonları **kendisinin** yaptığı sonucuna ulaştığını ve araştırma hastanesine sevk ettiğini ifade etmiştir.

Mağdurun ilk muayenesini gerçekleştiren cezaevi hekiminin ifadelerinde gerçeklik payı olup olmadığı bir tarafa bırakılsa bile böyle bir beyan, bu cezaevinde tutulan kişilerin işkence iddialarına ilişkin tıbbi delilleri toplamalarına engel olunduğu, izlerin tespiti için hekime erişimin kısıtlandığı, ancak kalp krizi gibi yaşamsal bir tehlike durumunda hekime erişim hakkından yararlandırıldığı şüphesini yaratmaktadır. Fakat mahkeme;

- İnfaz koruma memurları hakkında hekime erişimin kısıtlanmasıyla ilgili olarak herhangi bir araştırma yapmamış,

- Konuya ilişkin olarak Cumhuriyet Savcılığına bildirimde bulunmamıştır.

- Öte yandan tıbbi etik kurallara uygun davranmamasıyla görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin olarak üzerinde şüphe oluşan hekim hakkında da ilgili makamlara başvuruda bulunmamıştır.

Ortaya çıkan sonuç, işkence suçlarının yargılanmalarına ilişkin devam eden bir kısır döngüye işaret etmektedir;

- İşkence uygulamalarını şikâyet ettiği için infaz koruma memurlarının işkencesine maruz kaldığını belirten bir **mağdur**,

- bu işkencenin izlerini görmeyen ve kendisine başvuruda bulunan mağdura başvurduğu için çıkışan **bir hekim**,

- mağdurun cezası yüksek olduğu için görevlilere karşı hasmane bir tutum sergileyerek onları yıldırmaya çalıştığı kanaatine,

o şikâyetçilerin tuttuğu tutanaklarla

o ve mesleki tecrübe itibarıyla Anadolu'nun çeşitli yerlerinde bu tür iddialara nadiren de olsa rastlandığı gerekçesiyle

o infaz koruma memurları hakkında beraat kararı veren **mahkeme** ile bu kısır döngü tamamlanmaktadır.

Bu döngüyü yaratan ve sürdüren temel faktörlerin başında, hâkimlerin vicdani kanaatlerini oluşturma biçimleri gelmektedir. CMK m. 217'de hâkimin vicdani kanaatiyle karar vereceği düzenlenmiştir. Buna göre;

“(1) Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir.

(2) Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.”

Yasa maddesinde aynı zamanda, hâkimin vicdani kanaatinin duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillerle takdir edileceği de hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla hâkimin vicdani kanaati keyfi bir uygulamayı değil, toplanan ve tartışılan deliller üzerinden ulaşılmış bir sonucu ifade etmektedir.

Oysa yalnızca işkence zanlılarının beyanlarına ve tutukları tutanaklara dayanılarak, mağdurun gösterdiği deliller toplanmadan, huzurda ifade edilmiş veya emareleri beliren iddialar araştırılmaksızın oluşturulan kanaatin sübjektif taraflılık özelliği gösterme ihtimali ortaya çıkacak, mağdurun mahkemeye erişim hakkının taraflılık gösterilmesi suretiyle ihlalinin yolu açılacaktır.

AIHM **Menteş/Türkiye**<sup>455</sup> davasında, yalnızca kolluk tarafından düzenlenen tutanaklara göre karar verilmesinin, hakkaniyete uygun olmadığı tespitini yapmıştır.

AIHM, DGM'nin başvuranın suçlu olduğu yönündeki kararının yalnızca yakalama tutanağına, ifadesi alınan kişilerin beyanlarına ve başvuranın gözaltında bulunduğu sırada hazırlanan ifadesine dayandığını tespit etmektedir. Bu nedenle isnat edilen suçun önemi ve verilen cezaya rağmen, dosyada yer alan unsurlardan hareketle, ulusal mahkemelerin bu türden ifadelerin davanın hakkaniyete uygun olarak görülmesi hususuna ne gibi etkileri olacağı ile ilgili olarak inceleme yapmadıklarını tespit etmek gerekmektedir. Bu nedenlerle ve dava koşulları dikkate alındığında AIHM, başvuranın hakkaniyete uygun olarak yargılanmaması sebebiyle savunma haklarının bir takım sınırlamalara tabi tutulduğuna kanaat getirmektedir. Bu nedenle AIHS'in 6/1 ve 3/d maddesi ihlal edilmiştir.

Mahkemeye erişim hakkı kapsamında, mağdurun gösterdiği delillerin toplanması, bunun için kamu gücünün harekete geçirilmesi, bu deliller de ortaya konulup tartışıldıktan sonra karar verilmesi gereklidir.

#### **a. Delillerin ortaya konulması ve tartışılması (CMK m. 206 – 218)**

Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre deliller, sanığın sorgusundan sonra ortaya konulmaya başlanır. Kural olarak ortaya konulan delillerin tamamı tartışılır. Fakat delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse, delil ile ispat edilmek istenilen olayın karara etkisi yoksa veya istem, sadece davayı uzatmak maksadıyla yapılmışsa, delil reddolunur.

Ayrıca Cumhuriyet Savcısı ile sanık veya müdafii birlikte rıza gösterirlerse, tanığın dinlenmesinden veya başka herhangi bir delilin ortaya konulmasından vazgeçilebilir.

Ceza yargılamasındaki delilleri, ana başlıklarıyla keşif (CMK md. 83 – 84), tanık beyanı (CMK md. 43 – 61), tutanaklar ve bilirkişi incelemesi (CMK md 62 – 73) olarak değerlendirmek mümkündür. Bu delillerin toplanması ve tartışılmasına ilişkin hususlarda soruşturma ve kovuşturma aşamalarında aynı esaslar geçerlidir. Kitabın “İşken-

*Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (TCK m. 279)*

455 *Menteş/Türkiye*, Başvuru No:36487/02, 6 Şubat 2007

456 Bkz s. ...

ce Suçlarının Soruşturulması” başlıklı bölümünde bu hususa ayrıntılı olarak değinildiğinden burada yer verilmeyecektir.<sup>456</sup>

**Tevsii tahkikat talebi duruşmanın her aşamasında, toplanması istenen delilin ne olduğu belirtilerek ileri sürülebilir.**

Duruşma sırasında öncelikle iddianamede belirtilen deliller tartışılır, fakat gerekirse yeni deliller de araştırılabilir. Tevsii tahkikat talebi duruşmanın her aşamasında, toplanması istenen delilin ne olduğu belirtilerek ileri sürülebilir.

CMK m.216’ya göre delillerin tartışılmasında söz sırası; katılan veya vekili, Cumhuriyet savcısı, sanık veya müdafii veya kanuni temsilcisidir. Bu şekilde söz alarak beyanda bulunan taraflar, birbirlerinin yaptığı açıklamalara karşı cevap verebilirler.

Tanıklar dinlenmek üzere teker teker duruşma salonuna alınır ve yemin verdirilerek dinlenirler. Yargılama sırasında dinlenen tanıklar, bizzat mahkemece dinlenmelidir. Yüzyüzelik ilkesi gereğince tanıkların, tüm yargılama süjelerinin bulunduğu ve soru yöneltebilecekleri bir duruşmada dinlenmesi olanağı sağlanması gereklidir. Eğer bu sağlanamıyorsa tanıkların aynı anda ses ve görüntü akışı sağlayan teknolojik olanaklar kullanılarak dinlenmesi, bu olanaklar aracılığıyla soru yöneltilmesinin sağlanması, en azından tanıkların dinleneceği tarih ve yerin taraflara tebliğ edilmesi zorunludur.

Soruşturma aşamasında dinlenen tüm tanıkların kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından bizzat dinlenmemesi, Yargıtay tarafından bozma sebebi olarak değerlendirilmektedir.

Bilirkişiler de duruşma sırasında dinlenirken tanıklarla aynı esaslar geçerlidir, fakat bilirkişilerin teker teker salona alınması zorunlu değildir.

CMK m. 66/6’ya göre; gerekli olması halinde, bilirkişi mağdur, şüpheli veya sanığa mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile soru sorabilir. Ancak, mahkeme başkanı veya hâkim bilirkişinin doğrudan soru sormasına da izin verebilir.

İşkence davalarında bilirkişinin rolü, son derece önemlidir. Bilhassa işkence izlerinin tespit edilmesi açısından tıbbi delillerin toplanması, bu amaçla adli tıp muayenesi yapılması veya uzman mütalaası alınması, işkence iddialarının kanıtlanmasında hayati rol oynamaktadır.

Bağımsız uzman mütalaasına ilişkin düzenleme CMK m. 67/6’da yapılmıştır. Buna göre Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanunî temsilci, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Ancak, salt bu nedenle ayrıca süre istenemez.

Adli Tıp Uzmanları Derneği (ATUD), Türkiye İnsan Hakları Vakfı (TIHV) gibi kurumların alternatif rapor çalışmaları bu anlamda, bilimsel uzman mütalaası kapsamında değerlendirilebilir niteliktedir.

TIHV çalışanı hekimler ve psikologlarca İstanbul Protokolü esasları çerçevesinde muayene ve tetkik edilen başvuruçularında mevcut fiziksel ve psikolojik işkence izleri tespit edilmekte, şayet adli tıp raporlarında eksiklikler mevcut ise bu eksikliklere ilişkin



de yine hekimler ve psikologlarca uzman görüşü hazırlanmaktadır. Vakfın temsilciliğinin olduğu illerde görülen davalar başta olmak üzere pek çok işkence davasında TIHV hekimlerinin hazırladığı raporlar, uzman mütalaası olarak kullanılmaktadır.

Nitekim kimi AIHM kararlarında TIHV ve ATUD tarafından düzenlenen raporlara yer verilmiş, bulguların belirlenmesi ile ilgili olarak yapılan tespitler, AIHS m. 3'te düzenlenen "işkence yasağı" ihlalinin göstergesi olarak kabul edilmiştir.

**Erdoğan Yılmaz ve diğerleri/Türkiye**<sup>457</sup> davasında, başvuruculara uygulanan kötü muamelelerin, AIHS m.3 anlamında işkence olarak tanımlanıp tanımlanamayacağını tespit edilebilmesi için başvurucuların Adli Tıp Kurumu'ndan aldıkları raporlarda gösterilen izler kadar TIHV tarafından hazırlanan raporda tespit edilen bulgular da değerlendirmeye alınmıştır.

Başvurucu Ayşe Yılmaz sırasıyla 23 Şubat, 3 Mart ve 6 Mart 1997 tarihlerinde doktora götürülmüştür. İlk iki rapora göre vücudunda kötü muameleye dair herhangi bir iz saptanmamıştır.

6 Mart 1997 tarihli tıbbi raporda diğer bazı tutuklularla birlikte muayene edildiği belirtilmekte ise de raporda kendisinin sağlık durumuna ilişkin herhangi bir kayıt bulunmamaktadır. Başvurucu, serbest bırakılması sonrasında bir tıbbi rapor için İstanbul İnsan Hakları Vakfına başvurmuştur.

23 Ekim 1997 tarihinde hazırlanan raporda başvuru-  
cunun bileklerinde kabuk bağlamış yaraların bulunduğu, sağ dirseğinde ağrı ve her iki kolunda da küçük çapta çeşitli kabuk bağlamış yaralar olduğu belirtilmiştir.

Diğer başvuru Bayan Birsen Kaya, polis gözetimi altında olduğu süreçte üç kez muayene edilmiştir.

Vakıf Gureba Hastanesi'ndeki bir doktor tarafından hazırlanan 27 Şubat 1997 tarihli raporda sol omzunda ve bileğinde uyuşma (hissizlik) bulunduğu ve sol elini hareket ettiremediği kaydedilmiştir.

İstanbul Adli Tıp Kurumu tarafından hazırlanan 4 Mart 1997 tarihli raporda ise başvuru-  
cununun sırtında 10 cm büyüklüğünde kabuk bağlamış yara, sol kolunda ağrı ve uyuşma(hissizlik) bulunduğu ve sol elini kullanmadığı belirtilmiştir.

6 Mart 1997 tarihinde başvuru İstanbul Adli Tıp Kurumu'nda bir kere daha muayene edilmiş ve aynı gün hazırlanan raporda 4 Mart 1997 tarihinde kaydedilen yaraların hala görünür olduğu gözlemlenmiştir.

Mahkeme, başvurucuların, kendilerine, polis memurları tarafından itiraf almak amacıyla kasten ve zor kullanılarak kötü muamele yapıldığına ilişkin şikâyetlerini göz önüne almıştır. Bu koşullarda Mahkeme; özellikle ciddi, acımasız ve şiddetli ağrı ile ıstıraba neden olabilecek fiillerin uygulandığının açığa çıktığını tespit etmiştir. Böylece Mahkeme, Sözleşmenin 3. maddesinin içeriği dâhilinde

**Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanunî temsilci, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler.**

457 Erdoğan Yılmaz ve diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 19374/03, 14.01.2009, para. 11,12 ve 49-51

kötü muamelenin işkenceye ulaşan belirli bir şeklinin bu olayda mevcut olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Bu nedenle Sözleşmenin 3. maddesinin açık ihlalinin söz konusu olduğuna karar verilmiştir.

**Keza Karaduman ve diğerleri/Türkiye**<sup>458</sup> davasında da ATUD uzmanları tarafından hazırlanan bir rapor yerel mahkemeye sunulmuştur. Başvurucuların adli tıp muayeneleri sonrasında hazırlanan iki ayrı raporda tespit edilen izler birbirini tutmamakta ve her iki raporda da izlerin olay tarihinden önceki bir tarihte gerçekleştiğinden bahsedilmektedir. Bu raporlarla ilgili olarak ATUD uzmanları tarafından yapılan incelemede, her iki raporun hazırlanabilmesi için yapılan muayenelerin İstanbul Protokolü hükümlerine uygun gerçekleştirilmediği tespit edilmiş ve mahkemeye sunulmuştur. Alternatif raporu düzenleyen iki hekim, katıldıkları duruşmada, hazırladıkları rapor ve yaptıkları incelemeler konusunda bilgi vermiş ayrıca mahkemeye bundan sonra tıbbi delillerin toplanmasına ilişkin konularda önerilerde bulunmuşlardır. AİHM, başvuruyu incelerken ATUD uzmanlarının rapor ve görüşlerini baz alarak, tıbbi delillerin toplanmasındaki eksik ve hatalar nedeniyle, 3. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Öte yandan bağımsız uzman mütalaası veya bilirkişi incelemesi, yalnızca tıbbi delillerin toplamasına ilişkin bir düzenleme değildir. Herhangi bir olay ya da olgunun, oluş şeklinin açıklanması için uzman görüşü alınması, bu uzmanın veya mahkemece atanan bilirkişinin aynı sebeple duruşmada dinlenmesi, kendisine –diğer bölümlerde anlatılan usuller çerçevesinde- soru sorulması mümkündür.

Baran Tursun'un öldürülmesi ile ilgili olarak Karşıyaka 1. Ağır Ceza Mahkemesi 2007/456 E kaydıyla açılan davada değerlendirilmek üzere müdahil Mehmet Tursun vekili Av. (...);

- Baran Tursun'un ölümüne neden olan atışın ne şekilde yapıldığına, ölüme neden olan merminin doğrudan mı sekme sonucu mu ölene isabet ettiğine,
- Dosyadaki mermi çekirdeği ve gömlek parçasının mevcut halleri ile nasıl bir atış sonucu oluşmuş olabileceğine ilişkin değerlendirme yapılması istemiyle İstanbul Üniversitesi'ne başvuruda bulunmuştur.

İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi, Adli Tıp Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi Doç. Dr. (...) tarafından hazırlanan bilirkişi raporu dosyaya sunulmuştur. Raporunda "*mermi çekirdeği parçasının olası seyri ve morfolojik özellikleri birlikte değerlendirildiğinde atış sonrası meydana gelen yaralanmanın, mermi çekirdeğinin sert zeminde sektikten sonra hedefe isabet etmesi şeklinde olamayacağı, yaralanmanın herhangi bir sekme olmaksızın direkt atış sonucu meydana geleceği*" tespit edilmiştir.<sup>459</sup>

Oysa iddianamede Veysel Aydın ile sanık Oral Emre Atar'ın, dur ihtarına uymayan Baran Tursun'u durdurmak için birkaç el havaya ateş açtıkları, durmaması üzerine **aracın lastikleri hedef alınarak ateş edildiği ama hedef giderek küçüldüğü için yanlışlıkla kurşunun arka camı parçalayarak Baran Tursun'un kafasına isabet ettiğinden** bahsedilmiştir.

Müdahil vekillerinin iddiası ise Baran Tursun'un kafasına isabet alınarak ateş açıldığı

458 Karaduman ve diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 8810/03, :17.06.2008

459 08.05.2008 tarih ve 190/2008 sayılı bilirkişi raporu

yönündedir.

## **b. Doğrudan soru yöneltme**

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun getirdiği en önemli yeniliklerden biri doğrudan soru yöneltmeye ilişkin düzenlemedir. CMK m.201'e göre;

“(1) Cumhuriyet savcısı, müdafî veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler. Sanık ve katılan da mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile soru yöneltebilir. Yöneltilen soruya itiraz edildiğinde sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine, mahkeme başkanı karar verir. Gerektiğinde ilgililer yeniden soru sorabilir.

(2) Heyet halinde görev yapan mahkemelerde, heyeti oluşturan hâkimler, birinci fıkrada belirtilen kişilere soru sorabilir.”

Yapılan bu düzenleme ile çapraz sorgu ve doğrudan sorgu yöntemleri tek bir maddede değerlendirilmiştir. 5271 sayılı yasa düzenlemesi, 1412 sayılı CMUK'ta mevcut düzenlemeden oldukça farklı bir soru sorma biçimi öngörmektedir.<sup>460</sup>

Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre doğrudan soru yöneltebilecek kişiler;

- Cumhuriyet Savcısı
- Müdafî
- Vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukatlar
- Heyet halinde mahkemelerde üye hâkimlerdir.

Mahkeme başkanı veya hâkim aracılığıyla soru yöneltebilecek kişiler ise sanık ve katılındır. Bu kişiler doğrudan soru yöneltemezler.

Yöneltilen soruya itiraz edilmesi durumunda sorunun yöneltilip yöneltilmemesi gerektiğine mahkeme başkanı karar verecektir. Soruların yöneltilmesine ilişkin olarak getirilen diğer bir sınırlama da soruların duruşma düzenine uygun olarak yöneltilmesi gerektiğidir.

Bir kovuşturma işlemi olarak doğrudan soru yöneltme, sıralama olarak hâkimin veya mahkeme başkanının sanığı sorgusundan ya da tanığı veya bilirkişiyi dinleme ve soru yöneltilmesinden sonra gelmektedir. Hâkim veya mahkeme başkanı tarafından be-

---

460 1412 S.Y. “Madde 232 - Cumhuriyet Müddeiumumisi ile maznun tarafından gösterilen şahitlerle ehlihibrenin dinlenmelerini ve istizahını, Cumhuriyet Müddeiumumisi ve müdafîin müttefikan vakı talepleri üzerine mahkeme reisi kendilerine tevdi eder. Bu takdirde müddeiumumi tarafından gösterilen şahitleri ve ehlihibreyi dinlemek ve istizah etmek hakkı müddeiumumiye aittir. Maznun tarafından gösterilen şahitler ve ehlihibrenin dinlenmesinde ve istizahında aynı rüçhan müdafîe aittir. Bundan sonra reis dahi şahitlere ve ehlihibreye meseleyi daha ziyade tenvir için lazım gördüğü sualleri sorabilir.

Madde 233 - Reis talepleri üzerine mahkeme azasına dahi ehlihibre ve şahitlere sual sormağa müsaade verir. Bu müsaade Cumhuriyet Müddeiumumisine, maznuna ve müdafîe dahi verilir.

Madde 234 - 232 nci maddenin birinci fıkrasında gösterilen halde ehlihibre ve şahitlerin dinlenme ve istizahı hususunda kendilerine verilen müsaadeyi bir taraf suiistimal ederse reis bunu geri alabilir. 232 nci maddenin birinci ve 23 üncü maddenin ikinci fıkralarında gösterilen hallerde reis icapsız olan veya taallüku bulunmayan suallerin sorulmasını menedebilir.

Madde 235 - Bir sualin sorulması caiz olup olmadığında tereddüt edilirse mahkeme bir karar verir.”

yan alınıp gerekli sorular yöneltildikten sonra CMK md. 216/1 uyarınca; önce katılan veya vekili, sonra Cumhuriyet Savcısı, daha sonra da sanık veya müdafii veya kanuni temsilcisine söz verilecektir. Dolayısıyla doğrudan soru yöneltmede de bu sıra izlenecektir.

Doğrudan soru yöneltme ile ilgili olarak, bu yöntemi kullanacak sùjelerin, hedefledikleri noktaya ulaşabilmeleri için, dikkat etmeleri gereken kimi hususlar mevcuttur. Her şeyden önce soru yöneltmesinden elde edilmek istenen fayda önceden tespit edilmelidir. Bir sanığa, tanığa veya bilirkişiyeye soru sorulması, genel anlamda maddi gerçeğin açığa çıkarılması, delil elde edilmesi veya elde edilen delillerin değerlendirilmesi amacını gütmektedir.

Bunun yanı sıra, sorunun yöneltildiği kişiyle bağlantılı olarak, spesifik bir takım hedefler gözetilebilir; kişinin olayla bağlantısının açığa çıkarılması, işkence zanlısı polis tarafından tutulan tutanak içeriğinin gerçek dışı olduğunun kanıtlanması, zanlıların mağdura karşı husumet beslediklerine ilişkin kanıt olmak üzere dava konusu olay dışında başkaca vakaların tespit edilmesi, amir olan tanığın memur olan sanığa işkence yapılması emrini verdiğinin ortaya çıkarılması gibi... Sayısız pek çok amaçla, özel hedef gözeterek doğrudan soru yöneltmesi mümkündür.

Fakat uygulamada halen bu konuda fazlasıyla sorun yaşanmaktadır. Doğrudan soru yöneltme, yargılama sùjelerinin hiçbiri tarafından tam olarak içselleştirilememiştir. Halen mahkeme başkanları veya hâkimler, yöneltilen soruları kendi kurdukları cümlelerle sorunun muhatabına kendileri yöneltmekte ve duruşma zaptına da bu biçimde geçirmektedirler. Ayrıca sorulan soruya herhangi bir itiraz gelme bile hâkimler veya mahkeme başkanları kendiliklerinden müdahale etmekte ve çoğu zaman gereksiz buldukları soruların sorulmasına, kanunda sayılı sınırlamalar için gerekli gerekçeler söz konusu olmasa bile engel olmaktadır.

***Doğrudan soru yöneltmesinden elde edilmek istenen fayda önceden tespit edilmelidir.***

Öte yandan avukatlar tarafından da eski usul soru sorma yöntemi kullanılmakta, sorunun mahkeme makamı tarafından sorulması talep edilmektedir.

Oysa sanığa, tanığa veya bilirkişiyeye bu biçimde soru yöneltmesi, mevcut delillerin değerlendirilmesi kadar soruşturma aşamasında toplanmadığı için eksik kalan delil ve bilgilere ulaşmak açısından büyük önem arz etmektedir. Her ne kadar delillerin tamamının soruşturma aşamasında toplanması esas olsa da uygulamada bunun pek mümkün olmaması, duruşma sırasında tevsi tahkikatı zorunlu kılabilir. Hangi hususlarda yeniden delil araştırması yoluna gidilmesi gerektiğinin tespiti bu açıdan önemlidir. Keza hâlihazırda mevcut delillerin ortaya konulması ve tartışılması sırasında, bir delilin muteber sayılıp sayılmayacağı da yine doğrudan soru yöneltme ile ortaya çıkarılabilecektir.

Bu yöntemle belirlenen hedeflere ulaşılabilen çok çeşitli duruşma pratikleri mevcuttur. Bunlardan biri de İstanbul 6. Ağır Ceza Mahkemesi'nde 16 Mart 2006 tarihinde yapılan bir işkence davası duruşmasında yaşanmıştır:

2004 yılının Haziran ayında İstanbul'da yapılan NATO Zirvesi'ni protesto etmek amacıyla yürüyüş düzenleyen pek çok kişi gözaltına alınmıştır. Emniyet birimlerinde tutulurken işkenceye maruz kalan bu kişiler, daha sonra savcılığa başvurarak suç duyurusunda bulunmuşlardır.

Suç duyurusunda bulunanlardan İstanbul Terörle Mücadele Şube Müdürlüğü'nde tutulanların başvurusu üzerine burada görevli dokuz kolluk görevlisi hakkında "işken-ce yapmak" suçlamasıyla kamu davası açılmıştır. Mağdurların başvuru dilekçelerinde pek çok kötü muamele uygulamasının yanısıra öne sürdükleri hususlardan bir bölümü de kendilerinden gerekçe gösterilmeksizin parmak izi, kan örneği alınması, fotoğraflarının çekilmesi ve aç bırakılmalarıdır. Üstelik de bu işlemler ikişer kez, tekme tokat eşliğinde, zor kullanılarak ve hastane ortamında değil emniyet birimi içinde görevinin ne olduğunu bilmedikleri kişiler tarafından gerçekleştirilmiştir. Fakat dosyada mağdurlardan alınan parmak izi, kan örneği ve fotoğraflar bulunmamaktadır.

İstanbul 6. Ağır Ceza Mahkemesi 2006/15 Esas sırasında kayıtlı dosyanın aşağıda zaptından alıntı yapılan 16.03.2006 tarihli duruşmasında katılan vekilleri, sanıklara bu hususlarla ilgili sorular yöneltmişler, sanıkların çelişkili beyanlarda bulunmalarını sağlamışlardır.

Böylece nezarethane kayıtları ile mağdurlara ait mevcut tüm kayıtların, bu hususta bir inceleme yapılması için dosyaya getirilmesi gerektiği hususunda bir kanaat oluşturmayı başarmışlardır. Buradan gelecek cevaplara göre iddiaya dayanak teşkil edecek bir kanıt elde edilebilecek ve yeni sanık veya fiil tespiti yapılabilecektir.

Sanık N.A. savunmasında... Katılanlar vekillerinden Av. (...)’ın talebi ile sanıktan soruldu: Gözaltındaki kişilerin işlerinin sağlanması nezarethane görevlilerine aittir. Bu tür işlemler tutanakla tespit edilir. Diğer birimlerin böyle bir görevi de yoktur. Eğer parmak izi tespiti, fotoğraf çekimi, kan alma işlemi yapılacak ise bunu da onunla ilgili birim yapar. Nezarethanedeki onlar alır. Bu amaçla kişilerin nezarethanedeki çıkış ve giriş kayıtları deftere kaydedilir. Bu işlemlerin dosyadaki katılanlar hakkında yapıp yapılmadığını hatırlamıyorum dedi.

Sanık S.B. savunmasında... Katılanlar vekillerinden Av. (...)’ın talebi ile sanıktan soruldu: Olayda yapılan yakalama sadece 2911 sayılı yasaya muhalefet olmayıp yazılı savunmamda da açıkladığım polise mukavemet, işyerlerine ve araçlara yapılan saldırılar ve yaralamalar olup, mala karşı işlenen suçlarda parmak izi alımı delil tespiti açısından polis yetkisi içindedir. Örneğin bu olayda bir araçta bulunan parmak izinin hangi şahsa ait olduğunun tespiti bakımından dahi katılanların parmak izi alınmış olabilir...

Katılanlar vekili (...) söz alarak... Ayrıca kimlik tespit ve olay yeri inceleme şube müdürlüğünden bu olaya ilişkin olarak görevlendirilen ve katılanların parmak izi tespitlerinin ve kan örneklerini alan muhafaza eden kamera görüntülerini yapan görevlilerin ve bunların yapılmasını isteyen yetkili amirlerinin isimlerinin sorulmasını istiyoruz.

İddia makamından soruldu: Nezarethane kayıtlarının celbine,... karar verilmesi mütalaa olunur.

Gereği düşünüldü: istek gibi;

4- ...nezarethane defterlerinin ya da onaylı suretlerinin ve katılanlar hakkında tutulan tutanaklar varsa bu tutanakların asıllarının veya onaylı örneklerinin mahkememize gönderilmesinin istenmesine,

9- ...tarihleri arasında İstanbul Terörle Mücadele Şube Müdürlüğü'nde gözaltına alınan müştekilerin parmak izlerinin alınıp alınmadığı, fotoğraflarının çekilip çekilmediği ya da kamera ile görüntülerinin alınıp alınmadığı, kan örneklerinin alınıp alınmadığı hususlarının sorularak, kan örnekleri alınmış ise ne şekilde muhafaza edildiğinin sorulmasına...oy birliği ile karar verildi.

## 2. TARAFSIZ, BAĞIMSIZ, YASAL MAHKEMELER ELİYLE YARGILAMA

Yansız ve bağımsız yargı organlarının varlığı yalnızca bir yargılama ilkesi değil aynı zamanda demokratik bir hukuk devletinin olmazsa olmaz koşullarından birisidir. Yansızlık, önyargının ve taraf tutmanın bulunmamasıdır. Mahkeme teşkilatından ve/veya hâkimden; sanık, mağdur veya dava konusu olayla ilgili olarak kişisel önyargılarının ve taraflılığının yargılamayı etkilemesine izin vermemesi beklenmektedir.

Bağımsızlık ise herhangi bir kişi, kurum veya gruptan emir almamak, etki altında kalmamak anlamına gelmektedir. Bu ilkenin pratikte mevcudiyeti; yargı yerlerinin görevlerinin belirlenme biçimleri, hâkimlerin atanmaları, görevden alınmaları, görev süreleri gibi hususlara ilişkin güvencelerle mümkün olabilmektedir.

**AIHM, yargılama faaliyeti yürüten tüm yargı yerlerini mahkeme kavramı içinde değerlendirmektedir.**

Mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığına ilişkin geliştirilen kavram ve düzenlemeler hem soruşturma hem de kovuşturma makamları açısından değerlendirilebilir niteliktedir.

Konuyla ilgili açıklama, IV. Bölümde kovuşturma aşamasını da kapsayacak biçimde irdelenmiştir. Bu nedenle, bu bölümde yargılamaya ilişkin olarak tarafsızlık ve bağımsızlık konusu iç hukuktaki örneklerle birlikte ele alınmıştır.<sup>461</sup>

AIHM kararlarında 'mahkeme' kavramı, tüm yargı yerleri için kullanılmaktadır. Dolayısıyla disiplin kurulları, hakem heyetleri, şartla tahliye komisyonları gibi yargılama faaliyeti yürüten tüm yargı yerleri mahkeme kavramı içinde değerlendirilmektedir.

**Disiplin kurulları, şartla tahliye komisyonları gibi, yargısal içerikli kararlar veren kurum ve kuruluşlar bulunmaktadır. Sözleşme'nin "Mahkeme" tanımına giren bütün bu birimlerde,** davanın kanıtlarının sunulduğu, tanıkların dinlendiği veya elde edilen nesnel bulguların hukuksal sonuçlarının tartışıldığı yüz yüze yargılamanın her aşamasında, avukatla savunulma hakkının kullanılabilmesi gerekmektedir. Devletlerin bu yükümlülüğü, adil yargılanma hakkının zorunlu bir koşuludur.<sup>462</sup>

Dolayısıyla mahkemeye erişim hakkının sağlanması, tarafsız-bağımsız bir yargılama yapılması, yargılamanın makul sürede tamamlanması gibi adil yargılanmaya ilişkin tüm ilkeler, yargılama faaliyeti yürüten tüm yerler için geçerli olacaktır.

461 Ayrıntılı bilgi için Bkz: Bölüm IV, "İşkence ve Kötü Muamele Fiillerinin Soruşturulması",

462 Champbell ve Fell / İngiltere, başvuru tarihi: 28.06.1984, karar no: 7819/77

463 "Yargıtay Uygulamasında Adil Yargılanma İlkeleri", 22 Mayıs 2003, Yargıtay, Hamdi Yaver Aktan (Yargıtay 8. Ceza Dairesi Üyesi)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi "*tarafsızlık*" kavramını "*öznel*" ve "*nesnel*" ölçütlerle göre değerlendirmektedir. Öznel tarafsızlık kavramı, yargıçların birey sıfatıyla kişisel tarafsızlıklarını ifade ederken nesnel tarafsızlık kavramı, kurumsal olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenimi yani hak arayanlara güven veren tarafsız ve bağımsız bir görünümüne sahip olup olmadığını anlatmaktadır."<sup>463</sup>

#### **a. İşkence yargılamalarında sübjektif tarafsızlık meselesi**

İşkence yargılamaları pratiğinde mahkemelerin öznel (sübjektif) tarafsızlıklarını korumaları noktasında problem yaşanmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu, hâkimin sübjektif olarak tarafsız davranamayacağı halleri, davaya bakamaması veya reddi olarak tanımlamış ve 22. maddesinde hâkimin davaya bakamayacağı halleri saymıştır. Buna göre hâkim;

- Suçtan kendisi zarar görmüşse,
- Sonradan kalksa bile şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlilik, vesayet veya kayımlık ilişkisi bulunmuşsa,
- Şüpheli, sanık veya mağdurun kan veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyundan biri ise,
- Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlât edinme bağlantısı varsa,
- Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında üçüncü derece dâhil kan hısımlığı varsa,
- Evlilik sona ermiş olsa bile, şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında ikinci derece dâhil kayın hısımlığı varsa,
- Aynı davada Cumhuriyet savcılığı, adli kolluk görevi, şüpheli veya sanık müdafiliği veya mağdur vekilliği yapmışsa,
- Aynı davada tanık veya bilirkişi sıfatıyla dinlenmişse, hâkimlik görevini yapmaz.

Bunlar, hâkimin çekinmesini gerektiren sebepler olmakla birlikte hâkimin reddinin taraflar veya Cumhuriyet savcısı tarafından talep edilebilmesi için de kullanılabilirler (CMK md 24). Bunun yanı sıra hâkimin tarafsızlığını şüpheyeye düşürecek "diğer" sebeplerden dolayı da reddinin istenebileceği aynı maddede düzenlenmiştir.

Burada hâkimin tarafsızlığını şüpheyeye düşürecek diğer sebeplerin neler olabileceğinin tespiti önemlidir. Zira işkence yargılamaları sırasında ortaya çıkan sübjektif taraflılık, 22. maddede sayılan somut çekinme sebepleri olarak kendini göstermemekte, yasal tanımlamasıyla hâkimin tarafsızlığını şüpheyeye düşürecek "diğer" sebepler kapsamında yer almaktadır.

Ek-1'de yer alan<sup>464</sup> duruşma gözlem raporunda hâkimin, yasada tanımlanan 'diğer sebepler'e dayanarak çekinmesine örnek bulmak mümkündür:

Baran Tursun'un 27 Kasım 2007 tarihinde öldürülmesi olayına karışan 10 polis memurunun delilleri karartmış oldukları gerekçesiyle açılan davanın ilk duruşmasına

464 İzmir 6. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2008/290 E. sayılı dosyası ile görülmekte olan davanın 27 Ekim 2008 tarihli ilk duruşmasına ilişkin olarak Av. Hülya Uçpınar tarafından düzenlenen duruşma gözlem raporu.

ilişkin olarak yapılan gözlem Ek -1'deki duruşma gözlem raporu ile yazılı hale getirilmiştir.

Burada mevcut anlatıma göre; duruşmada sorgusu yapılacak sanık polislerden ilk sıradakinin, astlık-üstlük ilişkisi sebebiyle etki altında kalmaması için diğer sanıkların dışarıya çıkarılması için müdahil vekilleri talepte bulunmuşlardır. Fakat bu talep gerekçesiz olarak reddedilmiştir. Yine müdahil vekilleri tarafından CMK m. 201'de düzenlenen 'doğrudan soru yöneltme' usulünü kullanmak konusundaki çabaları da mahkeme heyeti tarafından gün içinde başka dosyalara ait çok sayıda duruşma yapılabacağından iş yükünün yoğun olduğu gerekçesiyle engellenmiştir. Duruşma gözlem raporundan anlaşıldığı kadarıyla bu engelleme; soru sorulması sırasında duruşmaya ara vermek, daha az sayıda duruşma olan bir güne duruşmanın ertelenmesi ve sanıklar hakkında vareste tutulma kararı vermeyerek ertelenecek günde sanıkların duruşmada hazır bulunmalarının sağlanması taleplerini reddetmek, soru yöneltilen sanığı yönlendirici kimi davranışlarda bulunmak gibi çeşitli yöntemlerle gerçekleştirilmiştir.

Müdahil vekilleri sorularını yöneltmeye başladıkları sırada, mahkeme başkanı ve savcı arasında oturmakta olan üye yargıç, izleyici sıralarından da duyulacak biçimde, **“sanık susma hakkını kullanır, olur biter”** diyerek sanığı yönlendirdi. **Sanık da bu soruya cevap vermek istemediğini, susma hakkını kullanacağını belirtti.** Sanığın bu beyanı üzerine müdahalede bulunan üyenin güldüğü görüldü. Aynı olay müdahil vekilinin bu sanığa yönelttiği ikinci soruda da benzer biçimde cereyan etti; üye sanığın **cevap vermeme hakkı olduğunu ve sanık da soruya yanıt vermeyeceğini belirtti.**

Müdahil ve müdahil vekillerinin ısrarlı taleplerine karşın **üyenin müdahaleleri duruşma tutanağına geçirilmedi.**<sup>465</sup>

Ek -1'de mevcut gözlem raporundan anlaşılan bir diğer husus da üye hâkimlerden birinin müdahil vekillerine ve izleyicilere yönelik olarak oldukça saldırgan davranmış olduğu ve duruşmada olup bitenlerin müdahil vekilleri tarafından ısrarla talep edilmesine karşın, tutanağına geçmediğidir.

Bu duruşma sonunda bu üye hâkim, davadan çekinmiştir.

Yargılama sırasında yargılamanın niteliğinden davanın niteliği itibarıyla duruşmanın başında bir gerginlik olduğu katılan vekillerinin sayısının çok olması nedeni ile katılan vekillerinin sanıklara soru yönelmeleri, soruların kapsamlı olması karşısında mahkeme başkanı olarak bu şekildeki soruların davayı çok uzatacağını katılanlar vekillerine bildirildiği, katılanlar vekillerinin de sanıklar duruşmadan varesteden tutulmadıkları takdirde duruşmaların ilerleyen celselerinde sanıklara soru yöneltebileceklerini bildirdikleri, yargılamanın devamı sırasında sanık Murat Masat'ın sorgulaması sırasında üye hakim Mehmet Özcan'ın seyirci kısmında oturanların güldüğünü belirtip dışarı çıkmaları gerektiğini bildirdiği, akabinde katılan vekillerinin duruşmanın başındaki sanıklara soru yöneltilmesi sırasında “susma hakkını kullanabilirler” şeklindeki beyanını gerekçe gösterip davadan çekinmek istediğini bildirmesi karşısında CMK'nun 29. Maddesi uyarınca çekinmenin yerinde olup olmadığının incelenmesi için

465 Bkz Ek - 1, Av. Hülya Üçpınar tarafından hazırlanan 27.10.2008 tarihli duruşma gözlem raporu

466 İzmir 6. Ağır Ceza Mahkemesi 2008/290 E dosyasının 27 Ekim 2008 tarihli duruşma tutanağı



dosyanın İzmir 7. Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderilmesi... oy birliği ile karar verildi.<sup>466</sup>

Duruşmalar sırasında mağdur/müdahil taleplerinin tamamının reddinin yanısıra işkence yargılamalarını yürüten yargıçların sanık ve/veya tanık beyanlarını duruşma tutanaklarına düzelterek geçirmeleri, mağdurlara yönelen sataşmaları genellikle duymamaları, mağdur/müdahil tarafın haklarını sürekli olarak kısıtlayarak adeta yargılamanın sanığı konumuna getirilmesi sonucunu doğuran tüm davranış biçimleri subjektif taraflılık göstergesidir.

### **b. Mahkemelerin nesnel (objektif) tarafsızlığı, DGM'ler ve özel yetkili ağır ceza mahkemeleri**

Bu alanda Türkiye'de mevcut yargılama pratiği itibariyle verilebilecek en belirgin örnek, yakın zamana kadar varlığını sürdürmüş bulunan Devlet Güvenlik Mahkemeleridir.

Devlet Güvenlik Mahkemeleri ile bunların devamı niteliğinde olduğu açık olan Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri'nin konumuz açısından önemi, devletin bekasının **“ne pahasına ve ne şekilde olursa olsun”** yurttaşlara karşı korunması zihniyetini kurumsal olarak simgelemeleri ve mevcudiyetleri ile nesnel (objektif) olarak bağımsızlık / tarafsızlık ilkesini ihlal etmeleridir. İster Sıkıyönetim Mahkemesi ister DGM isterse Özel Yetkili

Bir darbe kurumu olarak uzun yıllar toplumun üzerinde bir baskı aracı ve demokratikleşmenin önünde önemli bir engel olarak duran DGM'ler, 1991 tarihinde çıkarılan Terörle Mücadele Yasası ile adeta kendini tamamlamış, uygulamasını somutlaştırmıştır. 12 Mart'ın ardından 1961 Anayasası'na<sup>467</sup> Devlet Güvenlik Mahkemelerinin kurulacağı yönünde hüküm eklenmiş 1973 yılında da kurulmuştur.<sup>468</sup> Anayasa Mahkemesi, vermiş olduğu karar ile DGM'lerin kuruluşuna ilişkin kanunu iptal etmiştir.<sup>469</sup> Yeni bir kanun teklifi hazırlanmışsa da bu teklif kanunlaşamadığı için bu dönemde DGM'ler yeniden kurulamamıştır. Daha sonra 1982 Anayasası'nın 143. maddesine DGM'lerin kurulması yönünde hüküm konulmuş, bu hüküm doğrultusunda çıkarılan 2845 sayılı **“Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun”** uyarınca Devlet Güvenlik Mahkemeleri yeniden kurulmuştur.<sup>470</sup>

Devlet Güvenlik Mahkemelerinde yapılan yargılamaların, adil yargılanma hakkını ihlal ettiğinden bahisle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne çok sayıda başvuru yapılmıştır. Bu başvurular sonucunda AIHM, DGM'lerde bir askeri yargıcın bulunmasının, mahkemenin objektif bağımsızlığı sorununu doğurduğu; askeri yargıçların atanmaları, terfileri, görev süreleri ve görevden alınmalarına ilişkin mevzuatın yargıç bağımsızlığını ortadan kaldıran bir sonuç doğurduğuna karar vermiştir. 09.06.1998 tarihinde verilen İncal/Türkiye kararıyla birlikte önce heyetten askeri yargıçların çıkarılmasına ilişkin düzenleme yapılmış<sup>471</sup> ve ardından da Öcalan/Türkiye kararı<sup>472</sup> ile birlikte Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulüne İlişkin Yasa yürürlükten kaldırılmıştır.<sup>473</sup>

“Buradan çıkan sonuca göre başvuru, İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesinin, üyelerinden birinin askeri yargıç olması nedeniyle, davanın niteliği ile hiç bir ilgisi olmayan düşüncelerin etkisi altında kalabileceğinden haklı olarak kaygı duyabilir. Yargıtay, konuyla ilgili tam bir yetkiye sahip olmadığı için bu kaygıları giderememiştir.<sup>474</sup>

467 1699 sayılı kanun ile değişik 136. Madde (1961 Anayasası)

468 11.07.1973 tarihinde yürürlüğe giren 1773 sayılı kanunla DGM'ler kurulmuştur.

469 06.05.1975 tarih ve 35/126 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı

470 Kabul Tarihi: 16/06/1983, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 18/06/1983, Yayımlandığı Resmi Gazete Sayısı: 18081

471 22/06/1999 tarih ve 4390 sayılı Kanun

472 Başvuru no:46221/99, 13.03.2003 tarihli Daire kararı, 12.05.2005 tarihli Büyük Daire kararı

473 5190 sayılı “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik Yapılması ve Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kaldırılmasına Dair Kanun”un (3. Maddesi uyarınca) Kabul Tarihi: 16/06/2004, Resmi Gazete Tarihi: 30/06/2004, Resmi Gazete Sayısı: 25508

474 Ayrıca bkz. para. 25 ve ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte, 19.12.1997 tarihli Helle - Finlandiya kararı, para. 46

Sonuç olarak, başvurunun İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesinin bağımsızlık ve tarafsızlığından kuşku duymak için haklı nedenleri vardır. Buna göre, Sözleşme'nin 6(1).fıkrası ihlal edilmiştir.”<sup>475</sup>

Fakat uygulamada kaldırılan DGM'lerin görevleri 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 250. maddesinde tanımlandığı şekliyle “Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri”ne devredilmiş durumdadır. Yargılama usulleri, gözaltı ve tutuklama süreleri ve daha pek çok hususta CMK'nın genel düzenlemelerinin dışında usuller tarif edilmekte, uygulaması yine Terörle Mücadele Kanunu ile kendini tamamlamaktadır. Dolayısıyla DGM'lerin gerçek anlamda kaldırıldığından bahsetmek bugün itibariyle mümkün değildir.

