

Mevzuat ve Uygulamalar Işığında **CEZASIZLIK OLGUSU**



HAZIRLAYANLAR HÜLYA ÜÇPINAR - AYSUN KOÇ



20 YIL

TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VAKFI

TİHV Yayınları 69
İzmir, Şubat 2011

Mevzuat ve Uygulamalar Işığında
CEZASIZLIK OLGUSU

Hülya ÜÇPINAR
Aysun KOÇ



Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları: 69

**Mevzuat ve Uygulamalar Işığında
CEZASIZLIK OLGUSU**

Yazarlar
Hülya ÜÇPINAR
Aysun KOÇ

ISBN: 978-975-7217-77-0

Birinci Baskı, Şubat 2011, İzmir

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

Kapak Tasarımı
Ersan Uğur GÖR

Baskıya Hazırlık
Egetan Bas. Yay. Tan. Ltd. Şti.
Tel: 0232 421 08 96

Baskı
Dilan Matbaası - Gökhan Baki
1456 Sokak No: 23/A Alsancak-İzmir
Tel.: 0232 421 86 33

Cilt
Kardeşler Ciltevi
Tel: 0232 435 78 18



THE TURKISH HUMAN FOUNDATION FOR HUMAN RIGHTS

Bu kitap Fin İnsan Hakları STK Vakfı'nın katkılarıyla basılmıştır.



Mevzuat ve Uygulamalar Işığında CEZASIZLIK OLGUSU

Hülya ÜÇPINAR
Aysun KOÇ

İçindekiler

ÖNSÖZ	11
TEŞEKKÜR	13
GİRİŞ	17

BÖLÜM I

İŞKENCE YASAĞI21

I. TANIM VE YASAL GÜVENCE23

A. CEZA HUKUKU23

1. GENEL ÇERÇEVE23

2. SORUN ALANLARI24

a. Sistematiğe ilişkin sorunlar24

b. Faile ilişkin sorunlar26

c. Fiilin nitelendirilmesine ilişkin sorunlar27

d. Fiilin nitelendirilmesi ve öngörülen yaptırıma ilişkin sorunlar30

3. ÖNERİLER31

B. DİSİPLİN HUKUKU32

1. GENEL ÇERÇEVE32

2. SORUN ALANLARI33

a. Devlet Memurları Kanunu33

b. Emniyet Teşkilatı Mensupları35

c. Jandarma Teşkilatı Mensupları35

d. İçişleri Bakanlığı İstatistiklerinin Değerlendirilmesi35

3. ÖNERİLER37

II. İŞKENCE FİİLLERİNDE ZAMANAŞIMI38

1. GENEL ÇERÇEVE38

2. SORUN ALANLARI39

a. İşkence soruşturma ve davalarında “hızlılık güvencesi”nin yokluğuna ilişkin sorunlar39

b. Fiilin yanlış nitelendirilmesine ilişkin sorunlar41

i. Cezalar ve zamanaşımı süreleri41

ii. Görevli mahkeme tartışması43

c. Delillerin eksik toplanmasına ilişkin sorunlar44

d. Yasa önünde eşitlik tartışması44

3. ÖNERİLER44

III. EVRENSEL YARGI YETKİSİ	45
1. GENEL ÇERÇEVE	45
2. SORUN ALANLARI	45
a. Sudan Devlet Başkanı El Beşir vakası	46
b. El Beşir kararı ve Türkiye	46
c. ABD Dışişleri Bakanı (2006) Condolizza Rice vakası	46
d. Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Türkiye	47
3. ÖNERİLER	47
 BÖLÜM II	
İŞKENCEYE KARŞI USUL GÜVENCELERİ	49
I. GENEL ÇERÇEVE.....	51
II. GÜVENCELER.....	52
A. SUSMA HAKKI	52
1. GENEL ÇERÇEVE	52
2. SORUN ALANLARI	52
B. YARGIÇ ÖNÜNE ÇIKARILMA HAKKI	52
1. GENEL ÇERÇEVE	52
2. SORUN ALANLARI	53
a. Kolluğun, hakim kararı gerektiren işlemleri yapması sorunu	53
b. Kolluğun, önleme görevi kapsamındaki yetkilerinin çok geniş tanımlanmış olması ve kötüye kullanılması	53
c. Gözaltı sürelerine ilişkin sorunlar	54
d. Yakalama/gözaltına alma işlemine itiraz ve inceleme usulüne ilişkin sorunlar	55
C. AVUKATA ERİŞİM HAKKI	55
1. GENEL ÇERÇEVE	55
2. SORUN ALANLARI	56
a. Avukata erişim hakkına dair bilgilendirmeye ilişkin sorunlar	56
b. Avukata erişim hakkının kullanımına ilişkin sorunlar	56
c. Avukat “seçme” hakkına ilişkin sorunlar	58
d. Avukatın dosyaya erişimine ilişkin sorunlar	58
e. Terörle Mücadele Yasası kapsamındaki sınırlamalar.....	59
f. Avukat görevlendirme sistemine ilişkin sorunlar	60
g. Avukatlara ödenen masraflara ilişkin sorunlar.....	60
h. Cezaevlerinde avukata erişime ilişkin sorunlar	61
3. ÖNERİLER.....	62
D. YAKINLARA HABER VERME HAKKI	63
1. GENEL ÇERÇEVE	63
2. SORUN ALANLARI	63
a. Yasal güvence eksikliği sorunu.....	63
b. Bildirimin yapılacağı kişiye ilişkin sorunlar	64
c. Terörle Mücadele Kanunu’ndan kaynaklanan sorunlar	64
3. ÖNERİLER.....	64
E. HEKİME ERİŞİM HAKKI	64
1. GENEL ÇERÇEVE	64
2. SORUN ALANLARI	65

a. Hekime erişimin bir hak olarak düzenlenmemiş olması	65
b. Doktor muayenesinin belli durumlarla sınırlandırılmış olması.....	66
c. Doktor muayenesinin belli durumlarla sınırlandırılmış olmasının yarattığı sorunlar	66
d. Kişinin kendi talebi ile hekime erişme hakkının bulunmaması ..	66
e. Hekim seçme hakkının bulunmaması	67
f. Tıbbi değerlendirme ve raporlamanın biçimi.....	67
g. Tıbbi değerlendirme ve raporlama sistemi	68
h. Adli Tıp Kurumu (Tıbbi bilirkişilik).....	69
i. Hekim – hasta ilişkisi (gizlilik ve mahremiyet)	70
j. Tıbbi raporların gizliliği	70
k. Tutuklu ve hükümlüler açısından muayene ve raporlama	71
l. Zorla besleme sorunu	74
m. Hasta mahpuslar sorunu	74
n. Hekimlere yönelik baskılar	74
3. ÖNERİLER	77
F. GÖZALTİ KAYITLARI	78
1. GENEL ÇERÇEVE	78
2. SORUN ALANLARI	78
a. Kayıtların güvenilirliğine ilişkin sorunlar.....	79
b. Kayıtların incelenmesine ilişkin mevzuattaki sorunlar.....	79
c. Kayıtların denetlenmesine ilişkin sorunlar.....	79
d. Ses ve görüntü kayıtlarına ilişkin sorunlar	80
3. ÖNERİLER	81
G. DENETİM MEKANİZMALARI	82
1. GENEL ÇERÇEVE	82
2. SORUN ALANLARI	84
a. İdari Denetimler ve sorunlar.....	84
i. Sivil cezaevlerine ilişkin sorunlar	84
ii. Askeri cezaevlerine ilişkin sorunlar.....	84
b. Adli Denetimler ve sorunlar	85
i. Savcılarının denetim yetkisi ve uygulamaya dair sorunlar	85
ii. Ceza yargıçlarının adli denetim yetkileri/görevleri ve uygulamaya dair sorunlar	85
iii. İnfaz hâkimliklerinin adli denetim yetkileri/görevleri ve uygulamaya dair sorunlar	86
iv. Adli süreçlerde tutulan kayıtlara ilişkin sorunlar	87
c. İl/ilçe insan hakları kurulları ve denetimlere ilişkin sorunlar.....	87
i. Yasal bir güvencenin bulunmaması	88
ii. Üyelerin belirlenmesine ilişkin yaklaşım sorunu	89
iii. Üyelerin, yaptıkları işle ilgili dokunulmazlıklarının bulunmaması	89
iv. Alıkonulma yerlerini ziyaret mekanizmasının bulunmamasının yarattığı sorunlar	91
d. Türkiye İnsan Hakları Kurumu ve yasa tasarısı ile ilgili sorunlar	93
e. Parlamenter Denetim ve sorunlar	94
f. Sivil Denetimler ve sorunlar.....	95
g. Ziyaretlere ilişkin sorun alanları	97
i. Algı ve zihniyete ilişkin sorunlar	97

ii. Güncel verilere ulaşamamasının yarattığı sorunlar	97
h. Seçmeli Protokolün halen yürürlüğe girmemiş olması	98
3. ÖNERİLER	99

BÖLÜM III

İŞKENCE FİİLLERİNDE SORUŞTURMA101

I. GENEL ÇERÇEVE.....103

II. SORUŞTURMA İLKELERİ106

A. BAĞIMSIZ ve TARAFSIZ SORUŞTURMA MEKANİZMALARI106

1. GENEL ÇERÇEVE106

2. SORUN ALANLARI106

a. Algı ve zihniyet sorunları.....106

b. Soruşturma izni sorunu108

c. Savcıların, birbiriyle çelişen yetkilere sahip olması.....109

d. Soruşturmayı yürüten kolluğun aynı zamanda şüpheli sıfatını taşıması110

e. Fail ile soruşturma mercii arasında hiyerarşik ilişki bulunması ..110

B. RESEN VE DERHAL SORUŞTURMA.....110

1. GENEL ÇERÇEVE110

2. SORUN ALANLARI111

a. Algı ve zihniyet sorunları.....111

b. Şikayet hakkının kullanımına ilişkin sorunlar111

c. Suç ihbarında sözlü bildirimin kabul edilmeyişinin yarattığı sorunlar112

d. Savcılar arasındaki işbölümü nedeniyle yaşanan sorunlar.....113

e. Hekimlerin ihbar yükümlülüğüne ilişkin sorunlar113

f. Savcıların resen işlem yapmamasından kaynaklanan sorunlar113

g. Savcıların bizzat işlem yapmamasından kaynaklanan sorunlar ..114

C. KAPSAMLI SORUŞTURMA116

1. GENEL ÇERÇEVE116

2. SORUN ALANLARI116

a. Algı ve zihniyet sorunları.....116

b. Fiilin yanlış nitelendirilmesinin yarattığı sorunlar117

c. Mağdura, soruşturma süresince gerekli olanakların sağlanmaması sorunu117

d. Mağdurun soruşturma sürecine etkin katılımının sağlanmaması sorunu.....118

e. Failin saptanmasına ilişkin sorunlar.....119

f. Tanıkların belirlenmesi ve dinlenmesi120

g. Tıbbi delillerin toplanması ve değerlendirilmesine ilişkin sorunlar121

i. Raporların mevzuatın gerektirdiği özellikleri taşıyamaması.....121

ii. Kişinin rızasının olmamasına rağmen muayene yapılması121

iii. Genetik inceleme yapılmaması.....122

iv. İleri tetkik yöntemlerine başvurulmaması.....122

v. Otopsilerdeki eksikliklerin giderilmemesi122

h. Birlikli inceleme ve uzman mütalaasına ilişkin sorunlar122

i. Olay yeri incelemesi – yer gösterme - keşif	123
j. Failin göreve devam etmesini engelleyecek tedbirlere ilişkin sorunlar.....	123
i. Tutuklama tedbirinin uygulan(ma)ması	123
ii. Görevden uzaklaştır(ma)ma	124
k. Güvenilir ve tutarlı kanıtlara rağmen soruşturma ya da kovuşturma açılmaması	126
l. Sulh ceza yargıcının soruşturma yetkisine başvurulmaması	127
m. Karşı davalar sorunu	127
D. ÖNERİLER.....	129

BÖLÜM IV

İŞKENCE FİİLLERİNDE YARGILAMA133

1. GENEL ÇERÇEVE	135
2. SORUN ALANLARI	136
a. Algı ve zihniyet sorunları.....	136
b. Mahkemeye erişime ilişkin sorunlar.....	139
i. Türkçeyi tam ya da yeterince bilmeyen mağdurlar için yargılamanın tüm aşamalarında çevirmen sağlanmamasının yarattığı sorunlar	140
ii. Davaların nakledilmesinin yarattığı sorunlar	141
c. Müdahillik taleplerinin ilişkin sorunlar	142
d. Duruşma araları ve sorunlar	146
e. Delillerin toplanması ve değerlendirilmesine ilişkin sorunlar.....	147
f. Kovuşturma ve cezalarda seçenek yaptırım uygulanması	148
i. Uzlaşma - erteleme - paraya çevirme	148
ii. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması.....	149
j. İşkence altında alınan ifadelerin delil olarak kullanılması sorunu ...	150
3. ÖNERİLER	151

BÖLÜM V

GİDERİM155

1. GENEL ÇERÇEVE.....	155
2. SORUN ALANLARI	155
a. Mağdurlara rehabilitasyon hizmeti verilmesine ilişkin sorunlar.....	155
b. Mağdurların zararının tazminine ilişkin sorun alanları	157
i. Dava açma süreleri.....	158
ii. Tazminat davalarında zamanaşımı	158
iii. Tazminat davalarında harçlar/adli yardım.....	158
iv. Hükmedilen tazminat miktarları için kamu görevlilerine rücu	158
v. Rücu edilecek kamu görevlisinin kişisel kusurunun saptanması usulü.....	159
3. ÖNERİLER.....	161

EKLER:

1. Engin Çeber Davasına ilişkin tablo	164
2. TIHV tarafından hazırlanan, Türkiye İnsan Hakları Kurumu Yasa tasarısı değerlendirmesi	171

Türkiye İnsan Hakları Vakfı (TIHV) işkencesiz bir Türkiye ve dünya hedefine ulaşmak amacıyla, mücadeleyle geçen yirmi yılı geride bıraktı. Bir yandan çeşitli engel ve zorlukların diğer yandan ise sevgi, dostluk ve dayanışmanın çok güçlü bir şekilde yaşandığı bu yirmi yılda Vakfımız:

- İşkence gören 12 bin 450'den fazla kişiye tedavi ve rehabilitasyon hizmeti verdi;
- Gerçekleştirdiği tedavi ve rehabilitasyon çalışmalarını raporlaştırdı;
- Ülke çapında gerçekleşen insan hakları ihlallerini izleyip raporlaştırdı;
- İşkencenin gerek tanı ve tedavisine, gerekse tespit ve kanıtlanmasına yönelik olarak bilimsel araştırmalar yaptı;
- İşkence ve diğer zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı muamele veya cezaların etkili biçimde soruşturulması ve belgelendirilmesi için çok önemli bir Birleşmiş Milletler belgesi olan İstanbul Protokolü'nün oluşturulmasında etkin rol oynadı;
- İşkence görenler için hukuk destek çalışmaları yürüttü; Ülke içinde ve dışında eğitim çalışmaları, konferanslar, sempozyumlar gerçekleştirdi. Bu tür çalışmalar arasında yer alan İstanbul Protokolü eğitimlerine özel bir vurgu yapmak gerekir: Uluslararası İşkence Kurbanlarını Tedavi Konseyi (ICRT) ile birlikte, aralarında Meksika, Mısır, Gürcistan, Sırbistan, Sri Lanka ve Filipinlerin bulunduğu 10 ülkedeki hekim ve insan hakları savunucusuna işkencenin önlenmesi ve bilgi düzeyinin yükseltilmesi amacıyla "İstanbul Protokolü Eğitimi" verdi. Ülke içinde ise Adalet Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığı'nın ortaklaşa yürüttüğü "Adli Tıp Uzmanı Olmayan Hekim, Savcı ve Hâkimlerin İstanbul Protokolü Bilgi Düzeyini Yükseltme Eğitimi" projesi kapsamında tüm Türkiye'de 3.450 pratisyen hekime yönelik olarak Türk Tabipleri Birliği'nin sorumluluğu altında gerçekleştirilen eğitim çalışmasında etkin rol üstlendi.
- TIHV'in Tedavi ve Rehabilitasyon Merkezleri'ne başvuran 10.000'den fazla işkence gören kişiye ait 6.000'i aşkın fotoğraf ve röntgen filminin dokuz uzman tarafından taranarak derlenmesi sonucunda "İşkence Atlası" hazırladı;
- İnsan hakları ihlallerine karşı duyarlılığı arttırmak ve dayanışma amaçlı sergiler, konserler gibi çeşitli sosyal etkinlikler gerçekleştirdi, belgesel filmler yaptı. Tüm bu çalışmaların ürünü olan toplam 66 adet yayın çıkardı.

Sadece ana başlıklarına değindiğimiz bu çalışmaları TIHV neden yaptı, yapmaya devam ediyor?

Çünkü işkencenin ve diğer insan hakları ihlallerinin asli sorumlusu olan devletler yükümlülüklerini yerine getirmiyorlar.

İnsan haklarını korumayı ve geliştirmeyi amaçlamış tüm uluslararası belgeler, ihlallerin önlenmesinde doğrudan devletleri yükümlü kılar. Mutlak yasaklara ve önleme yükümlülüklerine rağmen gerçekleşen ihlallerden doğan zararların telafi ve tazmin edilmesi yükümlüğü de yine devletlere aittir. Örneğin, BM İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 14. Maddesinde "Her taraf devlet kendi hukuk sistemi içinde, işkence eylemi mağdurunun zararının karşılanmasını ve olası en yetkin rehabilitasyon/tedavi olanakları dahil, adil ve yeterli bir tazminat alması hakkını temin edecektir. İşkence eylemi sonucu mağdurun ölmesi halinde, mağdurun yükümlü olduğu kimseler tazminat hakkına sahip olacaktır." denilmektedir.

Maalesef dünyanın pek çok ülkesinde olduğu gibi ülkemizde de devlet işkence konusunda var olan mutlak yasağı bizzat çiğnemekte, önleme ve giderim yükümlülüklerini de yerine getirmemektedir.

Gerek Tedavi ve Rehabilitasyon Merkezlerimizin, gerekse Dokümantasyon Merkezimizin bu kitabın giriş bölümünde aktarılan verileri yasağın ne kadar yoğun bir şekilde çiğnediğini ortaya koymaktadır. Evet, TCK'da yapılan değişiklikler ile yasağa uymayanlara verilen cezaların arttırıldığı söylenebilir. Zaten Hükümet de bu değişikliği dayanak göstererek işkenceye karşı toleransın sıfır olduğunu iddia etmektedir. Diğer yandan aynı Hükümet PVSK'da yapılan, işkence ve kötü muamelenin önünü açan değişikliklere de imza atabilmektedir. Ya da işkence ve kötü muamelenin önlenmesine yönelik çok etkili bir mücadele aracı olan BM İşkenceye Karşı Sözleşme'nin ek Seçmeli Protokolü (OPCAT) 2005 yılında İmzalanmış olmasına karşın hükümetin çoğunluk desteğine sahip olduğu TBMM tarafından hala onaylanmamıştır. 2010 sonbaharından beri TBMM gündemine bekleyen OPCAT, diğer yandan oluşturulması düşünülen "Türkiye İnsan Hakları Kurumu" nun bir alt organı haline getirilerek işlevsiz kılınmaktadır.

Elinizdeki çalışma devletin önleme yükümlülüklerini de etkili biçimde yerine getiremediğini çok açık bir biçimde ortaya koymaktadır. Gerek mevzuattaki yetersizlikler gerekse bu mevzuata ve bilhassa uygulayıcılarına egemen olan zihniyet yapısı cezasızlığın sürmesine, dolayısıyla da işkencenin meşrulaşmasına ve yaygınlaşmasına yol açmaktadır.

İnsan haklarına saygının temel olduğu demokratik bir toplumda var olduğunu kabul ettiğimiz sağduyu, doğal olarak hadi yasağa uyulmadı, önleme yükümlülükleri yerine getirilmedi, bari yapılan ihlallerin telafi ve tazminine yönelik çabaların olmasını bekler.

Maalesef ülkemizde böylesi bir beklentinin de bir karşılık bulması mümkün değildir. Devlet, altına imza attığı yukarıda aktardığımız sözleşmenin çok açık hükmüne karşın gerekli önlemleri almadığı için işkence gören kişiler yaşadıkları sağlık sorunlarını giderme olanağı bulamazlar. İşkence mağdurlarının büyük bir bölümü zaten sistemden kaynaklanan sorunlardan dolayı sağlık kurumlarına dahi ulaşamazlar. Ulaşabilenler için ise sıklıkla etiketlenme (stigmatizasyon), olumsuz yaklaşımların hedefi olma, yeniden devlet güçleri ile karşılaşma kaygıları vb. nedenlerle yaşadıkları işkence ve kötü muameleleri dile getirmekten kaçınırlar. Dile getirme cesareti bulan-

lar ise sağlık kurumlarında çalışan hekimlerin, işkence görene yaklaşımı, işkenceye bağlı oluşan sorunların tedavi ve rehabilitasyonu alanında bilgi ve deneyimlerinin oldukça sınırlı olması vb nedenlerle sorunlarına yeterince çözüm bulamazlar.

İşte bu ağır gerçekliğin ortaya çıkardığı insani ve vicdani sorumluluk gereği 20 yıldır sahip olduğumuz çok sınırlı olanaklar ile işkence görenlere fiziksel ve ruhsal tedavi ve rehabilitasyon hizmeti vermeyi sürdürüyoruz. Bu, elbette bizim için çok önemli deneyim ve birikimler edindiğimiz, öğretici bir süreç olmuştur.

ğrendiklerimizden biri de incinen adalet duyguları onarılamadığı taktirde işkence görenlere verilen tedavi ve rehabilitasyon hizmetinden maksimum yarar sağlanamadığı, kişilerin biyo-psiko-sosyal bütünlüklerinin sağlandığı/korunduğu tam bir iyilik haline ulaşılamadığı gerçeği oldu. Aksine çalışmalarımız sırasında gördük ki TIHV'e başvuran işkence gören kişiler bir yandan tedavi ve rehabilitasyon desteği alırken diğer yandan bir biçimde (kendi olanaklarıyla ve/veya hukuk desteği alarak) adalet arayışına girdiklerinde kendilerini daha güvende hissetmekte, özgüvenleri artmakta, iyilik haline ulaşma süreçlerinde var olan özkaynaklarını daha güçlü bir şekilde harekete geçirebilmektedirler.

Sonuçta bu gözlem ve bilgiler bizi aynı zamanda işkence görenlerin verili hukuki sistemin 'hoyratlığı' içinde yeniden travmatize olabilmeleri güçlü olasılığı nedeniyle de tedavi ve rehabilitasyon ile hukuk desteğinin eř zamanlı ve koordineli biçimde yürütülmesi gerektiği sonucuna götürdü.

Finlandiya'dan KIOS Fin İnsan Hakları STK Vakfı'nın değerli destek ve katkıları ise iki proje döneminde hukuk destek çalışmalarını verimli bir şekilde yürüttük. Bu faaliyetler, profesyonel olarak TIHV bünyesinde çalışan hukukçular ile Vakıf gnls olan avukat ve hekimler tarafından gerçekleştirildi.

Bu kapsamda; işkence mağdurlarına ya da avukatlarına gönüllü hukuksal yardım verildi. İşkence soruşturma ve davaları izlendi ve raporlamalar yapıldı. Avukat ve hekimlere yönelik eğitim çalışmaları düzenlenerek, işkenceye karşı kullanılabilecek hukuksal araç ve mekanizmalar ile uygulamada karşılaşılan sorunların zm konusunda deneyim ve bilgi paylaşımı sağlandı. İşkenceyi nleme amacıyla mevzuatta yapılan reform ve değişiklikler ile uygulamadan kaynaklanan sorunlar gözden geçirilerek uluslararası standartlar ışığında analiz edildi, öneri ve tavsiyeler geliştirildi. Alana ilişkin çeşitli yayınlar çıkarıldı.

Elinizdeki bu kitap da son iki proje döneminin bir ürünü olarak yıllık mevzuat ve uygulamalar ışığında cezasızlık olgusunu değerlendiriyor.

Bu çalışmalara emeği geçen başta Av. Hülya pınar ve Av. Aysun Koç olmak üzere Türkiye'nin farklı illerinden gönüllü avukatlara, hekimlere, diğer sağlık çalışanlarına ve KIOS'a sonsuz şükranlarımızı sunuyoruz.

şebnem Korur Fincancı
Türkiye İnsan Hakları Vakfı
Yönetim Kurulu Başkanı

İki 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 yanı sıra bu çalışmanın ortaya çıkmasına da katkıda bulunmuşlardır. Bu nedenle özellikle;

Zaman zaman toplantılara katılarak bilgi ve birikimlerini, kimi zaman dosyalarını paylaşan, kimi zaman da zamanlarını ayırarak ve enerjilerini sunarak proje kapsamındaki dosyaları izleyen;

Ali Habip, Ali Koç, Aycan Ayçiçek, Bahattin Özdemir, Barış Çilingir, Barış Güngör, Davut Uzunköprü, Emel Sayın, Esra Gencer, Eylem Hakverdi, Fahri Timur, Filiz Kılıçgün, Güray Dağ, Kamil Ağaoğlu, Kerem Altıparmak, Göksel Özerkan ve Fecri Şengür, Mehmet Altuntaş, Meral Hanbayat, Münip Ermiş ve Nusret Gürgöz, Nazan Sakallı, Nergiz Tuba Aslan, Nezahat Paşa Bayraktar, Özgül Osancan, Özlem Gümüştaş, Pınar Akdemir, Serhat Eren, Seyhan Güngör Göbekçin, Şule Aslan Hızal, Züleyha Kılıç ve Veyssel Vesek'e,

...ve yayının hazırlığı sırasında zaman ayırarak, metinde düzeltme yapan Hafize Çobanoğlu'na,

teşekkürü bir borç biliriz...

İşkence ve diğer kötü muamele biçimleri, çıkarılan yasalar ve uygulamaya ilişkin çalışmalara rağmen halen varlığını sürdürmektedir. İşkencenin devam etmesinin çeşitli nedenleri bulunmaktadır. Bunlar, toplumdaki “devlet” ve “suçlu” algısı ve zihniyet kalıpları ile doğrudan bağlantılıdır. Devlet algısı ve buna ilişkin refleksler, hem yasa yapıcıları ve hem de uygulayıcıları doğrudan etkilemekte, bir yandan demokratik toplumun tesisi için düzenlemeler yapılması amaçlanırken diğer yandan da hakların kullanımını sınırlayan kurallar konulmasından da imtina edilmemektedir. Yasalardaki boşluklar, yasa uygulayıcıları tarafından yorumlanırken yine aynı zihniyet yapısı ile insanlık dışı bir cezalandırma-yıldırma aracı olarak kullanılmaktadır. Bu araç sadece güvenlik güçleri tarafından değil aynı zamanda yargı mekanizmaları yani savcılar ve yargıçlar tarafından da ya sorumlulara ceza vermeyerek ya da aslında kendilerine uygulanan fiiller sonucunda mağdur hale gelen kişilere karşı davalar açıp, mahkumiyet kararları verilerek etkin biçimde yaşama geçirilmektedir.

Nitekim Hükümetin “sıfır tolerans” söylemine karşın işkence, hala ülkemizdeki insan hakları ihlalleri arasında önemli bir yer tutmaktadır. Özellikle kolluğun yetkilerini artıran, 2007 PVSK değişikliği sonrasında yaşanan ölümler ve yaralanmalarla birlikte işkence ve kötü muamele vakaları son iki yılda da devam etmiştir. Kolluk kuvvetlerinin silah ve güç kullanımına ilişkin kendilerine verilen yetkiyi tereddütsüz kullanmaları sonucunda yaşam hakkı ihlalleri yaşandığı gibi işkence niteliğindeki eylemlerinde dramatik bir artış olduğu da gözlemlenmiştir. Son örneklerden biri Mayıs 2010'da bir polis tarafından vurulan ve uzun süre mücadele ettikten sonra yaşamını yitiren Şerzan Kurt isimli üniversite öğrencisidir.

Türkiye İnsan Hakları Vakfı'na (TİHV) 2009-2010 yıllarında 835 kişi başvurmuştur. Başvuranların 413'ü bu yıllarda işkence ve kötü muamele gördüklerini belirtmişlerdir.

TİHV Dokümantasyon Merkezi verilerine göre; aynı dönemde 12 kişi cezaevinde yaşamını yitirmiş, 77 kişi güvenlik faili meçhul cinayetler sonucunda yaşamını yitirmiş ve 763 kişi de işkence görmüştür.

Cezasızlık hala işkence ile mücadelede en önemli engeldir. Bu sorun, işkencenin hem bir sonucu hem de işkence yapılmasını mümkün kılmanın en temel araçlarından birisi olarak hala karşımızda durmaktadır.

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.

“Bilgi Edinme Hakkı Kanunu” çerçevesinde TIHV'in İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü'ne yaptığı bilgi edinme başvurusuna 02.06.2010 tarihinde verilen cevaba göre 14 Şubat 2005 ile 01 Haziran 2010 tarihleri arasında işkence suçu uyarınca haklarında adli soruşturma açılan 309 polisten ancak 2'si ceza almıştır. 50 polis berat ederken, 131 polis hakkında kovuşturmayla yer olmadığına karar verilmiştir. 61 polisin mahkemesi ise halen devam etmektedir.

Yine aynı tarih aralıklarında “zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması” suçu nedeniyle haklarında adli işlem başlatılan 2032 polisten ancak 20'si ceza almıştır. Bunlardan 8'i hapis, 1'i memuriyetten men, 11'i de para cezasıdır. 1362 polis hakkında kovuşturmayla yer olmadığı kararı verilirken 170 polis beraat emiştir. 9 polis hakkında açılan davalar düşürülmüş, 19 polis hakkında hükmün açıklanması geri bırakılmıştır. 450 polisin mahkemesi ise halen devam etmektedir.

Bu çalışmada, son iki yılda meydana gelen bu ihlallerin ve cezasızlığın, hukukla ilgili yapısal ve uygulamadaki nedenleri ile sonuçlarına bakılmaya çalışılmıştır.

Bu çalışma, bir TIHV yayını olan “İşkenceye Açık Kapılar: Mevzuat ve Uygulama Çerçevesinde Cezasızlık Olgusunun Değerlendirilmesi” isimli çalışmanın devamı olarak ele alınmalıdır. Önceki çalışmada uluslararası hukuk, iç hukuk ve uygulama, 2005 ve sonrasındaki gelişmelere odaklanılmış ve özellikle mevzuat ayrıntılı bir biçimde değerlendirilmiştir. Mevzuatın değişmediği durumda aynı çalışmanın tekrarlanmasına gerek duyulmadığı için bu çalışmada mevzuat tartışmalarının ayrıntısına çok fazla girilmemiş ve daha çok uygulama örneklerinde rastlanan sorunlar bağlamında mevzuatla ilişki kurulmuştur. Bir devam çalışması olan bu metinde 2009 ve 2010 yılındaki gelişmelere odaklanılmış ve daha çok TIHV tarafından izlenen ya da hukuksal destek verilen soruşturma ve dava dosyaları değerlendirme konusu yapılmıştır.

Çalışmanın sistematigi, konu üzerine genel bir çerçevenin çizilmesi ve daha sonra mevzuat ve uygulamadaki sorun alanlarına dikkat çekilmesi biçiminde oluşturulmuştur. Bölümlerin sonunda, konuyla ilgili öneriler de formüle edilmeye çalışılmıştır.

Kitabın birinci bölümü, “İşkence Yasağı” başlığını taşımaktadır. Bu bölümde, işkence yasağının esasına, maddi hukuka ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır. İşkence yasağının mutlak karakteri Tanım ve Yasal Güvenceler, Zamanaşımı ve Evrensel Yargı Yetkisi alt başlıkları altında incelenmiştir.

Tanım ve Yasal Güvenceler başlığı altında, işkence yasağı Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşme'de tanımlandığı biçimi ile ele alınmış ve yasak çerçevesinde hem ceza hukukundaki ve hem de disiplin hukukundaki işkence ile ilgili düzenlemeler ve yaptırımlar ile uygulamada yaşanan sorunlara bakılmıştır.

İkinci konu, “İşkence Fiillerinde Zamanaşımı”dır. İşkence yasağının mutlak karakteri ile bu hem yasağın uygulanmasına ilişkin düzenlemelerin ve hem de yaptırım-

ların caydırıcı ve uygulanabilir olması gereğine dikkat çekilmiştir.

“Evrensel Yargı Yetkisi” başlığında ise son yıllarda giderek daha fazla gelen evrensel yargı yetkisi konusu, Türkiye’nin, başka ülkelerde işlenen işkence suçlarına ilişkin tutumu ele alınmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümü, “İşkenceye Karşı Usul Güvenceleri” başlığını taşımaktadır. Bu bölümde, sanık hakları olarak bilinen hakların, özgürlüğü kısıtlanmış kişiler için aynı zamanda işkence ve kötü muamele fiillerinden koruyucu işlevi üzerinde durulmuştur. Yanı sıra, alıkonulma yerlerin denetlenmesi de bir güvence olarak ele alındığı için “Denetim Mekanizmaları” da ayrı bir başlık altında değerlendirilmiştir.

Üçüncü Bölüm, “İşkence Fiillerinde Soruşturma” başlığını taşımaktadır. Soruşturma işlemlerindeki eksiklikler ve hatalar konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da “işkence yasağını usul açısından ihlali” ifadesini kullanılarak bu işlemlerin esasın bir parçası olduğu vurgulanmaktadır. Nitekim bir usul işlemi olarak görülen soruşturma işlemleri, yargılamayı doğrudan etkilemektedir ve aslında işkence yasağının mutlak karakteri ile doğrudan bağlantılıdır. Bu çerçevede, bu bölümde, bir bütün olarak, devletlerin etkin soruşturma yapma yükümlülükleri ve ülkemizdeki mevzuat ile uygulama konusunda çalışılmıştır. Başta soruşturma makamlarının algı ve zihniyet kalıpları olmak üzere soruşturmalardaki sorunların nedenleri araştırılmaya çalışılmıştır.

“İşkence Fiillerinde Yargılama”, dördüncü bölümde ele alınan konu başlığıdır. Bu bölümde, soruşturma işlemlerinin yargıya etkisi, yargı mercilerinin algı ve zihniyet kalıplarının yargılamaya etkisi ile yargılama aşamasında karşılaşılan diğer sorunlar üzerinde durulmuştur.

Son ve beşinci bölümün konusu ise işkence ve muamele mağdurlarına sağlanması gereken “Giderim”dir. Devletin giderim sağlama yükümlülüğü, Türkiye’deki mekanizmalar ve bu mekanizmaların işleyiş sorunları, bu bölümde üzerinde durulan konulardır.

I. BÖLÜM

İşkence Yasağı

I. Tanım ve Yasal Güvence

Temel hakları düzenleyen genel nitelikli uluslararası sözleşmelerin ortak düzenleme konularından birisi de işkence yasağıdır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin kabul edilişinden 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, istisnası 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, müsamaha gösterilemez.

İşkence yasağının yer aldığı en kapsamlı uluslararası metin “Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşme”dir¹. Sözleşme diğer uluslararası metinlerden farklı olarak işkenceyi tanımlamış ve devletlerin uyması gereken yükümlülükleri ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Buna göre;

Sözleşmenin 1, 4 ve 16. maddeleri, işkence ve kötü muamele fillerinin iç hukukta bir suç olarak düzenlenmesi, suç tanımında yer alması gereken asgari unsurlar ve bu fillere karşı öngörülen cezanın caydırıcı olmasına ilişkin düzenlemeler yapmaktadır.

Aşağıda, iç hukuktaki düzenlemeler, ceza hukuku ve disiplin hukuku bağlamında, hem mevzuat ve hem de uygulama dikkate alınarak değerlendirilecektir. Bu değerlendirmenin sonucunda, İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Komitesi'nin raporunda yer alan konuya ilişkin saptamalar ve tavsiyelere yer verilecektir.

A. CEZA HUKUKU

1. GENEL ÇERÇEVE

2005 yılında Türk Ceza Yasası'nda yapılan değişiklikle, işkence suçunun tanımı genişletilmiş ve unsurları bakımından uluslararası hukuktan geniş bir çerçeveye sahip olmuştur. Önceki ceza kanununda, işkence ve kötü muamele başlığı altında iki ayrı suç biçiminde tanımlanmıştı. Kötü muamele olarak adlandırılan suç, unsurları itibari ile bugün yürürlükte olan “zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçuna kalmakta idi. Yeni TCK, suçun başlığını zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması” olarak dü-

¹ İşkence ve Diğer Zalimane Gayriinsani veya Kültürlü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, 10 Aralık 1984

zenlenmiş ve ayrı bir kötü muamele suçu tanımlanmamıştır. İşkence, her türlü kötü muamele biçimi için şemsiye bir kavram olarak kabul edilmiştir.

TCK'nın işkence suçunun tanımını yapan 94. maddesi oldukça geniş bir tanıma sahiptir. Suçun işlenmesi için; “insan onuru ile bağdaşmayan” bir davranış sonucunda kişiye “acı çektirmek”, kişiyi “aşağılamak” veya kişinin “algılama ve irade yeteneğinin bozulması” yeterli sayılmıştır. Suçun oluşması için özel bir kast aranmamaktadır. Ayrıca bir “acının yoğunluğu” tanımlaması yapılmamıştır. Yargıç, kişinin yaşadığı acı ve ıstırabın derecesini kendisi belirleyecek ve fiilin ağırlığını, kendisine tanınan 3-15 yıllık ceza aralığında tayin edecektir.

İşkence, özgü bir suç olup failin “kamu görevlisi” olması gerekir. Kamu görevlisi kavramı, TCK m.6'da oldukça geniş tanımlanmıştır.² Yani sıra madde, kamu görevlisi olmasa bile suçun işlenişine katılan kişilerin de kamu görevlisi gibi yargılanacağını düzenlemektedir. TCK m.94 bu anlamıyla oldukça olumlu ve olması gerektiği gibi uygulandığı takdirde caydırıcı özellik taşıyan bir düzenlemedir.

Bununla birlikte uygulamada pek çok sorun yaşanmaktadır. Bunlar, maddede belirtilmemesine karşın, fiilin işkence suçunu oluşturmaları için uygulamada “sistematlilik” koşulunun aranması, “failin niteliği” yani kamu görevlisi olup olmadığı ve “fiilin niteliği” yani kamu görevi sırasında gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin, failin yararına yapılan yorumlardır. Yani sıra işkence suçunda zamanaşımının halen devam ediyor oluşu da bir başka sorun alanıdır.

2. SORUN ALANLARI

a. Sistematliliğe ilişkin sorunlar

İşkence suçunun tanımlandığı 94. maddenin metninde, suçun oluşması için fiilin sürekliliği ya da sistematliliği gibi bir unsur öngörülmemektedir. Ancak, madde gerekçesinde işkence için “*bir süreç içinde süreklilik arzeder bir tarzda*” işlenen bir suç olduğundan yani “*sistematlilikten*” bahsedilmektedir. Madde metni ile gerekçe arasındaki bu fark, uygulamada pek çok sorun yaratmaktadır. Savcılar ve mahkemeler “işkence” olarak nitelendirilmesi gereken pek çok fiili, işkence ağırlığında olmayan ve daha az ceza gerektiren başka suçlar kapsamında değerlendirmektedir. Oysa ki, savcılarının ve mahkemelerin dayandığı “sistematlilik” olgusu TCK'da sadece “insanlığa karşı suçlar” çerçevesinde aranmaktadır. Uygulayıcıların yapması gereken ise süreklilik-sistematlilik gibi suçun tanımında yer almayan unsurlar yaratarak, başka suç maddeleri ile cezayı azaltma yoluna gitmek yerine yasa koyucunun 3-15 yıl arasında öngördüğü ceza marjı içinde hareket ederek, fiilin ağırlığına göre alt ve üst sınırlar arasında ceza vermektir.

Yargı makamlarının, “fiilin sistematik olmadığını gerekçe göstererek” işkence suçu yerine TCK'nın 86/d. maddesinde düzenlenen kasten yaralama suçu kapsamında değerlendirdikleri pek çok dosya mevcuttur. İşkence suçunu düzenleyen 94. madde, esasında, kamu görevlisinin yaralama suçunu düzenleyen 86/d. maddesini kapsayan, geniş bir tanıma sahiptir. Her iki maddenin metinlerinde suç tanımları aynı olmakla birlikte 86. maddenin gerekçesinde “sistematlilik” belirlemesi yapılmamış olması nedeniyle bu “yaralama” suçunun “işkence” suçuna ikame edilebileceği yanılmasını ortaya çıkarmaktadır. Bu da hem savcılar ve hem de mahkemelerin, işkence suçunu dü-

² TCK m.6/1-c : “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, sürekli veya geçici olarak katılan kişi”

zenleyen 94. madde yerine 86. maddeye başvurmayı tercih etmesine ve böylece faille-
rin cezasız kalmasına neden olmaktadır.

İşkence suçunun tanımına ilişkin tartışma, kamuoyu tarafından da yakından izlen-
miş olan Engin Çeber davasında, hem soruşturma ve hem de kovuşturma aşamaların-
da çok sayıdaki sanık hakkında, kapsamlı biçimde yapılmıştır.³

28.09.2008 günü, İstanbul bir basın açıklamasının ardından aralarında Engin
Çeber'in de bulunduğu dört kişi zor kullanılarak gözaltına alınmıştır.

Mağdur anlatımlarına göre; hem polis aracına bindirildikleri, hem araç içinde
bulundukları ve hem de indirildikleri sırada, kendilerine karşı şiddet kullanılmış-
tır. Karakolda ve bazı işlemlerin yapılması için götürüldükleri emniyet müdürlü-
ğü binasında da şiddete maruz kalmışlardır. Mağdurlar; tahta sopa, tekme ve to-
katla dövüldüklerini, yerde yatar halde iken kafalarına ve vücutlarının muhtelif
yerlerine basıldığını, saç ve kulaklarının çekildiğini, arama sırasında cinsel tacize
uğradıklarını, hakaret ve küfür şeklindeki sözel şiddete maruz kaldıklarını anlat-
maktadır.

Mağdurlar, ertesi gün adliyeye çıkarılmışlar ve memura mukavemet suçu isna-
dı ile tutuklanmışlardır. Üç erkek mağdur, kabul işlemleri sırasında Metris Cezae-
vi'nde yeniden şiddete uğramıştır. Jandarma tarafından üzerlerinin aranması sıra-
sında elbiselerinin tamamını çıkarmaları istenmiş, kabul etmemeleri üzerine elbi-
seleri, tahta cop, tekme ve tokatla darp edilerek çıkarılmıştır.

Mağdurlar, cezaevinde kaldıkları süre içinde ayağa kalkmadıkları ve sıraya gir-
medikleri için bu kez gardiyanlar tarafından 1, 6 ve 7 Ekim tarihlerinde darp edil-
mişlerdir. Sağlık durumu kötüleşen Engin Çeber, 07.10.2008 tarihinde hastaneye
sevk edilmiş ve 10.10.2008 tarihinde (otopsi raporuna) göre beyin kanaması so-
nucu yaşamını yitirmiştir.⁴

Olayla ilgili yürütülen soruşturma sonunda hazırlanan iddianamede; yakalama
sırasında ve sonrasında mağdurlara şiddet uyguladığı, aşağılayıcı davranışlarda
bulunduğu iddia edilen on üç polis memurunun eyleminin, “eziyet” suçu olduğu
belirtilerek cezalandırma talep edilmiştir.

Iddianamede; “...tutukluluk gibi iyi tanımlanmış koşullarda bir bireyin diğeri-
ne karşı ve idareye karşı korunmasına ilişkin pozitif yükümlülük, mağdurlarda
orantısız ölçüde korku ve zayıflık hissi uyandırabilecek davranış, muamelenin mi-
nimum düzeyde şiddet içermesi, yaraların niteliği, olaya müdahale eden görevli
sayısı ile ani gelişen görevlilerin hazırlıksız yakalandığı ve öngörülemez bir hal
olmayışı, süresi ve fiillerin asgari bir ciddiyet seviyesine ulaşması...” nedeniye ey-
lemin “eziyet” kapsamına girdiğinden bahsedilmektedir.

Yargılama sonunda ise; yakalama işlemini yapan polis memurları hakkında de-
lil yetersizliğinden beraat kararı verilirken, mağdurların karakola getirilmelerin-
den sonra kendilerini darp eden ve aşağılayıcı davranan üç polis memuru hakkın-
da “işkence suçu” kapsamında ceza verilmiştir.

3 14. Bakırköy 14.Ağır Ceza Mahkemesi, 2008/337

4 Engin Çeber'in ölümü ile sonuçlanan olay nedeniyle çok sayıda kamu görevlisi hakkında dava açılmıştır. EK 1'de
yer alan tablolarda ayrıntılı olay anlatımları, iddianamedeki suç vasıflandırmaları ve mahkeme kararına ilişkin
ayrıntılı bilgi yer almaktadır.

Karar gerekçesinde; “...işkencenin ani ve tek hareketle değil, sistematik bir şekilde ve fiillerin belli bir süreçte yapılması gerekir. Mağdurların karakolda bulunmaları, ellerinin arkadan kelepçeli oluşu, 24 saatten fazla karakolda bulundukları ve sistematik olarak itme, çekme, sürüklenme gibi hareketlere maruz kaldıklarından, bu süreç içindeki hareketler bir bütün olarak değerlendirilmiş ve sistematik olma özelliğini taşıyan bu fiillerin birkez dahi yapıldığında işkencenin oluşacağı şeklindeki görüşlere itibar edilmiştir...” denilmektedir.

01.10.2008 günlü sayımda ayağa kalkmayan mağdurları, üzerlerini ıslattıktan sonra tahta sopa, tekme, tokat ile darp ettikleri iddia edilen üç gardiyan hakkında “... fiillerin gerek şiddeti, gerek süresi ve gerekse gerçekleştiriliş biçimi (özellikle su dökerek ıslatma)...” dikkate alınarak “eziyet suçu” kapsamında cezalandırma talep edilmiştir.

Mahkeme ise bu sanıklara isnat edilen eylemlerin; “..bağırma, su dökme, ittirme, zorla ayağa kaldırmaya çalışma gibi şeyler de olsa, sistematik olarak belli bir süreçte” işlendiği gerekçesiyle “işkence” suçunu oluşturduğuna karar vermiştir.

Kamu görevlilerinin 07.10.2008 günü Engin Çeber’in ölümü ile sonuçlanan eylemleri iddianamede; sanıkların “... maktulün baş ve boyun bölgesine çok sayıda vurdukları, Selahattin Apaydın’ın, maktulü tutarak kafasının arka kısmını düz koğuş duvarı ve koğuş havalandırmasına ait kapalı demir kapıya birkaç kez vurduğu, Sami Ergazi’nin zaten hareketsiz kalan maktulü sürükleyerek koğuş bahçesine çıkardığı, belirtilen şekilde vurmaya devam ettiği ... belirtilen fiillerinin ölüm sonucu doğurması nedeniyle şiddetli acı ve ıstıraba yol açmış olacağı ... muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri, mağdurların yaşı ve sağlık durumları, dava koşullarının bütünü gibi kriterlere uygun olduğundan” neticesi sebebiyle “ağırlaştırılmış işkence” suçu kapsamında ceza tayini istenmiştir.

Mahkeme kararında ise sanıkların, “...maktulü oturduğu sandalyeden düşürdüğü, yerdeyken tekmelediği, kafasına vurarak ve kafasını demir kapıya vurarak darp ettikleri... belli bir süreç içinde, sistemli bir şekilde maktulü hırpalayıp darp ettikleri sabittir. Bu eylem “işkence” suçu olarak kabul edilmiş ve sonucunda maktulün ölmesine neden olduğu için ağırlaştırılmış hali olarak tespit edilmiştir ...”.

Engin Çeber dosyasında, sanıkların bazıları hakkında, eylemleri işkence suçunu oluşturduğu gerekçesiyle cezalar verilmiş olsa da aslında hem karakolda yaşanan ve hem de karara konu olan diğer iki olayla ilgili olarak hem iddianamede ve hem de kararda yapılan hukuksal değerlendirmelerde, “işkencenin ani ve tek hareketle değil, sistematik bir şekilde ve fiillerin belli bir süreçte yapılması” koşulu aranmıştır. Eziyet suçuna ilişkin değerlendirmelerde sistematik yerine, failin niteliğine ilişkin herhangi bir tartışma yürütülmemiş olması son derece hatalıdır.

Bu örnekte ortaya konan sistematiklik tartışması ne yazık ki pek çok dosyada da yapılmakta ve genelde suçun tanımındaki “failin” özelliği göz ardı edilerek, fiilin işkence dışında bir suç oluşturduğu kanaatine varılmaktadır. Aynı biçimde, TİHV tarafından izlenen dosyalarda bu konuda yapılan itirazlar ve dosyaların görevsizlik kararı verilerek ağır ceza mahkemelerine gönderilmesi talepleri de herhangi bir gerekçe gösterilmeksizin reddedilmektedir.

b. Faile ilişkin sorunlar

Faile ilişkin sorun; TCK m.96’da düzenlenen “eziyet” suçunun hem yargı ve hem

de hükümet tarafından yorumundan kaynaklanmaktadır.⁵ Esasında bu madde her iki tarafı da kamu görevlisi olmayan ya da kamu görevlilerinin hiçbir biçimde ilişkilendirmediği fiilleri düzenlemektedir. İşkence ile eziyet suçları arasındaki, gerek madde metni ve gerekse gerekçedeki tek fark “failin niteliği”nden kaynaklanmaktadır. Kamu görevlisi, “bir kamu görevini yerine getiren kişi” olduğuna göre ancak bu görevin yerine getirilmesi sırasında işlenen fiiller işkence suçu kapsamında olacaktır. Buna göre, işkence fiili, devletle organik ya da fonksiyonel bağı bulunan kişilerin, kamu görevi sırasında veya görevi nedeniyle işledikleri bir suç olarak tanımlanmış iken eziyet fiilinde, kamu görevi ile herhangi bir bağlantı kurulmuş değildir. Bir kolluk görevlisinin, kamu görevi sırasında veya görevi nedeniyle, örneğin komşusuna uyguladığı müessir fiil işkence suçunu oluşturabilecekken fiil kamu görevi dışında gerçekleştirilmiş ise ancak bu durumda eziyet suçu söz konusu olabilecektir.

94. maddenin gerekçesinin bir bölümüyle tamamen aynı olan 96. maddenin gerekçesinde, “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 gerekçesindeki bu net özelliğe karşın, uygulamada, kamu görevlilerinin fiillerinin de 96. madde kapsamında değerlendirilmesi kaygı vericidir. Ve işkence ve diğer kötü muamele suçlarının faillerinin ceza sorumluluklarının hafifletilmesi bakımından yargının elinde tehlikeli bir araçtır.

Yukarıdaki başlıkta özetlenen Engin Çeber dosyasının iddianamesinde kamu görevlisi olan sanıkların pek çoğunun eylemi, “eziyet” olarak nitelendirilmiştir. Bu nitelendirmeyi değerlendiren Mahkeme, yerinde olarak; “... *Hernekadar iddianamede ‘eziyet- m. 96/1’den’ cezalandırma talep edilmişse de, bu suç kamu görevlisi olmayanlarca işlenebileceğinden sanıklara uygulanamayacağı...*”na hükmetmiştir.

c. Fiilin nitelendirilmesine ilişkin sorunlar

Yasada öngörülmediği halde pek çok vakada, “sistematiklik” ve “fiilin ağırlığı” kısıtları uygulanarak davalar işkence dışında başka maddelerden açılmaktadır. Bu da işkence faillerinin cezasız kalması sonucunu doğurmaktadır.

Yaralama gibi fiziksel sonuçlara yol açan fiiller, hem savcılıklar ve hem de mahkemeler tarafından, fiilin sistematik olmadığı ve/veya işkence ağırlığında olmadığı gerekçesiyle TCK m. 96 (eziyet) ya da TCK m. 256 (zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması) suretiyle TCK m.86 (kasten yaralama) kapsamında değerlendirilmektedir.⁶

Suç sayılan fiilin nitelendirilmesine ilişkin bu sorun Türkiye İnsan Hakları Vakfı tarafından 2009-2010 yıllarında izlenen toplam 32 dosya üzerinde yapılan değerlendirmede de açık biçimde görülmüştür. İzlenen ya da hukuksal yardım sunulan ve ilgili maddeler çerçevesinde değerlendirilebilecek 26 dosyadan sadece 5’inde kamu görevlileri hakkında “işkence” suçlaması ile dava açılmıştır. İşkence suçundan açılanlar da dâhil olmak üzere dosyalardaki suç nitelendirmeleri; “zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması”, “kasten yaralama”, “basit yaralama”, “kamu görevlisinin sahip olduğu nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kasten yaralama”, “hakaret”, “asta kötü muamele”, “etkili eylem”dir.

5 Hükümet, İşkenceye Karşı BM Komitesi’ne sunmuş olduğu 26 Ocak 2009 tarihli 3. Periyodik Raporunda (bundan sonra “Periyodik Rapor” olarak anılacaktır) 96. maddeyi işkence suçları arasında saymaktadır. Bkz. CAT/C/TUR/3, para 115

6 Hükümet, 3.Periyodik Raporda 256. maddeyi de işkence suçları arasında saymaktadır. Bkz. CAT/C/TUR/3, para 115, 116

Bunlardan en fazla başvuru, TCK 256.maddede düzenlenen, zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçudur. 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 öngörmektedir.

Dolayısıyla bu nitelikteki kamu görevlisinin görevle ilgili olarak işlediği suçlar orantısız güç kullanma ve işkence suçu çerçevesinde ele alınabilir. Bununla birlikte kamu görevlisinin, maddi ya da bedensel zoru, kullanılan zor oranlı bile olsa, görevin dışında kullanamaz.

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 kullanması kesinlikle yasal ve meşru değildir.

Örneğin, “zor kullanmak suretiyle yakalama” yapmanın kesinlikle gerekli olduğu bir durumda ve ancak yakama amacı doğrultusunda zor kullanılabilir. Yakalama anından itibaren artık görevin gereği yerine getirildiği, yakalanan kişi kontrol altına alınarak kaçma ve direnç gösterme olanağı ortadan kalktığı için zor kullanma yetkisi de sona erer. Bu aşamadan sonra kullanılan “zor” için orantılılık ve orantısızlık tartışması yapılması da mümkün değildir. Çünkü eylemin artık doğrudan doğruya “işkence suçu” çerçevesinde tartışılması gerekecektir.

Olay, 2008 yılı içerisinde İstanbul’da gerçekleşmiştir.

Başvurucunun anlatımlarına göre; özetle, olay günü saat 22.00 sıralarında, eşi, iki çocuğu, kayınpederi, kayınbiraderi, yeğenleri ile yolda seyir halindeyken ekip otosu tarafından durdurulmuştur. Polisin, evraklara bakarken küfürlü konuşması üzerine Başvurucu polisleri uyarmıştır. Bunun üzerine olay büyümüş ve Başvurucu, çocuklarının önünde dövülmüştür. Bu muamele, götürüldüğü karakolda da devam etmiştir. Karakola götürülmeden önceki aşamalarda yaşananlar için Başvurucunun yanında bulunan 6 kişi tanıklık yapmaktadır.

Ardından, görevli polis memurunu tehdit, hakaret, küfretmek ve görevini engellemek suçlaması ile önce savcılığa, sonra da hâkim önüne çıkarılmış ve hakkında tutuklama kararı verilerek cezaevine gönderilmiştir. Cezaevinde toplam 36 gün kalmıştır.

Daha sonra düzenlenen iddianamede, Başvurucun eylemleri şöyle anlatılmaktadır; şüphelinin, “... olay tarihinde 0.72 promil alkollü olmasına rağmen ... plakalı aracıyla seyir halinde olduğu, şüphelinin aracı hareket ettirerek olay yerinden kaçtığı, polis memurlarının takibi sonunda yakalandığında polis memuru ...’nın üzerine atlayarak elini ısırdığı ve basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek şekilde yalanmasına neden olduğu, ...”.

Başvurucu hakkında, görevi yaptırmamak için direnme suçunu işlediği iddiasıyla dava açılmıştır.

Başvurucu için, adli rapor için götürüldüğü hastanede, “nefes almakta zorluk çektiği, vücudunun değişik yerlerinde darp izleri sonucunda kızarıklıklar ve ödemler oluştuğu, 12 saat sonra kontrole gelmesi gerektiği” belirtilerek rapor düzenlenmiştir.

Tutuklama kararı üzerine gönderildiği cezaevi Başvurucuyu kabul etmiş ve Adli Tıp Şb. Müdürlüğüne götürülmüştür. Burada, 'burun üzerinde 1.5x1.5 cm boyutlarında sıyrık olduğu, solunum sıkıntısı çektiği, kalbinde sıkışıklık hissi olduğu ve öne doğru eğik durduğu dik duramadığı' görülmüş ve bir uzman tarafından görülmesi için hastaneye sevk edilmiştir. "Nefes darlığı ve göğüs ağrısı şikâyeti olan Başvurucunun fizik muayenesinde; sol 7-8 İKA aksiler hat çizvazı hassasiyeti mevcut olduğu, solda solunum seslerinin azaldığı saptanarak "bir başka şahıs tarafından darp, vurulma, tepilme, ..." nedeniyle "pnömotoraks" tanısı konmuştur.

Daha sonra kendisine cerrahi müdahalede bulunularak "tüp torakostomisi" ve "kapalı sualtı drenajı" yapılmış ve 2 gün hastanede kalmıştır.

5 ay sonra da rahatsızlıkları geçmeyen Başvurucu yeniden hastaneye gitmiş ve "darp, sol travmatik pnömotoraks" tanısı konularak, bir kez daha "tüp torakostomisi" ve "kapalı sualtı drenajı" yapılarak 2 gün boyunca hastanede tutulmuştur..

Başvurucunun sağlık sorunları, olayın üzerinden 10 ay geçmesine karşın devam etmiştir. Yeniden hastaneye başvuran Başvurucuya bir kez daha "tüp torakostomisi" ve "kapalı sualtı drenajı" yapılmıştır. Bu kez hastanede 5 gün kalmıştır.

Bu süreçte TİHV'e de gelen Başvurucu için diğer fiziksel tanıların yanı sıra post travmatik stres bozukluğu tanısı konmuştur.

Başvurucu, yaşamış olduğu bu süreçle ilgili suç duyurusunda bulunmuş ise de "müştekideki yaralanmanın polisin yasal zor kullanma yetkisini kullanarak müştekiyi etkisiz hale getirirken oluşmuş olabileceği gibi, müştekinin şüphelilere yönelik eylemleri nedeniyle hakkında açılmış bulunan kamu davasında kendisini cezadan kurtarmaya yönelik olabileceği, şüphelilerin görevini yaptığı sırada kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanarak hakaret ve tehditte bulundukları kasten basit yaralayarak zor kullanma yetkisine ilişkin sınırı aştıkları ve işkence yaptıkları ve bu şekilde yüklenen suç u işlediklerine dair müştekinin soyut iddiası dışında kamu davasının açılmasına yeterli şüphe oluşturacak nitelikte ve yeterlilikte delil elde edilemediği tüm soruşturma evrakı kapsamında" olduğu gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiştir.⁷

Bu örnekte de görüldüğü üzere, savcılık ve daha sonra da dosyayı itiraz üzerine inceleyen ağır ceza mahkemesi, "zor kullanma yetkisi"ne ilişkin herhangi bir tartışma yürütmemiş, polisin zor kullanmak zorunda olduğu kabul edilse bile kullanılan zor ve ortaya çıkan sonuç arasında bir oranlılık tartışması yapılmamıştır. Polis, savcı ve hâkimler tarafından gerçekleştirilen bu süreç maalesef ki son derece yaygın bir uygulamadır.

Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu, TCK 86'da belirtilen "yaralama" suçu ile birlikte değerlendirilmekte ve soruşturmalar/davalar, "zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suretiyle yaralama"dan açılmaktadır. Bu nedenle, m.86/2-d maddesinde düzenlenen ve kasten yaralama suçunun nitelikli hali sayılan suçu ayrıca değerlendirmek gerekmektedir.

7 Gaziosmanpaşa Cumhuriyet Başsavcılığı, 25.02.2009 tarih ve 2008/21412 nolu Kovuşturmaya Yer Olmadığı kararı; Gaziosmanpaşa 1.Asliye Ceza Mahkemesi, 2008/1603 Esas sayılı dosyası

Madde 86/1'de, "Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" denildikten sonra 2. fıkranın d bendinde, suçun "Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle" işlenmesi halinde cezanın arttırılacağı düzenlenmektedir.

TCK 94. maddede düzenlenen işkence suçu, 86/1. maddede sayılan kasten yaralama suçunun unsurlarını kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. İşkence suçu, kamu görevlilerine özgü bir suçken yani failin mutlaka kamu görevlisi olması gerekirken, kasten yaralama suçu herkes tarafından işlenebilecek bir suçtur. 2. fıkranın d bendi ise kasten yaralama suçunun kamu görevlisi tarafından ve sahip olduğu nüfuzun kötüye kullanılması sureti ile işlenmesini düzenlediğinden, aslında işkence suçunun doğasında var olan bir tanımlama yapmaktadır.

Bu nedenle TCK m.86/2-d'de yapılan düzenleme gereksiz, hatta isabetsizdir. İsabet-siz oluşunun nedeni, uygulamada işkence yapan kamu görevlisinin daha hafif ceza almasına, işkencenin örtbas edilmesine veya Türkiye'nin uluslararası siciline işkence gölgesi düşürülmemesine yönelik tutum nedeniyle, yargı makamlarının işkence niteliğindeki pek çok eylemi kasten yaralama kapsamında değerlendirdiği görülmektedir. Tıpkı TCK 256. maddede düzenlenen "zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçu" gibi, kamu görevlisinin "kasten yaralama suçu" da, işkence vakalarını gözlerden saklamak ve işkence faillerini korumak amacıyla kullanılmaktadır.

Adalet Bakanlığı verileri, 2009 yılında TCK m.94-95 ve m.256 uyarınca açılan toplam 1611 olan soruşturma sayısının %82.75'inin 256. maddeden açıldığını ortaya koymaktadır.⁸ Bu suçların soruşturulması ayrı ve ciddi bir sorundur ve konu, SORUŞTURMA başlığı içinde ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

Barış ve Demokrasi Partisi Milletvekillerinden M. Nuri Yaman tarafından sunulan bir soru önergesi üzerine, Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü'nün TBMM Başkanlığı'na verdiği 02.07.2010 tarihli ve tablolar halindeki bilgilendirmesi bu konuda oldukça ayrıntılı veriler sunmaktadır.⁹

2009 yılında ceza mahkemelerinde, 67'si işkence (TCK m. 94, 95) ve 172'si zor kullanma yetkisinin aşılması (TCK m.256) suçlarından olmak üzere 239 dosya karara bağlanmıştır. Bu dosyalarda 752 sanık yargılanmıştır. Bunlardan 397'si **beraat** (%52.8), 54'ü **mahkûmiyet** (%7,2) ile sonuçlanmıştır. Geriye kalan 301 kişi hakkında, içeriği ne olduğu belli olmayan "**diğer kararlar**" (%40) verilmiştir.

2009 yılında hakkında işkence suçu (TCK m. 94) nedeniyle açılan 67 davada toplam 11 sanık için mahkûmiyet kararı verilmiştir. Bunlardan sadece 4'ünün hapis cezası fiilen çektirilebilir niteliktedir. Diğer 4 kamu görevlisinin cezaları ise ertelenmiştir. (2009 yılında 95. maddeden dava açılmamıştır.)

d. Fiilin nitelendirilmesi ve öngörülen yaptırıma ilişkin sorunlar

Yukarıda belirtilen Adalet Bakanlığı istatistiklerinin incelenmesinden de anlaşılacağı üzere işkence suçunda da ceza miktarı belli bir sürenin altına düştüğünde seçenек yaptırımlar devreye girmektedir. 94, 95 ve 256. maddelerden verilen cezaların düşük olmasının yanı sıra soruşturma ve davaların TCK 96, 256, 86 v.d. maddelerden açılması ile aslında;

8 Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü'nün TBMM Başkanlığı'na verdiği 02.07.2010 tarihli B.03.o.KGM.o.00.00.05/2010- 610.01-188/1644/3384 sayılı yazı

9 Bkz. Adalet Bakanlığı'nın 02.07.2010 tarihli yazısı

- İşkence suçunun insan hakları alanındaki özel ağırlığı ve suçun niteliği değişmekte,
- Soruşturmalar için izin sistemi devreye girmekte, (niteleme sorununun en önemli etkilerinden biri, işkence soruşturmalarının izne tabi olmaması kuralını etkisiz hale getirmesidir. İşkence fiillerinin pek çoğu başka bir suç olarak nitelenmesi nedeniyle izin kurumuna tabi hale getirilmekte ve daha soruşturma aşamasından önce idari engelle karşılaşmaktadır. Pek çok işkence vakasında soruşturma izni verilmediği için fiillerin soruşturulması engellenmiş olmaktadır.)
- Af mümkün hale gelmekte,
- Zamanaşımı süreleri azalmakta,
- Uzlaşma - erteleme - paraya çevirme mümkün olmakta,
- Disiplin hukukuna yansımaları değişmektedir.

3. ÖNERİLER

Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Komite'nin de belirttiği üzere Türkiye, kötü muamele iddialarının hangi durumlarda TCK m.94 yerine, m.256 veya m.86'ya göre soruşturulabileceğine ilişkin kuralları belirlemelidir. Bununda ötesinde Taraf Devlet, tüm işkence ve kötü muamele iddialarının etkin ve bağımsız biçimde soruşturulması için derhal etkili ve bağımsız bir mekanizma kurmalı ve işkence faillerinin TCK madde 94 (işkence) veya madde 95 ("ağırlaşmış işkence) altında yargılanmalarını sağlamalıdır. Böylece işkence fiillerine Sözleşme m.4 uyarınca uygun bir ceza verilmesi sağlanmış olacaktır.¹⁰

Bu çerçevede;

- İşkence suçunun insan hakları alanındaki özel ağırlığı güvence altına alınmalıdır. Hem ceza ve hem de disiplin soruşturma ve kovuşturmalarında;
- İzin sistemi koşulsuz olarak kalkmalı,
- İşkence suçlarının affa uğramasını engelleyen,
- Zamanaşımını ortadan kaldıran düzenlemeler yapılmalı,
- İşkence ile ilgili cezaların uzlaşma - erteleme - paraya çevrilmesi ile etkisiz hale gelmesini sağlayan düzenlemeler ise yürürlükten kaldırılmalıdır.
- İşkence suçlarının zaman aşımına uğramaması için soruşturmalar yönünden azami süre öngörülmesi, soruşturma yürüten savcılarının yapılan işlemlere ilişkin periyodik raporlar hazırlanması sağlanmalıdır. Yine yargılamaların uzamaması için eski TCK'da yer alan, "duruşmalara otuz günden fazla ara verilemeyeceği ve acele işlerden sayılarak adli tatillerde de yargılamaya devam edileceği" kuralı yeniden düzenlenmelidir.
- İşkence suçunun TCK m. 94 ve 95. maddelerde düzenlendiği, TCK m.256'da belirtilen suçun ise "oranlılık" bulunmadığı durumda işkence suçu oluşturacağına dair, Adalet Bakanlığı tarafından savcılar ve hâkimlere yönelik çalışma yapılmalıdır.
- İşkence suçunun tanımına ilişkin tartışmaları ortadan kaldırmak üzere;
- TCK m. 94 uygulamasında, fiilin sistematik olmasının aranmadığına,

¹⁰ UN Committee against Torture Forty-fifth session Geneva, 1-19 November 2010, Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention, Concluding observations of the Committee against Torture (Bundan sonra "İÖK Sonuç Gözlemleri" olarak anılacaktır), Para 7

- TCK m. 96'da belirtilen eziyet suçunun kamu görevlilerince işlenemeyeceğine,
- İşkence suçunun tanımında bir ağırlık eşiği bulunmadığına,

İlişkin yeniden ve tartışmaya yer bırakmayacak açıklıkta bir yasal düzenleme yapılmalıdır.

– İşkence ve kötü muamele hakkında yapılan şikâyet, soruşturma, yargılama, cezalandırma, işkence veya kötü muamele zanlılarının görevden alınmaları, dava süreleri, rehabilitasyon ve (maddi tazminat da dahil olmak üzere) giderim, insan ticareti ve cinsel şiddet vakaları ile bunlara ilişkin şikâyetler ve sonuçları ile cinsiyet, yaş, etnik köken ve azınlık statüsü, coğrafi yer ve milliyet şeklinde tasnif edilmiş istatistikî veriler tutulmalı ve kamuoyunun erişimine açmalıdır.¹¹

B. DİSİPLİN HUKUKU

1. GENEL ÇERÇEVE

İç hukukta, kamu hizmeti görevlilerinin disiplin yargılamasıyla ilgili temel düzenleme, Anayasa'nın 129. maddesinin 2 ila 4. fıkralarında yer almaktadır. Madde, kamu hizmeti görevlilerinin “görev ve sorumlulukları, disiplin kovuşturmalarında güvence başlığını” taşımaktadır.

Anayasa'nın genel düzenlemesi ışığında, Devlet Memurları Kanunu'nun “Disiplin” başlıklı 7. Bölümü, tüm devlet memurları ile ilgili disiplin işlerinin genel esaslarını düzenlemektedir.

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.

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 örneklediği 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 AİHM, 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. AİHM, 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 başvuramı mahrum bırakmaktadır. Sonuç olarak AİHM, iç hukukta, verilen uyarı cezasına karşı bir hukuk yolunun bulunmaması nedeniyle AİHS'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹²

¹¹ İÖK Sonuç Gözlemleri, Para 12

¹² Karaçay /Türkiye, Başvuru No: 6615/03, 27 Mart 2007 tarihli karar, para. 43,44

2. SORUN ALANLARI

a. Devlet Memurları 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, işkence 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.

Devlet Memurları Kanunu'nda bu yönde bir düzenleme bulunmaması ciddi bir eksikliktir. Her ne kadar DMK m. 125 içerisinde “Özel kanunların disiplin suçları ve cezalarına ilişkin hükümleri saklıdır.” hükmü yer almakta ise de özel kanunla düzenleme yapılmamış meslek grupları ya da özel kanunda işkence ve diğer kötü muamele biçimlerinin disiplinler açısından yaptırımı bağlanmadığı bir durumda bu fiiller yaptırımsız kalmış olmaktadır.

Nitekim özel düzenlemeler içerisinde “işkence” sadece Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nde bir disiplin suçu sayılmıştır. 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.

b. Emniyet Teşkilatı Mensupları

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 kademe ilerlemesinin 4, 6 ve 10 ay için durdurulmasıdır.

D) *Uzun süreli durdurma*: Memurun bulunduğu kademe 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.

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, siyasal 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.

“İşkence”, sadece Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü’nde bir disiplin suçu sayılmakla birlikte suçun tanımı, mekânsal olarak bir kısıtlama içermektedir. M.8/39, sadece “emniyet binası içinde” yapılan filleri disiplin yaptırımına bağlamakta ve emniyet binaları dışındaki fiilleri işkence kapsamından çıkarmaktadır.

Kaldı ki önceki yıllara ilişkin rakamlar, emniyet mensupları hakkında disiplin işlemlerinin nadiren yapıldığını ve yapılan bu sınırlı soruşturmalarda da fiile uygun olmayan ve çok daha az ceza gerektiren suçlardan ceza verildiğini ortaya koymaktadır.¹³

13 İstanbul Valiliği’nin 05.12.2008 tarih ve 8278 sayılı yazı ile verdiği yanıt, TBMM Engin Çeber raporu, s.79

c. Jandarma Teşkilatı Mensupları

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 askeri, idari, adli olmak üzere farklı fonksiyon 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.

d. İçişleri Bakanlığı İstatistiklerinin Değerlendirilmesi ¹⁴

Türkiye İnsan Hakları Vakfı tarafından İçişleri Bakanlığı'na yapılan bir bilgi edinme başvurusu üzerine Bakanlık tarafından gönderilen yanıt ve TBMM'de soru önerge-leri üzerine verilen yanıtlar, esasında, yukarıda değinilen mevzuat ve uygulama eksik-lerinin yansımaları net biçimde açığa çıkmaktadır. Bu veriler uyarınca;

- 2005-2009 yıllarında, haklarında TCK m. 94, 95 ve 256'dan ceza soruşturması başlatılan kamu görevlisi sayısı 21.732 olmasına karşın, disiplin soruşturması açılanların sayısı 3.329'dur. Yani hakkında ceza soruşturması açılanların sadece %15.1'i hakkında disiplin soruşturması başlatılmıştır.
- İşkence (TCK m.94) ve ağırlaştırılmış işkence (TCK m.95) suçları nedeniyle;
 - 2009 yılında hakkında işkence suçlaması ile 24 personel hakkında disiplin soruşturması açılmış ise de **hiç kimseye ceza verilmemiştir**. 1 personel hakkında soruşturma devam etmektedir. 2008 yılında da durum farklı değildir; **54 soruşturma ve 54 “ceza verilmesine gerek olmadığı” kararı**.
 - 2007-2005 yıllarında da **ceza alan personel olmamıştır**. Üstelik 3 personel hakkındaki disiplin soruşturması zamanaşımı nedeniyle düşmüştür.
 - Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması (TCK m.256) suçları nedeniyle;
 - 2010 yılının ilk 5 ayında hakkında disiplin soruşturması açılan personel sayısı 12'dir ve bunlardan 8'inde ceza verilmesine gerek görülmemiştir. 3 soruşturma devam etmekte olup, 1'inde ise kınama cezası uygulanmıştır.
 - 2009 yılında toplam 534 disiplin soruşturması açılmıştır ve 22'si halen devam etmektedir. Soruşturması sonuçlanan dosyaların %95'i olan 496 soruşturmada ceza verilmesine gerek görülmemiştir. Soruşturma dosyalarından 1'i zamanaşımına uğramıştır. 2009 yılı içinde disiplin cezasına çarptırılan personel sayısı sadece 16'dır, yani %3.
 - 2008-2005 yılları arasındaki sayılar ve oranlar da aşağı yukarı aynıdır. Tek farklılık 2005'te 12, 2006'da 2 ve 2007'de 6 dosyanın zamanaşımına uğramış olmasıdır.

¹⁴ İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü'nün TİHV'e gönderdiği 02.06.2010 tarihli B.05.1.EGM.0.71..803 (91250)- 101355 sayılı bilgilendirme yazısı

– 2005-2009 yıllarında, TCK m.95/4 uyarınca 25 şüpheli ölüm vakasında 60 güvenlik görevlisine ceza soruşturması açılmış olmasına rağmen aynı dönemde disiplin soruşturması nedeniyle “meslekten çıkarma” cezası sadece 1 kişiye uygulanmıştır.¹⁵

– Verilen cezalar işkence ve diğer kötü muamele fiilleri ile zor kullanma yetkisinin aşılması fiilleriyle son derece ilgisizdir.¹⁶

Örneğin, 2007 yılında, zor kullanma yetkisinin aşılması fiili çerçevesinde 1 kişiye uyarı cezası verilmiştir. Ancak uyarıma 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 olmamak. 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.

– 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 düzenlenme yapmakta ve *emniyet binaları dışında gerçekleştirilen fiiller için işkence nitelemesi yapılmamaktadır*.

– Memurların disiplin soruşturmalarının bağımsız birimler tarafından yürütülmesi nedeniyle soruşturmalar yavaş işlemekte ve bazıları bu nedenle *zamanaşımına uğramaktadır*. 2005-2009 yıllarında açılan işkence ve zor kullanma yetkisinde sınırın aşılmasına ilişkin disiplin soruşturmalarında, *24 kişi hakkındaki işlemler zamanaşımını nedeniyle düşmüştür*.

– Hakkında disiplin cezası verilen personel sayısının son derece düşük olmasının yanı sıra 2006 yılının ilk 6 ayından önceki disiplin cezaları 22 Haziran 2006 tarihli 5525 sayılı Devlet Memurları ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun ile *affa uğramış durumdadır*.¹⁷

– İhmali davranışla işkence suçunu düzenleyen 94/5. madde uyarınca, işkence suçunun işlenmesinde, denetim görevini yerine getirmeyenler, nezarethane sorumluları ve/veya 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 hizmetinden 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 gerçekleştiği-

15 Bir soru önergesi üzerine İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü’nün TBMM Başkanlığı’na verdiği 01.06.2010 tarihli B.05.1.EGM.o.12..05.05-17782-3798-100462 sayılı yazıda; TCK m. 81 (kasden öldürme), m.82 (kasden öldürmenin ağırlaştırılmış hali), m.94 (işkence), m.95 (işkencenin ağırlaştırılmış hali), m.256 (zor kullanma yetkisinin aşılması) uyarınca; – 2006- 2007 yıllarında 17 personel hakkında kısa ve uzun süreli durdurma, 3 aylık kesme, 15 meslekten çıkarma cezası; – 2008-2009 yıllarında 23 personel hakkında kısa ve uzun süreli durdurma, 1 günlük aylık kesme, 9 meslekten çıkarma cezası uygulandığı belirtilmekte ise de bu rakamlar, TIHV’e verilen yanıtlarla karşılaştırıldığında 1’i dışında meslekten çıkarma cezalarının işkence ile ilgili olmadığı, kasden öldürme suçları için verilmiş olduğu görülmektedir.

16 Adalet Bakanı’nın, TBMM’ye sunduğu 30/07/2008 tarih ve 1846/1068 sayılı yanıtı

17 Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü’nün TBMM Başkanlığı’na verdiği 19.01.2009 tarihli B.03.o.KGM.o.00.00.03/136/198 sayılı yazı

ne 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.¹⁸

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. ÖNERİLER

- İşkence, Devlet Memurları Kanunu ve diğer özel kanunlara, nerede yapılırsa yapılsın bir disiplin suçu olarak konulmalıdır. Yaptırım olarak “meslekten men” öngörülmelidir.
- Hakkında işkence ve diğer kötü muamele fiillerinden (TCK m.256, 96 ve 86 da dahil olmak üzere) hakkında ceza soruşturmaları açılan kamu görevlilerinin tümüne disiplin soruşturması da açılmalıdır. Özel yasalarda bu doğrultuda düzenleme yapılmalıdır.
- Disiplin soruşturmalarında, soruşturulan fiile uygun ceza verilmesi sağlanmalıdır.
- Disiplin soruşturma ve yargılamalarında mağdurlar, etkin soruşturma ve adil yargılamaya ilişkin her türlü güvenceye sahip olmalıdır.

¹⁸ Okkalı/Türkiye, para. 39, 70

II. İşkence Fiillerinde Zamanaşımı

1. GENEL ÇERÇEVE

İşkence yasağının mutlak karakteri, devletlere, işkence yapmama negatif yükümlülüğünü getirmekle kalmayıp aynı zamanda işkence niteliğindeki davranışların yaptırma bağlanması, yaptırımın suçun ağırlığı ile orantılı ve caydırıcı olmasını da öngörür. Yaptırma bağlamaya ilişkin bu yükümlülük; fiille orantılı ve caydırıcı özelliğe sahip olması gereken cezanın fiilen uygulanabilir olmasını da içinde barındırır.

Türkiye’de işkenceyle mücadele konusunda yaşanan en önemli sorunlardan biri cezalandırmayı ve cezanın fiilen uygulanabilir olmasını sağlayacak yasal düzenlemelerin yapılmaması ve uygulama sorunlarının giderilmemesidir. Bu nedenle zamanaşımı ve alternatif cezaya dönüştürme, halen bir zaafiyet alanı olarak cezasızlık olgusunu beslemektedir.

TCK’da zamanaşımı, “Dava ve Cezaların Düşürülmesi” başlığı altında düzenlenmiştir ve ilgili maddelerde zamanaşımı süreleri öngörülen/verilen cezanın ağırlığı esas alınarak değişim göstermektedir. İlgili maddelerde zamanaşımı süreleri kural olarak tüm suçlar için öngörülmektedir. Ancak TCK’da bu kuraldan ayrılması öngörülen üç suç sayılmıştır. Bunlar; TCK m.76’da sayılan soykırım suçları, TCK m.77’de düzenlenen insanlığa karşı suçlar ve TCK m.78’de düzenlenen ve bu iki suçu işlemek için örgüt kurmayı düzenleyen TCK m.78’deki suç zamanaşımına tabi değildir.

İşkence, zamanaşımına tabi olmayan suçlar arasında sayılmamıştır. İşkence suçuna ilişkin tek istisna, TCK m.77/3 uyarınca, “işkence suçunun insanlığa karşı suç” kapsamında işlenmesidir. Ancak bir işkence eyleminin bu madde kapsamına girebilmesi için siyasal, felsefi, ırkî veya dinî saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plân doğrultusunda sistematik olarak işlenmesi gerekmektedir. 94.maddede düzenlenmiş işkence ve işkencenin ağırlaştırılmış halleri bakımından 12-15 yıllık bir zamanaşımı süresi öngörülmüştür.

Bununla birlikte zamanaşımı sorunu esasında giderek daha ciddi bir boyut kazanmaktadır. Adalet Bakanı tarafından yapılan açıklamaya göre Yargıtay’daki iş yoğunluğunun artması nedeniyle 2007’de Yargıtay’da zamanaşımına uğrayan dosya sayısı 9 bin 111, 2008’de 12 bin 354, 2009’da 14 bin 809, 2010’da -tahmini olarak- 19 bin 251 dosya zamanaşımına uğramıştır. Önlemlerin alınmaması durumunda, tahminen, 2011’de 25.000, 2012’de 32.000, 2013’te 42.000, 2014’te ise yaklaşık 55 bin dosya zamanaşımından düşecektir.¹⁹

19 <http://www.cnnturk.com/Yazarlar/FIKRET.BILA/Gerekce.zamanasimi.yakin.154.000.bin.dosya/9.3559/index.html>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi zamanaşımına uğrayan ve uğrama olasılığı bulunan işkence ve kötü muamele dosyaları konusunu ciddi bir ihlal olarak değerlendirmektedir. Mahkeme, Devlet'in memurlarının 3. maddeyi ihlal eden suçlarla suçlandıklarında, cezai yargılama ve cezalandırmanın zaman aşımına uğramaması ile af çıkarılması ve bağışlamanın müsaade edilmemesi gerektiğini²⁰ belirtmektedir.

2. SORUN ALANLARI

a. İşkence soruşturma ve davalarında “hızlılık güvencesi”nin yokluğuna ilişkin sorun

Zamanaşımının hesaplanmasında, hem soruşturma ve hem de yargılama evrelerinde geçen süreler dikkate alınmaktadır. Bu nedenle soruşturmanın uzunluğu da yargılamaların uzunluğu kadar önemli bir unsurdur. İşkence suçlarının soruşturulmasını hızlandırmaya yönelik özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Zaman zaman Adalet Bakanlığı'nın yayınladığı genelgelerde, soruşturmanın derhal açılması ve yürütülmesi istense de bunlar birer “iyi temenni” olarak kalmakta, işkence soruşturmalarının hızlılığının denetimine özgü bir mekanizması oluşturulmamaktadır.

TIHV tarafından izlenen bir vakaya ilişkin hukuksal süreç bu sorunun çarpıcılığını da ortaya koymaktadır;

Başvurucu, başka bir ülke vatandaşıdır, yurt dışında yaşamaktadır ve memleketinde yaşayan kardeşinin düğününe katılmak üzere 2009 yılı içinde Türkiye'ye gelir. Düğün sırasında, çalışan müziğe ilişkin bir tartışma çıkar ve Başvurucunun anlatımlarına göre, o sırada düğün salonunda bulunan ve daha sonra sivil polis olduğunu öğrendiği kişiler tartışmaya, biber gazı sıkarak müdahale eder. Gaz nedeniyle annesi ve yeğeni fenalaşan Başvurucu bu kişilere müdahale eder ve neden böyle bir şey yaptıklarını sorarak onlara engel olmaya çalışır. Bir süredir salonda olan bu üç kişi, düğün içkili olmamasına karşın bira içmektedir ancak diğer düğün sahiplerinin misafirleri olduğu düşüncesi ile ve herhangi bir huzursuzluk çıkmaması amacıyla bu kişilere herhangi bir müdahalede bulunulmaz.

Daha sonra artık polis olduğunu anladığı bu kişiler tarafından gözaltına alınmak istemesi üzerine polislerle tartışmaya başlar. Kişilerin kendisine fiziksel güç kullanması ve çeşitli yerlerine vurmaları üzerine kuzeni de kendisini kurtarmak üzere bu kişilere müdahale eder ve olay büyür. Düğün salonu sahibinin, salonda kavganın çıktığını bildirmesi üzerine ekip arabaları ve resmi polis memurları olay yerine gelir ve Başvurucu ile birlikte kuzenini de arabaya bindirerek karakola götürürler.

Başvurucu, karakolda, kuzeniyle farklı odalara konulduklarını, kendisinin dövüldüğünü, küfredildiğini, Türk vatandaşı olmadığı için hakarete uğradığını anlatmaktadır. Bu anlatımlara göre ayakbaşıları çıkarılmış, elleri arkadan kelepçelenecek kafası bir masanın altına doğru sokmaya çalışılmış, bu sırada yumruk ve copla dövülmüştür. Başvurucu yerdeyken başına bir sandalyenin üst kısmı dayanarak zorlanmış, ensesine gelen sandalye çok ağrı vermiştir. Bir polis başının sol yanına ayağıyla basmıştır. Sol boşluğuna gelen tekme nefessiz kalmasına neden olmuş; sırtına, karnına, boynuna, bel bölgesine yumruk ve tekme ile vurulmuştur. Başvurucu polislerin boğazını sıkıldığını ifade etmektedir. Kelepçelerin çok sıkılması nedeniyle kollarında ve ellerinde uyuşma oluştuğunu ayrıca darp edildiği sırada ağır küfür ve ha-

20 Erdoğan Yılmaz ve Diğerleri/Türkiye, 19374/03, 14 Ekim 2008, para 54, 57

karetlere maruz kaldığını, acının etkisi ile bayıldığını beyan eden Başvurucu, kendisiyle birlikte gözüaltına alınan yeğeninin de dövüldüğüne tanık olmuştur.

Başvurucu adli muayeneye ilişkin de pek çok yakınma dile getirmektedir. Gece saatlerinde Devlet Hastanesi'ne götürülen Başvurucu, yürüyemediği için önce tekerlekli sandalyeye daha sonra sedyeye alınmıştır. Doktor üstünü çıkarmasını istediğinde kollarını kullanamadığını söyleyince polisler giysilerini çıkarmıştır. Elleri kelepçeli olarak muayene edilmiştir.

Muayene sonrasında nezarethaneye konulan başvuru vatandaşı olduğu ülkenin konsoloslüğundan faks gelmesi üzerine tekrar hastaneye götürülmüş ve röntgenleri çekilmiştir.

Başvurucu ve kuzeni ertesi sabah, yaralama ve hakaret suçlamaları ile savcılığa sevk edilmiştir. Kendisine CMK servisinden bir avukat atanmıştır. Savcılık işleminden sonra serbest bırakılmasına rağmen hakkında adli kontrol kararı verilmiş ve yurt dışına çıkması yasaklanmıştır.

Savcılık dosyası incelendiğinde, başvuru hakkında şikâyetçi olan tüm polis memurlarının olay tutanağında imzaları olduğu ve olayı, Başvurucudan farklı anlattıkları görülmektedir. Polis memurlarına göre, kendilerinin polis olduğunu söylemelerine karşın Başvurucu ve kuzeni kendilerine küfredmiş ve saldırmış ve bir polis memuruna kafa atarak yaralanmasına neden olmuştur. Ayrıca, Başvurucu, kendisine zarar vermek için polis aracında başını demir koltuklara vurmuştur. Başvurucu ve kuzeni bu tutanağı imzalamamıştır.

Yaralandığı belirtilen polis memuru, buna ilişkin olarak hastaneden rapor almıştır.

Daha sonra Başvurucu ve kuzeni hakkında polisler karşı “yaralama” ve “hakaret” suçlarından dava açılmıştır. Dava halen devam etmektedir. Adli kontrol kararı, ilk duruşmada kaldırılmasına rağmen karar idari mercilere gönderilmediğinden, Başvurucunun yaşadığı ülkeye dönmesi daha da gecikmiştir.²¹

Bu vakada Başvurucu, savcılıkta, yaşadıklarını ayrıntılı olarak anlatmış olmasına karşın maruz kaldığı muamele ile ilgili olarak herhangi bir işlem yapılmaması üzerine suç duyurusunda bulunmuştur. Kendisine karşı açılan soruşturma bir ay gibi kısa bir sürede sonuçlandırılmış ve dava açılmış iken yapmış olduğu suç duyurusuna ilişkin sürecin tamamlanması olaydan 1 yıl 10 gün sonra gerçekleşmiştir.

Soruşturma ve yargılamalarda, sürenin makul olup olmadığı her dosyanın kendi özelliğine göre belirlenecektir. Bu bağlamda makul derecede ivedilik ve özen gereği zımni olarak kendini göstermektedir Belirli bir durumda, soruşturmada ilerlemeyi önleyecek engeller ve güçlükler olabilir, ancak, yetkililerin hızlı hareket etmesi, gayri-meşru eylemlere göz yumulduğu veya suç ortaklığı yapıldığı izleniminin oluşmaması ve kamuoyunun meşruiyet ilkesine güveninin devam etmesi açısından şarttır.²²

21 Torbalı Sulh Ceza Mahkemesi, 2009/1271

22 Erdoğan Yılmaz ve Diğerleri/Türkiye, 19374/03, 14 Ekim 2008

b. Fiilin yanlış nitelendirilmesine ilişkin sorunlar

i. Cezalar ve zamanaşımı süreleri

İşkence soruşturmalarının hızlılığının yanında, soruşturmanın niteliği ve bunun sonucunda hazırlanan iddianamede suçun vasıflandırılması da zamanaşımı süreleri ile doğrudan ilişkilidir.

İşkence suçu fail ve sanıklarının fiillerinin “ışkence” suçu dışında nitelendirilmesine ilişkin sorun ve bunun sonuçları yukarıda, İŞKENCE SUÇU başlığı altında ayrıntılı olarak irdelenmiştir. İlgili bölümde de belirtildiği üzere işkence fiillerinin savcılar tarafından çoğu zaman eziyet, zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması nedeniyle yaralama ya da sadece yaralama olarak nitelendirilmesi nedeniyle işkence faileri hakkında açılan davalarda istenen cezalar ve dolayısıyla da zamanaşımı süreleri de buna uygun olarak daha düşük olmaktadır.

Ceza sistemimizde dava zamanaşımı süreleri, atılı suçun üst sınırına göre arttığından, yargılama konusu fiile öngörülen cezanın az olması da zamanaşımı süresinin kısalması sonucunu yaratmaktadır. Bu nedenle pek çok işkence vakası, henüz mahkeme önünde, eylemin işkence olduğu tartışması devam etmekte iken zamanaşımına uğramaktadır.

30.05.2002 günü polis, Başvurucuları arayarak, yakınlarının gözaltına alındığını ve üzerlerinde kimlik olmadığını belirterek kimliklerinin getirilmesini istemiştir. Başvurucular, gözaltına alınan kişilerin annesi ve eşidir. Emniyete giderken yanlarında başvurulardan birinin 5 yaşındaki kızı da vardır. Kimlikleri İl Emniyet Müdürlüğüne götüren Başvurucular, yankesicilik ve dolandırıcılık bürosuna yönlendirilir, büro amirinin odasına alınırlar. Başvurucular, büro amirinin binadan ayrılmalarına izin vermediğini, kendilerini darp ettiğini, hakaret ve tehdit içeren sözler söylediğini ileri sürmüşlerdir.

Büro amirinin odasında kaldıkları süre içinde Başvurucular, “hizbullah yürüyüşü” tabir edilen şekilde durmaya ve sürünmeye zorlanmış, saçları çekilmiş, tekmelemiş, “çöm, kalk, hazır ol” diye talimatlar vermek, sinkaflı küfürler etmek sureti ile onur kırıcı muameleye maruz kalmışlardır. Büro amirinin kendilerine yönelik davranışları ve “benim adım jilet Memet, beni tanıyacaksınız” demesi üzerine Başvurucular kendisinden şikâyetçi olacaklarını söylemişlerdir. Bu kez de büro amiri, şikâyetçi olmaları durumunda kendilerinin ve aile üyelerinin üzerine suç yıkacağını söyleyerek tehdit etmiştir.

Anlatımlara göre aynı amir, daha sonra Başvurucuları aşağı katta “deri kaplama ve karanlık” olarak tanımladıkları bir odaya indirip burada sopa ile dövme devam etmiş, Başvuruculardan birinin gözlerini bağlatmak ve karın bölgesine lastik tabir ettikleri bir alet geçirmek sureti ile eylemlerini sürdürmüştür. Burada bir süre bekletilen Başvurucular yeniden amirin odasına getirilmiş, gözaltında bulunan yakınları da odaya alınmıştır. Büro amiri hepsine hitaben; “çalışıp vergi vereceksiniz”, “bunlara her şey yakışır, benim kim olduğumu tanıyacaksınız”, “ben Mardin’de terörle mücadelede bulundum alnımdan kurşun yedim, burada hâkim de, savcı da benim”, “ben jilet Memet’im, siz beni daha tanıımıyorsunuz, ben sizin bildiğiniz polisten değilim” şeklinde sözler söyleyerek hakaret ve tehditlerde bulunmuştur. Büro amiri, Başvuruculardan birini yerde sopa ile dövmekte iken 5 yaşındaki kızının sinir krizi geçirip annesinin üzerine kapanması ve bu sırada gelen sopa darbesi ile ya-

ralanması sonucunda eylemine son vermiştir. Başvurucular bütün gece Emniyet Binasında tutulmuşlardır.

Başvurucular, sabah binadan ayrılarak şikâyetçi olmak için savcılığa gitmiş, burada gözaltında bulunan yakınlarını adliyeye getiren polislerle karşılaşmışlardır. Büro amiri bu sayede Başvurucuların kendisini şikâyet ettiğini öğrenmiş ve kendilerini ve yakınlarını şikâyetlerini geri almaları için tehdit etmeye başlamıştır. Telefonla ve evlerine polis göndererek tehditlerine devan eden büro amiri, amacına ulaşamayınca 07.07.2002 tarihinde Başvuruculardan birini, yol üzerinden zorla bir polis otosuna bindirerek emniyet binasına getirtmiştir. Diğer aile üyeleri de gelinceye kadar kendisini bırakmayacağını söyleyerek ve hakaret ederek bazı evraklar imzalatmıştır. Başvurucunun korku nedeniyle okumadan imzaladığı bu belgelerin, yapmış olduğu şikâyetin asılsız olduğuna dair beyanlar içerdiği sonradan dosyaya sunulması sayesinde öğrenilebilmiştir.

Başvurucunun yakınlarının haber vermesi üzerine İzmir Barosu İşkenceyi Önleme Grubu üyesi 3 avukat emniyet binasına giderek, başvurunun serbest bırakılmasını sağlamıştır. Avukatlar da büro amirinin kendilerine hakaret ettiği ve tehdit ettiği iddiası ile kendisinden şikâyetçi olmuşlardır.

Büro amiri ve onun talimatı ile hareket eden 2 polis memuru hakkında eski TCK 245. maddesi kapsamında “kötü muamele” suçu kapsamında asliye ceza mahkemesinde dava açılmıştır.²³

Başvurucuların avukatları ilk celseden başlayarak suçun kötü muamele suçu olmayıp işkence suçunu oluşturduğu, görevli mahkemenin ağır ceza mahkemesi olduğu ileri sürerek, görevsizlik kararı verilmesini ve dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesini talep etmişlerse de mahkeme her seferinde bu konuda karar verilmesini ertelemiştir.

25.04.2005 tarihinde verilen nihai kararda, suçun işkence kapsamında olmadığı belirtilmiş ise de yeterli gerekçe gösterilmemiş, Büro amiri hakkında 3 ay hapis cezası verilmesine, hapis cezasının para cezasına çevrilerek ertelenmesine hükmedilmiştir. Diğer polis memurları hakkında beraat kararı verilmiştir.

Başvurucuların avukatları kararı temyiz ederek suçun işkence suçu kapsamında olduğunu ve davanın görevsiz mahkemece karara bağlandığını ileri sürerek bozma talep etmişlerdir.

Bu sırada Türk Ceza Yasası değişmiş ve Yargıtay, sadece sanık lehine hükümlerin uygulanması yönünden kararı bozmuştur. Ancak suçun vasfı ve görevsizlikle ilgili konularda esasa girerek bir karar vermemiştir.

2007 yılında dosya yeniden açılmış ve “sanığa verilen para cezasının hesaplanmasındaki hata” düzeltilerek başkaca bir inceleme yapılmaksızın esasa ilişkin bir değerlendirme yapılmamıştır.²⁴

Karar yeniden temyiz edilmiş ve suçun işkence olduğu ve görevle ilgili hukuk kurallarının ihlal edildiği ileri sürülmüş ise de Yargıtay, davanın 2010 yılı içinde “temyiz incelemesi sırasında” zamanaşımına uğradığına karar vermiştir.

23 İzmir 9. Asliye Ceza Mahkemesi, 2002/946 E.-2005/243 K

24 İzmir 9. Asliye Ceza Mahkemesi, 2007/189 E. – 2007/461 K

ii. Görevli mahkeme tartışması

İşkence suçları ağır ceza mahkemelerinin görev alanına girmektedir. Bununla birlikte suçun işkence dışında bir suç oluşturduğu değerlendirilerek dava açıldığında dosyalar, tanımlanan suçun ağırlığına göre asliye ceza ya da sulh ceza mahkemelerinde ele alınmaktadır. Yargılamaya başlayan mahkemeler fiilin “işkence ağırlığında olduğuna” ilişkin tartışmayı kabul eder ya da konuyu en azından tartışmalı bulursa yargılama sırasında görevsizlik kararı vererek dosyayı ağır ceza mahkemelerine göndermektedirler. Burada iki olasılık devreye girmektedir;

- Dosyayı alan mahkeme görevli olduğunu düşünmez: Bu durumda dosya, görev uyuşmazlığı konusunda karar verilmek üzere Yargıtay’a gönderilmekte ve yapılan inceleme uzun zaman almaktadır.
- Ağır ceza mahkemesi görevli olduğunu kabul eder: Görevsiz mahkeme tarafından yapılan tüm işlemlerin görevli mahkeme tarafından yeniden yapılması zorunludur. Bu durumda yargılamada en başa dönmektedir.

Her iki halde de yıllarla ifade edilen zaman kayıpları yaşanmakta ve davanın zama-
naşımı nedeniyle düşme riski artmaktadır.

*Hakkında verilen bir tutuklama kararı üzerine 2007 yılı Aralık ayında cezaevi-
ne sevk edilen C.K., cezaevine giriş sırasında X-Ray cihazından geçerken infaz ko-
ruma memurlarının kendisine küfretmeleri, jopla vurmaları ve gece 03:00’a kadar
odaya verilmemesi, yazdığı dilekçelerin işleme konmaması nedeniyle suç duyuru-
sunda bulunur. Savcılık, 4 infaz koruma memuru hakkında kasten yaralama ve ha-
karet, 1 infaz koruma memuru hakkında da görevi kötüye kullanmak suçundan id-
dianame düzenler.*

*İddianameyi kabul eden asliye ceza mahkemesi ise sanıkların eylemlerinin iş-
kence suçunu oluşturma ihtimali bulunduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiş-
tir.*

*Görevsizlik kararı üzerine dosya kendisine gelen ağır ceza mahkemesi ise işken-
ce suçunun oluşumunda sistematiklik tartışması yapmış ve iddianamede belirtilen
fiillerin “sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içerisinde” işlenmediği gerekçesi-
le kendisinin de görevsizliğine karar vermiştir.²⁵*

*Bunun üzerine dosya, görev uyuşmazlığı konusunda karar verilmek üzere Yar-
gıtay 5. Dairesine gönderilmiştir. 5.Daire, asliye ceza mahkemesinin görevli oldu-
ğuna karar vermiş ve dosyayı tekrar yerel mahkemeye göndermiştir.*

Bu vakada, olayın gerçekleştiği tarih ile davanın başlama tarihi arasında neredeyse 3 yıl geçmiştir.

Görevli mahkeme tartışması, zamaşımı sürelerini doğrudan etkileyecek kadar uzun sürmektedir. Aslında sadece dosya üzerinden yapılan bu incelemelerin son dere-
ce uzun sürmesi hem mağdurlar/vekilleri tarafından görev itirazı yapılmasının ve hem
de mahkemelerin görev yönünden tartışma yapmasının önünde ciddi bir engel oluş-
turmaktadır

25 Malatya 1. Ağır Ceza Mahkemesi, 05.10.2009 tarih ve 2009/323 E, 2009/290 K.

c. Delillerin eksik toplanmasına ilişkin sorun

Soruşturmaların etkin olmaması, hiç ya da yeterince delil toplanmadan iddianame düzenlenmesi nedeniyle, yargılama aşamasında delil toplanmaya hatta delillerin ne olduğu tespit edilmeye çalışılmaktadır. Yargılamaların uzamasına neden olan bu durum, zamanaşımı nedeniyle ortaya çıkan cezasızlığın sebeplerinden biridir.

d. Yasa önünde eşitlik tartışması

İşkence ve ilgili suçlarda zamanaşımının kaldırılmasına ilişkin yapılan tartışmalarda, işkence suçunun niteliksel ağırlığı ve zamanaşımının kaldırılması argümanlarının karşısına, her hukuk sisteminde zamanaşımının varlığı ile işkence suçlarında zamanaşımının kaldırılmasının Anayasaya ve eşitlik ilkesine aykırı olacağı argümanı getirilmektedir.²⁶

Bununla birlikte, yukarıda değinildiği üzere TCK m.77’de düzenlenen insanlığa karşı suç yönünden yasa önünde eşitlik ilkesinden ayrılarak, bu suç, zamanaşımı dışında bırakılmıştır. Aynı şekilde TCK m.76’da sayılan soykırım suçları ve TCK m.78’de düzenlenen, bu iki suçu işlemek için örgüt kurma suçları da zamanaşımına tabi değildir. Üç suç yönünden getirilen istisnalar, Anayasa ve kanun önünde eşitlik ilkesini ihlal etmezken işkence suçu söz konusu olduğunda eşitlik ilkesinin ileri sürülmesi düşündürücüdür. Zamanaşımının kaldırılmasına karşı olan görüşlerin ardında, işkence suçunun yeterince ağır bir suç ve bir insanlık suçu olarak kabul etmeme zihniyeti yatmaktadır.

Nitekim bu zihniyetin bir sonucu olarak, yeni CMK’nın kabulüyle olumsuz yönde bir düzenleme yapılmış ve zamanaşımı konusunda, CMK tasarısında yapılan ve bu güne kadar atılmış olan tek somut adım da yaşama geçmemiştir.

3. ÖNERİLER

Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı tarafından hazırlanan “İşkence ve Kötü Muamele Etkin Mücadele”²⁷ raporunda da zamanaşımı meselesine değinilmiş, yeni TCK sistemiyle gerek cezaların gerekse zamanaşımı sürelerinin artırıldığından bahisle bu alanda olumlu gelişmelerin 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.

Sorunun tespiti olumlu bir gelişme olmakla birlikte sorunun giderilmesi için öngörülen çözüm sorunun özünü ortadan kaldırmaya yeterli değildir. Bunun için;

İşkence suçunun insan hakları alanındaki özel ağırlığı güvence altına alınmalıdır ve hem ceza ve hem de disiplin soruşturma ve kovuşturmalarında zamanaşımı kaldırılmalıdır.

26 3. Periyodik Rapor, para.. 149

27 www.insanhaklari.gov.tr - 26 Kasım 2008, Ankara

III. Evrensel Yargı Yetkisi

1. GENEL ÇERÇEVE

Evrensel yetki, devletlerin sadece ve sadece suçun doğasına dayanarak ceza yargılaması yapabilme yetki ve sorumluluğudur. Suç mahalli, failin milliyeti, mağdurun milliyeti veya yargılama yetkisini kullanan devlet ile herhangi bir bağ, evrensel yetki uygulaması için gerekli değildir. Evrensel yetki tarafından kapsanan suçlar, insanlığa karşı ve insanlığın düşmanları tarafından işlenen suçlar olarak kabul edilmekte ve her devletin bu caniler üzerinde evrensel yetki vasıtasıyla yargılama yapabilme hakkı kabul edilerek, bunların cezasız kalmaları önlenmek istenmektedir.²⁸

Evrensel yargı yetkisi TCK'da, 13. madde ile düzenlenmiştir ve işkence de evrensel yetki kapsamındaki suçlar arasında sayılmıştır. M.13/1-c uyarınca; işkence suçunun vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenmesi halinde Türk kanunları uygulanır ve Türkiye'de yargılanır. TCK m.13/3 uyarınca bu soruşturmalar ancak *Adalet Bakanının talebi üzerine yapılabilir*.