Ağır Ceza Mahkemesi, ismi ne olursa olsun, devleti yurttaş karşı korumak üzere özel olarak tahsis edilmiş bir mahkemenin varlığı, işkenceyi haklı gören zihinsel arka planın kurumsal olarak tecelli etmesinden başka bir şey değildir.

Şemdinli Davası sürecinde yaşananlar, kamu görevlilerinin işlediği suçlara ilişkin olarak soruşturma ve yargılama süreçlerinin nasıl bir baskı altında tutulduklarını ve Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinin taraflı/bağımlı yapısını tüm açıklığı ile ortaya koymaktadır. Üyeleri aracılığıyla bu davayı takip etmiş olan Çağdaş Hukukçular Derneği Genel Merkezi tarafından yapılan bir basın açıklaması konuyla ilgili temel sorun alanlarını da tespit etmekte-

dir.<sup>476</sup>

Kamuoyunda “Şemdinli Davası” olarak bilinen ve iki Jandarma Astsubayı ile bir itirafçının tutuklu olarak yargılandığı Van 3. Ağır Ceza Mahkemesindeki davada hukuk dışı müdahaleler, Adalet Bakanlığı müfettişlerinin Ağır Ceza Mahkemesinin başkan ve üyeleri hakkında soruşturma başlatmasıyla devam ediyor.

### **Özel yargılama usulleri kaldırılmalıdır.**

Iddianameyi hazırlayan savcı Ferhat SARIKAYA'nın meslekten atılması ile başlayan müdahaleden sonra yargısal teamüle ve yerleşik içtihada aykırı bir Yargıtay incelemesi neticesinde dava Van 3. Ağır Ceza Mahkemesinde yeniden görülmeye başlanmıştır.

Ancak Yargıtay'dan Mahkemesine gönderilirken dava dosyası kuşku bir “trafik kazası” sonucu zarar görmüştü.

Şemdinli dosyası ilk gününden itibaren sıra dışı özellikler taşıdı. **Sanık avukatlarının sorguya askeri helikopterle yetiştirilmesiyle, dönemin kara kuvvetleri komutanının astsubay sanıklara kefil olmasıyla, dosyada taraf olmayan Jandarma Genel Komutanlığı'nın “gizli yargılama” talep etmesiyle, kendi müdafilerinin tanımıyla “hala görevde” olan sanıklar hakkında tutuk hallerinin aralıksız devam ettiği bu güne kadar disiplin soruşturması bile açılmayıyla** zaten akıllarda yeterince kalacaktı.

Davanın neredeyse her celsesinde görevli savcığı değiştirerek yeni bir savcı görevlendiren Van Cumhuriyet Başsavcılığı, sürekli çelişkili istemlerde bulunmuş ve son olarak neredeyse otuz bin sayfayı bulan dosyada “hiçbir delil bulunmadığına” kanaat getirerek “sanıkların tahliyesini” istemişti.

475 İncal/Türkiye Davası, Esas: 1993/22678, Karar: 1998/785, Karar Tarihi: 09.06.1998

476 Çağdaş Hukukçular Derneği Genel Merkezi 26.06.2007 tarihli “Şemdinli Davası İle İlgili Gelişmeler Hakkında Basın Açıklaması” başlıklı açıklamasından

[http://www.cagdashukukculardernegi.org/basin\\_bultenleri/basin\\_bultenleri/genel\\_merz\\_k\\_basin\\_aciklamasi\\_26.06.2007.html](http://www.cagdashukukculardernegi.org/basin_bultenleri/basin_bultenleri/genel_merz_k_basin_aciklamasi_26.06.2007.html)

29 Haziran 2007 tarihinde yapılacak olan keşif için “mahkemenin güvenliğinin sağlanamayacağı” Hakkâri Valisi tarafından bildirilmişti. Hazırlık soruşturması sırasındaki keşfe, bir Jandarma Astsubayı tarafından silahla ateş açılmasını takiben aralarında savcı ve milletvekilinin de olduğu kalabalığa kolluk güçlerince ateş edildiği hatırlandığında bu bildirim mahkeme üzerindeki etkisi anlaşılabilir.

Gelinen son aşamada sadece yargı bağımsızlığını değil “doğal yargıç” ilkesini de tamamen ortadan kaldırma amacı taşıyan Adalet Bakanlığı soruşturması ile doğruya ulaşan müdahale utanç vericidir.

**Eski Devlet Güvenlik Mahkemesi’nden bozma “Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri” bugüne kadar kolluk güçlerinin “doğal” bir uzantısı gibi hareket etmiş, anayasa ve uluslararası sözleşmeler ile güvence altına alınmış temel hakları yok saymıştır.** Kararları ve yargılama usulleri ne kadar hukuk dışında olursa olsun, “silahlı ve silahsız bürokratlar” ile “siyasal iktidarların” eğilimlerine uygun kararlar verdikleri sürece sözde bağımsız ve özel yargıç güvenceleri taşıyan mahkemeler olarak tanıtılmışlardır.

Bugün gerçekle yüz yüzeyiz. Tüm bir ilçe halkının tanıklığında alenen işlenmiş adam öldürme, yaralama ve bombalama suçları ile ilgili olarak karar vermiş olan hâkimler açıkça tehdit altındadır. Bu tehdit, iktidar odaklarının menfaatleriyle çatıştığında hiç kimsenin güvende olmadığını, hukukun bir menfaat çatışma alanı olarak kurumsallaştırıldığını, bu çatışmanın içinde sözü, güçlü olanın söyleyeceğini ilan etmektedir.

Faili meçhullerin, yargısız infazların veya işkencenin; “devlet düşmanlarına” yapılabileceği, yapılmasının hoş görülebileceği, mutlak yasak karakterinden bir süreliğine uzaklaşılabilirliğine dair inancın zihinlerde pekiştirilmesini sağlayan bu türden özel yargılama usullerinin demokratik toplumlarda varlığını sürdürmemesi gerektiği ortadadır. Hal böyleyken yalnızca mahkemenin isminin (kamuoyundaki yaygın kullanımıyla; tabelasının) değiştirilmesi yeterli değildir, tamamen kaldırılması gerekmektedir.

### c. Duruşmanın düzen ve disiplini

Duruşmanın düzen ve disiplinini sağlanması, mahkeme başkanı veya hâkimin görevidir ve onun yetkisindedir.

Konuya ilişkin olarak CMK m. 192’de mahkeme başkanı veya hâkimin görevi, m. 203’te ise yetkisi yer almaktadır. Mahkeme başkanı veya hâkim, duruşmanın düzen ve disiplinini bozan kişiyi salondan çıkarabilir, avukatlar ve çocuklar dışında bu işleme direnen veya kargaşa çıkaran kişiler hakkında disiplin hapsine hükmedebilir.

Kuşkusuz duruşmanın düzen ve disiplinini koruması yalnızca mahkeme salonunda tam bir sükûnetin sağlanması amacını gütmektedir. Aynı zamanda kanunda sayılan işlemlerin yapılması sırasında disiplin sağlanması ve yargılama için getirilen temel ilkelerin korunması açısından da önem arz etmektedir. Yargıla-

***Duruşmanın düzen ve disiplini, yargılama için getirilen temel ilkelerin korunması açısından da önem arz etmektedir***

477 İstanbul 7. Ağır Ceza Mahkemesi 2005/273 E.

ma ilkelerinin uygulanılığının sağlanması yargıcın sorumluluğundadır. Bu nedenle duruşma sırasında tarafların birbirlerine saldırgan davranmalarının önlenmesi, tanık veya mağdurların sözlü veya işaretlerle tehdit edilmelerinin engellenmesi, tarafların kendilerini ifade etmelerine olanak tanınması gibi konular duruşmanın düzeni ile ilgilidir.

Duruşma düzeninin sağlanabilmesi için tarafsız ve duruşmanın sorumluluğunu almış bir hâkimin varlığı önemlidir. Duruşma düzeninin, delillerin ortaya konulması ve tartışılması esnasında yapılan işlemlerin sıhhatini önemli ölçüde etkilediğine ilişkin, Bilim Araştırma Vakfı çalışanlarına işkence yapıldığı iddiasıyla açılan davanın<sup>477</sup> 10 Eylül 2008 tarihli duruşmasında yaşananlar örnek olarak gösterilebilir.

Dava, Bilim Araştırma Vakfı çalışanı olan 16 kişinin, 12 Kasım 1999 tarihinde gözaltına alınarak 18 Kasım 1999 tarihine kadar İstanbul Organize Suçlar Şubesinde tutuldukları süre boyunca haya sıkma, kaba dayak, kelepçe ile sandalyeye bağlanma ve küfür edilmesi suretiyle maruz kaldıkları muameleyle ilgilidir. Sanıklar hakkında TCK m. 94/1 hükmünün 27 kez ihlal edildiği gerekçesiyle açılan dava<sup>478</sup> İstanbul 7. Ağır Ceza Mahkemesi'nde görülmeye devam etmektedir.

Dosyada sanık olarak yargılananlardan biri, olay tarihinde Şube Müdürü olarak görev yapan sanık Adil Serdar Saçan'dır ve avukat olan kardeşlerinin de içinde yer aldığı müdafiler tarafından savunulmaktadır.

Bu dava dosyası, TİHV'in izleme yaptığı dosyalar arasındadır. Dosyanın 10 Eylül 2008 tarihli duruşması Vakıf gönüllülerinden bir avukat tarafından izlenmiştir. Duruşma sonrasında hazırlanan "Duruşma Gözlem Tutanağı" uyarınca;<sup>479</sup>

Sanık avukatları sürekli saldırgan tavırlar sergiliyorlar. Adil Serdar Saçan, iki avukatın da abisiymiş bu nedenle sanıktan bahsederken hem müvekkil hem de abimiz ifadelerini kullandılar.

Tüm duruşma boyunca avukatlar sürekli karşılıklı tartıştılar. Bir taraf diğerini işkenceci olmakla diğer taraf da cemaatçilikle suçluyor ancak bu tartışmalar tutanağa yansımada. Sanık avukatları ısrarla "Adnan Hocacılar aynı zamanda sanık olarak yargılanıyorlar ve o davadan ceza almamak için işkence iftirasında bulunuyorlar" iddiasını gündeme getirdi.

Sanık avukatı Serkan Saçan, müşteki A...'e "sen hırsız mısın?" diye sordu ancak tutanağa geçmedi.

Sanık avukatları soru sormak için söz alıyor ancak soru sormayıp hem esasa ilişkin beyanda bulunuyor hem de müşteki ve mağdurlara sözlü saldırıda bulunuyor. Mahkeme heyeti pasifleşti duruşma düzenine müdahale etmiyorlar. Müşteki vekilleri de sanık vekillerine çok fazla müdahalede bulunmuyor.

...

Sanık avukatı Serkan Saçan müşteki avukatına "Yargıtay size örgüt diyor ben de örgüt diyorum" dedi. Zapta geçmedi. Sanık vekili tanığa "H... , K... , bunların

478 İstanbul Cumhuriyet Savcılığı (Memur Suçları Soruşturma Bürosu) 2005/1071 sayılı ve 22.06.2005 tarihli iddianame  
479 Ek - 2 Av. Emel Sayın tarafından hazırlanan 10 Eylül 2008 tarihli duruşma gözlem raporu

örgütteki konumu nedir? Herkes bunlardan bahsediyor” diye sordu.

Tanık T... dinlendikten sonra vekiller arasında kavga çıktı. “Senin tanıgın sipariş tanığı, işkenceci avukatı, cemaatçi...” gibi sözler söylediler karşılıklı. Ancak bunların hiçbirisi tutanağa geçmedi. Müşteki K... ile sanık avukatı Serkan Saçan kavga ettiler. Kim milliyetçidir tartışması yaşandı. Müşteki “ben milliyetçiyim işkenceyi hak etmedim”e benzer ifadelerde bulundu. Sanık vekili de “sen milliyetçi olamazsın, benim abim de milliyetçi” türünde sözler sarf etti. Ancak tutanağa geçmedi. Sanık avukatları sürekli bağırarak konuşuyorlar ve salondaki herkesi taciz ediyorlar. Müşteki K...’nin annesi ile de bir ara tartıştılar. (Müşteki K...’ın annesi izleyici tarafında oturuyor. Sanık avukatlarına çok yakın bir noktada. Duruşma boyunca sürekli konuşarak ve sanık vekillerine “işkenceci” diyerek sanık vekillerini taciz etti. Ancak mahkeme heyeti bu durumu fark etmedi.) Sanık avukatı müştekiye (K...’a) “yalancılarla işimiz yok” dedi zapta geçmedi. Yaklaşık 15 dakika taraflar” sen şunu dedin zapta geçsin” ,”o zaman sen şunu dedin zapta geçsin” şeklinde tartıştılar. Sanık avukatı Serkan Saçan başkana “zapta geçmezseniz sizi şikâyet ederim” dedi. Üye hâkimlerden birisi avukatlara “hepimiz kardeşiz, yapmayın birbirinizi üzmezin” şeklinde nasihatte bulundu. Sonrasında gerilim düştü ve duruşma bitti.

Bu duruşma, duruşma düzeninin tamamen ortadan kalktığı, tarafların karşılıklı olarak birbirlerini tehdit ettikleri, bu nedenle de tanık ve mağdurların üzerinde baskı kurulmasına neden olan bir pratiğin örneğidir. Böyle bir duruşmada adil yargılanma hakkının gerçekleştirilmesini sağlayabilecek hiçbir ilkenin hayata geçirilmesi mümkün olmadığı gibi maddi gerçeğin açığa çıkarılması da neredeyse imkânsızdır. Ayrıca bu şekilde mağdur ve tanıkların açık biçimde tehdit edilmelerine müdahale edilmemesi, mağdurlarda yeniden travmatizasyona neden olması ihtimalini kuvvetlendirmektedir.

Baran Tursun’un öldürülmesi olayı ile ilgili delilleri karartmak gerekçesiyle “resmi evrakta sahtecilik” suçlamasıyla 10 polis memuru hakkında İzmir 6. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2008/290 E. kaydı ile açılan davanın 27 Ekim 2008 tarihli duruşmasına ilişkin Ek – 1’de mevcut duruşma gözlem raporunda yapılan anlatıma göre; duruşma düzenini üye hâkim bozmuş, üstelik de duruşmayı izleyenleri, duruşma düzenini bozmakla suçlayıp salondan çıkarmış ve böylece aleniyet ilkesinin uygulanırılığını da engellemiştir. Bu duruşmada da mahkeme başkanı, duruşma düzeninin sağlanması konusunda son derece yetersiz kalmıştır.<sup>480</sup> Nitekim yukarıda da belirtildiği üzere heyet yargılamadan çekilmiştir.

### 3. ALENİYET

Yargılamalarda aleniyetin sağlanması; kamuoyu tarafından yapılacak denetlemenin gerçekleştirilmesi ve adalet duygusunun tatmin edilmesi anlamında önemlidir. Aleniyet ilkesi açıklık, yüz yüzelik ve kararın gerekçesinin açık duruşmada okunması ile sağlanır.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 182 ila 187. maddeleri arasında duruşmanın açıklığı ilkesine ilişkin düzenlemeler mevcuttur.

**Aleniyet ilkesi açıklık, yüz yüzelik ve kararın gerekçesinin açık duruşmada okunması ile sağlanır.**

480 Bkz s.

Açıklık, duruşmaların herkesin izlemesine ve konuşulanları duymasına açık olması anlamına gelmektedir. Nitekim Ceza Muhakemesi Kanununda da bu biçimde tanımlanmış, ancak genel ahlakın ve kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı durumlarda duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına karar verilebileceği hükme bağlanmıştır. Duruşmaların kapalı yapılmasına ilişkin olarak verilecek karar da açık duruşmada açıklanacaktır. Ceza Muhakemesi Kanunu, sanığın 18 yaşını doldurmamış olması halinde duruşmanın zorunlu olarak kapalı yapılacağını düzenlemiştir.

CMK sistematigi her ne kadar duruşmaların açıklığını esas almışsa da 183. madde ile adliye binası içerisinde ve duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda her türlü sesli veya görüntülü kayıt veya nakil olanağı sağlayan aletlerin kullanımı yasaklanmıştır. Üstelik bu yasağın adliye binası ve içindeki diğer adli işlemlerin icrasında uygulanması da aynı hüküm ile öngörülmüştür.

Kayıt cihazı kullanımına ilişkin hükümler Ceza Muhakemesi Kanunu'nun farklı bölümlerinde yer alan maddelerle düzenlenmektedir:

- Tanıkların dinlenmesi sırasında görüntü veya seslerin kayda alınabileceği, mağdur çocukların ve duruşmaya getirilmesi mümkün olmayan fakat beyanı maddi gerçeği aydınlatacak olan tanığın beyanı alınırken bu kaydın zorunlu olduğuna (md.52/3);
- tanık ve bilirkişinin istinabe yoluyla dinlenmesi halinde aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniği kullanılabilmesine (md.180/5);
- alt sınırı beş yıldan az ceza gerektiren suçlardan yargılanan sanıkların istinabe yoluyla dinlenmesi halinde aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniği kullanılabilmesine (md.196/4);
- duruşmada yapılan işlerin teknik araçlarla kayda alınması halinde bu kayıtların vakit geçirmeksizin yazılı tutanağa geçirilmesinin zorunlu olduğuna (md.219/1) ilişkin düzenlemeler mevcuttur.

Nitekim Hırant Dink'in öldürülmesi ile ilgili davanın 11 Şubat 2008 tarihli duruşmasında bu imkânlardan yararlanılmıştır.<sup>481</sup>

Duruşma; Türkiye'de ilk kez uygulanan ses ve görüntü kaydıyla (dijital konferans sistemi) yapılmış, duruşmanın tamamının kamera ve ses kaydı yapılmıştır. Ancak ilk kez uygulanıyor olması nedeniyle gerek mahkeme heyeti gerekse de avukatlar zaman zaman bu teknolojiyi kullanmak konusunda zorluk çekmişlerdir.

Mahkemede ayrıca bir zabıt kâtibi bulundurulmamıştır. Ancak mahkeme başkanının açıklamasına göre, duruşma salonunun izlenebildiği bir odada kayıtları takip eden bir teknik görevli ile bir steno personel bulundurulmuştur. Duruşmaya ilişkin CD kaydı ile çözümlerin ertesi gün mahkeme kaleminden ilgili taraflarca alınabileceği belirtilmiştir.<sup>482</sup>

Duruşmayı TIHV adına izleyen müdahil vekilinden alınan bilgiye göre, duruşmadan sonra taraflara yalnızca kayıtların dökümlerinin verilerek CD kayıtlarının teslim edilmemesi, duruşmanın ilk bölümünde müdahil vekillerinin önemli bir bölümünün, sa-

481 İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi 2007/ 428 E.

482 Ek - 3, Av. Nazan Sakallı tarafından hazırlanan 11.02.2008 tarihli duruşma gözlem raporu

nıklardan O.S. için görevlendirilen sosyal hizmet uzmanının duruşma salonuna alınmamış olması gibi diğer uygulamalar aleniyet ilkesinin ihlal edilmesine sebep olmuştur.

Sözleşme'nin 6/1. maddesinde sözü edilen yargısal organlar önündeki bir davanın alevi biçimde gerçekleşmesi, davanın taraflarını, kamu denetiminin bulunmadığı gizli adalet dağıtımına karşı korur. Bu aynı zamanda, ister üst derece isterse alt derece olsun, mahkemelere olan güveni sürdürme yollarından birisidir. Açıklık, adalet dağıtımını görünür kılmakla, Sözleşme'nin 6/1. maddesindeki amaçlarından birisine, yani sözleşme anlamında her demokratik toplumun temel ilkelerinden birisi olan adil yargılanma güvencesinin gerçekleşmesine de katkıda bulunur.<sup>483</sup>

Yüzyüzelik ise yargılamanın taraflarının duruşmalara katılım göstermesidir. AIHM'in yerleşik içtihatlarına göre duruşmaya katılımdan feragati haklı kılacak istisnai durumların yokluğu halinde AIHS m.6/1 anlamında açık yargılanma hakkı, yüzyüze yargılanma hakkının da tanınmasını gerektirecektir.<sup>484</sup>

Yüzyüzelik ilkesinin özellikle talimatla alınan ifadelerin alınacağı tarihlerin taraflara tebliğ edilmemesi ile ihlali söz konusu olmaktadır. yanısıra işkence suçlarında, tanıkların ve kimi zaman sanıkların ifadelerin talimatla (istinabe yoluyla) alınması durumunda, katılanın ifadenin alınacağı günden haberdar edilmemesi, soru yöneltmek, yüzleşmek gibi olanaklardan yoksun kalmasına neden olmaktadır. Kanunda düzenlenen teknolojik olanaklardan ise uygulamada yararlanılmamaktadır.

Aleniyet, aynı zamanda mahkeme tarafından verilen kararların açık duruşmalarda okunmasını da içermektedir.

AIHM, *Menteş/Türkiye*<sup>485</sup> davasında taraflardan birinin yokluğunda alınan ifadelere itiraz etme hakkının olması ile bir duruşmada yüz yüze bulunmanın aynı anlama gelmediğine vurgu yapmıştır.

Bu durumda AIHM, istinabe yoluyla alınan ifadelerle ilgili olarak, "başvurana, bu ifadelere itiraz etme imkânı tanınmasının, bir duruşmanın ya da doğrudan ifade alınmasının yerine geçmesinin mümkün olmadığını daha önce açıklamıştır.<sup>486</sup> Bu durum, başvuranın ne soruşturma safhasında ne de duruşmalar sırasında iddia tanıklarının sorguya çekme ya da çektirme imkânı bulamadığı ve dava konusu tanıklıkların, mahkûmiyet kararının temeli olarak değerlendirildiğinde daha da önem kazanmaktadır.

Anayasa m.141 hükmüne göre;

"Duruşmalar herkese açıktır, duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir, bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır."

483 Güney Dinç, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Adil Yargılanma Hakkı", Güney DİNÇ, İzmir Barosu Yayınları, 2006, s.108

484 Güney Dinç, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Adil Yargılanma hakkı", İzmir Barosu Yayınları, 2006, s.111

485 *Menteş/Türkiye*, Başvuru No:36487/02, 6 Şubat 2007

486 Bkz. Hulki Güneş-Türkiye, no: 28490/95; bakınız aynı zamanda Sadak ve diğerleri-Türkiye, no: 29900/96, 29901/96, 29902/96 ve 29903/96

## a. Mağdurun ve suçtan zarar gören / şikâyetçinin duruşmaya katılımı

(CMK m. 233 - 243)

Kanun, doğrudan doğruya zarar gören kişiyi mağdur, dolaylı olarak zarar gören kişiyi ise suçtan zarar gören/şikâyetçi olarak tanımlamaktadır. Her ikisi için de davaya katılma koşulları söz konusudur. CMK m. 237 uyarınca mağdur ve suçtan zarar gören kişiler, hüküm verilmeye kadar ilk derece mahkemesindeki kovuşturmanın her aşamasında şikâyetçi olduklarını bildirerek davaya katılma talebinde bulunabilirler. Davaya katılma talebi bir dilekçeyle yapılabileceği gibi duruşma sırasında sözlü olarak da yapılabilir. Katılma talebi üzerine Cumhuriyet Savcısının, sanığın ve müdafisinin görüşleri alındıktan sonra mahkeme tarafından kabulüne veya reddine karar verilebilir.

Davaya katılma, yargılamayı durdurmayaacağı gibi katılmadan önceki işlemlerin yeniden yapılmasına veya bunlara ilişkin itiraz sürelerinin kesilmesine neden olmaz. "Katılan" sıfatını alan kişi artık davanın tarafı haline gelir. Böylece; barodan kendisine avukat atanmasını talep edebilir, mahkeme başkanı veya hâkim aracılığıyla tanıklara, sanığa, bilirkişiye ve duruşmaya katılan diğer kişilere soru sorabilir, Cumhuriyet Savcısına bağlı olmaksızın kanun yollarına başvuruda bulunabilir.

Davaya katılmasına karar verilmese bile mağdur ve suçtan zarar görenin /şikâyetçinin vekili de duruşmada dorudan soru yöneltebilir.

Mağdurun ve şikâyetçinin beyanının alınması için çağırılması konusunda tanıklıkta geçerli olan hükümler uygulanır. Ancak bu kişilerin, mahkemeye bildirdikleri son adrese yapılan usulüne uygun tebligata rağmen duruşmaya gelmemeleri halinde yeniden tebligat çıkarılmaz, bildirilen adresin yanlış olması durumunda adres araştırması yoluna gidilmez. Fakat beyanlarının alınması zorunlu ise adres araştırması yapılır. Mağdur ve şikâyetçi; duruşmadan haberdar edilme, kamu davasına katılma, tutanak ve belgelerden vekili aracılığı ile örnek isteme, tanıkların davetini isteme, vekili yoksa baro tarafından kendisine avukat atanmasını isteme, davaya katılmış olma koşuluyla davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurma haklarına sahiptir.

## b. Sanığın duruşmaya katılımı

Kural olarak sanığın duruşmaya katılımı zorunludur. Hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılamaz fakat;

- Toplanan delillere göre mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına ulaşılmışsa sorgusu yapılmadan karar verilebilir.
- Ara vermeden sonraki oturuma gelmeyen sanık daha önceden sorguya çekilmişse ve artık hazır bulunmasına gerek görülmezse dava yokluğunda bitirilebilir.
- Suç, yalnızca para cezası ve/veya müsadereyi gerektiriyorsa yokluğunda duruşma yapılabilir.
- Daha önceden mahkemece sorgusu yapılmış ise kendisinin veya bu konuda yetkili müdafininin talebi üzerine duruşmadan başışık tutulabilir.
- Alt sınırı beş yıldan az olan cezayı gerektiren suçlarda istinabe yoluyla sorguya çekilebilir. Bu durumda sorgunun yapılacağı gün Cumhuriyet Savcısı'na, sanığa ve müdafisine bildirilir. Sorgu zaptı duruşmada okunur. Olanaklı ise aynı



anda görüntülü ve sesli iletişim tekniği kullanılarak sorgu gerçekleştirilir.

- Hastalık, disiplin önlemi veya başkaca zorunlu nedenlerle yargı çevresi dışında bir hastane veya cezaevine gönderilen sanığın, sorgusu yapılmış olmak koşuluyla, duruşmalarda bulunmamasına karar verilebilir.
- Yurt dışında bulunan sanığın belirlenmiş duruşma gününden önce duruşma açılarak veya istinabe yoluyla sorgusu yapılabilir.

Bunlar dışında sanığın duruşmalara katılımı zorunludur. Mahkeme tarafından sanığa iddianame ile birlikte bir davetiye (çağrı kâğıdı) gönderilir. Çağrı kâğıdıyla duruşmaya çağrılan sanık, mazeretsiz duruşmaya gelmediği takdirde CMK m. 146 uyarınca zorla getirilmesine karar verilebilir. CMK m. 199'a göre mahkeme, sanığın hazır bulunmasına, zorla getirme kararı veya yakalama emriyle getirilmesine her zaman karar verebilir.

Ceza yargılamasında "kaçak sanık"ların yargılanmasına ilişkin hükümler bulunsa da işkence suçuna ilişkin yargılamalarda uygulanması mümkün değildir. Hakkında açılan kovuşturmanın sonuçsuz kalması için yurt içinde saklanarak veya yurt dışında bulunarak mahkemenin kendisine ulaşmasına engel olan sanığa CMK'nın 247. maddesi gereğince "kaçak" denir. Kaçaklar eğer haklarında çıkarılan zorla getirme kararına rağmen duruşmaya gelmezlerse ve kendilerine isnat edilen suç CMK m. 248/2'de sayılanlardan ise önce gazete ilanı ve son adreslerindeki kapılarına asılacak bildirim ile çağrılır, bu işlemin tutanakla tespitinden itibaren 15 gün içerisinde başvuruda bulunmayan sanığın kaçak sanık olduğuna mahkemece karar verilir.

Kaçak sanık hakkında mallarına el koyma veya CMK m. 100 ve sonraki maddeler gereğince yokluğunda tutuklama kararı verilebilir.

İşkence, 248/2. maddede sayılan suçlardan değildir. Bu nedenle işkence davalarında duruşmalara gelmeyen sanık hakkında bu maddeye dayanılarak tedbir alınması mümkün değildir.

Duruşmalarda hazır bulunma zorunluluğunun yanısıra koruma tedbirlerine katılma da sanığın yükümlülükleri arasındadır. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 100/3-a'ya göre, işkence suçunun işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde tutuklama nedeni var sayılabilir.

Fakat sevk maddesinin TCK m.94 veya m.95 anlamında işkence değil m.86 uyarınca 'kasten yaralama'nın basit hali veya TCK m.256 uyarınca 'Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması' olduğu durumlarda tutuklama tedbirine CMK m.100/3-a'ya göre başvurulması mümkün olamamakla birlikte diğer tutuklama sebeplerine dayanmak olanaklıdır. Öte yandan "silahla işlenmiş kasten yaralama" (m.86/3-e) ve "neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış kasten yaralama" (m.87) suçlarında CMK m.100/3-a'ya göre tutuklama kararı verilebilir.

Bir koruma tedbiri olarak tutuklama işlemine ilişkin ayrıntılı bilgi, .IV Bölümde ele alınan "İşkence Suçlarında Soruşturma" başlığı altında yer almaktadır.<sup>487</sup> Tutuklama tedbiri açısından soruşturma ve kovuşturma aşamaları arasında fark bulunmadığı

---

487 Bkz s. 251

çin, IV.Bölüme atf yapılmakla yetinilmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 206/1 uyarınca delillerin ortaya konulması, sanığın sorgusundan sonra başlar. Fakat sanığın mazeretsiz olarak duruşmaya gelmemesi nedeniyle sorgusunun yapılamamış olması, delillerin ortaya konulmasına engel olmaz. Ortaya konulan deliller sonradan geldiğinde kendisine bildirilir.

İşkence davalarında sanıklar ile mağdurlar arasında çifte standart yaratan en önemli meselelerden biri Terörle Mücadele Yasası'nın 15. maddesi ile getirilen düzenlemedir. Terörle Mücadele Yasası'nda 29.06.2006 tarihinde yapılan değişiklikle, terörle mücadelede görev alan kamu görevlilerinin, bu görevleri nedeniyle haklarında yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda müdafiliklerini yapan avukatların vekâlet ücretlerinin devlet tarafından ödeneceği hükmü getirilmiştir.<sup>488</sup>

Oysa yurttaşların yargılandıkları davalarda, zorunlu müdafilik kapsamında olmayan sanığa bir müdafî atanması için barodan talepte bulunulması veya mağdurların adli yardım olanaklarından yararlanabilmesi için talepte bulunulması halinde çoğu zaman bu talepler karşılanamamaktadır. Yasa koyucu bu biçimde bir düzenleme yaparak açıkça, işkence iddiası da dâhil olmak üzere terörle mücadele görevi yapan kişilere yöneltilen her türlü iddiayı baştan haksız olarak nitelendirmekte ve kamu görevlisinin savunmanlığını yapacak kişinin vekâlet ücretini ödemeyi hazine adına üstlenmektedir. Konuya ilişkin olarak ayrıntılı açıklama, IV. Bölüm'de yer almaktadır.<sup>489</sup>

#### 4. YARGILAMANIN MAKUL SÜREDE SONUÇLANDIRILMASI YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Ceza yargılamasında kovuşturma aşaması, iddianamenin kabulü ile başlar. Fakat yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması yükümlülüğü, suç soruşturmasının başladığı andan kararın kesinleştiği zaman kadar devam eden bir zaman dilimi ile ilgilidir. Bu nedenle ceza yargılamasında makul süre, suçlamanın yöneltilmesi ile başlar.

*AİHM'e göre; idari ve yargısal makamlardan kaynaklanan tüm gecikmelerden devlet sorumludur.*

##### a. Yargılamada makul süre

Dolayısıyla bir kişi hakkında tutuklanmasına ilişkin emir çıkarılması, aleyhinde açılan davanın kendisine bildirilmesi, kişiye avukat atanması gibi, bireye suç işlediğine dair bir iddianın bildirilmesi veya (şüphelinin) büyük ölçüde etkilendiği bir durumda<sup>490</sup> kişi suçla itham edilmiş olacak ve süre işlemeye başlayacaktır.

Dikkate alınacak sürenin başlangıcı konusunda Mahkeme'ye göre, cezaî

488 TMY "Madde 15 - (Değişik madde : 29/06/2006 - 5532 S.K 11.Mad) Terörle mücadelede görev alan istihbarat ve kolluk görevlileri ile bu amaçla görevlendirilmiş diğer personelin, bu görevlerinin ifasından doğduğu iddia edilen suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda müdafî olarak belirlendiği en fazla üç avukatın ücreti ödenir ve bunlara avukatlık ücret tarifesine bağlı olmaksızın yapılacak ödemeler, ilgili kuruluşların bütçelerine konulacak ödenekten karşılanır. Avukatların ücretlerinin ödenmesine ilişkin esas ve usûller, Millî Savunma ve İçişleri bakanlıklarınca müştereken çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."

489 Bkz s. 125 vd.

490 Angelucci/İtalya, karar tarihi: 19.02.1991, başvuru no: 12666/87

491 Bkz. 27.06.1968 tarihli Wemhoff kararı, parag. 65; aynı tarihli Neumeister kararı, parag. 18 ve 16 Temmuz 1971 tarihli Ringelsen kararı, parag. 110

492 Bkz. örneğin 27.02.1980 tarihli Deweer kararı, parag. 42

493 Eckle/Almanya, karar tarihi: 15.07.1982, başvuru no: 8130/78

konularda Sözleşme'nin 6(1).fıkrasındaki "makul süre", bir kimseye "suçun isnat edildiği" tarihte başlar; isnat, gözaltı tarihi, hakkında soruşturmanın başladığının kişiye resmen bildirildiği tarih veya hazırlık soruşturmasının açıldığı tarih gibi<sup>491</sup>, olayın dava mahkemesinin önüne gelmesinden önceki bir tarihte oluşmuş da olabilir.<sup>492</sup> Sözleşme'nin 6(1).fıkrası anlamında "isnat" kavramı, "bir kimseye bir suç işlediği iddiasının yetkili makamlar tarafından resmen bildirilmesi" şeklinde tanımlanabilir; bu tanım ayrıca "şüphelinin durumunu esashi biçimde etkileyip etkilemediği" kriterini de karşılamaktadır.<sup>493</sup>

**Yargulamaların uzun sürüyor olması; adaletin etkinliğinin ve inandırıcılığının zedelenmesine sebep olmaktadır.**

AIHM, her dava için önceden öngörülebilecek bir süre veya süreler belirlememiştir. Sürenin makul olup olmadığı hususunda mahkemenin göz önüne aldığı temel kriterler; davanın karmaşıklığı, başvuruçunun davranışı, adli makamların davranışı ve makullük sınırının aşılması halinde başvuruçunun uğrayacağı zararın ne olduğudur.

Mahkeme, bir dava süresinin makullüğünü, olayın özel koşullarına göre değerlendirir. Bu değerlendirmeyi yaparken, başka şeylerle birlikte, olayın karmaşıklığına, başvuruçuların ve yargısal makamların tutumlarına bakar.<sup>494</sup>

Resmi makamların işlemleri karşısında AIHM, herhangi bir idari veya yargısal makamdan kaynaklanan tüm gecikmeler için devletin sorumlu olduğu görüşündedir. Devletlerin hukuk sistemlerini yargılama sürecinin makul bir süre içinde tamamlanmasını sağlayacak bir biçimde düzenlemeleri zorunludur. AIHM, yetersiz personel veya olağan yönetsel güçlüklerin makul süre standardını karşılama konusunda ortaya çıkan yetersizlik için geçerli sebepler olduğu, politik sonuçların muamelelerin başlamasından sonra ortaya çıktığı durumlarda bu sonuçların, aşırı uzun ertelemeleri gerekçelendirdiği yönündeki hükümet savunmalarını uygun bulunmamıştır.<sup>495</sup>

İç hukukta da yargulamaların makul bir sürede sonuçlandırılması yükümlülüğüne ilişkin olarak getirilmiş güvenceler mevcuttur. Anayasa'nın 40. maddesi "Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması" başlığı altında yetkili makamlara geciktirilmeden başvurulma imkânının sağlanmasını isteme hakkını düzenlemektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Ara Verme" başlıklı 190. maddesinde ise duruşmaya ara verilmeksizin devam edilerek hüküm verileceği, ancak zorunlu hâllerde davanın makul sürede sonuçlandırılmasını olanaklı kılacak surette duruşmaya ara verilebileceği hükmüne yer verilmiştir.

Fakat uygulamada duruşmalara ara verilmesi istisnai bir durum olmaktan çıkmış, kural halini almıştır. Adli Sicil ve İstatistik Müdürlüğü verilerine göre işkence - eziyet

494 Eckle/Almanya, karar tarihi: 15.07.1982, başvuru no: 8130/78

495 Donna Gomien "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi El Kitabı", Çev: Serkan Cengiz, Utku Kılınç, İzmir Barosu Yayınları, sf 69-70

496 [http://www.adli-sicil.gov.tr/istatistik\\_2007/ceza%20mahkemeleri/ceza15-2007.pdf](http://www.adli-sicil.gov.tr/istatistik_2007/ceza%20mahkemeleri/ceza15-2007.pdf)

497 H. / Fransa, karar tarihi: 24.10.1989, başvuru no: 10073/82

498 - CMUK Ek Madde - 7 -(Ek madde: 30/07/2003 - 4963 S.K./5. md.) 01/03/1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 243 ve 245 inci maddelerinde yazılı suçları işleyenler hakkında soruşturma ve kovuşturmalar acele işlerden sayılır, öncelik ve ivedilikle ele alınır. Bu suçlarla ilgili davalarda duruşmalara zorunluluk olmadıkça otuz günden fazla ara verilemez, bu davalara adli tatilde de bakılır.

suçlarında yargılama süresi ortalama 613 gündür.<sup>496</sup> Yargılamaların uzun sürüyor olması; adaletin etkinliğinin ve inandırıcılığının zedelenmesinin<sup>497</sup> yanısıra suçun zamanaşımına uğraması ve heyet değişikliği durumunda vicdani kanaatin oluşturulamaması gibi başka sakıncalar da doğurmaktadır.

Mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 7. ek maddesinde işkence ve kötü muamele fiillerine ilişkin yargılamaların ivedilikle ele alınmasına, bu suçlarla ilgili davalarda duruşmalara zorunluluk bulunmadıkça 30 günden fazla ara verilemeyeceğine ilişkin bir düzenleme mevcut idi.<sup>498</sup> Fakat benzer bir düzenlemeye 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer verilmemiştir. Bu oldukça önemli bir eksiklik. Zira ortalama 613 gün ile işkence davaları, diğer tüm yargılamalardan çok daha uzun sürmektedir.

Uygulamada işkence davası sanıklarının mahkeme huzuruna çıkmak konusunda isteksiz davranmalarına rağmen yargılama makamları tarafından sanıklara yönelik olarak herhangi bir yaptırımın uygulanmıyor oluşu, yargılamaların süresini önemli ölçüde uzatmaktadır.

Yurttaşların sanık olarak yargılandıkları dosyaların önemli bir bölümünde hâkimler, kimi zaman mazeret bildirildiğinde dahi, duruşmaya gelmeyen sanık hakkında derhal zorla getirilmesine karar verirken, kamu görevlilerinin yargılandığı davalarda duruşmalara gelmeyen ve mazeret de bildirmeyen sanıklar hakkında aynı işlemi uygulamamakta, sadece yeniden davetiye çıkarılmasına karar vermekle yetinmektedirler. Yargıçların, yurttaşlar ve kamu görevlileri arasında yarattığı bu çifte standartlı tutum nedeniyle görev yerleri, sicil numaraları ve konut adreslerinin tamamı kayıtlı olmasına rağmen kamu görevlileri, keyfi olarak yıllarca duruşmalara katılmayabilmektedirler.

Birtan Altunbaş yargılamasında bu durum en belirgin biçimiyle yaşanmıştır.<sup>499</sup>

Birtan Altunbaş, Hacettepe Üniversitesi'nde öğrenciyken 9 Ocak 1991'de yapılan bir polis operasyonunda gözaltına alınmış, Terörle Mücadele Şube Müdürlüğü'nde gördüğü işkence sonucu 16 Ocak 1991 tarihinde yaşamını yitirmiştir. Bu davanın ilk duruşması, olaydan yaklaşık 7 yıl sonra, 26 Kasım 1998'de yapılabilmektedir.

Yargılama sürecinde sanıkların bir kısmı bulunamamış ya da duruşmalara gelmeyerek yargılamayı geciktirmişlerdir. Buna rağmen sanıklar hakkında herhangi bir yaptırım uygulanmamıştır.

Sanık polisler hakkında olaydan 16 yıl sonra, 23 Mart 2006'da mahkûmiyet kararı verilebilmiştir.

CMK m. 145'te sanığın ifade veya sorguya davet edilmesi usulü, m. 146'da ise davete rağmen gelmeyen sanığın zorla getirilebileceği hükmüne yer verilmiş olmasına karşın Birtan Altunbaş davasında sanık polislerin duruşmaya katılımını sağlayacak yaptırımlar uygulanmamıştır. Çok açıktır ki bu davada yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması zorunluluğu yerine getirilmemiştir. İşkence davalarında duruşmalara gelmeyen sanıklara mahkemelerce herhangi bir yaptırım

499 Ankara 2. Ağır Ceza Mahkemesi 2005/67 E

uygulanmaması, işkence konusunda cesaretlendirici bir tavidir. Zira sanıklar, yargılama sırasında üzerlerine düşen yükümlülükleri yerine getirmeyerek hukuka aykırı davranmakta fakat bu hukuka aykırılık da mahkeme tarafından bir yaptırımla karşılaşmadığından cezasızlık ortaya çıkmaktadır.

## **b. Zamanaşımı**

İşkence yargılamaları pratiğinde zamanaşımı, önemli bir sorun olarak kendini göstermektedir. Soruşturmasının açılması dahi oldukça uzun bir süre alan işkence davalarının ivedilikle sonuçlandırılmaları, zamanaşımı tehdidi ile karşı karşıya kalınmaması için önemlidir.

Türk Ceza Kanunu'nda zamanaşımı; dava zamanaşımı ve ceza zamanaşımı olmak üzere iki şekilde düzenlenmiştir. TCK m. 66'da düzenlenen dava zamanaşımının geçmesiyle kamu davasının düşeceği, m. 68'de düzenlenen ceza zamanaşımının geçmesiyle ise cezanın infaz edilemeyeceği hükümlerine yer verilmiştir.

Zamanaşımı süresinin belirlenmesinde kullanılacak kıstas, dava zamanaşımı için öngörülen cezanın üst sınırı iken ceza zamanaşımında ise mahkûmiyet kararının kesinleştiği veya infazın bir sebeple kesintiye uğradığı günden itibaren geriye kalan ceza miktarıdır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun dava zamanaşımının tespitinde, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu uygulamasından farklı olarak, dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin de dava zamanaşımı sürelerinin tespitinde göz önünde bulundurulması gerektiği yönünde düzenleme yapılmıştır.

***Dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri, dava zamanaşımı sürelerinin tespitinde göz önünde bulundurulmalıdır.***

Dava zamanaşımının düzenlendiği TCK m. 66/1 ve 66/2'ye göre;

“(1) Kanunda başka türlü yazılmış olan hâller dışında kamu davası;

a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda otuz yıl,

b) Müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmibeş yıl,

c) Yirmi yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıl,

d) Beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda onbeş yıl,

e) Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl,

Geçmesiyle düşer.

(2) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmuş olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle kamu davası düşer.”

Madde metnine göre mevcut süreler;

“...tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs hâlinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar.”<sup>500</sup>

Sürelerin belirlenmesinde suçun kanunda yer alan cezasının üst sınırı göz önünde bulundurulacak ve seçimlik cezalar gerektiren suçlarda zamanaşımı bakımından hapis cezası esas alınacaktır.

Dolayısıyla TCK m. 94'te düzenlenen işkence suçunun dava zamanaşımı, m. 66/1-d uyarınca 15 yıldır. Zira TCK m. 94'te tanımlanan basit haliyle suça öngörülen cezanın üst sınırı 12 yıldır ve m. 66/1-d'de düzenlenen “Beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlar” kapsamına girmektedir.

Fakat yasada dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin de dava zamanaşımı sürelerinin tespitinde göz önünde bulundurulması gerektiği şeklinde bir düzenleme yapıldığından işkence suçuna ilişkin zamanaşımı sürelerini her duruma göre ayrı ayrı değerlendirmek gereklidir. Buna göre;

- TCK m. 94/2 gereğince suçun çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye, gebe kadına, avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla İşlenmesi hâlinde, sekiz yıldan 15 yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağından dava zamanaşımı 15 yıldır.

- TCK m. 94/3 gereğince suçun cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi hâlinde, 10 yıldan 15 yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağından dava zamanaşımı 15 yıldır.

- TCK m. 95/1 gereğince işkence fiilleri, mağdurun duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına, konuşmasında sürekli zorluğa, yüzünde sabit ize, yaşamını tehlikeye sokan bir duruma, gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına neden olmuşsa, m.94'e göre belirlenen ceza, yarı oranında artırılacağından dava zamanaşımı mahkeme tarafından belirlenecektir.