Bununla birlikte, aşağıda verilen vakalarda Hükümet yetkililerince ve Adalet Bakanlığı tarafından herhangi bir işlem yapılmamış, işkenceye karşı ülke içinde var olan “tolerans”, yurt dışında işlenen insanlığa karşı suçlar için bir hoşgörüyü dönüşmüş ve Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından hakkında tutuklama kararı verilen bir devlet başkanı dahi ülkemizde ağırlandırabilmiştir.

2. SORUN ALANLARI

TCK m. 13/3 uyarınca vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenen işkence suçları ile ilgili olarak savcıların -resen ya da bir suç duyurusu üzerine- doğrudan bir soruşturma başlatması mümkün değildir. Adalet Bakanının soruşturmalar üzerinde mutlak bir tasarruf yetkisi vardır ve bu nedenle de savcılarının doğrudan doğruya işlem yapması mümkün olmamaktadır.

TCK m. 13/3, bu haliyle savcılarının soruşturma yapma yetkisini düzenleyen CMK m.160'a ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5 ile 6.maddelerine aykırı durumdadır.

28 S. Sinan Kocaoglu, Uluslararası Ceza Hukuku ve 5273 Sayılı Türk Ceza Kanunu Perspektifinden Evrensellik İlkesi, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1276.htm

a. Sudan Devlet Başkanı El Beşir vakası

Konu, Sudan Devlet Başkanı El Beşir'in 2008, 2009 ve 2010 yıllarında Türkiye ziyaretleri sırasında kamuoyunun gündemine gelmiştir.

Sudan Darfur'da 2003'ten beri, hükümet destekli milis gücü Cancavitler ve kabileler arasında çıkan çatışmalarda üç yüz bin sivil öldürülmüş, işkence görmüş, tecavüze uğramış ve milyonlarca insan zorla yerinden edilmiş durumdadır. Bu ihlal iddiaları çerçevesinde Birleşmiş Milletler, Darfur'da yaşananları 2005 yılında Güvenlik Konseyi gündeminde tartışmış ve konuyu 1593 sayılı kararı ile Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne (UCM) sevk etmiştir.

Darfur'da yaşananları görüşen Uluslararası Ceza Mahkemesi, 4 Mart 2009 tarihinde “insanlığa karşı suç” işlendiğine ve El Beşir'in tutuklanmasına karar vermiştir.

b. El Beşir kararı ve Türkiye

2008 Ağustos ayından başlamak üzere Türkiye'yi ziyaret eden El Beşir hakkında, tutuklama talebi ile UCM'ye sevk edilmesine ve insan hakları örgütlerinin haklı tepkilerine karşın Türk hükümeti Adalet Bakanı tarafından herhangi bir işlem yapılmamıştır. Hakkında UCM tarafından tutuklama kararı verilmesinin ardından 9 Kasım 2009 tarihinde İstanbul'da yapılacak olan İslam Konferansı Örgütü zirvesine katılmak üzere Türkiye'ye davet edilmiştir. Türkiye'ye yönelik protestolar üzerine Türkiye, El Beşir'le ilgili hukuki bir işlem yapmayacağını duyurmuş, bu konudaki Avrupa Birliği uyarısını da dikkate almamıştır.²⁹ Bunun üzerine, herhangi bir sorun yaşamaksızın ülkeye gelen El Beşir hakkında kamuoyunun yoğun baskısına rağmen, tutuklama kararı verilerek Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne teslim edilmemiştir.

Bu tartışmalar sırasında Dışişleri Bakanlığı yetkilileri, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin El Beşir'in savaş suçu işlediğine dair bir kararı olmadığını ve ilgili kararın Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne ait olduğunu, Türkiye'nin de Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne taraf olmadığını ve bu nedenle de verilen tutuklama kararının Ankara için bağlayıcılığı olmadığını belirtmiştir.³⁰

Bununla birlikte El Beşir'le ilgili tutuklama kararı süreci Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 31 Mart 2005 tarihli 1593 sayılı kararı üzerine başlamıştır. Türkiye, Ocak 2009'dan bu yana, iki yıllık süre ile Güvenlik Konseyi üyesidir. Türkiye'nin de üyesi olduğu Konsey, kararında, tüm devletleri UCM ile işbirliği yapması için teşvik etmektedir. Bu nedenle de Türkiye'nin “bağlayıcılık” tartışmasındaki itirazları herhangi bir anlam taşımamaktadır.

c. ABD Dışişleri Bakanı (2006) Condolizza Rice vakası

El Beşir kararında olduğu gibi 25 Nisan 2006 tarihinde NATO zirvesi için Türkiye'ye gelen dönemin ABD Dışişleri Bakanı Condolizza Rice hakkında Çağdaş Hukukçular Derneği İzmir Şubesi tarafından işkence ve insanlığa karşı suçlar nedeniyle soruşturma başlatılması ve gözaltına alınarak tutuklanması talebi ile yapılan suç duyurusu da TCK m.13/3 uyarınca reddedilmiştir.³¹

29 <http://www.bianet.org/bianet/dunya/118119-hrw-el-besiri-istanbulda-tutuklayin>

30 <http://www.ntvmsnbc.com/id/25017825/>

31 Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2006/1818 Soruşturma ve 2006/1044 Karar sayılı takipsizlik kararı

Savcılık tarafından verilen kararda “Şikâyetle konu olan olay ve suçlarla ilgili Adalet Bakanlığı talebi bulunmadığından, soruşturma şartının gerçekleşmediği, soruşturma açılıp yürütülmesi ve tedbir niteliğinde kararlar alınmasının mümkün bulunmadığı, soruşturmaya bu nedenle gerek olmadığı...” belirtilmiştir.

d. Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Türkiye

Başbakan Recep Tayyip Erdoğan, 6 Ekim 2004 günü, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nde yaptığı konuşmada, Türkiye'nin yakında Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne temel oluşturan Roma Statüsü'ne taraf olacağını duyurmuştur.

Bununla birlikte Başbakanlık bu taahhüdünü geri almış ve Dışişleri Bakanlığı'nın 2010 Mali Yılı Bütçe Tasarısı'nın Meclis Plan ve Bütçe Komisyonu'na sunulması dolayısıyla hazırlanan kitapçıkta, Roma Statüsü'ne taraf olunmasına ilişkin hazırlıkların devam ettiği, ancak bunun zaman alabileceğinin anlaşıldığı belirtilmiştir.

Hemen ardından da, "Bu çerçevede, 2010 yılı Mayıs ayında Uganda'da yapılacak Uluslararası Ceza Divanı gözden geçirme konferansında ortaya çıkacak yönelimlerin izlenmesi ve ülkemizin Uluslararası Ceza Divanı Statüsü'ne taraf olması açısından yeni bir değerlendirmenin yapılmasının gerekebileceği düşünülmektedir" denilerek Statünün imzalanması belirsiz bir tarihe ertelenmiştir.³²

3. ÖNERİLER

- Savcıların tarafsız ve bağımsızlığına sınırlama getiren TCK m.13/3 kaldırılmalıdır.
- Evrensel yargı yetkisi mutlak biçimde kabul edilmelidir.
- Roma Statüsü ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisi derhal yürürlüğe sokulmalıdır.

³² <http://www.ntvmsnbc.com/id/25022368>

II.BÖLÜM

İşkenceye Karşı Usül Güvenceleri

I. Genel Çerçeve

2005 yılında TCK, CMK ve Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu (CGTİK) tamamen değiştirildi. Bu değişiklikler hükümet tarafından “hukuk reformu” olarak sunuldu ve gerek Türkiye kamuoyunda, gerek uluslararası platformlarda ciddi beklentilere yol açtı.

Özellikle CMK’da yapılacak değişiklikler koruma haklarını güçlendirirken diğer yandan kolluk güçlerinin ve yargının yetkilerini daraltmaktaydı. Buna karşılık kolluk güçlerinin üst düzey yetkilileri başta olmak üzere statükocu kesimler tarafından “kolluk güçlerinin görev yapamaz hale geleceği ve suçla mücadelenin imkânsızlaşacağı” gerekçesiyle değişikliklere yönelik yoğun eleştiriler yapıldı. Bu eleştiriler kısa sürede etkili oldu ve yeni yasa daha yürürlüğe girmeden CMK’da tekrar yapılan değişikliklerle önceki iyileştirmeler geri alındı.³³

İnsan hakları alanında çalışan sivil toplum kuruluşlarının itirazlarına karşın bu geri adımların neden atıldığı kamuoyuna anlatılmadığı ve tartışılmadığı gibi mevzuatta yapılan değişiklikler ve uygulamaya yansımaları, daha iyi bir ceza yargılaması sistemi kurmaktan vazgeçildiğinin göstergesi olarak durmaktadır.

Aşağıda, önce iç hukuktaki düzenlemeler ve daha sonra da hem mevzuattaki ve/veya uygulamadaki sorunlar ele alınacaktır.

33 Örneğin, kolluk tarafından yakalanmış kişilere, haklarının bildirilmesini düzenleyen madde “yakalanan kişiye hakları derhal bildirilir” şeklinde iken, CMK’nın yürürlüğe girmesine beş gün kala 5353 sayılı yasayla yapılan değişiklik sonucu “kişiye hakları kaçmasını, kendisine veya başkasına zarar vermesini önleyecek tedbirlerin alınmasından sonra bildirilir” şekline getirildi. (CMK m.90/4)

Yine yakalanan kişinin derhal cumhuriyet savcılığına sevk edileceği, ancak bundan sonra savcı tarafından gözaltına alma kararı verebileceğine ilişkin hüküm ise, yakalama hakkında savcıya bilgi verilmesinin yeterli sayıldığı bir düzenleme ile değiştirildi (CMK m.90/5). Böylece gözaltı kararı vermek için şüphelinin/sanığın savcı huzuruna çıkarılmasının ve dinlenmesinin gerekli olmadığı sonucuna varılarak işkencenin/kötü muamelenin tespitini sağlayacak ya da işkenceyle karşılaşma riskini azaltacak bir olanaktan vazgeçilmiş oldu.

Yasanın ilk halinde gözaltı süresi yirmidört saat olarak belirlenmişken, 5353 sayılı yasa ile bu süreye azami on iki saatlik “hakim önüne çıkarılması için gerekli” yol süresi eklenmiştir (CMK m.91/1)

II. Güvenceler

A. SUSMA HAKKI

1. GENEL ÇERÇEVE

Ceza yargılamasında yer alan kendi kendini suçlamama güvencesi doğal olarak susma hakkının da garanti altına alınması anlamına gelmektedir. “Kendi kendini suçlamama” ve “susma” hakkı 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 sınırlandırılmaması gerekmektedir.

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. Dolayısıyla “kendi kendini suçlamama hakkı” otomatik olarak kişinin “susma/sessiz kalma hakkına” saygı duyulması gerektiği sonucunu da doğurur.

2. SORUN ALANLARI

Ancak Anayasal güvenceye ve iç hukuk mevzuatında yer alan tüm bu hükümlere rağmen susma hakkı, uygulamada sıklıkla ihlal edilen haklar arasında yer almaktadır.

Terörle Mücadele Yasası kapsamında yürütülen suç soruşturmalarında, bu hakkın kullanılması, 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.

B. YARGIÇ GÜVENCESİ

1. GENEL ÇERÇEVE

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. Öncelikle, yargıcın şüpheliyi bizzat görmesi sağlanarak şüphelinin işkence ve kötü muameleye maruz kalıp kalmadığı saptanacak ve bunun da ötesinde bu aşamadan sonra işkence görme riski minimuma indirilecektir. Yanı sıra, yargıç önüne çıkarılma, alıkoyma işlemlerinin hukukiliği, gerekli ve orantılı olup olmadığını denetlemesine olanak sağlayacak ve ayrıca gözaltı sürelerinin denetlenmesi olanağını da oluşturacaktır.

2. SORUN ALANLARI

a. Kolluğun, hakim kararı gerektiren işlemleri yapması sorunu

"Yakalama" usulüne ilişkin olarak CMK'da yer alan düzenlemeler genel olarak uluslararası standartlar ve Anayasa ile güvence altına alınan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile uyumludur. Ancak yaşanan sorunlar uygulamadan kaynaklanmaktadır.

Örneğin; hâkim kararı ile yakalamanın istisnası olarak düzenlenen kolluk görevlilerinin yakalama yapabileceği haller³⁴ uygulamada neredeyse kural halini almış durumdadır. Kolluk "gecikmesinde sakınca bulunan bir hal" olduğu, savcı ve amirine derhal başvurma olanağının bulunmadığı" gerekçeleri ile yakalama yetkisini rutin olarak kullanmaktadır.

CMK düzenlemelerine³⁵ aykırı olarak, uygulamada kişiler gözaltı birimine götürülüp burada yakalama işlemine dair tutanak ve belgeler tanzim edildikten sonra ilgili savcıya haber verilmektedir.

b. Kolluğun, önleme görevi kapsamındaki yetkilerinin çok geniş tanımlanmış olması ve kötüye kullanılması

Diğer yandan, hâkim kararı olmaksızın kolluğun yakalama yapabileceği haller Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği ile PYSK ile oldukça genişletilmiş durumdadır.³⁶ Bu da kolluğa, kişilerin özgürlüğünden yoksun bırakılması anlamında çok geniş bir takdir hakkı ve büyük oranda hareket serbestisi tanımaktadır.

Ayrıca PYSK m.4/A'da düzenlenen "durdurma" kavramı da sorunludur. Aslında, Anayasa'da öngörülen usule uygun bir temel hak müdahalesinin aracı olmayan, bağımsız bir durdurma kavramı açıkça Anayasa'ya ve AİHS'e aykırıdır. Bu madde, kişilerin kimlik gösterememesi halinde gözaltına alınmasını zorunlu kılan, hatta tutuklama tedbirinin yolunu açan bir şekilde düzenlenmiştir. Oysa ceza muhakemesi hukukunda kişi özgürlüğünü sınırlayan bir tedbire otomatik olarak başvurulması mümkün değildir.

Nitekim, TIHV tarafından izlenen dosyalar da, benzer nedenlerle başlayan süreçlerin sonucunda başvuru aleyhinde açılan soruşturma ve davalardan oluşmaktadır.

2011 yılının ilk günlerinde İzmir'de araçlarının içinde oturdukları sırada yanlarına gelen polis memurlarının önce kimlik sorması, sonra üst araması yapması ve daha sonra da arabayı aramak istemesi üzerine Başvurucular, polise, arama izinleri olup olmadığını sormuşlardır. Başvurucular, bunun üzerine çıkan tartışma sonucunda polis tarafından dövüldüklerini belirterek TIHV'e başvurmuşlardır.

Olaya karışan polisler ise kişilerin, arabalarını, arabada suç unsuru madde bulunduğu için aramak istemediklerini ve kendilerine mukavemette bulunduklarını ve zor kullanmak durumunda kaldıklarını, Başvurucuların kendilerine hakaret ettiğini söylemektedir.

Olay sonucunda Başvurucular hakkında görevli memura mukavemet suçundan soruşturma başlatılmıştır.³⁷

34 CMK m.90/2

35 CMK m.90/5 ve m.161/2

36 YGAİAY m.5, PYSK m.4/A, m.13

37 Balçova Polis Merkez Amirliği, Suç no: 2011/29

TIHV tarafından izlemeye alınan bir başka dosyada da olay İzmir’de ancak farklı semtlerde gerçekleşmiştir. Aşağıda verilen örnekteki başvuru- cular birbirini tanıma- makta ve farklı sosyal çevrelerden gelmektedir. Buna karşın her iki olayda da hem Başvurucuların anlatımlarının, hem polisin iddialarının ve hem de olayın sonucunun birbirine benzemesi son derece çarpıcıdır.

2009 yılında gerçekleşen vakada Başvurucu, arkadaşının arabası ile seyir ha- linde iken sigara almak üzere durduklarını, sigara alıp tekrar araca bindiği sı- rada polisler tarafından kimliklerinin istendiğini ve uzattıklarını, daha sonra araçtan inmelerinin söylendiğini, indiklerini ve ardından Başvurucunun “düzgün durması” üzerine tartışma çıktığını aktarmaktadır. Tartışma, polisin, Başvuru- cuyu ekip otosuna almak istemesi ile devam etmiştir. Bu sırada Başvurucu cep te- lefonunu çıkararak avukatını aramak isterken polis tarafından engellenmiştir ancak avukatıyla kısa bir görüşme yapmayı başarmıştır. Başvurucu, bunun ardından polis otosuna zorla bindirildiğini ve aracın içinde dövüldüğünü aktar- maktadır.

Polis ise araçta bulunan kişilerin keyif verici madde kullandığını, aracın aranmasına direndiklerini ve Başvurucunun kendilerine hakaret ettiğini ileri sürmektedir.

Olay sonucunda Başvurucu hakkında “görevli memura mukavemet” ve “ha- karet” suçlarından dava açılmıştır.³⁸

c. Gözaltı sürelerine ilişkin sorunlar

Ceza Muhakemesi Kanunu, Anayasa’da kırk sekiz saat olan gözaltı süresini şüp- heli lehine olmak üzere, toplu işlenen suçlar dışında, yirmi dört saat olarak belirle- miştir. Ancak Terörle Mücadele Yasası kapsamında işlenen suçlarda uygulanan kırk sekiz saatlik/dört günlük gözaltı süresi uygulaması, Terörle Mücadele Yasası’nda 2006 yılında yapılan değişiklikle³⁹ terör suçu ve terör amacıyla işlenen suçların kap- samı ciddi şekilde genişletilmiş olması nedeniyle, oldukça yaygınlaşmıştır.

Ayrıca, yasada “azami” olduğu belirtilen gözaltı süreleri, uygulamadan kaynaklı olarak da sıklıkla aşılabilmektedir. Bu sorunun en önemli nedeni ise, “yakalama anı”nın tespitinin kolluk tarafından yapılıyor olmasıdır. Mevzuattaki boşluk ve kol- luk üzerinde gerekli denetimin sağlıklı ve etkili bir şekilde yapılmıyor olması, yaka- lama anının tespiti konusunda kolluğa geniş bir takdir hakkı tanımakta ve doğal ola- rak da hukuka aykırı uygulamaların önünü açmaktadır.

Yakalama ve gözaltı işleminin hukuksal denetiminin yanı sıra gözaltı süresi yö- nünden de yetkili yargıcın genellikle resen bir değerlendirme yapmaması, uluslarara- sı hukuk ve Anayasa ile tanınan yargıç güvencesinin deyim yerindeyse “kâğıt üzerin- de kalmasına” neden olmaktadır.

³⁸ İzmir 16. Asliye Ceza Mahkemesi, 2009/143 E.

³⁹ 5532 sayılı yasa, 18.07. 2006 tarihli, 26232 sayılı RG

d. Yakalama / gözaltına alma işlemine itiraz ve inceleme usulüne ilişkin sorunlar

Yargıç güvencesi, uygulamada çeşitli nedenlerle etkin bir şekilde kullanılmamakta/ kullanılamamaktadır.

Kişiler, alıkoyma işlemine itiraz hakkı konusunda zamanında ve ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilmemektedir.

Diğer yandan kolluk, yakalanan kişinin dilekçesini en seri şekilde hâkime ulaştırarak yükümlü olduğu halde, uygulamada bu yükümlüğünü yerine getirmemekte, kişiye gerekli kolaylıklar sağlanmamaktadır.

Ayrıca kolluk, soruşturmaya dair işlemleri bir an önce tamamlamak istemekte ve yakalama ya da gözaltına alma işlemine itiraz ve itirazın incelenmesi için geçecek süreyi, işlemleri geciktiren bir engel olarak algılamaktadır.

Kişinin itiraz hakkını kullanması durumunda da, eğer mesai saati sona ermişse, mesai saatleri dışında nöbetçi hâkime ulaşılamaması nedeniyle çoğunlukla bir hâkim tarafından derhal ve etkili bir denetim sağlanamamaktadır.

Yargıç güvencesinin temin edilmesinde mevzuattan kaynaklanan sorunlar da bulunmaktadır. Mevzuatta⁴⁰, yapılan itirazın duruşmalı bir biçimde inceleneceğine dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu da hâkimin, incelemesini “evrak üzerinde” yapmasının yolunu açarak yargısal denetimin tam ve etkili bir şekilde sağlanmasını engellemektedir.

Yine, “soruşturmanın amacının tehlikeye düşeceği” gerekçesi ile kısıtlama kararı verildiği hallerde, şüpheli ve/veya avukatı soruşturma dosyasına ulaşamamaktadır. Bu durum, kişilerin etkin bir şekilde yakalama ya da gözaltına alma kararına itiraz edebilmelerinin önünde önemli bir engel olarak durmaktadır.

C. AVUKATA ERİŞİM HAKKI

1. GENEL ÇERÇEVE

Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin avukata ulaşma hakkı, adil yargılanma hakkının temel taşlarından birisini oluşturmaktadır. Avukata erişim, “özgürlüğünden yoksun bırakılma durumundan hemen sonra” ya da “alıkonulmanın başından itibaren” sağlanması gereken bir haktır.

Avukata erişim hakkının bir diğer işlevi ise, alıkonulan kişiyi işkence ve kötü muameleyle karşı korumaktır. Kişinin yakalanma anı ve sonrasındaki ilk birkaç saatlik süre gözdağı, sindirme, ruhsal 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 muameleyle karşı alınabilecek en temel önlemlerdendir.

Bununla birlikte iç hukukta avukata erişim hakkının kapsamı, uluslararası standartlara oranla daha dardır. Ancak, asıl sorun mevzuattan çok kolluk görevlilerinin ve yargı mercilerinin hukuka aykırı ve keyfi uygulamaları nedeniyle, şüpheli ve sanıkların bu hakkı hiç ya da gereği gibi kullanamamasıdır.

⁴⁰ CMK m.91/4

CMK ve Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği (YGAİAY) gereğince, şüpheli ya da sanık soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında avukatın huku-ki yardımından faydalanabilecektir.⁴¹ Hukuksal yardım; görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma olarak tanımlanmıştır.⁴² Ayrıca, görüşme ve yazışmaların gizliliği esastır.⁴³ Kişiye hukuksal yardımda bulunacak avukat sayısında kural olarak bir sınırlama bulunmamakla birlikte, yasa-nın 149/2. maddesi, soruşturma evresinde ifade alma sırasında bu sayıyı üç avukat ile sınırlandırmıştır.

2. SORUN ALANLARI

Yasal düzenlemeler böyle olmakla birlikte avukata erişim hakkının kullanımı sı-rasında ciddi aksamalar ve engeller ile karşılaşmaktadır.

a. Avukata erişim hakkına dair bilgilendirmeye ilişkin sorunlar

Kolluk görevlileri, alıkonulan kişilere hakları konusunda derhal ve ayrıntılı bilgi-lendirme yapmamaktadır. Hak, genellikle ifade alma ve sorgu sırasında hatırlatılmak-tadır. Yine çoğunlukla kişinin savcılık ya da mahkeme önünde ifadesi alınırken, ya-sal zorunluluk nedeniyle ifade tutanaklarına (matbu bir şekilde) haklarının hatırlatıl-dığı yazıldığı halde, hakları ayrıntılı bir şekilde açıklanmamaktadır.

Alıkonulan kişiler, uygulamada, ifadelerini imzaladıklarında ifade tutanaklarının başındaki maktu bölümde yer alan “avukat talep etti”, “avukat talep etmedi” şeklin-deki beyanı da –iradeleri bu yönde olmasa da- imzalayarak kabul etmiş sayılmakta-dırlar. Kişiden ayrıca el yazısıyla bir belge alınmamakta, avukat talebiyle ilgili maktu bölüm ifade alan tarafından doldurularak, kişiler avukat talebi konusunda herhangi bir beyanda bulunmadığı halde beyanda bulunmuşçasına işlem yapılabilmektedir.

b. Avukata erişim hakkının kullanımına ilişkin sorunlar

Uygulamada, işkence ve kötü muamele vakalarının yaşandığı durumlarda kişinin avukata erişim talebi kolluk tarafından çoğunlukla reddedilmektedir. Yine bu tür va-kalarda avukatın gözaltındaki müvekkiline ulaşması fiilen engellenebilmekte veya gö-rüşme çeşitli gerekçeler öne sürülerek geciktirilmeye çalışılmaktadır. Kolluğun bu tür davranışlarıyla özellikle siyasi suçlara ilişkin soruşturmalarda çok sık karşılaşılma-kta-dır. Bu tür keyfi kısıtlamalara itiraz ederek, görüşme talebinde ısrarcı olan avukat-lar fiziki saldırıya uğramakta ve/veya suç atımlarına maruz kalmaktadırlar.⁴⁴

TİHV tarafından takip edilen Avukat M.R. Davası, bu konuda çarpıcı bir örnektir.

M.R. gözaltında bulunan müvekkilleri ile görüşmeye gittiğinde, müvekkilleri-ye götürülmeyeceği kendisine söylenmiştir. Mevzuata aykırı uygulamaya karşı çıkması ve görüşme talebinde ısrar etmesi üzerine M.R. darp edilmiş, hakarete uğ-ramış ve suç niteliğinde bir davranışı olmadığı halde yakalama ve gözaltı işlemine maruz kalmıştır.

Olaya tanık olanların bildirmesi üzerine iki meslektaşı, bu kez kendisi ile gö-

410MK m. 149/1, YGAİAY m.20/1

42 CMK m. 149/3, YGAİAY m.20/3

43 CMK m.154, YGAİAY m.21

44 İzmir 6. Asliye Ceza Mahkemesi, 2008/887 E.

rüşmek için aynı emniyet binasına gittiklerinde, kendilerine önce böyle birisinin gözaltına alınmadığı söylenmiştir. Tesadüfen M.R.'nin koridorda elleri arkadan kelepçeli olarak bekletildiğini görmeleri üzerine binadan çıkarılmışlardır. Tekrar binaya girmek istemeleri nedeniyle fiziksel engelleme ve hakaretlere maruz kalmışlardır.

Binaya girdiklerinde ise M.R. ile görüşmeyi koridorda ve elleri kelepçeli olarak, iki kolluk görevlisi arasında yapmaları istenmiştir. Bu koşullarda görüşmeyi kabul etmeyince M.R. bu emniyet biriminden, başka bir emniyet birimine götürülmüştür. Avukatlar ancak götürüldüğü karakolda M.R. ile görüşebilmişlerdir.

M.R.'nin kayıtlı olduğu Baro görevlileri de telefonla kendisinin gözaltında olduğu bilgisini doğrulatmak için emniyet birimini aramışlardır. Kendilerine söz konusu emniyet biriminde M.R.'de dâhil hiçkimsenin alıkonulmadığı bilgisi verilmiştir. Devam eden süreçte, M.R. dışında görüşme yapmak için gittiği iki müvekkilinin de söz konusu emniyet biriminde tutulduğu anlaşılmıştır.

M.R. hakkında kolluk görevlilerince bir yakalama tutanağı düzenlenmiş ve kamu görevlisine görevini yaptırmamak için direndiği ve hakaret ettiği iddia edilmiştir.

M.R.'nin avukatlarının düzenlemiş olduğu tutanağa göre; karakola gelen il ve ilçe emniyet müdürlüğünde görevli iki üst düzey amir, "M.R.'nin şikâyetçi olmamasını, aksi takdirde arkadaşlarının da şikâyetleri bulunduğunu, karşılıklı olarak şikâyetle bulunmamalarının daha iyi olacağını" beyan etmişlerdir. Avukatların şikâyetçi olmama teklifini reddetmeleri üzerine görüşme sona ermiştir.

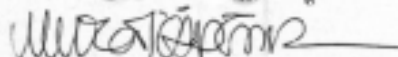
Sonuçta amir ve polis memurlarının şikâyeti üzerine M.R. hakkında görevi yaptırmamak için direnme ve hakaret suçlamasıyla dava açılırken (İzmir 5. Sulh Ceza Mahkemesi 2008/1649 E), biri amir olmak üzere dört polis memuru hakkında M.R.'yi zor kullanma sınırını aşmak sureti ile yaraladıkları iddiasıyla dava açılmıştır.

2009 yılında Bursa'da, politik bir nedenle gözaltına alınan kişi ile görüşmeye gidene avukat, müvekkili ile gözaltına alındıktan sonraki iki gün boyunca görüştürülmemiş ve bu konuda bir tutanak düzenlenmiştir.⁴⁵

(19 Mart günü öğlen vakitlerinde) : Adliye'de görüşmeye gittiğimde Kestel'e gönderildiği söylenip kendisiyle görüşemeyeceğimi telefon numaramı bırakırsam geldiğinde beni arayacaklarını belirttiler. Ben de Emniyet görevlilerinin tarafıma haber verebilmeleri için cep telefon numaramı bıraktım. Ancak esnada Kestel Emniyet müdürlüğü ve Kestel adliyesi savcılığını aradığımda gün içersinde oraya getirilmediğini söylediler.

Akşam saat 18.30 sıralarında tekrar emniyet Müdürlüğü'ne gidip İhsan İhsan ile görüşmek istediğimizde kendisinin bu kez hastaneye kan örneği için götürüldüğünü 1 saat sonra gelemezi, telefon numaraman onlarda olduğunu geldiğinde beni arayacaklarını söylediler. Yaklaşık bir saat sonra 19. 30 sıralarında tekrar Emniyet Müdürlüğü'ne gittiğimizde bu kez İhsan İhsan'ın İstanbul'a götürüldüğünü belirttiler. Göz altına alındıktan sonra yaklaşık 2 gün kendisine ulaşamadı.)

Av. ARDA GELİNER



45 Bursa Cumhuriyet Başsavcılığı, 2009/19806

2007 yılında CMK kapsamında müdafî ve vekil görevlendirmesine ilişkin bir yönetmelik⁴⁶ yayınlanmıştır. Bu yönetmelikle şüpheli/sanık talebi üzerine yapılacak avukat görevlendirmelerinde ihtarat yapılması şartı getirilmiştir. İlgili maddeye göre⁴⁷ şüphelilere/sanıklara, “müdafîye ödenecek ücretin yargılama giderlerinden sayılacağı ve mahkûm olması halinde kendisinden tahsil edileceği” ihtar edilecektir. Bu uyarı, alıkonulan kişilerin, özellikle ekonomik durumu iyi olmayanların, avukat talep etmesine neden olmaktadır.

Aynı yönetmelikle, baroların, avukat görevlendirme ve ücretlerin ödenmesi konusundaki yetkileri daraltılmıştır. Avukat talep etme yetkisi, kolluk, savcı, sorgu hâkimi ve mahkemeye verilmiştir.⁴⁸

2007 yılı öncesinde yakalanan veya gözaltına alınan şüpheli/sanıkların yakınlarının barolara başvurarak avukat talep edebilmeleri mümkün idi. Özellikle işkence/kötü muamele suçlarının işlendiği durumlarda, kolluğun avukat talep etmeme şeklindeki pratiği Baroların Avukatlık Kanunu m.76 uyarınca insan hakları alanında kendisine tanınmış görevleri yerine getirememesine de neden olmaktadır. Bu da işkence, kötü muamele ya da diğer hak ihlallerinin yaşandığı durumlar açısından çok büyük bir olumsuzluk yaratmaktadır.

c. Avukat “seçme” hakkına ilişkin sorunlar

Uygulamada karşılaşılan bir başka ihlal biçimi ise avukat “seçme” hakkının kısıtlanmasıdır. Özellikle terörle mücadele kapsamındaki suçlarda, kişinin ve yakınlarının seçtiği avukatın görev yapması engellenmekte, bunun yerine kolluk görevlilerinin veya savcının inisiyatifi ile barodan avukat talep edilmektedir. Kişilerin kendi avukatı ile görüşmekten vazgeçmesine yönelik olarak baskı ve tehdit ile karşılaştığı durumlar da mevcuttur.

d. Avukatın dosyaya erişimine ilişkin sorunlar

Mevzuata göre müdafî ve vekil, CMK m.149 uyarınca, avukat soruşturma evresinde dosya içeriğini kural olarak inceleyebilmeli ve istediği belgelerin bir örneğini *harçsız olarak alabilmelidir*.⁴⁹ Ne var ki, yasa ve yönetmelik buna bir istisna getirmektedir. Buna göre; avukatın dosya inceleme ve örnek alma yetkisi *soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek* ise Cumhuriyet savcısının istemi ve sulh ceza hâkimin kararı ile kısıtlanabilecektir.⁵⁰ Ancak kısıtlama kararı, şüphelinin/sanığın ifade-sini içeren tutanak ve bilirkişi raporları ile adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanakları kapsamaz.⁵¹

Uygulamada ise, özellikle özel yetkili mahkemelerin (devlet güvenlik mahkemeleri) görev alanına giren suçlarda gizlilik kararı alınması neredeyse kural haline gelmiştir. Gizlilik kararlarında soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek somut durumun ne olduğu ise açıklanmamaktadır. Ayrıca, zaman zaman uygulamada mevzuatın gizlilik kararı kapsamı dışında tuttuğu belgelere dahi ulaşamadığı, kolluk veya savcılık tarafından bu tür belgelerin hukuka aykırı bir şekilde verilmediği gözlemlenmektedir. Gizlilik kararlarının kaldırılması amacıyla yapılan itirazların neredeyse

46 Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî Ve Vekillerin Görevlendirilmeleri İle Yapılacak Ödemelerin Usul Ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik RG: 02.03.2007, 26450

47 Yönetmelik m.5/1-3

48 Yönetmelik m.5/son

49 CMK m.153, YGAİAY m.22/1

50 CMK m.153/2, YGAİAY m.22/2

51 CMK m.153/3, YGAİAY m.22/3

tamamının reddedildiği, denetim mekanizmasının etkili olarak işletilemediği bilinmektedir.

Ayrıca Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik avukatın soruşturma aşamasında dosyayı inceleyebilmesini, “soruşturmanın amacını tehlikeye düşürme” koşulunun yanı sıra “soruşturmaya geciktirmeme” ve “Cumhuriyet savcısının belirleyeceği personel huzurunda” inceleme koşuluna bağlamaktadır.⁵²

Avukatın dosya inceleme hakkının sınırlandırılması, dosyaya ulaşma ve inceleme şansını ortadan kaldırmakta, kısıtlama kararı olan soruşturmalarda meydana gelen işkence olaylarında delillerle ve faillere ulaşma engellenmektedir.

e. Terörle Mücadele Yasası Kapsamındaki Sınırlamalar

2006 yılında yürürlüğe giren 5532 sayılı yasa ile Terörle Mücadele Yasası’nda⁵³ yapılan bazı değişikliklerle pek çok hak kısıtlanmıştır.

Terörle Mücadele Yasası kapsamında yürütülen suç soruşturmalarında şüpheli, gözaltı süresince **yalnız bir avukatın** hukuki yardımından yararlanabilir. Gözaltındaki şüphelinin avukat ile **görüşme hakkı**, cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla **yirmi dört saat süre ile kısıtlanabilir**. Şüphelinin kolluk tarafından ifadesi alınırken, ancak bir avukat hazır bulunabilir.⁵⁴

Maddede avukatla görüşmenin hangi hal ve koşullarda kısıtlanabileceği belirtilmediğinden, uygulamada somut bir nedene dayanmayan, gerekçesi olmayan kısıtlama kararları verilmektedir. Görüşmenin engellenmesi genel düzenlemenin istisnası niteliğinde olmasına rağmen, uygulamada neredeyse “kural” haline gelmiştir. Nitekim BM Keyfi Alıköymalara Karşı Çalışma Grubu da 2007 yılındaki raporunda, avukat sınırlamasına ilişkin bu düzenlemenin, savunma hakkına ağır bir müdahale oluşturma riskinden söz etmektedir.⁵⁵

BM İnsan Hakları Komitesi de CMK’daki bu değişikliği, işkence ve kötü muameleyle karşı temel bir güvenceye getirilen sınırlama ve bunu da “*bir şüphelinin gözaltına alınmasından sonraki 24 saat içinde bir avukatla görüşme hakkının yok sayılması*” olarak değerlendirmektedir.⁵⁶

Yine, TMY kapsamındaki suçlarda **dava dosyasının incelenmesi ve dosyadan örnek alınması** “soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebileceği” gerekçesiyle Cumhuriyet Savcısının istemi ve hâkim kararıyla kısıtlanabilir.⁵⁷

TMY’da yapılan değişiklikler sonrasında BM Keyfi Alıköymalara Karşı Çalışma Grubu da, 20.10.2006 tarihinde yapmış olduğu basın açıklamasında; “*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 olduğunu*” belirtmiştir.⁵⁸

52 Cumhuriyet Başsavcılıkları İle Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, m. 45 (Değişik:RG-24/12/2010-27795)

53 Terörle Mücadele Yasası, 3713sayı - 12.04.1991 tarih

54 TMY m.10/b-c

55 BM Keyfi Alıköymalar Çalışma Grubu Raporu, A/HRC/4/40/Add. 5, para.73 (Rapor BM Genel Kurulu tarafından 07.02.2007 tarihinde kabul edilmiştir.)

56 İÖK Sonuç Gözlemleri, Para 11

57 Terörle Mücadele Kanunu m.10/d

58 BM Keyfi Alıköymalara 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>

Yine, TMY kapsamında yer alan suçlardan dolayı yapılan soruşturmalarda, avukatın 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 bulundurulabilir**. Ayrıca, şüphelinin/sanığın avukatına verdiği veya avukatın şüpheliye/sanığa verdiği belgeler hâkim tarafından incelenebilir.⁵⁹

Bu düzenleme, avukat-müvekkil ilişkisinin gizliliği kuralını açıkça ihlal etmektedir ve uygulamada “somut bulgu ve belgeye dayanmayan”, “keyfi” kısıtlamalara yol açtığı gibi 24 saatlik avukat kısıtlaması bu süre içerisinde kişinin işkence görme riskini arttırmaktadır.

f. Avukat görevlendirme sistemine ilişkin sorunlar

2005 yılında yürürlüğe giren CMK’nın ilk halinde zorunlu müdafilik kapsamı genişletilmişken 5560 sayılı Yasa⁶⁰ ile yapılan değişikliklerle bu kapsam daraltılmıştır. Yasanın ilk halinde; kişinin talebi olmasa dahi “üst sınırı beş yıldan fazla hapis cezası” gerektiren suçlarda kendisine avukat atanacağı kabul edilmişken, bu durum yasanın yeni halinde, “alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren” suçlarla sınırlandırılmıştır.⁶¹

2005 yılında kabul edilen CMK, herhangi bir koşul aramaksızın, avukat tutamayan **mağdurun** kendisi için avukat görevlendirilmesini isteme hakkını düzenlemiş iken 2008 yılında 5793 sayılı Yasa⁶² ile yapılan değişiklikle, mağdurun avukat isteyebilmesi için iki şart öngörülmüştür; mağdur, ancak “**cinsel saldırı suçu**” ile “**alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda**” baro tarafından kendisine bir avukat görevlendirilmesini isteyebilecektir.⁶³

BM İnsan Hakları Komitesi, 2010 yılı Kasım ayında yayınladığı 45. Oturum sonuçlarında, 5 yıldan daha az ceza gerektiren suçlarla itham edilenlerin CMK servisin-den yarananmamasını bir kaygı olarak dile getirmekte ve bu düzenlemenin değiştirilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁶⁴

g. Avukatlara ödenen masraflara ilişkin sorunlar

CMK gereğince görevlendirilen avukatlara ödenen avukatlık ücreti de çok düşüktür. 2007 yılında yapılan yönetmelik değişikliğiyle, görev gereği yapılan masraflar yalnızca belli bir miktara kadar yol gideri ile sınırlandırılmış, dosya fotokopisi için gerekli harcamalar bile masraf kaleminden çıkarılmıştır.

Ücretlerin ödemesinde ise bazen bir yıla varan gecikmeler yaşanmaktadır. Bu durum avukatlarda, yeterli emek ve zaman ayırma konusunda genel bir isteksizliğe yol açmaktadır. Görevlendirildiği bir dosyada işkence vakasıyla karşılaşması halinde, bunun takibinin ayrı ve zor bir iş olması nedeniyle, avukatlar işkence suçunun üzerine gitmekten çekinir hale gelmişlerdir.

Yönetmelikle, avukatın yaptığı görevin denetlenmesi ve ücret ödenip ödenmeye-

59 TMY m.10/e

60 5560 sayılı yasa 19.12.2006 tarihinde kabul edilmiştir.

61 CMK m.150/2-3, m.91/6, m.74/2; Ayrıca bkz. YGAİAY m.20/4-5-6

62 5793 sayılı yasa 24.07.2008 tarihinde kabul edilmiştir

63 CMK m.234/a(3),b(5)

64 3.Periyodik Rapor, para.11

ceğine karar verme yetkisi, Cumhuriyet başsavcılarının idari işleri arasına alınmıştır. Bu durum avukatların bağımsız hareket etmesini kısıtlayan, dolaylı bir idari denetim altına girmelerine neden olmuştur.

h. Cezaevlerinde avukata erişime ilişkin sorunlar

Cezaevlerinde tutuklu ve hükümlülerin avukata erişimi hakkı esas olarak İnfaz Yasası⁶⁵ ve İnfaz Tüzüğü'nde⁶⁶ düzenlenmiştir.

Mevzuata göre, hükümlüler avukatları ile çalışma saatleri içinde, *tutuklular* ise her zaman görüşme yapabilirler.⁶⁷ Oysa cezaevi görevlilerinin mesai saatleri dışında tutuklu müvekili ile görüşme yapmak için cezaevine giden avukatları cezaevine almadığı pek çok olay mevcuttur.

Mevzuatta, hükümlü ve tutukluların avukatı ile konuşulanların duyulamayacağı ve bu iş için ayrılan mekânlarda görüşme yapılması gerektiği düzenlenmiştir.⁶⁸

Buna karşın bazı cezaevlerinde, –özellikle açık cezaevleri ve ilçe cezaevlerinde– avukat görüş odası bulunmadığı bilinmektedir. Bazı cezaevlerinde ise yeterli fiziksel koşullar olmadığından tüm görüşmeler aynı mekânda gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle kişiler, mahremiyet ortamının sağlanmadığı, diğer mahpusların ve avukatların bulunduğu bir ortamda görüşme yapmak zorunda kalmaktadırlar.

Tutuklularla görüşmede, yönetmelik, yasada olmayan bir kısıtlama da getirmektedir.⁶⁹ Tutukluların soruşturma aşamasında, aynı anda en çok üç avukatla görüşebileceğine ilişkin düzenleme bu anlamda yasaya aykırıdır. Hükümlüler hakkında böyle bir görüşme kısıtlaması olmadığı halde, madde onlar yönünden de uygulanmaktadır.

İnfaz Yasası, özel yetkili mahkemelerin (DGM) görev alanına giren belli suçlardan tutuklu/hükümlü olan kişiler ile avukatları arasındaki ilişkide mahremiyet ilkesini daraltmaktadır.⁷⁰ Söz konusu maddeye göre, belli hallerde 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. Ayrıca İnfaz Tüzüğü ile bu kısıtlama genişletilmiş, avukatların görüşme sırasında tutmuş oldukları kayıtlar hakkında da denetim getirilmiştir.⁷¹

Yine İnfaz Tüzüğü'nde, mahremiyet ilkesini ihlal için kullanılan bir madde mevcuttur. Tüzükte özel yetkili mahkemelerin görev alanındaki belli suçlarda, avukatların belge ve dosyalarının “fiziki olarak” aranabileceği belirtilmektedir.⁷² Arama, cezaevi görevlilerince yapılacaktır. Fiziki aramanın ne olduğu ise tanımlanmamıştır. Bu nedenle, cezaevinde işkence/kötü mumameleye uğramış kişilerin avukatları ile yaptığı görüşmelerin, görevlilerce özel olarak izlendiği ve “fiziki arama” adı altında görüşme notlarının okunmak istediğine ilişkin örnekler mevcuttur.⁷³

65 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun

66 Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük (RG: 06.04.2006 – 26131)

67 Hükümlü Ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmelik m. 19/1

68 CGTİHK m.59/2, ÇIKYCGTİHT m.84/3

69 HTZEY m. 19/2

70 m.59/4

71 m. 84/2-c

72 ÇIKYCGTİHT m.84/2-c(2);

73 İzmir 11. Sulh Ceza Mah. 2009/692 E.

İzmir’de yaşanan bir örnekte, avukatlar, cezaevinde işkence görmüş bir tutuklunun dosyasının AIHM’e götürülmesi konusunda görüşme yapmışlardır. Cezaevinden çıkışta, kapıda kendilerini beklemekte olan müdür yardımcısı tarafından görüşme notları okunmak istenmiştir. Uygulanan yasaya aykırı olduğunu belirten avukatlara, tüzüğün “fiziki arama” maddesi hatırlatılmıştır. Görüşme notlarının okunmasının fiziki aramayı aşan bir durum olduğunu belirten avukatlara fiziki müdahalede bulunulmuş ve memura hakaret, tehdit ve görevi kötüye kullanma suçu işledikleri şeklinde tutanak tutulmuştur. Avukatlar hakkında bu nedenle dava açılmıştır.

Cezaevlerinde avukata erişimi engelleyen önemli bir kısıtlama da vekaletname ibraz etme zorunluluğundan kaynaklanmaktadır. Hükümlüler avukatları ile vekâletname olmaksızın, en fazla üç kez görüşme yapma hakkına sahiptir.⁷⁴

Bu madde uygulamada zaman zaman kötüye kullanılmaktadır. İzmir Kırıklar 1 Nolu F tipi Cezaevinde yaşanan bir olay buna çarpıcı bir örnek oluşturmaktadır;⁷⁵

Avukatlar, haftanın son gününde yani bir cuma günü cezaevinde, tutuklu olması nedeniyle H.E. ile vekâletname sunmaksızın görüşme yaparlar. Avukatlar, kişinin yakınlarından, pazartesi günü aynı kişiye işkence yapıldığını ve özel müşahade odasına kapatıldığını öğrenirler. Cezaevine gittiklerinde görüşülmek istenen kişinin isminin telefonla idareye bildirilmesinden sonra, “kendisinin hükümlü olduğu ve üç görüşme hakkının dolduğu” gerekçesi ile cezaevine alınmazlar. Avukatlar, idarenin bu tutum ve tasarrufunun düzeltilmesi için İnfaz hâkimliğine başvuru yaparlar, ancak herhangi bir inceleme yapılmadan başvuruları reddedilir. Kısa bir süre sonra kişi başka şehirdeki bir cezaevine gönderilerek kendisine ulaşılması tamamen engellenir.

Öte yandan Türk Medeni Kanunu⁷⁶, en az bir yıl hapis cezasına mahkûm olanlara vasi atanacağını düzenlemektedir. Bu durumda, vekâletname düzenleme yetkisi kişinin mahkemece atanan vasisine aittir. Vasi atamalarında ve vasiye ulaşmada yaşanan sıkıntılar nedeniyle hükümlü olan kişinin bir avukatla görüşmesi uzun süre mümkün olmamakta ya da imkânsızlaşmaktadır.

3. ÖNERİLER

BM İnsan Hakları Komitesi, yürürlüğe giren yeni yasaların ve 2005 yılında CMK’da yapılan değişikliklerin, işkence ve kötü muameleyle karşı temel güvencelere getirilen konulan sınırlamalardan kaygı duyduğunu belirtmektedir.⁷⁷ Aşağıda, Komite’nin önerilerinin de içinde bulunduğu bir dizi öneri sıralanmıştır;

⁷⁴ CGTİHK m.59/1

⁷⁵ İzmir İnfaz Hâkimliği, 22.01.2007, 2007/14 E. 2007/14 K.

⁷⁶ Türk Medeni Kanunu m.403, 407

⁷⁷ İÖK Sonuç Gözlemleri, Para 11

- Avukatla görüşmeyi geciktiren veya görüşülecek avukat sayısını kısıtlayan TMY m.10/b-c, CMK m.49/2, CGTİK m.59/1, HTZEY m.19/2 değiştirilmelidir,
- Avukatların dosya inceleme ve örnek alma yetkisinin kısıtlayan CMK m.153/2, YGAİAY m.22/2, TMY m.10/d'deki kısıtlamalar kaldırılmalıdır,
- Avukat – müvekkil ilişkisinin mahremiyetini ortadan kaldıran/sınrlayan TMK m.10/e, CGTİK m.59/4, ÇIKYCGTİHT m.84/2 değiştirilmelidir,
- Şüphelileri/sanıkları avukat talep etmeme noktasına getiren, Cumhuriyet Başsavcılarına avukatları denetleme olanağı sunan, baroların avukatları denetlemesini ve avukat görevlendirme yetkisini ortadan kaldıran, CMK kapsamında avukat görevlendirmelerine ilişkin Yönetmelik revize edilmelidir,
- Şüpheli ve sanıklara, haklarının “derhal” bildirilmesi ilkesine geri dönüşmeli, avukat talep edip etmeme konusunda ifade tutanaklarından ayrı bir tutanakla beyanlarının alınmasını sağlayacak düzenleme yapılmalıdır,
- Zorunlu müdafiliğin kapsamını daraltan düzenlemeler değiştirilmeli, mağdurların avukat görevlendirilmesini istemesi önündeki engeller kaldırılmalıdır. Mağdurlar avukat seçemiyorlarsa, istemleri halinde baro tarafından avukat görevlendirmesi uygulamasına geri dönüşmelidir,
- Bütün bu mevzuat değişiklikleri yanında, uygulamada kolluk, savcı ve hâkimlerin hukuka aykırı ve keyfi davranış veya kararlarına karşı önlemler alınmalıdır. Özellikle adli ve idari soruşturmalarda kamu görevlilerini koruyan tavırdan vazgeçilmelidir. Yapılan şikâyetlerin hızlı ve tarafsız olarak değerlendirilmesi sağlanmalıdır.
- Bütün alıkonma yerlerinde avukatla görüşme için ayrı ve uygun mekânlar yapılmalıdır.

D. YAKINLARA HABER VERME HAKKI

1. GENEL ÇERÇEVE

Yakalanan kişinin yakınlarına ya da kendi seçeceği üçüncü bir kişiye yakalandığını haber verme hakkının kullanılmasının, işkenceye karşı bir güvence sağlayabilmesi için gözaltı süresi içinde herhangi bir zamanda değil, “derhal” kullanılabilmesi gerekmektedir.^{78, 79}

Yasaya göre kişinin yakalanması, gözaltına alınması, gözaltı süresinin uzatılması, tutuklanması veya tutuklamanın uzatılması hallerinde yakınlarına veya belirlediği bir kişiye “gecikmeksizin” haber verilir.⁸⁰

2. SORUN ALANLARI

a. Yasal güvence eksikliği sorunu

Yakınlarına haber verme hakkı, Anayasa⁸¹ ve CMK'da düzenlenmiştir. Ancak hakkın nasıl kullanılacağı YGAİAY'nde yer aldığından bu konuda esasında yasal bir gü-

⁷⁸ TUHAK m.16,

⁷⁹ Birleşmiş Milletler İşkence Özel Raportörünün 23 Aralık 2003 tarihli raporu, E/CN.4/2004/56, para.31

⁸⁰ CMK m. 9 5/1, 107/1-2

⁸¹ Anayasa m.19/6, CMK

vence bulunmamaktadır.⁸² Anayasa, yakınlara “derhal” bildirim yapılmasını öngördüğü halde, yasa ve yönetmelikte muğlak bir kavram olan “gecikmeksizin” ifadesi yer almaktadır. Bu da kolluğun, hakkın kullanımını keyfi olarak geciktirmesine neden olmaktadır.⁸³

b. Bildirimin yapılacağı kişiye ilişkin sorunlar

Yine, uygulamada sıkça karşılaşılan bir sorun da kişinin yakını sıfatı ile avukata bildirim yapılmak istenmesidir. Böylece şüpheli veya sanığın farklı yararları düşünülerek ayrı ayrı düzenlenmiş olan iki hak, fiili olarak tek bir hakka indirgenmektedir.

c. Terörle Mücadele Kanunu’ndan kaynaklanan sorunlar

Yakınlara haber verme hakkına dair genel kuralın istisnası Terörle Mücadele Kanunu’nda yer almaktadır. Yasaya göre, “**soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebi-
lecek bir hal**” varsa bildirim, Cumhuriyet Savcısının emriyle sadece bir yakınına yapılmaktadır.⁸⁴ Ancak uygulamada bu düzenleme, TMY kapsamında yürütülen suç soruşturmalarında neredeyse otomatik olarak uygulanmakta ve hakkın etkili bir şekilde kullanımı önünde büyük bir engel oluşturmaktadır.⁸⁵

Yakınlara haber verme hakkının kullanılmasından sonra, alıkonulan kişi ile yakının görüşebilmesine ya da başka bir yolla iletişim kurabilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. İşkencenin önlenmesi bakımından, alıkonulan kişilerin yakınlarıyla görüşme yapmasının sağlanması koruyucu bir önlem olacaktır.

3. ÖNERİLER

- Haber verilecek yakınların sayısını kısıtlayan TMY 10/a maddesi kaldırılmalıdır.
- Alıkonulan kişiler ile yakınlarının iletişim kurabilmesine, görüşme yapabilmelerine olanak sağlanmalı ve bu konu yasal bir güvenceye kavuşturulmalıdır.

C. HEKİME ERIŞİM HAKKI

1. GENEL ÇERÇEVE

Şüpheli ya da sanık sıfatıyla alıkonulan kişilerin, özgürlüklerinden yoksun bırakılma anlarından itibaren serbest bırakılıncaya kadar hekim kontrolünde olmaları, işkence ve kötü muameleye karşı en önemli koruyucu önlemlerden birisidir. Bu hakkın etkili bir şekilde kullandırılması bir yandan işkence görme riskini azaltarak caydırıcı bir etki yaratırken; diğer yandan tıbbi delillerin derhal toplanması işkence ile mücadelede hayati bir önem taşımaktadır.

82 YGAİAY m.8

83 TİHV tarafından 2008 yılında yapılan ankette müvekkillerine “**yakınlarına haber verme**” hakkının **tanınıp tanınmadığı** sorusu yöneltilen avukatların %17’si ‘her zaman’, % 45’i ise ‘genellikle’ cevabını vermiştir. Bu hakkın müvekkillerine ‘hiçbir zaman’ kullandırılmadığını ya da ‘nadiren’ kullandırıldığını belirten avukatların oranı ise %22’dir. Yakınlara haber verme hakkının, müvekkillerine gecikmeksizin bildirilip bildirilmediği sorulduğunda ise ‘genellikle’ veya ‘her zaman’ yanıtını veren avukatların oranı %35’de kalmıştır. Soruya ‘hiçbir zaman’ ya da ‘nadiren’ yanıtını veren avukatların oranı ise %42’dir.

84 TMY m.10/a

85 TİHV’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. Soruya avukatların % 80’i ‘her zaman’ veya ‘genellikle’ yanıtını verirken, ‘hiçbir zaman’, ‘nadiren’ ve ‘bazen’ yanıtını veren avukatların toplam oranı ise %5 ile sınırlı kalmıştır.

İşkencenin tıbbi olarak değerlendirilmesi ve raporlandırılmasının önemi ve esasları da pek çok uluslararası sözleşme ve belgeye konu olmuştur. İstanbul Protokolü⁸⁶, Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü (TUHAK), BM Mahpusların Islahı İçin Asgari Standart Kurallar (SAK), Tıbbi Etik İlkeler⁸⁷, BM İşkenceye Karşı Komite kararları⁸⁸, BM İşkence Özel Raportörünce hazırlanmış raporlar⁸⁹, Biyotıp Sözleşmesi⁹⁰, Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi⁹¹ bunların başlıcalarıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de 30 Kasım 2010 tarihinde verdiği Musa Yılmaz/Türkiye kararında, olay tarihinde 16 yaşında olan Başvurucunun gözaltında gözlerinin bağlandığı, dövüldüğü, tecrit edildiği, tehdit edildiği ve aç bırakıldığı iddialarını, bu muameleye ilişkin verilen adli raporlarla birlikte değerlendirmiştir.

Mahkeme; adli muayene sırasında elde edilen delillerin, kötü mumele soruşturması için son derece önemli olduğunu vurgulayarak, gözaltında iken verilen raporların yüzeysel olduğunu, fiziksel bulguların boyutlarının ve renklerinin tarif edilmediğini, Başvurucunun anlatımları ile bulgular arasındaki uyumun değerlendirilmediğini, Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi tavsiyeleri ile İstanbul Protokolü ilkelerine uyulmadığını karara bağlamıştır. Ayrıca, kararda, gözaltında yani devletin kontrolü altında olan bir kişinin sağlığından da devlet görevlilerinin sorumlu olacağının altı çizilmiştir.⁹²

2. SORUN ALANLARI

a. Hekime erişimin bir hak olarak düzenlenmemiş olması

Uluslararası hukukta hekime erişim hakkı pek çok sözleşme ve belgede düzenlenmekte ise de iç hukukta bu hakkı güvenceleyen bir düzenleme bulunmamaktadır. Şüpheli veya sanığın sağlık kontrolünden geçirilmesi, alıkoyma işleminden sorumlu yetkililer açısından bir yükümlülük olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, şüpheli/sanıkların hekime erişimi bir hak olarak düzenlenmemiştir.

Alıkonulan kişilerin hekim kontrolünden geçirilmesi kolluk için bir görev olarak tanımlanmıştır ve tamamen idarenin tasarrufuna bırakılmıştır. Bunun doğal sonucu olarak kişilere hekime erişim ve kapsamına dair bir bilgilendirme yapma zorunluluğu bulunmadığı gibi, şüpheli ve sanık hakları formunda da hatırlatılması gereken haklar arasında da yer almamaktadır.

Oysa işkenceden koruma anlamında en önemli usuli güvenceler arasında yer alan “hekime erişim” hakkının işlevli olabilmesi için, aynı zamanda özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin de bu hak ve kapsamı konusunda bilgilendirilmesi gereklidir.

86 İstanbul Prensipleri (İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ve Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesine Kılavuzluk Eden İlkeler)

87 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.)

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

89 Özel Raportörün İşkence Sorunu Raporu, E/CCN.4/1999/61/Add.1, para.113(d), BM İnsan Hakları Komisyonu Özel Raportörünün 3 Temmuz 2001 tarih ve A/ 6/156 sayılı raporu

90 Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi

91 Dünya Tabipler Birliği Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi, İlke 3

92 Musa Yılmaz/Türkiye, 27566/06, para 54

b. Doktor muayenesinin belli durumlarla sınırlandırılmış olması

YGAİAY m.9'da özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin iki durumda doktor muayenesinden geçirileceğini düzenlemektedir;

- 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 hekim tarafından muayene edilerek sağlık durumunun tespit edilmesi gerekmektedir.

Burada önemli olan bir nokta; eğer kolluk tarafından yakalama sırasında zor kullanılmışsa, gözaltı kararı beklenmeksizin muayene edilmesi gerekliliğidir. Kişinin zor kullanılarak yakalanmış olması halinde gözaltına alınmayıp, serbest bırakılsa bile sağlık kontrolünden geçirilmesi bir Yönetmelik düzenlemesi olmasına karşın bu kurala uyulmamakta, zor kullanma durumunda kişiler derhal değil, emniyet birimine götürüldükten sonra muayeneden geçirilmektedir.

c. Doktor muayenesinin belli durumlarla sınırlandırılmış olmasının yarattığı sorunlar

Yakalanan kişinin, “gözaltına alınacak olması halinde” sağlık kontrolünden geçirilmesi düzenlemesinin bazı olumsuz sonuçları bulunmaktadır.

Kolluk, mevzuata aykırı olarak, genellikle yakalama işlemi yaptığı kişiler hakkında savcıya “derhal” bilgi vermemekte; 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 alınmakta ve ancak bu aşamadan sonra sağlık durumunun tespiti için hekim muayenesine götürülmektedir. Bu, özellikle kişilerin gözaltı biriminde işkence gördükten sonra sağlık kontrolüne götürüldüğü durumlarda, suçun ve faillerin tespiti için en önemli delillerden biri olan adli raporların işlevinin ortadan kalkmasına neden olmaktadır.

Yanı sıra savcılık tarafından gözaltına alma talimatı verilmediği durumda ise kişi, serbest bırakılmakta ve bu kez hiç hekim muayenesinden geçirilmemektedir. Böylece, kişide işkence ya da diğer kötü muamele biçimleri sonucunda oluşan izlerin tespiti mümkün olmamakta ve kişi, rapor süreçlerine kendi çabası ile başvurmak zorunda kalmaktadır.

d. Kişinin kendi talebi ile hekime erişme hakkının bulunmaması

Uluslararası standartlar, kişinin talebi halinde hekime erişim hakkının sağlanması gerektiğinin altını ısrarla çizirken, YGAİAY; kişinin, rutin muayeneler dışında hekime erişimini belirli bir şarta bağlamıştır.

Buna göre kişi, ancak sağlık durumu bozulduğunda ya da sağlığından şüphe edildiğinde hekim kontrolünden geçirilecektir.⁹³ Bu duruma kimin karar vereceği konusunda bir açıklık bulunmaması uygulamada sorunlara neden olmakta ve kolluğun geniş bir takdir hakkı kullanmasının yolunu açmaktadır. Oysa kişinin sağlık durumunun bozulup bozulmadığı ve tedavinin gerekip gerekmediğine karar verecek tek kişi

93 YGAİAY m.9/3

bu konuda mesleki bilgi birikime ve deneyime sahip olan hekimdir.

Özellikle kişinin tutulduğu birimde maruz kaldığı işkence ya da kötü muamele sonucu rahatsızlanması ya da sağlığından endişe edilmesi durumunda, kolluk bu konudaki takdir yetkisini hekime göndermeme biçiminde kullanmaktadır.

e. Hekim seçme hakkının bulunmaması

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.

Mevzuatımıza göre, uluslararası standartlardan farklı olarak, alıkonulan bir kişinin resmi hekim dışında kendi seçeceği bir hekim tarafından muayene edilebilmesi sadece kronik rahatsızlığı olanlara, kısmen tanınmıştır. Bu durumda, kişi resmi hekim tarafından muayene edilirken kendi hekimi de muayene ve tedavi sürecine yalnızca nezaret edebilmektedir.

Alıkonulan kişilerin, tutuldukları süre boyunca ya da sonrasında, tıbbi uzmanlığa sahip bir hekimden ikinci ya da alternatif bir tıbbi değerlendirme raporu alma hakkına sahip olmaları gerekmektedir.⁹⁴

Bu konu, her ne kadar CMK'da yapılan değişikliklerle bir ölçüde çözülmüş ve kişilere/ avukatlarına, bağımsız/uzman bir hekimden bilimsel mütalaa alma imkânı tanınmış olmakla birlikte kişilerin gözaltı birimlerinde ya da cezaevlerinde alıkonulduğu durumlarda, resmi hekim dışında kendi seçeceği bir hekim tarafından muayene edilmesi halen yasal olarak mümkün değildir.⁹⁵

f. Tıbbi değerlendirme ve raporlama biçimi

Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin tıbbi muayene ve değerlendirmelerinin yapılması, gözaltına alınanlar bakımından Yakalama, Gözaltı ve İfade Alma Yönetmeliği ile Adi Tabiplik Hizmetlerinin Yürütülmesinde Uygulanacak Esaslar isimli Sağlık Bakanlığı Genelgesinde⁹⁶, tutuklu/hükümlüler için de İnfaz Kanunu'nda düzenlenmektedir.

Bununla birlikte, hekim-alıkonulan kişi ilişkisi ve muayenenin biçimi, yönetmelikte yer almamaktadır ve bu boşluk Sağlık Bakanlığı genelgeleri ile kapatılmaya çalışılmaktadır. Bu da farklı uygulamaların doğmasına neden olduğu gibi uygulamaların sürekli değişmesi sonucunu doğuran bir ortam yaratmaktadır.⁹⁷

Sağlık Bakanlığı Genelgesi ekinde yer alan standart adli rapor formu, adli raporların kapsamı bakımından oldukça doyurucu ve İstanbul Protokolü'ne uygun bir zemin sunmakta ise de muayene koşullarına ilişkin düzenlemeler bakımından aynı saptamayı yapmak mümkün gözükmemektedir.

94 TUHAK Prensip 25; İstanbul Protokolü para.122

95 CMK'nın "Tanıklık, Bilirkişi İncelemesi ve Keşif" başlıklı Üçüncü Kısım Bilirkişi İncelemesi başlıklı İkinci Bölüm

96 <http://www.adlitabiplik.saglik.gov.tr/index.php?p=genelge>

97 TİHV'nin sözü edilen anket çalışmasında "hekimlerin adli muayene sırasında kişilerin şikâyetlerini tam olarak dinleyip dinlemediklerine" dair yöneltilen soruya, avukatların sadece %11'i 'genelde' yanıtını vermiştir. Avukatların % 58'i 'nadiren', %12'si ise 'hiçbir zaman' şeklinde yanıtlar vermiştir. Bu soruya hiçbir avukatın 'her zaman' yanıtını vermemiş olması ise düşündürücüdür. Diğer yandan "hekimlerin kişileri 'genelde' ayrıntılı bir şekilde muayene ettiği" ni belirten avukatların oranı %6 ile sınırlı kalmıştır. Avukatların hiçbirisi "hekimlerin kişileri 'her zaman' ayrıntılı bir şekilde muayene ettiği" yanıtını işaretlememiştir. Soruya 'hiçbir zaman' veya 'nadiren' yanıtını veren avukatların oranı ise %81'dir.

Yanı sıra, alıkonulan kişilerin hekime erişimi sağlandığında bile, gerek yeterli muayene yapılmaması, gerekse hazırlanan raporlardaki eksiklikler dikkate alındığında, işkencenin ispatlanabilmesinde en önemli delil olan fiziki veya ruhsal iz/bulgular tespit edilememiş olmaktadır.

Uygulamadaki bir başka sorun alanı da adli hekimlerin, işkence vakasıyla karşılaştıkları durumlarda bunu Cumhuriyet Savcılığına bildirmemeleri ve öngörülen prosedüre göre raporlama yapmamalarıdır.⁹⁹ Hekimlerin bu anlamdaki yükümlülüklerini yerine getirmemesi, işkencenin önlenmesinde önemli bir sorun alanı yaratmaktadır.

g. Tıbbi değerlendirme ve raporlama sistemi

İç hukukta resmi anlamda adli muayene/rapor düzenleme görev ve yetkisi ile Adli Tıp Kurumu'na (ATK) ve buna bağlı birimlere verilmiştir.¹⁰⁰ Bu kanun uyarınca, Adli Tıp Kurumu ve bu kuruma bağlı şube müdürlükleri, bulundukları yerlerde adli tıp hizmetlerini yerine getirmekle yükümlü kılınmışlardır.

Adli tıp hizmetlerinin büyük çoğunluğunun, personel eksikliği nedeniyle Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kuruluşlarında “adli tıp uzmanı olmayan hekimler” tarafından yürütüldüğü belirtilmektedir.¹⁰¹ Sağlık Bakanlığı'na bağlı sağlık kuruluşlarında, 90 devlet ve 17 eğitim araştırma hastanesinde adli tıp uzmanı sayısının toplam 21 olarak bildirildiği, bu uzmanların ise yalnız 9'unun adli tıp uygulamalarını etkin biçimde yürüttükleri ve kalan 12 uzmanın başhekim veya başhekim yardımcısı gibi idari görevlerde istihdam edildikleri bilinmektedir. Bu rakamlara bakıldığında, personel eksikliği ciddi bir sorun olarak görünmekle birlikte, bu durum personel eksikliğinden çok Adli Tıp Kurumu'nun yapılanmasından kaynaklanmaktadır.

Türkiye'de adli tıp hizmetlerinin büyük çoğunluğu Adalet Bakanlığı'na bağlı Adli Tıp Kurumu (ATK) tarafından yürütülmektedir. Bu durum, adli tıp uzmanlarının Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kuruluşlarında yok denecek kadar az istihdam edilmesi ile sonuçlanmıştır. Bu nedenle, adli tıp hizmetlerinin yürütülmesi bakımından adli tıp uzmanı olmayan hekimler devreye girmektedir.

“İstanbul Protokolü Eğitimi Programı; Adli tıp uzmanı olmayan hekimler, hakimler ve savcıların bilgi düzeyini yükseltme” Projesi çerçevesinde incelenen 1641 adli rapordan hiçbirinde standartlara uygun bir muayene ve belgeleme yapılmadığı sap-

98 TİHV'in sözkonsu anketinde 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. Verilen yanıtlardan;

- Muayene odasında bulunan diğer kişilerin kimliklerine raporlarda nadiren yer verildiği,
- Kişiyi muayeneye getiren kişinin kimliğinin genellikle raporlarda yer almadığı
- Raporlarda kişinin travmatik süreciyle ilgili ayrıntılı öyküye neredeyse hiç yer verilmediği,
- Fiziksel yakınmalarla ilişkin bilgilerin çok az oranda raporlara geçtiği, fiziksel bulguların ise % 68 oranında raporlara yansdığı,
- Ruhsal yakınmaların yok denecek kadar az oranda raporlarda yer aldığı, ruhsal bulgularında % 10 oranında raporlandığı,
- Ek konsültasyonlar, laboratuvar ve radyolojik incelemeler, vücut şemalarının kullanımı konularında ciddi sorunlar olduğu,
- Adli raporlarda, saptanan bulguların yorumlanması ve kişinin öyküsünde belirtilen travma ile uyumluluğun belirtilmesine ilişkin kurala neredeyse hiç uyulmadığı,
- Fotoğraf ve videoya ise adli raporlama süreçlerinde hiç yer verilmediği anlaşılmaktadır.

99 TCK m.280.

100 Adli Tıp Kurumu Kanunu m.2

101 3.Periyodik Rapor, para. 124

tanmıştır.¹⁰² Bu raporlar arasında, Adli Tıp Kurumu Şube Müdürlükleri, Grup Başkanlıkları ve İhtisas Kurulu raporları da bulunmaktadır ve bu raporlar da standartlara uygun değildir.

Bu sorunların bir nedeni, standardizasyonun sağlanması bakımından eğitim eksikliği olarak saptanabilirken diğer ve asıl önemli neden bu hizmetlerin yürütüldüğü birimler olan hem Adalet Bakanlığı'na bağlı ATK'da hem de Sağlık Bakanlığı'na bağlı sağlık kuruluşlarındaki sistemdir.

h. Adli Tıp Kurumu (Tıbbi bilirkişilik)

Adli tıp hizmetlerinde bilirkişilik hizmeti veren ATK'nın yapısı ve işleyişi tüm dünyadan farklılık göstermektedir. ATK, iş hacmi bakımından dünyada benzeri bulunmayacak büyüklükteki bir bilirkişilik kurumudur. CMK'ya göre yargı makamları ATK dışında üniversiteler, sağlık kurumları ve kişilere de bilirkişi olarak başvurabiliyor olsa da ne yazık ki Türkiye'deki uygulamada ATK başlıca resmi bilirkişilik kurumu durumundadır. Mahkemeler ve Yargıtay'ın birçok kararında ATK, üst bilirkişilik kurumu olarak kabul edilmektedir. Bu da her yıl 120 binin üzerinde dosya hazırlanması veya adli muayene yapılması gibi devasa büyüklükte iş hacmi doğurmaktadır.

Adli Tıp Kurumu, 14.04.1982 tarih ve 2659 sayılı Kanun'la, Adalet Bakanlığı'na bağlı olarak kurulmuştur. Kurumun İstanbul'da 17 şubesi, toplam 15 ilde grup başkanlığı, 42 ilde şube müdürlüğü bulunmaktadır. 2003 yılında ATK Kanununda değişiklik yapılması görüşmeleri sırasında Kurumun akademik ve özerk bir yapılanma modeli kazanması gerektiği tartışılmış ise de idari ya da bilimsel bir kazanım sağlanamamıştır.

Dünyada adli tıp alanındaki eğitim ve bilirkişilik görevleri Adalet ve İç İşleri Bakanlıkları dışında, esas olarak üniversiteler bünyesinde yürütülmektedir. ATK'nın şube müdürlüğü olan 35 ildeki¹⁰³ üniversitelerde de adli tıp anabilim dalı da bulunmaktadır ve bu illerde şube müdürlüklerinin kurulmasıyla üniversiteler atıl duruma itilmiştir.

Adli tıp hizmetleri, mesleki ve çalışma mekânı açısından tüm dünyada sağlık kurumları içinde yer almakta iken Türkiye'de ise ATK'nın yapılması nedeniyle, esas olarak herhangi bir sağlık ortamında değil ve fakat adliyelere bağlı ve adliyeler içinde bir çalışma sistemi olarak yürütülmektedir. Bu durum, mesleki ve etik açıdan son derece önemli sorunlara yol açmaktadır.

Adli Tıp Kurumu idari anlamda Adalet Bakanlığı'na bağlıdır; kuruluş, personel atanması ve özlük işlerinde özerk/bağımsız değildir ve yürütmeye bağlı olarak görev yapılmaktadır. Bu durum, Adli Tıp Kurumu'nun uluslararası standartlarda belirtilen, "bağımsız ve tarafsız tıbbi muayene" yapılması zorunluluğunun önünde ciddi bir engel oluşturduğu gibi işkence ve kötü muamele vakalarında, işlenmiş olan suçun belgelenmesi noktasında da ciddi bir sorun yaratmaktadır.

102 Aralık 2007'da başlayan ve Aralık 2009'da sona eren Projenin sahibi Adalet Bakanlığı Adli Tıp Kurumu olup, Adalet Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığı faydalancı kurumlardır. Projenin uygulayıcısı Türk Tabipleri Birliği ve konsorsiyum ortağı International Rehabilitation Council for Torture Victims (IRCT)'dir.
<http://www.adlitabiplik.saglik.gov.tr/index.php?p=iphep>

103 Adana, Afyon, Ankara, Antalya, Aydın, Balıkesir, Bolu, Bursa, Canakkale, Denizli, Diyarbakir, Edirne, Elazığ, Erzurum, Eskişehir, Gaziantep, Hatay, Isparta, Mersin, İstanbul, İzmir, Kocaeli, Konya, Malatya, Manisa, Ordu, Rize, Samsun, Sivas, Trabzon, Sanliurfa, Van, Zonguldak, Kırıkkale, Düzce

i. Hekim – hasta ilişkisi (gizlilik ve mahremiyet)

YGAİAY'de, hekim ile muayene edilen kişinin yalnız kalmalarının, muayenenin hekim-hasta ilişkisi çerçevesi içinde yapılmasının esas olduğu vurgulanmaktadır. Ancak; "...hekim kişisel güvenlik endişesini ileri sürerek muayenenin kolluk görevlisinin gözetiminde yapılmasını isteyebilir. Bu istek belgelendirilerek yerine getirilir..."¹⁰⁴

Ancak, uygulamada adli muayeneler sırasında hekim-hasta ilişkisinin mahremiyetine dair ciddi sorunlar yaşandığı bilinmektedir.¹⁰⁵

Kişilerin ilgili iç hukuk mevzuatına ve tıbbi etik kurallara aykırı bir şekilde muayene edilebildikleri; uluslararası ve iç hukuk mevzuatta, kolluk görevlilerinin muayene sırasında içeride bulunduğu hallerde, durumun belgelendirilmesi gerektiği belirtildiği halde, uygulamada bu düzenlemelere çoğunlukla uyulmadığı görülmektedir. Özellikle işkence ve kötü muamele vakalarında, alıkonulan kişinin muayenesi sırasında kolluk görevlilerinin de içeride bulunma yönünde bir davranış sergiledikleri gözlemlenmektedir.^{106, 107}

j. Tıbbi raporların gizliliği

YGAİAY'nde, uluslararası standartlardan farklı olarak, tıbbi raporun gizliliği konusunda çeşitli kategorilere göre ayırım yapılmıştır.¹⁰⁸

- Yakalama nedeniyle (zor kullanılarak yakalama yapılması halinde hemen alınması gereken ya da gözaltı kararı verildikten sonra) alınan adli raporların (giriş raporu) bir nüshası ilgili kolluk görevlisine teslim edilecektir.
- Gözaltı süresinin uzatılması, yer değişikliği ya da nezarethanedен çıkış nedeniyle hekim tarafından düzenlenen raporlar kişiyi muayene için getiren kolluk gö-

104 YGAİAY m.9/10; Sağlık Bakanlığı, 2005, m.3.2.4.(c)

105 Örnekler için bkz. Aşağıda "m. Hekimlere yönelik baskılar"

106 TLHV'in sözkonsu anketinde, "adli muayenelerde mahremiyet kuralına uyulup uyulmadığı" sorusuna 'her zaman' diyen avukatların oranı %3 ile sınırlı kalmıştır. 'Hiçbir zaman' diyenlerin oranı ise %14'tür. 'Daha da önemlisi,'muayene sırasında polis memurlarının içeride bulunduğunu' belirten avukatların oranı %59'dur (her zaman diyen %17, genelde diyen %42). Muayene sırasında polis memurlarının 'hiçbir zaman' içeride olmadığını belirten avukat oranı sadece %5'tir. Bu oranlar, ancak istisnai durumlarda başvurulması gereken söz konusu düzenlemenin, uygulamada neredeyse rutin bir uygulama halini almış olduğunu göstermektedir.

107 25.03.2008 tarihinde İzmir Adliyesi binası içindeki adli tıp biriminde yaşanan bir olay gizlilik ilkesinin ihlalinin boyutlarını göstermesi bakımından oldukça çarpıcıdır. Bu olaya ilişkin avukatların İzmir Cumhuriyet Başsavcılığı'na yaptığı şikâyet 2008/30885 sayılı soruşturma dosyası üzerinden yürütülmektedir. Söz konusu olaya ilişkin olarak İzmir Barosu Avukat Hakları Merkezi'nde tanzim edilen tutanak şöyledir: TUTANAKTIR

Av. [...], Av. [...] 25.03.2008 saat 11.15 civarı merkezimize (İzmir Barosu Avukat Hakları Merkezi) gelerek TEM tarafından gözetimine 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 itibarı 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...

25.03.2008

İzmir Barosu YK üyesi Av. [...]

İzmir Barosu Avukat Hakları Merkezi Hukukçu Personeli [...]

Av.[...] Av. [...]

Av. [...]

Av. [...]

Av. [...]

108 YGAİAY m.9

revlilerine verilmeyecek, kapalı-mühürlü zarf içinde, en seri şekilde savcılığa gönderilecektir.

Uygulamada bu konuda da sıkça sorunlar ile karşılaşmaktadır.¹⁰⁹

k. Tutuklu ve hükümlüler açısından muayene ve raporlama

CGTİK, tutuklu ve hükümlülerin beden ve ruh sağlığının korunması, hastalıklarının tanısı için muayene ve tedavi olanaklarından yararlanma hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Kural olarak 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.¹¹⁰

Bununla birlikte, uluslararası standartlar, iç hukuk ve tüm etik ilkelere rağmen tutuklu ve hükümlülerin muayene ve tedavilerinde sıklıkla sorun yaşanmaktadır.

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.

Çağdaş Hukukçular Derneği İstanbul Şubesi Cezaevi İzleme Komisyonu'nun hazırladığı 2010 Raporu'nda, Tekirdağ 1 ve 2 No.lu F Tipi hapishanelerindeki tecrit uygulamasına maruz bırakılan tutuklu ve hükümlülerin, hekime erişim konusunda anlattıkları da yer almaktadır.¹¹¹

D.Ş.: Aile hekimliği uygulamasıyla revire çıkışlar haftada iki güne düşürüldü. Pazartesi ve Perşembe günleri dışında revire çıkamıyoruz. Tutuklu sayısına göre bu çok sınırlı ve acil sağlık sorunlarına müdahale edilmiyor. Revir doktoru da muayene etmeden ilaç yazıp gönderiyor.

M.A.B.: 11 Kasım'da hücremize baskın yapıldı. Arama yapılmasını kabul etmedik. Tartışma sırasında D.K.'yi zorla götürdüler. D.K. Wernicke-Korsakoff hastası, bakıma muhtaç. Hapishanede kalamaz raporu da var. Buna rağmen onu süngerli işkence odasına götürdüler.

K.A.: Hücrenin kapısının önünde bir tutukluya işkence yapılıyordu. Kapıya vurup 'Ne oldu?' diye sorunca 30-40 gardiyan odaya girip bana ve iki arkadaşıma saldırdı. Daha sonra yaralı halde süngerli odaya atıldık. İki gün sonra doktora götürüldük. Vücudumuzda darp izi ve açık yara olmasına rağmen tedavi edilmedim.

H.Ö.: Dört yıl önce hapishaneye ilk girişte yapılan aramaya karşı çıktığım için saldırıya uğradım. Ameliyatlı bacağım tekrar kırıldı. Tekrar ameliyat gerektiği söylendi ancak hala ameliyat olmadım. Koltuk değnekleriyle yürüyorum, sakat kalma ihtimalim var.

109 TİHV'in sözkonsu anketinde "çıkış raporlarının kolluğa verilip verilmediği" sorusuna avukatların %98'i 'her zaman' veya 'genellikle' yanıtını vermişlerdir. Çıkış raporlarının 'hiçbir zaman' kolluğa verilmediğini söyleyen avukat hiç olmadığı gibi, 'nadiren' verildiğini belirten avukatların oranı %2 ile sınırlı kalmıştır.

110 Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, m.71, m.78, m.80

111 http://www.chd.org.tr/haber_detay.asp?haberID=455

Tutuklu ve hükümlülerin muayene ve tedavi için hastaneye sevk taleplerinin karşılanmasının geciktirilmesi sıkça yaşanan sorunlardandır.

Cezaevi revirindeki muayenelerde, gardiyanların muayene odasında bulunması en çok karşılaşılan şikâyetlerdendir.

Yine tutuklu/hükümlülerin hastanelerde muayene edilirken kelepçelerinin çözülmediği ve muayene odasında jandarma veya infaz koruma memuru bulunduğu bilinmektedir.

Muayenede mahremiyet ilkesinin ihlaline dayanak olarak, “Üçlü protokol”¹¹² olarak bilinen bakanlıklar arası bir mutabakat gösterilmektedir. Protokolün 61. maddesi, tutuklu ve hükümlülerin hastanelerde yapılacak muayeneleri sırasında odada jandarma bulunmasını düzenlemektedir. Buna göre;

- Terörle ve çıkar amaçlı suç örgütleriyle mücadele kanunlarının kapsamında kalan suçlardan tutuklu ve hükümlü olanların, hastahanelerde muayeneleri sırasında jandarma muayene odası içinde bulunacaktır.
- Bu suçların dışında kalanların hastanelerdeki muayenesi sırasında, jandarma odanın muhafazalı olması durumunda muayene odası dışında, muhafazalı olmaması halinde muayene odasında bekleyecektir.

Her iki halde de konuşmaların duyulmayacağı bir uzaklıkta bulunulması öngörül-müşse de muayene odalarının küçük olması nedeniyle bu kurala uyulması olanaksızdır.

Adalet, İçişleri ve Sağlık Bakanlıklarının, cezaevleri alanında birlikte hizmet üretmesine ilişkin esasları düzenlemek amacı ile yapılmış olan protokol aslında idari nitelikte bir belgedir. Bu nedenle uluslararası sözleşmeler, yasa, tüzük, yönetmeliklere aykırı olamayacağı gibi temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı nitelik de taşıyamaz.

Üçlü protokol, sadece hekim-hasta ilişkisinin mahremiyetini ihlal eden maddesi anlamında değil, pek çok konuda hak ve özgürlükleri kısıtlayan düzenlemeler içermektedir. Anılı madde Hasta Hakları Yönetmeliği’ne¹¹³ İstanbul Protokolü’ne¹¹⁴ ve Biyotıp Sözleşmesi’ne¹¹⁵ aykırılık oluşturmaktadır. Özellikle mahpuslara yönelik işkence ve diğer kötü muamele biçimlerinin saptanması ve raporlandırılmasında önemli bir sorun alanıdır.

Mardin Tabip Odası Başkanı, 2010 yılı içinde Mardin Cezaevinden gönderilen 121 şikâyet dilekçesi işleme koyduklarını belirterek bu dilekçelerdeki ortak özellikleri sıralamaktadır;¹¹⁶

- Sevk edildikleri halde personel yetersizliği gerekçesi ile zamanında hastaneye götürülmemesi,
- Hastanede tetkik istendiğinde ya da ertesi güne kalan işlemleri için tekrar aylarca bekletilme,
- Kimi zaman elleri kelepçeli iken muayeneye zorlanma,
- Hastanede, güvenlik güçlerinin muayene esnasında içerden çıkmaması.

¹¹² Adalet, İçişleri ve Sağlık Bakanlığınca 06.01.2000 tarihinde imzalanan protokol

¹¹³ HHY m.5, 21, 35

¹¹⁴ İ.P. para.124

¹¹⁵ B.S. m.10

¹¹⁶ <http://www.habermardin.com/ArticleDetail.Asp?ArticleID=241>

Nitekim, sadece Mardin Cezaevi değil Türkiye'nin pek çok bölgesinde çok sayıda kişi, onur kırıcı olarak tanımlanan bu koşullardaki muayeneyi kabul etmediği için sağlık hizmeti alamamaktadır.

Mevzuata ve hekimlik etik ilkelerine aykırı bu durum nedeniyle zaman zaman hekimler ile cezaevi görevlileri arasında sorunlar yaşanmaktadır. Muayene sırasında görevlilerin odadan çıkmasını isteyen veya kelepçelerin çözülmesini talep eden hekimler, hakarete maruz kalabilmekte veya haklarında tutanak tutularak adli-idari soruşturma açılabilir.

Tutuklu/hükümlülerin infaz kurumu dışında sağlık hizmeti alabilmesi, revirde tedavi edilememesi koşuluna bağlıdır. Tutuklu hükümlüler, doğrudan istemleri halinde hastaneye sevk edilmemektedir. Bu kural, hekimini seçme hakkı ile bağdaşmadığı gibi, uygulamada önemli gecikmelere neden olmaktadır. Kişilerin kurum dışındaki hastanelere gönderilmesi uygun görülse bile, ring araçlarının yetersizliği ve personel bulmadaki zorluklar nedeniyle sevklerin yapılmasında tıkanmalar yaşanmaktadır.

Hastaneye sevklerin nasıl yapıldığı da önemli bir sorundur. Acil ve ciddi bir sağlık sorunu ile karşılaşıldığında, 112 Acil Sağlık Hizmetlerinden doktor ve ambulans talep edildiğinde dahi kişilerin hastaneye sevkleri ring araçları ile yapılmaktadır.

Cezaevinde işkence gördüğü iddia edilen bir hükümlü kafatası kırığı ve beyin kanaması nedeniyle kaldırıldığı hastanede yaşamını yitirmiştir. Kişiyi ilk müdahaleyi cezaevine gelen acil sağlık hekimi yapmış ve acilen hastaneye kaldırılması gerektiğini belirtmiştir. Ancak hasta, güvenlik gerekçesi ile acil sağlık ekibinin bulunduğu ambulansla değil, jandarma nezaretinde ring aracı ile hastaneye sevk edilmiştir. Kişi, bir süre sonra hastanede hayatını kaybetmiştir. Bu olay üzerine suç duyurusunda bulunulmuş ise de yapılan soruşturma takipsizlikle sonuçlanmıştır.¹¹⁷

Üniversite hastanelerinden yararlanma konusunda mevzuatta engel yoksa da uygulamada üniversite hastanelerine sevklerde de sorunlar yaşanmaktadır. Sorunların başında, idarecilerin, üniversite hastanelerine sevk yapmama eğilimleri gelmektedir. Başka bir sorun ise, her üniversite ile Adalet Bakanlığı arasında tutuklu/hükümlülerin muayene ve tedavisi konusunda protokol yapılmamış olmasıdır. CTGM verilerine¹¹⁸ göre, Türkiye genelinde yalnızca 30 üniversite hastanesinde mahkum koğuşı bulunmakta olup, toplam yatak sayısı 56'dır. Ayrıca poliklinik hizmetleri, yapılan protokol ile sınırlı olarak verilmektedir.

Adalet Bakanlığının cezaevlerinde sağlık hizmetlerine verdiği değer, resmi istatistiklere de yansımıştır. Adalet Bakanlığı'nın 2008 yılı faaliyet raporuna göre;¹¹⁹

Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nün (CTGM) 2007 yılındaki Sağlık Hizmetleri sınıfındaki dolu kadrosu 552 iken bu sayı 2008 yılında 541'e düşmüştür. 2007 yılı boş kadrosu 1.607 iken, 2008 yılındaki boş kadro 1.418 dir. 2008 yılında, çalışan sağlık çalışanlarının sayısının azalmasına karşılık boş kadronun da azalmış olması, Bakanlığın kadro azaltma yoluna gittiğini göstermektedir. Yine iki yılın verileri bir-

117 İzmir Cumhuriyet Başsavcılığı, 2010/34364 Sor.

118 www.cte.adalet.gov.tr/diger/saglik/universite_hastaneleri.xls

119 Adalet Bakanlığı 2009 yılı faaliyet raporu yayınlanmadığından 2008 yılı verileri değerlendirilmiştir.

likte değerlendirildiğinde; cezaevlerinde sağlık hizmeti çalışanlarının, ihtiyacın yaklaşık 1/3'ü kadar olduğu anlaşılmaktadır.

Kadro atamalarına ilişkin sayısal verilerde bu tespiti doğrulamaktadır. Aynı rapora göre 2008 yılında CTGM, toplam 1.166 infaz koruma memuru atamış iken, cezaevlerine atanan toplam hekim sayısı yalnızca 10'dur. Aynı yıl atanan aşçı sayısı dahi 22 olup, hekim sayısından fazladır.

Bu nedenle cezaevlerinde hekime ulaşmakta sorun yaşanmakta olup sağlık memurlarının muayene ve tedavi yapmalarına izin verilmektedir.¹²⁰ Böylesi bir vaka ile TİHV'in izlediği dosyalardan birinde karşılaşılmıştır. Muayeneyi yapan sağlık memuru, duruşmada, aynı zamanda tedavi yaptığını ve ilaç yazdığını da ifade etmiştir.

2009 yılında cezaevinde işkence sonucu yaşamını yitiren Engin Çeber'le ilgili davada, kurum doktorunun kuruma gelmediği, tutuklu/hükümlülerin kabul muayenelerinin dahi yapılmadığı, ancak yapılmış gibi belge düzenlendiği anlaşılmıştır.¹²¹

1. Zorla besleme sorunu

Diğer bir önemli sorun alanı ise, Beden Muayenesi Yönetmeliği ve Sağlık Bakanlığı Genelgesinde yer alan, kişinin muayeneyi reddetmesi halinde hekimlik mesleğine ilişkin uluslararası standartlar ve tüm tıbbi etik ilkelere aykırı olarak, zorla muayeneyi öngören düzenlemedir. Benzer şekilde Ceza İnfaz Yasası'nda da hükümlü ve tutukluların zorla beslenmesi, muayene ve tedavisine ilişkin hükümler yer almaktadır.¹²² Ancak belirtilen düzenlemeler, başta Anayasa'nın 17. maddesi ile güvence altına alınan "kişi dokunulmazlığı" hakkının ihlali niteliğinde olduğu gibi Biyotıp Sözleşmesi'ne de aykırıdır.

m. Hasta mahpuslar sorunu

Türkiye'de halen güncelliğini koruyan en önemli sorunlardan birisi de hasta tutuklu/hükümlülerin cezalarının ertelenmemesi nedeniyle yeterli sağlık hizmeti alamamalarıdır. Cezaevlerinde, hayati tehlike altında bulunan ya da iyileşmesinin tıbben mümkün olmadığı anlaşılan pek çok hasta tutulmaya devam etmektedir. CGTİK 16. maddesi, hastanede bakıma alınan tutuklu/hükümlülerin cezalarının infazının hayati tehlike yaratması halinde cezalarının ertelenebileceğini düzenlemekte, aksi halde kurumun sevk ettiği hastanelerde cezanın infazına devam edileceğini belirtmektedir.

TİHV Dokümantasyon Merkezinin verilerine göre 2010 yılının ilk altı ayında, ileri tetkik ve tedaviye ihtiyacı olan 97 tutuklu/hükümlü cezaevlerinde tutulmaya devam etmektedir. Yine aynı süre içerisinde beşi kanser hastası olmak üzere yedi kişi hastalık nedeniyle, cezaevinde iken yaşamını yitirmiştir.¹²³

Bu durumdaki kişilerin cezalarının infazına devam edilmesi hali, yaşadığı acı ve ızdırabı arttıran sonuçlara yol açtığından işkence haline gelmektedir.

n. Hekimlere yönelik baskılar

İnsanlığın evrensel değerleri ve toplum vicdanı, tutuklu ve hükümlülerin gereksiz acı ve mağduriyetten korunmasını, sağlık hizmetlerine eşit şartlarda ulaşmasını ge-

120 Honaz Asliye Ceza Mahkemesinin 2010/118 E. Sayılı dosyasında mevcut revir kayıt defteri

121 Bakırköy 14. Ağır Ceza Mahkemesi, 01.06.2010 tarih, 2008/337 E. – 2010/104 K. Sayılı kararı

122 Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, Hükümlünün kendisine verilen yiyecek ve içecekleri reddetmesi başlığı altında, m. 82

123 TİHV Dokümantasyon Merkezi 2010'nun ilk Altı Aynı Kapsayan Hak İhlalleri Ara Değerlendirme Raporu, 09.07.2010, s.7-8

rektirir. Tıbbi insanlığın hizmetine sunmak, kişiler arasında herhangi bir ayırım yapmadan beden ve ruh sağlığını korumak ve iyileştirmek, hastaların acılarını dindirmek ve onları rahatlatmak, tıp doktorlarına tanınmış bir ayrıcalıktır.

Sosyal devletin en önemli görevlerinden biri, sağlık hizmetlerinin eşit, nitelikli ve herkesin ulaşabileceği bir şekilde sunumudur. Sağlık hizmetinin “eşitlik ilkesi” çerçevesinde verilmesi insan haklarına saygılı, çağdaş, demokratik ülkelerde bireylerin değil devletin sorumluluğundadır.

Buna karşın, bir suç soruşturması sırasında adli muayene ya da cezaevinden, muayene ve tedavi için getirilen mahpuslarla ilgili olarak yaşanan sorunlar konusunda önceki başlıklarda örnekler verilmiştir. Yaşanan sorunlar, kişilerin, nitelikli sağlık hizmeti alamamasının yanında zaman zaman hiç alamamaları sonucunu doğurmaktadır. Yine bu sorunlar, muayene için gelen kişiyi etkilediği gibi muayeneyi yapacak ve tedaviyi düzenleyecek olan hekimleri de etkilemektedir. Sorunlar karşısında etik tutumu benimseyen hekimler hem idari ve hem adli soruşturmalara maruz kalmaktadır.

Bu konuda, İzmir’de yaşanan bir örnek oldukça çarpıcıdır;¹²⁴

Cezaevinden muayene için hastaneye gönderilen tutuklu/hükümlülerin muayenesi sırasında odaya jandarmaların girmesi üzerine, psikiyatri uzmanı olan doktor jandarmaların dışarı çıkmasını istemiş ancak jandarmalar çıkmayı reddetmiştir. Bu kez, odaya gelen bir adli tıp uzmanı, jandarmalara, odada bulunmalarının hukuka ve meslek etik ilkelere aykırı olduğunu hatırlatmıştır. Buna rağmen jandarmaların odadan çıkmaması üzerine hekimler bir tutanak ile durumu tespit etmişlerdir. Muayene, kişinin hakları gözetilerek jandarma nezaretinde yapılmıştır. Jandarmalar ve kişilere nezaret eden infaz koruma memurları tarafından başka bir tutanak hazırlanarak, savcılığa gönderilmiştir. Savcılık, doktorlar hakkında görevi kötüye kullanma suçu kapsamında soruşturma yürütmek için kaymakamlıktan izin istemiştir. Soruşturma izni verilmesi üzerine, hekimler karara itiraz etmiş ve izin mahkeme tarafından kaldırılmıştır. Yine başka bir olayda aynı cezaevi görevlileri, bu kez kelepçelerin açılmasını isteyen ve önceki olayda adı geçen hekimlerden biri hakkında adli soruşturma açılmasını istemiş, verilen izin aynı mahkeme kararıyla kaldırılmıştır.

2010 yılında yaşanan bir başka örnek de. halen Muğla Tabip Odası Başkanlığı görevini yürüten bir hekimle ilgilidir. Hekim, 2006-2010 Türk Tabipleri Birliği Yüksek Onur Kurulu üyeliği, 2006-2010 TTB delegeliği, 2004- 2006 Muğla Tabip Odası Başkanlığı, 2002- 2004 Muğla Tabip Odası Yönetim Kurulu üyeliği yapmıştır.

05 Ocak 2010 tarihinde Muğla E Tipi Cezaevi’nden getirilen tutuklu ve hükümlülerin, muayene sırasında kelepçelerinin açılmasına ilişkin ısrara rağmen açılması üzerine Dr. Bulut, bu koşullarda muayene yapmayı reddetmiştir. Bunun üze-

¹²⁴ İzmir Bölge İdare Mahkemesi, 24.02.2010 tarih, 2010/18 E -2010/55 K.

rine hükümlü ve tutuklular, muayene edilmeksizin cezaevine geri götürülmüştür. Ancak olaydan hemen sonra Cezaevi Müdürlüğü, C.Başsavcılığı'na başvurarak doktor hakkında işlem yapılmasını istemiştir.

Savcılığın, ring aracının muayene yapılmaksızın hastaneye gidiş-gelişinin ekonomik maliyetinin ne olduğunu istemesi üzerine cezaevi yönetimi tarafından, cezaevi-hastane arası gidiş-dönüş mesafesi 16 km., kilometredeki yakıt bedeli 0.60 krş., ve 9,60 TL da amortisman bedeli olmak üzere toplam 19,20 TL zarar tespiti yapılmıştır.

Bunun üzerine savcılık, hekim hakkında TCK m.257/1 uyarınca, devleti zarara uğrattığı gerekçesiyle soruşturma izni için başvurmuş ise de Muğla Valiliği soruşturma izni vermemiştir.¹²⁵

Olayı yaşayan hekimin, olayla ilgili açıklaması aslında başka bir söze gerek bırakmamaktadır;¹²⁶

“Hekimlik mesleğinin nasıl yürütüleceği, ulusal sağlık mevzuatında, TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nda, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nde, Hasta Hakları Yönetmeliği'nde, Uluslararası Sözleşmelerde, İstanbul Protokolü'nde ve Dünya Tabipler Birliği Bildirgeleri'nde tanımlanmıştır. Hekimler hastaların, ırk, dil, din ve mezhep, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, ekonomik ve sosyal durumları ile sair farklılıkları dikkate almadan mesleklerini yürütmek zorundadır.

Tutuklu ve hükümlülerin muayenesi de öteki hastalarinki gibi, kişilik haklarına saygılı, hekimlik sanatını uygulamaya elverişli koşullarda yapılmalı ve onların gizlilik hakları korunmalıdır. Polis ya da diğer kolluk görevlileri hiçbir zaman muayene odasında bulunmamalıdır. Hekimin, bu koşulların sağlanması için ilgililerden istekte bulunma hakkı ve sorumluluğu vardır.

İnsan haklarını ve hasta haklarını ihlal eden bir devletin hekimi olacağıma, hekimlik meslek etik kurallarına aykırı davranan bir hekim olacağıma, devletin 19.20 lira zarar etmesine neden olmak; devletimizin onuru dikkate alındığında daha küçük bir kayıptır. İnsan haklarını tanımayan, devletin kendilerine verdiği yetkileri kötüye kullanan kişilerin, devlete verdikleri maddi ve manevi zararın karşılığı hesaplanamayacak kadar büyüktür.”

Bu olay üzerine Adli Tıp Uzmanları Derneği, Türkiye İnsan Hakları Vakfı, Türk Tabipleri Birliği ortak bir açıklama yaparak;¹²⁷

- Ceza infaz kurumlarında bulunan tutuklu ve hükümlülerin “yaşam, vücut bütünlüklerini koruma, sağlık ve mülkiyet hakları devletin güvencesi altındadır” ilkesinin uluslararası ceza infaz hukukunun en temel prensiplerinden biri olduğuna dikkat çekerek hekim hakkında soruşturma açması nedeniyle Muğla Cezaevi Savcısı hakkında işlem yapmak üzere Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nu ve Adalet Bakanlığı'nı göreve çağırılmışlar,

¹²⁵ İlgili hekimden alınan bilgi.

¹²⁶

<http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalEklerDetayV3&ArticleID=1012726&Date=02.02.2011&CategoryID=42>

¹²⁷ <http://www.tihv.org.tr/index.php?Herkese-EAYit-Nitelikli-SaAEYIAEK-HakkaE-IAin-Dr-Naki-BulutaEun-YanAEndayAEz>

- Adalet, İçişleri ve Sağlık Bakanlıkları arasında imzalanan, hasta ve tutuklu hakları gibi tıbbi ettiği de yok sayarak, keyfi bir şekilde düzenlenen Üçlü Protokol'ün bugüne kadar yaşam hakkının kaldırılmasından sağlık hakkının engellenmesine kadar bir dizi olumsuzluğa yol açan uygulamaların gerekçesi olması nedeniyle Sağlık Bakanı'nı bir an önce hekimlik mesleğinin temel değerlerine aykırı olan "üçlü protokol"den imzasını çekmeye davet etmişlerdir.

3. ÖNERİLER

- Gerek tutuklu/hükümlülerin, gerekse şüpheli/sanıkların hekime erişimi bir hak olarak düzenlenmeli, kapsamı ve asgari sınırları yasayla güvence altına alınmalıdır.

- BM İnsan Hakları Komisyonu tarafından da dile getirildiği gibi bağımsız tıbbi muayene yasal bir hak olarak düzenlenmelidir.¹²⁸

- Alıkonulan kişilere, herhangi bir koşul aranmadan, istediği zaman hekime erişim hakkı tanınmalıdır.

- Alıkonulanların kendi seçeceği bir hekim tarafından muayene edilebilmesi ve alternatif rapor almasını sağlayacak yasal düzenleme yapılmalıdır.

- YGAİAY m.9, alıkonulanların gözaltı birimine götürülmeden önceki sağlık durumunu tespit etmeyi sağlayacak şekilde değiştirilmelidir.

- BM İnsan Hakları Komisyonu tarafından da dile getirildiği gibi, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin muayenesinde, tıbbi personelin kişisel güvenlik açısından talep ettiği durumlar hariç olmak üzere, kamu görevlilerinin muayenede bulunmaması gereklidir.¹²⁹ Bu çerçevede, Komite'nin kaygılarının zeminini oluşturan Üçlü Protokol kaldırılmalıdır.

- Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 16. maddesi, hayati tehlikesi bulunan veya ileri tetkik gerektiren hastalıkları bulunanların cezasının ertelenmesini, herhangi bir koşula bağlamayacak şekilde yeniden düzenlenmelidir.

- Cezaevlerindeki sağlık çalışanlarının sayısı artırılmalı, insan hakları ve işkencenin önlenmesinde hekimin rolüne dair etik ilkeler konusunda eğitim çalışmaları yapılmalıdır. Eğitim çalışmalarının içeriğinin belirlenmesinde ve eğitimin verilmesinde alanda bilgi ve deneyimi olan sivil kurumlarla işbirliği yapılmalıdır.

- Uygulamada karşılaşılan keyfilikler ve hak ihlallerini önlemek için, kolluk görevlileri ile cezaevi çalışanlarının işlemlerinin denetimini sağlayacak önlemler alınmalı, bu konularda yapılan adli ve idari başvurular ciddiyetle soruşturulmalıdır.

- Yapılan denetimlerin sonuçlarına ilişkin bilgilerin şeffaflığı sağlanmalı ve alanda çalışan sivil kurumlara, yapılan işlemlere ilişkin ayrıntılı bilgi verilmelidir.

- Cumhuriyet savcıları ve infaz hâkimleri dâhil olmak üzere, tarafsız davranmayan kamu görevlilerinin cezai ve idari yönden cezalandırılmaları sağlanmalıdır.

- Adli Tıp Kurumu, bağımsız, bilimsel ve özerk bir şekilde yeniden yapılandırılmalı, Adalet Bakanlığı'na bağlı bu yapının görev ve sorumlulukları sınırlandırıl-

¹²⁸ İÖK Sonuç Gözlemleri, Para 11

¹²⁹ İÖK Sonuç Gözlemleri, Para 11

malı, belirli rutin hizmetler dışında kalan, eğitim ve bilirkişilik görevleri tüm dünyada olduğu gibi üniversitelere bırakılmalıdır.