- TCK m. 95/2 gereğince işkence fiilleri, mağdurun; iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine, duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine, konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına, yüzünün sürekli değişikliğine, gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine neden olmuşsa TCK m. 94'e göre belirlenen ceza, bir kat artırılacağından dava zamanaşımı mahkeme tarafından belirlenecektir.

- TCK m. 95/3 gereğince işkence fiillerinin vücutta kemik kırılmasına neden olması hâlinde, kırığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre sekiz yıldan 15 yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağından dava zamanaşımı 15 yıldır.

- TCK m. 95/4 gereğince işkence sonucunda ölüm meydana gelmişse, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunacağından dava zamanaşımı 30 yıldır.

Suçun nitelikli halinde mahkemenin hükmedeceği ceza yasada açıkça belirtilmemiş-

se, mahkeme tarafından belirlenecektir. Burada mahkeme, dosyada mevcut isnadı ve daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halin ne olduğunu dikkate alarak bir hesaplama yapacak ve ortaya çıkan sonucu yasada belirlenen sınırlar içinde değerlendirerek zamanaşımı süresini bulacaktır.

Örneğin işkence fiili, suçun mağduru olan çocuğun yüzünde sabit iz bırakmışsa, isnada göre öngörülen ceza 22,5 yıl olacaktır. Zira m. 94/2'de çocuğa karşı işlenmesi halinde cezanın üst sınırı 15 yıl olarak düzenlenmiş, m 95/1'de de fiilin mağdurun yüzünde sabit iz bırakması halinde verilecek cezanın yarı oranında artırılacağına hükmedilmiştir. Böyle bir durumda mahkeme, zamanaşımı süresini m. 66/1-c uyarınca 20 yıl olarak tespit edecektir.

İç hukukta, işkence suçları arasında sayılmamış olmakla birlikte, insan hakları hukuku kapsamında niteliği ve sonuçları yönünden işkence ya da diğer kötü muamele fiilleri kapsamında değerlendirilen, zor kullanmaya dair sınırın aşılması suçunda (TCK m.256) yapılan atıf nedeniyle yaralama suçu için öngörülen ceza süreleri uygulanacaktır. Yaralama suçu için öngörülen ceza süreleri ve dolayısıyla ceza zamanaşımına ilişkin süreler, işkenceye oranla kısadır. II. BÖLÜM'de, suçun vasıflandırılmasındaki hataların (ki, bunlar hata olmaktan çok işkence faillerinin korunmasına yönelik bilinçli tercihlerdir) zamanaşımı sürelerini de etkilediği ve fiili cezasızlık halinin devamina olanak sağladığı yaşanan deneyimlerden görülebilmektedir.

5237 sayılı TCK sistematüğinde zamanaşımına uğramayacak suçlar sınırlı olarak sayılmıştır. Buna göre;

- TCK m. 76'da düzenlenen soykırım suçu
- TCK m. 77'da düzenlenen insanlığa karşı suçlar
- TCK m. 76 ve 77'de düzenlenen suçları işlemek için örgüt kurmak (m. 78)
- Yurtdışında devlete karşı işlenen müebbet veya 10 yıldan fazla hapis cezası gerektiren suçlar (TCK m. 66/7 uyarınca)

Zamanaşımına tabi değildir. TCK m.77/3'te "işkence, eziyet veya köleleştirme" fiilleri de insanlığa karşı suç olarak nitelendirilmiştir. Fakat bu fiillerin siyasal, felsefi, ırkî veya dinî saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plân doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi halinde bu suçun oluştuğundan bahsetmek mümkündür. Her ne kadar işkencenin politik saiklerle sistematik bir biçimde işlendiğine ilişkin pek çok teorik çıkarsama ortaya koymak mümkünse de uygulamada burada düzenlenen özel kastın her işkence suçunda var olduğuna ilişkin bir içtihat yaratmak çok kolay olmayacaktır.

İşkence suçu, kanunda ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir ve yukarıda bahsedilen esaslar çerçevesinde zamanaşımına tabidir.

İşkence AIHS m. 3 anlamında "mutlak yasak" olarak tanımlanmış ve AIHS m.1 ile hükümlere sözleşmedeki hakların kendi ülkesinde yaşayan/bulunan insanlara tanınması yükümlülüğü yüklenmiştir. İşkence yasağının mutlaklığı karşısında zamanaşımı sınırlandırmasının uygulanması çelişkilidir. AIHM'in yerleşik içtihadı da işkence suç-

larında zamanaşımı olmaması gerektiği yönündedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi **Çakır / Belçika**<sup>501</sup> kararında Sözleşme'nin 3.mad-  
desine aykırı eylemlerde bulunan devlet görevlilerine ilişkin yargılamalarda zamana-  
şımının uygulanmaması hükmetmiştir.

Kovuşturmanın süre yönünden mümkün olmayacağına hükmeden bir mahke-  
me kararı açısından Mahkeme (AİHM) hâlihazırda, bir devlet görevlisinin 3.  
maddeye aykırı eylemler nedeniyle suçlandığı bir durumda ilgili yargılamanın  
veya mahkûmiyetin zamanaşımı nedeniyle ortadan kalkmasına müsaade edil-  
memesi gerektiğine, genel af veya özel af türünden müesseselerin uygulanma-  
ması gerektiğine hükmetmiştir.

BM İşkenceye Karşı Komite, "işkence fiillerinin ağırlığı nedeniyle, işkence fiillerinin  
herhangi bir zamanaşımına konu olamayacağı"nı belirtmiştir.<sup>502</sup>

Nitekim Anayasa m.90/son hükmü gereğince;

"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletle-  
rarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeni-  
le çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."<sup>503</sup>

Şu durumda her ne kadar TCK'da işkence suçuna ilişkin zamanaşımı yasağı mevcut  
değilse de mahkemelerin, uluslararası hukuk tarafından ortaya konulan 'zamanaşımı-  
na tabi olmama' kuralını Anayasa m.90/son hükmü gereğince uygulamaları gerek-  
mektedir.

İşkence ve diğer kötü muamele suçlarında zamanaşımı meselesiyle ilgili olarak kamu-  
oyunda tepki duyulan olaylardan biri "Hayata Dönüş Operasyonu"nda bulunan gö-  
revlilere açılan davaların zamanaşımına uğraması olmuştur.<sup>504</sup>

20 Ekim 2000 tarihinde cezaevlerindeki tutuklu ve hükümlülerinin, F tipi hücre sis-  
temine geçişi engellemek amacıyla başlattıkları açık grevlerini, 19 Kasım tarihinde  
ölüm orucuna dönüştürmeleri üzerine, 19 Aralık 2000'de 20 cezaevine aynı anda ope-  
rasyon gerçekleştirilmiştir. 'Hayata Dönüş' ismi verilen bu operasyon sırasında 2'si as-  
ker, 30'u tutuklu olmak üzere 32 kişi ölmüş, yüzlerce kişi yaralanmıştır. Bu operas-  
yonun hemen ardından tutuklu ve hükümlüler F Tipi Cezaevlerine nakledilmişlerdir.

Bu tarihte Bayrampaşa Cezaevi'nde yapılan operasyonla ilgili olarak, güvenlik görev-  
lilerine Eyüp 3. Asliye Ceza Mahkemesi'ne dava açılmış ve 19 Haziran 2008 tarihinde  
de de dava, zamanaşımı nedeniyle düşmüştür.

Davaya müdahil olan tutuklu ve hükümlülerin vekilleri, çeşitli vesilelerle basına yap-  
tığı açıklamalarda "Hayata Dönüş" operasyonlarının hücre tipi cezaevi modeline geç-  
mek için tasarlanmış, defalarca tatbikatları yapılmış, ölü ve yaralıların bilanço hesa-  
bı önceden yapılmış bir katliam olduğunu, zamanaşımı gerekçesiyle düşen davanın

502 CAT/C/DNK/CO/5, 16 Temmuz 2007 para.11

503 Ek cümle: 07/05/2004 - 5170 S.K./7.mad

504 "Demokratik Kitle Örgütlerinden "Hayata Dönüş"te Zamanaşımı Protestosu" başlıklı haber, 27.06.2008  
<http://www.bianet.org/bianet/bianet/107946-demokratik-kitle-orgutlerinden-hayata-donuste-zamanasimi-protestosu>

505 "'Hayata Dönüş' Belleklerde Asla Zamanaşımına Uğramayacak" başlıklı haber, 24.06.2008  
<http://www.bianet.org/bianet/siyaset/107848-hayata-donus-belleklerde-asla-zamanasimina-ugramayacak>



da 17 Haziran 2001'de kamuoyundaki olası tepkilerin önünün alınması için Eyüp 3. Asliye Ceza Mahkemesi'nde açıldığını, operasyonun asıl sorumluları hakkında dava açılmadığını, operasyon sonrasında F tipi cezaevi nakillerinde çalışan 1460 asker ile olay tarihinde cezaevinde görevli 155 infaz koruma memuru hakkında görevi kötüye kullanma ve kötü muamele suçlamasıyla dava açıldığını, bu davanın da zamanaşımı gerekçesiyle düşürüldüğünü belirtmiştir.<sup>505</sup>

Davaların uzun sürmesinin olumsuz etkilerini azaltmak ya da sona erdirmek için de bazı çabalar gösterilmesine karşın bunların tamamı kalıcı olamamıştır. Geçmişte birçok işkence kovuşturması çok uzun sürmüş ve nihayet zaman aşımına uğramıştı. İşkence davalarının sanık ve avukatları, mahkûmiyeti engellemek amacıyla davayı zamanaşımına uğratmak için her türlü olanağı kullanmaktaydı. Yeni Ceza Kanunu işkence suçları için zaman aşımını 15 yıla, ağırlaşmış işkence için 20 ve 30 yıla çıkardı (95/2 için 20, 95/4 için 30). Ancak, işkence suçu için zamanaşımının geçerli olması, sebebi ne olursa olsun, BM İşkenceye Karşı Komite'ye taraf olan Türkiye'nin yükümlülüklerine aykırıdır.<sup>506</sup>

Keza “**Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı**” tarafından hazırlanan “**İşkence ve Kötü Muamele İle Etkin Mücadele**” raporunda da zamanaşımı meselesine değinilmiş, yeni TCK sistemiyle gerek cezaların gerekse zamanaşımı sürelerinin artırıldığından bahisle bu alanda olumlu gelişmeler yaşandığına vurgu yapılmıştır. “Yargı ile İlgili Öneriler” başlığı altında da işkence ve kötü muamele suçlarının zamanaşımına uğratılmasının kamu vicdanını rahatsız ettiğinden söz edilerek soruna yönelik acil ve önemli tedbirler alınması tavsiye edilmiş, somut olarak da hâkim sayısının artırılması önerilmiştir. Oysa önerilmesi gereken; işkence ve diğer kötü muamele suçlarına ilişkin yasal düzenlemelere, uluslararası standartlara uygun olarak zamanaşımına tabi olmama kuralının dâhil edilmesidir.

Bu konuda en önemli noktalardan biri de, işkence ve kötü muamele suçlarının zamanaşımına uğratılmaması, kamu vicdanının rahatsız edilmemesidir. İşkence ve kötü muamele suçlarının zamanaşımına uğratılmaması için yargılamayı hızlandıracak başka önlemler de alınmalıdır. Gerek adli yargıda gerekse idari yargıda her yıl çok sayıda dosya bir sonraki seneye kalmaktadır. Uyuşmazlığın makul bir süre içerisinde çözüme kavuşturulması, en temel insan haklarından biridir. Yargılamanın uzaması, adalete güveni zaafa uğratmaktadır. **Gecikmiş adalet adaletsizliktir**, ifadesi bu durumu açıkça izah etmektedir. **Bu sorunu çözüme kavuşturacak nitelikte önemli ve acil tedbirler alınmalıdır.** İspanya'da da aynı sorunla karşılaşmış, **hâkim sayısı iki katına çıkarılarak**, bir sonraki seneye devreden dosya sayısı yarı yarıya düşürülmüştür. Tabii ki bu tedbirin yanında başka tedbirler de alınabilir.<sup>507</sup>

### c. Yargılamanın sona ermesi

Duruşma aşamasında delillerin ortaya konulması ve tartışılması sonucunda hâkim, vicdani kanaatine göre bir hüküm kuracaktır. Hüküm temel olarak; mahkûmiyet, beraat veya ceza tayinine yer olmadığına dair karar şeklinde kurulabilir.

506 Emma Sinclair-Webb tarafından hazırlanmış olan “Adalete Karşı Safları Sıklaştırmak: Türkiye’de Polis Şiddetiyle Mücadele Önündeki Engeller”, İnsan Hakları İzleme Örgütü, Aralık 2008

507 “Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı” tarafından hazırlanan “İşkence ve Kötü Muamele İle Etkin Mücadele” raporu, 26.11.2008, Rapor no:4

## i. Gerekçeli karar yükümlülüğü

CMK md. 34'e göre;

“Hâkim ve mahkemelerin her türlü kararı, karşı oy dâhil, gerekçeli olarak yazılır.”

Kararların gerekçeli olması zorunluluğunun uygulamada karşılığını bulmuyor oluşu, bizleri gerekçenin ne olduğu konusunda bir tanım yapmaya zorlamaktadır. Ceza Muhakemesi Kanununun 230. maddesi, açık bir tanım getirmese de hükmün gerekçesinde gösterilmesi gereken hususlar belirtilmiştir.

Buna göre gerekçeli kararda; hükme nasıl ulaşıldığının ve toplanan delillerle ulaşılan sonuç arasındaki illiyet bağının açıklanması yani yargılama sırasında ortaya konulan delillerin kararda tartışılması gerekmektedir.

Gerekçeli karar yükümlülüğü, her türlü mahkeme kararı için zorunlu bir koşul olarak düzenlenmiştir. Gerek Anayasa'nın 141. maddesi gerekse CMK'nın 34. maddesi, mahkemelerce verilen her türlü kararın gerekçeli yazılacağını hükme bağladığından, gerekçe zorunluluğu yalnızca nihai kararlar açısından değil karşı oy yazıları da dâhil tüm mahkeme kararları için öngörülmüştür.

## ii. Mahkûmiyet hükmü:

CMK m. 230 uyarınca mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde;

- İddia ve savunmada ileri sürülen görüşlerin belirtilmesi,
- Delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi, bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi,

**Gerekçeli kararda hükme nasıl ulaşıldığının ve toplanan delillerle ulaşılan sonuç arasındaki illiyet bağının açıklanması yani yargılama sırasında ortaya konulan delillerin kararda tartışılması gerekmektedir.**

• Ulaşılan kanaat, sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiili ve bunun nitelendirilmesi,

• Cezanın ertelenmesine, hapis cezasının adli para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilmesine veya ek güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına veya bu hususlara ilişkin istemlerin kabul veya reddine ait dayanakların bulunması gerekmektedir.

Mahkûmiyet hükmü verilmesi halinde sanığa verilecek ceza, Türk Ceza Kanunu m. 61'e göre tespit edilecektir. Buna göre verilecek cezanın tayininde suçun işleniş biçimi, işlenmesinde kullanılan araçlar, işlendiği zaman ve yer, konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı, failin güttüğü amaç ve saik göz önünde tutulacak, kanunda belirlenen alt ve üst sınırlar arasında temel ceza tespit edilecektir.

İşkence suçuna ilişkin olarak Türk Ceza Kanunu, oldukça ayrıntılı düzenleme yapma yoluna gitmiştir. TCK m. 94/1'de tanımlandığı biçimiyle işkence suçunu cezasının alt sınırı üç yıl, üst sınırı ise on iki yıldır. Fakat m. 94/2'de; çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye, gebe kadına veya avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla işlenmesi hâlinde cezanın alt

sınırı sekiz yıl, üst sınırı on beş yıl olarak düzenlenmiştir. M. 94/3 uyarınca ise fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi hâlinde, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacaktır.

Öte yandan TCK m. 95, “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış İşkence” suçunu düzenlemiştir. TCK m. 94’te mevcut düzenlemede mağdurun kim olduğuna ve işkencenin yönünün ne olduğuna göre cezanın belirlenmesi söz konusu iken bu düzenleme ile işkence fiili sonucunda mağdurda meydana gelen hasarın derecesine göre belirlenmesi yoluna gidilmiştir.

Bu durum, fillerin tamamını aynı şekilde işkence olarak adlandırarak onur kırıcı muamele - kötü muamele - işkence ayrımı yapmayan kanun sistematığının, fiilin ağırlığına ve/veya mağdurun kimliğine ilişkin olarak bir ayırım yapabilmemesini cezalandırmada yaratılan farklılık ile mümkün kılmıştır.

Öte yandan uygulamada TCK m. 94 veya m. 95 anlamında “işkence” suçlaması ile çok az sayıda dava açılmaktadır. Genel olarak kamu görevlilerine TCK m. 86 uyarınca “yaralama” ve 256. madde uyarınca “zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması” suçlamaları yöneltilmektedir.

Bir kamu görevlisi hakkında, işkence – kötü muamele fiilleri nedeniyle mahkûmiyet kararı verilmesi halinde meslekten men edilmelidir. Aksi takdirde benzer suçların tekrarlanma olasılığı yüksek olacaktır. AIHM, Getiren/Türkiye<sup>508</sup> kararında, bir devlet görevlisi hakkında işkence ya da kötü muameleyle ilgili olarak suçlandığında, soruşturma ve yargılama aşamasında görevden uzaklaştırılmasının, ceza alması durumunda da meslekten ihraç edilmesinin son derece önemli olduğuna vurgu yapmıştır.<sup>509</sup>

### iii. Beraat hükmü:

Beraat hükmünün gerekçesinde, neden beraat kararı verildiğinin açıklanması gerekmektedir. CMK md. 223’e göre beraat kararı;

- Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması,
- Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması,
- Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması,
- Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması,
- Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması hallerinde verilebilecektir.

### iv. Ceza verilmesine yer olmadığına dair hüküm

- Yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması,

508 Getiren/Türkiye, Başvuru no: 10301/03, 22 Ekim 2008 para. 84

509 Ayrıca Bkz Abdülsamet Yaman/Türkiye, Başvuru no: 32446/96, 2 Kasım 2004 , para. 55

- Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi,
- Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması,
- Kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi,
- Etkin pişmanlık,
- Şahsî cezasızlık sebebinin varlığı,
- Karşılıklı hakaret,
- İşlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı hallerinde ise “**ceza verilmesine yer olmadığı kararı**” verilecektir. Bu durumda da ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesine neden olan husus, gerekçeli kararda açık bir şekilde belirtilmelidir.

Pratikte işkence ve diğer kötü muamele fiillerine ilişkin davalar büyük oranda beraat kararı ile sonuçlanmaktadır. Mahkûmiyet kararı verilme oranı oldukça düşüktür. Öte yandan uğradıkları işkence ve diğer kötü muameleden dolayı şikâyetçi olan mağdurlara açılması adeta gelenek halini alan görevli memura mukavemet suçlaması ile açılan davalarda yüksek oranda mahkûmiyet kararı verilmektedir.

Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü verileri de bu bilgiyi doğrular niteliktedir.<sup>510</sup> Bu verilere göre 1 Ocak 2006 ile 31 Aralık 2006 tarihleri arasında;

- “İşkence”, “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış İşkence” ve “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması” suçları nedeniyle yargılanan toplam **948** sanıktan **513**'ü beraat etmiş, yalnızca **208**'i hakkında ise mahkûmiyet kararı verilmiştir.
- Fakat işkence/kötü muamele iddiasında bulunan neredeyse tüm yurttaşlara yöneltilen “Görevi Yaptırmamak İçin Direnme” suçu nedeniyle yargılanan **18033** sanıktan **4133**'ü beraat etmiş, **10207**'si hakkında da mahkûmiyet kararı verilmiştir.

Benzer rakamlara 2007 yılında da rastlamak mümkündür. 1 Ocak 2007 ile 31 Aralık 2007 tarihleri arasında;

- “İşkence”, “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış İşkence” ve “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması” suçları nedeniyle yargılanan toplam **1106** sanıktan **470**'i beraat etmiş, 288'i hakkında mahkûmiyet kararı verilmiştir.

“Görevi Yaptırmamak İçin Direnme” suçu nedeniyle yargılanan 16983 sanıktan 3964'ü beraat etmiş, 9945'i hakkında da mahkûmiyet kararı verilmiştir.

#### v. Cezaların ertelenmesi:

Mahkûmiyet kararları açısından; mahkûm olunan cezanın infazına, karar kesinleştikten sonra başlanacaktır. TCK md. 45'e göre cezalar, hapis ve adli para cezaları olmak üzere iki türdür. Hapis cezaları ise yasada; ağırlaştırılmış müebbet, müebbet ve süreli hapis cezası biçiminde tanımlanmışlardır. Sanığa verilen hapis cezası;

<sup>510</sup> [http://www.adli-sicil.gov.tr/istatistikler/1996/ac\\_cik/TCKKARAR\\_TÜR\\_2006\\_TÜM.htm](http://www.adli-sicil.gov.tr/istatistikler/1996/ac_cik/TCKKARAR_TÜR_2006_TÜM.htm)

- Daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmiş olması,
- Suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması,
- 18 – 65 yaşları arasındaki sanıklar için **iki yıl veya daha az süreli** bir hapis cezasına, 18 yaşından küçük veya 65 yaşından büyükler için **üç yıl veya daha az süreli** bir hapis cezasına çarptırılmış olması,

Hallerinde ertelenebilecektir. Cezası ertelenen sanığın denetimi için bir yıl ila üç yıl arasında bir denetim süresi belirlenmesi gerekmektedir. Yasanın düzenlenişinden bu sürenin, sanığın rehabilitasyonunun sağlanması amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. Ertelemenin, bir yükümlülüğün yerine getirilmesi, bir meslek veya sanatın öğrenilmesi veya zararın tazmini koşullarına bağlanması da mümkündür.

#### **vi. Kısa süreli hapis cezası yerine geçebilecek (seçenek) yaptırımlar**

Kısa süreli (1 yıl veya daha az süreli) hapis cezaları, sanığın kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre

- Adli para cezasına,
- Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine,
- En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye,
- Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya,
- Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya,
- Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya, çevrilebilir.

Bilinçli taksir hariç taksirli suçlardan dolayı verilen hapis cezaları, kısa süreli olmasa da diğer koşulların varlığı halinde paraya çevrilebilir.

765 sayılı TCK'da işkence ve kötü muamele suçlarından dolayı verilen cezalarla ilgili olarak getirilen erteleme ve paraya çevirme yasağı yeni yasada mevcut değildir. Mülga TCK md. 245'te; "243 üncü madde ile bu maddede yazılı suçlardan dolayı verilen cezalar, para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilemez ve ertelenemez"<sup>511</sup> şeklinde bir düzenleme yapılmıştı. 5237 sayılı TCK'da benzer bir düzenleme yapılmamıştır.

Hapis cezasının ertelenmesi ile ilgili olarak hâkime geniş takdir yetkisi sağlanmış ol-

511 Ek fıkra: 02/01/2003 - 4778 S.K./1. md.

ması işkence davaları açısından problemlı bir durum yaratmaktadır. Her ne kadar yasa ile erteleme kararı verilebilecek cezalar için süre sınırı getirilmişse de sanığın yasa da sayılı bazı koşulları taşıyıp taşımadığının tespiti hâkimin kanaatine bırakılmıştır. Kitabın farklı bölümlerinde yargıçların, işkence fiil ve faillerini koruyucu bir bakış açıları olduğuna değinilmiştir. -

Bu nedenle 5237 sayılı TCK'da da md. 94 ve 95'te tanımlanan suçlara ilişkin olarak erteleme ve paraya çevirme yasağının getirilmesi yerinde olacaktır. Aksi takdirde erteleme ve paraya çevirme, cezasızlığın başka bir biçimi halini alacaktır.

TCK'da işkence ve neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış işkence suçlarına karşılık gelen cezalar, erteleme sınırının üstünde sürelerle ifade edilen cezalardır. Fakat TCK md. 62'de bahsi geçen failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri türünden takdiri gerekçelerle sonuç cezada indirim yapılması halinde verilecek ceza, erteleme kapsamına dâhil olabilecektir.

Öte yandan uluslararası metinlerde işkencenin kesin bir şekilde yasaklanması, bu fiilleri işleyenler hakkında etkili bir soruşturma yürüterek cezalandırılmaları gerektiğine ilişkin açık ve kesin ifadeler içeren düzenlemeler mevcuttur. AIHS m.1 ve m.3'te işkencenin mutlak yasak niteliği ile hükümetlere sözleşmedeki hakların kendi ülkesinde yaşayan/bulunan insanlara tanınması yükümlülüğü düzenlenmiştir. yanısıra “Herkesin İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Korunmasına Dair Bildiri”nin 10. maddesine göre;<sup>512</sup>

*“Yukarıda sekizinci ve dokuzuncu maddelere göre yapılan soruşturmanın birinci maddede tanımlanan işkence fiilinin işlenmiş olduğunu ortaya koyması halinde, fail veya failer hakkında iç hukuka göre ceza davası açılır. Zalimane, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya cezanın diğer biçimleri hakkında ileri sürülen iddiaların esaslı olduğunun düşünülmesi halinde de, fail veya failer cezai, disiplinler veya diğer bir yargulamaya tabi tutulurlar.”*

Uluslararası sözleşme ve metinler, işkence ve diğer kötü muamele suçlarına verilen cezaların erteleme, paraya çevirme, zamanaşımına tabi tutma veya diğer seçenek yaptırımlar kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği yönünde düzenlemeler içermektedir. Her ne kadar iç hukukta işkence suçlarına verilen cezaları erteleme, paraya çevirme, zamanaşımına tabi tutma veya diğer seçenek yaptırımlara çevirme yasağı bulunmasa da usulüne göre yürürlüğe konmuş temel hak ve özgürlüklerle ilgili sözleşmelerde mevcut bu düzenlemelerin Anayasa m.90/son hükmü gereğince çelişmesi sebebiyle uluslararası sözleşmelerin uygulanması gereklidir.

AIHM de işkence suçlarında; cezaların ertelenmesi, affı veya zamanaşımına uğramasının yerleşik içtihatları uyarınca ‘müsaade edilemez’ uygulamalar olduğunu belirtmektedir. **Ali ve Ayşe Duran/Türkiye**<sup>513</sup> davasında verilen karar da bu yöndedir:

512 Bu sözleşme 10 Aralık 1984 tarihinde 39/46 No.lu kararla Birleşmiş Milletler genel kurulunca kabul edilmiştir. Türkiye'nin de içinde bulunduğu bir çok ülke tarafından onanmıştır. Bu sözleşme işkenceyi en geniş şekilde tarif etmiş, unsurları ve özelliklerini, üye devletlerin yükümlülüklerini ve işkencenin nasıl önleneceğine dair bağlayıcı düzenlemeler getirmiştir.

513 Ali ve Ayşe Duran/Türkiye, Başvuru No: 42942/02, 8 Nisan 2008

514 [http://www.amnesty.org.tr/yeni/index.php?view=article&catid=69&id=615&option=com\\_content#\\_ftn10](http://www.amnesty.org.tr/yeni/index.php?view=article&catid=69&id=615&option=com_content#_ftn10)

AIHM daha önce de bir devlet görevlisinin, kötü muamele içeren suçlarla itham edildiği hallerde, cezai takibatın ve cezalandırmanın zamanlaşımına uğramamasının ve genel af veya af çıkarma gibi tedbirlere müsaade edilmemesinin büyük önem taşıdığı sonucuna varmıştır. AIHM, mahkûm edilen polis memurlarının cezalarının ifasının 4616 Sayılı Kanun uyarınca ertelenmesinin, kısmi bir genel afftan farklı olmadığı ve mahkûm edilen polis memurlarının, mahkûmiyetlerine rağmen dokunulmazlığa sahip olmalarının, müsaade edilemez bir tedbir olduğu kanısındadır.

Keza Uluslararası Af Örgütü'nün 5 Temmuz 2007 tarihli “**Türkiye: Cezasızlık Kültürü Sona Ermeli**”<sup>514</sup> başlıklı raporunda Türkiye’de yerleşik cezasızlık kültürünü yargılamalarda üreten faktörlerden birinin bu suçlara getirilen af, erteleme gibi mekanizmalar olduğundan bahsedilmektedir.

Türkiye’de yakın geçmişte, aslında af gibi işleyen çeşitli yasalar da, ağır insan hakları ihlallerine karşı cezasızlık uygulamasını devam ettirmektedir. Örneğin Aralık 1999’da çıkarılan ve 23 Nisan 1999 tarihinden önce işlenmiş bir çok suçlardan dolayı şartlı salıverilme ve cezaların ertelenmesini sağlayan bir yasa ile, kötü muamele suçlamasıyla yargılanan – ki işkenceden ziyade çoğunlukla bu suçlama kullanılmaktadır – kişiler beş yıl boyunca aynı suçu işlememe şartı ile davalarının otomatik olarak askıya alınmasından yararlanmış ve kolayca kurtulmuşlardır.<sup>515</sup> Bu temelde, örneğin polis şefi Süleyman Ulusoy’un İstanbul’da dokuz travestiye karşı dokuz kez “kötü muamele” iddiası ile yargılandığı ve suçlu bulunması durumunda yaklaşık 27 yıl ceza alacağı davalar şartlı olarak askıya alınmıştır.<sup>516</sup>

## vii. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması

İç hukukta “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması” ilk olarak, 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu ile yasalaşarak yürürlüğe girmiştir.<sup>517</sup>

CMK’da ise m.231’e, 2006 yılında çıkarılan bir yasa ile eklenen düzenlemede;

“Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmasını ifade eder.”<sup>518</sup>

Hükmü yer almıştır.

Ertelemenin çeşitlerinden biri olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanabilmesi için bazı koşulların gerçekleşmesi gereklidir;

Objektif (suça ilişkin) şart, mahkemece verilen sonuç cezanın iki yıl veya daha az sü-

515 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartlı Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertenlenmesine Dair Kanun (22 Aralık 1999 tarih ve 4610 Sayılı Kanun).

516 'Hortum'un da suçu affedildi', Radikal Gazetesi, 18 Şubat 2003.

517 15.07.2005 tarihli Resmi Gazetede yayınlanmıştır

518 Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md

519 CMK md. 231/14 (Değişik fıkra: 23/01/2008-5728 S.K./562.md)

520 CMK md. 231/6-a, b, c

reli hapis veya adli para cezası olması gerekliliğidir. Madde metninde 2008 yılında yapılan değişiklikten önce, hükmün açıklanmasının ertelenebilmesi için suçun soruşturulmasının ve kovuşturulmasının şikâyete bağlı olması koşulu söz konusu idi. Fakat yapılan değişiklikle bu koşul kaldırılmış, yerine;

“Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz.”

Hükmü getirilmiştir.<sup>519</sup>

Sübjektif (sanığa ilişkin) şartlar ise; sanığın daha önceden kasıtlı bir suçtan ötürü mahkûm olmamış bulunması, mahkemede sanığın daha sonra tekrar suç işlemeyeceği yönünde kanaat gelmiş olması ve suç sonucu mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesidir.<sup>520</sup>

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için mahkeme tarafından bütün delillerin denetime imkân verecek şekilde toplanması, fiil ve faile bağlı olarak suç vasfının tayini ve bu vasıflandırmaya uygun bir şekilde ve gerekçeli olarak mahkûmiyet hükmü kurulması gerekmektedir. Fakat kurulan bu hüküm sanık açısından hukuki sonuç doğurmayacaktır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulacak, bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanık hakkında CMK m. 231/8’de sayılı denetimli serbestlik tedbirine karar verilebilecektir. Bu denetim süresince dava zamanaşımını süresi işlemeyecektir.

Denetim süresi boyunca sanık kasten yeni bir suç işlemediği ve denetimli serbestlik koşullarını yerine getirdiği takdirde, açıklanması ertelenen hüküm ortadan kaldırılacak ve davanın düşmesine karar verilecek, aksi takdirde hüküm açıklanacak veya duruma göre yeni bir mahkûmiyet hükmü tesis edilecektir.

Bahsi geçen düzenlemeye göre; açıklanması ertelenen hükümde verilen hapis cezası, ertelenemez veya diğer seçenek tedbirlere çevrilemez.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesine ilişkin temel meselelerden biri, verilen mahkûmiyet hükmünün temyiz incelemesinden geçmeksizin uygulanmasıdır. Zira CMK m. 231/12’de hükmün açıklanmasının ertelenmesi kararına itiraz edilebileceği düzenlenmiştir. İtiraz, bir Yargıtay incelemesi olmadığından, bir üst mahkeme incelemesi değildir. Dolayısıyla hukuka aykırı kararlar verilmesi halinde kararın yeniden gözden geçirilmesinin sağlanması ve ayrıntılı inceleme yapılması olanağı, temyiz incelemesine nazaran kısıtlıdır.

yanısına işkence suçlarında hükmün açıklanmasının ertelenmesi yasağının getirilmemiş olması nedeniyle bu mekanizmanın, zaten nadiren verilen ve yasa da mevcut tüm indirim sebeplerinin olaya uygulanmasıyla sıklıkla iki yılın altına düşen cezaların bu yolla ortadan kaldırılması mümkün olacaktır. Bu anlamda; işkence ve diğer kötü muamele suçları açısından cezasızlığın yeni bir yolu olma potansiyeli taşımaktadır. Fakat Anayasa m.90/son hükmü, cezaların ertelenmesi, paraya çevrilmesi, diğer seçenek yaptırımların uygulanması veya davanın zamanaşımına uğratılması gibi hususlarda olduğu gibi hükmün açıklanmasının geri bırakılması durumunda da uygulanmalıdır.



### viii. Yargılamanın yenilenmesi:

Olağanüstü kanun yollarından olan yargılamanın yenilenmesi, 1412 sayılı CMUK'a 4 Şubat 2003 tarihinde getirilen yeni bir düzenleme ile değiştirilmiştir. 1412 sayılı CMUK md. 327/6'ya göre;

**“Ceza hükmünün,** İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması. Bu halde, muhakemenin iadesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir.”

Dolayısıyla burada bahsedilen, işkence ve diğer kötü muamele suçlarına ilişkin yargılamanın yenilenmesi değil, AIHS'in ihlali suretiyle **hükümlü lehine** yargılamanın yenilenmesidir.

1412 Sayılı yasada mevcut düzenleme, 5271 sayılı Yasaya da aktarılmıştır.

5271 sayılı CMK md. 311/1-f hükmüne göre;

“1- Kesinleşen bir hükümlü ile sonuçlanmış bir dava, aşağıda yazılı hâllerde hükümlü lehine olarak yargılamanın yenilenmesi yoluyla tekrar görülür.

(f) Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması. Bu hâlde yargılamanın yenilenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir.”

Fakat yargılamanın bu yolla yenilenmesine ilişkin olarak bir sınırlama getirilmiştir. CMK m. 311/2 hükmüne göre;

“Birinci fıkranın (f) bendi hükümleri, **4.2.2003 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararları ile 4.2.2003 tarihinden sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar** hakkında uygulanır.”

Dolayısıyla bu tarihten önce verilen kararlarla ilgili olarak yargılamanın yenilenmesi mümkün değildir.

Ceza yargılaması sistematüğinde olağanüstü kanun yolu olarak düzenlenen yargılamanın yenilenmesi; hükme esas teşkil eden bir belgenin sahteliğinin sonradan anlaşılması, hâkimin kusurunun sonradan anlaşılması, hükmün dayandığı hukuk mahkemesi kararının ortadan kalkması gibi zorlu bazı koşullara bağlanmıştır. Fakat Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından, yapılan yargılamada AIHS hükümlerine aykırılık tespit edildiği takdirde, bu koşullar aranmayacaktır.

Bu nedenle gerek işkence yasağı, etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlali veya adil yargılanmaya ilişkin temel prensiplerin ihlali dâhil olmak üzere yargılamada mevcut AIHS'e aykırılığın AIHM tarafından tespiti, yeniden yargılanmayı gerektirecek ve dolayısıyla tüm yargılama işlemlerinin yeni baştan yapılması olanağı ortaya çıkacaktır.

Eski DEP milletvekilleri ile ilgili bir Yargıtay kararında bu hususa ilişkin önemli tespitler bulunmaktadır. Leyla Zana, Hatip Dicle, Selim Sadak ve Orhan Doğan hakkında 765 sayılı TCK md. 125'te düzenlenen Devletin hâkimiyeti altında bulunan topraklardan bir kısmını Devlet idaresinden ayırmaya yönelik eylemlerde bulunmak suçunu işledikleri gerekçesiyle Ankara 1 No.lu Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde dava açılmış, mahkemenin 08.12.1994 gün ve 1994/119 E, 1994/183 K. sayılı kararı ile silahlı çetenin efradı olmak suçundan mahkûm edilmişlerdir. Sanıkların başvurusu üzerine AİHM, yargılama sırasında sözleşmenin adil yargılanma hakkına ilişkin 6/1 ve 6/3-d. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>521</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararı üzerine hükümlüler vekilinin 07.06.2002 tarihinde Ankara 1 No.lu Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne yaptığı yargılamanın yenilenmesi başvurusu mahkemenin 12.06.2002 gün 2002/473 Değişik İş sayılı kararı ile yerinde görülmeyle reddedilmiş, ret kararına karşı yapılan itiraz da Ankara 2 No.lu Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin 28.06.2002 gün, 2002/453 değişik iş sayılı kararı ile reddedilerek bu karar kesinleşmiştir.

Daha sonra 23.01.2003 gün ve 4793 sayılı yasanın 3. maddesi ile CMUY' nın 327. maddesine ek bent olarak eklenen 6 No.lu bent ("Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararı ile tespit edilmiş olması, bu halde muhakemenin iadesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir" ) hükmü uyarınca, hükümlüler vekilinin 04.02.2003 tarihinde yeniden yaptığı yargılamanın yenilenmesi başvurusu Ankara 1 No.lu Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından oyçokluğu ile kabul edilerek ... 08.12.1994 gün 1994/119 Esas - 1994/183 Karar sayılı hükmün CMUY'nın 341/1. maddesi uyarınca TASFİKİNE, hükümlüler hakkındaki infazın tehiri talebinin REDDİNE oybirliği ile karar verilmiştir.

23.01.2003 gün ve 4793 Sayılı Yasanın 3. maddesi ile CMUY' nın 327. maddesine eklenen 6. fıkraya ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş hak ihlali kararları da bu sebepler içine dâhil edilmiştir.

Uygulama ve öğretide ittifakla benimsendiği üzere, yargılamanın yenilenmesi talebi kabul edilerek CMUY 341. maddesi uyarınca yeniden yapılan son soruşturma eskisinden tamamen bağımsız ayrı bir soruşturma niteliğinde olup yargılamanın yenilenmesi kararı, bu yeni soruşturmanın temelini oluşturmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 05.11.1990 gün, E. 8/220 - K. 258 sayılı kararında da belirtildiği gibi, bu duruşma önceki duruşmanın devamı olmadığından, ilk defa yargılama yapılmış gibi duruşmaya ilişkin yasa hükümlerinin tamamı burada uygulanmalıdır. Yeniden yapılan duruşma gerek delillerin toplanması ve değerlendirilmesi, gerekse suç vasfının tayini ve cezanın takdiri bakımından öncekinden tamamen bağımsız ve ayrı bir duruşma olduğundan ilk duruşmada toplanmamış olan deliller de toplanabilecek ve yeniden değerlendirmeye tabi tutulabilecektir.<sup>522</sup>

Öte yandan CMK m.314'te "**sanık veya hükümlü aleyhine yargılamanın yenilen-**

522 Yargıtay 9.Ceza Dairesi Esas:2004/3780 Karar:2004/3879 Karar Tarihi: 13.07.2004

## VI.BÖLÜM

# Kamu Görevlilerine İlişkin Disiplin Soruşturma ve Yargılaması



# Kamu Görevlilerine İlişkin Disiplin Soruşturma ve Yargılaması

**K**amu görevi yapanların, görevden kaynaklanan fiilleriyle ilgili olarak sorumlulukları ceza hukuku alanı ile sınırlandırılmayarak disiplin, idare ve medeni hukuk alanlarında da sorumlu tutulmaları kamu düzenini ve kamu hizmetinin aksamadan işlemlerini sağlamak amacıyla taşımaktadır.

## A. ULUSLARARASI HUKUK

İlgili devlet görevlilerinin, fiillerine uygun bir yaptırıma tabi tutulması, kamu görevlilerinin işkence ve kötü muamele fiillerine ilişkin cezasızlığı olgusuyla yakından bağlantılı bir konudur. Ceza soruşturma ve kovuşturmalarının yanısıra ya da ayrıca disiplin süreçlerinin etkin biçimde işletilmesi işkence ve diğer kötü muamele biçimleri ile ilgili olarak caydırıcı bir özelliğe sahip olması bakımından son derece önemlidir.

Disiplin yargılamaları, kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması ve korunması açısından tamamlayıcılık özelliği nedeniyle de aslında cezasızlığa karşı önemli araçlardan biridir.

Bu nedenle, işkence özel Raportörü'nün de belirttiği gibi, açıkça temelden yoksun olmayan bir işkence iddiası karşısında derhal bir ceza soruşturmasının yanısıra disiplin soruşturması da başlatılmalıdır.<sup>523</sup>

İnsan hakları belgelerinde disiplin hukuku ve yargılamalarına ilişkin özel düzenlemelere rastlanmamakta ise de uluslararası insan hakları mekanizmalarının kararlarında ve yorumlarında disiplin işlemleri üç açıdan ele alınmaktadır;

- disiplin yargılamalarına ilişkin usulün etkin ve adil yargılama kriterlerine uygun olup olmadığı,
- failin, fiilin ağırlığına uygun bir cezaya çarptırıp çarptırılmadığı,
- cezanın (infaz edilmesi de dahil olmak üzere) mağdur için yeterli bir giderim sağlayıp sağlamadığı.

Disiplin yaptırımları, bir davada olduğu gibi, kural olarak, kişinin hak ve özgürlükleriyle üzerinde sonuç doğurmaz. Bununla birlikte, iç hukukta nasıl nitelenmiş olursa olsun, bir ceza yaptırımına karar verildiği durumda disiplin işlemleri cezai bir karaktere sahiptir. Bu nedenle de disiplin yaptırımına karar verecek olan mercinin yasa önünde eşitlik, tarafsızlık, adillik ve silahların eşitliği ilkelerine uyması gereklidir.<sup>524</sup>

<sup>523</sup> İşkence Özel Raportörünün Genel Tavsiyeleri, E/CN.4/2003/68, para. 26 (k).

<sup>524</sup> BM İnsan Hakları Komitesi, Paul Perterer/Avusturya, Bildirim No: 1015/2001, 20 Temmuz 2004,

(CCPR/C/81/D/1015/2001), para.9.4. [bkz. Uluslararası Hukukçular Komisyonu, Uygulayıcıların Kılavuzu, n.1- Yargıçlar, Avukatlar ve Savcılarının Bağımsızlığı (ICJ Practitioners' Guide N° 1 – Independence of Judges, Lawyers and Prosecutors), s. 59; <http://www.icj.org/IMG/pdf/Guide.pdf> ; Erdoğan/Türkiye, para. 88

İşkence ve diğer kötü muamele fiilleri ile yaşam hakkına yönelik fiillerde, mağdurlara etkin bir giderim sağlanabilmesi ve sorumluların yargı önüne çıkarılabilmesi amacıyla başvurabilecekleri **her türlü hukuk yolunun etkin biçimde sunulması gereklidir.**

**Mağdurlara etkin bir giderim sağlanabilmesi ve sorumluların yargı önüne çıkarılabilmesi amacıyla başvurabilecekleri her türlü hukuk yolunun etkin biçimde sunulması gereklidir.**

Hukuk yollarının etkinliği aynı zamanda, daha sonraki ihlalleri önleyici işleve de sahiptir.

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 derhal ve bağımsız soruşturma yürütmeli ve yeterli kanıtların varlığı durumunda cezalandırılmalıdır. Ceza yargılamasında olduğu gibi, disiplin soruşturmaları sonucunda verilen kararlara karşı bir üst mercie başvuru hakkı da bulunmalıdır.<sup>525</sup>

## A. İÇ HUKUK

İç hukukta, **kamu hizmeti görevlilerinin** disiplin yargılamasıyla ilgili temel düzenleme Anayasa'nın 129. maddesinde, 2-4. fıkralarda yapılmıştır. Madde, kamu hizmeti görevlilerinin “görev ve sorumlulukları, disiplin kovuşturmalarında güvence başlığını” taşımaktadır. Buna göre;

*“Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez.*

*Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz.*

*Silahlı Kuvvetler mensupları ile hakimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır.”*

Anayasa'nın genel düzenlemesi ışığında Devlet Memurları Kanunu'nun “Disiplin” başlıklı 7. Bölümü, tüm devlet memurları ile ilgili disiplin işlerinin genel esaslarını düzenlemektedir.