- Tıp Fakülteleri Adli Tıp Anabilim Dalları uygulamanın doğrudan içinde yer almaktadır.

- Mevcut Adli Tıp Şube Müdürlükleri, hızla adliyelerden çıkartılarak, Sağlık Bakanlığı sistemi içine entegre edilmelidir.

- Adli raporların düzenlenmesi ile ilgili olarak sağlık kuruluşlarında profesyonel yaklaşımla hizmet sunacak birimler oluşturulmalıdır.

- Sağlık Bakanlığı'na bağlı yataklı tedavi kuruluşlarında adli tıp uzmanları istihdam edilmeli, adli birimlerde görevlendirilecek birinci basamak hekimleri görevlendirilmeden önce, adli hekimlik uygulamaları konusunda hizmet içi eğitimden geçirilmeli ve sürekli eğitim programları oluşturulmalıdır.

- Tıp fakültesi eğitim müfredatında adli tıp eğitimi yeniden yapılandırılmalıdır.

- Adli tıp uzmanlarının tümünün İstanbul Protokolü eğitimi alması sağlanmalı ve adli tıp uzmanları için sürekli tıp eğitimi programları oluşturulmalıdır.

F. GÖZALTİ KAYITLARI

1. GENEL ÇERÇEVE

Gözaltı birimleri ve cezaevleri de dâhil olmak üzere her türlü alıkonma birimlerinde 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 ölçütüdür.

Doğaldır ki kayıt sistemleri ve tutulması gereken belge/deFTERler alıkonulma biriminin yapısı ve işlevine göre farklılıklar gösterecektir. Ancak, yine de her türlü alıkonulma yerinde, özgürlüğünden yoksun bırakılanlara ilişkin ve genel idare/işleyişe ilişkin olmak üzere temel kayıtların tutulması zorunludur.

Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin her biri için, alıkonulmanın başından sonuna kadar tek ve kapsamlı bir kayıt tutulmasının önemine vurgu yapmaktadır.¹³⁰ Tek ve kapsamlı bir nezaret kaydı tutulması yoluyla alıkonulan kişilere tanınmış olan temel haklar ve usuli güvencelerin daha da güçlendirilmesi mümkün olacaktır.

İç hukukta CMK m.97, YGAİAY m.11/1 ve m.12, kayıt zorunluluğu ve kayıt defterinin içeriğini belirlemiştir. Yine CMK m.169, soruşturma aşamasında yapılan tüm işlemlerin tutanak altına alınması gerektiğine ilişkin düzenleme ile yazılı kayıt güvencesini getirmiş bulunmaktadır.

YGAİAY'de gözaltı biriminde kişilerin üst araması yapıldıktan sonra nezarethane-ye girişi "Nezarethaneye Alınanların Kaydına Ait Defter"e kaydedileceği düzenlenmiştir.¹³¹

¹³⁰ CPT standartları, CPT Genel Raporlarının "Temel" Bölümleri , para.40. <http://www.cpt.coe.int/turkish.htm>

¹³¹ Yönetmelik m.11/1, 12

¹³² CMK m.97

Özgürlüğünden yoksun bırakılma işleminin ilk aşaması olan yakalama¹³² ile ifade ve sorgu işlemleri bir tutanağa bağlanır ve yakalama zamanı bu tutanaklarda gösterilir.¹³³

2. SORUN ALANLARI

a. Kayıtların güvenirliliğine ilişkin sorunlar

Özgürlüğünden yoksun bırakılma işleminin ilk aşaması olan yakalama¹³⁴ ile ifade ve sorgu işlemleri bir tutanağa bağlanır ve yakalama zamanı bu tutanaklarda gösterilir.¹³⁵ Bununla birlikte uygulamada kolluğun, mevzuat gereği tutması zorunlu olan kayıtlar konusunda gereken titizliği göstermediği, ilgili tutanaklarda birçok bilginin eksik bırakılabildiği gözlemlenmektedir.

Daha vahimi, çoğu durumda yakalama, ifade alma, nezarethane kayıt defterlerinde yakalama zamanı veya yakalama nedenine ilişkin bilgiler arasında ciddi çelişkiler bulunmaktadır. Kayıtlardaki çelişkili bilgiler, kayıtların doğruluğunu şüpheli hale getirmekte ve kayıtları tutan kamu görevlilerinin bir kısmının görevini kötüye kullandığını ya da en azından ihmal ettiğini göstermektedir.

Bu belgeler, aynı zamanda soruşturma evrakı niteliğinde olduğundan savcılar önüne gitmekte ise de bu çelişkinin nedeni ve hangi kamu görevlisinin gerçek dışı tutanak düzenlediği araştırılmamaktadır.

b. Kayıtların incelenmesine ilişkin mevzuattaki sorunlar

Türkiye’de, gözaltı kayıtları ile alıkonulanların kaydedildiği Nezarethaneye Alınanların Kaydına Ait Defterin, alıkonulan kişilerin yakınları veya avukatları tarafından incelenmesi ve suret alınabilmesini sağlayan yasal bir düzenleme ve usul bulunmamaktadır.

CMK m. 169’da her ne kadar “soruşturma evraklarının“ incelenmesinden bahsedilmekte ise de Nezarethaneye Alınanların Kaydına Ait Defter de dâhil olmak üzere gözaltı biriminde kalan defterler bu kapsamda değildir. Bu kayıtların incelenmesi ve suret alınabilmesini sağlayan özel bir düzenleme de bulunmamaktadır.

Gözaltına alınan kişi, sadece yakınlarına haber verildiğine ve müdafî istediğine ve avukatı da kişiyi ziyaret ettiğine dair bilgileri imzalarken nezarethane defterini görebilir.¹³⁶ Nezarethane defterine bunun dışında bir erişim mümkün değildir. Ailelerin ya da yakınların bu kayıtları incelemesine ilişkin bir düzenleme de mevcut değildir. Alıkonulan kişilerin aileleri, sadece alınan önlemler ile alıkonulananın durumu hakkında güvenlik güçlerinden bilgi alabilir, kendileri inceleme yapamaz.

c. Kayıtların denetlenmesine ilişkin sorunlar

Gözaltı birimlerini ve cezaevlerini denetleme yetkisi Cumhuriyet Başsavcılarının idari görevleri arasında sayılmıştır. Uygulamada başsavcılar bu yetkilerini vekil tayin ettikleri bir veya iki savcı aracılığı ile kullanmaktadırlar.

Başsavcılıkların görev alanına giren onlarca alıkonma yerine ait kayıtların az sayıdaki savcı tarafından, etkili olarak denetlenebilmesi ve içeriklerinin doğruluğunun

¹³³ CMK m.147, YGAİAY m.23

¹³⁴ CMK m.97

¹³⁵ CMK m.147, YGAİAY m.23

¹³⁶ YGAİAY m.12

araştırılması fiziksel olarak mümkün değildir.

Gözetli işlemlerinin savcılarının denetimi altında yapılması ve eksiklik veya yanlışlık bulunması halinde derhal hukuksal işlem başlatılması gerekirken denetimler, kayıt tutulup tutulmadığını daha çok şekilsel olarak tespit etmek ve mevzuattan doğan gerekliliği yerine getirmiş görüntüsü yaratmaktan öte bir anlam ifade etmemektedir.

d. Ses ve görüntü kayıtlarına ilişkin sorunlar

Gözetli birimlerindeki kamera görüntüleri, işkencenin kanıtlanmasında çok önemli delillerdir. Ancak uygulamada, işkence/kötü muamele suçları kapsamında açılan soruşturma ve kovuşturmalarda kamera kayıtlarına ulaşmak neredeyse mümkün değildir.

Alıkonma birimlerinin izlenmesine ilişkin, görsel izleme yapabilen teknik donanım tek merkezden izlenmediği gibi soruşturma makamları kayıtları yerinde, derhal ve bizzat incelemedikleri için delile çoğu zaman ulaşamamaktadır. Savcılık, kayıt bulunup bulunmadığını enmiyet biriminin amirinden veya cezaevi müdürlüğünden sormakta, kayıt varsa kopyasını istemektedir. Bu tür yazılara idari makamlar tarafından;

- Kameraların bozuk olması nedeniyle kayıt olmadığı,
- Kameraların sadece izleme yapmak için kullanıldığı, kayıt yapılmadığı,
- Belli bir süre geçmesi nedeniyle sistemin önceki kayıtlar üzerine yeniden kayıt yaptığından mevcut görüntülerin silinmiş olduğu gibi yanıtlar verilmektedir.

Sadece alıkonma yerlerinde değil, diğer resmi kurumlarda bulunan kamera görüntülerinin de soruşturma makamlarına benzer gerekçelerle gönderilmediği görülmektedir.

Adli rapor işlemi için İdil Devlet Hastanesine götürülen şüphelilerin, koridorda ve muayene odasında dövüldüklerine ilişkin iddiaları üzerine hastanenin kamera kayıtları istenmiş, ancak sistemin arızalı olması nedeniyle kayıt bulunmadığı yanıtı verilmiştir.¹³⁷

Türkiye’de, resmi binalarda bulunan kamera kayıtlarının silindiği veya üzerlerinde tahrifat yapılabildiği bilinmektedir. Kamuoyunda “Danıştay saldırısı” olarak bilinen ve Danıştay binası içinde bir hâkimin öldürülmesi, dört hâkimin yaralanması ile sonuçlanan olayda, mahkemeye kameraların arızalı olduğu bilgisi verilmiş ancak yapılan bilirkişi incelemesinde kayıtların silinmiş olduğu anlaşılmıştır. Yargı binalarında bile görüntülerin güvenliğinin sağlanamıyor olması kaygı vericidir.

Ayrıca alıkonma yerlerinin sadece %30’unda kamera kaydı yapan ancak sağlıklı çalışmayan bir sistem bulunmaktadır.¹³⁸

Bazı binalardaki kayıtlar ise kopyalanabilme özelliğine sahip olmadığından, dosya içinde saklanabilmesi mümkün olmamaktadır.¹³⁹

¹³⁷ Midyat Ağır Ceza Mahkemesi, 2010/49 E.

¹³⁸ 1-19 Kasım 2010 tarihinde Cenevre’de gerçekleşen 45. oturumun, 2-4 Kasım günü yapılan Türkiye görüşmelerinde Hükümet Temsilcisi tarafından verilen bilgi.

¹³⁹ Honaz Asliye Ceza Mahkemesi 2010/118 E.

Bütün bu aksamaların temel nedeni, alıkonma yerlerindeki kamera kayıtlarının nasıl tutulacağı ve ne kadar süre ile saklanacağı konularında bir yasal düzenleme olmamasıdır. Her kurumun kendi iç işleyişini düzenleyen mevzuatta, görüntü kayıtlarına ilişkin düzenlemeler bulunmakla birlikte bunlara ulaşmak mümkün değildir.¹⁴⁰

Nezarethanedeki şüphelinin polis silahı ile ölmesi üzerine açılan bir soruşturma-da, kameraların nezarethaneyi izlemek için kullanıldığı ama kayıt yapmadığı bilgisi verilmiştir. Maktulün ailesinin avukatı bu konudaki yasal düzenlemenin kaynağını Emniyet Genel Müdürlüğünden sormuş, kendisine iki adet yönetmelik ve bir yönergede emniyet binalarının güvenliğinin sağlanmasına ilişkin hükümler olduğu bildirilmiştir. Anılı mevzuata ulaşamayan avukat, EMG'den anılı yönetmelik ve yönergenin bir örneğini istemiştir. Bu başvuruya, yönetmeliklerin “hizmete özel” ve yönergenin “gizli” olması nedeniyle mevzuatın gönderilemeyeceği cevabı verilmiştir.¹⁴¹

Ayrıca yargı makamlarının kayıt olmadığına ilişkin yanıtlar üzerine daha derin araştırma yapmaması, kaydın yapılamamasından sorumlu olan kamu görevlileri hakkında adli işlem başlatmaması önemli birer sorundur.

Kolluğun telsiz kayıtlarının kayıt altına alınmasına rağmen kamusal amaçla kullandıkları telefonların kayıt altına alınmaması da önemli bir eksiklik olarak ortaya çıkmaktadır.

3. ÖNERİLER

- Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, gözaltına alınan kişilerin herhangi bir resmi kayıt olmaksızın tutulduklarına ilişkin raporlardan ve bu bağlamda, kayıtların “makul bir zamanda” yapılmasına ilişkin düzenlemenin muğlaklığından kaygı duyduğunu belirtmektedir.

Bu çerçevede Komite, Taraf Devletin, özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilerin derhal kayıt edilmesini sağlanmasını ve yakalama sonrasında resmi kaydın en geç ne zaman yapılacağını yasal olarak belirlemesini öngörmektedir.¹⁴²

- Şüpheli/sanıklar ile avukatlarının ve yakınlarının, alıkonma yerinde kalan defter ve evraklarda dahil olmak üzere tüm gözaltı kayıtlarını inceleyebilmesi bir hak olarak ayrıca düzenlenmelidir.

- Terörle Mücadele Yasasının 10/ç. maddesi değiştirilerek, gözaltı işlemi yapan kamu görevlilerinin kimliklerinin saptanabilir olması sağlanmalıdır.

- Gözaltı işlemlerine dair çelişkili evrak düzenleyen kamu görevlileri hakkında, şikâyet aranmaksızın ve derhal soruşturma başlatılması sağlanmalıdır.

- Kamera kayıtlarının nasıl tutulacağı ve ne kadar süre ile hangi esaslara göre saklanacağı ve kim tarafından denetleneceği konusunda yasal düzenleme yapılmalıdır.

- Kamera kayıtları, tüm mekânlar için aynı görsel sistemle kaydedilmelidir.

- Görsel ve işitsel kayıtlar tek merkezden izlenebileceği gibi tek merkezde arşivlenmesi için düzenleme yapılması sağlanmalıdır.

140 3 Haziran 2010 tarihinde e-mail ile yapılan başvuru üzerine 6 Temmuz 2010 tarihinde Başbakanlık Bilgi Edinme Başkanlığı tarafından gönderilen yanıt: “Mevzuatımızda yapılan incelemede kamera ile ilgili doğrudan bir düzenleme yapan mevzuat bulunmamaktadır. Ancak binaların güvenliğini düzenleyen mevzuata girerek aradığınız sorulara yanıt bulabilirsiniz. Bilgi Edinme Kanunu kapsamına görede açıkça yayımlanmış internet ortamına sunulmuş bilgilerin (zaten sistem içerisinde bulunan bilgilerin) ayrıca e-mail yoluyla gönderilmesi sözkonusu değildir. İlginize teşekkür ediyor, çalışmalarınızda başarılar diliyoruz...”

141 EGM, 13.01.2010 tarih, B.05.EGM.0.36.31 sayılı yazısı

142 İÖK Sonuç Gözlemleri, Para 18

- Kamu görevlilerinin, görevleri sırasında kullandıkları iletişim araçları da kayıt altına alınmalıdır.
- Görsel ve işitsel kayıt yapılmamasından, kayıtların silinmesinden veya tahrif edilmesinden sorumlu olan kamu görevlileri hakkında, res'en ve derhal soruşturma açılması sağlanmalıdır. İdari kurumlardan gelen yanıtlarla yetinilmemeli, bilginin doğruluğu bizzat kontrol edilmelidir.

G. DENETİM MEKANİZMALARI

1. GENEL ÇERÇEVE ?

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 muameleye karşı korunması için daha etkili önlemler alması gerektiği açıktır.¹⁴³

BM İşkenceye Karşı Sözleşme de dâhil olmak üzere uluslararası hukuk, devletlere, işkence ve kötü muamelenin önlenmesi bakımından değişik sorumluluklar yüklemektedir. Bu sorumluluklar; “önleme”, “kovuşturma ve cezalandırma” ve “mağdurlara giderim sağlanması” biçiminde kategorize edilebilir.¹⁴⁴

“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 gerçekleştikten sonra devreye giren, ihlalleri “bastırıcı” bir mekanizmanın parçalarıdır. İhlal gerçekleştikten sonra delillere ulaşmak, sorumluları bulmak çok zorlaştığı gibi sorumluların bulunup cezalandırılması bile ihlale uğrayan kişi açısından çok sınırlı bir giderim sağlamaktadır.¹⁴⁵

Bu bağlamda, alıkonulan kişilerin;

- Usule ilişkin güvencelerden etkin biçimde yararlandırılıp yararlandırılmadığını,
- İşkence ve kötü muamele sonucunu doğuran herhangi bir muameleye maruz kalıp kalmadıklarını,
- Alıkonulma yerlerindeki yaşam koşullarının ve alıkonulma rejiminin işkence ve kötü muamele oluşturup oluşturmadığını,
- Alıkonulan kişilerin yeterli tıbbi bakıma ulaşıp ulaşamadıklarını,

¹⁴³ 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)

¹⁴⁴ İstanbul Protokolü, TİHV Yayınları 24, 2. Baskı, Mart 2003 Ankara.

¹⁴⁵ İşkenceye Karşı Sözleşme’nin 1. maddesi devletlere, işkence ve kötü muamele fiillerinin kovuşturulması ve sorumluların cezalandırılması; işkence mağdurlarına giderim ve tazminat hakkı tanınması, işkenceye maruz kalan kişiyi sınır dışı etme/iade yasağı; işkence suçlularının iade yükümlülüğü; ifadenin işkence altında alındığına ilişkin delil olması hariç olmak üzere işkence altında alınan ifadelerin delil olarak kullanılması yasağı getirmektedir.

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 olacaktır.

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.¹⁴⁶

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.¹⁴⁷

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 Protokol¹⁴⁸, Paris İlkeleri'nde belirtilen ulusal insan hakları kurumlarının, özellikle görev alanları bakımından daha dar ve işkence ve kötü muamelenin önlenmesine odaklanan, özelleşmiş bir biçimdir. 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,

146 Kerem Altıparmak (2007) "Türkiye'de İnsan Haklarında Kurumsallaş(ama)ma", Türkiye Barolar Birliği (yay. haz.), 5.2

147 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.

148 Bkz. Viyana Deklarasyonu ve Eylem Planı, A/CONF.157/23, 12.7.1993, para. 61.

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 varolan denetim mekanizmaları aşağıda uluslararası standartlarla karşılaştırmalı olarak ele alınacak ve özellikle de sorun alanlarının altı çizilmeye çalışılacaktır.

2. SORUN ALANLARI

a. İdari denetimler ve sorunlar

İdari denetimi, yönetim biçimleri tamamen farklı mevzuatlara dayandığı için sivil cezaevleri ve askeri cezaevleri olarak iki bölüm altında incelemek ve sorunlarını da bu biçimde değerlendirmek gerekmektedir.

i. Sivil cezaevlerine ilişkin sorunlar

İdari denetim, kişilerin tutulmasından sorumlu olan birimin bürokrasisi içinde yer alan müfettiş, hiyerarşik amirler, savcılar ve benzerlerinin yaptığı denetimlerdir.

Savcılar, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yasa'nın 5. maddesi ve Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün 4/4. maddesi uyarınca cezaevlerinde idari denetim yapmakla yükümlüdür.

Buna göre, denetim görevini yürüten savcılar, uygulamada, aynı zamanda cezaevinde yaşanan bir hak ihlali adli mekanizmaya yansıdığına, suç soruşturmasına ilişkin işlemleri de yürütmektedir. Yani adli soruşturma yetkisi ve denetim sorumluluğu, aynı savcı üzerinde birleşmektedir.

Ancak sorumlulukların ve yetkilerin bir araya gelmesi böylesi bir soruşturmayı karmaşıktırmakta ve kendi sorumluluğunu da araştırmak zorunda kalacak olan savcının, yaşanan hak ihlalleri ve failer hakkında tarafsız ve kapsamlı bir soruşturma yürütmesini objektif açıdan imkânsız kılmaktadır.

ii. Askeri cezaevlerine ilişkin sorunlar

Askeri disiplin mahkemeleri, disiplin subaylıkları ile disiplin ceza ve tutukevleri, askeri hiyerarşi içinde komutanlıklar veya askeri amirlerce ve Milli Savunma Bakanlığı'na bağlı askeri adalet müfettişleri tarafından denetlenirler.¹⁵⁰

Ayrıca, bu tür idari denetim organları tarafından gerçekleştirilen ziyaretler, çok

149 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 Yayınevi), s. 167 vd.

150 Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yasa, 29.12.2004 tarihli ve. 25685 sayılı Resmi Gazete, madde-5

nadiren 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 olan uyum sorunu halen varlığını sürdürmektedir.

b. Adli Denetimler ve sorunlar

Mevzuatta ortaya konulmuş olan adli denetim mekanizmaları/olanakları savcılarının, ceza yargıçlarının ve infaz hâkimlerinin, soruşturma ve yargılama işlemleri sırasında sahip olduğu yetkilerden kaynaklanmaktadır. Adli denetim, ihlalin bir ceza soruşturması ve kovuşturmasına dönüşmesinden sonra gerçekleştirilen bir mekanizma olduğu için hem savcının hem de ceza yargıcının, ceza yargılaması işlemlerini yerine getirirken uyguladığı usule dair de aynı zamanda bir denetim işlevi potansiyelini taşımaktadır.

i. Savcılarının denetim yetkisi ve uygulamaya dair sorunlar

Savcılarının adli denetim yetkileri/görevleri üç biçimde ortaya çıkmaktadır.

- İşkence ihbarı aldıklarında soruşturmayı derhal başlatmak ve işlemleri bizzat yapmak ki bu düzenleme savcının bizzat olay yerine gidip delillerin toplanması işlemini yapmasını da gerektirmektedir.
- Suç soruşturmasında, olay yerinde olay anlatımı yaptırdıkları “yer gösterme” işlemi,¹⁵¹
- 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 denetlemesi,¹⁵²

Bununla birlikte, savcılarının elinde bulunan bu yetkiyi ne kadar etkin biçimde kullandıkları ciddi bir soru işaretidir.

Şöyle ki; Diyarbakır İl İnsan Hakları Kurulu tarafından hazırlanan 2007 yılı raporunda¹⁵³, geçtiğimiz yıl içinde 30 nezarethane denetimi yapıldığını gösterir bir tablo yer almaktadır. Bu denetimlerden 29 tanesi savcılar tarafından yapılmıştır ve denetimlerin hiçbirinde “*tenkide değer bir husus görülmemiştir*”.

Nitekim CPT, 2005 yılında yayınladığı bir raporunda, ziyaret edilen yerlerde savcılar tarafından yapılan izlemenin yetersizliğini vurgulamıştır. Savcılar genelde sadece kayıt defterlerini 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.¹⁵⁴

ii. Ceza yargıçlarının adli yetkileri/görevleri ve denetim etkisi

Ceza yargıçlarının ve savcılarının, adli işlerle ilgili görevleri sırasında alıkonulma yerlerini denetlemeye ilişkin yasayla tanımlanmış görevleri bulunmamaktadır. Bununla birlikte, adli görev sırasında, alıkonulma yerlerinde yapılacak olay yeri inceleme ve keşif işlemlerinin ikincil bir denetim işlevi olacak ve bu yerlerin bir parça şef-

151 477 Sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Kanunu, 26.6.1964 tarihli ve 11738 sayılı Resmi Gazete, m.38.

152 CMK m.85

153 CMK m.92 ve Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği

154 Diyarbakır İl İnsan Hakları Kurulu 2007 raporu, s. 17-20

CPT/Inf (2005) 18, para. 21. Benzer bir eleştiri için bkz. Meryem Erdal (2006), İşkence ve Cezasızlık Dosyası 2005, (Ankara: TİHV Yayınları), s. 248.

faf olmasını sağlayacaktır. Ceza yargıçlarının ve savcılarının adli işlemleri bu nedenle denetim başlığı altında da değerlendirilmiştir.

İşkence ve kötü muamele fiillerinin yargılanması ve ilgili delillerin toplanması sırasında, Ceza Muhakemesi Yasası'nın 83. maddesinin kendilerine verdiği "keşif yapma" yetkisi, alıkonulma yerinin bir suç mahalli olması halinde ceza yargıçlarına, suç mahallini her durumda kontrol yetkisi de tanımaktadır.

Ayrıca sulh ceza yargıçlarının, Ceza Muhakemesi Yasası'nın 163/1. ve 173/3. maddeleri uyarınca, soruşturması sırasında doğrudan soruşturma yaptığı durumlarda savcının sahip olduğu ve yukarıda belirtilen suç mahallini doğrudan denetleme yetkileri de bulunmaktadır.

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.

Bununla birlikte ceza yargıçlarının, uygulamada, cezaevlerine giderek keşif işlemi yaptıklarına nadiren rastlansa da bir gözaltı birimine giderek ihlalin hangi mekanda, hangi aletler kullanılarak gerçekleştiği, ortamın özelliklerinin ne olduğu, kişinin anlatımı ile uyumluluklar olup olmadığını tespit ettikleri görülmüş değildir.

Cezaevlerinde gerçekleşen ihlaller bakımından istisnai birkaç örnek bulunmaktadır. Bunlardan Engin Çeber dosyası kamuoyu tarafından da bilinen bir örnektir. Ayrıca TIHV tarafından izlenen davalar sırasında, biri askeri cezaevi bir diğeri de sivil cezaevi olmak üzere iki cezaevine keşif yapılmıştır.

2005 yılında Adana Askeri Cezaevinde gördüğü işkence sonucunda ölen bir mahpusun davasında olayın gerçekleştiği cezaevinde yapılan keşif, olayın üzerinden 5 yıl geçtikten ve avukatların talebi üzerine yapılabilmiştir. Bu süreçte cezaevinin iç düzenlemesi ile birlikte kameralar değiştiği gibi kamera kayıtlarına ulaşmak da mümkün olmamıştır.¹⁵⁵

iii. İnfaz hâkimliklerinin adli denetim yetkileri/görevleri ve uygulamaya dair sorunlar

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 oluşturulmuştur.¹⁵⁶

Ayrıca, ceza infaz kurumları ve tutukevleri izleme kurullarının kendi yetki alanlarına giren ceza infaz kurumları ve tutukevlerindeki tespitleri ile ilgili olarak düzenleyip itikâl ettirdikleri raporları inceleyerek, varsa şikâyet niteliğindeki konular hakkında karar verir.

İnfaz hâkimleri de kendilerine ulaşan şikâyetlerle ilgili olarak, CMK'da belirtilen keşif yapma yetkisine¹⁵⁷ dolayısıyla işkence ve kötü muamele fiillerinin gerçekleştiği iddia edilen yerleri ziyaret yetkisine sahiptir.

¹⁵⁵ Adana 5. Ağır Ceza Mahkemesi, 2007/288 Esas

¹⁵⁶ İnfaz Hâkimliği Kanunu, m.1

¹⁵⁷ m.83

Yanı sıra bu yetki İnfaz Hâkimliği Kanunu'nunda da tanınmaktadır; infaz hâkimlerinin “*gerek gördüğünde, karar vermeden önce şikâyet konusu işlem veya faaliyet hakkında resen araştırma yapabileceği*” hüküm altına alınmıştır.¹⁵⁸ 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 infaz hâkimleri, *kendi yetki alanları içinde bulunan cezaevlerinin denetiminden sorumlu yargı birimleridir*.

Bununla birlikte, infaz hâkimleri bu yerleri ender olarak ziyaret etmektedirler. Nitekim CPT, İzmir İnfaz Hâkimi'nin sorumluluğu altındaki bir *cezaevine hiç*, Gaziantep İnfaz Hâkimi'nin de sorumluluğu altındaki birimleri *çok ender ziyaret ettiğini* tespit etmiştir.¹⁵⁹

Uygulamada görülen bu tablonun yanı sıra, her ne kadar önleyici işlev görebilecek olsalar da adli mekanizmalar, Seçmeli Protokol'de öngörüldüğü gibi düzenli ziyaretler yapmak üzere kurulmuş ve görev alanları da buna göre tanımlanmış yapılar değildir.

İnfaz hâkimlikleri, ziyaret yetkilerini kullanmamanın yanı sıra cezaevlerinden gelen dosyalar üzerindeki incelemelerinde de *cezaevi yetkililerinin verdikleri kararlar da adeta bir noter işlevi görmektedir*.

Çağdaş Hukukçular Derneği İstanbul Şubesi Cezaevi İzleme Komisyonu tarafından hazırlanan raporda yer alan anlatımlar da bu saptamayı doğrulamaktadır.¹⁶⁰

O.N.O.; hep üst sınırdan iletişim cezaları aldığını ve itirazlarının hep reddedildiğini belirtmiştir. Başvuruların esastan incelenmediğini, İnfaz hâkimliğinin idarenin kararlarını onaylayan noter gibi çalıştığını anlatmıştır.

Adının açıklanmasını istemeyen 5 tutuklu; disiplin cezalarının hepsine itiraz ettiklerini ancak kabul edilen herhangi bir başvuru olmadığını söylemişlerdir. Hapishanelerdeki hukuksuz uygulamaların nedeninin İnfaz hâkimliği olduğunu düşünmektedirler. Hapishane idaresi tarafından verilen her kararın hâkimlikçe onaylandığını belirtmişlerdir.

F.T.; disiplin cezası aldığını, bunların 3'er aylık iletişim, ziyaret ve 20 günlük hücre cezası olduğunu, kesinleştiğini, disiplin cezalarına itiraz ettiğini ancak şimdiye kadar hiçbirinin kabul edilmediğini, infaz hakimliğinin tamamen hapishane idaresi ile iş birliği içerisinde olduğunu, onların kararlarının tamamını onayladıklarını anlatmıştır.

K.A.; ziyaret, mektup ve hücre gibi disiplin cezaları aldığını, 40 günlük hücre cezasının kesinleştiğini, disiplin cezalarına itiraz ettiğini ancak şimdiye kadar hiçbirinin kabul edilmediğini, infaz hâkimliğini idarenin cezalarını onaylama merkezi olduğunu anlatmıştır.

¹⁵⁸ m.6

¹⁵⁹ 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.

¹⁶⁰ http://www.chd.org.tr/haber_detay.asp?haberID=455

2008 yılı içinde, İnfaz Hâkimliklerine toplam gelen dosya sayısı 12.187'dir. Bu dosyaların % 57,2'si hükümlü ve tutukluların başvuru ve şikâyetleri ile, % 42,8'i ise infaz hâkimliğine resen gelen hükümlü ve tutuklulara ait disiplin cezası onayları ile ilgilidir. *Hükümlü ve tutuklular tarafından yapılan* başvuru ve şikâyetlerin % 95,56'sında ret, İnfaz Hâkimliğine *resen gelen* hükümlü ve tutuklulara ait disiplin cezası onayları ile ilgili verilen kararların % 82,37'sinde cezanın onayına karar verilmiştir.¹⁶¹

İnfaz Hâkimliği Kanunu'nda 22.07.2010 tarihinde yapılan değişiklikle, bu hâkimliklerin kuruldukları yerin adliye binasında görev yapacaklarına ilişkin düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır.¹⁶² Bu değişiklik sonrasında, zaten cezaevi idaresinin bir onay mercii gibi çalışan infaz hâkimliklerinin cezaevi kampüslerinin içine taşınarak, tamamen kapalı devre bir sistem haline gelme riski oldukça yüksektir.

Aynı değişiklik yasasında infaz hâkimlerine, “disiplin cezalarına karşı yapılacak şikâyetlerde duruşmalı” yargılama yapma kuralı getirilmektedir.¹⁶³ Bu olumlu bir düzenleme olmakla birlikte duruşma kuralının sadece disiplin cezalarına karşı yapılacak şikâyetlerle sınırlı tutulmuş olması ciddi bir eksikliklerdir. Verilen cezaya karşı bir itiraz olmadığı durumda infaz hâkimliği duruşma açmaksızın evrak üzerinden karar verecektir ki, bu da kişinin *savunma hakkını kısıtlayan bir hükümdür*. Keza, disiplin cezası dışındaki diğer işlemlerde de duruşmasız usul izlenecektir.

iv. Adli süreçlerdeki kayıtlara ilişkin sorunlar

CMK'nın 160. maddesinde belirtilen, “soruşturma işlemlerinin tutanağa bağlanması” koşulu, hükümet yetkililerince, soruşturma sırasında görevi kötüye kullanma olasılığına karşı bir güvence olarak ortaya konmaktadır.¹⁶⁴

Bu düzenlemenin bir yasa maddesi olarak yer almasının mantığı, esasında, elbette ki işlemlerin kendisini güvence altına almaktır. Bununla birlikte, özellikle işkence ve kötü muamele suçunun şüphelisi durumunda olan güvenlik kuvvetlerinin ya da infaz koruma memurlarının “olay tutanağı” adı altında bir tutanak düzenlemeleri, bu tutanakta olayı gerçeğin dışında kayda geçmeleri rutin uygulamadır.

Disipline ilişkin işlerde infaz hâkimlerinin, aslında geçerliliği her zaman tartışılması gereken tutanaklara dayanarak, verilen cezaları onaylaması ya da cezalara karşı yapılan itirazları reddetmeleri; ceza soruşturma ve yargılamalarında da bu kayıtların soruşturmalara ve hatta hükme esas alınması son derece vahim sonuçlar doğurmaktadır. Bununla birlikte durumu daha da vahim kılan, bu kayıtların, söz konusu fiillerden mağdur olanlar aleyhine, “mukavemet” suçlamasıyla karşı davalar açılmasının nedeni olmasıdır.

c. İl/ilçe insan hakları kurulları ve denetimlere ilişkin sorunlar

i. Yasal bir güvencenin bulunmaması

Paris İlkeleri uyarınca “Ulusal kuruma, oluşumunu ve yetkilerini ayrıntılı bir şekilde belirleyen anayasal veya yasal bir metinde açıkça öngörülmek suretiyle, olabilir-

161 Bu veriler Adalet Bakanlığı web sitesinde yer alan en yakın tarihli sayılar kullanılarak oranlanması yolu ile elde edilmiştir. http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2008/infaz/infaz4.pdf ; http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2008/infaz/infaz2.pdf (erişim 13 Eylül 2010)

162 6008 sayılı Kanun, m.10/B, 25 Temmuz 2010, R.G. 27652

163 6008 sayılı Kanun, m.5

164 3.Periyodik Rapor, para. 57

diğince geniş bir görev alanı verilir.”¹⁶⁵ Ayrıntılı bir yasal düzenleme ile ulusal mekanizmanın güvence altına alınması gereklidir. Ulusal mekanizmanın yasa ya da anayasa ile kurulması mekanizmanın bağımsızlığını ve herhangi bir durumda hukuksal yetkilerini korumak için en güvenli yoldur.¹⁶⁶

Kurullar, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelikle oluşturulmuştur ve kurullara ilişkin hali hazırda bir yasa bulunmamaktadır.

ii. Üyelerin belirlenmesine ilişkin yaklaşım sorunu

Kurul üyelerinin yapısı, 2003 yılında değiştirilmiş ve bu değişiklikle kurulların, üyelerin kompozisyonu bakımından yapısı, görece sivil bir karakter kazanmıştır. Hükümet yetkilileri ise bu değişikliği son derece olumlu bir gelişme olarak görmekte, kurul üyelerinin yapısının değiştiğini ve sivil toplum tabanlı bir yapı haline geldiğini belirtmektedir.¹⁶⁷

Yönetmeliğin 5. maddesi uyarınca, ticaret/sanayi odaları, diğer meslek odaları, mahalli basın, muhtarlar, okul aile birlikleri, sivil toplum kuruluşları arasından seçilecek üyeler ise kurulun aynı zamanda başkanı olan vali/kaymakam tarafından belirlenmektedir. Üstelik bu belirleme sadece bireylerin belirlenmesi ile sınırlı kalmamakta, diğer meslek odaları veya sendikalar bakımından, kurula üye olarak davet edilecek kişinin çalıştığı kuruluşların seçimi de valiye/kaymakama bırakılmaktadır.

Yanı sıra, bu seçimlerin hangi kriterlerle yapılması gerektiğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır ki, bu da seçimlerin kurul başkanının dünya görüşü, bilgi birikimi, politik duruşu gibi subjektif değerlendirme ölçütlerine göre yapıldığını ortaya koymaktadır.¹⁶⁸

Kurullarda üyeleri yer alan “insan hakları” örgütlerinin, en geniş anlamıyla insan hakları alanında çalıştıkları varsayılrsa da hiçbirinin çalışma alanının odağının Türkiye’deki işkence ve kötü muameleler olmadığı açıktır. Oysa Türkiye’de işkence ve kötü muamele alanında çalışmalarını uluslararası saygınlık kazanmış çeşitli örgütler bulunmaktadır. İHD, Mazlum Der, TIHV. Bunların hiçbirisi bu kurullarda yer almamaktadır.¹⁶⁹

iii. Üyelerin, yaptıkları işle ilgili dokunulmazlıklarının bulunmaması

Seçmeli Protokol’ün 35. maddesi, insan hakları mekanizması üyelerinin, “işlevlerini bağımsız olarak yerine getirebilmeleri için gereken ayrıcalık ve dokunulmazlığa” sahip olması gerektiğini düzenlemektedir.

Avrupa İşkenceyi Önleme Derneği, Birleşmiş Milletler Ayrıcalıklar ve Dokunulmazlıklar Sözleşmesi’nin 22 ve 23. bölümlerinin¹⁷⁰ ulusal önleme mekanizması üyeleri için de uygulanabileceğini belirtmektedir.¹⁷¹

¹⁶⁵ Paris İlkeleri, para. 2.

¹⁶⁶ International Council on Human Rights Policy (2005), Assessing the Effectiveness of Human Rights Institutions, (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights), s.13
<http://huachen.org/english/>

¹⁶⁷ 3.Periyodik Rapor, para. 62

¹⁶⁸ Yönetmelik m.14/f

¹⁶⁹ Diyarbakır, 2007, aynı yerde

¹⁷⁰ Genel Kurul tarafından 13 Şubat 1949’da kabul edilmiş Birleşmiş Milletler Ayrıcalıklar ve Dokunulmazlıklar Sözleşmesi, yürürlüğe giriş tarihi: 10 Şubat 1949.

¹⁷¹ Altıparmak Kerem, Üçpınar Hülya; İşkenceyi Önlemede Ortak Akıl, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları (55), s.139

Ulusal Önleme Mekanizması (UÖM) üyeliği süresince ve görevleriyle bağlantılı olarak üyelerin;

- Gözaltı ya da tutuklanma veya kişisel eşyalarına el konulmasına karşı,
- Kâğıt ve belgelerine el konulması ya da denetlenmesine karşı dokunulmazlık-ları olmalı;
- İletişim ve yazışmalara müdahale edilmemelidir.

Üyelik süresi boyunca ve sonrasında ise üyelerin:

- UÖM görevi kapsamında söyledikleri, yazdıkları ya da yaptıkları ile ilgili hukuk-sal işlemler karşısında dokunulmazlıkları olmalıdır.

Uluslararası belgelerin gereklilikleri bunlar olmakla birlikte, Türkiye’de bu gerek-liliklerin yerine getirilmesi için oldukça fazla yol almak gerekmektedir. TBMM İnsan Hakları Komisyonu Başkanlığı yapmış olan Sema Pişkinsüt’e, 1998-2000 yılları ara-sında yapmış oldukları ziyaretler ve saptanan işkence ve kötü muamele fiilleriyle il-gili bilgilerin gizliliğini sağlamış olması nedeniyle soruşturma açılması¹⁷²; Başbakan-lık İnsan Hakları Danışma Kurulu üyeliği yapmış olan Prof. Dr. İbrahim Kabaoğlu ve Prof. Dr. Baskın Oran’ın, hazırlamış oldukları Azınlık Hakları Raporunun kamuoyu-na açıklanması sırasında yaşanan kriz ve sonrasında rapor nedeniyle ‘halkı kin ve düşmanlığa tahrik’ ettikleri gerekçesiyle dava açılmış olması¹⁷³ sorunun ciddiyetini de ortaya koymaktadır.

İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarında yaşanan sorunlar konusunda kamuoyuna yansıyan çok fazla bilgi bulunmamakla birlikte bir soruşturma vakası da İzmir’de ya-şanmıştır.¹⁷⁴

Buca Kırıklar 1 No’lu F Tipi Cezaevi’nde mahpus olan S.B., 29 Ocak 2010 tarihin-de kurula bir dilekçe yazarak kötü muamele ve psikolojik baskıya maruz kaldığı id-diasında bulunmuştur. Bunun üzerine dilekçe işleme konmuş ve 13 Mayıs 2010 ta-rihinde, İzmir İl İnsan Hakları Kurulu Cezaevi ve Gözaltı İnceleme Birimi üyeleri İzmir Tabip Odası temsilcisi, İzmir Barosu temsilcisi ile Avukat ... ve İzmir İl Ge-nel Meclisi Üyesi ... (CHP) cezaevine giderek S.B. ile görüşmüştür.

Üyeler, cezaevi yönetiminden S.B. ile ilgili iddialara ilişkin dosyayı görmek isteme-lerine karşın cezaevi görevlileri, bu yönde izinlerinin/yetkilerinin bulunmadığı ge-rekçesiyle dosyayı vermemiştir. Başvurucuyla görüşme yapan İnceleme Birimi üye-leri, kişinin, kötü muamele ve psikolojik baskıya maruz kaldığı kanısına varmışlar ve bu yönde bir rapor düzenlemişlerdir.

Rapor, İzmir Valiliği İnsan Hakları Kurulu’na ve daha sonra da Vali’nin onayına su-nulmuştur. Aynı zamanda rapor, Yönetmelik hükümleri gereğince Başbakanlık İn-san Hakları Başkanlığı ile Adalet Bakanlığı’na da iletilmiştir.

Kırıklar 1 No’lu F Tipi Cezaevi Müdürü Ayhan Çapacı da idari mekanizma içinde rapordan haberdar olmuştur. Bunun üzerine;

172 <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=9027>

173 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2007/8-244 E., 2008/92 K.

174 http://www.facebook.com/note.php?note_id=150463425007784&id=159300047424154

- “Ceza infaz kurumlarına yönelik toplum bilincine yerleşmiş olumsuz yargıları gidermek için yapılan tüm çalışmaları bertaraf edeceği, harcanan emekleri boşa çıkartacağı” gerekçesi ile birim üyeleri ve raporu onaylayan İzmir Vali Yardımcısı hakkında idari inceleme başlatılması,
- Ziyaret sırasında olaylar hakkında kurum yöneticilerinin bilgisine başvurulmadığını ve şikâyetçi S.B.’nin asılsız iddiaları ile kurumun kanunsuzlukla itham edildiği gerekçesiyle soruşturma açılması

talebinde bulunmuştur.

İzmir Cumhuriyet Savcılığı da soruşturmayı başlatarak İnceleme Birimi üyesi 4 kişinin ifadesinin alınması işlemine geçmiştir. Soruşturma işlemleri halen devam etmektedir.

iv. Alıkonulma yerlerini ziyaret mekanizmasının bulunmamasının yarattığı sorunlar

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.

2008 yılına kadar görece işlerliği olan Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı web sitesinin il ve ilçe insan hakları kurulları bağlantısı çalışmadığı gibi iller bazında verilen linklerin de hemen hemen hiçbiri açılmamaktadır. Açılan il kurulları sitelerinde, kurulların yıllık raporları incelendiğinde ise kurulların OPCAT çerçevesinde “periyodik” ya da “ad hoc” (olay bazında/ani) denilebilecek herhangi bir ziyaretine rastlanmamaktadır. Ziyaret adı altında raporlara yansıyanlar bir izleme ziyaretinden çok misafir ziyareti olarak yapılmış durumdadır.¹⁷⁵

Kaldı ki kurulların habersiz ziyaret yapmalarının önü, Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmelik’te yapılan bir değişiklikle kesilmiştir. M.26 uyarınca kurul üyeleri “Cumhuriyet Başsavcılığından izin almak suretiyle ceza infaz kurumlarını ziyaret edebileceği gibi hükümlü ve tutuklularla da görüşebilir”.

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 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 gerçekleşmediği belirtilmektedir.¹⁷⁶ Aynı raporun devamında yer alan tabloda ise hangi yerlere kaç haberli/habersiz ziyaret yapıldığı rakamlarla verilmektedir.¹⁷⁷ Bu tabloda jandarma karakolu/nezarethanelelerine 1 ha-

¹⁷⁵ <http://www.haberler.com/suudi-arabistan-heyeti-bozuyuk-acik-cezaevi-ni-haberi/> (erişim – 02.09.2010)
<http://www.ankaraf2.gov.tr/> (erişim – 03.09.2010)

¹⁷⁶ Diyarbakır İl İnsan Hakları Kurulu Raporu, Sayfa 8

Ancak bu kurulun daha sonraki yıllardaki raporlarına artık ulaşamamaktadır. Diyarbakır Valiliği’nin sitesinden link verilen İl İnsan Hakları Kurulu sayfasında bireysel başvuruların nasıl yapılacağına ilişkin bilgi dışında herhangi bir bilgi bulunmamaktadır.

¹⁷⁷ TABLO-5/a: Ziyaret Edilen Kurumlar (Genel), sayfa 40

berli, emniyet karakolu/nezarethanelerine de 2 haberli ziyaret yapıldığı bilgisi verilmiştir.¹⁷⁸

Jandarma karakolu/nezarethaneleri 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.

Tablo incelendiğinde; bir gün içinde iki ayrı ilçede, jandarma ve emniyet nezarethaneleri olmak üzere 4 ziyaret gerçekleştiği (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 İlçe Emniyet Amirliği’nin on ay içinde, on bir kez ziyaret edilmiş olduğu görülmektedir.

Aynı rapor içindeki rakamlar ve açıklamalar arasındaki çelişkili durumu yorumlamak oldukça güçtür. Yanı sıra, bu ziyaretlerin tümünde “nezarethanenin standartlara uyduğu, jandarma görevlisinin görevini ihmal etmediği, kayıtların sağlıklı tutulduğu tespit edilmiş olup, fiziki mekânların iyi olduğunun 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 ihtiyacı ve sıkıntıları hakkında bilgi alınmış, çocuklarla görüşülüp, hediyeler verilmiştir.¹⁷⁹

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.

Bazı olumlu örnekler bulunduğu da altını çizmek gerekir. Bununla birlikte 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.¹⁸⁰

178 TABLO-5/c:Karakol ve Nezarethane Denetim ve Ziyaretler Raporu, sayfa 25-29

179 <http://www.istanbul.gov.tr/?pid=12346>

180 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

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 olduğunu” 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.¹⁸¹ 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.¹⁸²

d. Türkiye İnsan Hakları Kurumu ve yasa tasarısı ile ilgili sorunlar

Türkiye’de, alıkonulma yerlerini, ziyaret yetkisi de dâhil olmak üzere, denetleme yetkisi bukunan çok sayıda kurul bulunmaktadır. Ancak yukarıda da açıklanmaya çalışıldığı gibi bu kurulların hiç biri Seçmeli Protokol ve Paris İlkeleri’nde¹⁸³ öngörülen koşulları taşımamaktadır ve “resmi” nitelikleri her zaman baskındır. Bu çerçevede, gerçek bir “denetim” işlevi de görmemektedirler.

Alıkonulma yerlerinde ihlallerin önlenmesi, insan haklarına saygının güçlendirilmesi dolayısıyla da ülkenin demokratikleşmesi bakımından önemli fonksiyonlar üstlenebilme potansiyeline sahip bir ulusal insan hakları kurumunun oluşturulması bir gereklilik olduğu gibi aynı zamanda AB üyeliği sürecinde “Katılım Ortaklığı Belgesi” ve “İlerleme Raporları”nda da öngörülmektedir.

“Türkiye İnsan Hakları Kurumu”nun oluşturulmasına yönelik tartışmalar 2004’ten bu yana gündemdedir. Bu konuda daha önce iki yasa tasarısı hazırlanmış ise de özellikle insan hakları örgütlerinden gelen yoğun tepkiler sonucunda bir üçüncüsü gündeme gelmiştir.

28 Ocak 2010 tarihinde TBMM Başkanlığına sunulmuş olan ve 11 maddeden oluşan tasarı¹⁸⁴ da insan hakları örgütlerince eleştirilmiştir. Konuyla ilgili olarak TIHV tarafından hazırlanan görüşler EK 2’de yer almaktadır. Bu eleştirilerin öne çıkan noktaları aşağıdaki gibidir;

- Kurumun oluşturulması sürecinin sine qua non’ı (olmazsa olmazı) olan, insan hakları alanında çalışan sivil toplum kuruluşlarının görüşleri “şeklen” alınmıştır.
- “Paris İlkeleri: İnsan Haklarının Geliştirilmesi ve Korunması İçin Kurulan Ulusal Kuruluşların Statüsüne İlişkin İlkeler”de belirtilen “bağımsızlık” yani Kurum’un, devlet kuruluşlarından ve siyasal iktidardan bağımsızlığı güvence altına alınmamıştır.

İnsan haklarının en büyük ihlalcisi devletler ve hükümetlerdir. Dolayısıyla ihlalleri önlemeye, hakları korumaya yönelik olarak oluşturulacak bir Kurum da mut-

181 İHB 2007 Raporu s.15 ve İnsan Hakları İzleme Komitesi, s. 8.

182 İHB 2007 raporu s. 16

183 BM İnsan Hakları Komisyonu’nun 3 Mart 1992 tarihli 1992/54 sayılı ve BM Genel Kurulu’nun 20 Aralık 1993 tarihli 48/134 sayılı kararlarıyla kabul edilmiştir.

184 <http://www.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0804.pdf>

lak surette yönetim hiyerarşisinden bağımsız, onu dışarıdan gözlemleyebilen ve denetleyebilen bir örgütlenme modeline sahip olmak zorundadır.

- Üyelik kriterleri için nesnel bir ölçüt bulunmamaktadır. Atama için 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda belirtilen şartları taşımak gerekecek ancak insan hakları alanı ile ilgili herhangi bir arka plan aranmayacaktır. Kurum'un başkanı dahil tüm üyeleri, konu ile ilgili her hangi bir nesnel ölçüt aranmaksızın Bakanlar Kurulu tarafından atanacaktır. Bu biçimde oluşturulacak bir İnsan Hakları Kurumu'nun daha baştan işlevsiz ve etkisiz hatta ölü doğmuş bir kurum olacağı açıktır.

- Kurum üyelerinin, görevlerini yerine getirirken dokunulmazlıkları güvence altına alınmamıştır. Her ne kadar Tasarının 6.maddesinde, “münhasıran insan haklarının korunması ve geliştirilmesine ilişkin görevleriyle ilgili suç işlediği öne sürülen Başkan, İkinci Başkan ve üyeler yakalanamaz, üzerleri ve konutları aranamaz, sorguya çekilemez” maddesi yer almakta ise de “münhasıran” kelimesi, dokunulmazlık ilkesini mutlak olmaktan çıkarmaktadır.

- Tasarıda, kurum başkanına çok fazla yetki verilmekte ve başkan merkezli bir yapı oluşturulmaktadır. Başkanın istememesi durumunda Kurumun çalışma imkânı neredeyse bulunmamaktadır. Başkana verilen bazı yetkilerin kurula devredilmeli ve başkan yerine kurul ön planda olmalıdır. Ayrıca başkan bakanlar kurulu tarafından atanmamalı kurul üyeleri tarafından seçilmelidir.

- Tasarıda Kurum üyelerinin tarafsızlık ve bağımsızlığı, bilhassa da Kurumun mali bağımsızlığı yeterince güvence altına alınmamaktadır.

- Paris İlkeleri her ne kadar bir insan hakları kurullarını ve bir ulusal insan hakları kurulunun, bağımsız ve tarafsız biçimde işlemesi için gerekli özellikleri düzenlemesine karşın Seçmeli Protokol, alıkonulma yerlerinin bağımsız mekanizmalarla ve bir ziyaret mekanizması içinde denetlenmesine özgülennmiştir. Amaç, ihlallerin, gerçekleşmeden önce önlenmesidir.

İnsan Hakları Kurumu Tasarısında, ziyaretlere dayalı bu önleme mekanizması da, oluşturulacak Türkiye İnsan Hakları Kurumu'nun bir alt organı olarak öngörülmektedir. Bununla birlikte, zaten sınırlı sayıda kişiyle görev yapacak olan Türkiye İnsan Hakları Kurumu'nun öngörülen yapısıyla işkenceyi önleme fonksiyonunu etkin bir şekilde yerine getirebilmesi mümkün değildir. OPCAT'in gerekli gördüğü mekanizmanın, Kurumun bir alt organı olarak çalışabileceği düşünüldüğünde ise Tasarıda, söz konusu mekanizmayı işlevli ve etkin kılacak ayrıntılı düzenlemelere yer verilmediği görülmektedir.

e. Parlamenter Denetim ve sorunlar

TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu,¹⁸⁵ “dünyada ve ülkemizde insan haklarına saygı ve bu konudaki gelişmeleri izlemek suretiyle uygulamaların bu gelişmelere uyumunu sağlamak ve başvuruları incelemek” üzere Meclis bünyesinde kurulmuştur.

Meclis İnsan Hakları Komisyonu olarak da bilinen bu mekanizma, Dr. Sema Pişkinsüt'ün başkanlığını yürüttüğü dönemde, 1998-2000 yıllarında 12 ilde çok sayıda

¹⁸⁵ Kanun Numarası: 3686, Kabul Tarihi: 05/12/1990, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 08/12/1990, Yayımlandığı Resmi Gazete Sayısı: 20719

alıkonulma yeri ziyareti gerçekleştirmiş, bu ziyaretlerde 4 bin 200 kişi ile görüşülmüş ve devamında da ziyaret raporları yayınlanmıştır.¹⁸⁶

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 birlikte ciddi biçimde sekteye uğramıştır.¹⁸⁷

Komisyon'un "rıza" ve "gizlilik" ilkesi uyarınca ortaya koymuş olduğu bu kararlılık maalesef ki Komisyon çalışmalarının sönümlenmesi sonucunu doğurmuştur. 2003-2007 arasında Komisyon'un herhangi bir raporlama faaliyeti olmamıştır.¹⁸⁸ 2007 yılı ve sonrasında Komisyon yavaş yavaş tekrar inceleme ve raporlama faaliyetine başlamış ise de önceki dönemde olduğu gibi sistematik bir ziyaret sisteminin oturtulmadığı görülmektedir.

Önceki dönemde, ihlal saptanan olgulara ilişkin savcılıklara suç ihbarları yapıldığı ve soruşturmalar açıldığı halde 22 ve 23. yasama yıllarında yapılan ziyaretlerde saptanan ihlaller konusunda idari ya da adli düzeyde yapılanların neler olduğuna dair herhangi bir bilgiye ulaşılamamaktadır.¹⁸⁹

Ancak, bunun da ötesinde, aslında önceki döneme göre olumsuz bir zihniyet değişikliği de oluşmuş ve milletvekillerinin cezaevlerini habersiz ziyaretine bir sınırlandırma getirilmiştir. Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmelik'te 2007 yılında yapılan değişiklik sonucunda,¹⁹⁰

-Milletvekillerinin habersiz ziyaret yapmasının önü kesilmiş durumdadır. Ziyaret için kurumun bilgilendirilmesi gereklidir.

-“Terör” suçlarından cezaevinde olan kişilerle görüşebilmek Bakanlık iznine bağlanmıştır.

Bu durum sadece milletvekili görüşmeleri için değil aynı zamanda Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin ilgili komisyonlarında görevli başkan ve üyelerin ceza infaz kurumlarına yapacakları ziyaretler hakkında da uygulanacaktır.

Aynı yönetmelikte ayrıca ziyaret ve görüşmelerin kurum görevlilerinin gözetiminde yapılacağı da hükme bağlanmaktadır.¹⁹¹

f. Sivil Denetimler ve sorunlar

Türkiye'de bu yönde yapılan çok az çalışma vardır. Bağımsız gruplar tarafından yapılan çalışmaların, yetkililer tarafından genellikle “tarafli” olarak algılanması nede-

186 Sema Pişkinsüt (2003), Filistin Askısından Fezlekeye İşkencenin Kitabı, (Bilgi: İstanbul).

187 <http://www.aksam.com.tr/arsiv/aksam/2001/07/26/politika/politikaz.html>;
<http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=208288>

188 <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/index.htm>

189 <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/index.htm>

190 Yönetmelik m. 26 ve m.40

191 Değişik fıkra: RG-28/07/2007-26596

niyle 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.¹⁹²

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.¹⁹³

Bu örneğin yanı sıra, 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 yanı sıra bu kişilerin yakınları ve avukatları tarafından çeşitli zamanlarda, cezaevindeki sağlık koşullarının olumsuzluklarına ilişkin iletilen yakınmalar üzerine Adalet Bakanlığı Genel Müdürlüğü'nden 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.¹⁹⁴

Mültecilerin tutulduğu mülteci misafirhanelerinin ziyaret edilmesi hem mevzuat ve hem de uygulamada son derece sorunludur. Mülteci Misafirhaneleri Yönetmeliği'nin 32. maddesi uyarınca, *“Misafirhaneye mültecilerden, sığınmacılardan ve görevlilerden başka kimsenin girmesine izin verilmez. Ancak mülteci ve sığınmacılarla ilgili görüşme ve röportaj yapmak üzere vaki olacak başvurular Bakanlığa bildirilir ve verilecek talimata göre hareket edilir. Ziyaret izni verilenler bir deftere kaydedilir.”*

Bununla birlikte İçişleri Bakanlığının sivil denetim için bu izni vermiş olduğu şimdiye kadar kaydedilmiş bir bilgi değildir. Misafirhanelerde tutulan yabancıların avu-

192 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>

193 “Avukatlardan Karakola Ziyaret”, <http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=28922&l=1>; Birgün, “İzmir Barosu'nun Girişimi Kinandı”, http://www.birgun.net/actuel_2004_index.php?news_code=1102706505&year=2004&month=12&day=10

194 http://www.ato.org.tr/index.php?id=72&option=com_content&task=view

kat ve BMMYK ziyaretleri konusunda bile ciddi sorunlar yaşandığı gibi başka uluslararası kurumların, sivil toplum kuruluşlarının ya da savunucuların ziyaretleri katı bir biçimde sınırlıdır. Avukatların da, BMMYK temsilcilerinin de, başka hukuki danışmanların da havaalanlarındaki transit noktalarda tutulan sığınmacılara erişmesinin olanağı bulunmamaktadır.¹⁹⁵

g. Ziyaretlere ilişkin sorun alanları

i. Algı ve zihniyete ilişkin sorunlar

Ziyaretler sistemi, ihlali önleyici mekanizmalar olarak tasarlanmış ve bu önleyici-lik işlevinin yerine getirilebilmesi için oluşturulan mekanizmanın da özellikle ihlali gerçekleştirme ihtimali olan yapılardan hem fiilen ve hem de organik olarak bağımsız olması öngörülmüştür. Ziyareti gerçekleştirecek yapılar, yönetim hiyerarşisinden bağımsız, onu dışarıdan gözlemleyebilen örgütlenme modellerine ihtiyaç duyar.

Hükümet yetkilileri alıkonulma yerlerinin idari, adli, sivil, parlamenter ve uluslararası denetim mekanizmalarınca hem periyodik ve hem de ad hoc biçimde izlendiğini belirtmektedir¹⁹⁶. Bununla birlikte Hükümetin vermiş olduğu yanıt hem yasal ve hem de uygulama düzeyinde bir ütopyaı ortaya koymaktadır.

Öncelikle bu yanılısama; ihlalcinin, koruyucu olarak tasarlanmış olmasından kaynaklanmaktadır. Bu yapılar yönetim hiyerarşisinden bağımsız, onu dışarıdan gözlemleyebilen örgütlenme modelleri değildir. Bu yapılanmanın doğal sonucu olarak, uygulamanın değişmesi için uzun bir süre ve ciddi bir çaba gerekli olmakla birlikte, öncelikle Paris İlkeleri ve OPCAT'te belirtilen amaca uygun izleme ziyaretlerine ilişkin yasal düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

ii. Güncel verilere ulaşılammamasının yarattığı sorunlar

Ziyaret yetkisi bulunan ya da bu yetkiyi fiilen kullanan kurulların/kurumların yaptıkları ziyaretlere ve türlerine ilişkin herhangi bir istatistikî bilgiye ne yazılı ve ne de elektronik ortamda erişmek mümkün olmamıştır. Bazı cezaevlerine yapılan ziyaretlerle ilgili bilgilere cezaevlerinin kendi web sitelerinden ulaşılmıştır. Örneğin; Ankara 2 Nolu Yüksek Güvenlikli Cezaevi'ni 2010 yılı içinde Kuzey Carolina, Libya ve Kore Heyetleri, Bozüyük Açık Cezaevi'ni de Suudi Arabistan Heyeti ziyaret etmiştir. Ancak bu ziyaretlere ilişkin bilgilere bakıldığında heyetlerin, sosyal faaliyet alanları, revir, ışıklar gibi mekânları gezdikleri ve işkence ve diğer kötü muamele biçimlerinin önlenmesi amacıyla bir izleme yapmadıkları görülmektedir.^{197, 198}

Aşağıda, ilgili bölümlerde ayrıca örnekleneceği üzere Hükümet tarafından "sivil" denetim mekanizmaları olarak lanse edilen insan hakları kurulları ve cezaevi izleme kurulları alıkonulma yerlerinde ciddi insan hakları ihlallerine rastlamazken CPT, 2009 yılında karakollar, cezaevleri ve mültecilerin tutulma yerlerine yaptığı 33 habersiz izleme ziyareti sırasında çok sayıda ihlal saptamıştır:¹⁹⁹

- Yakalama anında aşırı güç kullanımı devam etmektedir.

195 İstenmeyen Misafirler: Türkiye'de "Yabancı Misafirhaneleri"nde Tutulan Mülteciler, Kasım 2007, Helsinki Yurttaşlar Derneği, http://www.hyd.org.tr/staticfiles/files/multeci_gozetim_raporu_tr.pdf

196 3.Periyodik Rapor, 2 ve5, Sorulara verilen yanıtlar.

197 <http://www.haberler.com/suudi-arabistan-heyeti-bozuyuk-acik-cezaevi-ni-haberi/> (Son erişim 02.09.2010)

198 <http://www.ankaraf2.gov.tr/> (Son erişim 02.09.2010)

199 <http://wg9.gazetevatan.com/haberdetay.asp?tarikh=13.09.2009&Newsid=259119&Categoryid=1> (Son erişim 02.09.2010) Bu haberde belirtilen rapora CPT'nin web sitesinden ulaşılammıştır. Henüz yayınlanmamış bu raporun basının eline nasıl geçtiği konusunda herhangi bir bilgi bulunmamaktadır.

- Terörle Mücadele Kanunu kapsamında yer alan 4 güne kadar alıkoyma yetkisi sistematik olarak kullanılmaya başlanmıştır.
- Gözaltındakiler uyutulmamaktadır. (Diyarbakır Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şubesi)
- Muayene esnasında polislerin odada bulunması sebebiyle, şüpheliler doktorlarla özel konuşamamakta, muayene aceleyle yapılmakta ya da hiç yapılmamaktadır.
- Mülteci misafirhanelerinde tutulanlara yeterli açık hava egzersizi yapma olanağı verilmemektedir.
- Cezaevlerinin fiziksel koşulları kötüleşmiştir. Cezaevlerinde kalanların üç yıl içerisinde iki kat artması kaygı vericidir.
- Çocuk mahpuslar yere serilen şilteler üzerinde yatmak zorunda kalmaktadır. Havalandırma olanakları yeterli değildir. Çocuklara, kişisel hijyen, temizlik maddeleri veya çarşaf/yastık kılıfı temin edilmemekte, yemek haricindeki kullanılan elektrik dahil olmak üzere bütün masrafları kendileri tarafından karşılanmakta, bir çoğunun para kazanma olanağı olmadığı için aile desteğine ihtiyaç duymaktadır. (Batman M Tipi Cezaevi)
- Cezaevlerinde 1750 tutukluya 1 doktor düşmektedir. 206 cezaevi doktoru kadrosundan sadece 64'ü doludur.

CPT tarafından saptanan bu tür ihlallerin iç hukuktaki diğer denetim mekanizmaları tarafından saptanamıyor olmasının, yukarıda da irdelendiği üzere yapısal ve yasal sorunlarla yakından ilişkisi bulunmaktadır.

h. Seçmeli Protokolün halen yürürlüğe girmemiş olması

Seçmeli Protokol, işkence ve kötü muamelenin önlenmesine yönelik etkili bir mücadele aracıdır. Protokolün önemi, BM İşkenceye Karşı Sözleşme ve Avrupa İşkenceyi Önleme Sözleşmesi de dâhil olmak üzere işkence yasağını bünyesinde barındıran pek çok uluslararası insan hakları sözleşmelerin aksine ihlali daha gerçekleşmeden önce önlemeye odaklanmasından kaynaklanır. Protokolün önleme işlevi ise resmî ya da gayriresmî her türlü alıkonulma yerinin habersiz biçimde ziyaret edilmesine dayanmaktadır.

Türkiye, Protokol'ü 14 Eylül 2005 tarihinde, yani AKP yine iktidardayken imzalamıştır. Hükümetin "İşkenceye karşı sıfır tolerans" gibi büyük bir iddiaya ve onaylanması için TBMM'de yeterli çoğunluğa sahip olmasına karşın Protokol'ün hala onaylanmamış olması düşündürücüdür.

TIHV, 2006-2008 yılları arasında Protokol'ün onaylanmasına yönelik olarak kapsamlı bir kampanya yürütmüştür. Söz konusu kampanya çerçevesinde milletvekillerine mektuplar gönderilmiş, TBMM'de soru önergeleri verilmesi sağlanmış, aralarında o tarihlerde aynı zamanda insan haklarından da sorumlu olan Dışişleri Bakanı Abdullah Gül'ün de olduğu bazı hükümet üyeleri ile görüşmeler yapılmıştır. Buna karşın, 2009 Sonbaharında, Protokol'ün onaylanmasına yönelik bir yasa tasarısı TBMM'ye gönderilirken TIHV'e ve konuyla ilgili diğer NGO'lara danışılmamış ve bilgi verilmemiştir. Yasa halen TBMM'de beklemektedir. Protokol hızla onaylansa bile hemen uygulamaya geçirilmeyeceği kaygısı büyüktür. Çünkü yasa tasarısının gerekçesinde onaydan sonra uygulamanın üç yıl ertelenebileceği özellikle vurgulanmaktadır. Protokol'ün öngördüğü mekanizmalara yönelik henüz bir hazırlık yoktur. Söz konusu mekanizmalara, oluşturulması düşünülen İnsan Hakları Ulusal Kurumu içinde yer verilmesi istenmesi ayrıca önemli bir eleştiri konusudur.

3. ÖNERİLER:

İnsan hakları alanında etkin bir denetimin sağlanmasını hedefleyen yasalar ve tasarılar, başta Paris İlkeleri olmak üzere uluslararası standartlara birçok açıdan aykırı olması yanında Türkiye gerçeklerini de tamamen göz ardı etmektedir. Harekete hakim olan genel duygu, 2000li yıllarda olduğu gibi bu yeni mekanizmaların uluslararası aktörler nezdinde meşruiyet sağlamaya araç olma niteliği taşıdığıdır. Bu kaygı ancak insan hakları hareketinin yeni oluşumların kuruluşundan itibaren tüm süreçlerde karar alıcı olarak rol alması koşuluyla aşılabılır. Bu nedenle, kurulacak yeni yapıların uluslararası ölçütlere uygun kurulması bir ön koşuldur. Ancak bu dahi güvensizliği ortadan kaldırmak için yeterli değildir. Güvensizliğin ortadan kalkabilmesi, yürütme organının ciddi ve inandırıcı çabasını gerektirmektedir.²⁰⁰ Bu çerçevede;

- Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşmeye Ek Seçmeli Protokol hemen onaylanmalı ve uygulamanın üç yıl ertelenebileceğine ilişkin düzenlemeden vazgeçilmelidir.
- Ulusal önleme mekanizması (Türkiye İnsan Hakları Kurumu), Paris İlkeleri ve Seçmeli Protokol uyarınca demokratik kitle örgütleri ve sivil toplum örgütlerinin esasa ilişkin görüşleri alınarak şeffaf, bağımsız ve etkin bir biçimde oluşturulmalıdır.
- Denetim mekanizmaları, yönetim hiyerarşisinden bağımsız, onu dışarıdan gözlemleyebilen örgütlenme biçimlerine sahip olmalıdır. Öncelikle Paris İlkeleri ve Seçmeli Protokol'de belirtilen amaca uygun izleme ziyaretlerine ilişkin yasal düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.
- Alıkonulma yerinin denetiminden sorumlu savcı ile buralarda işlenen işkence ve diğer kötü muamele suçlarının soruşturulmasından sorumlu savcı farklı olmalıdır.
- Askeri cezaevlerinin denetimi Milli Savunma Bakanlığı hiyerarşisi dışında bir birim tarafından yapılmalıdır.
- Savcılar ve ceza yargıçları, alıkonulma birimlerinde yaşanan ihlalleri derhal, resen ve yerinde soruşturmalıdır. Birimlerdeki her türlü delile el koymalıdır. Yerinde soruşturma yapmak ve suç delillerine (örneğin kayıt defterlerine) el koymak aynı zamanda bir denetim işlevi gerecektir.
- İnfaz yargıçları, kendilerine gelen şikâyetlerde resen, yerinde ve kapsamlı inceleme yapmalıdır. Şikâyet konusunun geçtiği ortamın görülmesi, hem şikâyetin etraflı biçimde araştırılmasını sağlayacak ve hem de konunun "insana dair" olduğu görülecektir.
- İnfaz hâkimlikleri, bir yargı mekanizması olmaları nedeniyle adliye içinde kurulmalıdır.
- İnfaz hâkimliklerinde disiplin işlerine ilişkin tüm yargılamalar duruşmalı yapılmalıdır. Diğer başvurularda da duruşma yapılmaması bir kural değil, istisna olmalıdır.
- İl ve ilçe insan hakları kurulları ile cezaevi kurulları Paris İlkeleri ve Seçmeli Protokol düzenlemeleri ışığında; kuruluş, üyelik, iç eğitim, bağımsızlık, ziyaretler, raporlama konuları da dikkate alınarak yeniden yapılandırılmalıdır.

200 11. Türkiye İnsan Hakları Hareketleri Konferansı Nihai Raporu ve Sonuç Bildirgesi;
<http://www.tihv.org.tr/index.php?11tihhk>

- Milletvekillerinin alıkonulma yerlerine habersiz ziyaret yapma yetkisi, herhangi bir kısıtlama olmaksızın yeniden yasal düzenlemeye bağlanmalıdır.
- Milletvekili görüşmelerinde de mahremiyet sağlanmalıdır.
- Meclis komisyonlarının yapmış olduğu ve saptadığı ihlallere ilişkin idari ve cezai süreçler başlatılmalı ve sonuçları hakkında kamuoyu bilgilendirilmelidir.
- Alıkonulma yerleri, alanda çalışan ulusal ve uluslararası STK'ların denetimine açılmalıdır.
- BM İnsan Hakları Komitesi, bağımsız izleme ve sivil toplum temsilcilerinin alıkonulma yerlerini ziyaret etmelerine yönelik resmi bir düzenleme yapılmamış olmasına ilişkin kaygılarını dile getirmektedir. Bu çerçevede, Komite'nin de dikkat çektiği üzere, özgürlüğünden yoksun bırakılan yerlere sivil toplum temsilcileri, avukatlar, tıbbi personel ve baro temsilcilerinin bağımsız ziyaretlerini mümkün kılan yasal düzenlemeler yapılmalıdır.²⁰¹
- Yine Komitenin de dikkat çektiği üzere, devlet kurumları tarafından yapılan ziyaretlerdeki tespit ve öneriler üzerine alınan önlemler ve neler yapıldığına ilişkin olarak kamuoyunun erişimine açık raporlamalar yapılmalıdır.²⁰²

201 İÖK Sonuç Gözlemleri, Para 16

202 İÖK Sonuç Gözlemleri, Para 16

III.BÖLÜM

İşkence Fiillerinde Soruşturma

I. Genel Çerçeve

İşkence yasağının mutlak karakteri, devletlere, öncelikle işkence yapmama yükümlülüğü getirmesidir. Bununla birlikte, yapılmasının engellenememesi halinde ise işkenceyi hem ceza hukuku ve hem de disiplin hukuku çerçevesinde suç sayma ve suçun ağırlığına uygun yaptırımlar öngörülmesi de devletlerin pozitif yükümlülükleri arasındadır. Ayrıca, öngörülen ceza, caydırıcı nitelikte olmalıdır.²⁰³ Uluslararası belgeler ve mekanizmalar bu yükümlülüğün ve yapılacak yasal düzenlemelerin soyut metinler manzumesi olarak kalmaması için uygulamaya dair ilkeler ve kararlar geliştirmişlerdir.

AIHM, asgari soruşturma ölçütlerine Batı ve Diğerleri/Türkiye kararında geniş bir biçimde yer vermiştir.²⁰⁴

- 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.

- 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.

203 BM İşkenceye Karşı Sözleşme, m.4

204 Batı ve Diğerleri /Türkiye, Başvuru no: 33097/96 ve 57834/00, 3 Haziran 2004 tarihli kararı, para 133-137.

Mahkeme bu kararda, önceki pek çok kararına da referans vermiştir; Özbey/Türkiye, Başvuru no: 31883/96, 8 Mart 2001 tarihli karar; Aksoy/Türkiye, Başvuru no: 21987/93, 18 Aralık 1996 tarihli karar; Labita/İtalya, Başvuru no: 26772/95, 6 Nisan 2000 tarihli karar; Oğur/Türkiye Başvuru no: 21594/93, 20 Mayıs 1999 tarihli karar; Ergi/Türkiye, Başvuru no: 23818/94, 28 Temmuz 1998 tarihli karar; Hugh Jordan/Birleşik Krallık Başvuru no: 24746/94, 4 Mayıs 2001 tarihli karar; Indelicado/İtalya, Başvuru no: 31143/96, 18 Ocak 2001 tarihli karar, Özgür Kılıç/Türkiye, Başvuru no: 42591/98, 24 Eylül 2002 tarihli karar; Büyükdag/Türkiye Başvuru no: 28340/95, 21 Aralık 2000 tarihli karar

- 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 kanıtlamasının son derece zor olacağının 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.

- Devlet görevlileri tarafından yapılan işkence ve diğer kötü muameleler hakkında yürütülen soruşturmanın etkili olabilmesi için genel kural, soruşturmada sorumlu ve tetkikleri yapan kişilerin olaylara karışan kişilerden bağımsız olmasıdır. Neticede bu durum, hiçbir hiyerarşik ve kurumsal ilişkinin olmamasının yanı sıra, soruşturmayı yürüten kişilerin uygulamada da tam olarak bağımsız olmalarını gerektirmektedir

- Bu bağlamda, ivedilikle hareket etmek ve gecikmelerden mümkün olduğunca kaçınmak gerektiği konusunda şüpheyi 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 olabilse bile, toplumun hukukun üstünlüğü ilkesine bağlı kalırken ihtiyaç duyduğu güvenin sağlanması ile yasadışı eylemlerin görmezden gelindiği ve bu eylemlere ortak olduğu kanısının oluşmasının engellenmesi için, kötü muamele iddialarına ilişkin soruşturulmaların yetkililer tarafından hızla başlatılması genel olarak başlıca unsur kabul edilmektedir.

- Yine yukarıda bahsedilen nedenlerden dolayı, sorumluluk alınmasının teoride 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.

İşkence ve diğer kötü muamele fiillerine ilişkin soruşturmalarda ne yazık ki bu ilkelerin uygulandığını söylemek mümkün değildir. Özellikle, mağdurun kendisine karşı işkence yapıldığını ispat etmesi beklenmektedir ki pek çok durumda bu olanaklı değildir. Ceza yargılamasında, bir suç şüphesiyle ilgili olarak soruşturma açılmasına ilişkin kural, iddianın ciddi bir delille desteklenmesidir. Bununla birlikte bu kural, işkence ve diğer kötü muamele suçlarında mutlak olarak uygulanabilecek bir kural değildir.²⁰⁵ Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir başka kararında özgürlüğünden yoksun bırakılmış ve *kamu görevlilerinin kontrolü altında bulunan kişilerde olu-*

205 Hem savcılıklar ve hem de hükümet yetkilileri bu kuralın mutlak olarak uygulanmasından yanadır. 3.Periyodik Rapor, para. 135-137

şan yaralanmaların, işkence niteliğindeki bir fiilden kaynaklandığını karine olarak kabul etmek gerektiğini belirtmektedir.²⁰⁶ Kararda da belirtildiği üzere işkence ve diğer kötü muamele biçimlerine ilişkin iddialarda aslında bu karineyi tersinden işletmek gerekmektedir. Bu vakalarda, yaralanmadan kamu görevlilerinin sorumlu olmadığı, ancak “tatmin edici” ve “inandırıcı” gerekçelerle ispatlanmadığı sürece işkencenin varlığını kabul etmek gerekir.

Bununla birlikte, savcıların “güvenilir ve tutarlı” iddialar karşısında bile soruşturma açmaması, sıklıkla rastlanan bir uygulamadır.

Adalet Bakanlığı verilerine göre²⁰⁷ 2009 yılında TCK m.94 ve 95 uyarınca 263 soruşturma açılmıştır. Bunlardan %50.58’i hakkında “kamu davası açılmasına gerek olmadığı” kararı, %33.34’ü hakkında “diğer kararlar” verilmiştir. Soruşturma dosyalarından sadece % 16.48’i hakkında dava açılmıştır. 2008 yılında da açılan davaların toplam soruşturma dosyalarına oranı %17.26’dır.

2009 yılında zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması (TCK m.256) nedeniyle açılan, 1329 soruşturma dosyalarının %24.75’inde, 2008 yılında ise 1594 soruşturma dosyasının sadece %16.88’inde dava açılmıştır.

Adalet Bakanlığı’nın konuyla ilgili üç genelgesi bulunmaktadır. Bu genelgelerde pek çok soruşturma eksiğinden ve hatasından bahsedilmektedir ki bunlar çoğunlukla soruşturma savcısının “görevini ihmal” ettiğini ortaya koymaktadır. Bu ihmaller aynı zamanda Türkiye’nin AIHS m.13 uyarınca pek çok davada tazminat ödemesine de neden olmuştur. Bununla birlikte bugüne kadar işkence ve kötü muamele soruşturmalarındaki eksiklikler nedeniyle savcılar aleyhine tek bir soruşturma dahi açılmış değildir. Aksine, bu konudaki suç duyuruları takipsizlik kararı ile sonuçlanmaktadır.²⁰⁸

Bakanlık genelgelerinde sorun, 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 işkence davalarına yaklaşımla ilgilidir. Bu, her bir işkence davasının kendi özelinde incelenebilecek olmakla birlikte öncelikle genel yaklaşıma bakmak, sorunun gerçek kaynağını ortaya çıkarmak bakımından büyük bir önem taşımaktadır.

206 Musa Yılmaz/Türkiye, 30 Kasım 2010, 27566/06, para 46; Yananer/Türkiye, 16 Temmuz 2009, 6291/05, para. 35

207 Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü’nün TBMM Başkanlığı’na verdiği 02.07.2010 tarihli B.03.0.KGM.0.00.00.05/2010- 610.01-188/1644/3384 sayılı yazı

208 Örnek olarak; Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, 2009/17869 sayılı soruşturma açılmasına yer olmadığı kararı

II. Soruşturma İlkeleri

A. BAĞIMSIZ ve TARAFSIZ SORUŞTURMA MEKANİZMALARI

1. GENEL ÇERÇEVE

Soruşturmayı yürütenlerin bağımsız olmasından kasıt, işkence faili ile soruşturmayı yürüten kişi veya birimler arasında kişisel, mesleki veya hiyerarşik ilişki bulunmamasıdır. İşkence iddialarını araştıran kişi veya kurum, işkence yapıldığı iddia edilen kurumdan ve diğer devlet birimlerinden ayırık, özerk bir yapıya sahip olmalıdır.

Tarafsızlık ise soruşturmacıların önyargıdan uzak bir şekilde hareket edebilmesini, hakkaniyete uygun karar verebilmesini ifade eder. Bu nedenle özneldir ve soruşturma sürecinin anahtar unsurlarından birisi olarak tanımlanabilir. Her iki unsur da farklı tanımlar içermekle birlikte birbirleriyle yakından bağlantılıdır.

2. SORUN ALANLARI

a. Algı ve zihniyet sorunları

Savcılık kurumunun tarafsız ve bağımsız bir yapıya kavuşturulması mevzuat sorunu olmaktan ziyade bir algılama ve zihniyet sorunu olarak karşımızda durmaktadır. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, 1.1.2006 tarihli 2,4,8 numaralı “soruşturmalarda insan hakları ihlallerine yol açılmaması”, “soruşturma evrakı” konulu ve “işkence ve kötü muamele iddialarına ilişkin olarak yapılan soruşturmalar” başlıklı genelgelerinde yapılan saptamalar tam buna karşılık gelmektedir.

Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etütler Vakfı tarafından 2007 yılında yayınlanan, “Yargıda Algı ve Zihniyet Kalıpları Raporu”²⁰⁹, hâkim ve savcılarla yapılan görüşmelerden çıkarılan sonuçlar ve görüşmelerin içeriği, işkence suçları yönünden de tarafsızlık sorununa dair önemli ipuçları taşımaktadır.

Bu raporda yer alan saptamalar da göstermektedir ki 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.

Kendisine “devlet görevlilerinin işlediği veya devlet adına işlendiği söylenen suçlara” karşı yaklaşımı sorulan yargı mensupları, güvenlik – adalet ilişkisinde “güvenlik” olgusunu öne çıkarmakta ve bu da soruşturma ve kovuşturma makamlarının da işkenceyi meşrulaştırma ve faillerini koruma eğiliminde olduklarını ortaya koymaktadır.

209 Mithat Sancar, Eylem Ümit; Yargıda Algı ve Zihniyet Kalıpları Raporu, Kasım 2007
http://www.tesev.org.tr/UD_OBJS/PDF/DEMP/YargidaAlgiveZihniyetKaliplariRaporu.pdf

İşkence mağdurlarının devlete, kamu düzenine veya güvenliğine karşı bir tehdit oluşturdukları söylemi, işkenceyi hem kamuoyu, hem de işkenceyle mücadele etme görevi bulunan kişi ve kurumlar nezdinde meşrulaştırmaktadır. Bireyle-devlet, bireyle-toplum yararları karşı karşıya geldiğinde, devletin veya kamu yararının korunması gerektiği görüşü işkence faillerinin dokunulmazlık ve cezazırlık zırhını güçlendir-
mekte, kalınlaştırmaktadır.

Olay tarihinde 18 yaşından küçük olan C.E., Hakkari’de 2008 yılı Newroz olayları sırasında polislerce dövülmüştür. Kendisine uygulanan şiddet tüm televizyon kanallarına yansımıştır. Üç gün gözaltında kalmış ve bu süreçte kendisiyle birlikte gözaltında olan diğer altı çocuğa yönelik, fiziksel ve sözel şiddet devam etmiştir. Gözaltı sonrasında serbest bırakılmış ancak daha sonra tutuklanarak cezaevine gönderilmiş ve cezaevinde de kaldığı süre boyunca fiziksel şiddete, küfür, hakaret ve tehditlere maruz kaldığını beyan etmiştir.²¹⁰

C.E. TİHV İzmir Temsilciliği’ne başvurmuş ve kendisine sağlanan tedavi sonucunda bir rapor düzenlenmiş, bu rapor da soruşturma dosyasına konulmuştur.

Olayla ilgili yapılan şikâyet üzerine, polis memurları hakkında yürütülen soruşturmada takipsizlik kararı verilmiştir. Bununla birlikte, takipsizlik kararında²¹¹ “...Olay tarihinde güvenlik güçleri tarafından yapılan müdahaleler ve önleyici kolluk görevleri sırasında ilimiz (...) 300-400 kişilik gruplar halinde (...) terör örgütü lehine yasadışı slogan atıldığı, örgütün elebaşına yönelik övücü sloganların kullanıldığı, anayolun üzerine barikat kurulduğu ve ateş yakıldığıının bildirilmesi (...) bu eylemlere bizzat iştirak halinde olan C.E.nin de bulunduğu ve güvenlik görevlilerince yakalanarak gözaltına alındığı (...) C.E. ve arkadaşları hakkında terör faaliyeti çerçevesinde 22.03.2008 tarihinde yaptıkları eylemler dolayısıyla soruşturmaların devam ettiği...”

“(...) 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 olayı 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 görüntüleri üzerine terör örgütü güdümünde yayın yapan basın yayın kuruluşları tarafından provoke edilerek yürütülmesi üzerine böyle bir hâl 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 yayınlandığı(...) anlaşıldığından(...)”

210 08.05.2008 tarihli TİHV Tıbbi Değerlendirme Raporunun Olay Öyküsü Bölümünden

211 Hakkari Cumhuriyet Başsavcılığı, 2008/544 Soruşturma, 2008/417 Karar sayılı 17.03.2008 tarihli karar

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.

Soruşturmaların tarafsız biçimde gerçekleşmemesi, soruşturmanın özellikle “kapsamlı/etkin” yapıp yapılmamasını doğrudan etkilemektedir.

b. Soruşturma izni sorunu

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 almanın gerektiği hallerde resen soruşturma ilkesine uyulduğundan ve soruşturmanın bağımsızlığından bahsedilmesi mümkün değildir.

İşkence suçu failleri veya suçun işlenmesine zemin hazırlayan, işlenmesini kolaylaştıran ya da ortaya çıkarılmasını engellen kamu görevlileri hakkındaki soruşturmaların doğrudan adli makamlarca açılması gerekir.

Ancak, belli hallerde failin sıfat ya da görevi ile suçun niteliği dikkate alınarak bu kurala istisnalar getirilmiştir. Bunlardan biri, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca getirilen “izin” sistemidir. İşkence ve kötü muamele suçları, kamu görevlilerince işlenebilen suçlar olduğundan bu suçların soruşturulmasında izin prosedürünün işletilip işletilmeyeceği bir sorun alanı olarak ortaya çıkmaktadır.

Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’un 2. maddesine 2003 yılında eklenen bir fıkra ile işkence ve zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçlarının doğrudan doğruya savcılar tarafından soruşturulacağı düzenlenmiştir.²¹² Bu suçlar kapsamında, kamu görevlisinin bağlı bulunduğu idari birimden izin alınmasına gerek yoktur. Ancak yasa, **vali ve kaymakamlar ile en üst dereceli kolluk amirleri için soruşturma başlatılmasını izin sistemine bağlamıştır.** Maddenin kabul edilen ilk halinde bunun tek istisnası vali ve kaymakam iken, Ceza Muhakemesi Yasası’nda 2005 yılında yapılan değişiklikle, “en üst dereceli kolluk amirleri” de istisna kapsamına almıştır.²¹³ Dolayısıyla işkence suçunu işleyen veya müdafii ile görüşmeyi engelleyen, doktor raporlarının gereği gibi alınmasını sağlamayan, yakınlarla haber verme görevini yerine getirmeyen, işkence suçunu bildiği halde engel olmayan veya bildirmeyen, suçun iz ve delillerini gizleyen ya da ortadan kaldıran konumundaki “**en üst düzey amirler**”in soruşturulması, **Adalet Bakanlığı’nın vereceği soruşturma iznine bağlanmıştır.**

Maddenin 2. fıkrası, “görevleri ve sıfatları nedeniyle özel soruşturma ve kovuşturma usulü öngörülenler” için bir istisna düzenlemektedir.

3. fıkrasında işkence ve kötü muamele suçlarının failleri de dahil olmak üzere tüm kamu görevlilerine uygulanmak üzere, “ağır cezayı gerektiren suçüstü halinde” doğrudan soruşturma yapılacağına ilişkin genel istisna hükmü yer almaktadır.

Maddenin son fıkrası ise işkence ve kötü muamele (TCK 94, 95 ve 256. Maddele-

²¹² 02.01.2003 tarih ve 4778 sayılı Kanun’un 33.maddesi

²¹³ 25.05.2005 tarih ve 5353 sayılı Kanun’un 24. maddesi

ri) suçları ile CMK 161/5. maddeleri yönünden izin almaksızın soruşturma açılması- nı düzenlemektedir. 161/5. maddeyle adliye ile ilgili görev veya işler, ihmal gösteren veya görevini kötüye kullanan kamu görevlileri ile savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk amir ve memurları izin sisteminin dışında bırakılmıştır.

Ancak aynı madde, en büyük mülki amir ile en üst dereceli kolluk amirini kapsa- mı dışında bıraktığından sayılan kişiler yönünden izin alınması gerekecektir. Her ne kadar bu istisna adli görevlerle ilgili olup, İşkence, kötü muamele ve zor kullanma yetkisinin aşılması suçunu izin sisteminin dışında bırakan 4483 sayılı yasanın 2/son fıkrasında belirtilen doğrudan soruşturma kuralının dışında kalsa da, uygulama du- raksama ve karışıklık yaratmaktadır. TCK m.94/5, “ışkence suçunun ihmali davranış- la da işlenmiş olabileceğini” düzenlediğinden amir konumunda olanların da bu suçu işlemesi ya da suça katılması mümkündür.

Bu nedenle ihmali davranışın ışkence suçunu mu oluşturduğu, yoksa yalnızca gö- revi ihmal olarak mı değerlendirileceği konusunda oluşacak tereddütlerin aşılması için 161/5. maddenin son cümlesi yasadın çıkarılması yerinde olacaktır.

4483 sayılı yasa dışında, özel soruşturma ve yargılama hükümleri öngören yasal düzenlemeler de bulunmaktadır. Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nun 114 ve 116. mad- deleri gereğince infaz koruma memurlarının adli görevli sayılacağı ve haklarındaki soruşturmaların doğrudan cumhuriyet savcılarınca yürütüleceği kuralı gibi.

Kolluk görevlilerinin adli görevleri izin sistemi dışında tanımlanmışken, önle- me/idari görevleri yönünden genel kural gereği soruşturma alınacak olması uygula- mada önemli sorunlar yaratmaktadır. Uygulamada, idari görevin bitip adli görevin başladığı anın tespitinde sıkça hataya düşüldüğü ya da zor kullanma yetkisinin aşılmaması nedeniyle yürütülen soruşturmalarda, suçun doğrudan yaralama (86. madde) kapsamında değerlendirildiği ve savcılarca izin alınması yoluna gidildiği gözlenmek- tedir.

Uygulama hatalarının önemli bir kısmı cumhuriyet savcılarının mümkün oldu- ğunca az ışkence ve kötü muamele soruşturması yürütme ve kamu davası açma ko- nusundaki eğilimlerinden kaynaklanmakta ise de savcılara izin almaksızın soruştur- ma yürütme yetkisi tanıyan yasaların karmaşık ve dağınık olması da yanlış okumala- ra neden olabilmektedir.

c. Savcılarının, birbiriyle çelişen yetkilere sahip olması

Soruşturmaların bağımsız mercilerle yapılması konusu soruşturmaların en başat sorunlarından biridir. Savcılarının yetki ve sorumluluklarının birbirinin içine girmiş ol- ması, adli ve idari kolluk ayrımının bulunmaması, idari kolluğun aynı zamanda adli kolluk olarak görevi yapması gibi nedenlerle ışkence ve kötü muamele vakalarının bağımsız mercilerce yapılması mümkün değildir.

Örneğin; memur suçlarını soruşturan savcı aynı zamanda gözaltı birimlerini de- netlemekle görevlidir. Aynı biçimde cezaevinden sorumlu olan savcı hem cezaevleri- ni denetlemekten ve hem de cezaevlerinde gerçekleşen ihlalleri soruşturmaktan so- rumludur. Yani hem denetlemekle yükümlü oldukları personelin hiyerarşik amiri ve hem bu birimlerde gerçekleşen ihlallerden sorumlu kişiler ve hem de soruşturacak ki- şilerdir. Tüm sıfatlar birbirine girmiş durumdadır ve bu iç içe geçmiş yapı aslında so- ruşturma makamlarının bağımsızlığını da doğrudan ilgilendirmektedir.

d. Soruşturmayı yürüten kolluğun aynı zamanda şüpheli sıfatını taşıması

Temel sorunlardan bir diğeri, işkence soruşturmalarını yürüten kolluk görevlilerinin aynı zamanda suçun şüphelisi ve/veya tanığı durumunda olmalarıdır. İdari kolluk görevi yapan polis ve jandarma, aynı zamanda adli kolluk görevi yürüten birimlerdir. Kendi görev alanları içindeki herhangi bir olaya idari görev nedeni ile müdahale ettiklerinde dahi müdahale ettikleri kişinin özgürlüğünün kısıtlandığı andan itibaren artık görevleri adli kolluk görevine dönüşmektedir.

Adli kolluk görevi nedeniyle ilgili birim, hem el koydukları olayla ilgili adli işlem yaparken hem de bu işlem sırasında meydana gelmiş herhangi bir kötü muamele vakasını da (yine kendi görev alanlarında gerçekleştiği için) kendileri soruşturmaktadır.

Toplu gösteriler başta olmak üzere polisin güç kullandığı vakalarda, mutlaka güç kullanılan kişi/kişilerin direndiğine, bu nedenle zor kullanmanın bir gereklilik olduğuna, ancak bu zorun orantılı biçimde kullanıldığına ilişkin tutanaklar tutulmaktadır. Bu tutanaklar daha sonra, hem kişinin işkence-kötü muamele şikâyetinde hem de kendisi hakkında açılan “görevli memura görevini yapturmamak için direnme” davasında aleyhe delil olarak kullanılmaktadır.

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

Dolayısıyla aslında olay senaryosunun bütününde ve soruşturmanın esaslı bölümünde failler asli roldedir.

e. Fail ile soruşturma mercii arasında hiyerarşik ilişki bulunması

İşkence faili ile soruşturmayı yürüten kişi veya birimler arasında kişisel, mesleki veya hiyerarşik ilişki bulunmaktadır. İşkence ve/veya zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçlarının, doğrudan failin bağlı bulunduğu kurum ya da içinde görev yaptığı birim tarafından araştırılması nedeniyle soruşturmaların bağımsız bir biçimde gerçekleştiğinden bahsetmek mümkün değildir.

B. RESEN VE DERHAL SORUŞTURMA

1. GENEL ÇERÇEVE

CMK m.160/1’de belirtilen resen soruşturma ve “işin gerçeğini araştırma görevi”, mağdurun beyanına bağlı olmaksızın, özellikle savcının bir suç soruşturması sırasında, bu suç nedeniyle işkence görmüş şüpheli konumundaki kişilerle karşılaştığı anda ortaya çıkar.

Soruşturmaya derhal başlama kuralı, işkence suçları yönünden özel bir önem taşımaktadır. Suçtan haberdar olduğunda, işkence halen devam ediyor olabilir. Bu durumda soruşturmanın başlaması işkencenin sona ermesini, mağdurun güvenliğinin ve tedavisinin sağlanmasını temin edecektir. Bu önleyici işlevin yanı sıra işkence ve kötü muamele suçunun şüphelisi durumunda olan kamu görevlileri aynı zamanda bu suçun delillerini karartma olanağına da sahip oldukları için delillerin derhal toplanmasının önemi çok büyüktür.

Resen soruşturma ilkesi, herhangi bir şikâyet aranmaksızın soruşturmaya başlanmasını, yani kendiliğinden harekete geçmeyi ve kamu davası açmayı kapsamaktadır. Mevzuat, soruşturma makamları için resen soruşturma ilkesini benimsemiş olduğu gibi kamu görevlileri ile makamlarına suçtan haberdar olma durumunda soruşturma makamlarını durumdan haberdar etme yükümlülüğü getirmiş bulunmaktadır.

2. SORUN ALANLARI

a. Algı ve zihniyet sorunları

İç hukukta, işkence ve kötü muamele suçlarının etkili biçimde soruşturulmasının önünde, soruşturma makamlarına tanınan yetkinin sınırı konusunda herhangi bir engel bulunmamaktadır. Yıllardır devam eden “cezasızlık” halinin en önemli nedeninin soruşturma aşamasında ortaya çıktığı düşünüldüğünde bunun nedenlerini mevzuatla değil, uygulayıcıların tutum ve kararlarında aramak gerekmektedir.

Gerek CMK m.160/1 ve devamı gerekse suçun ihbar yükümlülüğünü düzenleyen TCK m.278, m.279 ve m.280, işkence suçlarının resen soruşturulması için asgari mevzuat temelini sağlamaktadırlar. Bu bağlamda sorun Cumhuriyet Savcılarının doğrudan harekete geçmeme eğilimi ile adli makamların suç bilgi ve emareleri ile karşılaştıkları durumlarda buna reaksiyon göstermemeleridir. Cumhuriyet savcıları, başka suçtan yürüttükleri soruşturmalarda ya da bizzat iddia makamı olarak kovuşturma evresinde karşılaştıkları ihbar ve iz-emare-delilleri, işkence ve diğer kötü muamele biçimlerine ilişkin soruşturmalarda görmezden gelerek soruşturma yürütmemektedirler.

Ayrıca, kamu kurum ve kuruluşları ile özellikle kolluk birimleri ve hekimler, işkence iddiası veya emare-delilleri ile karşılaştıkları durumlarda Cumhuriyet Savcısını derhal bilgilendirmemektedirler.

Mevcut yasaların en iyi biçimde bir soruşturma zemini sunduğu, teknik olanakların en iyi durumda olduğu bir sistemde dahi adalet sisteminin içinde yer alan birimlerin ideolojik yapıları ve zihniyet kalıpları uygulamayı tamamen adaletsiz kılabilmekte ve soruşturmaların tarafsız biçimde yapılmaması nedeniyle faillere bir cezasızlık zırhı oluşturabilmektedir.

b. Şikâyet hakkının kullanımına ilişkin sorunlar

Özgürlüğünden fiilen yoksun bırakılmış kişiler, TCK m.109’da düzenlenen “kişi özgürlüğünden yoksun bırakma” uyarınca suç duyurusunda bulunabilir. Bu madde, suçun basit halinde 1-5 yıl arası hapis cezası öngörmektedir.

Bununla birlikte, Türkiye’de ‘de facto’ özgürlüğünden yoksun bırakma halleri gelinde “kaçırma” biçiminde yaşanmakta ve ne faillerin, ne araçların ne de götürülen mekânların saptanması mümkün olmamaktadır. Bu nedenle de aslında, de facto alıkoyma hallerinde herhangi bir hukuksal yola başvurma hiçbir başarı şansı yoktur.

Kişilerin ‘de jure’ özgürlüğünden yoksun bırakıldıkları durumlarda belirtildiği üzere CMK m.108 uyarınca bir tutuklamaya itiraz müessesesi ile birlikte CMK m. 91/4 uyarınca yakalama ve gözaltı işlemine itiraz hakkı da bulunmaktadır. Ancak, tutuklamaya itiraz müessesesi zaman zaman olumlu sonuçlar verebilmekte ise de yakalama ve gözaltı işlemlerine itirazlardan bir sonuç alındığına ilişkin herhangi bir bilgi mevcut değildir.

'De jure' olarak özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiler, özgürlüğünden yoksun bırakılmanın hukuksuz olduğunun tespitinden sonra, devlete karşı tazminat davası açma hakkına sahiptirler.²¹⁴ Ancak burada temel iki sorun vardır;

- Yasada tazminat istenebilecek haller kapsayıcı değildir. Örneğin, 2005 yılında yapılan TCK değişikliğinden sonra, lehe olan yeni düzenlemenin kendisine uygulanması sonucunda fazladan cezaevinde kaldığı saptanan kişiler yasadan yararlanmamaktadır.

- Bu yol, tazminat miktarlarının çok düşük olması nedeniyle etkin değildir.

Kişilerin, özgürlüklerinden yoksun bırakıldıkları ve/veya işkence gördükleri durumlarda başvurabilecekleri adli ve sivil mekanizmalar bulunmaktadır. Bununla birlikte temel problem bu mekanizmaların ne denli işler olduğudur. Mekanizma sayısının çokluğunun kendisi bile esasında ortada bir sorunun olduğunu ortaya koymaktadır. Adli mekanizmanın etkin olmadığı bir hukuk düzeninde kişilerin başka yollar aramaktan başka çaresi bulunmamaktadır. Bu mekanizmaların tümüne "devlet aklı" egemendir ve özellikle devletin güvenlik güçleri söz konusu olduğunda genel eğilim suçlananları aklama yönünde olmaktadır. Sorun, mevzuattaki eksiklik ya da mekanizma yokluğu değil tam tersine bu mekanizmalarda yer alanların zihniyetlerinde yatmaktadır.

c. Suç ihbarında sözlü bildirimin kabul edilmeyişinin yarattığı sorunlar

CMK m.160 uyarınca savcılar, suç soruşturması sırasında ya da herhangi bir soruşturma olmaksızın, suç duyurusu dilekçeleri ya da suçun işlendiğine dair basın vb. yolla haber alınması üzerine, suçun kamu düzenini ilgilendirdiği durumlarda soruşturma başlatmakla yükümlüdür. Suçtan haberdar olma çeşitli biçimlerde gerçekleşebilir;

- Bir suç soruşturmasında şüpheli konumda olan kişiler 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. Ancak önüne gelen evrakta yazılı olmasına rağmen, savcıların 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. Bu beyan aynı zamanda kamu düzenini ilgilendiren bir suçun resmi makamlara ihbarı niteliğindedir. Böyle durumlarda, kişiye atılı suçlar dışında kalan beyanların savcılar tarafından tutanağa geçirilmek istenmediği, geçirildiğinde ise muameleye ve faillerin tespitine yarayacak ayrıntılı bilgiler yerine "beni dövdüler" gibi kısa beyanlara yer verildiği görülmektedir.

- Kişi, kendi aleyhine yürütülen soruşturma sırasında tutuklama yargıcına ya da yargılama sırasında mahkemeye, işkence iddialarına ilişkin beyanlarda bulunabilir. Bu beyan aynı zamanda kamu düzenini ilgilendiren bir suçun resmi makamlara ihbarı niteliğindedir. Ancak bu durumda dahi bu yakınmalar bazen tutanağa geçmekte bazen geçmemekte ancak hiçbir durumda resen soruşturma yapma ilkesi uygulanmamaktadır. Yargıçlar, işkence yakınmaları ile ilgili olarak adli mekanizmayı harekete geçirmemektedir.

214 CMK m.141

- Yanı sıra uygulamada Cumhuriyet Savcılarının işkence suçundan haberdar olmasını sağlayan pek çok olayla karşılaşmaktadır. Ceza Infaz Kurumları ve Tutuklevleri İzleme Kurulları, yaptıkları izleme sonucunda üç ayda bir rapor hazırlamak ve bunu ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına sunmak zorundadırlar.²¹⁵ Bu raporlarda yer alan işkence vakaları da resen soruşturulmak zorunda olmasına karşın soruşturulduğuna dair herhangi bir veri bulunmamaktadır.

- 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.

Bütün bu olasılıklarda sözlü başvuruların ve şikâyetlerin derhal işleme konulmaması, mağdur veya vekillerinin yazılı bir başvuru yapmaya zorlanmaları önemli bir sorun olarak karşımızda durmaktadır.

c. Savcılar arasındaki işbölümü nedeniyle yaşanan sorunlar

Derhal soruşturma zorunluluğuna ilişkin uygulama sorunlarından biri de mesai saati dışı yapılan başvurular ile Cumhuriyet Savcıları arasındaki iş bölümü nedeni ile başvuruların alınmaması ya da işlem yapılması için bir başka savcıya dosyanın gönderilmesinin beklenmesidir.

d. Hekimlerin ihbar yükümlülüğüne ilişkin sorunlar

Derhal soruşturma ilkesinin hayata geçirilmesini sağlayan temel unsurlardan biri de YGAIA Yönetmeliği m.9 uyarınca hekimlerin, karşılaştıkları işkence ve kötü muamele bulgularını Cumhuriyet savcılarına derhal bildirme yükümlülükleridir. Uygulamada bu yükümlülüğün etkin olarak yerine getirilmediği ve genellikle hekimlerin mevzuat ve yükümlülüklerinden haberdar olmadıkları, Cumhuriyet Savcıları ile bu tür bir ilişkiye girme deneyiminde eksiklik yaşandığı gözlenmektedir.

e. Savcılarının resen işlem yapmamasından kaynaklanan sorunlar

Suç ihbarında sözlü bildirimin kabul edilmeyişinin yarattığı sorunlar başlığı altında irdelenen konuların bazıları aslında bu başlığı da doğrudan ilgilendirmektedir. Savcılar, “şüpheli ölüm” gibi yasal zorunluluk olan durumlar dışında bir gazete haberini ya da başka bir suç soruşturması ya da yargılaması sırasında haberdar oldukları işkence ve diğer kötü muamele fiillerine ilişkin nadiren soruşturma açmaktadırlar.