Anayasa'nın 129 ve Devlet Memurları Kanunu'nun 7. Bölümünde yer alan düzenlemelere göre, memur disiplin hukukunun temel esaslarını aşağıdaki gibi çıkarmak mümkündür;

- Disiplin soruşturması yapılması için yargı kararına gerek yoktur.
- Disiplin soruşturması sonucunda verilen karar verildiği tarihten itibaren hüküm ifade eder.
- Disiplin suçlarında neticenin zarar veya tehlike biçiminde ortaya çıkması disiplin cezası almak için yeterlidir.
- Ceza hukukunda yer alan suçta teşebbüs müessesesi, disiplin hukukunda yer almamaktadır.

525 Salman/Türkiye, Başvuru no: 21986/93, 27 Haziran 2000, para. 123; Nachova/Bulgaristan, Başvuru No: 43577/98 ve 43579/98, 6 Temmuz 2005, para. 110

• Disiplin hukukunda müteselsil suç prensibi uygulanması söz konusu olmayıp, ilgili disiplin kanununa uyan her fiil başlı başına bir disiplin suçu teşkil etmektedir.

• Bir fiil ceza kanununda yazılı suç unsurlarını taşımadığı halde disiplin suçu oluşturabilir; disiplin mercileri buna rağmen disiplin cezası verebilir.

• Devlet Memurları Kanunu'nun 128. Maddesinde disiplin soruşturmalarının hangi sürelerde karara bağlanacağı hususu düzenlenmiştir. Buna göre uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarının soruşturmanın tamamlanmasından itibaren 15 gün; kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının dosyanın ilgili disiplin kuruluna gelmesinden itibaren 30 gün; memurluktan çıkarma cezalarının ise soruşturma dosyasının yüksek disiplin kuruluna tevdiinden itibaren 6 ay içerisinde karara bağlanması gerekmektedir. Danıştay, zamanında karar vermeyen amirlerle disiplin kurulu üyelerinin, cezai ve disiplin yönünden sorumluluğunun aranabileceğine karar vererek bu durumu ayrı bir güvenceye bağlamıştır.

• Disiplin hukukunda cezaların ertelenmesi müessesesi yoktur.

• Genel af bakımından, çıkarılan afta disiplin cezalarına yönelik açıkça bir düzenleme olmaması durumunda ceza soruşturması ve diğer işlemler ortadan kalkmış olsa bile disiplin işlemleri devam etmekte, ceza hukuku alanındaki özel af, sadece cezaları etkilemesi bakımından disiplin suçlarına bir etkisi bulunmamaktadır.

• Disiplin suçlarında şikâyet, ceza kavuşturmasına başlama talebi olarak değil de ihbar olarak kabul edildiği için bu şikâyetin geri alınması söz konusu değildir.

• Emeklilik ve istifa gibi sebeplerle memuriyetten ayrılanların bir gün tekrar kamu görevlerine dönme ihtimali olduğundan, bu kişiler ile ilgili olarak gerekli işlemler yapılarak, uygulama kabiliyeti olan cezalar uygulanır, uygulama kabiliyeti olmayanlar ise sicil dosyasında muhafaza edilir.

• Kural olarak disiplin amirleri veya atamaya yetkili makamlar tarafından verilen ve kesinleşen disiplin cezalarının değiştirilmesi ve geri alınması mümkün değildir. Bunun tek istisnası, dava konusu edilen disiplin cezasından önceki hukuki durumun yürürlüğünü sağlar nitelikte, idari yargı tarafından verilmiş bir kararın olması gerekliliği, Danıştay tarafından hükme bağlanmıştır.<sup>526</sup>

Bu esasların yanısıra, disiplin işlemlerinin bir yaptırım öngörmesi bakımından cezai karaktere sahip olması nedeniyle, disiplin suç ve cezalarına ilişkin ilkelerin de ceza yargılamasına benzer garantileri kapsaması gereklidir. Bu nedenle, genel esaslar Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen "suç ve cezalara ilişkin genel esaslar" ve 36. maddede düzenlenen "hak arama özgürlüğü" ile birlikte değerlendirilmelidir.

Disiplin soruşturmalarının başlaması için her ne kadar bir başvuru gerekmiyor ise de gerek soruşturmaların başlaması ve gerekse soruşturma süreçlerinin tümünde, kamu görevlisinin

***Disiplin soruşturma ve yargılamalarında mağdurlar, etkin soruşturma ve adil yargılamaya ilişkin her türlü güvenceye sahip olmalıdır.***

526 DİLEK, M.; Memur Disiplin Hukukunun Temel Esasları, Mülkiye Başmüfettişi; www.icisleri.gov.tr

davranış ve fiillerinden zarar gören tarafından da aktif olarak müdahalesi mümkün olmalıdır. Aktif müdahale aynı zamanda, zarar gören kişinin, soruşturmanın aşamalarından haberdar edilmesi, dosyayı inceleyebilmesi, kendisini bir avukat tarafından temsil ettirmesi gibi hakları da kapsamaktadır.

Avukatla temsil, özellikle işkence mağdurları bakımından son derece büyük bir önem taşımaktadır. Çünkü disiplin soruşturmaları, genellikle kamu görevlisinin mensubu birimin bulunduğu binada yürütülmekte ve mağdur da beyanına başvurulmak üzere buraya çağrılmaktadır. Görmüş olduğu muameleden dolayı travmaya uğramış olan mağdurun, vakanın gerçekleştiği birime bir avukat yardımı almadan gitmesi bu travmanın etkilerini arttırıcı bir etkiye sahip olacağı gibi, olumsuz etkilenme nedeniyle iddiasını gereği gibi ortaya koyamaması sonucunu da doğuracaktır.

Ayrıca, mağdurun bir avukat yardımından yararlanmaması, soruşturmanın karşı tarafını oluşturan kamu görevlilerinin olası baskı ve tehditlerine karşı da savunmasız bir konuma getirecektir.

Danıştay'ın bir kararında da ayrıntılı olarak ele aldığı üzere Medeni ve Siyasi Hakları Sözleşmesi'nin "adil yargılanma" başlıklı 14. maddesi ile;

"hak arama özgürlüğü" güvenceye alınmıştır. Temel insan haklarından olan bu hakkın kullanılabilmesi için hiçbir kısıtlamaya tabi olmaması gerekir. Mahkemeye etkili olarak başvurabilme ve sav ve savunma hakkını kullanabilme yönünde engel teşkil eden tüm işlem ve uygulamaların Sözleşme'ye de aykırı olacağı tartışmasızdır. Adil yargılanma hakkının tam ve koşulsuz gerçekleşmesi, sav ve savunma hakkının etkin kullanılabilmesinin güvenceye alınması konularında sınırsız hükümler içermesi nedeniyle birçok ulusal ve uluslararası kuralara göre ileri durumda bulunan Sözleşmenin uyumsuzlukların çözümünde uygulanması çağdaş hukuk anlayışının doğal bir sonucudur.

Anayasanın 'Hak Arama Hürriyeti' başlıklı 36. maddesinde; herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı kimliğiyle sav ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Sav ve savunma hakkı birbirini tamamlayan ve birbirinden ayrılması olanaksız niteliğiyle hak arama özgürlüğünün temelini oluşturur. Önemi nedeniyle hak arama özgürlüğü yalnız toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri değil aynı zamanda bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme uğraşının da aracıdır. Bu hakkın kullanılması, yerine getirilmesi olabildiğince kolaylaştırılmalı, olumlu ya da olumsuz sonuç almayı geciktiren, güçleştiren engeller kaldırılmalıdır.<sup>527</sup>

Disiplin soruşturmaları ve yargılamalarda taraflar, ceza yargılaması süreçlerinde olduğu gibi dosyaya erişebilmeli ve dosya içindeki evraklardan örnek alabilmelidir. Bununla birlikte, disiplin soruşturmalarında verilen "gizlilik" kararları nedeniyle dosyalara erişilememesi sıkça rastlanan bir uygulamadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, disiplin dosyasına erişim konusunu önüne gelen başvurularda değerlendirmiştir. Başvuru konusu olaylarda, disiplin yargılaması sırasında Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne gönderilen disiplin soruşturması ile ilgili belgeler, haklarında soruşturma yapılmış olan kişilere "gizlilik" nedeniyle verilme-

<sup>527</sup> Danıştay 12. Dairesi, 2005/6353 E., 2006/540 K. ve 22.02.2006



miştir. AIHM, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin başvuruculara gösterilmeyen belgelere dayanarak karara varmasının silahların eşitliği ilkesine aykırı olduğunu belirterek adil yargılanma ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>528</sup>

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu da konu ile ilgili yakın tarihli bir kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaklaşımını benimsemiştir.<sup>529</sup>

İdari Daireler Kurulu'nun kararı bir işkence ya da diğer kötü muamele biçimleriyle ilgili değilse de karar, disiplin soruşturma/yargılamalarına ilişkin "adil yargılanma" ilkesi çerçevesinde genel kuralları belirlemektedir;

- AIHM kararlarında belirtildiği üzere adil yargılamanın en önemli gereklerinden biri olarak, mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından davanın tarafları arasında tam bir eşitlik gözetilmeli (silahların eşitliği), buna bağlı olarak da toplanan deliller hakkında taraflara görüş bildirme olanağı tanınmalıdır.

- Yargılama usulü hukukunda amaç, davaya dayanak yapılan tüm belge ve delillerin tarafların bilgisine sunulması suretiyle gerçeğin ortaya çıkması ve bu suretle hukukun üstünlüğünün sağlanmasıdır. Taraf ve vekillerine incelettirilmeyen belge ve dosyaya dayanılarak karar verilmesi, davacılar gerçek anlamda iddiasını kanıtlama hakkı tanınmadığını gösterdiği gibi adalete de gölge düşürmektedir.

- İdari aşamada dahi kişilerin bilgi ve belgelere erişmeleri bir hak olarak kabul edilmek suretiyle yasal güvenceye kavuşturulmuştur ve bu hak ancak yasada belirtilen hallerde sınırlanabilecektir. Bu, bilgi edinme hakkının, demokratik ve şeffaf bir yönetimin gereği olmasından kaynaklanmaktadır.

- Yukarıda yapılan açıklamalar, adil yargılanma hakkı uyarınca, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20. maddesinde öngörülen istisnai durum haricinde davacılar işlemin dayanağı olan her türlü bilgi ve belgeye ulaşabilme ve bu belgeleri inceleyebilme olanağının tanınması gereklidir.

- Adil yargılanma hakkı ancak soruşturma raporunda yer verilen maddi olayı, tanık ifadelerini, inceleme yapanın görüş ve kanaatini, işlemin hukuki dayanağını, soruşturmacının önerilerini açık ve etraflı bir biçimde öğrenme suretiyle kullanılabilir. İncelenemeyen bir soruşturma raporuna karşı iddia ve savunmada bulunmak zor, hatta imkânsızdır.

Bu çerçevede, işkence ve diğer kötü muamele biçimlerine ilişkin disiplin soruşturmalarında da mağdurların dosyadaki her türlü bilgi ve belgeye erişiminin sağlanması ve bu konuda herhangi bir sorun yaşanmasına izin verilmemesi gereklidir.

Disiplin soruşturmaları sonucunda verilecek cezaların hukuki denetimi, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu düzenleyen Anayasa'nın "Yargı Yolu" başlıklı 125. maddesi temel alınarak yapılacaktır.

528 (Eroğlu) Aksoy /Türkiye, Başvuru no: 59741/00, Güner Çorum/Türkiye, Başvuru no: 59739/00, Kahraman v. Türkiye, Başvuru no: 60366/00, 31 Ekim 2006 tarihli kararlar

529 Danıştay İdari Dava Daireleri, 2005/3292 E., 2008/1633 K. ve 12 Haziran 2008

Bununla birlikte, Anayasa'nın 129. maddesinin 3. fıkrası, disiplin cezalarına ilişkin idari denetimi uyarma ve kınama cezaları dışında kalan cezalar için öngörmektedir. Bu, aşağıda, "Emniyet Teşkilatı Mensupları" başlığı altında da örneklendiği gibi özellikle, işkence ve diğer kötü muamele biçimlerinden sorumlu olan personele, eylemleriyle uyumsuz ve mümkün olan en alt düzeyde ceza verilmesi durumlarında önem kazanmaktadır. Uyarma ve kınama cezalarına itiraz, hakkında karar verilen personeli olduğu kadar bu personelin davranışından zarar gören kişiler için de önem taşımaktadır.

Nitekim kişinin, hakkında verilen karara bir üst mercie başvurarak itiraz edebilmesine ilişkin hakkı disiplin cezaları yönünden de inceleyen AIHM, Karaçay/Türkiye kararında;

Anayasa'nın 129. maddesi ve 657 sayılı Kanun'un 136. maddesinden, bir uyarma veya kınama cezasının hukuki denetime tabi olamayacağı sonucunun ortaya çıktığını hatırlatmaktadır. AIHM, ulusal hukukun, başvurucuya uyarma cezasına itiraz etme hakkı tanınmadığını ve ulusal mahkemeye başvuruda bulunma yolu sağlamadığını tespit etmektedir. Bundan dolayı uyarı cezası ve benzeri disiplin cezalarında etkili başvuru yolunun bulunmaması, olası kötüye kullanımları engelleyecek ve disiplin tedbirlerinin meşruluğunun denetlenmesini sağlayacak her türlü güvenceden başvuruları mahrum bırakmaktadır. Sonuç olarak AIHM, iç hukukta, verilen uyarı cezasına karşı bir hukuk yolunun bulunmaması nedeniyle AIHS'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>530</sup>

## 1. DEVLET MEMURLARI KANUNU

Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesi, hangi davranışlar karşısında hangi cezaların verileceğini düzenleyen maddedir. Maddede çeşitli davranışlar ve haller sayılarak kategorize edilmiş; her bir kategori için hafiften ağıra gitmek suretiyle beş tip ceza öngörülmüştür:

- A - Uyarma: Memura, görevinde ve davranışlarında daha dikkatli olması gerektiğinin yazı ile bildirilmesidir.
- B - Kınama: Memura, görevinde ve davranışlarında kusurlu olduğunun yazı ile bildirilmesidir.
- C - Aylıktan kesme: Memurun, brüt aylığından 1/30 - 1/8 arasında kesinti yapılmasıdır.
- D - Kademe ilerlemesinin durdurulması: Fiilin ağırlık derecesine göre memurun, bulunduğu kademe ilerlemesinin 1 - 3 yıl durdurulmasıdır.
- E - Devlet memurluğundan çıkarma: Bir daha Devlet memurluğuna atanmamak üzere memurluktan çıkarmaktır.

Her bir ceza türü için, bu cezanın verilmesini gerektiren fiil ve durumlar son derece ayrıntılı biçimde sayılmış olmasına karşın maddede **ışkence ya da diğer kötü muamele biçimleriyle ilgili ne bir tanımlama ve ne de yaptırım öngörülmüş durumdadır**. Konuyla ilgili sayılabilecek tek düzenleme "kademe ilerlemesinin durdurulması" cezasına tabi olabilecek "f) Gerçeğe aykırı rapor ve belge düzenlemek" fiilidir.

530 Karaçay /Türkiye, Başvuru No: 6615/03, 27 Mart 2007 , para. 43,44

II. BÖLÜM'de de tartışıldığı üzere<sup>531</sup>, Türk Ceza Yasası'nın 94. maddesi kapsamına giren fiillerin, maddi ve manevi unsurunun da bulunması durumunda ve kamu görevi sırasında işlenmiş olması, suçun oluşması için yeterlidir. Her ne kadar aynı madde içinde "Özel kanunların disiplin suçları ve cezalarına ilişkin hükümleri saklıdır." hükmü yer almakta ise de işkence ve diğer kötü muamele biçimlerini disiplinler açısından yaptırıma bağlamayan bir meslek grubunun varlığı ya da "kamu görevini" herhangi bir meslek grubuna dahil olamayanların fiillerinin yaptırımsız kalmaması için yapan Devlet Memurları Kanunu'nda bu yönde bir düzenleme yapılmamış olması ciddi bir eksikliklerdir.

Nitekim işkencenin genellikle kolluk görevi yapanlar tarafından işlenen bir suç olduğu ve TCK'da da 94. maddede ile işkence suçunun failleri "kamu görevlisi" olarak tanımlanmışken disipline ilişkin hükümlerle incelendiğinde Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün 8(39). maddesinde belirtilen hüküm dışında diğer silahlı kuvvetler ve kolluk mevzuatında işkenceyi doğrudan disiplin suçu olarak öngören bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun yerine, özellikle öğrenci disiplin yönetmeliklerinde işkence yapmanın disiplin suçu olarak düzenlendiği ironik bir biçimde görülmektedir.

**Devlet Memurları Kanunu, işkence ve diğer kötü muamele fiillerini disiplin suçu olarak tanımlamamaktadır.**

İşkence ve diğer kötü muamele biçimleriyle yakından ilgili olan güvenlik güçleri ile hâkim, savcı, avukatlar ve hekimler hakkında uygulanacak disiplin suç ve cezalarına ilişkin kurallar Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinde de belirtildiği gibi, kendi özel kanunlarında düzenlenmiştir.

## 2. EMNİYET TEŞKİLATI MENSUPLARI

Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 82. maddesi uyarınca emniyet mensuplarına verilecek disiplin cezaları şunlardır;

- A) Uyarma: Memura, görevinde daha dikkatli davranması gerektiğini yazıyla bildirmektir.
- B) Kınama: Memura, görevinde ve davranışlarında kusurlu sayıldığını yazıyla bildirmektir.
- C) Aylık kesme: Memurun 15 günlüğe kadar aylığının kesilmesidir.
- Ç) Kısa süreli durdurma: Memurun bulunduğu kademedeki ilerlemesinin 4, 6 ve 10 ay için durdurulmasıdır.
- D) Uzun süreli durdurma: Memurun bulunduğu kademedeki ilerlemesinin 12, 16, 20 veya 24 ay durdurulmasıdır.
- E) Meslekten çıkarma: Memurun, Emniyet örgütü hizmetlerinde bir daha çalıştırılmamak üzere meslekten çıkarılmasıdır.
- F) Devlet memurluğundan çıkarma: Bir daha Devlet memurluğuna atanmamak üzere memurluktan çıkarmaktır. Bu ceza 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümlerine göre ve bu kanunda gösterilen yetkili disiplin kurulunca uygulanır.

531 Bkz. s. 35 vd.

**Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü**; kısa süreli durdurma, uzun süreli durdurma ve meslekten çıkarmaya ilişkin yaptırımları, bunlara neden olan davranışlarla birlikte 6-8. maddelerde düzenlemektedir.

İşkence ve diğer kötü muamele biçimleri çerçevesinde değerlendirilebilecek eylemler;

“**Aylık Kesimi**”ni düzenleyen 5. madde altında;

7 - İş sahiplerine veya halka karşı onur kırıcı söz söylemek veya davranışta bulunmak;

“**Kısa Süreli Durdurma**”yı düzenleyen 6. madde altında;

2 - İş sahiplerine ya da herhangi bir nedenle Emniyet binalarına gelen ya da getirilenlere hakaret etmek,

3 - Denetim görevini yerine getirmemek;

“**Uzun Süreli Durdurma**” cezasını düzenleyen 7. maddede;

1 - İş sahiplerini ya da herhangi bir nedenle Emniyet binalarına gelen ya da getirilenleri dövmek;

“**Meslekten çıkarma**”yı gerektiren fiillerin sayıldığı 8. maddede;

1 - Görevin yerine getirilmesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı yapmak, laikliğe aykırı veya bölücü davranışlarda bulunmak ya da emniyet mensupları arasında bu yolda ayırım yapıcı tutum ve davranışlarda bulunmak.

6 - ... ırza geçme, ırza tasaddi, ..., kasden adam öldürme, veya bu suçları işlemeye teşebbüs etmek, emniyeti suiistimal, yalan yere tanıklık, yalan yere yemin, suç tasnii, ...,

10 - Suç kanıtlarını yok etmek veya bilerek ve isteyerek yok olmasına neden olmak ya da saklamak, saklanmasına yardımcı olmak yahut değiştirmek,

12 - Kasıtlı olarak gerçek dışı rapor vermek veya tutanak düzenleyip imza etmek veya ettirmek,

27 - İzleme ve gözetleme görevinin gereklerini nedensiz olarak yerine getirmemek,

39 - İş sahiplerine ya da herhangi bir nedenle Emniyet binalarına gelen ya da getirilenlere işkence yapmak,

olarak belirtilmiştir.

İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü, kendi bünyesindeki personele açılan davalar ve soruşturmalar konusundaki bilgileri kamuoyu ile paylaşma konusunda son derece isteksiz davrandığı için konuyla ilgili kısmi/yetersiz bilgilere ulaşmak bile ancak TBMM kapsamındaki mekanizmalar yoluyla mümkün olabilmektedir. Bu nedenle de Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğünde yer alan bu hükümlerin nasıl yaşama geçtiğine dair ülke çapındaki durumu ortaya koyan bir dataya erişilememiştir. Konuyla ilgili, iki kaynaktan erişilebilen bilgiler aşağıda değerlendirilmiştir.

Engin Çeber'in İstinye Karakolu'nda ve Metris Cezaevinde maruz kaldığı işkence fiilleri sonucunda yaşamını yitirmesi üzerine belirlenen yerlerde inceleme yapan TBMM

İnsan Haklarını Araştırma Komisyonu, bu incelemelerden elde ettiği bulguların yanı sıra İstanbul ilinde son 5 yıl içinde, hakkında işkence ve kötü muamele suçlaması ile işlem yapılan personel hakkında da bilgi toplamıştır.

İstanbul Valiliği'nin 05.12.2008 tarih ve 8278 sayılı yazı ile verdiği yanıtta göre, 2003-2008 yılları arasındaki 5 yıllık zaman diliminde İstanbul'da **2140 emniyet personeli hakkında** işkence ve kötü muamele nedeniyle **idari soruşturma** başlatılmıştır. Bu sayıya karşın, **haklarında disiplin cezası verilen personel sayısı 43, yani toplam sayının sadece % 2'sidir.**<sup>532</sup>

Bu cezaların Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün hangi maddelerinden verildiği incelendiğinde 42 cezadan 29'u aylık kesimi cezasını düzenleyen 5/7. madde uyarınca **"İş sahiplerine veya halka karşı onur kırıcı söz söylemek veya davranışta bulunmak"**, 13'ü de uzun süreli durdurma cezasını düzenleyen 7/1. maddede uyarınca **"İş sahiplerini ya da herhangi bir nedenle Emniyet binalarına gelen ya da getirilenleri dövmek"** suçlamalarıyla verilmiştir. Cezalardan **hiç birinin "emniyet binalarında işkence yapmak" suçunu düzenleyen m.8/39'dan verilmediği görülmektedir.**

Ayla Akad Ata tarafından sunulan yazılı soru önergesi üzerine Adalet Bakanı tarafından verilen yanıtta, emniyet görevlileri hakkında yapılan disiplin işlemleri ile ilgili veriler de bulunmaktadır. Bu verilerden de anlaşıldığı üzere,<sup>533</sup>

- Haklarında ceza soruşturması açılan kamu görevlileri ile haklarında disiplin soruşturması açılanlar arasında ciddi bir fark bulunmaktadır:

- 2006 yılında haklarında ceza soruşturması başlatılan kamu görevlisi sayısı 4.026 olmasına karşın, disiplin soruşturması açılanlar 654 kişidir. Disiplin soruşturmasına uğrayanların ceza soruşturmasına uğrayanlara oranı %16,2'dir.
- 2007 yılında haklarında ceza soruşturması başlatılan kamu görevlisi sayısı 4.460 olmasına karşın, disiplin soruşturması açılanlar 337 kişidir. Disiplin soruşturmasına uğrayanların ceza soruşturmasına uğrayanlara oranı ise sadece %7,5'tir.
- İşkence ve diğer kötü muamele fiilleri ile zor kullanma yetkisinin aşılması fiillerine yönelik olarak, ceza soruşturmalarına ilişkin dosyalarda iki yılda toplam 16 ölüm vakasına rağmen, kamu görevlilerine ciddi hiç bir ceza verilmemektedir.
- Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü uyarınca, işkence fiiliye ilgili olarak verilmesi gereken "meslekten çıkarma" cezası uygulanmamıştır.
- Verilen cezalar, işkence ve diğer kötü muamele fiilleri ile zor kullanma yetkisinin aşılması fiilleriyle son derece ilgisizdir.

**Emniyet personeli hakkında yapılan disiplin soruşturmalarının azlığı, fiille verilen ceza arasındaki açık orantısızlık, verilen disiplin cezalarının düşüklüğü, failleri teşvik edici niteliktedir.**

532 TBMM Engiç Çeber raporu, s.79

533 Adalet Bakanı'nın, 30/07/2008 tarih ve 1846/1068 sayılı yanıtı

Örneğin, 2007 yılında, zor kullanma yetkisinin aşılması fiili çerçevesinde 1 kişiye uyarı cezası verilmiştir. Ancak uyarı cezası için iki koşul vardır: 1 - Silahını, araç ve gerecini, giysi ve kuşamını pis tutmak, çalıştığı yerin temizliğine özen göstermemek; 2 - Zorunlu bir neden olmaksızın günlük sakal tıraşı olmak.

Bu durumda, zor kullanma yetkisini aşan kamu görevlisinin, bu fiili sırasında kişisel temizliğini ya da çalıştığı birimi temiz tutmadığı için ceza almış olması gibi son derece komik bir durum ortaya çıkmaktadır.

TCK m. 94 (işkence) ve m.95 (ağırlaştırılmış işkence) uyarınca disiplin soruşturmasına uğrayan kamu görevlileri		
Yıl/ceza	2006	2007
Ceza tayinine yer olmadığı kararı	26	23
Zamanaşımı	-	3

• İki yıl içinde işkence ve zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılmasına ilişkin disiplin soruşturmalarında, 11 kişi hakkındaki işlemler zamanaşımı nedeniyle düşmüştür.

- Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nde yer alan ve işkence (ve diğer kötü muamele biçimlerine) ilişkin disiplin cezalarının "emniyet binalarına gelen ya da getirilen" kişilere yönelik fiiller için düzenleme yapmakta ve emniyet binaları dışında gerçekleştirilen fiiller için işkence nitelenmesi yapılmamaktadır.

- Memurların disiplin soruşturmaları bağımsız birimler tarafından yürütülmemesi nedeniyle soruşturmalar yavaş işlemekte ve soruşturmaların bazıları bu nedenle zamanaşımına uğramaktadır.

- İşkence suçunu düzenleyen 94/5. madde uyarınca, işkence suçunun işlenmesinde, nezarethane sorumluları ve amirler hakkında disiplin işlemi yapıldığına ilişkin veriye rastlanmamıştır.

Okkalı/Türkiye davasında, 18 yaşından küçük mağdura işkence yaptıkları için 2 polis memuru iç hukukta 243. madde uyarınca cezaya çarptırılmış ve ayrıca 3 ay kamu hizmetlerinden yasaklama kararı verilmiştir. Bununla birlikte, AIHM, her ne kadar hükümetin, kamu görevinden yasaklama kararı nedeniyle polis memurlarının görevden uzaklaştırılmalarına ilişkin kararın uygulandığını belirtse de bunun gerçekleştirilmediğini

TCK m.256 (Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması) uyarınca disiplin soruşturmasına uğrayan kamu görevlileri			
Yıl/ceza	2006	2007	2008 (ilk 4 ay)
Ceza tayinine yer olmadığı kararı	619	280	3
Zamanaşımı	2	6	-
Günlük aylık kesimi	2	-	-
Kısa süreli durdurma	5	1	-
Uzun süreli durdurma	-	1	-
Kınama	-	1	-
Uyarı	-	1	-

ğine dair herhangi bir belge sunmadığını tespit etmiştir. Bu cezanın uygulandığını ve görevden uzaklaştırıldıklarının kabul edildiği durumda bile, bu, haklarında herhangi bir disiplin soruşturması yapılmamış ya da disiplin cezası almamış olmaları gerçeğini değiştirmemektedir. Üstelik başvurucunun, ilgili polis memurlarının terfi ettirildiklerini belirtmesine karşın hükümet bu konuda bir açıklama getirmemiştir.<sup>534</sup>

Gerek işkenceye ilişkin disiplin suçlarındaki zamanaşımı, gerek emniyet binaları dışındaki fiillerin “işkence” kapsamında sayılmaması, gerek verilen cezaların sicil affı gibi düzenlemelerle ortadan kaldırılması işkence yasağının mutlak karakterine açıkça aykırıdır.

Açılan disiplin soruşturmalarının ceza soruşturmalarına oranı, verilen disiplin cezalarının hafifliği, yetkililerin işkence ve zor kullanma yetkisinin aşılması konusunda suç işleyen memurları koruyucu açıklamaları işkence suçlarında cezasızlık atmosferinin halen devam etmekte olduğunu göstermektedir.

### 3. JANDARMA TEŞKİLATI MENSUPLARI

Jandarmanın, işkence ve diğer kötü muamele fiillerinin disiplin soruşturmasına konu edilmesiyle ilgili herhangi özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte asıl mesele, jandarmanın ve jandarma ile birlikte diğer silahlı kuvvetler mensuplarının hem askeri, idari, adli olmak üzere farklı fonksiyonlar görmeleri nedeniyle ve hem de mensup oldukları askeri sınıflara göre, haklarındaki ilgili işlemlerin farklı mevzuatlarda düzenlenmiş olmasıdır.

Ancak, bu durum, hangi görevi ve fonksiyonu ifa ederlerken ortaya çıkmış olursa olsun işkence ve diğer kötü muamele fiillerinin işlenmesi, işlenmesine göz yumulması, teşvik edilmesi, denetleme görevinin yerine getirilmemesi gibi nedenlerle ortaya çıkabilecek sorumlulukların disiplin soruşturmasını gerektiren bir fiil olarak düzenlenmediği gerçeğini değiştirmemektedir.

Nitekim Ayla Akat Ata'nın sunduğu yazılı soru önergesi üzerine Adalet Bakanı tarafından verilen yanıtta göre de disiplin işlemleri ile ilgili herhangi bir ayırntı verilmediği gibi, yanıtta, işkence ve diğer kötü muamele fiillerine ilişkin disiplin yaptırımlarının ceza kovuşturmalarına bağlı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır;<sup>535</sup>

“... işkence ve kötü muamele suçlarıyla ilgili Jandarma Genel Komutanlığı görevlileri hakkında ceza soruşturması başlatılması hâlinde ayrıca bir disiplin soruşturması yapılmadığı; ancak, hakkında ceza soruşturması başlatılan personelden, yargılama sonunda haklarında Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarılmayı gerektirecek şekilde mahkumiyet kararı verilenlerin Türk Silahlı Kuvvetleriyle ilişkilerinin kesildiği Jandarma Genel Komutanlığının 20/06/2008 tarihli ve GN.PL.P.5000-226510-08/PL ve Koor.D.Gn.P ve Koor.Ş sayılı yazısıyla bildirilmiştir.”

Jandarma Genel Komutanlığı, bu yanıtla birlikte soru önergesinin konularından birini

534 Okkalı/Türkiye, para. 39, 70

535 Bkz. Adalet Bakanı'nın yukarıda belirtilen yanıtı.

**Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü, sadece “emniyet binalarında işkence yapma” fiilini düzenlemektedir. Emniyet binaları dışındaki fiiller cezasız kalmaktadır.**

oluşturan, 2006-2008 yıllarında kaç jandarma görevlisi hakkında disiplin işlemi yapıldığına ilişkin herhangi bir bilgi vermemiştir.

#### 4. YARGIÇ, SAVCI VE AVUKATLAR

##### a. Yargıç ve Savcılar

Yargıçlar, görevlerini etik kurallara uygun biçimde yerine getirmeli ve bunu yapmadıkları durumlarda sorumlu olmalıdırlar. Uluslararası hukuk, yargıçların ancak görev ve ilişkin gerekliliklerin ciddi biçimde yerine getirilmemesi ya da yetersizlik durumunda görevden alınabileceğini belirtmektedir. Disiplin işlemleri de tarafsız ve bağımsız bir yapı tarafından, her türlü usuli güvencenin sağlandığı koşullarda yürütülmelidir.<sup>536</sup>

Savcılar, mesleki yükümlülüklerini ihlal ettiğine dair kuşkuların bulunması durumunda disiplinler açısından sorumlu tutulabilmelidir. Disiplin soruşturmaları ve bu soruşturmalarla yüz yüze gelenlerin sahip olacağı güvenceler Birleşmiş Milletler Savcılarının Rolüne Dair Yönerge'de açık biçimde düzenlenmiştir. Bir disiplin davasıyla ilgili olarak Yönerge, "savcılarının disiplin suçları yasayla veya yasaya dayanan yönetmeliklerle" düzenleneceğini belirtmektedir.<sup>537</sup> Bu düzenlemeler, görevin gereklerinin yerine getirilmemesi durumlarının neler olduğu ve bunlara hangi cezaların verileceğini açık biçimde belirtmelidir. Yönerge, her ne kadar görevin yapılmasında yetersizlikten açıkça bahsetmemekte ise de bu, aslında, görevden alınmanın zımnen zeminini oluşturur. Yönerge, disiplin süreçlerine ilişkin pek çok ilkeyi içermektedir. Örneğin, savcılar hakkında yapılacak olan şikâyetler "süratle ve öngörülen usule uygun olarak adil bir biçimde yürütülür." Savcılar adil yargılanma hakkına sahiptir ve "verilen kararlar bağımsız bir yargısal denetime tabidir."<sup>538</sup>

İç hukukta, hâkimler ve savcılarının disiplin işlemleri Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nda düzenlenmektedir. Yasa'nın 62. maddesi disiplin cezalarını düzenlemektedir. Bunlar; a) Uyarma, b) Aylıktan kesme, c) Kınama, d) Kademe ilerlemesini durdurma, e) Derece yükselmesini durdurma, f) Yer değiştirme ve g) Meslekten çıkarmadır.

Yasada, işkence ve diğer kötü muamele biçimleri ya da "etkin soruşturma" ve "adil yargılama" ile doğrudan ilgili sayılabilecek düzenlemeler yer almamaktadır.

65. maddenin d bendi, meslektaşlarına, emrindeki personele, görevi nedeniyle muhatapt olduğu kişilere veya iş sahiplerine **kötü muamelede bulunmak** fiilini düzenlemektedir. İse de bu davranışın "kınama" cezasını gerektiren fiiller arasında sayılmış olması nedeniyle, maddede belirtilen "kötü muamele" kavramında, işkence ya da diğer kötü muamele biçimlerinden birinin kastedilmemiş olduğu anlaşılmaktadır. Aksinin düşüldüğü durumda ise suçlar ve cezalar arasındaki oranlılığın bulunmadığı tespitini yapmak gerekecektir.

Yasada, mesleğe kabul koşullarını düzenleyen 8. madde aynı zamanda meslekten çıkarma cezasını düzenleyen 96. maddenin de referansını oluşturmaktadır. 8. madde-

536 Uluslararası Hukukçular Komisyonu, a.g.e., s. 60 ; "19.Bütün disiplin, görevden alma ve göreve son verme işlemleri, yargısal faaliyetin yerleşik standartlarına göre karara bağlanır."

537 Birleşmiş Milletler Savcılarının Rolüne Dair Yönerge, m. 21; Yönerge, 27 Ağustos-7 Eylül 1990 tarihleri arasında Küba'nın Havana şehrinde yapılan 8. Birleşmiş Milletler Suçun Önlenmesi ve Suçluların Islahı Konferansında kabul edilmiştir.

538 Yönerge, m. 22, [Uluslararası Hukukçular Komisyonu, a.g.e., s. 76]



de, Türk Ceza Yasası'nda suç olarak tanımlanmış bazı fiiller, mesleğe kabul ve çıkarma için koşul olarak belirtilmiş iken işkence ve diğer kötü muamele biçimleri bu listede bulunmamaktadır.

Bunun dışında, 96. maddenin dördüncü fıkrası da meslekten çıkarma cezasını, ceza kovuşturmasının sonucuna bağlayan bir düzenleme yapmaktadır.

İşkence ve diğer kötü muamele suçlarının soruşturulmasının işlendiği III. BÖLÜM'de de belirtildiği üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından yaşam hakkı ihlalleri ile işkence yasağının ihlal edildiğın saptandığı kararların pek çoğunda aynı zamanda "etkin bir soruşturma yapılmadığı" kararı da verilmektedir.<sup>539</sup> Yine AIHM tarafından "adil yargılanma hakkının" ihlal edildiğine ilişkin hakkında en fazla ihlal kararı verilen ikinci devlet Türkiye'dir.<sup>540</sup>

Yargıçların sorumluluğu, her ne kadar yargıç bağımsızlığı ve verdikleri kararlarda vicdani kanaat kullanma yetkisine sahip olmaları bakımından tartışma yaratabilirse de yargılama aşamasındaki ihlallerin büyük bir kısmı - dosya eksiklerini gidermemek, mağdurun duruşmaya katılımını sağlama konusundaki usulü uygulamamak gibi- vicdani kanaatle ilgili olmayan usul kurallarına uyulmamasından kaynaklanmaktadır. AIHM tarafından "adil yargılanma hakkı"nın ihlaline ilişkin kararların çokluğu karşısında, yargıçların, yargılamaya ilişkin usul işlemlerini yerine getirmemesinin istisnai uygulamalar olduğunu söylemek mümkün değildir.

AIHM, 1993 yılında Ümraniye Belediye çöplüğünde meydana gelen patlama sonucunda nikahlı ve nikahsız iki eşi ile 7 çocuğunu kaybeden Maşallah Öneriyıldız ile ilgili olarak iç hukukta yapılan yargılama sonucunda verilen kararın, mahkumiyete ilişkin bölümünü de incelemiştir. İç hukukta, iki belediye başkanı görevi ihmal nedeniyle yargılanmış; TCK m. 230 uyarınca en alt sınırdan hapis cezası verilmiş ve ceza 610.000 TL (kararın verildiği tarihte 9,70 Euro) para cezasına çevrilerek ertelenmiştir. AIHM, yaşam hakkını ilgilendiren bu kadar ciddi bir meselede, kamu görevlilerinin "görevi ihmal"le sorumlu tutulmalarının, yaşanan trajedi ve yaşam hakkının korunması ile hiçbir biçimde ilgili olmadığını tespit etmiştir.

AIHM, iç hukukta yargılamayı yapan mahkemenin bu olayı sadece bir vakıa olarak saptadığını, yetkililerin, başvuruçunun 9 yakınının ölümüyle ilgili olası sorumluluklarını muallakta bıraktığı, yaşam hakkının korunmansa ilişkin herhangi bir sorumluluk tespiti yapmadığı, sonuç olarak komik bir ceza verdiğini ve bunu da ertelediğini saptayarak, Türk ceza adaleti sisteminin;

- bu trajediye ilişkin devlet yetkililerinin ya da bunda rolü olanların sorumluluklarını tam olarak saptayacak,
- yaşam hakkını güvence altına alan iç hukuk düzenlemelerinin etkin ve
- ceza hukukunun caydırıcı etkisini yaşama geçirecek

**Hakim, savcı ve avukatlar hakkında düzenlenen disiplin hükümleri, işkence ve diğer kötü muamele fiillerini suç olarak saymamaktadır.**

539 Bkz. s. 196, 200 - 2002.

540 Mahkemenin 2008 yılı raporuna göre İtalya 1.207 ihlal kararı ile ilk sırada , Türkiye ise 786 ihlal kararı ile ikinci sıradadır. Bkz. www.coe.echr.int

biçimde işlemediği için bu davada Sözleşme'nin 2. maddesi çerçevesinde yaşam hakkı ihlaline karar vermiştir.<sup>541</sup>

Ayrıca belirtmek gerekir ki AIHM, ulusal yargıcın iç hukuktaki yargılamaya ilişkin takdir hakkını tanımakta ise de işkence faillerine (ve yaşam hakkı ihlallerinden sorumlu olanlara), “takdiri” indirim nedenlerinin ve koşulları bulunduğu cezaların ertelenmesi müessesesinin “otomatik” olarak uygulanmasını pek çok kararında eleştirmektedir. Mahkeme, bu uygulamanın, failler bakımından “cezasızlık” olgusunu güçlendirdiğini vurgulamaktadır.<sup>542</sup>

Fiilin ağırlığı dikkate alınmadan cezanın alt sınırdan verilmesi, takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasının zemini olmamasına rağmen uygulanması gibi konularda, yasa maddelerinin belli sanık kategorileri için otomatik olarak uygulanması aslında yargıcın tarafsızlığını kaybettiğinin de bir göstergesidir. Bu kitabın soruşturmada ve yargılamada tarafsızlık ilkesinin işlendiği III. ve IV. BÖLÜM’lerde değinilen TESEV raporu<sup>543</sup>, soruşturma ve yargılamalardan karar örnekleri aslında savcı ve yargıçların, tarafsızlıklarını kaybetmiş oldukları için usul işlemlerini yasaya uygun yerine getirmediklerini ve bu nedenle de takdirlerini “cezasızlığı” destekleyecek biçimde kullandıklarını ortaya koymaktadır.

Nitekim Okkalı/Türkiye kararında AIHM, iç hukuktaki ceza yargıçlarının, sanık polisler alt sınırdan ceza verirken zararın ağırlığı ve eylemin özelliklerini dikkate almamış olduklarının altını çizmektedir.<sup>544</sup>

AIHM kararları sonucunda da ortaya çıktığı gibi hâkimler ve savcılar, işkence failleri için cezasızlık ortamını yaratan temel unsurlardan ikisidir. Bu nedenle, disiplin yönünden sorumlu tutulmaları aslında soruşturma ve yargılamaların gereği gibi yapılmasını sağlayacak en ciddi önlemlerden biridir.

“Adalet ve yargı hizmetleri alanında gelişmiş ülkelerde olduğu gibi, yargı etiğine ait kuralları sistematik ve bütünsel açıdan düzenleyen bir kanun bulunmaması önemli bir eksiklik olarak görülmektedir.”<sup>545</sup>

## **b. Avukatlar**

Avukatlar, mesleklerini, meslek etiğine uygun biçimde yerine getirmelidir. Bu kural- lar ”ulusal hukuka, geleneklere, uluslararası standartlara ve normlara uygun olarak kendi meslek örgütlerinin ilgili organları veya yasama organı tarafından düzenlenir.”<sup>546</sup> Bütün disiplin işlemleri, meslek kurallarına ve diğer kabul görmüş mesleki standartlar ile hukuk mesleğinin etik kurallarına uygun olarak ve bu prensipler ışığında karara bağlanır.<sup>547</sup> Meslekleri nedeniyle avukatlar hakkında yapılan suçlamalar ve şikâyetler, usulüne uygun olarak hızla ve adil bir biçimde takip edilir. Avukatlar, kendi seçtikleri bir avukattan yardım görme hakları da dâhil, adil yargılanma hakkı-

541 Öneriyıldız/Türkiye, Başvuru no: 48939/99, [BD] 30 Kasım 2004 , para. 108

542 Örneğin; Okkalı/Türkiye; Öneriyıldız/Türkiye

543 Bkz. s. 204.

544 Okkalı/Türkiye, para. 73

545 Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007-2013) Adalet Hizmetleri Özel İhtisas Komisyonu Raporu, s. 6.

546 Avukatların Rolüne Dair Temel İlkeler- Havana Kuralları, ilke.26 (27 Ağustos - 7 Eylül 1990 tarihleri arasında Havana’da toplanan Suçların Önlenmesi ve Suçluların İslahı üzerine Sekizinci Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilmiştir)

547 Avukatların Rolüne Dair Temel İlkeler, 29

na sahiptir.<sup>548</sup> Avukatlar hakkındaki disiplin işlemleri, meslek örgütü tarafından kurulan bağımsız bir disiplin komitesi, bağımsız bir yasal mercii veya bir mahkeme önüne getirilir ve bu işlemler bağımsız yargısal denetime tabi olmalıdır.<sup>549</sup>

Bununla birlikte avukatlar, bir mahkeme, yargı yeri veya hukuki ya da idari bir makam önünde mesleki nedenlerle buldukları sırada veya konuyla ilgili yazılı veya sözlü taleplerinde yaptıkları beyanlardan ötürü hukuki ve cezai muafiyetten yararlanırlar.<sup>550</sup>

Avukatların, mesleklerini yerine getirmeleri sırasında tabi olacakları kurallar Avukatlık Kanunu'nda düzenlenmiş durumdadır. Yasa'nın 135. maddesine göre avukatlara verilebilecek disiplin cezaları şunlardır:

1. Uyarma; avukatın mesleğinin icrasında daha dikkatli davranması gerektiğinin kendisine bildirilmesidir.
2. Kınama; mesleğinde ve davranışında kusurlu sayıldığı için avukata bildirilmesidir.
3. Onbin liradan yüzellibin liraya kadar para cezası.
4. İşten çıkarma, avukatın veya avukatlık ortaklığının üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere meslekî faaliyetlerinin yasaklanmasıdır.
5. Meslekten çıkarma; avukatlık ruhsatnamesinin geri alınarak avukatın adının baro levhasından silinmesi ve avukatlık unvanının kaldırılmasıdır. Avukatlık ortaklığı için de baro avukatlık ortaklığı sicilinden silinmesidir.