Bu konu BM İnsan Hakları Komitesi’nin 45. oturumunda da konu olmuş ve Komite Başkanı, Hürriyet Gazetesinde yer alan ve bir travestiye yönelik şiddeti konu alan bir gazete haberini göstererek, Hükümet Temsilcilerine bu haberle ilgili ne gibi bir işlem yapıldığını sormuştur. Hükümet Temsilcisi, bir soruşturma açıldığı haberini maalesef ki verememiştir.²¹⁶

Nitekim TIHV tarafından hâlihazırda izlenen 32 dosyadan 8’inde resen soruşturma açılmış görülmektedir. Bu 8 dosyadan 3’ü işkence nedeniyle şüpheli ölümdür. Diğer dosyalardan birinde mağdurun babası, olayın hemen sonrasında savcıya giderek

215 Ceza Infaz Kurumları ve Tutuklevleri İzleme Kurulları Yönetmeliği m.9

216 Olay, 1-19 Kasım 2010 tarihinde Cenevre’de gerçekleşen 45. oturumun, 2-4 Kasım günü yapılan Türkiye görüşmelerinde yaşanmıştır.

sözlü başvuruda bulunmuş;²¹⁷ diğerinde, avukatlar, savcıyı olay yerine çağırılmışlardır;²¹⁸ birinde ise olay tüm ulusal kanallarda yayınlanmıştır.²¹⁹ Başka bir dosyada ise yaklaşık 15 yıldır sürüncemede olan işkence ve yargısız infazlar dizisinin, bir gizli tanığın ifade vermesi ile canlandırılması nedeniyle açılmıştır.²²⁰ Bunun dışında kalan tek bir dosyada savcılık, başka herhangi bir etken olmadan, gerçekten “resen” soruşturma açmış durumdadır.

Bu verilerin de ortaya koyduğu üzere soruşturma makamları, doğrudan soruşturma başlatma görevini yerine getirme konusunda ihmal göstermekte, resen soruşturma görevini genellikle ölümle sonuçlanan suçlarda hatırlamaktadır.

f. Savcılarının bizzat işlem yapmamasından kaynaklanan sorunlar

Ceza Muhakemesi Kanunu’nda, savcılarının adli soruşturmaları yürütme görevlerini bizzat veya emrindeki adli kolluk marifetiyle kullanacağı düzenlemesi yapılmıştır.²²¹ Bununla birlikte, Hükümet yetkililerince aksi ileri sürülse de²²² işkence ve diğer kötü muamele suçlarına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamakta, savcılarının bu suçlarda genel kuraldan ayrılmasını gerektiren bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu, işkence ve diğer kötü muamele suçlarına ilişkin soruşturmalarda ciddi bir sorun alanı oluşturmaktadır.

Suçü önleme, güvenlik sağlama ve zor kullanma görev ve yetkisine sahip kolluk, işkence suçunu işleme potansiyeli en yüksek kamu görevlileri iken bunlara aynı zamanda adli kolluk görevi verilmesi ciddi bir handicap yaratmaktadır. Bu durum “soruşturmanın bağımsız ve tarafsız kurumlar” eliyle yürütülmesi kuralını ihlal etmektedir.

Diğer yandan işkence ya da diğer kötü muamele niteliğindeki suçları işleyen kolluk görevlileri ya da onların bağlı olduğu birim tarafından adli soruşturmanın yürütülmesi, şüpheli konumunda olan kişilerin işkence suçunu ya da izlerini gizlemesi, delilleri ortadan kaldırması ya da karşı suç uydurması konusunda ellerini güçlendirmektedir. Ayrıca doğrudan işkence failinin soruşturma işlemlerine katılıp katılmadığına bakılmaksızın, soruşturmacılar ile fail arasında hiyerarşik, organik, kişisel veya mesleki ilişki bulunması, bağımsız soruşturma şartını baştan zedelemektedir.

Nitekim soruşturmalarda asıl yetki ve görev savcılarda olmasına rağmen soruşturmaların kolluğa bırakıldığı, bunun delillerin zamanında ve usulüne göre toplanmaması sonucunu doğurduğu Adalet Bakanlığı genelgeleri ile de saptanmış durumdadır. Bizzat soruşturma yapmamanın sonuçlarına ilişkin olarak AIHM kararlarından derlenen ve Adalet Bakanlığı genelgelerine de yansıyan bazı sorun alanları şunlardır;²²³

- Mağdur ifadelerinin alınmadığı, delillerin toplanmasında gerekli dikkat ve özene gösterilmediği, suçun yeterince aydınlatılmadan soruşturmanın bitirildiği,
- İfade alma ve diğer işlemlerin yeterince süratli yapılmadığı, soruşturmaya geç başlanmasının iç hukuk yolunun etkinliğini zedelediği,

217 Honaz Asliye Ceza Mahkemesi, 2010/118 Esas

218 Midyat Ağır Ceza Mahkemesi, 2010/49 Esas

219 Hakkari Asliye Ceza Mahkemesi, 2009/262 E.

220 Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi, 2009/470 Esas

221 CMK m. 160, 161

222 3.Periyodik Rapor, para.131’de belirtildiğinin aksine yasada yer almamaktadır.

223 Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün 01.01.2006 tarih ve 2, 4 ve 8 nolu genelgeleri

- 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,
- Soruşturma evraklarının düzenli biçimde tutulmadığı, bazı evrakların kaybolduğu,
- Gerekli deliller toplanmadan kovuşturmayaya yer olmadığı veya yetkisizlik kararları verildiği, verilen kararların mağdur ve dilekçe sahiplerine bildirilmediği,
- Bazı iddianame ve kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarının zabıt kâtiplerince yazdırıldığı.

Savcılar, ancak ölümle sonuçlanan vakalarda makam odalarından dışarı çıkmakta ve soruşturmanın en azından otopsi bölümüne katılmakla birlikte ölüm meydana gelmeyen işkence ve diğer kötü muamele vakalarında soruşturma işlemlerine katılmamaktadır.

TIHV tarafından takip edilen dosyalardan birinde savcının, avukatların devreye girmesiyle olay yerine giderek bizzat işlem yapmasının son derece önemli sonuçları görülmüştür.

İdil’de 21.10.2008 tarihinde toplumsal bir gösteriye katıldıkları iddiası ile yakalanan M.B., M.S.G., H.D., M.B., H.E., Y.İ., M.G. ve A.K. iki gün gözaltında kalmış, gerek yakalanmaları sırasında, gerekse sonraki süreçte darp edildiklerini beyan etmişlerdir.

Mağdurların avukatları tarafından telefonla aranan savcı, karakola gelerek mağdurların doktor muayenelerinin yapılmasını sağlamış ve gerek karakolda görevli polislerin gerekse takviye için başka illerden gelen polislerin katıldığı bir teşhis işlemi yapmış, işlem sırasında teşhis edilen bir görevlinin, kendisini teşhis eden mağduru tehdit ettiğini tutanağa geçirmiştir.

Mağdurlar, haklarında işlem yapılan dosyadan tutuklanmışlar ve cezaevine nakledilene kadar nezarethanede tutulmaya devam edilmişlerdir. Ancak, Türkiye’de ilk kez bir savcı, mağdurların teşhis ettiği şüpheli polislerin, mağdurlar cezaevine nakledilene kadar silahlarına el koymuş ve karakola yaklaşmalarını yasaklamıştır.²²⁴

Ancak bu örnek maalesef ki istisnadır ve savcıların olaya derhal ve bizzat el koyduklarında yapabilecekleri işlemleri ve işlevlerini ortaya koymaktadır. Buna karşın bu “birkaç iyi insan”ın yaptıklarının bir sisteme dönüşmesi için ciddi bir süreç gerekmektedir.

Savcılar görevlerinin gereklerini yerine getirmeyip soruşturmaya derhal başlamaması; delillerin kaybolmasına ve özellikle de kamera kayıtlarının silinmesine neden olmaktadır. Ayrıca diğer suç aletlerinin yok edilmesi, olay yerinin değiştirilmesi, parmak izi vb. kanıtların kaybolması/kaybedilmesi, tanıklıkların değiştirilmesi, tanıkların baskıya karşı korunamaması gibi sonuçlara yol açmaktadır.

224 Midyat Ağır Ceza Mahkemesi, 2010/49 Esas

1. GENEL ÇERÇEVE

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.

Kapsamlı soruşturma, işkence suçunun aydınlatılabilmesi amacıyla yapılacak her türlü işlemin işkencenin cezalandırılması genel hedefine uygun olacak şekilde yürütülmesini ifade etmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bir soruşturmanın, hem olayın gerçekleştiği koşulların ortaya çıkarılması ve hem de sorumluların saptanması ve cezalandırılmasını sağlama kapasitesine sahip olması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu bir sonuç yükümlülüğü değil, araç yükümlülüğüdür. Mahkeme, soruşturmada olayın koşullarını ortaya çıkarılması ya da sorumluların saptanması kapasitesini zayıflatan herhangi bir eksikliğin, etkin soruşturmanın standartlarını ihlal edeceğini belirtmektedir. Ayrıca, bir soruşturmanın etkin biçimde yapılabilmesi için şikâyetçinin soruşturmaya etkin biçimde erişimin öneminin de altını çizmektedir.²²⁵

Soruşturmanın kapsamlılığı konusu İstanbul Protokolü'nde de ele alınmaktadır. "İşkencenin Hukuki Açıdan Soruşturulması" başlığı altında da belirtildiği üzere "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."²²⁶

Soruşturma CMK'nın "soruşturma" başlıklı ikinci bölümünde düzenlenmiştir ve mevzuat, esasında bir soruşturmanın kapsamlı biçimde yürütülmesi için çeşitli olanaklar sağlamış durumdadır. Yasa, soruşturma işlemini sadece savcıların üzerinde bırakmayarak belli durumlarda sulh ceza yargıcını da soruşturma için görevli kılmıştır.

CMK m. 163/1, sulh ceza yargıcının soruşturma aşamasındaki yetkilerini, m. 173/3 de takipsizlik kararı üzerine yapılan incelemede ağır ceza mahkemesi başkanının, soruşturmayı genişletme kararı vererek eksiklerin tamamlanması için sulh ceza yargıcını görevlendirmesini düzenlemektedir. Soruşturmaya ilişkin diğer bölümlerde de belirtildiği gibi temel sorun aslında zihniyet ve bununla beslenen soruşturmaya ilişkin alışkanlıklardır.

2. SORUN ALANLARI

a. Algı ve zihniyet sorunları

Yargı mensuplarının (savcılar ve yargıçlar) yukarıda belirtilen raporda da ortaya konan zihniyet kalıpları, işkence soruşturmalarına taraflı yaklaşılması sonucunu do-

225 Erdoğan/Türkiye, Başvuru no. 19807/92, 13 Ekim 2006 tarihli karar, para. 89, 102.

226 İstanbul Protokolü, para. 73

ğurmakta ve bu nedenle de –çok az sayıdaki istisna dışında- ne resen, ne derhal, ne tarafsız ve bağımsız ve ne de kapsamlı soruşturma yapılmaktadır.

Tarafsızlık ve bağımsızlığa ilişkin sorunlar nedeniyle deliller büyük çoğunlukla taraflı olarak toplanmaktadır. Toplanan deliller, genellikle kolluk tarafından kullanılan gücün “orantılı” olduğunu ispatlamaya ve zanlıları suçtan kurtarmaya yönelik olmaktadır.

b. Fiilin yanlış nitelendirilmesinin yarattığı sorunlar

Devlete ve devlet görevlilerinin işledikleri suçlara ilişkin algı sorunu TCK’da düzenlenen işkence (m.94) ve yaralama (m.86) suçlarının gerekçelerindeki “sistemati-lik” belirlemesine ilişkin sorunu daha da derinleştirmektedir. Çünkü önceki bölümlerde de belirtildiği üzere yürütülen soruşturmalar hem daha düşük cezaları gerektiren ve hem de kategorik olarak hukuksal nitelikleri daha farklı, “hafif” olan cezalar üzerinden başlatılmaktadır. Soruşturma ve davaların, 94. madde 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 açıldığı da önceki bölümlerde ele alınmıştır.

Fiilin yanlış/hatalı değerlendirilmesi sonucunda, işkence yerine zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçundan soruşturma açıldığında savcılıklar sadece “zor kullanma yetkisi” çerçevesinde delil toplamaktadır. Bu durumda dahi zor kullanma yetkisi gerektiren somut bir durum/olayın varlığının, güç kullanmanın zorunlu olup olmadığı araştırılmamakta, genel olarak fail konumundaki kamu görevlisinin zor kullanma yetkisi varsa bunun tespitiyle yetinilerek suç nitelemesi yapıldığı gözlenmektedir.

Gerçekten zor kullanma yetkinin kullanılması gerekli olduğu hallerde ise “gereklilik” ve “orantılılık” kriterlerine bakılmamakta ve eylemin hukuka uygunluğundan bahisle takipsizlik ve devamında da yargılama sırasında beraat kararları verildiği görülmektedir.

Türkiye İnsan Hakları Vakfı tarafından 32 soruşturma/dava dosyası izlenmektedir. Bu dosyalardan yedisinde zor kullanma yetkisi-işkence tartışması yapılabilecek bir zemin bulunmamaktadır. Geriye kalan 26 dosyanın 19’unda ise soruşturmalar maalesef ki zor kullanma yetkisine ilişkin olarak açılmış ve herhangi bir orantılılık tartışması yapılmamıştır.

c. Mağdura, soruşturma süresince gerekli olanakların sağlanmaması sorunu

CMK m.236, mağdur çocuklar ile işlenen suçun etkisi ile psikolojisi bozulmuş mağdurların dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp ve eğitim alanında uzman bulundurulmasını düzenlemektedir.²²⁷ Bununla birlikte mağdur dinlemeden önce suçun, kendisinde yarattığı psikolojik etkileri değerlendirmek mümkün değildir. Esasında, kişilerin gözetiminde bulundukları süreçlerde alınan raporlarda ruhsal değerlendirme yapılmış olsa kişinin suçtan etkilenme oranı da ortaya çıkarılacak ve ifadesine başvurulması sırasında da bir uzmanın yardımından yararlanabileceklerdir.

Yanı sıra, ifade işlemi sırasında hazır bulunacak uzmanın görev tanımı yapılmamıştır. İfade alınması sırasında bir uzmanın bulunması, uygulamada, daha çok mağ-

²²⁷ CMK m.236/3; “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. ...”

durun anlattıklarının doğruluğunu saptamak üzere kullanılan bir araç durumundadır. Uygulama, uzmanları mağdurun samimi olup olmadığını ölçen kişi konumuna getirmektedir.

Ayrıca mağdura, yakınlarına ve tanıklara yönelebilecek baskı ya da tehditlere karşı koruyucu tedbirleri almak soruşturma makamlarının sorumluluğunda olduğu halde bu tedbire hemen hemen hiç başvurulmamaktadır.

Yine, yasada²²⁸ düzenlemesi bulunmasına rağmen işkence ve kötü muamele suçlarının soruşturulmasında yetişkin mağdurların dinlenmesi sırasında ses ve görüntü kaydı yapılmadığı görülmektedir.

5560 sayılı yasa ile mağdurun bir avukatın hukuki yardımından faydalanma hakkı ciddi şekilde daraltılmış, zorunlu vekillik yalnızca 18 yaşından küçük olanlar için düzenlemiş, diğer mağdurların vekil talep edebilme hakkı cinsel saldırı suçları ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezası gerektiren suçlara maruz kalanlarla tanınmıştır. Bu durum, TCK 94/1. ve 256. maddeleri yönünden mağdurun vekil talep edememesi sonucunu yaratmaktadır.

Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlara yapılan itirazların reddi halinde itiraz edenin giderleri karşılamasına karar verilecek olması mağdurların hukuksal araçları sonuna kadar kullanmaktan çekinmeleri sonucunu yaratmaktadır.

d. Mağdurun soruşturma sürecine etkin katılımının sağlanmaması sorunu

İşkence ve diğer kötü muamele soruşturmalarında mağdurun soruşturmaya aktif olarak katılmasının özel bir önemi vardır. Çünkü suç oluşturan eylemler genel olarak başkaca tanıkların bulunmadığı, tek iktidar sahibinin güvenlik güçleri olduğu yerlerde işlenmektedir. Başkaca tanıkların bulunduğu durumda dahi yurttaşların devlet algısı, güvenlik güçlerine karşı duyulan korku, zaman zaman mağdurlara ve tanıklara yönelen tehditler, suç soruşturmasının aynı zamanda failler tarafından yürütülüyor olması, delillerin failler tarafından toplanıyor ve hatta bazı durumlarda yaratılıyor ve bazen de karartılıyor olması nedeniyle olup bitenleri ayrıntılı biçimde anlatacak ve diğer delillere götürecek kişi, mağdurun kendisidir.

Mağdurla kurulacak ilişki, eylemin nitelendirilmesi, faillerin tespiti ve başta tıbbi deliller olmak üzere suçun aydınlatılmasına yarayacak delillerin neler olduğu ve nasıl temin edilebileceği konusunda soruşturma makamında doğru bir yönelim sağlayacak, aynı zamanda soruşturmanın hızlı bir şekilde yapılmasına yardımcı olacak bir araç görevi görecektir.

Soruşturmanın başlangıcında ve sürecin devamında yapılan işlemler ve muhtemel sonuçları, verdiği bilgilerin hangilerinin ne amaçla kullanılacağı konularında bilgilendirilmesi İstanbul Protokolü'nde belirtilen soruşturma ilkelerindendir.²²⁹ Ceza Usul Hukukunda gerçekleştirilen değişiklikler ile mağdur ve katılan haklarının ayrıntılı olarak tanımlanması ve yasal güvenceye kavuşturulması olumlu bir gelişme olmakla birlikte buna uyulduğuna ilişkin herhangi bir veri bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, yerleşik zihin yapıları nedeniyle mağdurun öncelikle “suç atımında” bulunan kişi olarak ve eğer savcılar aksine ikna edecek denli kanıtlar bulunması durumunda “suçtan zarar gören” kişi olarak algılanması söz konusu olmaktadır.

228 “Bölüm III, İşkencenin Hukuki Açısından Soruşturulması”, İstanbul Protokolü, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları, 24. Para, 89

229 İstanbul Protokolü, Para, 89

Özellikle ifadenin saptanması aşamasında İstanbul Protokolü'nde belirtilen kriterlere uygun davranılması; görüşme için yeterli zaman ve teknik donanım sağlanması ve mağdurun yeniden travmatize olmasını önlemeye özen gösteren bir yaklaşıma sahip olunması gerekmektedir.²³⁰

e. Failin saptanmasına ilişkin sorunlar

Uluslararası standartlar devletlere, işkencenin önlenmesi kadar işkencenin suç sayılması ve suçu işleyenlere eylemleri ile orantılı, caydırıcılık özelliği olan cezalar verilmesi yükümlülüğü getirmektedir. Verilen cezaların caydırıcı ağırlıkta olması ve fiilen uygulanabilmesi dolaylı olarak işkencenin önlenmesini de sağlayan bir faktördür.

Bu nedenle soruşturmanın yalnızca işkencenin ortaya çıkarılmasını sağlamanın ötesinde faillerinin de doğru olarak saptanmasını temin etmesi gerekir. İşkence suçunu oluşturan eylemlerden sorumlu olanlar kadar, işkence - kötü muamele suçunun önlenmesi ya da ortaya çıkarılmasını kasten ya da ihmali davranışla engelleyenlerin de fail olarak tespiti ve eylemine uyan şekilde cezalandırılmasının sağlanması gereklidir.

Uygulamada pek çok soruşturmada teşhis işlemi yaptırılmadığı, teşhis işlemi yaptırıldığında ise yüz yüze teşhis işlemi değil fotoğraf teşhisi ile yetinildiği görülmektedir.

Savcılıklara gönderilen fotoğraf albümlerinin güncellemelerinin yapılmamış olması ve ne zaman güncellendikleri konusunda savcılıklara bilgi verilmemesi de uygulama sorunlarından biridir.

Mağdur ve tanıklara yüzlerce fotoğraf gösterildiği, ancak bu kamu görevlilerinin soruşturma konusu olan olaydaki konumları, görevleri, yaptıkları işlemlere göre tasnif yapılmadığından teşhisten beklenen sonucun alınamadığı, yine ses-şive-aksan, kilo-boy gibi bedensel özellikler ya da yüz dışında bulunan belirleyici özelliklere ilişkin eşkâl bilgisinin yetersiz hale geldiği görülmektedir.

Hazırlanan iddianamelerde, yakalama ya da ifade tutanağında imzası bulunan kolluk görevlilerine karşı dava açıldığı ancak isnat yeterli dayanaktan yoksun olduğundan yargılama sonunda beraat kararları verildiği, bu tür işlemlerin yargılamaları uzattığı, gerçek faillerin tespitini imkânsız hale getirdiği ve masum kişilerin gereksiz yere yargılanmasına neden olduğu gözlenmektedir.

Soruşturma makamlarının telsiz kayıtları, araç plakalarına ilişkin bilgiler, emniyet binası ya da cezaevindeki kamera görüntüleri veya telefon kayıtlarına ilişkin dökümleri delil olarak toplama ve kullanma eğilimi bulunmamakta, eksik soruşturma yapılmaktadır.

*2009 yılında, bir parkta oturmakta olan Ş.D. hakkında idari para cezası kesilmek üzere karakola götürülmüş ve burada, hazırlanan tutanağı imzalamak istememesi üzerine dövülmüştür. Kendisine yapılan muameleyle ilgili suç duyurusunda bulunmuş ve soruşturma başlatılmış olmasına karşın olayın gerçekleştiği yer olan karakol bahçesini izleyen kamera kayıtları olaydan yaklaşık iki ay sonra istenmiştir. Ancak, karakoldan “kamera görüntülerinin bulunmadığı” yanıtı gelmiştir. Savcılık, kamera kayıtlarının bulunamaması halinde bunun nedeninin açıklanmasını da kolluktan istemiş olmasına rağmen, bu konuda bir açıklama yapılmamıştır.*²³¹

²³⁰ ibid, Para, 89 ve devamı

²³¹ İzmir 15.Sulh Ceza Mahkemesi, 2010/225 E

Iddianamelerde işkenceye olanak veren ya da açığa çıkarılmasını engelleyenlere yönelik isnatların bulunmadığı, bu yöndeki şikâyetlerin ek takipsizlik kararları ile cezasız bırakıldığı görülmektedir.

f. Tanıkların belirlenmesi ve dinlenmesi

Bir işkence vakası hakkında bilgi ve/veya tanıklığı bulunan kişilerin dinlenmesi işkence soruşturmasının sonucu açısından çok önemlidir. Her olayın özelliğine göre, muhtemel tanıklara ulaşmak için izlenecek yol değişecek olmakla birlikte, tanıkların kimler olabileceği konusunda en önemli bilgi yine mağdurun anlatımlarından edini- lecektir. Tanıkların ve aile üyelerinin herhangi bir tehdit veya misillemeye karşı korunmasına yönelik tedbirlerin alınması da etkili bir soruşturmanın gereğidir.

Tanıklar ile ilgili tüm işlemlerin Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılması gerekirken, tanıkların kolluk tarafından belirlenmesi, dinlenmesi ya da doğrudan davet edilerek dinlenmek yerine zorla getirme yoluyla dinlenmesi uygulamada sık olarak başvurulan bir yöntemdir. C. Savcılarının bu yetkilerini adli kolluk aracılığıyla yerine getirmeleri halinde, tanıklara ulaşılama sorunu yaşanabileceği, kendilerine ulaşıldığı halde bile kolluk tarafından dinlenmenin baskı ve tehdit riski yaratacağı ya da en azından olumsuz bir psikolojik etken oluşturacağı dikkate alınmalıdır.

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. Uygulamada, salt bu tutanakların ve tutanak imzacılarının tanık olarak vermiş oldukları ifadelere yargı makamlarınca itibar edildiği ve takipsizlik ya da beraat kararlarına dayanak kabul edildikleri gözlemlenmektedir.

Y.S., ailesiyle birlikte iken yaşadığı olay nedeniyle polisler hakkındaki suç duyurusu üzerine başlatılan soruşturmada yanında bulunan ve iddialarını destekleyen tanık beyanları hiçbir biçimde değerlendirilmemiştir. Olayın doğrudan tanığı olan çocuklarının beyanlarına ise hiç başvurulmamıştır. Soruşturma takipsizlik kararı ile sonuçlanmıştır.²³²

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 adli raporlarla tanık anlatımları arasındaki çelişkileri giderecek şekilde sorularla gerçek bilgiye ulaşmaları gerekir.

Tanıkların yeterli Türkçe bilmedikleri durumlarda tercüman yardımından yararlanılmalıdır. Ancak uygulamada yetersiz veya adli personel ya da güvenlik kuvvetleri ile tanığın yakınlarının tercüman olarak kullanıldığı gözlenmektedir.

²³² Gaziosmanpaşa Cumhuriyet Başsavcılığı, 25.02.2009 tarih ve 2008/21412 nolu Kovuşturmaya Yer Olmadığı kararı; Gaziosmanpaşa 1.Asliye Ceza Mahkemesi, 2008/1603 Esas sayılı dosyası

g. Tıbbi delillerin toplanması ve değerlendirilmesine ilişkin sorunlar

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.

i. Raporların mevzuatın gerektirdiği özellikleri taşıması

Düzenlenen adli raporların sıklıkla iç hukuk mevzuatına ve İstanbul Protokolüne aykırı olarak düzenlendiği gözlenmektedir. Bu nedenle alıkonulma sırasında düzenlenen raporlar, işkence bulgularını tam anlamı ile belgeleme konusunda yetersiz kalmaktadır.

Uygulamada rastlanan örnekler, işkence fiilinin bıraktığı/bırakma olasılığı olan izlerin sadece fiziksel izlerle sınırlı olduğunu göstermektedir. Bunun sonucu olarak sadece fiziksel izlerin tespiti konusunda bir muayene ve inceleme yapılmakta ve ruhsal semptomlar konusunda herhangi bir araştırmaya gidilmemektedir. Mağdurun adli muayenesinin niteliği ve kapsamı kadar, süratli bir şekilde yapılması da büyük önem taşımaktadır. Ancak uygulamada savcılarının hızlılık konusunda gerekli özeni gösteremediklerine, ruhsal rapor düzenlenmesine veya ileri tetkik yapılmasına yönelik talepleri reddettiklerine, eksik raporlarla soruşturmayı tamamladıklarına sıklıkla rastlanmaktadır.

Bununla birlikte “g. Tıbbi değerlendirme ve raporlama sistemi”²³³ başlığı altında aktarılan ve hekimlere yönelik Türk Tabipleri Birliği tarafından gerçekleştirilen eğitimler sonrasında İstanbul Protokolü’ne uygun raporlar hazırlanmaya başlanmıştır. Örneğin, Denizli’de gerçekleşen bir vakada Başvurucu hakkında fiziksel bulguların saptanmasının yanı sıra yaşamış olduğu sürece ilişkin olarak psikiyatri konsültasyonu da talep edilmiş ve tedavisi düzenlenmiştir.²³⁴

ii. Kişinin rızasının olmamasına rağmen muayene yapılması

CMK m. 76, 78-80 uyarınca mağdurun rızasının olmaması halinde iç ve dış beden muayenesine savcılığın talebi üzerine veya hâkim tarafından resen ya da mahkeme tarafından karar verilebilmektedir. Bununla birlikte, ister savcılık ve isterse hâkim ya da mahkeme kararı olsun, rızası olmaksızın kişinin bedenine yapılacak her türlü tıbbi müdahale hekimlik meslek etiği kurallarına, Biyotıp Sözleşmesi hükümlerine ve İstanbul Protokolü ilkelerine aykırıdır. Ancak uygulamada, rıza bulunmamasına karşın muayene yapıldığına sıklıkla rastlanmaktadır. Rıza olmaması durumunda, Tıbbi Etik kurallar uyarınca muayene yapmayan hekimler hakkında ise soruşturmalar açıldığı da bilinmektedir.²³⁵

iii. Genetik inceleme yapılmaması

Mağdurdan alınan ya da başka surette elde edilen örnekler üzerinde yapılacak moleküler genetik incelemeden sonuç alınabilmesi muhtemel faillerin hızla tespiti ve bu kişilerden karşılaştırmada kullanılacak örneklerin alınmasına bağlıdır. Ancak uygulamada, işkence şüphelileri ya da faillerinin beden muayenesi yapılarak kendilerinden incelemeye elverişli örnek alındığı görülmüş bir uygulama değildir.

233 Bkz. sayfa

234 Honaz Asliye Ceza Mahkemesi, 2010/118 E.

235 <http://www.ttb.org.tr/index.php/haberler/basinaciklamalari/2354-ucuprotokol?fontstyle=f-smaller>

iv. İleri tetkik yöntemlerine başvurulmaması

Yine soruşturma makamları, genellikle ileri tetkik gerektiren muayeneler yönünden gerekli özeni göstermemektedir.

Ayrıca, işkence mağdurunun üzerindeki görülebilir izlerin fotoğraflanması gerektiği halde, iç hukukta adli muayenenin yanı sıra fotoğraf çekimini ön gören düzenlemeler bulunmamaktadır.

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. Kamu görevlileri hakkında muhtemel bir soruşturmayı en baştan bertaraf etme amacını güden bu tür tutanaklardaki bilgilerin, gerçeği yansıtır yansıtmadığı araştırmaksızın adli makamlarca benimsenmesi yönündeki genel tavır işkence ile mücadelede önemli engellerden biridir.

Göztünde iken düzenlenen raporda bazı izlerin tespit edilmediği, ters ve sıkı kelepçe takılarak üç saat kadar bekletilen Başvurucunun bileklerindeki ağrı şikâyeti uzun süre devam ettiği halde soruşturma aşamasında İstanbul Protokolüne uygun ayrıntılı tıbbi rapor alındırılmamıştır.

Oysa TIHV tarafından yaptırılan muayene ve tetkiklerde; olay öyküsü ile uyumlu fiziki ve ruhsal travmalar gözlenmiştir. Yapılan muayene ve radyolojik incelemelerde, omuz, bel, göğüs, diz, göz bölgelerindeki izler, menisküs yırtılması olduğu tespit edilen başvurucunun göztündayken alınan raporlarının yeterli olmadığını ve ileri tetkikle anlaşılabilir yaralanma izlerinin bulunduğu anlaşılmıştır. Buna karşın, yargılama sırasında bu deliller dikkate alınmaksızın sanıklar hakkında beraat kararı verilmiştir.²³⁶

v. Otopsilerdeki eksikliklerin giderilmemesi

Son olarak kamu görevlilerince işlenen işkence sonucu öldürme veya doğrudan öldürme suçunun cezasız kalmasındaki önemli nedenlerden biri, mevzuata aykırı olarak soruşturma aşamasında yapılan otopsinin yetersiz olması ve bir kamu davası açılabilmiş olsa bile yargılama aşamasında bu eksikliğin tamamlanamamasıdır.

h. Bilirkişi incelemesi ve uzman mütalaasına ilişkin sorunlar

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, savcının, şüpheli/sanığın, müdafinin, “katılanın”, “vekilin” veya “kanuni temsilcinin” de bilirkişi incelemesine karar verilmesini istemeye hakkı olduğunu düzenlemektedir.

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 göre²³⁷ işkence ve işkence sonucu ölüm suçlaması ile hakkında işlem yapılan kamu görevlilerinin %94’ünün polis ve jandarma olduğu dikkate

²³⁶ İzmir 15.Sulh Ceza Mahkemesi, 2010/225 E

²³⁷ Bkz. Adalet Bakanlığı’nın 02.07.2010 tarihli yazısı

alındığında, bu kurumlara bağlı birimlerce sağlanacak bilirkişilik hizmetinin bağımsız ve dolayısı ile tarafsız olamayacağı net biçimde görülmektedir.

i. Olay yeri incelemesi – yer gösterme - keşif

Faillerin belirlenerek cezalandırılması, soruşturma amacına ulaşabilmek için delillere ulaşılması ve bunların korunması bir gerekliliktir. Olay yeri olarak, kolluk binası ve çevresi ile işkencenin meydana geldiği başka mekân ya da yerlerde bulunan deliller toplanıncaya kadar bu mekânların koruma altına alınması da bu gerekliliğin doğal sonucudur.

İşkence suçuna ilişkin soruşturmalar, şüphelilerinin sahip oldukları yetkiler nedeniyle delillerin karartılması en yüksek soruşturma kategorisidir. Bu nedenle, delillerin toplanması konusunda hızlılık son derece önemlidir. Olay yeri mutlaka incelenmeli ve buradaki deliller hızla toplanmalıdır. İnceleme sırasında ve gerekiyorsa sonrasında delillerin bozulması, kayıtların değiştirilmesi gibi olasılıklara karşılık olay yerinin kapatılması da maddin gerçeğin araştırılması için ciddi bir zemin sağlayacaktır.

Bununla birlikte uygulamada, yargılama aşamasında nadiren keşif işlemi yapılsa da özellikle soruşturma aşamasında keşif işlemi yapılan dosya örneğine rastlamak neredeyse imkânsızdır. Yine, olay yeri, incelemesi-keşif işlemlerinin bizzat savcı tarafından yapılması gerekliliğine dikkat edilmemektedir.

Mevzuatta, “olay yeri incelemesinin” nasıl yapılacağı belirlenmiş olup deliller toplanıncaya kadar olay yerinin soruşturmacılar dışındaki kişilere kapatılmasına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak uygulamada işkence yapılan yerler, bu incelemeler yapıncaya kadar kapatılmamakta ve buna bağlı olarak da olası deliller toplanamamaktadır.

Eksik ve gecikmiş inceleme sonucunda şüpheli/sanık tespiti yapılamadığı için de suç anında orada bulunan ve bulunma olasılığı olan memurların tümüne soruşturma açılmakta gerçek fail saptanamadığı ve soruşturmadan bir sonuç alınmadığı için failer cezasız kalmaktadır.

j. Failin soruşturmayı engellemesine yönelik tedbirlere ilişkin sorunlar

i. Tutuklama tedbirinin uygulan(ma)ması

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 kaçma şüphesi uyandıran” davranışlarının varlığıdır.

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. fıkrasındaki sayılan “işkence suçu (TCK m.94-95)” bu nitelikteki suçlardandır. İşkence failinin pozisyonu ve yetkileri gereği soruşturma ya da yargılama sonucunu değiştirebilme olanağına sahip olduğu düşünüldüğünde, 101. maddedeki düzenleme yerindedir.

TCK 94 ve 95. maddelerde düzenlenen işkence suçu CMK 101’de sayılan suçlardan olduğu halde bu suç nedeniyle tutuklama tedbirine başvurulmadığı, sonuçta baş-

ta kamera görüntüleri olmak üzere pek çok delile ulaşamadığı, mağdur ve tanıklara yönelik tehdit ve baskıların olduğu, işkencenin raporlanabileceği durumlar gerçek dışı tutanaklarla mağdurlar hakkında suç uydurulduğu ya da zor kullanma yetkisinin kullanıldığına dair gerçek dışı olaylar uydurularak adli makamların yanıltılması yoluna gidildiği görülmektedir.

İç hukukta zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması (TCK m.256) olarak tanımlanan, ancak uluslararası hukuk ve özellikle AIHM içtihatlarına göre belli durumlarda işkence yasağının ihlalini oluşturan bu suçun da 101. madde kapsamına alınmamış olması ciddi bir eksikliktir. Çünkü işkence failinin sahip olduğu yetki ve konum, zor kullanma sınırını aşan kamu görevlisi için de geçerlidir. Ancak ayrı bir düzenleme yapılmamış olması 256. maddede düzenlenen suç yönünden tutuklama tedbirine başvurulmasına engel olmayıp, 100. madde kapsamında bu tedbirin uygulanması olanak dâhilindedir.

Bununla birlikte, işkence soruşturmaları ve yargılamaları açısından önemli bir tedbir olan tutuklamanın, neredeyse hiç uygulanmadığını söylemek mümkündür. TIHV tarafından 2009-2010 yılları arasında izlenen 32 dosyanın 31'i doğrudan kamu görevlileri tarafından işlenen işkence veya öldürme vakalarına ilişkindir. Bu dosyalardan, ölümle sonuçlanan bir dosyada faillerin bir kısmı tutuklanmış ancak yargılama sürecinde serbest bırakılmışlardır.²³⁸ Temizöz Davası olarak anılan bir başka davada ise 20 maktülle ilgili olaylar üzerinden yargılama yapıldığı için sanıklar halen tutukludur.²³⁹

İşkence suçu nedeniyle fail hakkında tutuklama tedbirine başvuru olan tek dosya örneğinin bulunması ve bu dosyada eylem sonucunda ölüm meydana gelmiş olması, yargılama makamlarının tutuklamaya nadiren ve ancak ölüm gibi ağır sonuçlarının olması halinde başvurduklarını göstermesi açısından dikkat çekicidir.

Bununla birlikte Mart 2006'da Diyarbakır'da beşi çocuk 10 sivilin öldürüldüğü olaylarla ilgili açılabilen tek davada, 17 yaşındaki Mahsum Mızrak'ı öldürmekle suçlanan üç polisin hakkında "olası kasıtlı insan öldürmek" suçlamasıyla ve müebbet hapis istemiyle dava açılmış olmasına karşın mahkemenin, sanıkların tutuklanması istemini reddetmiş olması da dikkat çekilmesi gereken bir başka örnektir.

ii. Görevden uzaklaştır(ma)ma

İşkence niteliğinde bir eylemi gerçekleştirdiğinden kuşku duyulan bir kamu görevlisinin, görevine devam etmesi, sahip olduğu yetkiler dikkate alındığında pek çok sakınca yaratabilir. Kamu görevlilerinin, özellikle adli görevi bulunanların delilleri gizleme, değiştirme ya da ortadan kaldırma olanaklarına sahip olmasının yanı sıra pozisyonu gereği, mağdur ya da tanıklar üzerinde baskı kurma ve yıldırma riski de bulunmaktadır.

İç hukukta, CMK'da düzenlenen tutuklama tedbirinden başka, kamu görevlisi hakkındaki soruşturma ya da yargılama devam ederken, görevde kalmasını önlemeye yönelik idari nitelikte tedbirler de düzenlenmektedir.

Görevden uzaklaştırma tedbirinin hangi durumlarda ve kimler hakkında uygulanacağına ilişkin temel düzenleme 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda yer almak-

238 Adana 5. Ağır Ceza Mahkemesi, 2007/288 Esas

239 Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi, 2009/470 E.

tadır. Ancak kanunun 1/3. maddesi, emniyet teşkilatı mensupları ile subay, astsubay, uzman çavuş ve uzman jandarma olan askeri personelin özel kanun hükümlerine tabi olduğunu düzenlemektedir.

Emniyet görevlileri hakkında Emniyet Teşkilatı Kanunu ve Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nde özel düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak bu düzenlemeler DMK'ndakilerle karşılaştırıldığında kolluk görevlilerini koruyucu nitelikte ve işlevsiz olduğu görülmektedir.

DMK'nın 137. maddesinde hakkında disiplin soruşturması açılan memurun görevinin başında kalmasının sakıncalı bulunduğu durumlarda, 140. maddesinde ise hakkında ceza kovuşturması açılması halinde tedbiren görevden uzaklaştırılabileceği düzenlenmektedir. Her iki halde de uzaklaştırma tedbirinin uygulanması 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 görülenler, 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.

Bununla birlikte Ek 8. madde düzenlemesi, uzaklaştırma tedbirini neredeyse uygulanamaz hale getirmektedir. Maddeye göre; bir polis memuru hakkında işkence nedeniyle idari soruşturma başlatılmış olması yeterli olmayıp, soruşturma sonunda memurun ayrıca meslekten çıkarılmasına karar verilmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla, görevden uzaklaştırma sadece mahkeme tarafından kararın verilmesi ile temyiz süreçlerinin tamamlanarak kararın kesinleşmesi arasındaki sürede uygulanabilecek olması bakımından herhangi bir işleve sahip değildir. 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 Kanunun, 16/1. fıkrası benzer bir düzenlemeye sahiptir ancak her iki halde de, işten el çekirme kararını verme yetkisi askeri amir veya komutanlara tanınmış olup ayrıca işten el çektirmenin gerekli olup olmadığını takdir yetkisi bu kişilere bırakılmıştır.

DMK, Emniyet Teşkilatı Kanunu ve Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün yanı sıra Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesi; bu kanun hükümleri çerçevesinde silah kullanan polis veya jandarma hakkında hazırlık soruşturması Cumhuriyet Savcıları veya yardımcıları tarafından bizzat yapılacağını, dava açıldığında ise sanığın duruşmadan varestede tutulabileceğini ve hakkında açığa alma, işten el çekirme işlemi uygulanmayacağını düzenlemektedir.²⁴⁰

Böylece aslında 2009 yılında hakkında işkence suçu nedeniyle işlem başlatılmış olan 709 polis ve jandarma görevlisi²⁴¹ hakkında, görevden uzaklaştırma hükümleri yani DMK düzenlemesi uygulanamamış, delilleri karartma ve soruşturmayı etkileme olanağına sahip olmalarına rağmen görevde kalmaya devam etmişlerdir.

240 1481 sayılı, 8/9/1971 tarihli Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun, 15/9/1971 tarih, 13957 sayılı R.G.

241 Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü'nün TBMM Başkanlığı'na verdiği 02.07.2010 tarihli B.03.o.KGM.o.00.00.05/2010- 610.01-188/1644/3384 sayılı yazı

Nitekim TIHV'nın takip ettiği dosyalar içinde amir konumundakiler de dâhil olmak üzere hiç bir kolluk görevlisinin görevden uzaklaştırıldığına rastlanmamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise bu durumu çeşitli kararlarında eleştirmiştir. Yakın tarihli bir kararında, sanık polis memurlarının, kovuşturma sırasında görevlerinden alınmamış ve hatta birinin terfi etmiş olmasını eleştirmiş ve bu noktada, yasadışı eylemlerin kollandığı veya hoş görüldüğü izleniminin verilmemesi için hakkında kovuşturma yapılan memurun görevinden uzaklaştırılmasının önemine dikkat çekmiştir.²⁴²

k. Güvenilir ve tutarlı kanıtlara rağmen soruşturma ya da kovuşturma açılmaması

Uygulamada işkence soruşturmalarının pek çoğunda “suçun kanıtlanmasına ilişkin soyut iddiası dışında kamu davasının açılmasına yeterli şüphe oluşturacak nitelikte ve yeterlilikte delil elde edilemediği” gerekçesiyle takipsizlik kararları verildiği görülmektedir. Bu tür kararlar aslında, “iddiayı ispat” yükümlülüğünden yola çıkılarak verilmiş kararlardır. İşkence vakalarında, kanıtların büyük çoğunluğunun olayın faillerinin egemenlikleri altında olması nedeniyle mağdurun olayı ispat araçları son derece sınırlıdır. Bu nedenle de ispat yükü, işkence davalarında mutlak olarak iddiayı ileri sürene yüklenemeyecektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de tartışma konusu vakanın, tamamen ya da kısmen devlet yetkililerinin bilgisi dâhilinde olduğunda, örneğin kişi gözaltında iken gerçekleşmesi durumunda bu, meydana gelen yaralanmalar ve diğer bulguların gözaltında iken oluştuğuna karine olacaktır. Bu durumda da tabi ki ispat yani tatminkâr ve ikna edici açıklama külfeti devlet görevlilerine geçecektir.²⁴³

Nitekim BM İşkence Özel Raportörü'nün görüşleri²⁴⁴ de dâhil olmak üzere çeşitli uluslararası mekanizma kararları, iddianın bariz bir şekilde önemsiz veya temelsiz olmadığı sürece her talebin veya şikâyetin derhal ele alınmasını öngörmektedir.²⁴⁵

Oysa uygulamada “güvenilir ve tutarlı” iddiayı destekleyen somut kanıtların bulunduğu durumlarda dahi soruşturma açılmayan pek çok vaka bulunmaktadır.

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 (raporun yayınlandığı tarihe göre) 21 aydan fazla bir zamanın ardından yürütülen tek kovuşturma, 463 kişi hakkında gösteriler sırasında etrafa zarar vermektен dolayı açılan dava olmuştur. Kolluk kuvvetleri görevlileri hakkında ise tek bir soruşturma bile açılmamıştır.²⁴⁶

²⁴² Çelik/Türkiye (no. 1), 39324/02, 20 Ocak 2009

²⁴³ Musa Yılmaz/Türkiye, 30 Kasım 2010, 27566/06, para 46; Yananer/Türkiye, 16 Temmuz 2009, 6291/05, para. 35

²⁴⁴ Özel Raportörün Genel Tavsiyeleri, BM Doc. E/CN. 4/2003/68, 17 Aralık 2002 tarihli karar, paragraf.26 (k)

²⁴⁵ Bknz İşkenceye Karşı Komite (İKK) , Hneri Parot / İspanya, paragraf.10.4; İşkence Özel Raportörünün Genel Tavsiyeleri, paragraf.26 (k). Ayrıca bknz. Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, Maritza Urrutia davası paragraf.110; Velasquez Rodriguez / Honduras, paragraf.176;

²⁴⁶ 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

Yukarıda, "İşkence Yasağı" altında "c. Fiilin nitelendirilmesine ilişkin sorunlar" çerçevesinde örnek olarak verilen vakada²⁴⁷ TIHV başvurusu olan mağdurun uğradığı muameleye tanıklık eden 5 yakını vardır. Mağdur, tutuklanarak cezaevine gönderildiğinde genel sağlık durumunun çok ağır olması nedeniyle cezaevine kabul edilmeyerek hastaneye gönderilmiştir, üç kez opere edilmiştir, hem hastaneden ve hem de TIHV'den bu olayla illiyeti kurulmuş sağlık raporları almıştır. Ayrıca, yaşanan olaydan ciddi biçimde etkilendikleri için yakınlarından üçü, mağdurun kendisi gibi TIHV başvurusu olmuş ve kendilerine, yine olayla illiyeti kurulmuş raporlar verilmiştir.

Tüm bu somut, tutarlı ve iddiayı destekleyen delillere karşın savcılık tarafından takipsizlik kararı verilmiştir. Gerekçe şöyledir; "... suçun kanıtlanmasına ilişkin *müştekinin soyut iddiası dışında kamu davasının açılmasına yeterli şüphe oluşturacak nitelikte ve yeterlilikte delil elde edilemediği tüm soruşturma evrakı kapsamından anlaşılmış..*"

Buna karşın, polis memurları hakkında açılan soruşturma takipsizlik kararı ile sonuçlanmıştır. Karara karşı yapılan itiraz da genel ifadelerle reddedilmiştir.

1. Sulh ceza yargıcının soruşturma yetkisine başvurulmaması

Yukarıda da belirtildiği üzere CMK m. 163/1 (savcılık işlemleri yapma) ve m.173/3 (soruşturmanın genişletilmesi görevini yerine getirme), sulh ceza yargıcına soruşturma işlemleri yapması için iki durumda görev vermektedir. Bununla birlikte ne soruşturma aşamasında ve ne de takipsizlik kararlarına itiraz incelemelerinde bu maddelerin kullanıldığına rastlanmaktadır.

Takipsizliğe itiraz incelemeleri sırasında ağır ceza mahkemeleri, "soruşturmaya genişletme" ve "sulh ceza yargıcını görevlendirme" yetkilerini kullanmamaktadırlar. Bunun yerine, itirazlar reddedilmekte ve gerekçesiz olan bu kararlarda kopyala/yapıştır yöntemiyle taraf isimleri ve dosya numaraları değiştirilerek, matbu hale gelmiş kararların çoğaltılması yoluna gidilmektedir.

m. Karşı davalar sorunu

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

Karşı davalar, mağdurların hukuk yollarına başvurusunun engellenmesi ya da başvuru hukuk yollarına etki edilmesi veya korkutma, yıldırma ve cezalandırma amacıyla yaygın biçimde kullanılan bir araç haline gelmiştir.

TIHV tarafından izlenen 32 dosyanın, karşı dava sorunu ile ilgili bir zemine sahip 26'sından 14'ünde karşı davalar açılmıştır. Bu karşı davaların tümü mağdurlara karşı açılmış olmakla birlikte bir dosyada mağdurun yanı sıra olaya tanıklık eden bir kişiye karşı da "mukavemet" suçlaması ile dava açılmıştır. Yine bir başka mağdur için hem ceza davası ve hem de tazminat davası açılmıştır.

Bu davalarda "görevli memura direnme", "görevli memura hakaret", "yaralama", tehdit", "mala zarar verme", "uyuşturucu bulundurma" gibi suçlamalar yer almaktadır.

247 Gaziosmanpaşa 1.Asliye Ceza Mahkemesi, 2008/1603 E.

TIHV tarafından izlenen ve hakkında karşı dava açılmayan dosyalardan birinde, askerlik görevini yaptığı sırada, karakol komutanı olan astsubay tarafından dövülen erdir. Bu olayda başvurucuya suçlama yöneltilmek yerine olayın bir intihar girişimi olduğuna dair tutanak düzenlenerek işkence gerçeği örtülmeye çalışılmıştır.²⁴⁸

Bir başka dosyada ise başvurucunun yapmış olduğu suç duyurusu üzerine açılan soruşturma, “hakkında açılmış bulunan kamu davasında kendisini cezadan kurtarmaya yönelik olabileceği” gerekçesiyle dava açılmaksızın, takipsizlik kararı ile sonuçlanmıştır. Buna karşın, olay nedeniyle ciddi sağlık sorunları yaşayan ve üç kez ameliyat geçiren Başvurucu, tutuklama kararı verilerek cezaevine gönderilmiş, 34 gün cezaevinde tutulmuş ve hakkında, polisin düzenlediği evraklara uygun olarak “görevi yaptırmamak için direnme” suçlaması ile dava açılmıştır.²⁴⁹

Karşı davaların büyük bir çoğunluğu TCK m.265’te düzenlenen, görevi yaptırmamak için direnme/mukavemet suçuna dayanarak açılmaktadır.

Zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçundan bahsedebilmek için Polis Vazife Selahiyetleri Kanunu m.16/1 uyarınca polisin, “görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanması” gereklidir. Buna göre zor kullanma, ancak bir aktif bir dirençle karşılaşılması durumunda mümkün olabilecektir. Kullanılacak gücün sınırı ise, direnişi kıracak kadar olacaktır.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi tarafından da belirtildiği üzere, mukavemet ettiği iddia olunan kişinin “pasif” direnişinden artık söz etmek mümkün değildir.²⁵⁰ Eski TCK’da yer 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.

Oysa ki TIHV tarafından izlenen dosyalarda, “ifade verdiği savcı odasından zorla çıkarılmak istendiğinde odadan çıkmak istememe”, “polis otosuna binmek istememe”, “arama kararı olmadan aracını aratmama” gibi herhangi bir cebir, şiddet özelliği olmayan davranışlardan dolayı kamu davası açıldığı ve mahkemelerce mahkumiyet kararları verdiği görülmektedir.

248 Kocaeli Kara Kuvvetleri Komutanlığı Muhabere Hizmet Destek Komutanlığı Askeri Mahkemesi, 2008/530 MD

249 Gaziosmanpaşa 1.Asiye Ceza Mahkemesi, 2008/1603 E.

250 Yargıtay 4. C.D., 2006/5382 E., 2006/13684 K., 11.7.2006

İşkenceye maruz kalanlara karşı, mukavemette bulundukları iddiası ile açılan davalarla, kolluğun zor kullanma gerekliliğinin doğduğuna dair gerçek dışı bir hukuksal argüman yaratılmaya çalışılmaktadır. Bu argüman zor kullanma yetkisinin doğduğuna dair kolluk savunmalarının alt yapısını oluşturmanın yanında, mağdurda oluşan fiziksel izlerin gerçek nedenlerinin gizlenmesini sağlamaktadır. Karşı davalar, kamu görevlileri hakkında açılmış olan davalarda beraat kararlarının gerekçesi haline gelmektedir.

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

D. ÖNERİLER

TCK m.256'da belirtilen “zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması” suçu, failerin delillerin karartılması için her türlü olanağa sahip olmaları nedeniyle 100. madde kapsamına alınmalıdır.