Yasada, cezalar belirtilmiş olmasına karşın **bu cezaların hangi hal ve davranışların sonucu olarak verileceği düzenlenmemiştir**. Yasada, farklı maddelerde yer alan hükümler, avukatlara yönelik disiplin işlemlerinin dayanağını oluşturabilecektir.

Avukatlık Kanunu'nun "yönetim kurulunun görevleri" başlığını taşıyan 95. maddesinin 21. fıkrasındaki, "hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmak" baro yönetim kurullarının; 110. maddesinin 17. fıkrasında yer alan aynı yöndeki düzenleme ile de Barolar Birliğinin görevleri arasında görevleri arasında sayılmıştır.

Kanunun, "avukatlığa kabule engeller" başlığını taşıyan 5. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde ise "avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresinde bilinmiş olmak" fiili, avukatlığa engel fiil ve hallerden sayılmıştır.

Ayrıca, disiplin cezası gerektiren hal ve davranışlar 13. madde içinde ve bir cümle halinde belirtilmiştir;

"Avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlarla, meslekî çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında bu Kanunda yazılı disiplin cezaları uygulanır."

548 Avukatların Rolüne Dair Temel İlkeler, 27

549 Avukatların Rolüne Dair Temel İlkeler, 28

550 Avukatların Rolüne Dair Temel İlkeler, 20

Ayrıca, 140. madde uyarınca “Baro yönetim kurulları hükümlülükle sonuçlanan bir ceza davasının konusunu teşkil eden eylemlerden dolayı ayrıca disiplin kovuşturması açmak zorundadırlar.”

Görüldüğü üzere, avukatların, kamusal faaliyet yürüttükleri sırada işkence ve diğer kötü muamele fiilleriyle ilgili kasıtlı ya da ihmali davranışlarını doğrudan disiplin yaptırımına bağlayan bir madde bulunmamakta ilgili kurullara geniş takdir yetkisi tanımaktadır.

**Avukatlar yapmayı ihmal ettikleri pek çok davranışla aslında cezasızlık ortamını beslemekte, suçun ve faillerin ortaya çıkarılması konusunda üzerilerine düşenleri yerine getirmemektedirler.**

Dolayısıyla, Avukatlık Kanunu’nda da Hâkim ve Savcılar Kanunu’nda olduğu gibi işkence ve diğer kötü muamele fiillerinin ortaya çıkarılması, soruşturulması ve kovuşturulması konusunda üzerine düşen sorumlulukları ve özellikle de işlenmiş olan suçun izlerini gördüğü halde ihbar yükümlülüğünü yerine getirmeyen avukatların bu davranışları maalesef ki yaptırımsız kalmaktadır. Avukatlar, yapmayı ihmal ettikleri pek çok davranışla aslında cezasızlık ortamını beslemekte, suçun ve faillerin ortaya çıkarılması konusunda üzerilerine düşenleri yerine getirmemektedirler.

Avukatların, işkence ve diğer kötü muamele fiillerinin doğrudan ya da katılma biçimlerinden biriyle fail olduğu vakalara rastlanmamaktadır. Bununla birlikte, avukatlık mesleğine giriş işlemlerinden önce işkence suçu işleyen bir emniyet personeline ilişkin

Danıştay 8. Dairesi tarafından verilen kararın gerekçesi, konuya gerek Türkiye Barolar Birliği’nin ve Danıştay’ın yaklaşımını ortaya koymak bakımından yararlı olacaktır.

Emniyet Müdürlüğünde görev yaptığı sırada "efrada sui muamele" suçundan hakkında mahkûmiyet kararı verilmiş ve kesinleşmiştir. Bununla birlikte, sabıka kaydı 11.6.2003 tarihinde mahkeme kararıyla silinmiştir.

Kişi, 22.4.2003 günlü İstanbul Barosu levhasına avukat olarak yazılmak üzere başvuru yapmış ve başvurusu İstanbul Barosu Yönetim Kurulunca kabul edilmesine karşın Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu; **"adı geçenin Emniyet Müdürlüğü'nde görev yaparken işkence suçundan mahkum olduğu, insan haklarını savunmak ve korumakla görevli bir kurumun insanlığa karşı suç olarak nitelenen bir eylemden mahkum olan bir kişiyi avukat olarak bünyesine kabul etmesinin mümkün olmayacağı ve ilgilinin bu davranışıyla 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5/c maddesinde ifade edilen " avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresinde bilinir hale geldiği"** gerekçesiyle İstanbul Barosu'nun söz konusu kararı uygun bulunmayarak, davacının avukatlık ruhsatnamesi verilmesi yönündeki talebinin reddetmiştir. Karar, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü tarafından da onaylanarak kesinleşmiştir.

Kararın iptali istemiyle açılan dava sonucunda Ankara 1. İdare Mahkemesi isteme uygun karar vermiş ise de Danıştay 5. Dairesi, Türkiye Barolar Birliği ve Adalet Bakanlığı'nın temyiz istemlerini yerinde bulmuş ve kararı bozmuştur.<sup>551</sup>

551 Danıştay 8. Dairesi, 2004/2087 E., 2005/1702 K. No.lu ve 12/04/2005

“Kanunun 5/c maddesinde belirtilen avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmasından söz edilebilmesi için bu tutum ve davranışların, çevrece bilinmiş olmasını sağlayacak derecede süreklilik arz ettiğinin subjektif değerlendirmelerden uzak bir biçimde kanıtlanmasının gerektiği, oysa davacının mahkumiyetinin ertelenmiş olması ve erteleme süresini iyi halle geçirmesi nedeniyle adli sicil kaydının silinmesi de gözönüne alındığında, olayda anılan yasa hükmünde öngörülen tutum ve davranışlarının çevresince bilinecek şekilde süreklilik arz ettiği ve yaygınlaştığından söz edilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemler iptal edilmiş ise de; gerek ulusal, gerek ulusüstü metinlerde "insanlığa karşı işlenen suçlar" kapsamında değerlendirilen işkence (efrada sui muamele) suçundan mahkum olan davacının bu fiilin hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak ve korumakla görevli avukatlık mesleğinin ilke ve amaçlarıyla bağdaşmadığı açıktır.

Şu hale göre; davacının mahkumiyetine neden olan bu eyleminin toplumda yaratacağı olumsuz etkileri dikkate alındığında, avukatlık mesleğine katılmak için baro levhasına yazılmak istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, dava konusu işlemi iptal eden İdare Mahkemesi kararında hukuka ve mevzuata uyarlık görülmemiştir.

Öte yandan; davacının işkence suçundan dolayı almış olduğu mahkumiyetinin, mahkeme kararıyla adli sicilden silinmiş olmasının, işlenen fiilin niteliği karşısında, avukatlık mesleğine kabul edilmesi sonucunu doğurmayacağı tartışmasızdır.”



# VII.BÖLÜM

---

## Giderim





Herhangi bir suçtan mağdur olmuş kişilere yönelik giderim konusu özellikle işkence ve kötü muamele mağdurları bakımından önemli bir sorun alanıdır. Giderim konusunun, sadece “tazminat”la sınırlı yani, “yaptım ve maddi karşılığı ne ise onu da ödedim” zihniyetinden öteye geçemeyen bir çerçevede kalması işkence mağdurları için yeni bir mağduriyet konusudur. Mağdurlar için bir tazminat ödenmesi zararlarının karşılanması bakımından nemli olmakla birlikte asıl örselenme noktası, maruz kaldıkları muamelelerin “görülmemesi”, “kabul edilmemesi”dir. Toplumdaki zihniyet algıları nedeniyle işkence ve diğer kötü muamele biçimleri, bu fiille maruz kalanlar için “hak edilmiş” davranışlar olarak tanımlanmakta ve “bir şey yapmamış olsaydı başına bunlar gelmezdi” anlayışı toplumdaki varlığını sürdürmeye devam etmektedir.

Bu nedenle, mağdurlara sağlanacak giderimin sadece “maddi” karşılıkla sınırlı olması yeterli değildir ve devletin diğer giderim biçimlerinin hem yasal ve hem de uygulamadaki koşullarını yaratma yükümlülüğü vardır.

## A. ULUSLARARASI ÇERÇEVE

İşkence yasağı, uluslararası hukukta tüm devletler için mutlak bir yükümlülüktür. İşkence yasağının ihlal edilmesi durumunda mağdurlara, giderim sağlama yükümlülüğü herhangi bir sözleşme yükümlülüğünden bağımsız olarak ortaya çıkar.<sup>552</sup>

Uluslararası hukukta “giderim, yasadışı eylemin tüm sonuçlarını ortadan kaldıracak ve söz konusu fiil gerçekleşmeseydi durum nasıl olacak idiyse o durumun mümkün olduğunca yeniden oluşturulmasıdır”.<sup>553</sup>

BM İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 14. maddesi uyarınca taraf devletler hukuk sitemlerini işkence ve kötü muamele mağdurlarının mağduriyetlerini giderecek şekilde düzenlemekle yükümlüdürler.

1. Her taraf devlet kendi hukuk sistemi içinde, işkence eylemi mağdurunun zararının karşılanmasını ve olası en yetkin rehabilitasyon/televi olanakları da-

---

\* Bu bölüm (Giriş) önceki bölümlerde adı geçen Avukatlar İçin İstanbul Protokolü Uygulama Kılavuzu, “E. işkence insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya ceza mağdurlarına etkin hukuk yolları ve uygun giderim” bölümünden yararlanılarak hazırlanmıştır.

552 Bkz. Daimi Tahkim Mahkemesi, Chorzow Fabrikası davası (Ger./Pol.), (1928) P.C.I.J., Sr. A, No.17, at 47 (Eylül 13); Uluslararası Adalet Divanı (UAD): Nikaragua'da ve Nikaragua'ya karşı Paramiliter Eylemler (Nikaragua/ABD.), Esas 1986 UAD Rapor, 14, 114 (Haziran 27); Korfu Kanalı Davası; (İngiltere v. Anavutluk); Birleşmiş Milletler Hizmetleri Sırasında Yaşanan Hasarların Giderilmesi, İstisari Görüş, UAD Raporları 1949, s. 184; Aynı zamanda bkz. Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından 2001'de kabul edilen Devlet Yükümlülüklerine ilişkin taslağın 1. maddesi: Devletlerin her uluslararası haksız fiili bu devlet için uluslararası yükümlülük doğurur. (UN Doc.A/CN.4/L.602/Rev.1, 26 July 2001, ILC draft Articles on State Responsibility”).

553 Daimi Tahkim Mahkemesi, Chorzow Fabrikası davası

**Devletler, işkence mağdurlarının başvurabileceği etkin iç hukuk yollarını tesis etmekle yükümlüdürler.**

hil, adil ve yeterli bir tazminat alması hakkını temin edecektir. İşkence eylemi sonucu mağdurun ölmesi halinde, mağdurun yükümlü olduğu kimseler tazminat hakkına sahip olacaktır.

2.Bu maddedeki hiçbir hüküm, mağdurun ya da diğer kişilerin ulusal hukuk çerçevesinde mevcut olabilecekken herhangi bir tazminat alma haklarını etkilemeyecektir.

Madde uyarınca işkence ve kötü muamele mağdurları, işkenceciler hakkında yasal yollara başvurma hakkının yanısıra giderim, tedavi ve ayrıca tekrarının önlenmesinin garanti altına alınmasını talep etme haklarına sahip olacaktır.

Ciddi insan hakları ihlallerinde medeni hakların ve yükümlülüklerin belirlenmesi için bireyin mahkemeye erişim hakkı, uluslararası insan hakları hukukunun temel bir ilkesidir.<sup>554</sup>

Konuyla ilgili bir başka belge olan “BM Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Ağır ve Uluslararası İnsancıl Hukukun Ciddi İhlallerinin Mağdurlarına Giderim ve Hukuk Yolları Sağlanmasına İlişkin Temel İlkeler”in 12.maddesi uyarınca,<sup>555</sup>

“Ağır bir insan hakları hukuku veya ciddi bir insancıl hukuk ihlalinin mağduru olan bir kişi, uluslararası hukukta sağlandığı, etkin bir yargısal yola başvurma hakkına eşit düzeyde sahip olacaktır. Mağdura sunulan hukuk yolları; iç hukuk mekanizmalarının, farklı modeller ve usul işlemlerinin yanısıra idareye ve diğer ve diğer kurumlara başvuru yapma olanağını da sağlamalıdır. Uluslararası hukukça güvence altına alınan adalete erişim, işlemlerin adil ve tarafsız biçimde yürütülmesi haklarına ilişkin yükümlülükler iç hukukta da sağlanmalıdır. (...)”

Aslında insan hakları ihlallerine karşı giderim sağlanmasına ilişkin hak, tüm insan hakları belgelerinde güvence altına alınmıştır. Bu nedenle, güvence altına alınan temel haklardan biri ihlal edildiğinde giderim sağlanmasına ilişkin hak da sınırlandırılmaz.<sup>556</sup> 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) ve esasa ilişkin (eski hale getirme, tazminat ve rehabilitasyon gibi)<sup>557</sup> giderim hakkını güvenceye alır.

Bir iç hukuk yolu yasal ve etkili olmalıdır. Hukuk yollarına başvuru, ulusal yetkililerin kasti fiilleriyle ya da ihmalleriyle, haksız biçimde engellenmemelidir.<sup>558</sup>

554 Ulusal kurumların statüsüne ilişkin ilkeler (Paris İlkeleri); (UN Doc. E/CN.4/1992/43) 16 Aralık 1991.

555 BM Genel Kurulu tarafından 16 Aralık 2005'te kabul edilmiştir. (A/Res/60/147)

556 bkz. Giderim: İşkence diğer İnsan Hakları ve Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlalleri Mağdurları için Kaynak kitap (Reparation: a Sourcebook for Victims of Torture and Other Violations of Human Rights and International Humanitarian Law), REDRESS, www.redress.org; [bundan sonra “REDRESS, Giderime İlişkin Kaynak Kitap” olarak anılacaktır]

Ayrıca örnek olarak bkz. BM İnsan Hakları Komitesi'nin, Olağanüstü Hal konusundaki 29 No.lu Genel Yorumu, (CCPR/C/21/Rev.1/Add.11), 31 Ağustos 2001

557 Jeremy McBride, “Adalete ve İnsan Hakları Sözleşmelerine Erişim (Access to Justice and Human Rights Treaties)” (1998) 17 Civil Justice Q.235.

558 Aksoy/ Türkiye,

Adli, idari ya da diğer iç hukuk yollarının etkililiği, ihlal edilen hakla uyumlu olmalıdır.<sup>559</sup> İşkence ve kötü muamele gibi ciddi insan hakları ihlallerinin varlığı durumunda **her türlü yargı yolu açık olmalıdır.**<sup>560</sup>

Dolayısıyla işkence ve kötü muamele gibi ağır hak ihlallerinin söz konusu olduğu vakalarda devletlerin temel olarak;

- Faillerin tespiti ve caydırıcı şekilde cezalandırılması ile sonuçlanacak ceza yargılamasını, bu yargılamalara mağdurların etkin bir şekilde katılımını, mağdurların ve mağdur vekil ve yakın çevresinin bu çabaları nedeniyle korunmalarını,

- Mağdurların yargı aracılığıyla giderim talep edebilmelerini

sağlamaları gerekmektedir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi tarafından da belirtildiği üzere "... insan haklarının ciddi ihlallerinde, idari yollar uygun ve etkin yollar olarak kabul edilemezler."<sup>561</sup> İşkenceyle ilgili olarak giderim, ortaya çıkan zararlarla orantılı ve mümkün olduğunca da işkence mağduru kişinin yaşamını ve onurunu onarıcı, yani uygun/yeterli olmalıdır.<sup>562</sup>

BM Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Ağır İhlalleri ve Uluslararası İnsancıl Hukukun Ciddi İhlallerinin Mağdurlarına Giderim ve Hukuk Yolları Sağlanmasına İlişkin Temel İlkeler ile aynı ismi taşıyan Kılavuza göre giderim türleri şunları içerir: *eski hale getirme, tazminat, rehabilitasyon, telafi (satisfaction) ve (ihlalin) tekrarlanmama-ya çağına ilişkin güvence.*

## B. GİDERİM BİÇİMLERİ

### 1. ESKİ HALE GETİRME

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, giderim belli açılardan mümkün olabilir. Örneğin, özgürlüğü kısıtla-

559 13. madde; devletin uygulama konusunda takdir yetkisi bulunmakla birlikte "iç hukuk yollarındaki düzenlemelerin, iç hukuktaki yetkili merciin, Sözleşmeyle ilgili bir şikâyetin esasına ve uygun bir giderim sağlamaya olanak tanıyacak özellikte olmasını" gerektirir. D/Birleşik Krallık, Başvuru no: 30240/96, 2 Mayıs 1997 .

BM İnsan Hakları Komisyonu, Finlandiya'nın devlet raporu (CCPR/C/95/Add.6) üzerine yorumunda "Ceza Yasası'nda yeni yapılan reform ile BM Medeni ve Siyasal Hakları Sözleşmesi'nin 21 ve 22. maddeleriyle korunan haklar da dâhil olmak üzere pek çok hak ve özgürlüğün ihlal edilmesi hali ceza yaptırımına bağlanmış ise de ceza yasasının, belli hak ve özgürlüklerin ihlali için tek başına yeterli hukuk yolu sağlamayabileceği" değerlendirmesini yapmıştır. (İnsan Hakları Komitesi'nin Sonuç Gözlemleri, Finlandiya, 8 Nisan 1998)

560 Yargısal, idari ya da diğer başvuru yolları ihlal edilen hakkın doğasına uygun ve etkili olmalı. İşkence gibi ağır insan hakları ihlallerinde, başvuru yolunun yargısal ve etkili olması gerektiği konusunda uluslararası insan hakları mekanizmalarının içtihatlarında tam bir mutabakat vardır.

Bkz. REDRESS, Giderime İlişkin Kaynak Kitap.

561 Nydia Bautista/ Kolombiya (No. 563/1993); José Vicente ve Amado Villafane Chaparro, Luis Napoleon Torres Crespo, Angel María Torres Arroyo and Antonio Hugues Chaparro Torres/Kolombiya (No. 612/1995). [Bkz. İşkenceye Karşı Eylem]

562 Albert Wilson/Filipinler, Bildirim No. 868/1999, (BM. Doc. CCPR/C/79/D/868/1999 (2003)). İnsan Hakları Komitesi, "uygun" tazminat yükümlülüğüne pek çok kararında gönderme yapmaktadır. Bkz. Bozize/Merkezi Afrika Cumhuriyeti (No. 449/1990); Mojica/Dominik Cumhuriyeti (No. 449/1991). Komite, Griffin/İspanya (No. 493/1992) davasında da "kişinin Melilla cezaevinde tutulduğu süre için uygun tazminata" hükmetmiştir.

Ayrıca bkz. Bossuyt, Marc J. "Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin "Hazırlık Toplantıları"na İlişkin Elkitabı" (2002. Kluwer Academic Publishers).

**Barışta, savaşta ve olağanüstü hal durumunda insan haklarının korunmasına yönelik etkin iç hukuk yolları sağlanması, bağımsız ve sürekli bir yükümlülüktür. Bir iç hukuk yolu yasal ve etkili olmalıdır.**

nan kişinin saliverilmesi; insan haklarının, vatandaşlığın tesisi; kişinin ikametgâhına geri dönmesi, işe iadesi veya mallarının iade edilmesi.<sup>563</sup>

Uluslararası hukukta, ihlâlin giderilmesine ilişkin genel ilke “ihlâl gerçekleşmeden önceki duruma dönmeyi sağlayacak önlemleri alma” olarak tanımlanan “*restitutio in integrum*”dur.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 41. maddesi, ihlal saptandığı durumda ilgili hükümete iki yönlü bir yükümlülük getirmektedir;<sup>564</sup>

- Bireysel önlemler alma yükümlülüğü: Başvurucunun, ihlal nedeniyle oluşan zararlarının tümünü gidermek,
- Genel önlemler alma yükümlülüğü: Başvurucuyu olabildiğince, ihlali oluşturan fiilden önceki duruma eşdeğer bir duruma getirmek.

Taraf devletler bu çerçevede, “*restitutio in integrum*” sağlanabilmesi için kendi hukuk sistemlerinde var olan araçlardan hangisinin daha uygun olduğuna kendileri karar vereceklerdir. Bununla birlikte Bakanlar Komitesi, yargılamanın yenilenmesinin, istisnai durumlarda en etkili yöntem olduğunu göstermektedir. Bakanlar Komitesi;<sup>565</sup>

- İç hukukta verilmiş olan karar nedeniyle zarar gören taraf çok ciddi olumsuz sonuçlar yaşamaya devam ediyor ve zarar, durumun yeniden incelenmesi ya da yargılamanın yenilenmesi dışında, sağlanmış olan tazminatla giderilemiyorsa;
- Mahkeme'nin vermiş olduğu karar;
  - İç hukukta verilmiş olan karar, Sözleşme ile esastan çelişiyorsa,
  - Usuli işlemlerdeki hatalara ya da eksikliklere dayanan ihlal kararı yakınma konusu olan iç hukuktaki usule ilişkin ciddi kuşku yaratacak boyutta ise,

yargılamanın yenilenmesi yöntemine başvurulması gerektiğini belirtmektedir

Bununla birlikte, iç hukukta verilmiş olan ve ihlal konusunu oluşturan karar, iç hukukta hukuksal bir düzenleme olmamasından kaynaklandığında ya da yargılamanın yenilenmesi müessesesi mevzuat eksikliği nedeniyle uygulanamadığında ne olacaktır?

Osman Murat Ülke, vicdani retçi olması nedeniyle 1996-1999 tarihleri arasında askeri mahkeme tarafından çeşitli defalar yargılanmış ve çeşitli cezalara çarptırılmıştır. Ülke, aynı fiilden tekrar tekrar yargılanma ve vicdani kanaatleri nedeniyle sürekli ceza tehdidi altında olması nedeniyle 1997 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur. Mahkeme, 24.1.2006 tarihinde, durumun Sözleşmenin 3. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Mahkeme ayrıca, süregiden ihlalin nedeni olarak iç hukuktaki mevzuat eksikliğini de tespit etmiştir.<sup>566</sup>

563 Ayrıca bkz. Yetki İstisnaları ve Suç Mağdurlara Adalet Sağlanmasına İlişkin Temel Prensipler Bildirgesi (Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power), İlke 8 – 10; BM Genel Kurulu tarafından 40/34 sayılı kararla, 29 Kasım 1985'te kabul edilmiştir. [bkz. İşkenceye Karşı Eylem]

564 Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı R(2000)2, 19 Ocak 2000; <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=334147&BackColorInternet=B9BDEE&BackColorIntranet=FFCD4F&BackColorLogged=FFC679>

565 Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı R(2000)2

566 Ülke/Türkiye, 39437/98

Mahkeme, Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca; Ülke'ye belli bir miktarda tazminat ödenmesine karar vermiştir. Bununla birlikte, mevzuat eksikliğinin giderilmesiyle ilgili olarak, mahkemenin yerleşik içtihatları doğrultusunda bir karar vermemiştir.<sup>567</sup>

Karar, kesinleşme tarihinden sonra, Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca Bakanlar Komitesi tarafından izlemeye alınmıştır. Ülke'ye, Mahkeme tarafından hükmedilen tazminat miktarı ödenmiş olmasına karşın ihlale ilişkin nedenler ortadan kaldırılmadığı ve kişi halen aynı ihlal riski ile karşı karşıya olduğu için, konu, Bakanlar Komitesi'nin izleyen tüm toplantılarında gündem maddelerinden biri haline gelmiştir.<sup>568</sup>

Türkiye Hükümeti, Bakanlar Komitesi'nin 6 Haziran 2007 tarihli oturumuna bir yasa hazırlığı içinde bulunduğu ve tasarının Başbakanlığa gönderildiğine dair bilgi vermiştir. Komite'nin kararında yer aldığı üzere bu yasanın çıkması durumunda;

- Kişilerin, vicdani ya da dini nedenlerle askerlik hizmetini reddetmeleri nedeniyle emre itaatsizlikte ısrar suçlamasıyla tekrar tekrar kovuşturma ya da cezalandırmaya maruz kalmayacaklarını; (genel önlem)
- Başvurucunun (Osman Murat Ülke) hakkındaki ihlallerin tüm olumsuz sonuçları ortadan kalkacağını belirtmektedir. (bireysel önlem)

Buna karşın Hükümetin halen taahhütlerini yerine getirmemesi nedeniyle, Komite Ekim 2007'de yaptığı toplantısında sert bir karar almıştır. Bu karar uyarınca Komite;<sup>569</sup>

- Başvurucunun Sözleşme ile korunan haklarının ihlaline son verecek önlemlerin bir an önce alınmasını;
- Sözleşmenin benzer biçimde ihlal edilmesini önlemek için gerekli olan yasal reformun hızlı bir biçimde yapılmasını ve buna ilişkin bilgilerin bir an önce Komiteye iletilmesini istemektedir.

Ancak, belirtilen önlemler henüz alınmadığı için konu halen Komite önündedir.

Osman Murat Ülke kararı ile ilgili olarak iç hukukta bir düzenleme yapılması beklendiği gibi Hulki Güneş<sup>570</sup>, Sabahattin Göçmen<sup>571</sup> ve Mehmet Faysal Söylemez<sup>572</sup> hakkında AIHM tarafından tespit edilen ihlallerle ilişkin de benzer bir süreç yaşanmaktadır.

Hulki Güneş, Diyarbakır DGM tarafından yargılanmış ve idam cezasına çarptırılmıştır. AIHM'e yaptığı başvuru sonucunda, ifadesi avukatın hazır bulunmadığı bir biçimde alınmış olması, ifade alma ve gözaltı koşullarının işkence yasağı-

567 İhlale kaynaklık eden nedenler ya da devam eden ihlaller konusunda da aslında Mahkeme'nin, Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca bir karar vermesi gerektiğine ilişkin tartışmalar için bkz. Sudre; "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yetki ve etkinliğinin sağlanması (Guaranteeing the authority and effectiveness of the European Convention on Human Rights)"; <http://www.respoint.se/ftp/event/europaradet/content/File/15PACE.report.Sudre.Eng.doc>

568 Kesinleşen AIHM kararının henüz infaz edilmemiş olduğu, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 10 toplantısında gündeme alınarak 5 Aralık 2006, 15 Şubat 2007, 5 Nisan 2007 ve 8 Haziran 2007, 19 Ekim 2007, 11 Aralık 2007, 7 Mart 2008, 9 Haziran 2008, 22 Eylül 2008, 8 Ekim 2008 tarihli kararlarında da yer almıştır.

Ayrıca, konu Avrupa Komisyonu'nun 2007 (COM(2006)663)ve 2008 ve (COM(2008)674) yılı ilerleme raporlarında da ele alınmış ve halen bu konuda genel ve bireysel önlemlerin alınmamış olduğuna dikkat çekilmiştir.

569 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, (CM/ResDH(2007)109), 19 Ekim 2007

570 Başvuru no: 28490/95, 19 Haziran 2003

571 Başvuru no: 72000/01, 17 Ekim 2006

572 Başvuru no: 46661/99, 21 Eylül 2006

nı ihlal ettiği gerekçesiyle Türk Hükümeti hakkında ihlal kararı verilmiştir.

AİHM, 18 yıl 9 ay ağır hapis cezası alan Sabahattin Göçmen davasında Hulki Güneş kararında yer alan nedenlerle; 20 yıl ağır hapis cezası alan Mehmet Faysal Söylemez hakkında ise gözaltında kötü muamele görmüş olması nedeniyle 3. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

**İç hukukta işkence ve kötü muamele vakalarına ilişkin ‘eski hale getirme’ müessesesi bulunmamaktadır.**

**‘Yargılamanın yenilenmesine ilişkin CMK m. 311/2 hükmü, yasa önünde eşitlik ilkesine aykırı bir düzenlemedir.**

**Hükümet, AİHM kararlarının uygulanması konusunda Sözleşme yükümlülüklerini ihlal etmektedir.**

**Üzerinden yıllar geçmiş olmasına karşın hala uygulanmamış ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi önünde bekleyen pek çok karar bulunmaktadır.**

Kararlar, kesinleşmelerinden sonra Bakanlar Komitesi’nin gündemine taşınmıştır. Kararların yaklaşık 5 yıl öce kesinleşmiş olmasına karşın başvuruçuların mağduriyetlerinin halen giderilmediğini değerlendiren Komite, her üç kararın da başvuruçuların adil yargılama hakkını ihlal ettiğini, konuyla ilgili usul kurallarının doğurduğu sonuçların son derece ciddi kaygılar doğurduğunu ve başvuruçulara verilen ağır cezalar nedeniyle spesifik bireysel önlemler alınması gerektiğini belirtmektedir: **‘Yeniden bir ceza yargılaması yapılarak ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması (silinmesi).**

Bununla birlikte Hükümet, başvuruçular hakkında “restitutio in integrum”un mümkün olmadığı, bunun için Ceza Usul Yasası’nda değişiklik yapılması gerekeceği ve bunun için de ülke gündeminin uygun olmadığı savunmasını yapmaktadır.

Bu itiraz, Ceza Usul Yasası’nın 311. maddesinde düzenlenen “yargılamanın yenilenmesi” müessesine getirilen istisna ile ilgilidir. Maddenin 1/f bendinde;

*“Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması”*

halinde yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabileceğini belirtmektedir.

Bununla birlikte, maddenin 2. fıkrası bu genel kurala, zaman bakımından bir istisna getirmektedir. Bu istisnaya göre;

*“(2) Birinci fıkranın (f) bendi hükümleri, 4.2.2003 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararları ile 4.2.2003 tarihinden sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır.”*

Hükümet, belirtilen kararların maddenin 2. fıkrasındaki bu istisnai sürelerle denk geldiğinden bahisle yargılamanın yenilenmesi müessesesini uygulamanın mümkün olmadığını dile getirmektedir.

Ancak Bakanlar Komitesi de Anayasa’nın 90. maddesinin Sözleşme hükümlerine doğrudan uygulama alanı sağladığı gerekçesiyle hükümetin argümanını tutarlı bulmamakta<sup>573</sup> ve bir ihlalin ya da Mahkeme kararlarının yerine getirilmesindeki bir gecik-

573 Bakanlar Komitesi, ResDH(2005)113, 19 Haziran 2003, [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=ResDH\(2005\)113&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=ResDH(2005)113&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75)

me ya da hatanın herhangi bir meşru gerekçesi olamayacağını ve gerekli düzenlemelerin en kısa sürede yapılması gerektiğini belirtmektedir.<sup>574</sup>

İç hukukta, AIHM tarafından verilmiş ihlal kararları çerçevesinde, zaman bakımından istisna saklı kalmak koşuluyla, bir “restitutio in integrum” biçimi olarak yargılamanın yenilenmesi müessesine başvurmanın dışında bir başka yol bulunmamaktadır.

Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AIHM), Türkiye hakkında zorunlu göç çerçevesinde incelediği vakalarda, bu uygulamaların Sözleşme'nin özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkı (m.8), hak ihlallerine karşı ulusal makamlara etkili başvuru yapabilme hakkı (m.13), yaşam hakkının korunması hakkı (m.2) ve mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesi hakkının (1 No.lu Ek Protokol, m.1) yanısıra işkence yasağının (m.3) da ihlal edildiğine ilişkin kararlar vermiştir.<sup>575</sup>

Bu çerçevede, 2004 yılında yürürlüğe giren 5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Tazmini Hakkında Kanun<sup>576</sup> hükümleri, yasa kapsamındaki işkence mağdurlarını da ilgilendirmektedir. Yasa, Temmuz 1987-Aralık 2006 arasında, terörle mücadele faaliyetleri nedeniyle zarar gören 14 ildeki yurttaşları kapsamaktadır.

Yasa, hükümetin, Köye Dönüş ve Rehabilitasyon Projesi çerçevesinde çıkarılmıştır. Proje; Başbakanlığın 27.01.1998 tarihli genelgesi ile başlamış, daha sonra İçişleri Bakanlığının 15.05.2000 tarih ve 1014, 01.07.2005 tarih ve 68 sayılı genelgeleri ile yeni düzenlemeler yapılmış ve 17.08.2005 tarihli “Yerinden Olmuş Kişiler Sorunu İle Köye Dönüş ve Rehabilitasyon Projesine Yönelik Tedbirler” başlıklı Bakanlar Kurulu prensip kararı alınarak devam etmiştir.

Proje aynı zamanda köye dönüş projesi olarak adlandırılmakta ve yerinden edilmiş yurttaşların zararlarını karşılamak ve geri dönüşlerini özendirme amacı taşımaktadır. Bu çerçevede, gerek 5233 sayılı Yasa ve gerekse bir bütün olarak Köye Dönüş ve Rehabilitasyon Projesininin, bir giderim biçimi olarak “eski hale getirme” amacını dolaylı olarak da olsa taşıdığı da söylenebilecektir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi<sup>577</sup> her ne kadar Doğan ve Diğerleri davasından<sup>578</sup> başlamak üzere 5233 sayılı Yasanın etkin biçimde işlediği ve kişilerin zararlarının tazmin edildiği görüşüne varmış ise de, Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı tarafından kapsamlı bir araştırma sonucunda hazırlanan “Türkiye’de Ülke İçinde Yerinden Edilme Sorunu: Tespitler ve Çözüm Önerileri” isimli rapor aslında hem yasada ve hem de uygulamadaki sorunları ortaya koymaktadır.

Aşağıda, rapordan yapılan alıntılar, sorunların görünür kılınması bakımından önemlidir;

---

574 Bakanlar Komitesi, CM/Inf/DH(2009)5rev2, 16 Şubat 2009; [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Inf/DH\(2009\)5&Language=lanEnglish&Ver=rev2&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Inf/DH(2009)5&Language=lanEnglish&Ver=rev2&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75)

Avrupa Komisyonu da 5 Kasım 2008 tarihli 2008 İlerleme Raporunda “uluslararası insan hakları hukukuna riayet” başlığı altında aynı konuya dikkat çekmektedir. (COM (2008)674)

575 Türkiye’de Ülke İçinde Yerinden Edilme Sorunu: Tespitler ve Çözüm Önerileri ,TESEV; Ülke İçinde Yerinden Edilme Sonrası Vatandaşlık Haklarının Yeniden Tesisi ve Rehabilitasyon Araştırma ve İzleme Grubu (bundan sonra TESEV raporu olarak anılacaktır) [http://www.tesev.org.tr/UD\\_OBJS/PDF/DEMP/TESEV\\_UYE\\_Grubu\\_Raporu.pdf](http://www.tesev.org.tr/UD_OBJS/PDF/DEMP/TESEV_UYE_Grubu_Raporu.pdf)

576 5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Tazmini Hakkında Kanun, 27.07.2004 tarih ve 25535 Sayılı R.G.;

577 Bakanlar Komitesi, ResDH(2008)69

578 Doğan ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru no:8803/02,

“Yaşananların üzerinden geçen uzun zaman nedeniyle, sorumluların cezalandırılması mümkün olmayabilir. Ancak, hiç değilse, hukukun askıya alındığı bir dönemin resmi kayıtlara geçmesine ve gerçeklerin ortaya çıkmasına olanak tanınmalı. Oysa yasa ile başlayan süreç bu amaca hizmet etmiyor. Mağdurları temsil eden bir çok STK ve avukat, yasa’yı AB’yi ve AIHM’i memnun etmek için atılmış bir adım olarak görüyorlar. Büyük bir kısmı yasaya nasıl başvuracağını ve yasanın getirdiği hakları tam olarak bilmeyen mağdurlar ise, devlete karşı güvensizlik besliyor ve “bu devletten kendilerine hayır gelmeyeceğini” düşünüyorlar.

Bu güvensizlik, mağdurların STK’lara yönelmelerine yol açıyor. Ağırlıklı olarak kamu yetkililerinden oluşan tazminat komisyonlarının taraflı olduğu görüşü bu durumu pekiştiriyor ve ortaya ikili bir adalet mekanizması çıkıyor. Korucu ve aileleri başvurularını valiliklere yaparken, mağdurlar STK’lar aracılığıyla adalet arıyor. Üstelik, hikâyelerini STK’lara ve avukatlara kesintisiz anlatan mağdurlar, başlarına bir şey geleceği korkusuyla çoğu zaman bu hikâyeleri beyannamelerine aktarmak istemeyebiliyor. Böylece, zorunlu göç sürecinde meydana gelmiş olan hak ihlallerinin sorumlularının tespit edilmesi ve OHAL’in hukuk dışı pratiklerinin toplumsal belleğe yerleşmesi için önemli bir fırsat kaçırılmış oluyor.”<sup>579</sup>

“Yasanın bir diğer eksiği, manevi tazminat öngörmemesi. Oysa görüştüğümüz birçok ülke ÜYEK’in [ülke içinde yerinden edilmişin] temel bir beklentisi, yaşadıkları acıların da yasal bir karşılık bulması. Üstelik devlet, AIHM’e giden birçok ÜYEK’e manevi tazminat ödemişken yasaya başvuran vatandaşlarına bu hakkı tanımayarak, benzer mağduriyetler yaşamış olan ÜYEK’ler arasında bir kez daha ayrımcılık yapıyor. Yaşanan travmaların devlet nezdinde kabul edilmesi anlamına gelen manevi tazminat, mağdurların adaletle olan inançlarının ve toplumsal barışın sağlanması için büyük önem taşıyor. Böyle bir adım, yasanın AIHM’e giden davaları azaltma amacına da hizmet eder. Manevi tazminat, bölgede nüfusun kayda değer bir kesimini oluşturan ve ettikleri ve kullandıkları yaşam alanlarından koparılan topraksız kişilerin manevi kayıplarının karşılanmasını da sağlayacağı için ayrıca gereklidir. Benzer şekilde, zilyete dayalı toprak sahipliğinin kanıtlanamadığı durumlarda da, manevi tazminat, ortaya çıkabilecek mağduriyetleri bir ölçüde giderebilir.

**Yasada, insan can ve bedenine gelen zararlar için öngörülen maddi tazminatlar ise son derece düşük.**”<sup>580</sup>

**“Yasanın uygulamasında koruculara imtiyaz yapıldığı görüşünün mağdurlar arasında da yaygın olduğunu gözlemledik.**”<sup>581</sup>

“Uygulamada yaşanan sorunların en büyük kaynağını ispat yükü oluşturuyor.... Zararların ispatında mağdurlardan olay tutanağı, veraset ilamı ve tapu belgesi gibi aslında var olmayan veya temin etmesi neredeyse imkânsız olan belgelerin istenmesi, **mağdurların yasadan yararlanmasını fiilen imkânsız hale getiriyor.**”<sup>582</sup>

“Yasa, devletin kusurlu sorumluluğuna değil “objektif sorumluluğuna dayalı sosyal risk ilkesi”ne dayanıyor. Oysa adaletin sağlanması, toplumun gerçek ile yüzleşmesi,

579 TESEV raporu s.15

580 TESEV raporu, s.15

581 TESEV raporu, s.16

582 TESEV raporu, s.17



devletin mağdurların haklarını yeniden tesis ederek onlarla “barışması,” ancak hak ihlallerinin sorumlularının tespiti ve yargılanması ile mümkün olabilir. Batman’da özellikle yakınları faili meçhul şekilde öldürülen veya gözaltında kaybolan bazı ailelerin tazminatı yeterli görmediğini ve faillerin bulunması için yargıya gitmekten yana olduklarını tespit ettik. Benzer olarak, Hakkâri’de görüştüğümüz bir avukata göre, bu durumda olan aileler ağırlıklı olarak AIHM’e gitmekten yana. Bazı mağdurların uzun ve zorlu bir yargı sürecini göze alması, yasanın mağdurların beklentilerini karşılamaktan ve toplumsal barışı sağlamaktan uzak olduğunu düşündürüyor.”<sup>583</sup>

## 2. REHABİLİTASYON

Giderimin önemli bir bileşeni olan rehabilitasyon insan hakları mekanizmaları tarafından bir hak olarak tanınmaktadır.<sup>584</sup> Birleşmiş Milletler, Suç ve Yetkinin Kötüye Kullanılması Mağdurlarına Adalet Sağlanmasına İlişkin Temel İlkelerinde “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.<sup>585</sup> Bu hizmetler “aynı” olabileceği gibi, yapılmış olan masraflar da nakdi ödemenin bir kısmını oluşturabilir.<sup>586</sup>

Rehabilitasyon, sadece bireyin fiziksel ve ruhsal sağlığına kavuşması için gerekli yardımın sağlanmasını değil, aynı zamanda tüm sosyal kayıplarının giderilmesini de içermektedir. İşkencenin etkileri sadece bireyin üzerinde değil, aynı zamanda ailesi, yakın çevresi ve tüm toplumun bütünlüğünü zedelemektedir. Bu nedenle, rehabilitasyon çalışmalarının da sadece bireyi değil, ailesini, yakın çevresini ve tüm toplumu hedeflemesi önem taşımaktadır.

Bununla birlikte, iç hukukta işkence ve diğer kötü muamele mağdurlarına ilişkin bir rehabilitasyon hizmeti sağlamaya yönelik herhangi bir düzenleme yapılmış değildir.

Maruz kaldıkları muamelelerin sonucunda ortaya çıkan sorunların farkında olanlar ve bir sağlık kurumuna başvuru olanağı bulunanlar, bu sorunlarını ya genel sağlık sistemi içinde ya da kendi olanaklarıyla çözmeye çalışmaktadırlar. Mağdurların önemli bölümünün herhangi bir tedavi alma olanağı bulunmamaktadır.

Sağlık kurumlarına ulaşanlar için ise; yeterli ve gerekli tedavi şansı bulunmamaktadır. Mağdurlar, sıklıkla etiketlenme, olumsuz yaklaşımların hedefi olma, yeniden devlet güçleri ile karşılaşma kaygıları vb. nedenlerle yaşadıkları işkence ve kötü muameleleri başvurdukları sağlık kurumlarında dile getirmekten kaçınabilmektedirler.

***İşkence görenlerin tedavi ve rehabilitasyonu konusunda herhangi bir resmi çalışma, yaklaşım ve perspektif bulunmamaktadır. İşkence mağdurlarına tedavi rehabilitasyon hizmeti, sınırlı olanaklarla, TİHV ve TOHAV tarafından sağlanmaktadır.***

583 TESEV raporu, s.13,14

584 Bkz. Örneğin, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ve İhtiyari Protokolü, BM İşkenceye Karşı Sözleşme, Zorla Kaybedilmelere Karşı Bildirge, Kadına Karşı Şiddetin Ortadan Kaldırılması Bildirgesi

585 24 No.lu ilke. Özel Raportör M. Cherif Bassiouni’nin, Komisyon’un 1999/33 No.lu kararına uygun olarak sunduğu son rapor (Final report of the Special Rapporteur, Mr. M. Cherif Bassiouni, submitted in accordance with Commission resolution 1999/33, E/CN.4/2000/62), 18 Ocak 2000.

586 Bkz. İşkenceye Karşı Eylem

Ne tıp fakültelerinin müfredatlarında, ne de mezuniyet sonrası eğitim programlarında işkence ve kötü muamelelerin yol açtığı ruhsal ve fiziksel sorunların tanınması, tedavi ve rehabilitasyonu yer almaktadır. Hekimlere yönelik sınırlı sayıda ve ölçekte eğitim TIHV gibi kurumlar tarafından verilmektedir. Dolayısıyla üniversitelerde veya kamu hastanelerinde çalışan hekimlerin, işkence görene yaklaşım, işkenceye bağlı oluşan sorunların tedavi ve rehabilitasyonu alanında bilgi ve deneyimlerinin oldukça sınırlı olması da mağdurların gerekli tedaviye ulaşmalarında önemli bir engeldir.

TIHV ve TOHAV<sup>587</sup>, olanakları sınırlı da olsa, işkenceye maruz kalanlara yönelik kapsamlı tedavi ve rehabilitasyon hizmeti sunmaktalar. Ancak bu kurumlara mağdurların sadece bu olanaklar hakkında bilgisi olan küçük bir oranı başvurmaktadır. Mağdurların büyük çoğunluğu da bu kurumların varlığı hakkında bilgi sahibi değildir.

Mağdurlara, işkence ve kötü muamelelere bağlı tedavi ve rehabilitasyon konusunda uzmanlaşmış bu kurumlar hakkında herhangi bir bilgi verilmemekte ve yönlendirme yapılmamaktadır. Hatta kimi zaman mağdurlar bu kurumlara başvurmaması konusunda uyarı, tehdit ve baskılara maruz kaldıklarını dile getirmektedirler. Mağdurlara rehabilitasyon hizmeti sunan bu kurumlar da zaman zaman devletin direkt baskısı ile karşılaşabilmektedirler.

Türkiye İnsan Hakları Vakfı, kişinin “iyilik hali”nin bütünsel bir perspektif gerektirdiğini, konunun bir halk sağlığı sorunu olduğunu; kendisine yapılan muamelenin yanısıra mağdurun yaşadığı süreçler nedeniyle özellikle ekonomik koşullarında meydana gelen sorunların ve hukuksal süreçlerdeki her türlü çıkışsızlığın kişideki travmayı arttırdığını ve adalet duygusunda ciddi zedelenmeler oluşturduğunu belirtmektedir.

Bu nedenle, TIHV ve TOHAV gibi kurumların sağladığı rehabilitasyon hizmetlerinin, devletin sağlaması gereken bütüncül bir hizmetin yerine geçmesi mümkün değildir.

Bugüne dek, devletin bu alana ilişkili herhangi bir yaklaşım, perspektif ya da çalışması bulunmamaktadır.

### 3. İHLALİN TEKRARLANMAYACAĞINA İLİŞKİN 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, mağdurun gerçeği bilme hakkı ve failerin sorumlu tutulması**sıdır.<sup>588</sup> Giderime 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 ordunun sivil denetiminin etkin biçimde sağlanması, hukuk, basın ve ilgili diğer meslek gruplarında ki insan hakları savunucularının korunması gibi önleyici tedbirler alınması.<sup>589</sup>

Ancak iç hukuka, uluslararası hukukun gerektirdiği gibi mağdurların zararlarının bireysel olarak karşılandığı ve ihlalin tekrarlanmayacağına ilişkin gerçek bir güvence

587 Toplum ve Hukuk Araştırmaları Vakfı, <http://www.tohav.org>

588 İnsan Hakları İhlallerinin Failerine Cezasızlık Sorunu (Question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political); E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1), 2 Ekim 1997, para. 17.

589 Bkz. İşkenceye Karşı Eylem

verildiğine ilişkin herhangi bir uygulama yaşanmamıştır.

İşkence suçlarına ilişkin dava ve ceza zamanlaşımının varlığı; işkence iddialarının etkin biçimde soruşturulmaması; kovuşturmalar sonucunda çıkan mahkûmiyet kararlarının düşüklüğü ve verilen cezaların faillerin fiilleriyle orantılı olmaması; davaların işkenceye ilişkin madde yerine daha düşük cezaları gerektiren ve sonuçları bakımından erteleme, paraya çevirme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi müesseselerin uygulanmaya devam etmesi nedeniyle, aslında mağdurlarda bir adalet duygusu oluşmamakta ve yaşadıkları travma bu nedenle de ikiye katlanmaktadır.

Ayrıca, **Okkalı/Türkiye**<sup>590</sup> ve **Öneryıldız/Türkiye**<sup>591</sup> kararlarında da belirtildiği gibi, ulusal yargı mercileri, kişilerde oluşan fiziksel ya da ruhsal acının cezasız kalmasını sağlayamazlar. Bu özellikle de kamunun hukuk devleti ilkesine güveninin korunması ve yetkililerin, yasadışı eylemlere müsamaha gösterdiği ya da zımnen onayladığı izlenimin verilmesinin engellenmesi bakımından son derece önemlidir.

AIHM, Ali ve Ayşe Duran/Türkiye davasında bir devlet görevlisinin, işkence veya kötü muamele ile itham edildiği hallerde soruşturma ve yargılama sırasında görevden alınmasının ve mahkûm edildiği takdirde görevine son verilmesinin büyük önem taşıdığını yinelemiştir.<sup>592</sup>

Başvuru konusu olayda, başvuruçuların oğlu bir hırsızlık olayı nedeniyle gözaltına alınmış ve polis memurlarınca dövülmesi sonucunda yaşamını yitirmiştir. Yargılama sonucunda polis memurları kastı aşan adam öldürme suçundan ceza almış ancak hapis cezaları, Yeni TCK'nın 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmesini takiben, 4616 sayılı Yasa uyarınca, ertelenmiştir.

Mahkeme, bir kamu görevlisinin kötü muamele ile itham edilmesi durumunda hem davanın ve hem de cezanın zamanlaşımına uğramamasının son derece önemli olduğunu, cezanın da affedilmesine izin verilemeyeceğini belirtmektedir. Mahkemeye göre, haklarında mahkûmiyet kararı verilmiş polis memurlarının cezalarının ertelenmesi sonucunu doğuran 4616 sayılı Yasa **kısmi bir af yasasıdır ve mahkûmiyet kararına rağmen polislere ciddi bir cezasızlık sağlamaktadır** ki bu Mahkeme içtihatlarına göre kabul edilebilir bir durum değildir.<sup>593</sup>

AIHM, 1994 yılında olağanüstü hal bölgesinde annesini bir şarapnel parçasının isabet etmesi sonucunda kaybeden Kamil Uzun'un davasıyla ilgili olarak:

Delillerin toplanmadığı, soruşturmayı yürüten jandarmalar hakkında 1999 yılında görevi ihmal suçundan mahkûm edilmelerine karşın cezaların ertelendiği ve bunun, olaydan silahlı kuvvetleri sorumlu tutma niyeti bulunmadığını gösterdiği, ölümden sorunlu kişilerin belirlenmediği, AIHM tarafından karar veri-

**Devlet kurumlarının işlemleri ve kurumlar adına yapılan açıklamalar, işkence vakalarının tekrarlanmayacağına ilişkin güvence vermekten uzaktır. Tam tersine, bu güne kadarki deneyimler, devlet kurumlarının eylem ve işlemlerinin cezasızlık olgusunu pekiştirdiğini göstermektedir.**

590 Okkalı/Türkiye, para. 65

591 Öneryıldız/Türkiye, Başvuru no: 48939/99, [BD] 30 Kasım 2004 , para. 96

592 Ali ve Ayşe Duran/Türkiye, Başvuru no: 42942/02, 8 Nisan 2008

593 Ali ve Ayşe Duran/Türkiye, para 69, Abdülasament Yaman/Türkiye, para. 55, Kalan/Türkiye, Başvuru no: 73561/01, 2 Ekim 2001

len 2007 yılına kadar soruşturmada bir ilerleme olmadığı ve bütün bunların o tarihlerde bölgede hüküm süren **cezasızlık ve güvensizlik duygusunu pekiştirdiğini** karara bağlamıştır.<sup>594</sup>

AIHM, Ali ve Ayşe Duran/Türkiye davasında, ulusal mahkemenin verdiği karardan sonra polis memurlarının görevlerine son verildiğini ancak bunun, polis memurlarının almış olduğu mahkumiyet kararının infaz edilmemiş olması sonucunu telafi eden bir karşılık olmadığını belirtmektedir.<sup>595</sup>

AIHM, Ümraniye Belediye çöplüğünde meydana gelen patlama sonucunda 7 yakınını kaybeden başvuru Önerıldız'ın davasında, iç hukuktaki ceza yargılamasının gerçek sorumluluğu ortaya koyan bir maddeden açılmaması, verilen hapis cezası süresinin düşüklüğü, hapis cezasının parya çevrilmesi ve ertelenmesini ciddi biçimde eleştirmiştir.<sup>596</sup>

Sonuç olarak, ceza hukuku sistemi içinde cezanın infazının ertelenmesine ilişkin bir müessesenin varlığı, kişileri, şikâyetçi olunan yasadışı eylemlere karşı güçlü bir koruma sağlamaktan uzak olduğu gibi caydırıcı etkisi de yok denecek kadar azdır.<sup>597</sup>

#### 4. TAZMİNAT

Tazminatın rolü, meydana gelen zararın (zarar maddi olarak karşılanabilir olduğu durumda) tam olarak karşılanmasını sağlamaktır. Tazminat, maddi kayıpları (kazanç kaybı, emeklilik, sağlık harcamaları, vb) ve maddi olmayan başka bir ifadeyle manevi zararı (acı ve ıstırap, aşağılanma, yaşamdan tat alamama ve dostluk duygusunun kaybı) içerir. Manevi tazminatın miktarı hakkaniyete uygun biçimde takdir edilmelidir.<sup>598</sup>

BM Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Ağır ve Uluslararası İnsancıl Hukukun Ciddi İhlallerinin Mağdurlarına Giderim ve Hukuk Yolları Sağlanmasına İlişkin Temel İlkeler”in, “**Zararların Giderilmesi**” başlığı altında yer alan 15.maddesi uyarınca;

“Uygun, etkili ve hızlı bir giderim uluslararası insan hakları hukukunun ağır ihlallerini veya insancıl hukukun ciddi ihlallerini telafi ederek adaletin desteklenmesini amaçlar. Giderim maruz kalınan ihlallerin ciddiyeti ve uğranılan zararlar orantılı olmalıdır. Devlet kendi iç hukukuna ve uluslararası yasal yükümlülüklerine uygun olarak, kendisine atfedilebilecek ve insan hakları hukukunun ağır bir ihlali veya uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlali anlamına gelecek ihmal ya da fiiller için mağdurlara giderim sağlamalıdır. Bir gerçek ya da kişinin mağdura giderim sağlanması konusunda sorumlu olduğunun tespit edilmesi durumunda, bu kişi mağdura giderim sağlamalı ya da giderimin devlet tarafından sağlanmış olduğu durumlarda, devlete tazmin etmelidir.”

Maddi ve manevi tazminatın öncelikle adil, uygun olması, ayrımcılık yaratmayacak şekilde sağlanması gerekmektedir. İhlalin yoğunluğunu, ciddiyetini ve özellikle de

594 Kamil Uzun/Türkiye, Başvuru no: 37410/97, 10.05.2007 , para.62; ayrıca bkz. Teren Aksakal/Türkiye, Başvuru no: 51967/99, 11 Ekim 2007 , para.81

595 Ali ve Ayşe Duran/Türkiye, para. 70

596 Önerıldız/Türkiye,para. 109,110

597 Ali ve Ayşe Duran/Türkiye, para. 72; Nevruz Koç/Türkiye, para. 53; Okkalı/Türkiye, para. 61

598 Bkz. İşkenceye Karşı Eylem

her bir vakanın kendisine özgü koşullarını dikkate alan orantılı bir tazminat ödemesi yapılmalıdır. Bu tür bir değerlendirme yapılırken;

- Maruz kalınan fiziksel ve/veya ruhsal zarar ve ıstırap,
- Eğitim, iş gibi işkence ve kötü muamele nedeniyle kaybedilmiş ve/veya değerlendirilememiş olan fırsat ve olanaklar,
- Olası kazanç kayıplarını da içine alan maddi zararlar,
- Manevi zararlar,
- Faillere karşı yasal yollara başvurulmasından kaynaklanan avukat, uzman görüşü, harçlar da dahil olmak üzere tüm masraflar; tedavi, ilaç, psikolojik rehabilitasyon ve sosyal hizmetlerden kaynaklanan tüm masrafların hesaba katılması gerekmektedir.

Tazminata ilişkin ulusal mevzuat yukarıda başlıklar halinde belirtilen kayıpları ihtiva edecek şekilde kurgulanmalıdır. Böylelikle Mahkemeler mağdurlar lehine uygun ve orantılı tazminatlar hükmedebilecektir. İnsan Hakları Komitesi, tazminat miktarının ülkeden ülkeye değişiklik arz edileceğini buna karşın uygun tazminat ile kastedilenin sembolik miktarların ötesinde mağdurların gerçek ıstırabına ve kayıplarına tekabül edecek miktarlar olduğunu ifade etmiştir.<sup>600</sup>

İç hukukta, işkence ve diğer kötü muamele nedeniyle mağdurların başvurabileceği tek hukuk yolu tazminattır. Bunun için iki türlü yol öngörülmüş durumdadır: Haksız fiil sorumluluğuna dayanarak Borçlar Kanunu hükümlerine göre hukuk mahkemelerinde; idarenin hizmet kusuru nedeniyle “objektif sorumluluk” ilkesine dayanarak İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre idare mahkemelerinde ileri sürülebilecek tazminat talepleri.

İşkence ve diğer kötü muamele biçimlerine ilişkin tazminat istemleri de genel hükümlere tabidir. Zarar gören taraf, **failin belli olması durumunda doğrudan kendisine karşı** bir hukuk davası açabilir ya da **fail belli olsun-olmasın idareye (devlete) karşı dava** açabilir. Kişinin bu davalardan her ikisine de başvurması bir zorunluluk değildir.

Her iki hukuk yolu da maddi ve manevi zararların tazmin edilmesi ilkesine dayalıdır.

Bununla birlikte, haksız fiil sorumluluğuna dayanan hukuk davaları, eylemi yapan kişinin bireysel sorumluluğuna dayandığı için, işkence ve diğer kötü muamele fiillerinde, hakkında tazminat talebinde bulunulacak kişinin/kişilerin ve meydana gelen haksız fiile ilişkin sorumluluklarının saptanması gerekecektir. Her ne kadar giderime ilişkin uluslararası ilkeler ve iç hukuk düzenlemeleri, tazminat talepleri ile failin bir ceza yargılaması sonucunda ceza alması arasında doğrudan bir bağlantı olmadığını ku-

**Zarar gören taraf, failin belli olması durumunda doğrudan kendisine karşı bir hukuk davası açabilir ya da fail belli olsun-olmasın idareye karşı dava açabilir. Devletin, tazminata ilişkin sunduğu hukuk yolları, etkili ve sonuç alınabilir olmalıdır.**

599 BM İÖK, Türkiye Hakkında Sonuç Gözlemleri ve Tavsiyeler, (CAT/C/CR/30/5) para.7(h); Velasquez-Rodríguez/Honduras, paragraf.27

600 Daha önce değinilen Albert Wilson/Filipinler kararı

601 Bkz. s.

rala bağlamış olsalar da uygulamada, kişisel kusurun saptanmasının tek yolu kişinin, ceza yargılaması sonucunda cezai sorumluluğunun saptanmasıdır. İşkence ve Diğer Kötü Muamele Fillerinin Soruşturulması başlıklı III. BÖLÜM'de ve İşkence ve Diğer Kötü Muamele Fillerinin Yargılaması başlıklı IV. BÖLÜM'de verilen istatistiklerden<sup>601</sup> de görüldüğü üzere gerek soruşturma ve gerekse yargılama aşamasında ortaya çıkan “cezasızlık” olgusu aslında mağdurların ya da yakınlarının, haksız fiil sorumluluğundan yola çıkarak açacakları tazminat davalarının etkin bir hukuk yolu olma şansına maalesef ki bulunmamaktadır.

Bu nedenle, bu bölümde hukuk davalarına göre daha işlevli olan idari dava yolu ele alınacaktır. İdari davalar, temel dayanağını Anayasa'da düzenlenen “hizmet kusuru” ve “idarenin objektif sorumluluğu” ilkesinden almaktadır. Anayasa'nın “Yargı Yolu” başlıklı 125. maddesinin 1 ve 7. fıkraları uyarınca;

*“İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.”*

*“İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”*

Bu düzenlemenin yanısıra, Anayasa'nın “Temel hak ve özgürlüklerin korunması” başlıklı 40/3. maddesine göre de “Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir.”

Devlet Memurları Yasası'nın 13/1. maddesine göre de “... Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. ...”

Kamu ajanlarının hizmet kusurundan kaynaklanan eylem ve işlemlere karşı idari bir dava yolunun bulunması, işkence ve kötü muamele vakalarına ilişkin “tazminat” yolunun da gerçek anlamda işlevli olduğu anlamına gelmemektedir. Ne hukuk ve ne de idari davalar yoluyla hükmedilen tazminat miktarlarının mağdurlar bakımından tatminkâr, failler bakımından ise caydırıcı olduğunu söylemek mümkün değildir.

AİHM, Okkalı/Türkiye kararında, işkence fiili çerçevesinde, verilecek tazminata ilişkin etkili ve sonuç alınabilir bir hukuk yolunun sunulması gerektiğine dikkat çekmektedir.

Mahkeme, devletlerin, işkence yasağını düzenleyen 3. maddesi bağlamındaki yükümlülüklerinin sadece zararların karşılanması ile giderilemeyeceğini, gözaltında maruz kalınan muameleye ilişkin şikâyet yolunun, giderim sağlamak için en uygun yol olduğunu belirtmektedir.<sup>602</sup> Bununla birlikte Mahkeme, bu davada, polis memurlarına mahkumiyet kararı verilmiş ise de olay zamanında bir çocuk olan başvuruçunun manevi zararlarının bir mahkumiyet kararı ile giderilemeyeceğini de belirtmiştir.<sup>603</sup>

Kaya/Türkiye davasında, Hükümet, başvuruçuların iç hukukta hukuk ya da idare mahkemelerinde dava açma hakkı bulunmasına rağmen, mağdurların bu yola başvurmamış olmalarını bir itiraz olarak ileri sürmüştür. Hükümet, bu mahkemelerin iç hukuktaki ceza soruşturmasında ya da bir ceza mahkemesi tarafından verilecek mahkû-

602 Okkalı/Türkiye, para, 58; Parlak, Aktürk and Yay/Türkiye, Başvuru numaraları sırasıyla: 24942/94, 24943/94 ve 25125/94; 9 Ocak 2001 tarihli kararlar

603 Okkalı/Türkiye, para. 82

miyet kararından bağımsız olarak tazminat karar verme yetkileri bulunduğunu da belirtmiştir.

Mahkeme'ye göre; başvuru güvenlik güçleri mensuplarının haksız fiil sorumluluğuna ilişkin bir dava açmış olsa idi ulusal mahkemelerin başvuru yakınmaları konusunda bir karar verip veremeyeceğini değerlendirmek mümkün olmamakla tazminat konusu aslında Mahkeme'ye yapılan şikâyetin bütünü ile ilgilidir ve giderime ilişkin yolların da etkin başvuru yolu (m.13) çerçevesinde ele alınması gerekir. Başvurucunun yakınının ölümü konusunda etkin bir soruşturma yapılmamış olması, aynı zamanda başvuru ve yakınlarının etkin soruşturma yapılmasına ilişkin haklarının da ihlal edilmesi anlamına gelmektedir. Bu ihlal tazminat da dâhil olmak üzere mevcut hukuk yollarının tümü için geçerlidir.<sup>604</sup>

Bu çerçevede, AIHM tarafından da ortaya konulduğu üzere tazminat başvurularının da "etkin soruşturma" kuralı gibi "etkin hukuk yolu" içinde değerlendirilmesi gereklidir.

İdare mahkemelerinde görülen davalarda, davanın idareye yönelik kısmı incelenerek; **"idarenin kendisine verilen kamu hizmetinin işlemlerini sağlayacak örgütü kurma, personel ve araç gereci hizmet gereklerine uygun şekilde hazırlama"** yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği esaslı bir biçimde değerlendirilmelidir. İdari hizmeti yürüten personelin görevi sırasında yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin kusur hizmet kusurunu oluşturur ve zararın idareye tazmini gerekir.

#### **a. Dava açma süreleri**

Tazminat istemiyle idari dava açma süresi 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 13. maddesi uyarınca idari fiilin öğrenilmesinden itibaren 1 yıl ve idari fiil tarihinden itibaren her halükarda 5 yıl içinde, ilgili idareye yapılan başvurunun reddedilmesi ya da altmış gün içinde yanıt verilmemesinden sonra 60 gün olarak belirlenmiş durumdadır.

İşkence ve diğer kötü muamele fiillerine ilişkin olarak bir "öğrenme"den bahsedilemeyeceği için zamanaşımı süreleri esasında, işkence ve kötü muamele uygulandığı tarihten itibaren başlamaktadır. Bu durumda da aslında işkence ve diğer kötü muamele fiillerine ilişkin zamanaşımı süresi 1 yıl içinde idareye başvuru ve başvurunun reddedilmesi üzerine 60 gün olarak sınırlanmaktadır.

Ancak, işkence ve diğer kötü muamele mağdurlarının gerek idare ve gerekse hukuk mahkemeleri önünde tazminat istemli açtıkları davaların sayıları bilinmemekle birlikte son derece az olduğunu tahmin etmek zor değildir. Bunun çeşitli nedenleri olabilir; maruz kaldığı muamele sonucunda yaşadığı travmanın etkisiyle hareketsiz kalmak; herhangi bir sonuç çıkmayacağını düşünmek ya da dava açmak için öngörülen süreleri kaçırmak.

Dava açma sürelerinin kaçırılmış olması çok sık yaşanan bir olgudur, çünkü işkence ve diğer kötü muamele mağdurları genellikle ceza davasının, tazminat davasının sonucunu etkileyeceği düşüncesiyle önce soruşturma ve eğer dava açılmışsa, kovuştur-

604 (Abdülmenaf) Kaya/Türkiye, Başvuru no: 158/1996/777/978; 19 Şubat 1998 , para. 104, 105, 108

manın sonucunu beklemektedir. Ancak, ülkemizde suç soruşturmaları ve özellikle de işkence soruşturmalarına ilişkin sürelerin uzunluğu nedeniyle 1 yıllık idari başvuru süresi zaten bu aşamada dolmaktadır. Bu durumda, takipsizlik kararı ya da yargı kararından sonra açılan tazminat davaları süre bakımından reddedilmektedir.

Bununla birlikte, Danıştay 10. Dairesi, bir işkence sonucu ölüm vakasında, idari davanın yargı kararından sonra açılmış olmasını dava zamanaşımı bakımından tartışmış ve zamanaşımı süresinin hangi aşamada başlamış sayılacağına ilişkin genişletici bir yorum yapmıştır.<sup>605</sup>

2577 sayılı Yasa'nın 13.maddesinde idari eylemlerden hakları ihlal edilen ilgililerin, idari eylemleri öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve herhalde idari eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gerektiği hükme bağlanmıştır.

Anılan Yasa hükmünde idareye başvuru için öngörülen en geç beş yıllık sürenin hangi tarihten itibaren başlatılacağı zaman zaman duraksamalara yol açtığından, irdelenmesi gerekmektedir.

Yasayla öngörülen tam yargı davaları idari eylem nedeniyle uğranılan zararın tazminini ifade etmektedir. Bu nedenle tam yargı davasının açılabilmesi için eylemin idariliğinin ve yol açtığı zararın ortaya çıkması zorunludur.

İdari eylem, idarenin işlevi sırasında bir hareketi, bir olayı, bir tutumu; idari karar ve işlemle ilgisi olmayan, başka bir deyişle öncesinde, temelinde bir idari karar veya işlem olmayan salt maddi tasarrufları anlatır.

Sözkonusu **eylemlerin idariliği ve doğurduğu zarar bazen eylemin yapılmasıyla birlikte ortaya çıkarken, bazen de çok sonra, değişik araştırma, inceleme ve hatta ceza yargılamaları sonucu ortaya çıkabilmektedir.**

Özellikle kamu görevlilerinin idari bir tasarruf yaparken, mevzuatın, üstlendiği ödevin ve yürüttüğü hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı olarak, kendisine izafe edilebilecek boyutta ve biçimde, ancak gene de resmi yetki, görev ve olanaklardan yararlanarak, onları kullanarak hareket ettiği, bu nedenle de idaresinden tamamen ayrılmasını önleyen ve engelleyen görev kusurları nedeniyle doğan zararların tazmini istemiyle açılacak tam yargı davalarında eylemin idariliği, bazen ceza davalarıyla personelin şahsi kusuru sonucumu yoksa görev kusuru sonucumu zararın ortaya çıktığının belirlenmesinden sonra saptanabilmektedir.

Bu itibarla, 2577 sayılı Yasa'nın 13.maddesinde öngörülen **1 ve 5 yıllık sürenin eylemin idariliğinin ortaya çıktığı tarihten itibaren hesaplanması zorunludur. Aksi yorumun zarara yol açan eylemin idariliğinin ortaya çıkmasıyla kullanılması mümkün olan dava açma hakkını ortadan kaldıracığı, hak arama özgürlüğüyle bağdaşmayacağı açıktır.**

Dava konusu olayda tazmini istenen zarar işkence sonucu ölüm nedeniyle uğranılan zarar olduğuna göre, ölümün işkence nedeniyle meydana gelip, gelmediğinin, işkence eylemini idarenin personelinin resmi görev ve yetkisini kullanarak gerçekleştirip, gerçekleştirmediğinin belirlenmesine bağlıdır.

605 Danıştay 10. Dairesi, 1999/5376 E., 1746 K.; 02/11/1999

**İşkence ve kötü muameleden zarar gürelerin açacağı tazminat davalarında zamanaşımı kaldırılmalıdır.**



Danıştay kararında da belirtildiği üzere, tazminat davalarının açılması için süreler eylemin idariliğinin ortaya çıkmasından itibaren hesaplanabilecektir.

Danıştay'ın bu genişletici yorumuna rağmen asıl sorun, işkence ve kötü muamele vakalarıyla ilgili olarak gerek ceza davaları ve gerekse tazminat davaları bakımından bir zamaşımı müessesesinin varlığıdır. Yargılamaların uzunluğu, zaman zaman ortaya çıkan yetkili mahkemeye ilişkin tartışmalar gibi usul tartışmaları da gündeme geldiğinde, mağdurların zararı giderilmediği gibi, işkence fiillerinin tazminat yolu ile de yaptırma bağlanması mümkün olmamakta ve böylece işkencecilerin korunması için bir başka kapı daha açık bırakılmış olmaktadır.

Bu nedenle, uluslararası hukukun “mutlak yasak” olarak düzenlediği işkence ve diğer kötü muamele fiillerinin “etkin” biçimde soruşturulması, failerin cezalandırılması ve mağdurlara giderim sağlanması için var olan hukuk yollarına başvuruda herhangi bir zaman sınırlamasının olmaması gereklidir.

## **b. Tazminat davalarında harçlar/adli yardım**

BM Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Ağır ve Uluslararası İnsancıl Hukukun Ciddi İhlallerinin Mağdurlarına Giderim ve Hukuk Yolları Sağlanmasına İlişkin Temel İlkeler’in 12(c). İlkesi uyarınca, devletler;

“Adalet arayışında olan mağdurlara uygun yardım sağlamalıdır.”

Gerek hukuk ve gerekse idari usul çerçevesinde açılan tazminat davalarında, davacılar, talep ettikleri tazminat miktarı ile oranlı bir harç ödemekle yükümlüdürler. Ancak, işkence ve diğer kötü muamele biçimleriyle ilgili tazminat davalarında istenen tazminat miktarlarının yüksekliği ile birlikte bu miktara oranla ödenmesi gereken harçlar, mağdurları ya da yakınlarını bu davaları açmaktan vazgeçmeye yöneltmektedir.

İşkence fiillerinin, “mutlak yasak” olmasına rağmen kamu görevlileri tarafından ya da onların rızası, teşviki ya da göz yumması ile gerçekleşmesi, suçun ağırlığı ve kişide yarattığı travmanın boyutları dikkate alındığında da aslında kamu otoritesinin otomatik olarak giderim sağlaması gerekirken, kendisine uygulanan fiil nedeniyle hak arama sürecinde mağdurların ya da yakınlarının bir de harç ödemek zorunda kalması kişiler için gerçekten caydırıcı bir özellik taşımaktadır.

Tazminat davası açma hakkına sahip olanlar, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 469. maddesi uyarınca<sup>606</sup>, maddede sayılan koşulların varlığı halinde “adli yardım” müessesine başvurabilirler. Ancak bu başvuru, davanın görüldüğü mahkemeye yapılmaktadır ve kabul edilip edilmeyeceği mahkemenin takdirindedir. Kabul halinde, kişi harçların ve masrafların ödenmesinden muaf tutulabilmektedir.

Bununla birlikte Bakan/Türkiye kararında<sup>607</sup> AIHM, adli yardım sisteminin;

***İşkence ve diğer kötü muamele fiillerine ilişkin açılacak tazminat davaları, her türlü harç ve masraftan muaf olmalıdır.***

606 Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun “adli yardım”la ilgili hükümleri, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Hakkında Kanununun 31. maddesindeki atıf nedeniyle uygulanmaktadır.

607 Bakan/ Türkiye, Başvuru No: 50939/99, 12 Haziran 2007

- Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 469. maddesine göre talepte bulunulan mahkemenin kararına itiraz hakkı bulunmaması nedeniyle, tarafları keyfi uygulamalara karşı korumaya yetecek usuli güvenceler sunmadığına,
- Adli yardım talebinin sadece tarafların sunduğu yazılı belgeler üzerinden ve bir kez incelendiğine,
- Tarafların dinlenmediği ve bu nedenle itirazlarını ortaya koyma imkanlarının da bulunmadığına,
- Adli yardım talebinin reddedilmesinin, davacıların iddialarının bir mahkeme tarafından dinlenmesi imkânından tamamen yoksun bıraktığına;
- Yargılamanın başlangıç aşamasında gerçekleşen bu işlemin, mahkemeye başvuru hakkına sınırlama getirdiğine,
- Bu nedenle, Devletin mahkemeye başvuru hakkını Sözleşmenin 6. maddenin 1. fıkrasının gereklerine uygun biçimde düzenleme yapma konusundaki yükümlülüklerini yerine getirmedeğine,

karar vermiştir.

Hak arama yollarının etkin olarak işletilmesinin önünde engel oluşturan başvuru harçları ve masrafları ile birlikte, bu engelin aşılabilmesinin yolu olarak düzenlenen adli yardım sisteminin işlevsizliği de işkence fiillerine ilişkin cezasızlığın bir başka besleme noktasıdır.

Bu çerçevede, işkence ve diğer kötü muamele fiillerine ilişkin açılacak tazminat davaları, her türlü harç ve masraftan muaf olmalıdır.

### **c. Hükmedilen tazminat miktarları için kamu görevlilerine rücu**

Rücu, sistemi Türk hukuk sisteminde çok eskiden beri mevcut olmasına rağmen, insan hakları ihlalleri alanında tartışma ya da daha doğru ifadesi ile uygulama alanı bulması oldukça yeni sayılabilir.

Kamu adına bir görevi yürütürken, kasıt ya da ihmalle insanlara zarar veren kişilerin, zarar devlet tarafından karşılandıktan sonra bunu hazineye geri ödemeleri; caydırıcı etkisi nedeniyle aynı tür bir ihlalin aynı kamu görevlisi tarafından tekrarı olasılığını azaltmanın yanında, ihlali yapanın verdiği zararın hazineden karşılanması yani zararın tüm yurttaşlara dağıtılması gibi bir haksızlığın önlenmesi açısından önemlidir.

Anayasa'nın 40. maddesinin 3. fıkrasının ikinci cümlesi, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin, kamu görevlilerinin haksız fiilleri nedeniyle ihlal edilmesi durumunda devletçe ödenen tazminatlara ilişkindir;

*“Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.”*

Anayasa'nın 129. maddesinin 5. fıkrası da memur ya da diğer kamu görevlilerinin hizmet kusuru nedeniyle devletçe ödenen tazminatlar bakımından rücu müessesesini düzenlemektedir;

*“Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.”*

Devlet Memurları Kanunu'nun Anayasa hükümlerine uygun düzenlemesi de 13. maddesinde yer almaktadır. 13. maddenin birinci fıkrası şöyledir;

" ... Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır."

Ancak, işkence ve kötü muamele başta olmak üzere tazminat gerektiren tüm insan hakları ihlallerinde rücunun asıl önem taşıyan özelliği, failin malvarlığında meydana getireceği azalma dolayısı ile ceza hukuku yaptırımlarına ek olarak medeni hukuk alanında da bir yaptırım ve ek bir caydırıcılık içermesidir.

Bu anlayışın da etkisi ile rücu sistemini açıklığa kavuşturmak ve etkinleştirmek için Avrupa Birliği'ne üyelik sürecinde, mevzuatın Avrupa Birliği mevzuatı ile uyumlu hale getirilebilmesi için 2002 - 2004 yılları arasında "Uyum Yasası" adı ile anılan 8 ayrı yasa paketi çıkarılmıştır. 9 Nisan 2002 tarihinde yürürlüğe giren 2. uyum yasasının 3. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen kararlar sonucunda devlet tarafından mağdurlara ödenen tazminatların, ilgili kamu görevlisine rücu edilmesi konusunda bir düzenleme yapılmıştır.

13. maddenin 1. fıkrasından sonra gelmek üzere, maddeye 8. uyum paketi ile eklenen ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından işkence ve kötü muamele suçlarıyla ilgili verilen kararlar ve tazminatların, faillerden rücu edilmesine ilişkin bu fıkra ise şöyledir;

*"İşkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır."*<sup>608</sup>

Kamu görevlisinin bir eyleminin idarenin hizmet kusurunun doğmasına neden olması için, eylemin kişisel değil, görev kusuruyla gerçekleştirilmiş olması gerekir. İşkence ya da diğer kötü muamele niteliğinde bir fiilin, suçun tanımı gereği, görev kusuru ile ilgili olduğu tartışmasızdır. Bu nedenle işkence suçu söz konusu olduğunda, hem mağdurun idareye karşı tazminat isteminde bulunmasında, hem de idarenin kamu görevlisine rücu etmesinde herhangi bir tereddüde gerek yoktur.

"... idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kuralına yer verilmiş olduğundan; [Anayasa'nın] 129. maddesinin 5. fıkrasında memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açılacağı hükme bağlandığından; 657 sayılı Yasa'nın 13. maddesinde de kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı, bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açacakları ve kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkının saklı olduğu belirtildiğinden ve olayda işkence sonucu ölüm olayı görevli polis memurunun şahsi görevden ayrı kusurundan değil, yukarıda tanımlanan anlamda idareyle bütünleşerek, idarenin verdiği görev, yetki ve olanakları kullanarak hizmet sırasındaki görev kusuru nedeniyle meydana geldiğinden; davalı idarenin ölüm olayının personelin şahsi kusuru nedeniyle meydana geldiği bu

608 Bu düzenleme Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesine 4748 s. Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun (R.G. 9.4.2002) m.3 ile eklenmiştir.

nedenle idarelerinin tazmin sorumluluğu bulunmadığı yolundaki iddiasının da dayanağı bulunmamaktadır.”<sup>609</sup>

### i. İdarenin rücu yükümlülüğü

İdare hukuku bakımından idarenin ve kamu hizmeti yapanların tazminata dair sorumluluğu bir ceza sorumluluğu olarak değil, idari ajanların kusurlarıyla bağlantılı “objektif sorumluluk” olarak tarif edilmiş durumdadır. İdarenin objektif sorumluluğu, idari ajanın tazminat yükümlülüğü doğuran hal ya da davranışının kamu görevi sırasında gerçekleştiğinin saptanmasıyla birlikte ortaya çıkmaktadır. Rücu yükümlülüğü, yukarıda da belirtildiği gibi Anayasa’nın 40/3 ve 129/5. maddelerinden kaynaklanmaktadır.

40. ve 129. maddeler, Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak, kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilen tüm etkinliklerin hukuka ve Anayasa’ya uygun işlem ve eylemlerinin yargı denetimine bağlı olması kuralında dayanmaktadır. Anayasa’nın 11. maddesi uyarınca ise;

*“Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.”*

Anayasa’nın 90/5. maddesi uyarınca, bir iç hukuk normu haline gelen uluslararası sözleşmelerin yanısıra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilmiş kararlar ve bu kararların yerine getirilip getirilmediğini denetleyen Bakanlar Komitesi kararları da iç hukuk kuralları gibi bağlayıcıdır.

**İşkence ve diğer kötü muamele fiilleri nedeniyle tazminat ödeyen devlet, Anayasa’nın 40/3, 129/5 ve Devlet Memurları Kanunu’nun 13. maddeleri uyarınca sorumlu personele rücu etmekle yükümlüdür.**

Bu nedenle, AIHM tarafından verilmiş kararlardaki ihlal saptamalarının da iç hukuktaki mahkemelerce verilmiş kararlardan bir farkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, AIHM kararlarında tartışılan ve tazminat ödenmesi sonucuna varılan konularda idarenin kusuru da saptanmış olmaktadır. Bu gibi durumlarda, iç hukukta kusur ya da tazminat sorumluluğu üzerinden yeniden bir yargılama ve tartışma yapılması gereksizdir. AIHM tarafından tazminata hükmedilmiş olan durumlarda idare, yukarıda sayılan hükümler uyarınca doğrudan rücu işlemine başlamak

ve ödemiş olduğu tazminatı genel hükümlere göre kusurlu kamu görevlisinden talep etmek zorundadır.

Böyle bir durumda, öncelikle AIHM tarafından hükmedilen tazminat kararına neden olan kamu görevlisinin, hizmet kusurunun meydana gelmesinden dolayı bir sorumluluğunun ortaya çıkması için; kendisinin tazminatı doğuran olaydan dolayı kasıt ya da en azından ihmal düzeyinde bir sorumluluğunun olması gerekir.

Danıştay 10. Dairesi verdiği bir kararda<sup>610</sup> da belirttiği gibi;

*“...olayda işkence sonucu ölüm olayı görevli polis memurunun şahsi görevden ayrı kusurundan değil, yukarıda tanımlanan anlamda idareyle bütünleşerek, idarenin verdiği görev, yetki ve olanakları kullanarak hizmet sırasındaki görev kusuru nede-*

609 Danıştay 10. Dairesi’nin 02.11.1999 tarihli, 1999/1746 E., 1999/5356 K. No.lu kararı

610 Yukarıda belirtilen Danıştay 10. Dairesi kararı

niyle meydana geldiğinden; davalı idarenin ölüm olayının personelin şahsi kusuru nedeniyle meydana geldiği bu nedenle idarelerinin tazmin sorumluluğu bulunmadığı yolundaki iddiasının da dayanağı bulunmamaktadır.”

Kusuru bulunan kamu görevlisi saptandığında, AIHM önünde tazminat ödemeye mahkûm olan idare, ödediği tazminatı buna neden olan memurdan Anayasa'nın 40/3, 129/5 ve Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddeleri uyarınca, tahsil ve talep etme yükümlülüğü altına girmiş olacaktır.

Aynı biçimde, AIHM tarafından verilen kararlarla ortaya çıkan ve idarenin ağır hizmet kusuru olarak nitelendirilen "**etkin soruşturma yapmama**" ya da "**adil yargılama yapmama**" fiilleri, yasal mevzuattan kaynaklanmadığı sürece, esasında bu konuda idare adına yetki kullanan kamu görevlilerinin kişisel kusurlarına dayanmaktadır. Yani, diğer insan hakları ihlallerine ilişkin kararların yanısıra işkence ve diğer kötü muamele fiillerine ilişkin iç hukukta yürütülen soruşturmalar ve kovuşturmalar sırasında, hukukun gereği gibi yerine getirilmemesi ya da getirilmesinin sağlanmaması nedeniyle hizmet kusurunun meydana çıkmasına yani ihlale yol açan kamu görevlileri **savcılar ve yargıçlardır**. Tıbbi meselelerden doğan ihlaller söz konusu olduğunda aynı sorumluluk **hekimler** için de geçerlidir.

Önlerine gelen vakalarda, kişinin işkence gördüğü açık ve/veya kişi işkence gördüğünü beyan ettiği ve/veya buna ilişkin bir doktor raporu olduğu halde işkence soruşturmasını resen başlatmayan savcı görevini ihmal etmiş, buna ilişkin beyanı tutanağa geçirerek ihbarda bulunmayan yargıç da suça ilişkin ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemiş olacaktır. Bu örneklerin her ikisi ayrıca bir ceza davası konusu olabileceksen, ceza davasından bağımsız olarak, objektif sorumluluk esası uyarınca idareden tazminat talep edilebilir. Dolayısıyla, yasanın uygulanmaması ya da kasten yanlış uygulanması durumlarında, hukuk devleti ilkesinin yanısıra mağdurlarda sarsılmış olan adalet duygunun yeniden tesisi için, savcı ve yargıçlara da rücu edilmesi uygun olacaktır.

Hekimler bakımından da muayene sırasında kolluk kuvvetini odadan çıkarmamak, kelepçeli muayene yapmak, bulguları adli rapora geçmemek gibi nedenlerin saptandığı durumlarda, mağdura ödeme yapan idare sorumluluğu olan hekimlere rücu edilebilecektir.

Aynı şekilde, AIHM tarafından gerçekleştiği saptanan işkence vakalarındaki hizmet kusuru, denetleme yükümlülüğünü yerine getirmeyen **birim amirlerinin** yanısıra YGAIAY m. 4 uyarınca **nezarethane sorumlusu** ile yine CMK m. 92 uyarınca denetleme yükümlülüğünü yerine getirmeyen **savcı** üzerinden de tartışma konusu yapılabilecektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin; örgütlenme ve ifade özgürlüğünün kullanılması, PVSK çerçevesinde toplumsal olaylara yapılan müdahaleler sırasında ya da başka zor kullanma yetkisine sahip olan ya da olamayan kamu görevlilerinin fiillerinin işkence ve kötü muamele olarak değerlendirildiği durumlarda hem **faillerin** ve hem

**Rücu işlemi için hizmet kusurunun belirlenmesinde; denetleme ve ihbar yükümlülüğünü yerine getirmeyen, 'planlama ve icradan' sorumlu olan, soruşturma 'izni' vermeyen, etkin soruşturma ve adil yargılama yapmayan, hekimlik meslek etiğini ihlal eden personelin sorumlulukları da 'asli kusurlu' personelin sorumluluğunun yanısıra değerlendirilmelidir.**

de II. BÖLÜM'de işkence suçunun unsurlarında tartışılan, operasyonların “**planlanması ve icrasından sorumlu**” olanların da idare hukukundan kaynaklı sorumlulukları söz konusu olacaktır.<sup>611</sup>

Bu sorumluluk aynı zamanda, kamu görevlilerinin yargılanmaları ve cezai sorumluluklarının ortaya çıkmasını konusunda “**izin vermeyerek** idareyi zarara uğratan, izin vermeye yetkili konumdaki **üst düzey yönetim kademelerindeki** kamu ajanlarını da kapsamaktadır.

Nitekim 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "Kişilerin uğradıkları zararlar“ başlıklı 13. maddesinde yer alan ek fıkra uyarınca; işkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle AİHM tarafından verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilecektir.

Dolayısıyla, AİHM tarafından idare aleyhine hükmedilen tazminatlar, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle ve Anayasa m. 129/5 uyarınca “**kendilerine rücu edilmek kaydıyla**” ödenmektedir. İdare, ödemek zorunda kaldığı tazminatı, yasal yollara başvurarak ilgili kamu görevlisinden tahsil etmek durumundadır.

Kamu görevlilerinin kasıt ya da ihmalleri sonucu oluşan hak ihlalleri nedeniyle devletçe ödenmek zorunda kalınan tazminatların, ihlalin meydana gelmesinden sorumlu olan ya da ihlal oluşturan fiili doğrudan gerçekleştiren kamu görevlisinden tahsili, yasal ve idari bir zorunluluktur. Rücu etmekle görevli olanların bu yola başvurmaksızın mali yükün hazine üzerinde kalmasına neden olmaları, ceza hukuku açısından en azından görevin ihmali suçunu oluşturacağı gibi, kendileri de hazinenin zarara uğramasına neden olacakları için rücu etmedikleri miktarın kendilerinden tahsil edilme-si sonucunu da doğurabilir.

Bir hak ihlali nedeniyle devlet tarafından ödenmek zorunda kalınan zararın ilgisinden rücu edilmemesi durumunda, mali yük tüm vatandaşlara dağıtılmış olacağından, herkesin menfaati ihlal edilmiş demektir. Bu halde de rücu işlemi yapmayan görevlilerin hem ceza hukuku uyarınca cezalandırılması, hem de rücu etmedikleri tazminatın kendilerince ödenmesi için tüm vatandaşlar dava açma hakkına sahiptirler. Böyle bir durumda, hazinece ödenmiş olan tazminatın ilgisinden rücu edilmesini talep etmek için ihlalin mağduru olmak şart olmayıp, vatandaş olmak yeterlidir.

Danıştay da yakın tarihte vermiş olduğu kararında bu konuyu tartışmış ve karara bağlamıştır.<sup>612</sup>

Konu, Bergamalı köylülerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne açtıkları ve kazandıkları tazminatın, Maliye Bakanlığı tarafından kendilerine ödenmesi üzerine, ödenen miktarın ilgili kamu görevlilerinden rücu tahsil edilmesine ilişkindir. Ancak, rücu davası ilk derece mahkemesinde menfaat yokluğu nedeniyle reddedilmiş olmasına karşın temyiz incelemesini yapan Danıştay 5. Dairesi aksine bir karar vermiştir.

“2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde, iptal davalarının menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılabilceği

611 Bkz. s. 47 vd.

612 Danıştay 5. Dairesi'nin 03.06.2008 tarihli ve 2007/7369 E., 2008/3234 K. No.lu kararı

hükme bağlanmıştır.

Menfaat ihlali koşulu, iptal davalarının kabulü ve dinlenebilmesi için aranılan koşullardan biridir. Gerek doktrinde, gerekse yargı içtihatlarında bu koşul, subjektif ehliyet koşulu olarak kabul edilmekte; ne tür bir menfaat ihlalinin gerçek ve tüzel kişilere iptal davası açma yeterliğini sağladığını gösterecek ilişki, kural olarak iptal davasına konu olan kararın niteliğine göre saptanmaktadır.

Genelde, kişisel, meşru ve güncel bir menfaatin varlığı ve bunların ihlali, menfaat ilişkisinin kurulmasında yeterli sayılmakta ve bu husus davanın niteliğine ve özelliğine göre idari yargı mercilerince belirlenmekte; davacının idari işlemle ciddi ve makul, maddi ve manevi bir ilişkisinin varlığı, dava açma ehliyeti için yeterli görülmektedir.

...

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından davacılar için ödenmesine hükmedilen manevi tazminat, Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdürlüğü tarafından hak sahiplerine 24.6.2005 tarihinde Hazine adına ödenmiş, ancak sorumlu personele rücu edilmemiştir. Kişisel sorumluluğu bulunan personele rücu edilmesini sağlamak amacıyla davacılar tarafından idareye yapılan başvuruda, 1998 yılından beri görev yapan Başbakan ve bakanların adları tek tek sayılmış, sorumlu diğer bürokratların ise idare tarafından belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir. İdarece verilen cevapta ise, başvurunun incelendiği ve gereğinin yapılması için ilgili kurum/kurumlara iletildiği bildirilmiş; sonuç olarak, idare tarafından sorumlu personele rücu mekanizması işletilmemiştir.

**Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare bir zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından ödenmesi temel bir kuraldır. Kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı başvurdukları mahkeme veya makamlarca verilen kararlar uyarınca zararlarının ilgili kurumlarca karşılanması ve kurumların genel hükümlere göre sorumlu memurlara rücu hakkı bulunması, ulusal yargı kararlarının uygulanması bakımından açık olarak düzenlenmiş bir konu olup; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi konusundaki tek açık düzenleme ise, kamu görevlisinin kişisel kusurunun belirgin bir biçimde ortaya çıktığı işkence yada zalimane, gayrı insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle hükmedilen tazminatlarda sorumlu personel rücu edilmesi konusuna ilişkin bulunmaktadır. Ancak, yukarıda anılan Anayasa hükmü, Hukuk Devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesi ile rücuyla ilgili genel kurallar göz önünde tutulduğunda, zarara uğradığı yargı kararıyla saptanan kişiye Devlet tarafından tazminat ödendikten sonra sorumlu personele rücu edilmesinin, Hukuk Devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesinin bir gereği olduğu ortaya çıkmaktadır. Rücu kurumunun işletilmesi, kamu görevlisinin kişisel kusurunun doğurduğu zararların yine kendisi tarafından karşılanmasını ve yargı kararının uygulanmaması ya da etkisiz bırakılması gibi hukuka aykırı eylem ve işlemlerden titizlikle kaçınılmasını amaçlar.**

**Rücu mekanizmasının işletilmesi, kamu kurumunun yetkileri arasında bulunmakla birlikte, idarenin bunu kendiliğinden yapmadığı durumlarda, yurttaşların bunu sağlamak amacıyla idareye başvurmalarına bir engel bulunmamakta-**

***dır. Kamu hizmeti görevlilerinin kişisel kusurundan kaynaklanan zararın karşılığı olarak ulusal ya da uluslararası bir Mahkemece hükmedilen tazminat devlet tarafından zarara uğrayan kişiye ödendikten sonra ilgili kamu kurumu tarafından sorumlu personele rücu edilmemesi, bu yükün toplum üzerinde bırakılması anlamına geleceğinden, her yurttaş ve özellikle kamu görevlilerinin kişisel kusuru nedeniyle zarara uğrayıp yargısal süreci başlatmış olan yurttaşlar, ilgili personele rücu edilmesini sağlamak amacıyla idareye başvurabilir ve bu başvurularının reddi üzerine de dava açma hakkını kullanabilirler. Kamu hizmeti görevlilerinin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden ve kendi kusurlarından doğan zararı toplum ödemek zorunda değildir.***

Belirtilen hukuki durum ve tüm bu değerlendirmeler ışığında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1 ve 8. maddelerinin ihlal edilmesi nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından hükmedilen ve Devlet tarafından ilgililere ödenen manevi tazminat tutarı konusunda, kişisel kusuru bulunan kamu görevlilerine rücu edilmesini sağlamak amacıyla Bergamalı yurttaşların idareye yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan bu davada işin esasının incelenmesi gerekirken, İdare Mahkemesince davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.

## **ii. Rücu edilecek kamu görevlisinin kişisel kusurunun saptanması**

Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesi “kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açabileceklerini” düzenlediğine göre, idare rücu edeceği kamu görevlisini nasıl belirleyecektir?

İşkence fiilleriyle ilgili **iç hukukta** verilmiş tazminat kararları sonrasında bir rücu işlemi yapıp yapılmadığı bilinmediği için bu sorunun nasıl çözüldüğü konusunda da bir veri bulunmamaktadır.

Aynı sorun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından işkence ve kötü muamele fiillerine ilişkin verilen tazminatlar için de geçerlidir. Devletin işkence yasağını ihlal ettiğini saptayan bir AİHM kararında, failler somut olarak saptanabilse bile, karar, aleyhine başvuru yapılan devlete karşı verilmektedir. Aynı durum dostane çözümle sonuçlanan başvurular için de geçerlidir. Devlet aleyhine başvuruya konu oluşturan durum ise büyük bir çoğunlukla iç hukukta gerek etkin soruşturmanın gerekleri yerine getirilmemiş ve gerekse de etkin soruşturma yapılmaması sonucunda zamanaşımı sürelerinin dolmuş olması nedeniyle failler hakkında bir mahkûmiyet kararı kurulmasına dayanmaktadır.

İç hukukta failler saptanabilir olsa da haklarında bir mahkûmiyet kararı bulunmayan bu kamu görevlileri hakkında genel hükümlere göre nasıl işlem yapılacaktır? Genel hükümlere göre bir rücu davası için kendisine başvuru hukuk yargıcı hangi esasa göre sorumluluk saptaması yapacaktır?

9 Ağustos 2002 tarihli 3. Uyum paketi<sup>613</sup> ile Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'na, “yargılamanın yenilenmesi” başlıklı 327/a. maddesi eklenmiş ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilmiş kararların da bu başlıkta değerlendirilmesi hüküm

613 4471 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, 24841 s. ve 9 Ağustos 2002 tarihli R.G.



altına alınmıştır. Bu madde daha sonra 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "**Hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi nedenleri**" başlıklı 311. maddesinin 1/f bendiyle düzenlenmiştir. Buna göre;

"f) Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması. Bu hâlde yargılamanın yenilenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir."

Bu düzenlemeye göre, maddede sayılan durumlarda yargılamanın yenilenmesine ilişkin prosedür başlatılarak sorumlular hakkında önce mahkûmiyet ve sonra da borçlar hukuku hükümlerine göre rücu davası açmak suretiyle AIHM kararı sonucunda mağdura ödenen tazminatların faillerden alınması yoluna gidilmesi düşünülebilir de 311. madde maalesef ki aranan formülü sunmamaktadır. Çünkü maddenin 1. fıkrası uyarınca bu madde düzenlemesine ancak "hükümlü" "lehine" başvurulabilir;

"(1) Kesinleşen bir hükümle sonuçlanmış bir dava, aşağıda yazılı hâllerde hükümlü lehine olarak yargılamanın yenilenmesi yoluyla tekrar görülür."

Dolayısıyla iç hukukta hakkında mahkûmiyet kararı verilmiş ve kesinleşmiş işkence ve kötü muamele suçu failleri olmadığı sürece 311. maddenin faillere rücu bakımından uygulanması mümkün görünmemektedir.

Bu da uygulamada ancak istisnai durumlarda gerçekleşen, iç hukuk ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi süreçlerinin paralel yürüdüğü ve faillerin ceza yargılaması sonucunda mahkûmiyet hükmü aldıkları koşullarda mümkün olabilir. Bu alternatif dışında, faillere borçlar hukukundaki genel hükümler çerçevesinde rücu etmenin ve dolayısıyla da Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesine eklenen fıkranın uygulanmasının herhangi bir yolu bulunmamaktadır.

İki sürecin birlikte yürüdüğü örnekler istisnadır. İç hukukta bir mahkûmiyet kararı verilmediği durumda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin devlet aleyhine verdiği ihlal/tazminat kararlarının aynı zamanda, ihlale neden olan kamu görevlisi fail hakkında "mahkûmiyet" hükmü yerine geçmesi mümkün değildir. AIHM, Öneriyıldız/Türkiye<sup>615</sup> kararında da belirttiği üzere kişisel ceza sorumluluklarıyla ilgilenmemektedir. Aksi halde AIHM'in ulusal yargıç yerine geçmesi anlamına gelecektir ki bu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ruhuna aykırı bir durum olacaktır.

Yasal düzenlemenin sorunu çözmeye yetmediği bu durumda yeni bir düzenlemeye gidilmesi kaçınılmaz görünmektedir. Bu noktada;

**AIHM tarafından, işkence ve kötü muamele vakalarında, dostane çözüm yolu ya da ihlal kararı sonucunda verilen ve Hazine tarafından ödenen tazminatlarda, kendisine rücu edilecek personelin kişi olarak belirlenmesi meselesi oldukça sorundur. Mevzuat, bu konuda yeterli ve etkili bir yol sunmamaktadır. Rücu işleminin gerçekleştirilmesi için yasa değişikliği yapılması gereklidir.**

614 25673 s. ve 17 Aralık 2004 tarihli R.G.

615 Öneriyıldız/Türkiye, Para. 108

- Eğer iç hukukta bir soruşturma başlatılmamışsa, savcılara derhal ve resen soruşturma başlatma yükümlülüğü getirilmeli;

- Olayla ilgili soruşturma başlatılmış ve takipsizlikle sonuçlanmışsa; AIHM kararı, CMK m. 170/2'de sayılan yeni delil kabul edilerek hakkında takipsizlik verilmiş olan kişiyle ilgili kamu davası açılmalıdır;

- Kamu görevlisi hakkında dava açılmış ve beraat etmiş ise; “**Sanık veya hükümlünün aleyhine yargılamanın yenilenmesi nedenleri**”ni düzenleyen CMK m.314'e fıkra eklenerek, AIHM tarafından verilen kararlar aleyhe yargılananın yenilenmesi sayılmalıdır.

Dolayısıyla AIHM kararları, CMK m.311 uyarınca sadece “hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi nedenleri” arasında sayılmak yerine aleyhe yargılama nedeni olarak da kabul edilmelidir;

- Bu erevede, Dışışleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, savcılıklar ve mahkemeler nezdinde ihbar ve gerekli işlemlerin başlatılmasından sorumlu birim olmalıdır.

Bununla birlikte, yukarıda da değinildiği gibi, mahkmiyet kararının varlığı sadece ceza sorumluluğu bakımından önem taşımaktadır. Bunun dışında kalan ve ihmali fiilleri nedeniyle sorumlulukları olan amirler/denetim yükümlülüğü altındakiler; adil, hızlı ve tarafsız bir soruşturma ve yargılama yapma görevlerini gereği gibi yerine getirmeyerek işkence ya da diğer kötü muamele davalarının sonuçsuz kalmasına neden olan, yani etkin soruşturmayı engelleyen diğer görevliler de eylem ve işlemleriyle AIHM kararının dayanağını oluşturabilir. Böylesi bir durumda rücu mekanizması, bu kişilerin sorumlulukları da dikkate alınarak işletilmelidir. Zira ceza hukukundaki sorumluluk kavramı ile özel hukuktaki sorumluluk kavramları birbirlerinden çok farklı olup, özel hukukta hem sorumluluk eşitleri daha fazla hem de sorumluluk daha geniştir.

### iii. Ruc mekanizmasının etkinliği

Bu açıklamalar çerçevesinde AIHM tarafından verilen kararlar uyarınca ödenen tazminatlar için açık olan bu yolun kullanılıp kullanılmadığı, uygulamada ne kadar etkin olduğu sorusunu sormak gerekmektedir.

Uygulamaya ilişkin bu konu Türkiye İnsan Hakları Vakfı tarafından Adalet, Iişleri ve Milli Savunma Bakanlıkları ile yapılan yazışmalarda ele alınmış, işkence ve kötü muameleden dolayı ödenen tazminatların rcuen tahsiline ilişkin bilgi istenmiştir. Iişleri Bakanlığı Hukuk Müşavirliği tarafından verilen yanıtta göre;<sup>616</sup>

“davaların sorumluluk sebebiyle ve davalı kişiinin ilgili bulunduğu kuruma göre bir tasnif yapılmadığından, yazınızda belirtilen 26.03.2002 tarihinden itibaren kamu görevlileri aleyhine açılmış olan rücu'en tazminat davalarından hangilerinin Iişleri Bakanlığı personeli aleyhine ikame edildiği konusunda istatistik bir bilgi verilmesinin teknik olarak mümkün bulunmadığının belirtilmesi üzerine, konu bu sefer ilgisi nedeniyle Emniyet Genel Müdürlüğü ve jandarma Genel Komutanlığına sorulmuştur.

616 Iişleri Bakanlığı Hukuk Müşavirliği'nin B.05.o.HUK.o.00.00.02-647.03.02/3925 sayılı ve 10.03.2009 tarihli yanıtı

Alınan cevabi yazılardan; Jandarma Genel Komutanlığında (AIHM)'ne başvuru neticesinde rücu işlemi yapılan personel bulunmadığı, Emniyet Genel Müdürlüğüne ise (AIHM) kararlarıyla ilgili olarak **rücu işlemi yapılması için (2) personelin** isminin Maliye Bakanlığına bildirildiği anlaşılmıştır.”

Aynı konuda Maliye Bakanlığı Başhukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü tarafından gönderilen yanıtta hem rücu işlemlerinin nasıl yapıldığına ve hem de şimdiye kadar AIHM kararları sonucunda açılan rücu davalarıyla ilgili bilgi yer almaktadır;<sup>617</sup>

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince ihlal ve dostane çözüm çerçevesinde verilen kararlarda kamu görevlisine ilişkin olarak bir kusur değerlendirmesi yapılmadığından, diğer tüm rücu’en alacak davası açılması söz konusu olan durumlarda olduğu gibi; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlarda da hükmedilen ve Dışişleri Merkez Saymanlık Müdürlüğüne başvuru sahibine ödenen tazminat/yargılama giderlerinin kişisel kusuru bulunan kamu görevlilerine rücu edilmesini sağlamak amacıyla,

- Bakanlığımızca başvuru konusu olayın ilgili bulunduğu idareden, kamu görevlisinin kişisel sorumluluklarının olup olmadığı,

- Sorumluluk söz konusu ise hukuki görüşleri eşliğinde,

- Sorumluların açık kimlik ve tebligata elverişli adreslerinin bildirilmesi talep edilmekte,

- İlgili idarece, kamu görevlilerine hukuken sorumluluk atfedileceğine dair görüş, bilgi, belge ve sorumlu ismi bildirilmesi halinde, ödenen tazminat nedeniyle meydana gelen Hazine zararının tahsili için Borçlar Kanunu 41 ve devam maddeleri uyarınca rücu’en alacak davası açılmaktadır.

Bu kapsamda Bakanlığımız kayıtlarında yapılan incelemede kurumlarınca kusurlu olarak bildirilen **kamu görevlileri aleyhine rücu konusunda yapılmış üç işlem kaydına rastlanmıştır.”**

Başhukuk Müşavirliği, bunlardan birinin İçişleri Bakanlığı<sup>618</sup> birinin de Adalet Bakanlığı<sup>619</sup> personeli olduğunu, haklarında rücu davaları açılması için ilgili bakanlıklarca talimat verildiğini; İçişleri Bakanlığı<sup>620</sup> personeli olan üçüncü kamu görevlisi için rücu davası açılmış ise de davanın ilk derece mahkemesi tarafından reddedildiği<sup>621</sup> ve Yargıtay tarafından onanarak<sup>622</sup> kesinleştiği bilgisi verilmiştir.

617 Maliye Bakanlığı Başhukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü'nün 05.02.2009 tarih ve B.07.o.BHM.o/00.4180-216 No.lu cevabi yazısı

618 Binali Hıyılı/Türkiye, 52955/99 No.lu başvuru

619 Zeynep Özcan/Türkiye, 45906/99 No.lu başvuru

620 Şevket İşçi/Türkiye, 31849/96 No.lu başvuru

621 Malazgirt Asliye Hukuk Mahkemesi, 2002/247 E., 2006/18 K

622 Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 2006/1920 E., 2007/11313 K.

Bu ret kararının gerekçesine ise maalesef ulaşlamamıştır.

Dolayısıyla, işkencenin önlenmesi bakımından son derece etkin bir araç olarak uygulamaya geçebilecek olan rücu işlemi, bu çalışmanın yapıldığı döneme kadar maalesef kullanıl(a)mamıştır.

Bu nedenle de işkence ve kötü muamele fiillerinin uygulanmasında ceza hukuku bakımından sorumlulukları saptanamayan ya da cezalandırılmayan failer ve bu süreçte sorumlulukları bulunan tüm kamu görevlileri tazminat hukuku çerçevesinde de bireysel sorumluluktan azade durumdadırlar.

Mevcut durum karşısında, yukarıda rücu işlemlerini yapmakla yükümlü olan kişiler konusundaki açıklamaları tekrar anımsatmakta fayda vardır: Bu yolun kullanılması yani rücu işlemlerini yapmakla yükümlü olanlara karşı, ceza ya da özel hukuk alanın-

VIII.BÖLÜM  
Denetim ve İzleme  
Mekanizmaları



# Denetim ve İzleme Mekanizmaları

İşkence ve kötü muamele, hükümetler dışı ve hükümetler arası örgütlerin yayınladıkları raporların yarattığı atmosfere, insan hakları ve insancıl hukuk metinlerine, sözleşmelere, tavsiyelere, kurallara, evrensel ve bölgesel mekanizmaların verdikleri kararlara rağmen dünya devletlerinin yarısından fazlasında devam etmektedir.

İşkence yasağının mutlak karakteri ile yaygınlığı arasındaki dengesizlik nedeniyle devletlerin, bireylerin işkence ve kötü muameleyle karşı korunması için daha etkili önlemler alması gerektiği açıktır.<sup>623</sup>

BM İşkenceye Karşı Sözleşme de dâhil olmak üzere uluslararası hukuk, devletlere, işkence ve kötü muamelelerin önlenmesi bakımından değişik sorumluluklar yüklemektedir. Bu sorumluluklar “önleme”, “kovuşturma ve cezalandırma” ve “mağdurlara giderim sağlanması” biçiminde kategorize edilebilir.<sup>624</sup>

“Kovuşturma ve cezalandırma” ve “giderim” kategorilerinde yer alan gereklilikler aynı zamanda “önleme” işlevini görme potansiyeline de doğal olarak sahiptir. Uluslararası metinlerdeki bu gereklilikler evrensel ve bölgesel mekanizmalar tarafından izlenmekte, uluslararası insan hakları hukukuna ilişkin içtihatlar da kovuşturma, cezalandırma ve giderim yönünde gelişmektedir.

Bununla birlikte kovuşturma, cezalandırma ve giderim alanındaki gelişme ne kadar kapsamlı olursa olsun bunlar, ihlal gerçekleşikten sonra devreye giren, ihlalleri “basırtıcı” bir mekanizmanın parçalarıdır. İhlal gerçekleşikten sonra delillere ulaşmak, sorumluları bulmak çok zorlaştığı gibi sorumluların bulunup cezalandırılması bile ihlale uğrayan kişi açısından çok sınırlı bir giderim sağlamaktadır.<sup>625</sup>

Bu bağlamda, alıkonulan kişilerin;

- Usule ilişkin güvencelerden etkin biçimde yararlandırılıp yararlandırılmadığını,
- İşkence ve kötü muamele sonucunu doğuran herhangi bir muameleyle maruz kalıp kalmadıklarını,

\* Bu bölüm hazırlanırken, büyük ölçüde “İşkenceyi Önlemede Ortak Akıl – Seçmeli Protokol ve Türkiye Ziyaret Pratiklerinin Değerlendirilmesi” isimli kitaptan faydalanılmıştır. (Altıparmak-Üçpınar, Ankara, Mayıs 2005, TİHV Yayınları 55)

623 İstanbul Protokolü,

624 İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 1. maddesi devletlere, işkence ve kötü muamele fillerinin kovuşturulması ve sorumluların cezalandırılması; işkence mağdurlarına giderim ve tazminat hakkı tanınması, işkenceye maruz kalan kişiyi sınır dışı etme/iade yasağı; işkence suçlularını iade yükümlülüğü; ifadenin işkence altında alındığına ilişkin delil olması hariç olmak üzere işkence altında alınan ifadelerin delil olarak kullanılması yasağı getirmektedir.

625 Kerem Altıparmak (2007) "Türkiye'de İnsan Haklarında Kurumsallaş(ama)ma", Türkiye Barolar Birliği (yay. haz.), s.2

- Alıkonulma yerlerindeki yaşam koşullarının ve alıkonulma rejiminin işkence ve kötü muamele oluşturup oluşturmadığını,
- Alıkonulan kişilerin yeterli tıbbi bakıma ulaşıp ulaşamadıklarını,

İncelemek üzere yapılacak ziyaretler ve özellikle de habersiz yapılan ziyaretler, alıkonulan kişi ile resmi otorite arasındaki güç dengesizliğinin en aza indirilmesi ve kişilerin işkence ve kötü muameleden korunması için en etkin denetim sistemi yaratacaktır.

Bu nedenle önleme alanına özel bir önem verilmesi, işkence ve kötü muamele vakalarının henüz gerçekleşmeden önlenmesine ilişkin bir mekanizmanın ve uygulamanın geliştirilmesi, bütünsel bir perspektifin önemli bileşenidir.

Bu bağlamda Birleşmiş Milletler sistemi içinde de, 90'lı yıllardan itibaren insan hakları ihlallerinin izlenmesi, bu konuda tavsiyelerde bulunulması ve yaygın insan hakları eğitimleri düzenlemesi gibi geniş bir çerçeveye sahip "ulusal insan hakları kurumlarının" oluşturulması fikri tartışılmaya başlanmıştır. Bu tartışma 1993 yılı Dünya İnsan Hakları Konferansına taşınmış ve ardından aynı yıl BM Genel Kurulu'nda ele alınarak "Paris İlkeleri" olarak anılan belge Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir.<sup>626</sup>

Ulusal insan hakları kurumları, Paris İlkeleri tarafından "kilit ulusal kurumlar" olarak kabul edilmekte ve bunların yapıları, işlevleri ve nasıl bir doğaya sahip olmaları gerektiği düzenlenmektedir.

1993 yılında yapılan ve Paris İlkeleri'nin kabul edilmesiyle sonuçlanan Dünya İnsan Hakları Konferansında, alıkonulma yerlerinin işkencenin önlenmesi amacıyla ve ziyaretler yöntemiyle izlenmesine dayalı bir mekanizma ile desteklenmesi de gündeme gelmiştir. Bu toplantıda aynı zamanda BM İşkenceye Karşı Sözleşmeye ek bir protokol hazırlanmasına ilişkin gereksinimin altı çizilmiştir.<sup>627</sup>

Nitekim alıkonulma yerlerinin ziyarete dayalı olarak izlenmesi yoluyla BM İşkenceyi Önleme Sözleşmesi'nin taraf devletler tarafından etkin biçimde uygulanmasını sağlamak üzere, bir ek protokol olarak hazırlanan belgeyi BM Genel Kurulu Aralık 2002'de kabul etmiştir. Bu belge Seçmeli Protokol olarak anılmaktadır.

Protokol, taraf devletlerin ulusal düzeyde bir önleme mekanizması kurmasını öngörmekte ve bu mekanizmanın ülkedeki tüm alıkonulma yerlerine sınırsız ziyaretler yapması da dâhil olmak üzere mekanizmayı çeşitli yetki ve görevlerle donatmaktadır.

Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşme'ye ek Seçmeli Protokol<sup>628</sup>, Paris İlkeleri'nde belirtilen ulusal insan hakları kurumlarının özellikle görev alanları bakımından daha dar ve işkence ve kötü muamelenin önlenmesine odaklanan, özelleşmiş bir bi-

626 20.12.1993 tarih ve 48/134 sayılı Genel Kurul kararı. İlkelerin resmi olmayan Türkçe çevirisi için bkz. İnsan Haklarının Geliştirilmesi ve Korunması için Ulusal Kurumlar (çev. Kerem Altıparmak, Hasan S. Vural), [http://ihm.politics.ankara.edu.tr/konferans/images/paris\\_ilkeleri.pdf](http://ihm.politics.ankara.edu.tr/konferans/images/paris_ilkeleri.pdf).

627 Bkz. Viyana Deklarasyonu ve Eylem Planı, A/CONF.157/23, 12.7.1993, para. 61.

628 Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşmesi'ne Ek Seçmeli Protokol. A/RES/57/199, 42 I.L.M. 26 (2003)]. Protokol 22 Haziran 2006'da yürürlüğe girmiştir. Türkiye Protokolü 16 Eylül 2005'de imzalamış, henüz onaylamamıştır. Protokolün resmi olmayan Türkçe çevirisi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz (2004), İnsan Hakları Belgeleri, Cilt VI, Birleşmiş Milletler Üçüncü Bölüm, (İstanbul: Boğaziçi Üniversitesi Yayinevi), s. 167 vd.



çimidir. Protokol, alıkonulma yerlerinin ziyaretler yöntemiyle izlenmesini esas alan bir ulusal önleme mekanizması biçimi önermektedir.

Devletlerin, Protokol'e taraf olabilmeleri ve uluslararası insan hakları hukuku bağlamında sorumlu tutulabilmeleri için sözleşmelerin yürürlüğe girmesine ilişkin iç hukuk onaylama sürecinin yerine getirilmesi gereklidir.

Protokole göre; oluşturulacak ulusal önleme mekanizmalarının hedefi, görev alanı, üyelerinin seçimi ve bağımsızlıkları ile yetkileri iç hukukta anayasal ya da yasal olarak belirlenmelidir. Bu mekanizmaların ülke çapında bağımsız ziyaretler yapan, kendi bütçesi ve çalışanlarına sahip, yönetsel yapılanmadan bağımsız uzman üyeleri olan bir yapılanmasının olması gerekmektedir.

Türkiye ise Seçmeli Protokol'ü 14 Eylül 2005 tarihinde imzalamış ancak henüz onaylamamıştır.

Diğer yandan Türkiye sisteminde ve uygulamasında işkencenin önlenmesi amacıyla, uluslararası standartlara uygun denetim ve izleme faaliyetinde bulunmak amacıyla oluşturulmuş bağımsız, tarafsız, kurumsallaşmış bir denetim mekanizmasının varlığından söz etmek mümkün değildir. Bu anlamda Türkiye, kişilerin alıkonuldukları birimlerin denetimini ve izlenmesini sağlayacak bağımsız ve bütünlüklü bir mekanizmadan yoksundur.

Ülkemizde **var olan denetim mekanizmalarını** temel olarak beş başlık altında incelemek mümkündür:

- **Adli denetim,**
- **İç idari denetim,**
- **Kurumun kendi hiyerarşisi dışında bir yapı tarafından gerçekleştirilen denetim,**
- **Yasama organı denetimi ve**
- **Dış denetim**

Ancak tekrar belirtmek gerekir ki; bu mekanizmaların hiçbiri Seçmeli Protokol'de öngörülen koşulları yapısal olarak içinde barındırmamaktadır.

## **A. ADLİ DENETİM**

İç hukuk mevzuatı uyarınca; infaz hâkimlikleri, ceza yargıçları ve savcılıklara adli denetim görev ve yetkisi verilmiş durumdadır.

**Savcılar Ceza Muhakemesi Kanunu m.92 ve Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği** uyarınca adli görevlerinin gereği olarak, gözaltına alınan kişilerin bulundurulacakları nezarethaneleri, varsa ifade alma odalarını, bu kişilerin durumlarını, gözaltına alınma neden ve sürelerini, gözaltına alınma ile ilgili tüm kayıt ve işlemleri denetlemekle yükümlüdür.

5271 sayılı CMK'nın, eski yasaya nazaran, "**gözaltı işlemlerinin denetimi**" başlıklı 92.madde düzenlemesi ile olumlu bir gelişme kaydettiği söylenebilir. Bu hükümler birlikte, savcıların kolluğu ve gözaltı birimlerinin denetimine dair açık bir düzenle-

meyle ilk kez yer verilmiştir. Böylelikle savcıların kolluğu ve gözaltı birimlerini denetleme yetkisi ve bu yetkinin kullanım biçimi yasal bir hükme kavuşturulmuştur.

Savcılar ayrıca, suç soruşturmasında bir usul işlemi olarak kullandıkları, **CMK m.85**'te düzenlenen “**yer gösterme**” işlemini işkence ve kötü muamele fiilleri için de kullanabilir ve işkence ve kötü muamele fiillerinin gerçekleştiği iddia edilen yerler bu yolla ziyaret edilmek suretiyle denetlenebilir.

Yine **Adli Kolluk Yönetmeliği'nin 13.maddesi** “adli kolluk hizmetinin denetimi” başlığını taşımaktadır. Maddeye göre; savcılar adli kolluk hizmetlerinin etkin ve verimli yürütülebilmesi amacıyla, adli kolluk görevlilerince yerine getirilen adli işlemleri her zaman denetlemelidir.

Yönetmeliğin aynı maddesi uyarınca; savcılar adli görevlerinin gereği olarak, gözaltına alınan kişilerin bulundurulacakları nezarethaneleri, varsa ifade alma odalarını, bu kişilerin durumlarını, gözaltına alınma sürelerini, gözaltına alma ile ilgili tüm kayıt ve işlemlerini denetlemekle ve sonucunu nezarethaneye alınanların kaydına ait deftere kaydetmekle yükümlüdür.

İşkencenin önlenmesinde savcıların denetim yetkilerini etkili bir şekilde kullanmalarının önemi çok büyük olmasına rağmen; uygulamada savcıların eski alışkanlıklarını sürdürdükleri, bu görevlerini yerine getirirken gerekli dikkat ve özeni göstermedikleri görülmektedir.

Bu anlamda savcıların elinde bulunan bu yetkiyi ne kadar etkin biçimde kullandıkları ciddi bir soru işaretidir.

Diyarbakır İl İnsan Hakları Kurulu tarafından hazırlanan raporda<sup>629</sup> 2007 yılı içinde 30 nezarethane denetimi yapıldığını gösterir bir tablo yer almaktadır. Bu denetimlerden 29 tanesi savcılar tarafından yapılmıştır ve denetimlerin hiç birinde “tenkide değer bir husus görülmemiştir”. Polis başmüfettişlerince gerçekleştirilen tek denetimde ise nezarethane ve ifade alma odalarının standartlara uygun olmadığı saptanmıştır.

Nitekim Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi, 2005 yılında yayınladığı bir raporunda, ziyaret edilen yerlerde savcılar tarafından yapılan izlemenin yetersizliği vurgulanmıştır. Savcılar genelde sadece kayıt defterini incelemekte ve karakolu genel olarak gezmektedir.

Komite ayrıca, 12 Mart 2004'de Gaziantep'te, 7 karakolda yapılan incelemelerde gözaltında tutulan bir tek kişi ile dahi görüşülmediğini saptamıştır.<sup>630</sup>

**Ceza yargıçlarının** ise, alıkonulma yerlerini denetlemeye ilişkin yasayla açıkça tanımlanmış görevleri bulunmamaktadır. Bununla birlikte, işkence ve kötü muamele fiillerinin yargılanması ve ilgili delillerin toplanması sırasında **Ceza Muhakemesi Yasası'nın 83. maddesinin** kendilerine verdiği “**keşif yapma**” yetkisi, ceza yargıçlarına her durumda bir alıkonulma yeri olan suç mahallini kontrol yetkisi de tanımaktadır.

629 Diyarbakır İl İnsan Hakları Kurulu 2007 raporu.

630 CPT/Inf (2005) 18, para. 21. Benzer bir eleştiri için bkz. Meryem Erdal (2006), İşkence ve Cezasızlık Dosyası 2005, (Ankara: TIHV Yayınları), s. 248.

Ayrıca sulh ceza yargıçlarının, **Ceza Muhakemesi Yasası'nın 162. ve 163. maddeleri** uyarınca soruşturması sırasında doğrudan soruşturma yaptığı durumlarda savcının sahip olduğu ve yukarıda belirtilen suç mahallini doğrudan denetleme yetkileri de bulunmaktadır.

“Madde 162 - (1) Cumhuriyet savcısı, ancak hâkim tarafından yapılabilecek olan bir soruşturma işlemine gerek görürse, istemlerini bu işlemin yapılacağı yerin sulh ceza hâkimine bildirir. Sulh ceza hâkimi istenilen işlem hakkında, kanuna uygun olup olmadığını inceleyerek karar verir ve gereğini yerine getirir.”

“Madde 163 -(1) Suçüstü hâli ile gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Cumhuriyet savcısına erişilemiyorsa veya olay genişliği itibarıyla Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşıyorsa, sulh ceza hâkimi de bütün soruşturma işlemlerini yapabilir.

(2) Kolluk âmir ve memurları, sulh ceza hâkimi tarafından emredilen tedbirleri alır ve araştırmaları yerine getirirler.”

Dolayısıyla, işkence ve kötü muamele iddialarının kovuşturulması sırasında alıkonulma yerlerine giderek gerek ilgili kayıtların incelenmesi, gerek suç mahallinin görülmesi ve gerekse tespitler yapılmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

**İnfaz hâkimlikleri**, kuruluş yasasında belirtildiği üzere, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde bulunan hükümlü ve tutuklular hakkında yapılan işlemler veya bunlarla ilgili faaliyetlere yönelik şikâyetleri incelemek ve karara bağlamak amacıyla kurulmuştur.<sup>631</sup>

Ayrıca, ceza infaz kurumları ve tutukevleri izleme kurullarının kendi yetki alanlarına giren ceza infaz kurumları ve tutukevlerindeki tespitleri ile ilgili olarak düzenleyip intikal ettirdikleri raporları inceleyerek, varsa şikâyet niteliğindeki konular hakkında karar verir.

İnfaz hâkimlerinin de kendilerine ulaşan şikâyetlerle ilgili olarak CMK m.83'te belirtilen keşif yapma yetkisine, dolayısıyla işkence ve kötü muamele fiillerinin gerçekleştiği iddia edilen yerleri ziyaret yetkisine sahip olduğu açıktır. İnfaz Hâkimliği Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca infaz hâkimlerinin “gerek gördüğünde karar vermeden önce şikâyet konusu işlem veya faaliyet hakkında resen araştırma yapabileceği” hüküm altına alınmıştır.

Suç soruşturmasında yargıcın bizzat olay yerine giderek delilleri toplamasına ilişkin düzenlemeler de dikkate alındığında gerek bir suç soruşturmasına ilişkin yetkileri ve gerekse kuruluş yasasının hedeflediği amaç bağlamında, kendi yetki alanları içinde bulunan cezaevlerinin denetiminden sorumlu yargı birimleridir.

Dolayısıyla gerek ceza yargıçlarının işkence ve kötü muamele yapıldığı iddia edilen yere gerekse ve infaz hâkimlerinin şikâyet konusu olayın geçtiği ceza ve infaz kurumuna bizzat giderek keşif yapmaları da bu yerlerin denetlenmesi etki ve sonucunu doğuracaktır. Bu ziyaretlerin düzenli biçimde yapılması ise yargısal denetimin bastırıcı özelliğini de değiştirerek “önleme” özelliği kazanmasına yardımcı olabilir.

Bununla birlikte, ceza yargıçlarının özellikle işkence ve kötü muamele filleri ile ilgili

631 İnfaz Hakimliği Kanunu, Kanun No. 4675; RG: 23/05/2001S. 24410

olarak alıkonulma mekânlarına keşif düzenlemesi alışılmışın dışındadır. İnfaz hâkimleri ise ceza ve infaz kurumlarına ilişkin özel bir yetki taşımalarına rağmen, bu yerleri ender olarak ziyaret etmektedirler. Nitekim Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi, İzmir İnfaz Hâkimi'nin sorumluluğu altındaki bir cezaevine hiç, Gaziantep İnfaz Hâkimi'nin de sorumluluğu altındaki birimleri çok ender ziyaret ettiği tespit etmiştir.<sup>632</sup>

Türkiye İnsan Hakları Vakfı infaz hâkimlerinin iş yükü konusuna yakından ilgi göstermiş ve 2006 yılında Adalet Bakanlığı'na bir bilgi edinme başvurusu yaparak hâkimliklerin, yıllara göre iş yükü konusunda bilgi istemiştir. Ancak Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nü ilgilendiren konulardaki bu başvuru 25.09.2006 tarih ve 043473 sayılı yazıyla, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 7/2. maddesinde düzenlenen "ayrı ve özel bir araştırma, çalışma, inceleme ya da analiz neticesinde oluşturulacak türden bilgi ve belge için yapılacak başvurulara olumsuz cevap verilebilir" hükmüne dayanılarak geri çevrilmiştir. Bu konuyla ilgili olarak açılan dava halen devam etmektedir.

Türkiye İnsan Hakları Vakfı bu kez de konuyu TBMM gündemine getirme amacıyla Meclis'te grubu bulunan partilerden bir milletvekili ile bağlantıya geçerek infaz hâkimliklerinin iş yükleri konusunda bir soru önergesi verilmesini sağlamıştır.<sup>633</sup>

Soru önergesi üzerine Adalet Bakanlığı tarafından yazılı olarak yanıt verilmiş ve yazının ekinde 2006 ve 2007 yıllarına ait istatistikî bilgiler sunulmuştur. Bu verilere göre,<sup>634</sup>

- İnfaz hâkimliklerine gelen toplam dosya sayısı 2006 yılında 9108, 2007 yılında ise 9866'dır.

- İnfaz hâkimliğine **resen gelen** hükümlü ve tutuklulara ait **disiplin cezalarının onayları** ile ilgili olarak;

- 2006 yılında 3706 dosyanın 3449'u onaylanmış, 239'u reddedilmiş, 6'sı hakkında durdurma, 12'si hakkında erteleme kararı verilmiştir (onaylanan dosya oranı **%93,06**).

- 2007 yılında 4725 dosyanın 4527'si onaylanmış, 182'si reddedilmiş, 4'ü hakkında durdurma, 12'si hakkında erteleme kararı verilmiştir (onaylanan dosya oranı **%95,8**).

- Diğer yandan infaz hâkimliğince hükümlü ve tutukluların başvuru/şikâyetleri ile ilgili verilen kararların dağılımı ise şöyledir;

- 2006 yılında 5335 dosyanın 4301'i reddedilmiş, 70'i kısmen olmak üzere toplam 745'i kabul edilmiş, 289 dosya hakkında ise yetkisizlik, görevsizlik ve birleştirme kararı verilmiştir (reddedilen dosya oranı **%80,6**).

- 2007 yılında 5036 dosyanın 4169'u reddedilmiş, 37'si kısmen olmak üzere toplam 619'u kabul edilmiş, 248 dosya hakkında ise yetkisizlik, görevsizlik ve birleştirme kararı verilmiştir (reddedilen dosya oranı **%82,8**).

---

632 Report to the Turkish Government on the visit to Turkey carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 16 to 29 March 2004, CPT/Inf (2005) 18, para. 97.

633 Ayla Akat Ata tarafından, Adalet Bakanınca yanıtlanması istemiyle 04.04.2008 tarihinde sunulan soru önergesi

634 Adalet Bakanı tarafından 2.6.2008 tarihinde, 1421/782 no ile verilen yanıt

• İnfaz hâkimliği kararlarına karşı üst mahkemeye yapılan itiraz sonuçları da oldukça çarpıcı sonuçlar ortaya koymaktadır;

- 2006 yılında yapılan toplam 1643 itirazın 1486'sı reddedilirken, yalnızca 149'u kabul edilmiş, 8'i hakkında ise kısmen kabul-kısmen ret kararı verilmiştir (ret oranı %90,44).

- 2007 yılında yapılan toplam 1924 itirazın ise 1794'ü reddedilmiş, 110'u kabul edilmiş, 20'si hakkında kısmen kabul-kısmen ret kararı verilmiştir (ret oranı %93,25)

Bakanlık tarafından sunulan Adli Sicil ve İstatistik genel Müdürlüğü verileri, infaz hâkimliklerinin cezaevlerinden gelen dosyalar üzerindeki incelemelerinde cezaevi yetkililerinin verdikleri kararlarda adeta bir noter işlevi gördüğünü; hükümlü ve tutukluların başvuru ve şikâyetlerini ise neredeyse otomatik bir şekilde reddettiğini ortaya koymaktadır.

Uygulamada görülen bu tablonun yanısıra, her ne kadar önleyici işlev görebilecek olsalar da adli denetim mekanizmalarının, Seçmeli Protokol'de öngörüldüğü gibi düzenli ziyaretler yapmak üzere kurulmuş ve görev alanları da buna göre tanımlanmış yapılar olmadığı açıktır.

## B. İÇ İDARİ DENETİM

İç idari denetim, devletin kendi bürokrasisinin normal işleyişinin bir parçası olarak oluşturduğu ve özgürlüğünden yoksun bırakılma yerleri dâhil kamusal yerleri ziyaret etmekle sorumlu idari denetim organlarının yerine getirdiği iç denetimi ifade etmektedir.

İç denetim, kişilerin tutulmasından sorumlu olan birimin bürokrasisi içinde yer alan müfettiş, hiyerarşik amirler, savcılar ve benzerlerinin yaptığı denetimlerdir.

Savcılar, cezaevlerinde idari denetim yapma yükümlülüğüne sahiptir. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yasa'nın<sup>635</sup> 5. maddesi ile hüküm altına alınan düzenleme uyarınca cezaların infazının izlenmesi ve denetlenmesi yetkisi cumhuriyet başsavcılarına aittir. Bu idari yetki başsavcı tarafından gerçekleştirilebileceği gibi, başsavcının görevlendireceği bir savcı tarafından da kullanılabilir.

Benzer içerikteki bir düzenleme de Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün 4/4. maddesinde yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre;

“Mahkeme kesinleşen ve yerine getirilmesini onayladığı ceza ve güvenlik tedbirine ilişkin hükmü Cumhuriyet başsavcılığına gönderir. Kesinleşen mahkûmiyet kararlarının infazı Cumhuriyet savcısı tarafından izlenir ve denetlenir.

a) Cumhuriyet başsavcısı veya görevlendireceği Cumhuriyet savcısı; kurumun mevzuata göre yönetilmesini ve infaz hizmetlerinin temel insan haklarına uygun olarak yerine getirilmesini ister ve denetler. Görüş ve önerilerini denetleme defterine yazar, gerekli gördüğü durumlarda Bakanlığa bilgi verir.

635 RG. 29.12.2004, S. 25685.

b) Kurumda çalışan tüm görevliler Cumhuriyet başsavcısının veya görevlendirildiği Cumhuriyet savcısının istediği her türlü bilgiyi vermekle yükümlüdür.”

Uygulamada, başsavcı tarafından görevlendirilen bir savcı, başsavcı adına cezaevlerini denetleme yetkisini kullanmaktadır. Diğer yandan aynı savcı, cezaevinde yaşanan bir hak ihlali adli mekanizmaya yansdığında, suç soruşturmasına ilişkin işlemleri de başsavcı adına yürütmektedir.

Adli soruşturma ve idari denetim yetkisinin aynı savcı üzerinde birleştirilmesi, yaşanan hak ihlalleri ve failer hakkında tarafsız bir soruşturma yürütülmesini objektif açıdan imkânsız kılmaktadır. Çünkü suç soruşturmasını yürütecek savcı, denetim yükümlülüğünün bulunması nedeniyle aynı zamanda suçun failidir.

Bu nedenle de savcılar tarafından gerçekleştirilecek denetimlerin ne ölçüde objektif ve etkin olabileceği tartışma konusudur.

İç denetime bir başka örnek Milli Savunma Bakanlığı içindeki denetimlerdir. Askeri disiplin mahkemeleri, disiplin subaylıkları ile disiplin ceza ve tutukevleri, askeri hiyerarşi içinde komutanlıklar veya askeri amirlerce ve Milli Savunma Bakanlığı Askeri Adalet Müfettişleri tarafından denetlenirler.<sup>636</sup>

Ayrıca, bu tür idari denetim organları tarafından gerçekleştirilen ziyaretler, çok nadi-ren özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilerin insan onuru ve insan hakları gibi konuları da ele alabilecek kadar geniş bir yaklaşım içerirler. Bu organlar, iç denetim usulleri açısından kendi sorumluluklarını yerine getiriyor olmakla birlikte, alıkonulma koşulları açısından uluslararası standartlarla uyum sorunu halen varlığını sürdürür. Bu da, iç izleme sistemlerinin kendi başına yetersiz kalışını ve dış, bağımsız izlemeye duyulan ihtiyacı ortaya koymaktadır.

### **C. KURUMUN KENDİ HİYERARŞİSİ DIŞINDA BİR YAPI TARAFINDAN GERÇEKLEŞTİRİLEN DENETİMLER**

Kurumun kendi hiyerarşisi dışında bir yapı tarafından gerçekleştirilen denetimler kurumların kendi idari denetimlerini gerektiren mekanizmaların dışında, bürokratik olarak o kurumun hiyerarşisi içinde yer almayan ancak yönetsel yapı içinde yer alan mekanizmalar tarafından yapılan denetimleri ifade etmektedir.

**İl ve ilçe kurulları,** İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının Kurulu, Görev ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelikle oluşturulmuştur.

İl ve İlçe Kurulları Yönetmeliğinin 12. maddesinin (f) bendi uyarınca kurullar, insan hakları uygulamalarını yerinde görmek amacıyla ilgili kurum ve kuruluşlara ziyaretler gerçekleştirebilirler. Bunun için bir şikâyet yapılmış olması gerekli değildir.

İnsan Hakları Başkanlığı tarafından hazırlanan 2007 yılı raporuna göre insan hakları kurulları bu yıl içinde on binden fazla alıkonulma ziyareti yapmıştır.

Başkanlığın 2007 yılı raporunda belirtilen ziyaretlerden bir kısmı Diyarbakır İl İnsan Hakları Kurulu tarafından yapılmıştır. 2007 yılı Diyarbakır İl İnsan Hakları Kurulu

636 477 Sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Kanunu, m.38. RG: 26.6.1964, S. 11738.

637 Diyarbakır İl İnsan Hakları Kurulu Raporu, Sayfa 8

faaliyet raporunun “D.Araştırma ve İzleme Faaliyetleri” başlığı altında, 1 numaralı faaliyette İl Kurulu tarafından toplam 21 ziyaret yapıldığı bilgisi yer almakta ve ilçe kurullarınca herhangi bir ziyaret gerçekleştirmediği belirtilmektedir.<sup>637</sup> Aynı raporun devamında yer alan tabloda ise hangi yerlere kaç haberli/habersiz ziyaret yapıldığı rakamlarla verilmektedir.<sup>638</sup> Bu tabloda jandarma karakolu/nezarethanelerine 1 haberli, emniyet karakolu/nezarethanelerine de 2 haberli ziyaret yapıldığı bilgisi verilmiştir.

Jandarma karakolu/nezarethanelerine ile emniyet karakolu/nezarethanelerine toplam 3 ziyaret yapıldığını belirten bu tablodan sonra raporda, yapılan ziyaretlerin tarihleri, kimlerin katıldığı ve nelerin saptandığı/tavsiye edildiğine ilişkin bir tablo daha yer almaktadır. Bu tabloya göre il insan hakları kurulu, belirtilen alıkonulma yerlerine 66 ziyaret gerçekleştirmiştir.<sup>639</sup>

Tablo incelendiğinde; bir gün içinde iki ayrı ilçede jandarma ve emniyet nezarethaneleri olmak üzere 4 ziyaret gerçekleştirildiği (30 Ocak 2007’de Çınar ve Silvan emniyet amirliği ve jandarma karakolu); bir gün içinde üç farklı ilçede, ikisinde iki yer olmak üzere toplam üç ziyaret yapıldığı (31 Ocak 2007’de Çüngüş ve Dicle emniyet amirliği ve jandarma karakolu, Eğil jandarma karakolu); aynı yerin peş peşe iki gün ve ayda üç kez ziyaret edildiği (1,2 ve 31 Mayıs 2007 tarihlerinde Dicle emniyet amirliği); Silvan ilçe emniyet amirliğinin on ay içinde on bir kez ziyaret edilmiş olduğu görülmektedir.

Aynı rapor içindeki rakamlar ve açıklamalar arasındaki çelişkili durumu yorumlamak oldukça güçtür. Yanısıra, bu ziyaretlerin tümünde “nezarethanenin standartlara uyduğu, jandarma görevlisinin görevini ihmal etmediği, kayıtların sağlıklı tutulduğu, tespit edilmiş olup, fiziki mekânların iyi olduğu gözlemlendiği” dikkate alındığında aynı karakola defalarca, bazen de bir gün sonra ziyaret yapılmış olmasını anlamak mümkün değildir. Yine sunulan verilerden ziyaretlerin hiçbirinin derinlemesine inceleme niteliği taşımadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle yapılan saptamanın sınırlı bir bilgiye dayandığı gözlenmektedir.

İstanbul İl İnsan Hakları Kurulu ve Kadıköy İnsan Hakları Kurulu da birlikte inceleme ziyaretleri yapma kararı almışlar ve bu kararlarını 12 Mayıs 2008’de yaşama geçirmişlerdir. Kurul üyeleri 12 Mayıs günü saat 14.00’te bir araya gelerek önce bir toplantı yapmışlardır. Daha sonra Kadıköy İlçe Emniyet Müdürlüğü İskele Polis Merkezi Amirliği ziyaret edilmiş, Polis Merkezinin ve nezarethanenin fiziki şartları incelenmiş ve yürütülmekte olan işlemler hakkında bilgi alındıktan sonra SHÇEK Semiha Şakir Çocuk Yuvası ziyaret edilmiş, kurumun fiziki şartları incelenerek kurum müdüründen yuvanın ihtiyaç ve sıkıntıları hakkında bilgi alınmış, çocuklarla görüşülüp, hediyeler verilmiştir.<sup>640</sup>

İl ve İlçe Kurulu üyelerinin, öğleden sonraki bir saatte bir araya gelerek daha sonra iki kurumu ziyaret etmiş olmaları, bu kadar kısa zamanda gerçekleşen bu ziyaretlerin, aslında nezaket ziyaretlerinden öteye geçmediğini ve aşağıda açıklanacak olan ziyaret ölçütlerine uymadığını açıkça ortaya koymaktadır.

Bununla birlikte il ve ilçe kurullarının gerçekleştirdiği bazı ziyaretler olumlu örnek olarak gösterilebilir.

638 TABLO-5/a: Ziyaret Edilen Kurumlar (Genel), sayfa 40

639 TABLO-5/c:Karakol ve Nezarethane Denetim ve Ziyaretler Raporu, sayfa 25-29

640 <http://www.istanbul.gov.tr/?pid=12346>

Bu örneklerden biri İzmir'in Urla ilçesinde bulunan Barbaros Çocuk Köyünde kalan çocukların cinsel taciz ve tecavüze uğradıkları, dolayısıyla "kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı" ve "çocuk haklarının" ihlal edildiği iddialarını araştırmak için İzmir Valiliği İnsan Hakları İl Kurulu üyelerinin yaptığı incelemidir.<sup>641</sup>

Malatya Çocuk Yuvasında yaşanan olayların ardından İnsan Hakları Başkanlığı benzer bir incelemenin yapılmasını Malatya İl İnsan Hakları Kurulu'ndan istemiştir.<sup>642</sup>

Her iki örnekte de incelemeler, yaşanan sorunlar ciddi boyutlara ulaştığında, kamuoyu sorun hakkında bilgilendikten, basın ve medyanın ilgi odağı olduktan sonra gerçekleştirilmiştir. Gerçekte kurullardan beklenen ise görünmeyen, bilinmeyen ihlallerin tespit edilmesi ve araştırılması, önleme işlevini de yürütmesidir.

Yine, Türkiye'de bunun dışında çok sayıda vakada il ve ilçe kurullarının benzer bir inceleme yapması ihtimali göz önünde tutulduğunda, bu örneklerin yetersiz olduğu düşünülmektedir.

Olumlu örneklerin yanısıra İnsan Hakları İzleme Örgütü tarafından "Türkiye: Polis ve Jandarma Karakollarında Bağımsız Denetime Doğru Adımlar" isimli bilgilendirme çalışmasında da belirtildiği üzere kurulların tümü tarafından uygulanan standart bir model bulunmamaktadır.<sup>643</sup>

Aynı bilgilendirme çalışmasında, İnsan Hakları İzleme Örgütü "bir çok kurul temsilcisi, gözaltındakilere ne genişlikte mekanlar, hangi miktarlarda havalandırma veya ışık verilmesi gerektiği, hangi yiyecek ve hijyen koşullarının kabul edilebilir olduğu gibi ayrıntıları içeren net tavsiyeler, uyulması gereken bir kıstaslar listesi de dahil olmak üzere, ziyaretleri nasıl yapmaları gerektiğine dair kılavuz bilgilerine ihtiyaçları olduğunun" belirtildiğini aktarmaktadır.

Nitekim İnsan Hakları Başkanlığı'nın 2007 yılı raporunda konunun öneminin kurullarca yeterince algılanmadığı belirtilerek "kurulların, alıkonulma yerlerine önleyici ziyaretler yapılması konusunda oldukça pasif kaldıkları" değerlendirmesi yapılmaktadır.<sup>644</sup> Ayrıca ziyaretlerin düzenli, haberli ve habersiz bir şekilde gerçekleştirilmesi tavsiye edilerek ziyaretleri gerçekleştirecek kişilerin ise ziyaretlerin mahiyetine göre alanında uzman, insan hakları ve ziyaretlerin nasıl yapılacağı konusunda bilgili olmaları gerektiği belirtilmektedir.<sup>645</sup>

Bununla birlikte, il ve ilçe insan hakları kurullarının ziyaret yetkileri habersiz ziyaretleri kapsamakla birlikte bu yetkinin kullanımında ve dolayısıyla da alıkonulma yerlerine erişimde sorunlar yaşandığı bilinmektedir.

Örneğin İzmir İl İnsan Hakları Kurulu Cezaevi ve Gözaltı Birimleri İzleme Grubu, İzmir Kırıklar 2 No.lu F Tipi Cezaevi'nde izleme yapmak üzere Başsavcılıktan ziyaret

---

641 Anılan raporun eksikleri bulunmakla birlikte, raporun olayın farklı taraflarının çıkarlarını dikkate alması ve yargı sürecine müdahale etmekten kaçınması takdir edilmelidir. Rapor yayımlanmamıştır, yazarlarda mevcuttur. (AYNI SORU...)

642 İnsan Hakları Başkanlığı'nın Ekim 2005 tarih ve B.O2.o.İHB.567.03 sayılı yazısı.

643 İnsan Hakları İzleme Komitesi (2006), Türkiye: Polis ve Jandarma Karakollarının Bağımsız Denetimine Doğru İlk Adımlar, (New York: HRW), s. 9-10, <http://hrw.org/backgrounder/eca/turkey0306/turkey0306turk.pdf>; İHB 2007 Raporu s.15

644 İHB 2007 Raporu s.15 ve İnsan Hakları İzleme Komitesi, s. 8.

645 İHB 2007 raporu s. 16



izni almış ve 14 Kasım 2005 günü ilk ziyaretini yapmıştır. Bu ziyaret sırasında, Kurula yapılan başvurular çerçevesinde ilgililerle görüşülmüştür. İzleme faaliyetinin tamamlanması için ikinci kez 6 Aralık 2005 tarihinde aynı cezaevine tekrar gidildiğinde Cezaevi Müdürü tarafından, iznin bir defaya mahsus olduğundan bahisle Grubun cezaevine girişine izin verilmemiştir. Bu tarihten itibaren gösterilen çabalar sonucunda bir sonraki ziyaret ancak 17 Kasım 2006 tarihinde gerçekleşebilmiştir.<sup>646</sup>

İl ve ilçe insan hakları kurullarının yapmış olduğu ziyaretlerin sayısı İnsan Hakları Başkanlığı tarafından yayınlanan 2007 raporunda, gerçekleştiği belirtilen on bini aşkın ziyaretin % 35'i haberli, % 65'i ise habersizdir.<sup>647</sup>

Bununla birlikte, valiye bağlı emniyet birimlerinin ziyaretinin valinin başkanlığında bir kurul tarafından yapılması, ziyaretlerin hangi ölçüde ve gerçekten “habersiz” olduğu konusunda soru işaretlerine neden olmaktadır. Nitekim İnsan Hakları İzleme Komitesi, bir baro temsilcisine atfen, sürpriz olması gereken bir ziyaret sırasında, polis yapılacak ziyaretten açıkça haberdar olduğunu gösteren resmi bir tören düzenlediğini not etmektedir.<sup>648</sup>

**Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları**, aynı ismi taşıyan yasa ile kurulmuştur. Yasanın 6. maddesine göre kurullar hem infaz kurumlarını hem de bu kurumlardaki infaz ve ıslah uygulamalarını inceleyebilecektir.

Ancak, kurulların işleyişine ilişkin yönetmelik, ziyaretlerin ilgili Cumhuriyet başsavcılığına bildireceğini, ziyaretler için gereken ulaşım aracının olanaklar ölçüsünde Cumhuriyet başsavcılığınca sağlanacağını belirterek<sup>649</sup> habersiz ziyaret ihtimalini ortadan kaldırmaktadır. Kanun ve yönetmelikte yazmayan ayrıntılı bir görev tanımı Bakanlık tarafından yayımlanan “Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları El Kitabı”nda bulunmaktadır.<sup>650</sup>

Cezaevi kurullarının ihlal bildirimleri üzerine kendiliğinden (suo muto) ziyaret yapması yasa ve yönetmelikte yer almamaktadır. Bununla birlikte, Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanan el kitabında, izleme kurullarının “İsyan, rehin alma gibi önemli bir olayın olması halinde, kuruma giderek olay sonuçlanıncaya kadar” izleme yapacağı belirtilmektedir.<sup>651</sup> Özellikle ölüm oruçları sırasında etkili bir şekilde kullanılabilecek bu tip ziyaretlerin yapıp yapılmadığı bilinmemektedir.

Cezaevi kurullarının ziyaret raporları yayınlanmadığı için yıllık ziyaret sayıları bilinmemektedir.<sup>652</sup> Diyarbakır İl İnsan Hakları Kurulu'nun, yıllık raporunda belirtildiği kadarıyla Diyarbakır'da çalışan cezaevi kurulu 2007 yılında dört ziyaret yapmıştır. Bununla birlikte bu ziyaretlerin ayrıntıları ve sonuçları konusunda herhangi bir bilgi bulunmamaktadır.

---

646 Kırklar 2 No.lu F Tipi Cezaevi'ne 14 Kasım 2005 ve 17 Kasım 2006 tarihlerinde yapılan, 02/0107 No.lu ziyaret raporu.

647 İHB 2007 raporu s.15

648 İnsan Hakları İzleme Komitesi, s. 14.

649 Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları Yönetmeliği, RG: 07.08.2001, S. 24486, md. 8.

650 Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları El Kitabı (2003), Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, (Ankara: Adalet Bakanlığı).

651 Aynı yerde, s. 8.

Kurumun kendi hiyerarşisi dışında gerçekleştirilen bu denetimler, ziyaret yetkisine sahip olsalar bile devlet bürokrasisi içinde hareket etmeleri, mali bağımsızlıklarının yanısıra idari olarak bağımsızlıklarının bulunmaması gibi nedenlerle ziyaret yetkilerininin gereklerini etkin biçimde yerine getirmemektedirler.

#### **D. YASAMA ORGANI DENETİMİ**

**TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu**,<sup>653</sup> “dünyada ve ülkemizde insan haklarına saygı ve bu konudaki gelişmeleri izlemek suretiyle uygulamaların bu gelişmelere uyumunu sağlamak ve başvuruları incelemek” üzere Meclis bünyesinde kurulmuştur.

Komisyonun yetkilerininin düzenlendiği kuruluş Yasasının 5. maddesi, “Bakanlıklarla Genel ve Katma Bütçeli Dairelerden, mahalli idarelerden, muhtarlıklardan, üniversitelerden ve diğer kamu kurum ve kuruluşları ile özel kuruluşlardan bilgi istemek ve buralarda inceleme yapmak, ilgililerini çağırıp bilgi almak” yetkisi tanımaktadır. Komisyon, gerekli gördüğünde Ankara dışına da çıkabilecektir.

Meclis İnsan Hakları Komisyonu olarak da bilinen bu mekanizma Dr. Sema Pişkin-süt’ün başkanlığını yürüttüğü dönemde, 1998-2000 yıllarında 12 ilde çok sayıda alıkonulma yeri ziyareti gerçekleştirmiş, bu ziyaretlerde 4 bin 200 kişi ile görüşülmüş ve devamında da ziyaret raporları yayınlamıştır.<sup>654</sup>

Bu ziyaretlerin ilk bölümü 1998 yılında gerçekleşmiştir. İki yıl sonra, aynı alıkonulma yerleri tekrar ziyaret edilmiş ve aradan geçen zamanda herhangi bir gelişme olup olmadığına bakılmıştır.

Bu ziyaretlerin tümü habersiz gerçekleşmiştir.

Meclis İnsan Hakları Komisyonu’nun kuruluş amacı çok daha geniş olup alıkonulma yerlerine önleme ziyareti yapılmasına odaklanmış olmasa da belirtilen dönemdeki faaliyetleri bu zeminde gerçekleşmiş ve son derece etkili sonuçlar doğurmuştur.

Ancak ne yazık ki Komisyon çalışmaları, Komisyon tarafından saptanan ihlal vakalarındaki mağdurların isimlerinin, kişilerin bu konuda rızaları olmaması nedeniyle Yargıtay Başsavcılığı’na bildirilmemesi sonucunda Komisyon başkanına açılan davayla ciddi biçimde sekteye uğramıştır.

#### **E. DIŞ DENETİMLER**

Dış denetimler, yönetsel yapının tamamen dışındaki yapılar tarafından gerçekleştirilen denetimlerdir. Barolar ve tabip odaları gibi meslek odaları, insan hakları alanında çalışan örgütler, sendikalar gibi kuruluşlar bu izleme ziyaretleri ve ardından raporlama çalışmaları yürütebilir.

Ancak Türkiye’de bu yönde yapılan çok az çalışma vardır. Bağımsız gruplar tarafından yapılan çalışmaların, yetkililer tarafından genellikle “tarafli” olarak algılanması

652 Yasada yapılan değişikliklerle raporlara ilişkin genel bilgiler Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanacaktır.

653 Kanun Numarası: 3686, Kabul Tarihi: 05/12/1990, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 08/12/1990, Yayımlandığı Resmi Gazete Sayısı: 20719

nedeniyle yetkililer işbirliğine yanaşmamakta ve bu nedenle de bu tür çalışmaların yaygınlaşması, uzun erimli ve sistematik biçimde yapılması mümkün olmamaktadır. Yetkililerin, işkence ve kötü muamele alanında çalışan devlet dışı kuruluşlarla çalışması daha çok alıkonulma yerlerinde, özellikle de cezaevlerinde ciddi ve acilen çözülmesi gereken bir sorun olduğunda arabuluculuk isteme biçiminde olmaktadır.<sup>655</sup>

Ziyaretler konusunda bilinen az sayıda örnekten biri İzmir Barosu İşkenceyi Önleme Grubunun deneyimleri ile ilgilidir. 2001-2004 yılları arasında işkence ve kötü muamele vakalarının önlenmesi ve mağdurlara hukuksal yardım verilmesi konusunda çalışan ve bu dönemde başvuru alan İzmir Barosu İşkenceyi Önleme Grubunun deneyimleri özellikle önleyicilik işlevi bakımından önemlidir. Grup bu işlevin yerine getirilmesinde iki önemli yol izlemiştir. Bunlardan birincisi; devam etmekte olan işkence ve kötü muamele iddiası vakalarında derhal ilgili karakol ya da birime giderek müdahalelerde bulunulması, ikincisi ise özellikle sorunlu olarak bilinen birimlerin ziyareti ve yetkililerle yapılan görüşmelerdir. 2003 yılı Mayıs ayında Gümüşpala Polis Karakolu'na yapılan habersiz ziyaret örnek olarak verilebilir.<sup>656</sup>

Bu örneğin yanısıra özellikle meslek odalarınca cezaevlerine yapılan az sayıda ziyaretten bahsedilebilir. Ancak Türkiye'de, şu ana kadar habersiz bir ziyaret gerçekleştirebilmiş devlet mekanizması dışında herhangi bir kuruluş bulunmadığı gibi izinli/haberli yapılan ziyaretlerde bile çeşitli sorunlar yaşanmıştır.

Örneğin Ankara Tabip Odası, Ankara Sincan Ceza İnfaz Kurumu içerisinde bulunan tutuklu ve hükümlülerin yanısıra bu kişilerin yakınları ve avukatları tarafından çeşitli zamanlarda, cezaevindeki sağlık koşullarının olumsuzluklarına ilişkin iletilen yakınımlar üzerine Adalet Bakanlığı Genel Müdürlüğünden aldığı izinle 19 Kasım 2007 tarihinde, cezaevine bir ziyaret düzenlenmiştir.

Genel Müdürlük izni ile yapılan bu ziyaret sırasında Sincan Cezaevi'nin tamamını ziyaret etmek istemelerine rağmen, şikâyet başvurularının yoğun olduğu F1 ve L1 cezaevlerini ziyaret etmelerine izin verilmemiştir. Ziyaret ekibi tutuklu ve hükümlülerle cezaevi yönetiminden kimsenin bulunmadığı, mahremiyete uygun bir ortamda görüşme talebinde bulunmuşlar ancak bu talepleri de "Adalet Bakanlığı'nın bu konuda talimatı olmadığı" gerekçesi ile geri çevrilmiştir. Sonuç olarak ekip sadece F2 ve kadın cezaevinde sınırlı bir ziyaret gerçekleştirebilmişlerdir.<sup>657</sup>

---

654 Sema Pişkinsüt (2001), Filistin Askısından Fezlekeye İşkencenin Kitabı, (Bilgi: İstanbul).

655 Radikal, "Buca Cezaevi'ndeki isyan sona erdi", 14.10.2004, <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=131175>; Sabah, "Buca'da 12 saatlik isyan", <http://arsiv.sabah.com.tr/2004/10/15/gnd110.html>

656 "Avukatlardan Karakola Ziyaret", <http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=28922&l=1>; Birgün, "İzmir Barosu'nun Girişimi Kınandı", [http://www.birgun.net/actuel\\_2004\\_index.php?news\\_code=1102706505&year=2004&month=12&day=10](http://www.birgun.net/actuel_2004_index.php?news_code=1102706505&year=2004&month=12&day=10)



## Ek -1

### **Duruşma Gözlem Raporu**

**Duruşma tarihi: 27 Ekim 2008**

### **İZMİR 6. AĞIR CEZA MAHKEMESİ**

24 Kasım 2007 tarihinde, dur ihtiarına uymadığı gerekçesiyle vurulan ve hayatını kaybeden Baran Tursun'un ailesinin Türkiye İnsan Hakları Vakfı'na başvurusu üzerine, konuyla ilgili davaların duruşmalarını izlemekteyiz. Olaya karışan 10 polis memurunun delilleri karartmış oldukları gerekçesiyle haklarında İzmir 6. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2008/290 E. sayılı dosyası ile görülmekte olan davanın 27 Ekim 2008 tarihli ilk duruşmasına İzmir Temsilciliğini adına, gözlemci olarak katıldım.

Duruşma salonuna girdiğimde içeride bulunan resmi görevli polisler tarafından durduruldum ve ancak avukat olduğumu söylemem üzerine izleyici sıralarının bulunduğu yere geçebildim. İzleyici bölümünün yaklaşık olarak yarısı boş olmasına karşın dışarıda bekleyen ve daha sonra içeri girmeye çalışan diğer izleyicilerin içeri girmesine izin verilmedi.

Duruşmanın başlangıcında duruşmada hazır bulunanların saptanması ve ardından sanıkların kimlik tespitleri yapılarak sorgularına geçildi.

İlk sıradaki sanığın sorgulanmasından önce müdahil vekilleri, sanıkların polis olması ve aralarında astlık üstlük ilişkisi bulunması ve ifadelerini etki altında kalmadan, özgür iradeleriyle veremeyecekleri gerekçesiyle ayrı ayrı dinlenmeleri talebinde bulundu ise de bu talepleri kabul edilmedi.

İlk sanığın sorgulamasının mahkeme tarafından yapılmasının ardından müdahil vekilleri sanığa CMK m.201 uyarınca doğrudan soru sorma hakkını kullanmak istediğini belirtti ve sorularını yöneltmeye başladı. Ancak, doğrudan soru sorma girişimi iki biçimde sürekli olarak sekteye uğradı;

Mahkeme Başkanı, ilk sanığın sorgusu sırasında olmak üzere ve daha sonra da duruşmanın ilerleyen aşamalarında "mahkemenin aynı gün duruşması yapılacak on üç dosyası daha bulunduğu, bu davanın aslında ayrı bir günde duruşma açılarak görülmesi gerektiği, ancak bunun farkına varılmadan diğer davaların duruşmaları ile aynı güne duruşma verilmiş olduğu, sırada başka dosyalar da olması nedeniyle bu dosyada yapılacak sorguların fazla uzamaması gerektiği, aksi takdirde bu davanın akşama kadar süreceği konusunda uyarılarda bulundu.

Müdahil vekillerinin, sanıkların varestede tutulmaması durumunda sanıklara yöneltilen soruları bir sonraki celsede yöneltebileceklerine ilişkin beyanda bulunmaları üzerine mahkeme başkanı ile mutabık kalınmasına karşın gerek müdahil vekillerinin ve gerekse başkanın beyanları tutanağa geçirilmediği için bu konudaki belirsizlik ve do- layısıyla müdahaleler duruşmanın sonuna kadar devam etti.

Savcılık, doğrudan soru tekniği ile yöneltilen soruları konuyla ilgisiz olduğuna iliş- kin itirazlarını sürekli olarak yineledi.

İlk sanığın sorgusu sırasında sanığa doğrudan yöneltilen sorular nedeniyle savcının itirazları üzerine mahkeme heyeti müdahil vekilinin sanığa yöneltmekte olduğu so- ruların konuyla ilgisiz olduğu görüşüne vardıklarını açıklayarak duruşma tutanağına yazdırdı.

İkinci sanığın sorgulanması sırasında müdahil vekilleri, sanıklara soru sorma konu- unda mahkemenin kendilerinden taleplerini dikkate aldıklarını, sanıklara sormaları gereken çok sayıda soruları olduğunu ancak sanıkların varestede tutulmamaları duru- munda sorularını bir sonraki celsede soracaklarını belirtti. Ancak savcılığın böyle bir usul kuralı olmadığını bildirmesi üzerine mahkeme heyeti **duruşmaya ara verdi** ve iç odaya geçti. Duruşmaya verilen bu ara tutanaklara geçmediği gibi heyet duruşma salonuna geri döndüğünde, vardıkları kanaat konusunda taraflara herhangi bir açık- lama yapmaksızın, sorgusu başlayan ikinci sanık yerine birinci sırada olan sanığı aya- ğa kaldırdı ve müdahil vekillerine dönerek sorularını sormalarını istedi.

Müdahil vekilleri sorularını yöneltmeye başladıkları sırada, mahkeme başkanı ve sav- cı arasında oturmakta olan üye yargıç, izleyici sıralarından da duyulacak biçimde, **“sanık susma hakkını kullanır, olur biter”** diyerek sanığı yönlendirdi. **Sanık da bu soruya cevap vermek istemediğini, susma hakkını kullanacağını belirtti.** Sanığın bu beyanı üzerine müdahalede bulunan üyenin güldüğü görüldü. Aynı olay müdahil vekilinin bu sanığa yönelttiği ikinci soruda da benzer biçimde cereyan etti; üye sanı- ğın **cevap vermeme hakkı olduğunu ve sanık da soruya yanıt vermeyeceğini be- lirtti.**

Müdahil ve müdahil vekillerinin ısrarlı taleplerine karşın **üyenin müdahaleleri du- ruşma tutanağına geçirilmedi.**

Ayrıca, müdahil vekillerinin “mahkeme başkanının zaman yetersizliği gerekçesiyle müdahil vekillerinin sözlerini sürekli olarak kesmesi, C. Savcısının müdahil vekille- rinin taleplerine doğrudan ya da oturduğu yerden sürekli olarak müdahale etmesi, üye yargıcın sanıkları sorulara cevap vermemeye yönlendiren tavrı nedeniyle sağlıklı bir yargılama yapılamayacağı, duruşmanın mahkeme başkanının inisiyatifinde ve yö- netiminde sürdürülmesi ve duruşmanın başka duruşma olmayacak bir güne bırakıl- ması halinde sağlıklı bir yargılamanın yapılabileceği” yönündeki itirazları dikkate alınmadı ve ayrıca **tutanağa da geçirilmedi.**

Ayrıca mahkeme tarafından ne müdahil vekillerinin ve ne de savcının talebi konusun- da bir karar verildi.

Bunu izleyen aşamada mahkeme, müdahil vekillerinin soru yöneltmekte olduğu ilk sanık yerine bir sonraki sanığın sorgusuna geçti. Müdahil vekillerine, başka soruları olup olmadığı sorulmadığı gibi ilk sanığa başka soru sorulmasına gerek olmadığı yö- nünde de herhangi bir karar verilmedi.

Mahkeme, sırasıyla sanıkların sorgusuna devam etti. Murat isimli sanığın sorgusu sırasında yukarıda belirtilen mahkeme üyesi birdenbire duruşma salonunda duruşmayı izlemekte olan bizlere dönerek **”ne gülüyorsunuz... çıkarın bunları dışarı... başkan uyarın, gülenler var, böyle duruşma yapılmaz, çıkarın bunları“ dedi ve elini şiddetli bir şekilde kürsüye vurarak ayağa kalktı. ”Yazıklar olsun, burayı ne hale getirdiniz, bir yandan izleyiciler, bir yandan şeyler (müdahil vekillerinin oturduğu tarafa baktı), gerekirse ben bu davadan çekileceğim” dedi ve cübbesini çıkararak duruşma salonunu terk etti.**

Duruşma salonundaki herkes bu duruma son derece şaşırıldı çünkü salonda bulunan herkes hiç ses çıkarmadan ifade vermekte olan sanığı dinlemekteydi. Salonda görevli polisler bile ayağa kalkıp kimin güldüğünü anlamaya çalıştı fakat gülen kimse olmadığı için böyle birini bulmaları mümkün olmadı.

İlk şaşkınlık geçtikten sonra müdahil vekilleri mahkeme başkanından bu durumun tutanağa geçirmesini talep etti ancak başarılı olamadılar. Başkan, “durun bir dakika” dedi diğer üye yargıçla birlikte, **duruşmayı terk eden üyenin arkasından, duruşma salonundan çıktı.**

Bu sırada polis memurları salonda bulunan herkesi dışarı çıkarmaya çalıştı ancak mahkemenin gizlilik kararı vermediği, avukat olduğum ve dışarı çıkmayacağımı söylemem üzerine bir başka meslektaşla birlikte salonda kaldım.

Heyet, oldukça uzun bir süre sonra salona döndü. Bu sırada duruşma beklemek üzere salona giren birkaç avukat dışında salona başka izleyici alınmadı.

Heyet yerini aldıktan sonra, salonu terk etmiş olan üye herhangi başka bir işlem yapılmaksızın, davadan çekindiğini duruşma tutanağına yazdırdı. Başkan, savcıdan görüşünü sordu. Müdahil vekilleri kendilerinden de görüş alınması gerektiğini ancak bundan da önce, ara verilmesi öncesinde duruşma salonunda olanların tutanağına geçirilmesi gerektiğini beyan ve talep ettilerse de üyenin beyanları, cübbesini çıkarıp salonu terk etmesi tutanağına geçmedi.

**Söz alan müdahil vekilleri, üyenin çekinmesi konusundaki görüşlerini ortaya koyarken ilgili üye “...ben bunları dinlemek zorunda değilim, ben çekildim... tutanağın bu bölümünü ben imzalamam... ben çıkıyorum” diyerek bir kez daha ayağa kalktı ve cübbesini çıkarma girişiminde bulundu.**

**Mahkeme başkanı üyeyi engellemeye çalıştıysa da başarılı olmadığı için önce söz konusu üye ve daha sonra da başkan ve diğer üye duruşma salonundan bir kez daha çıktı.**

Başkanın bir ara savcuyu çağırdığı, savcının kısa bir süreliğine salondan çıkıp geri döndüğü görüldü.

**Heyet kısa bir süre sonra salona geri döndü ve başkan duruşmanın bitmesi anlamına gelen biçimde kararı yazdırmaya başladı. Müdahil vekilleri, duruşma salonunda yaşananların tutanağına geçirilmesi konusunda ciddi müdahalelerde bulundular, tutanağın gerçeğe uygun biçimde ve eksiksiz yazılmasının başkanın yükümlülüğü olduğunu, bir mahkeme başkanının bunu yapmamasının ciddi bir durum olduğunu belirttiler.**

**Bunun üzerine başkan, müdahil vekillerinin itirazlarını karar yazıldıktan sonra**

**tutanağa kısa bir biçimde geçirdi.**

Bu tutanağı, duruşma sırasında almış olduğum notlara dayanarak duruşma sonrasında geldiğim Türkiye İnsan Hakları Vakfı İzmir Temsilciliğinde düzenledim.

27.10.2008, Av. Hülya ÜÇPINAR



## Ek -2

### Duruşma Gözlem Raporu

Duruşma tarihi: 10 Eylül 2008

#### İSTANBUL 7. AĞIR CEZA MAHKEMESİ 2005/273 E

Dosya İstanbul 5. Ağır Ceza Mahkemesinde görülürken, müşteki tarafın aynı mahkemede başka bir dosyaları olması ve o dosyada müştekilerin reddi hâkim yapmış olmaları nedeniyle, mahkeme bu dosya açısından da tarafsızlığını yitirdiği (müşteki tarafla aralarında husumet olduğu gerekçesiyle) dosyadan çekilmişler. Bu nedenle dava 7. Ağır Ceza Mahkemesinde görülüyor. Duruşma salonu küçük ve fiziki koşulları yetersiz... Tanıklar dinlenirken diğer tüm tanıklar duruşma salonundaydı. Hiçbirisi dışarı çıkarılmadı.

Duruşmanın başında mağdur A dinlendi. Kendisi de mağdur olmasına rağmen şikâyetçi olmadığı için tanık sıfatıyla dinlendi. Karşı taraftan korktuğu ve yaşadığı travmanın etkisi sebebiyle şikâyetçi olmadığını söyledi. Aynı zamanda yazılı olarak ifade hazırlamış, dosyaya sunuldu. Mahkeme tanık A'yı (ve tüm tanıkları) kürsünün önüne çağırıp kendisine ayrıntılı sorular sorarak ifadesini aldı. Söylediği her şeyi zapta geçirdiler. Karışıklık olan yerlerde ya da tam anlatılamayan konuları tekrar sorarak, açıklattırarak tutanağa geçirdiler.

Müşteki avukatları tanığa kimi sorular sordular ancak doğrudan soru sorma yöntemini kullanmıyorlar heyete sorduruyorlar. Sanık avukatları da aynı şekilde doğrudan soru sormuyor. Yalnızca tanığın “ diğer müştekiler hastanelik oldu ve onlara ilaç verildi” sözünü zapta geçirmedi.

Sanık avukatları sürekli saldırgan tavırlar sergiliyorlar. Adil Serdar Saçan, iki avukatın da abisiymiş bu nedenle sanıktan bahsederken hem müvekkil hem de abimiz ifadelerini kullandılar.

Tüm duruşma boyunca avukatlar sürekli karşılıklı tartıştılar. Bir taraf diğerini işkenceci olmakla diğer taraf da cemaatçilikle suçluyor ancak bu tartışmalar tutanağa yansımada. Sanık avukatları ısrarla “Adnan Hocacılar aynı zamanda sanık olarak yargılanıyorlar ve o davadan ceza almamak için işkence iftirasında bulunuyorlar iddiasını gündeme getirdi.

Sanık avukatı Serkan Saçan müşteki Alev'e “sen hırsız mısın?” diye sordu ancak tutanağa geçmedi.

Sanık avukatları soru sormak için söz alıyor ancak soru sormayıp hem esasa ilişkin beyanda bulunuyor hem de müşteki ve mağdurlara sözlü saldırıda bulunuyor. Mahkeme heyeti pasifleşti duruşma düzenine müdahale etmiyorlar. Müşteki vekilleri de sanık vekillerine çok fazla müdahale de bulunmuyor.

Müşteki Meltem: hem yazılı olarak hazırlamış hem de sözlü olarak ifade verdi. Uyumsuz olan noktalar mahkeme başkanı tarafından açıklattırılarak giderildi. Sanık vekilleri soru sorma iddiasıyla saldırılarına müşteki Meltem dinlenirken de devam ettiler.

Tanık S, sanıkların tanığı olarak dinlendi. Müştekilere iki tanesinin annesi... Çocukları kendisiyle görüşmüyormuş. Bu mesele basının da yakından takip ettiği bir meseleymiş. Tanık S pek çok programa katılıp “Adnan hocacılar çocuklarımı kaçırdı” gibi sözler söylüyormuş. Tanık “kızımı göremiyorum, bana göstermiyorlar” diyince salon karıştı. Salonunda kızlarından birisi bulunuyormuş annesiyle tartışma yaşadılar ancak tutanağa geçmedi. Sanık avukatları bu tanığın dinlenmesinin ardından “ Adnan Hocacılar örgüttür, işkence davası haksızdır” dediler. Genel olarak iddiaları bir örgüt ya da örgütlü bir kişi işkence iddiasında bulunuyorsa yalan söylüyordur şeklinde. Bu iddiayı sık sık dillendirdiler ancak tutanağa yansımada.

Tanık T, Katılan tanığı... Hâkim tüm beyanlarını aynen zapta geçti. Müştekiye “sana neden işkence yapıldı?” diye sordu. Kanımca sordurulmaması gereken bir sorudur.

Sanık avukatı Serkan Saçan müşteki avukatına “Yargıtay size örgüt diyor ben de örgüt diyorum” dedi. Zapta geçmedi. Sanık vekili tanığa “Hasan, Kartal, bunların örgütteki konumu nedir herkes bunlardan bahsediyor” diye sordu.

Tanık T dinlendikten sonra vekiller arasında kavga çıktı. “senin tanığın spariş tanığı, işkenceci avukatı, cemaatçi...” gibi sözler söylediler karşılıklı. Ancak bunların hiçbirisi tutanağa geçmedi. Müşteki K ile sanık avukatı Serkan Saçan kavga ettiler. Kim milliyetçidir tartışması yaşandı. Müşteki “ben milliyetçiyim işkenceyi hak etmedim”e benzer ifadelerde bulundu. Sanık vekili de “sen milliyetçi olamazsın, benim abim de milliyetçi” türünde sözler sarf etti. Ancak tutanağa geçmedi. Sanık avukatları sürekli bağırarak konuşuyorlar ve salondaki herkesi taciz ediyorlar. Müşteki K'nin annesi ile de bir ara tartıştılar. (Müşteki K'nin annesi izleyici tarafında oturuyor. Sanık avukatlarına çok yakın bir noktada. Duruşma boyunca sürekli konuşarak ve sanık vekillerine “işkenceci” diyerek sanık vekillerini taciz etti. Ancak mahkeme heyeti bu durumu fark etmedi.) Sanık avukatı müştekiye (K'ye) “yalancılarla işimiz yok” dedi zapta geçmedi. Yaklaşık 15 dakika taraflar” sen şunu dedin zapta geçsin” ,”o zaman sen şunu dedin zapta geçsin” şeklinde tartıştılar. Sanık avukatı Serkan Saçan başkana “zapta geçmezseniz sizi şikâyet ederim” dedi. Üye hâkimlerden birisi avukatlara “hepimiz kardeşiz, yapmayın birbirinizi üzme” şeklinde nasihatte bulundu. Sonrasında gerilim düştü ve duruşma bitti.

TIHV adına gözlemde bulunan

Av. EMEL SAYIN

**Duruşma Gözlem Raporu**

**Duruşma tarihi: 11 Şubat 2008**

**BEŞİKTAŞ 14. AĞIR CEZA MAHKEMESİ**

**DURUŞMANIN KONUSU:** Agos Gazetesi Genel Yayın Yönetmeni Hırant Dink'in 19.01.2007 tarihinde öldürülmesi olayı ile ilgili olarak yapılan yargılama

**DURUŞMANIN YAPILDIĞI YER:** Beşiktaş 14. Ağır Ceza Mahkemesi Duruşma Salonu / ISTANBUL

**DURUŞMAYA KATILAN KİŞİ VE KURUMLAR:** Türkiye-AB Karma Parlamento Komisyonu Eşbaşkanı Joost Lagendijk, ÖDP milletvekili Ufuk Uras, CHP'li milletvekillerinden oluşan heyet, Türkiye İnsan Hakları Vakfı, sanıklar ve müdafileri, müdahiller ve vekilleri, ...

**DURUŞMA**

Duruşma saati 10.00 olarak duyurulmasına karşın 11.45 civarında başladı. Duruşmanın birinci bölümünde sanık müdafilerinin tamamı duruşmaya alınırken müdahil vekillerinden yalnızca "**listede adı olduğu**" iddia edilenler duruşma salonuna alınmıştır. Salonun kapısında bekleyen görevli polis memurları, mahkeme başkanının bu doğrultuda kendilerine talimat verdiğini beyan ederek dosyada vekâletnamesi bulunan yaklaşık 60-70 kadar müdahil vekilini, sanık O.S. için görevlendirilmiş bulunan sosyal hizmet uzmanını ve mahkeme tarafından ihtaratla çağırılan bir tanığı salona almamışlardır. Daha sonra müdahil vekili olan ve kapıda bekletilerek içeriye alınmayan avukatların ısrarıyla sosyal hizmet uzmanının duruşmaya alınması sağlanmıştır. Saat 14.30 civarında duruşmaya ara verilmiştir. Yarım saat sonra tekrar başlayan duruşmaya kapıda beklemekte olan avukatlar, görevli polis memurlarıyla aralarında yaşanan arbededen sonra girebilmişlerdir. Bu arada avukatlar polislerin fiili ve sözel saldırısına maruz kalmışlardır. Durumun mahkeme başkanına duyurulması ve kendisine bu konuda ısrar edilmesi ile bu polis memurları duruşma salonundan çıkarılmışlardır.

Her ne kadar sanık O.S. in 18 yaşından küçük olması nedeniyle duruşmaların kapalı yapıldığından bahsedilmiş olsa da bu gerekçe, başta müdahil vekilleri olmak üzere pek çok kişi tarafından müdahil vekillerinin ve sosyal hizmet uzmanının salona alınmaması için yeterli görülmedi. Avukatlarla polis memurları arasında gerginlik yaşandı. Bu durum müdahil vekilleri tarafından mahkeme başkanına aktarıldı fakat mahkeme başkanı tarafından bu eleştirilere yanıt olarak "Ben ne yapabilirim, isterseniz bahçedeki çimlerle de ben ilgileneyim" cevabını verdi. Duruşmaya 17.30 civarında ikinci ara verilmiş ve yarım saat sonra üçüncü bölüme başlanmıştır. Duruşma saat 19.00 civarında sona ermiştir.

Duruşma; Türkiye'de ilk kez uygulanan ses ve görüntü kaydıyla (dijital konferans sistemi) yapılmış, duruşmanın tamamının kamera ve ses kaydı yapılmıştır. Ancak ilk kez uygulanıyor olması nedeniyle gerek mahkeme heyeti gerekse de avukatlar zaman zaman bu teknolojiyi kullanmak konusunda zorluk çekmişlerdir. Mahkemede ayrıca bir zabıt kâtabi bulundurulmamıştır. Ancak mahkeme başkanının açıklamasına göre,

duruşma salonunun izlenebildiği bir odada kayıtları takip eden bir teknik görevli ile bir steno personel bulundurulmuştur. Duruşmaya ilişkin CD kaydı ile çözümlerin ertesi gün mahkeme kaleminden ilgili taraflarca alınabileceği belirtilmiştir.

Müdahil vekilleri, duruşma salonunda yeterli yer bulunmaması nedeniyle izleyici sandalyelerinden duruşmaya katılmışlar ve bir kısmı ayakta kalmışlardır. Duruşmanın birinci bölümü 4-5 civarında polis memuru ve 3-4 asker görevli de hazır olduğu halde yapılmış, duruşmanın ikinci bölümünde müdahil vekillerinin müdahalesi ile polis memurları; duruşmanın üçüncü bölümünde O.S. müdafisinin müdahalesi ile asker görevlilerle birlikte bekleyen ve O.S. müdafii tarafından istihbarat elemanı olduğu iddia edilen bir görevli duruşma salonundan çıkarılmıştır.

Duruşmanın birinci bölümünde sanık Erhan Tuncel, müdahil Rakel Dink'e hitaben "Bu da kendisini azize zannediyor" şeklinde konuşarak tacizde bulunmuştur. İkinci bölümde yine sanık Erhan Tuncel tuvalete gitmek için izin istemiş, görevliler eşliğinde giderken yanından geçtiği Yasin Hayal müdafii Fuat Turgut'a yaklaşp "Sana bunların hesabını soracağım" şeklinde tehditte bulunmuştur. Ayrıca duruşma sırasında Erhan Tuncel; müdahil vekillerinin hiçbir sorusunu cevaplamayacağını belirtmiş, yalnızca sanık müdafilerinin sorularına cevap vermiştir. Duruşmanın sonunda müdahil vekillerine dönerek "kusura bakmayın, size, basına sızdıracak malzeme veremedim" şeklinde konuşmuştur. Bunun dışında Yasin Hayal müdafii Av. Fuat Turgut; "Bu işler Ermeni Diasporasının işleridir. Ben Ermeni diasporasının köpeklerinin buradaki uşaklarına sesleniyorum..." şeklinde bir konuşma yapmıştır. Kendisine salondan bu sözlerinin hakaret içerdiği hatırlatıldığında da "İsteyen üzerine alsın" şeklinde yanıt vermiştir.

Mahkeme başkanı tüm bu sataşmalara etkili biçimde müdahale etmemiştir.

Sanık Yasin Hayal, duruşmada, "Olayların bu aşamaya geleceğini tahmin etmemiştim, etseydim başka türlü davranırdım" şeklinde bir beyanda bulunmuştur. Bu beyana istinaden Av. Kezban Hatemi'nin "Ne olacağını sanmıştın?" şeklindeki sorusuna Yasin Hayal'in verdiği cevap: "Ben 27 yaşındayım. Bugüne kadar bu ülkede çok insan öldürüldü, pek çok suikast yapıldı. Ben bir tek Uğur Mumcu suikastının bir de bu olayın bu kadar hadiseye neden olduğunu gördüm. Bir şey olmaz diye düşünmüştüm" olmuştur.

TİHV adına gözlemde bulunan

Av. Nazan SAKALLI