- BM İnsan Hakları Komitesi, Türkiye'yi her türlü işkence ve kötü muamele iddialarının etkili, derhal ve bağımsız soruşturulması amacıyla tarafsız ve bağımsız mekanizmaların oluşturulması çabalarının daha da güçlendirilmesi gereğinin altını çizerek aşağıda belirtilen noktaları öncelikli konular olarak ortaya koymaktadır;²⁵¹

- Soruşturma savcıları ile adli kolluğun sayıları, yetkileri ve eğitimleri artırılarak soruşturmaların etkili ve bağımsız olmaları sağlanmalıdır;
- Deliller, savcının olay yerine gelmesine kadar korunmalı ve tahrip edilmiş ya da kaybedilmiş delillerin, yargılama süreçlerinde merkezi bir etkisi olma olasılığı konusunda mahkemelere talimat verilmelidir;
- Herhangi bir kurumla ilişkileri olsun ya da olmasın yetkin ve İstanbul Protokolü eğitimi almış tıp doktorları ve adli hekimler tarafından verilen ve işkence ve kötü muameleyi belgeleyen tüm tıbbi raporların, savcılar ve yargıçlar tarafından okumaları ve değerlendirmeleri sağlanmalıdır;
- İçişleri Bakanlığı tarafından, planladığı gibi bağımsız bir polis şikâyet sistemi kurulmalıdır;
- 25 Mayıs 2005 tarihli ve 5353 sayılı Yasa'nın 24. maddesi ile değişik CMK m.161/5'in, işkence ve kötü muamele iddialarına ilişkin olarak en üst düzey yetkililerin soruşturulması için izin sistemini ortadan kaldırmak üzere değiştirilmesi; bu amaçla 5353 sayılı Yasa'nın 24. maddesinin iptal edilmesi gerekmektedir.

- En üst düzey kamu görevlilerinin olası eylemlerinin ihmal kastıyla işkence suçunu mu oluşturacağı yoksa yalnızca görevi ihmal olarak mı değerlendirileceği konusunda oluşacak tereddütlerin aşılması için 161/5. maddenin son cümlesinin yasadan çıkarılması yerinde olacaktır.

251 İÖK Sonuç Gözlemleri, Para 8

- Yine BM İnsan Hakları Komitesi'nin tavsiyelerinde de belirtildiği üzere işkence veya kötü muamele olduğu ilk bakışta açık olan vakalarda, soruşturmaya müdahale etme riskini ve Sözleşme ihlali oluşturacak başka bir eylemde bulunmasını engellemek için şüphelinin, soruşturma süresince görevden alınması veya başka yere tayin edilmesi sağlanmalıdır.²⁵²
- Mesai saatleri dışında nöbetçi olan savcıların adliyyede bulunması sağlanmalıdır.
- Nöbetçi savcılarının telefon numaraları aylık listeler halinde barolara bildirilmeli, alıkonma yerlerinde herkesin görebileceği şekilde asılı olmalıdır.
- Savcılarının, olaya derhal ve bizzat müdahale etmesi sağlanmalıdır.
- Kişilerin savcılık, hâkimlik ya da mahkeme önündeki sözlü beyanları, resmi raporlar, gazete haberleri, sivil toplum kuruluşlarının açıklama ya da raporlarında yer alan olgular ihbar kabul edilerek derhal işlem başlatılmalıdır.
- Adli kolluk sistemi en kısa sürede yapılandırılmalı ve yaşama geçirilmelidir.
- Sadece suçu bizzat işlediğinden şüphelenilenler değil aynı zamanda denetleme sorumluluğu, operasyonel sorumluluğu bulunanlar ile amirlerin sorumlulukları da araştırılmalıdır.
- Sadece kamu görevlileri lehine değil mağdur lehine de tüm deliller toplanmalıdır.
- Olay yeri araştırması yapılmalıdır. Mümkünse, soruşturma tamamlanana kadar olay yeri kapatılmalıdır.
- Olay yerindeki tüm delillere; (kamera kayıtları, parmak izi, nezarethane defteri, görevli listesi, vb.) el konulmalıdır.
- Kamera kayıtlarının ya da diğer delillerin elde edilememesi durumunda sorumlular hakkında hem idari ve hem de adli soruşturma başlatılmalıdır.
- Olaya karıştığı iddiasında olan ya da tanıklık etmiş olabilecek tüm kamu görevlileri birbirinden ayrı yerlerde tutulmalı ve ifade işlemi yapılmadan önce birbirleriyle görüşerek ifade birliği sağlamalarının ve delil yaratmalarının önüne geçilmelidir.
- Olaya tanıklık etmiş olma olasılığı olan kişiler tespit edilmelidir.
- Tıbbi raporlar derhal ve İstanbul Protokolü'ne uygun biçimde aldırılmalıdır.
- Kolluk tarafından tutulan tutanaklar ve yapılan işlemler mutlak delil olarak kabul edilmemeli ve aslında olayın taraflarından biri ve hatta olası failler tarafından düzenlenmiş oldukları unutulmamalıdır.
- Kolluğun bir iddianame benzeri olan ve aslında iddianameye esas alınan "fezleke" düzenleme yetkisi olmamalıdır. Delilleri değerlendirme yetkisi münhasıran soruşturma savcısının olmalıdır.
- Kolluğa yaptırılan işlemler sadece yapılıp yapılmadığı ve hızlandırılması bakımından değil yapılma usulü bakımından da denetlenmelidir.
- Açık dosyalar kayıtlarla karşılaştırılmalı; kayıp, eksik veya işlemsiz dosya bırakılmamalıdır.

- Özellikle “yıllanmış” ve “çıkmaza girmiş” dosyaların zamanaşımına uğramadan sonuçlandırılması sağlanmalıdır.
- Adliye içinden elde edilecek bilgi ve belgeler için yazışmaya gidilmemeli, derhal ve elden işlem yapılmalıdır.
- İşkence ve kötü muamele hakkında yapılan şikâyet, soruşturma, işkence veya kötü muamele zanlıları görevden alınmalıdır.²⁵³
- İnsan ticareti ve cinsel şiddet vakaları ile bunlara ilişkin şikâyetler ve sonuçları ile cinsiyet, yaş, etnik köken ve azınlık statüsü, coğrafi yer ve milliyet şeklinde tasnif edilmiş istatistikî veriler tutumalı ve kamuoyunun erişimine açmalıdır.²⁵⁴

253 İÖK Sonuç Gözlemleri, Para 12

254 İÖK Sonuç Gözlemleri, Para 12

IV.BÖLÜM

İşkence Fiillerinde Yargılama

1. GENEL ÇERÇEVE

SORUŞTURMA bölümünde ele alınan işkence yasağının mutlak karakteri, devletlerin yükümlülükleri ve soruşturma ilkeleri, yargılamayı da doğrudan ilgilendirmektedir. Soruşturma, bir dava hazırlığı aşaması olarak tarafsız ve bağımsız makamlar ve kişilerce, en kısa sürede, etkin ve kapsamlı biçimde yapıldığında toplanacak deliller yargılama aşamasının da sağlıklı biçimde yürütmesine olanak tanıyacaktır.

Soruşturma aşamasının ardından failer hakkında dava açıldığında ise mağdurlar ve suçtan zarar görenlerin mahkemeye erişim hakkının sağlanmasının yanı sıra yargılamanın, tarafsız, bağımsız merciler tarafından, aleni biçimde yapılması gereklidir. Yargılama mercileri, yargılamayı makul sürede sonlandırmakla yükümlüdür.

SORUŞTURMA bölümünde örneklerle ele alındığı üzere, uygulamada çok sayıda sorunla karşılaşmakta ve soruşturma mercilerinin tutum ve davranışları sonucunda, işkence ve diğer kötü muamele vakalarının ancak çok az bir kısmı yargıya taşınabilmektedir. Dava açılarak yargıya taşınan dosyalarda ise suçun nitelendirilmesindeki hatalar, delillerin eksik toplanması, toplanan delillerin değerlendirilmemesi gibi soruşturma işlemleri yargılamanın niteliğini de etkilemektedir. Aslında soruşturma aşamasında toplanması gereken delillerin eksik olması durumunda yargılama aşamasında toplanması gündeme gelebilmekte ancak aradan geçen zamanda delillere tam ya da kısmen ulaşmak mümkün olamamaktadır. Bu da failerin fiillerine hiç ceza verilmemesi ya da fiilin gerektirdiğinden daha az ceza verilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu da soruşturma ve yargı mercilerinin uluslararası hukuktan ve iç hukuk kurallarından kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmeyerek cezasızlık atmosferinin devam etmesine neden olmaktadır.

Soruşturma işlemlerinin hızlı ve kapsamlı yapılmış olması durumunu yargılama-daki başarı şansını da yükseltmektedir. 2008 yılında, gözaltı ve cezaevinde maruz kaldığı muamele sonucu yaşamını yitiren Engin Çeber'in ve birlikte gözaltına alınan diğer üç siyasi aktiviste işkence yapılmasıyla bağlantılı olarak açılan davada 2010 yılı Haziran ayında verilen karar bu anlamda olumlu bir örnektir. Yargılama sonucunda infaz koruma memurları, jandarma, polis ve bir doktorun aralarında bulunduğu 19 sanık hakkında işkence de dâhil olmak üzere çeşitli cezalar verilmiştir.

Ancak bu dosyanın sadece bir istisna olduğunu ve cezasızlığın bir vakıa olarak devam ettiğini belirtmek gerekmektedir. Türkiye'de gerek işkence davaları ve gerekse

yaşam hakkı ihlaline ilişkin davalar, eylemleri ciddi suçları oluşturduğu halde maalesef ki kamu görevlilerini mazur göstermek üzerine kurulmaktadır. Bunun sonucunda davalar faillerin fiillerinin gerçek karşılığı olan sevk maddeleri yerine daha az ceza gerektiren maddelerden açılmakta; failler ya beraat, zamanaşımı gibi sonuçlarla ceza almamakta ya da az ceza almaktadır. Çok az örnekte görülen cezalandırma kararlarında da sanıklara verilen cezalar ertelenmektedir. Dolayısıyla, işkence ve yaşam hakkı ihlali davalarında kamu görevlilerinin yargı tarafından da korunması failler bakımından ciddi bir korunma zırhı oluşturmakta ve cezasızlık adı verilen olgu ortaya çıkmaktadır.

Aşağıda, yargılama aşamasındaki cezasızlığı besleyen sorunlara değinilmiştir. Ancak, gerek maddi hukuka ve gerekse soruşturmaya ilişkin sorun alanları pek çok noktada yargılamaya ilişkin sorunlarla kesiştiği için önceki bölümlerde değinilen sorun alanlarına burada değinilmemiştir.

2. SORUN ALANLARI

a. Algı ve zihniyet sorunları

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 ortaya koymaktadır.

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 kararlarınızda Türkiye Cumhuriyeti'nin korunması ve yaşatılmasında taraf olacaksınız. Buradaysak bu Cumhuriyet'in kazanımları sayesindedir. Cumhuriyet'in insan onur ve haysiyetine en uygun rejim olduğunu bilmelisiniz, bilmek zorundasınız. Demokratik, laik, hukuk devletine sahip çıkmada tarafsınsınız, 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 gerektiğine işaret ediyordu.²⁵⁵

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 bulundukları görevli memura direnme gibi suçlar nedeniyle yapılan yargılamalarda ise suçlu bulunmaktadırlar. Her halükarda '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; faillerin fiillerinin yanı sıra onları kollayan ve/veya kollayıcı açıklamalar yapan, görmezden gelen, soruşturmayan ve cezalandırmayanların eylemleri ile tamamlanmaktadır. Ka-

255 Kemal Şahin (Yargıç, Kazan Adliyesi), Radikal Gazetesi, Radikal İki Eki, yayın tarihi:18.11.2007

muoyunda “Şemdinli Davası” olarak bilinen dosya, bu zincirin yani sistemin ortaya konması bakımından güzel bir örnek oluşturmaktadır;

“Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmaya yönelik eylemde bulunmak, adam öldürmek ve adam öldürmeye teşebbüs etmek, suç işlemek için anlaşmak” suçlarından 3 sanık hakkında Van 3. Ağır Ceza Mahkemesi’nde açılan dava çeşitli aşamalar geçirmiştir ve süreç halen devam etmektedir.

- Soruşturmanın başından itibaren, dönemin Kara Kuvvetleri Komutanı Orgeneral Yaşar Büyükanıt sanıkları koruyucu açıklamalar yapmıştır.
- Olayı soruşturan Savcı Ferhat Sarıkaya’nın, iddianamede Kara Kuvvetleri Komutanı Orgeneral Yaşar Büyükanıt’a ilişkin iddialara da yer vermesi Genelkurmay tarafından tepkiyle karşılanmıştır.
- Adalet Bakanlığı’nın görevlendirdiği iki müfettiş, Sarıkaya hakkında 'CMK'ya göre iddianamede bulunmaması gereken hususlara yer vermek' suçlamasında bulunmuştur. Hemen ardından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından görevden alınan Sarıkaya hakkında 20 Nisan 2006 tarihinde, “mesleğin şeref ve onurunu ve memuriyet nüfuz ve itibarını bozacak nitelikte davrandığı” gerekçesiyle meslekten ihraç kararı verilmiştir.
- Şemdinli davası 5 Mayıs 2006 tarihinde, siyasi baskı ve tutanak tartışmalarıyla başlamıştır. Mahkeme heyeti, müdahil tarafın tüm ısrarlarına rağmen iddianame-nin Kara Kuvvetleri Komutanı Yaşar Büyükanıt ve diğer komutanların suçlandığı bölümünü okumamıştır.²⁵⁶
- Sanıklar Van 3. Ağır Ceza Mahkemesince toplam 39 yıl beş ay 10’ar gün hapisle cezalandırılmıştır.
- Karar temyiz edilmiş ve Yargıtay 9. Ceza Dairesi, kararı eksik soruşturma gerekçesiyle bozmuş ve ayrıca sanıkların eylemini “terörle mücadele görevleri kapsamında” değerlendirerek davanın askeri mahkemede görülmesine karar vermiştir.
- Van 3. Ağır Ceza Mahkemesi, davayı askeri mahkemeye göndermemiştir.
- Mahkeme, Yargıtay tarafından bir eksiklik olarak gösterilen “olay yerinde keşif” işlemini yapma kararı almış ise de olay yerinde güvenliği sağlama sorumluluğunda olan güvenlik güçleri, “mahkemenin güvenliğini sağlayamayacağını” belirterek keşif işlemini yaptırmamıştır.
- Davayı askeri mahkemeye göndermeyen mahkeme heyeti hakkında HSYK tarafından inceleme başlatılmış ve üyeler başka illere atanmışlardır. Yeniden oluşan heyet, dosyayı Van Jandarma Asayiş Kolordu Komutanlığı Askeri Mahkemesi’ne göndermiştir.
- Müdahil avukatları, askeri mahkemenin yetkili olmadığı gerekçesi ile itirazda bulunmuş ise de talepleri reddedilmiştir. Bunun üzerine avukatlar, dava sivil bir mahkemede görülmedikçe duruşmalara katılmayacaklarını açıklamışlardır.
- Askeri mahkemede 14 Aralık 2007 tarihinde yapılan ilk duruşmada, tutuklu olan sanıkların üçü de tahliye edilmiştir.²⁵⁷

256 <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=186384>

257 <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=241641>

- 22.01.2010 tarihinde Askeri Mahkeme, sanıkların, "devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak" suçunu işlediklerine dair hiçbir delil bulunmadığı, iddianamede konu edilen eylemlerin sübut bulması halinde; sanıkların eyleminin 'nitelikli kasten adam öldürme' ve 'nitelikli kasten adam öldürmeye teşebbüs' ve buna "yardım" suçlarını oluşturabileceği" gerekçesiyle dosyanın Hakkari Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.²⁵⁸

- Yargılama halen devam etmektedir.

Şemdinli Davasında yargıya müdahale niteliğindeki eylemlerin hiç birine karşı işlem yapılmamıştır.

Kamuoyunda Kızıltepe Davası olarak bilinen bir başka davada yaşananlar da her halükarda 'haksız' ve 'suçlu' yurttaş olmak, mağduru oldukları davaların da her daim sanığı pozisyonunda bulunmak durumuna çarpıcı bir örnektir.

Ahmet Kaymaz ve 12 yaşındaki oğlu Uğur Kaymaz'ın, düzenlenen operasyon sırasında 4 polis tarafından öldürülmesine ilişkin dava 19 Nisan 2007 tarihinde beraat kararı ile sonuçlanmıştır. Ancak davada adil bir yargılamanın yapıldığını söylemek mümkün değildir.

- Dava "güvenlik" gerekçesi ile nakledilmiş; yetkili mahkeme olan Mardin Ağır Ceza Mahkemesi yerine Eskişehir Ağır Ceza Mahkemesinde görülmüştür.

- 19 Nisan 2007 tarihli duruşmada şikâyetçilerin avukatları tarafından yazılı olarak ve olay yerinin fotoğrafları ile birlikte yapılan; adil bir yargılama için olay yerinde keşif ve Mardin Emniyet Müdür Yardımcısı ile Özel Harekât Şube Müdürü'nün dinlenmesi talepleri reddedilmiştir.

- "Baba-oğlu kasten ve tasarlayarak öldüren sanıkların cezalandırılmaları" talebine karşılık olayın "meşru müdafaa sınırları içinde gerçekleştiği" gerekçesiyle beraat kararı verilmiştir.²⁵⁹

- Şikâyetçi vekilleri karardan sonra Mahkeme heyetini Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı ve Hâkimler Savcılık Yüksek Kurulu'na şikâyet etmiştir.²⁶⁰

Ayrıca, duruşmalar sırasında kamuoyunun ilgisini davaya çekmek isteyenler üzerinde baskı kurulmuştur;²⁶¹

- İlk duruşma 24 Ekim 2005 tarihinde yapılmıştır.

- Duruşmayı izlemek üzere otobüslerle gelen izleyiciler ve avukatların bir kısmı, Valilik talimatıyla şehre sokulmamıştır.

- Şehre sokulmayan izleyicilerin üzerine bir grup sivil tarafından saldırılmış, izleyicilerden bir kısmı adliyeye toplu halde yürümek istediği için 11 kişi gözaltına alınmıştır.²⁶²

- Avukatların duruşmaya katılamamasına ilişkin açıklama yapan ve davanın adil bir biçimde yapılamayacağını söyleyen avukat hakkında "yargılamayı etkilemeye çalışmaktan" dava açılmış ise de bu dava beraatle sonuçlanmıştır.

258 <http://www.cnnturk.com/2010/turkiye/01/22/semdinli.davasinda.gorevsizlik.karari/560533.o/index.html>

259 <http://www.milliyet.com.tr/2007/04/19/guncel/axguno3.html>

260 <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=219177>

261 <http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/438939.asp>

262 Davanın avukatı Tahir Elçi'den alınan bilgi.

- 27 Eylül 2006 tarihli duruşmada emniyet yetkilileriyle tartışan bir avukat ve bir parti genel başkan yardımcısı ile il başkanının da aralarında bulunduğu 6 kişi gözetim altına alınmıştır.

- Diyarbakır Sur Belediye Başkanı, Uğur Kaymaz'ın heykelini yaptırdığı için hakkında 3 yıla kadar hapis istemli dava açılmış, davada beraat etmesine rağmen karar Yargıtay tarafından "21 Kasım 2004 tarihinde güvenlik güçleri tarafından evinin önünde öldürülen 12 yaşındaki Uğur Kaymaz anısına, yaşı ve vücudundaki mermi sayısını sembolize eder nitelikte heykel yaptırarak belediyeyi 2 bin 292 YTL zarara uğrattığı." gerekçesiyle 16 Eylül 2010 kararı tarihinde bozulmuştur.²⁶³

Öte yandan, Nijeryalı bir sığınmacı olan Festus Okey'in, 20 Ağustos 2007 akşamı Beyoğlu Polis Karakolunda bir polis tarafından öldürülmesine ilişkin devam eden davada, davaya müdahil olmak isteyen yurttaşların ve avukatların talepleri reddedilmiştir. Bunun da yanında, müdahillik için başvuran 29 kişi hakkında, dilekçelerinin "mahkeme heyetine hakaret içermesi ve ayrıca katilma hakları bulunmadığı halde mahkeme heyetini etkilemeye yönelik sözlü ve yazılı beyanlar" içerdiği gerekçesiyle TCK m.125 ve m.288 uyarınca suç duyurusunda bulunulmasına karar verilmiştir.²⁶⁴

Müdahale talebinde bulunan avukatlar, "mesleği gereği görevinin mahkemenin kararlarını etkilemek olduğu halde kendisine bu yüzden dava açıldığını" belirterek, "yargılanan polis olunca mahkemenin kendini taraf" gördüğünü beyan etmişlerdir.²⁶⁵

Cezasızlık atmosferi tam da bu koruyucu, kollayıcı koşullardan beslenmekte ve fiiller ile faillerin ortaya çıkartılarak cezalandırılması, birkaç iyi insanın çabasına bırakılmış olmaktadır.

b. Mahkemeye erişime ilişkin sorunlar

Ciddi insan hakları ihlallerinde medeni hakların ve yükümlülüklerin belirlenmesi için bireyin mahkemeye erişim hakkı, uluslararası insan hakları hukukunun temel bir ilkesidir.²⁶⁶

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,²⁶⁷

"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. ... Uluslararası hukukça güvence altına alınan adalete erişim ile işlemlerin adil ve tarafsız biçimde yürütülmesi haklarına ilişkin yükümlülükler iç hukukta da sağlanmalıdır. ..."

İlkelerin 3. maddesinin c fıkrası da insan hakları ihlalinin sorumlu olanın kim olduğuna bakılmaksızın mağdurların, adalete eşit ve etkin biçimde erişiminin sağlanması gerektiğini vurgulamaktadır. Eşit ve etkin katılım, ceza davalarına sanıklara tanınan hakların mağdur/müştekilere de tanınması ile mümkündür.²⁶⁸ Nitekim Ceza

263 <http://www.firatnews.tv/index.php?rupel=nuce&nucelD=33099> (son erişim 24.09.2010)

264 Beyoğlu 4. Ağır Ceza Mahkemesi.

265 <http://www.bianet.org/bianet/insan-haklari/127472-okey-davasinda-mudahillik-talebi-suc>

266 BM Ulusal Kurumların Statüsüne İlişkin İlkeler (Paris İlkeleri); (UN Doc. E/CN.4/1992/43) 16 Aralık 1991.

267 BM Genel Kurulu tarafından 16 Aralık 2005'te kabul edilmiştir. (A/Res/60/147)

268 Aynı doğrultuda bkz; "Mağdurların Ceza Yargılamasına Katılımı" konulu ve 15 Mart 2001 tarihli Avrupa Konseyi Çerçeve Kararı, "iletişim güvenceleri" başlıklı 5. maddesi.

Muhakemesi Kanunu'nun, müşteki ve sanıkların haklarının düzenlendiği Dördüncü Kitabının Birinci Kısımında da haklar birbirine paralel olarak ele alınmaktadır.²⁶⁹

Dolayısıyla yaşam hakkı, 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 sağlamaları gerekmektedir.

Yine uluslararası hukuk, mağdurlara, onurlarına yaraşır biçimde muamele edilmesi gerektiğini de düzenleme altına almış durumdadır.

i. Türkçeyi tam ya da yeterince bilmeyen mağdurlar için yargılamanın tüm aşamalarında çevirmen sağlanmamasının yarattığı sorunlar

TİHV tarafından izlenen bazı dosyalarda mağdurların bir kısmı hiç ya da yeterince Türkçe bilmemektedir. Bu dosyalardan birine ilişkin yargılamada, sanıkların sorguları yapıldığı sırada çeviriye gereksinim duyan mağdurlar saptanmamış, çevirmen sağlanmamıştır.²⁷⁰ Bu durumda mağdurlar sanıkların sorgusunda ne dendiğini anlama olanağından yoksun kalmıştır.

Mahkemede konuşulan dilin taraflarca bilinmiyor/anlaşılmıyor oluşu yargılamanın adil bir biçimde yürütülmemesi ve özellikle de silahların eşitliğinin sağlanmaması anlamına gelmektedir.

Kamu davalarında savcının, mağdurların haklarını kamu adına savunuyor olması maalesef ki yeterli değildir. Dosyalarda, mağdurların bazıları aynı zamanda dava konusu bazı olayların da tanığı durumundadır. Bu nedenle, mahkemede ortaya konulacak her türlü belge ve bilgiyi en iyi ve aslında en hızlı değerlendirme kapasitesine sahip olan yargılama süjesi mağdurlardır. Ancak, mahkemede konuşulan dili bilmiyor oluşları onların mahkeme salonundaki varlıklarını birer yanılsama haline dönüştürmekte, varlıkları ise tutanaklarda sadece bir usul işlemi olarak yazılmış olmaktadır.

Mağdur/müştekilere, konuştukları dilde birer tercüman sağlanmamış olması çeşitli usul işlemlerinin yerine getirilmesi olanağını da ortadan kaldırmaktadır. Örneğin;

Doğrudan soru sormayı düzenleyen CMK'nın 201. maddesi katılanlara da sanıklara soru sorma hakkını vermektedir. 201. maddenin tanıdığı bu hakka rağmen mahkemede konuşulan dili ve özellikle de sanıkların beyanlarını anlamayan müştekilerin maddede belirtilen hakkı kullanmaları imkânsızdır.

Aynı biçimde, CMK m.215'teki "dinleme ve okumadan sonra diyeceklerin sorulması"na ilişkin düzenleme de çevirinin olmadığı koşullarda hiçbir anlam ifade etmemektedir.

Yine; mağdurların, duruşma sırasında ortaya çıkan bir hâkimin reddi nedenini anlamaları ve bu hakkı kullanmaları olanağı kalmamaktadır.

Mağdurlara, yargılama sırasında konuşulanların derhal çevrileceği bir olanağın sunulmaması, yakınlarının öldürülmeleri ile ilgili maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve yargılamanın adil biçimde yürütülmemesi ile doğrudan bağlantılıdır.

269 BM Yetkinin Kötüye Kullanımı ve Suç Mağdurlarına Adalet Sağlanmasına İlişkin Temel İlkeler Deklarasyonu, m. 4; BM Genel Kurulu tarafından 29 Kasım 1985'te kabul edilmiştir. (A/Res/40/34)

270 Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi (Özel Yetkili), 2009/470 E.

ii. Davaların nakledilmesinin yarattığı sorunlar

Davaların, olayın gerçekleştiği yerde açıldıktan hemen sonra başka illere nakledilmesi de mağdurların, mahkemeye erişimleri önündeki en önemli sorunlardan biridir.

TIHV tarafından izlenen davalardan birinde olay Hakkâri’de gerçekleşmiştir.²⁷¹

Olay tarihinde mağdur 14 yaşındadır. Olay ulusal basına da yansımış ve sanığın, mağdura yönelik eyleminin başından sonuna yer aldığı görüntüler incelendiğinde, sanığın, hareketsiz olarak durmakta olan mağdura hızla yaklaştığı, ters tutmakta olduğu gaz tüfeğinin dipçığı ile mağdura defalarca vurduğu görülmektedir. Öyle ki mağdurun baygın bir halde yere düşmüş olması ve darbelere hiçbir bedensel tepki veremiyor olmasına rağmen sanığın dipçik ve tekme ile yerde yatan mağdura vurmaya devam ettiği de TV kayıtlarından açıkça izlenebilmektedir. Sanık bundan sonra olayın olduğu yerden birkaç metre uzaklaşıp, gelen bir başka polise mağduru işaret etmekte ve olay yerinden uzaklaşmaktadır.

Kaldırıldığı hastanede mağdurun orta (3.) derecede yaşamsal tehlike geçirdiğine ilişkin rapor verilmiştir.

Bu kanıtlara rağmen savcılık makamı, sanığın bu eylemlerinin “toplumsal olaylar sırasında toplumsal olaylara iştirak eden mağdura karşı” yapıldığından bahisle “zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suretiyle kasten yaralama” suçundan dava açmıştır.

Sanık dava açıldıktan kısa bir süre sonra Elazığ’a tayin edilmiştir.

Dosyanın ilk duruşmasında görevsizlik itirazı yapılmış, iddianamedeki sevk maddeleri ile sanığın eylemi ve mağdura meydana gelen acı ve ıstırap karşılaştırılarak aslında işkenceden dava açılması gerektiği belirtilmiştir. Ancak ne yazık ki görev itirazı reddedilmiştir.

Bununla birlikte dosyanın 08.02.2010 tarihli duruşmasında, duruşmaya katılan avukat dosyanın “kamu güvenliğinin tehlikeye düşeceği” gerekçesiyle ve CMK m.19/2 uyarınca, Adalet Bakanlığı’nın talebiyle, Yargıtay 5. Ceza Dairesi tarafından Isparta’ya nakledilmesine karar verildiğini öğrenmiştir. Bu karara karşı duruşma sırasında itirazda bulunmuş ise de esasında dava nakil kararlarına karşı herhangi bir kanun yolu bulunmadığı için Mahkeme bu konuda bir karar vermemiştir.

Davanın nakline ilişkin yazışmaların hiç biri müdahil vekiline gönderilmediği için bu süreçte karar verme aşamasında dahil olmak mümkün olmadığı gibi karara karşı herhangi bir kanun yolu bulunmadığı için karar uygulanmış ve dava Isparta’ya nakledilmiştir.

Bu dosyada aslında, mağdurun “mahkemeye ulaşma” hakkından bahsetmek mümkün değildir. Öncelikle, sanığın başka bir ile tayin edilmiş olması nedeniyle, sanığın Hakkâri’de, asıl mahkemesinde dinlenmesi ve eğer aksi yönde karar verilecekse duruşma gününün kendilerine de tebliğ edilmesi konusunda avukatın taleplerine rağmen sanığın sorgusu Elazığ’da yapılmış ve duruşma günü de avukatlara tebliğ edilmemiştir.

271 Hakkari Asliye Ceza Mahkemesi, 2009/262 E.

Davanın nakli ise başlı başına bir başka sorun oluşturmıştır.

Öncelikle, dava ile ilgili olarak kamu güvenliğini tehlikeye düşürme olasılığına dair, sanığın gerçek anlamda soyut iddiası dışında tek bir gösterge yoktur. Davanın nakledilmesi aşamasına kadar yapılan duruşmalar sırasında tek bir protesto olayı dahi gerçekleşmemiş, kamu düzenini bozma ihtimali olabilecek herhangi bir olay da meydana gelmemiştir.

Davanın nakli kararı mağdurun bu sürece katılması için hiçbir işlem yapılmaksızın gerçekleşmiştir.

Ayrıca, mağdur ve dosyayı takip eden avukat Hakkari’de yaşamaktadır. Mağdurun ne sağlık ve ne de ekonomik koşulları, herhangi bir yolculuğu karşılayabilecek durumda değildir. Karşılayabilecek olması halinde dahi her duruşmada Isparta’ya (Hakkari-Van-İzmir ya da Ankara üzerinden Isparta) ulaşmak ancak yapılacak uzun bir yolculuğun ardından olabilecektir. Bu durumda mağdurun, olayı en başından beri takip eden avukatı yerine Isparta’ya gidip gelme olasılığı daha fazla olan Çağdaş Hukukçular Derneği’nden, Antalya’dan iki avukat mağdura hukuksal destek sunmaya başlamıştır.

Davanın naklini düzenleyen CMK m.19/2 ile idare, yargıya doğrudan müdahale ederek, doğal yargıç ilkesini ve hak arama özgürlüğünü yani mağdurun “mahkemeye erişim” hakkını kısıtlamıştır. Nakil kararı verilmesi sürecinin kendisi de silahların eşitliği ilkesine tamamen aykırı bir biçimde gerçekleşmiştir.

Böylece aslında dosya tamamen dağılmıştır. Sanık bir yerde, mağdur ve tanıklar bir başka yerde, dava başka yerdedir.

Dava nakilleri, kamuoyunun gündeminde olan işkence ve yargısız infaz dosyalarında sıkça görülen bir uygulamadır. Yargılaması yeni sonlanan Kızıltepe-Uğur ve Ahmet Kaymaz dosyası ile yargılaması halen devam eden Muğla-Şerzan Kurt dosyalarının akıbeti de aynı olmuştur. Her iki dosya da Eskişehir’e nakledilmiştir.

Somut ve vakıalara dayanan haklı nedenler bulunmayan nakil kararları ile adalete eşit ve etkin biçimde erişimin sağlanmasının önüne geçilmiş olmaktadır. Bunun da ötesinde devlet görevlilerinden yakınmak mağdur ve şikâyetçiler için cezalandırıcı bir karaktere bürünmektedir. Davanın mağdur ve diğer şikâyetçilerin bulunduğu yerden başka bir yere gönderilmesi adeta davaların peşinin bırakılması için verilmiş gözdağları ve hem de davaları kamuoyunun gündeminden düşürmek için bulunmuş ara yollardır.

c. Müdahillik taleplerine ilişkin sorunlar

Günümüzde suçtan zarar gören kavramı artık suçtan doğrudan doğruya zarar görenlerle sınırlandırılmamaktadır. “Çünkü bu sınırlama her zaman adil ve isabetli değildir ve çağdaş gelişmelerde suçtan dolayı zarar görenin” de “zarar gören” kapsamına dâhil edildiği görülmektedir. Müdahale, sadece şahsi haklara kavuşmaya hizmet eden bir kurum değildir. Bu yolun asıl olarak adaletin gerçekleşmesinde, maddi gerçeğin bulunmasında ve suçlunun cezalandırılmasında etkin rol alma konusundaki işlevi büyüktür. Bu nedenle, günümüz ceza muhakemesinde artık davanın konusuyla ilgili dernek, kuruluş ve diğer kişilerin de suçtan zarar gören kavramına dâhil edildiği görülmektedir.²⁷²

272 Centel Nur, Prof.Dr., Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdahillik ve Suçtan Zarar Gören Kavramı, Güncel Hukuk, sayı 59, sayfa 12

Bu çerçevede suçtan zarar gören kavramı, ihtiyaca göre yorumlanmalıdır.²⁷³ Suçtan zarar görmenin ölçütü matematiksel kesinlik göstermese bile yargıç, yaşadığı toplumda toplumsal hayatın doğal yasalarını kendi değerlendirmesine temel aldığı durumda bu ihtiyacın ne olduğuna karar verebilir.²⁷⁴

Nitekim 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "kamu davasına katılma" başlığını taşıyan 237. maddesinde, davaya katılmaya hakkı olanları "mağdur" ve "suçtan zarar gören", "gerçek ve tüzel kişiler" olarak belirtilmiştir. "Suçtan zarar gören" kavramına ilişkin herhangi bir tanımlama yapılmamış olması nedeniyle de mahkeme, suçtan zarar göreni, önüne gelen her somut olayda ayrıca değerlendirmek ve olayın niteliğine göre bu konudaki ihtiyacı saptamak durumundadır.

Bu çerçevede TIHV, kamuoyunda bilinen Engin Çeber, Temizöz/Jitem, Alaaddin Karadağ, Ergenekon, Bayrampaşa Katliamı davaları dâhil olmak üzere çok sayıda dosyada müdahillik talebinde bulunmuş ise de talepler TIHV'in "suçtan zarar görmemiş" olması nedeniyle reddedilmiştir.

Sığınmacı Festus Okey davasında da müdahillik talepleri aynı gerekçeyle reddedilmiştir.²⁷⁵ Bu davada, polis tarafından öldürülen Festus Okey'in Nijeryalı olması ve yakınlarına ulaşamaması nedeniyle davada müşteki taraf bulunmamakta ve yargılama üç yıldan bu yana "maktulün kimlik tespiti" işlemine sıkışmış olarak uzayıp gitmektedir. Müdahale talebinde bulunan avukatlar, bunun, kimlik tespiti gerekçesiyle davayı uzatıp davanın peşine düşerek müdahil olmak isteyenlere davayı unutturma çabası olduğunu belirterek dava takip edilmediğinde sanığa beraat verilmesine ve temyize götürecek kimsenin de olmayacağına ilişkin kaygılarını dile getirmişlerdir.

Temel hak ve özgürlüklerin; mutlak bir yasak olan işkence yasağı ile yaşam hakkı ihlaline neden olan fiillerin söz konusu olduğu her bir vakada aslında sadece bu fiile doğrudan maruz kalanlar ve yakınları değil toplumun her bir bireyi ve kurumu etkilenmektedir. Dolayısıyla, suçtan zarar görmüş olma bağlamında, faillerin yargılanmasında aktif ve etkin bir rol oynamayı istemeye hakkı vardır.

e. Duruşma işlemlerinin teknik araçlarla kaydedilmemesi nedeniyle yaşanan sorunlar

Duruşma salonunda gerçekleşen her türlü yargılama işleminin eksiksiz ve objektif olarak kaydedilmesi tüm yargılamalar için önemli olmakla birlikte özellikle devlet görevlileri aleyhine açılan davalarda daha da önemli hale gelmektedir.

CMK, duruşmaların teknik araçlarla kayda alınmasını olanaklı kılmaktadır. CMK'nın 219/1. maddesi, yargılama sırasında duruşma tutanaklarının sağlıklılığı bakımından **duruşmada yapılan işlemlerin teknik araçlarla kayda alınması olanağını** tanımaktadır.

"Duruşma için tutanak tutulur. Tutanak, mahkeme başkanı veya hâkim ile zabıt kâtibi tarafından imzalanır. **Duruşmada yapılan işlemlerin teknik araçlarla kayda alınması halinde**, bu kayıtlar vakit geçirilmeksizin yazılı tutanağa dönüştürülerek mahkeme başkanı veya hâkim ile zabıt kâtibi tarafından imzalanır."

273 Centel, age, ,sayfa 12 içinde Kunter/Yenisay, No. 19.8 (169).

274 Centel, age, sayfa 12 içinde E.Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 1998, 190.

275 <http://www.bianet.org/bianet/insan-haklari/127472-okey-davasinda-mudahillik-talebi-suc>

Yargılama sırasında duruşma tutanağı ile ilgili çıkabilecek herhangi bir tartışmayı önlemek ve mahkemede yaşanacak süreci olduğu gibi kayıt altına almak üzere duruşmaların ses ve görüntü araçlarıyla kaydedilmesi adil yargılama ilkesinin de bir gerekliliğidir.

CMK ayrıca, mahkemelerin kendi olanakları yeterli değilse başka kurumlardan destek alınabileceğini de hükme bağlamıştır. m. 251/7 uyarınca,

“250 nci maddede belirtilen suçlar nedeniyle Cumhuriyet savcıları, soruşturmanın gerekli kılması halinde geçici olarak, bu mahkemelerin yargı çevresi içindeki genel ve özel bütçeli idarelere, kamu iktisadi teşebbüslerine, il özel idarelerine ve belediyelere ait bina, araç, gereç ve personelden yararlanmak için istemde bulunabilir.”

Yaşam hakkı ihlali ve işkence gibi ciddi insan hakları ihlallerinin yaşandığı davalarda yargı makamlarının, Şemdinli, Kızıltepe ve Festus Okey davalarında da görüldüğü gibi, mağduru sanık ve sanığı da suç atımında bulunan kişi olarak görme eğilimi sıklıkla yaşanan bir durumdur.

Bu taraflılık görüntüsü ya da kuşku çoğu zaman sanıkların ve tanıkların dinlenmesi aşamasında ortaya çıkmaktadır. Beyanların tutanağa gerilmesi sırasında tam ve eksiksiz kayıt mümkün olmamakta, kimi zaman yargıçlar beyanları kendi anladığı gibi yazdırmakta ya da “aslında şunu söylemek istedi ya da istedin değil mi” diyerek olduğundan farklı biçimde yazdırmaktadır. Uygulamada, tutanağı yazdıran duruşma yargıcı olduğu için bu tür durumlarda yapılan itirazları tutanağa eksik geçirmesi ya da hiç geçirmemesi ile sonuçlanabilmektedir. Dolayısıyla, duruşma salonunda yaşananlar ve itirazlar görünmez hale gelebilmektedir.

Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi’nde görülmekte olan JITEM dosyasında²⁷⁶ ilk duruşmadan itibaren duruşmaların elektronik olarak kayıt altına alınması talebinde bulunulmuş, yargılamanın ilerleyen aşamalarında somut bir gereksinim olarak ortaya çıktıkça talep tekrarlanmış ise de bu talep Mahkemece kabul edilmemiştir. Tutanakların sağlıklılığı ve elektronik kayıt ihtiyacına ilişkin olarak bu dosyada yaşanan iki örnek ihtiyacın ortaya konulması bakımından uygun örnekler olacaktır.

Dosyanın üçüncü celsesinde sanık vekillerinin müdahillerden birine sorduğu soruya itiraz eden müdahil vekilleri; duruşmanın başından bu yana sanıklara hoşgörü gösterildiğini, kendilerine ve müştekilere bu hoşgörünün gösterilmediğini, yaşananların tümünü zapta geçerek işlem yapılmasını, sorulan soruya itirazın tutanağa geçirmediğini belirtmişlerdir. Ancak bu beyanların zapta geçirilmesi aşamasına kadar yaşanan gerginliklerin hiç biri kayda geçmemiştir. Nitekim bu gerginlik iki mağdur avukatının duruşma salonunda çıkarılması ile sonuçlanmıştır.

Bunun üzerine duruşmaya devam edilmiş ve mağdur vekillerinden birinin yaptığı açıklama aynen tutanağa geçmiştir: “Bizce buradaki tartışma duruşma safahatının tam olarak tutanağa geçilmemesinden kaynaklanmaktadır, biz duruşmanın sizin anladığınız şekilde değil (siz anladığım şekilde tutanağa geçiriyorum dediniz) safahatının aynı şekilde tutanağa geçilmesini talep ediyoruz, ayrıca meslektaşlarımız duruşmadan çıkarılmasına karar verildikten sonra taleplerimiz üzerine bulunulan ana uygun yere değil daha önce tartışması yapılan yere geri dönülerek eklenmeye çalışılıyor, biz bu-

276 Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi, 2009/470 E.

nu bir geçici duruşma tansiyonuna bağlıyoruz kararınızı ve öncelikle meslektaşlarımızın duruşma salonundan çıkarılması kararından rucü edilmesini talep ediyoruz.”

Karardan rucü edilmemesi üzerine mahkemenin reddi talep edilmiş ise de bu talep, inceleme merci tarafından reddedilmiştir.²⁷⁷

15 Ekim 2010 tarihli celsede yaşanan gerginlik ve tartışmayı duruşma tutanağında görmek mümkün değilse de basın, gerçeğe yakın bir biçimde aktarmıştır;²⁷⁸

“Duruşma esnasında sanıklardan Cemal Temizöz’ün tanığa soru sorması üzerine müdahil avukatlardan biri, mahkeme heyetine, sanıkların tanıklara doğrudan soru sormasının usule aykırı olduğunu belirtti. Daha sonra sanık...’ün, tanık ...’a “amcanın dağda olan çocuklarının isimleri neydi?” sorusu üzerine ... (mağdur vekili) ile sanık avukatları arasında tartışma başladı. Tartışmanın büyümesi üzerine mahkeme başkanı, Avukat ...’den salondan çıkmasını istedi. Avukat ..., bunun ancak alınacak bir kararla olabileceğini söylemesi üzerine mahkeme başkanı tutanağa, “Avukat ...’in, kendisine söz hakkı verilmediği halde sanık ...’ün sorularına müdahale ettiği için salondan çıkarılmasına karar verildi” diye yazdırması üzerine Avukat ..., duruşma salonundan ayrıldı.” Daha sonra sanık ... de duruşma salonundan çıkarılmıştır.

Bu dosyanın çeşitli duruşmalarında, özellikle tutanaklar bakımından çeşitli tartışmalar çıkmış olması nedeniyle duruşma salonuna, 13. duruşmadan itibaren iki kamera temin edilerek kayıt yapılmaya başlanmıştır. Daha sonra Diyarbakır Adliyesi’ne, teknik olanaklara sahip bir salon yapılması ve duruşmalar bu salonda görülmeye başlamıştır. Kamera kayıtları ve teknik olanaklara sahip salon, tutanaklara ilişkin tartışmaların sonlanmasını sağlamıştır.

Dolayısıyla, esasında çok basit teknik donanımlarla sağlanabilecek bu olanak duruşmaların daha sağlıklı yürümesi ve duruşmada yaşananların olduğu gibi kaydedilmesi işlevini taşıyacağı gibi yargıç değişikliği, yetki/görev nedeniyle mahkeme değişikliği ve temyiz incelemeleri sırasında, önceki aşamalarda neler olduğuna dair gerçeğe en uygun kayıtlar olma özelliğini taşıyacaktır.

Ancak “teknik olanaklarla kayıt” konusunun sadece kamera kaydı olarak anlaşılması da doğru olmadığı gibi kayıtların çözümü uzun zaman aldığı için aslında sağlıklı da değildir. Ses kayıtlarını kağıda dökabilen teknik araçlar ya da stenografi de duruşmaların sağlıklı kaydedilmesinin araçları olarak kullanılabileceklerdir.

g. Tanıkların dinlenmesi/doğrudan soru

Önceki bölümlerde de değinildiği gibi soruşturmadaki bütün sorunlu alanlar yargılamaya olduğu gibi devredilmekte ve yargılama aşamasında, soruşturma eksiklikleri ve hataları ortaya çıkarılmaya ve giderilmeye çalışılmaktadır.

Doğrudan soru, bu anlamda yaşam hakkı ihlalleri ile işkence ve kötü muamele suçlarına ilişkin yargılamalarda gerçeğe ulaşmak için son derece önemli bir araçtır. Mağdurun, yaşadıklarını ayrıntılı olarak anlatmasına olanak sağlaması ve sadece bir yargılama süjesi olarak değil mahkeme tarafından, hakları ihlal edilmiş bir birey olarak görülmesi; sanık ya da tanıkların veya bilirkişilerin kendi ifadeleri ile birbirlerinin ifadelerindeki sorunlu alanların saptanması ve çelişkilerin ortaya çıkarılması doğrudan soru ile ulaşılması mümkün sonuçlardır.

277 9 Ekim 2009 tarihli duruşma tutanağı

CMK m.201'e göre;

“(1) Cumhuriyet savcısı, müdafî veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağırılmış 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. Gerktiğinde ilgililer yeniden soru sorabilir.

(2) Heyet halinde görev yapan mahkemelerde, heyeti oluşturan hâkimler, birinci fıkrada belirtilen kişilere soru sorabilir.”

Madde metninden de anlaşıldığı üzere mahkeme başkanı ya da duruşma yargıcının yöneltilen soruya itiraz edilene kadar sürece müdahale etme yetkisi bulunmaktadır. Yargıcın müdahale yetkisi de sınırlandırılmış durumdadır. Yargıç, ancak itiraz edilmesi durumunda sorunun yöneltilip yöneltilmemesi gerektiğine karar vermek üzere sürece dahil olacaktır.

Dolayısıyla doğrudan soru, soru sorma yetkisini kullanan yargılama süjesinin o sırada yargılamayı dolaysız yürütmesi anlamını taşımaktadır. Soruları, savcı ya da diğer taraf avukatları müdahale edene kadar kesintisiz sorabilecektir. Duruşmaların teknik araçlarla kaydedilmesi başlığında verilen örneklerde de görüldüğü üzere bazı yargılamalarda bu süreç, yargılama erkinin avukatlara devri gibi yaşanmakta ve yargıç-avukat arasında ciddi tartışmalara yol açabilmektedir.

Aynı biçimde, mahkeme başkanları ya da duruşma yargıçları, yöneltilen soruları sorunun muhatabına kendi kurdukları cümlelerle, kendileri yöneltmekte ve duruşma zaptına da bu biçimde geçirmektedirler. Ayrıca sorulan soruya herhangi bir itiraz gelmese bile hâkimler veya mahkeme başkanları kendiliklerinden müdahale etmekte ve çoğu zaman gereksiz buldukları soruların sorulmasına, kanunda sayılı sınırlamalar için gerekli gerekçeler mevcut olmasa bile, engel olmaktadır.

d. Duruşma araları ve sorunlar

Mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 7. ek maddesinde işkence ve kötü muamele fiillerine ilişkin yargılamaların acele işlerden sayılacağı, ivedilikle ele alınacağı ve bu suçlarla ilgili davalarda duruşmalara zorunluluk bulunmadıkça 30 günden fazla ara verilemeyeceği düzenlenmişken, 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda bu hükme yer verilmemiştir. Eski kanundaki düzenlemede yer alan acele işlerden sayılmanın sonuçlarından biri, resmi ara vermelerde/adli tatil sürelerinde de yargılamaya devam edilecek olmasıdır. Gerek acele işlerden sayılma, gerekse duruşmalara 30 günden fazla ara verilmemesi, yargılamayı hızlandıran faktörler iken işkence davaları bu güvencelerin dışında bırakılmıştır.

Duruşma aralarının uzunluğunun, mahkemelerin iş yükünden kaynaklandığını söylemek pekala mümkündür. Ancak aynı iş yükü, duruşmaların uzun aralıklarla verilmesi ve dosyaların tamamlanamaması nedeniyle, artan bir oranda bir sonraki yıla devredilmektedir.

Ancak, iş yükü en ağır olan ağır ceza mahkemelerinin arasında özellikle çok sanıklı dosyaların görüldüğü özel yetkili ağır ceza mahkemeleri (DGM) seri duruşmalar yaparak yargılamayı hızlandırmaktadır. Yukarıda örneği verilen “Temizöz” dosyasında da benzer bir yöntem izlenmiş ve özellikle sanıkların sorguları aşamasında neredeyse her hafta bir duruşma yapılmıştır.

Ulusal Yargı Ağı Projesi'nde yayınlanan Ağır Ceza Mahkemeleri'nin geçen yıl yaptıkları yargılamaların sonuçlarına göre; Diyarbakır'daki özel yetkili üç mahkeme, Türkiye'de geçen yıl en hızlı yargılamaları yapan mahkemeler içerisinde ilk üçe girmiştir. 4. Ağır Ceza, bin 287 dosyadan bin 25'ini karara bağlayarak birinci, bin 298 dosyadan 966'sını karara bağlayan 5. Ağır Ceza ikinci, bin 317 dosyadan 800'ünü karara bağlayan 6. Ağır Ceza Mahkemesi de üçüncü olarak saptanmıştır.²⁷⁹ Her üç mahkeme de sanık sayılarının çok fazla olduğu, görülen davalar arasında “KCK Davası”, “Temizöz Davası”, “Jitem Davası” ve “Hizbullah davası” gibi önemli dosyalarda yer almaktadır.

Diyarbakır mahkemelerinin, seri soruşturmalar yaparak ulaştığı bu “hız”a, diğer mahkemelerin de ulaşması mümkündür.

Yargılamaların daha hızlı ancak etkin biçimde gerçekleştirilerek sonuca bağlanması hem mağdurdaki adalet duygusunu bir nebze onaracak ve hem de davaların sü-rüncemede bırakılmasının ve zamanaşımı riskinin önüne geçilmiş olacaktır.

e. Delillerin toplanması ve değerlendirilmesine ilişkin sorunlar

Delillere ilişkin temel problem yine soruşturma aşamasından yargılama aşamasına taşınan; delillerin geç toplanması nedeniyle bazılarının yok olmuş olması, izlerin kaybolması, delillerin kasten karartılmış olması, eksik toplanmış olması, toplananların değerlendirmeye esas alınamayacak biçimde bozulmuş olması ya da değerlendirmeye elverişli olmaması, el koyma kararı verilmediği için artık ulaşılamıyor olması, olay yerinin tamamen değişmiş olması gibi sorunlar yargılamayı tamamen etkilemektedir. Tıbbi delillere; tıbbi raporlama ve Adli Tıp Kurumu'na ilişkin değerlendirmeler “Hekime Erişim” bölümü altında yapıldığı için burada tekrar değerlendirmeyecektir.

Bununla birlikte yargılama aşamasında, mahkemelerin delillerin toplanması konusundaki talepleri kabul etmeleri ve daha aktif davranmaları halinde bazı ek deliller toplanabilmektedir.

Örneğin, TİHV tarafından izlenen bir dosyada, avukatların talebi üzerine, maktulün askeri cezaevinde hayatını kaybetmesine neden olacak biçimde dövüldüğü mekân ve daha sonra konulduğu hücre ve mahkûm koğuşlarının bulunduğu bölümde keşif yapılmış ve bu keşifte mekân düzenlemesinin tamamen değiştiği görülmüştür. Bununla birlikte maktulün, sanıkların anlattıkları biçimde kendisini pencereden atma-ya çalışmasının mümkün olmadığı saptanmıştır.²⁸⁰

Yine bir başka dosyada bir cezaevinde yaşanan işkence vakasıyla ilgili olarak müş-teki vekilleri tarafından yapılan keşif talebi kabul edilmiştir. Keşif sırasında olayın geçtiği yerler görülmüş, ölçümler yapılmış, mekânlardaki kameralar tespit edilmiş ve kamera kayıt sistemleri incelenmiştir. Ancak, soruşturma aşamasında eksik olarak toplanan ve izlenen kamera kayıtlarındaki eksik bölüm, kayıtlara el koyma kararı verilmemiş olması ve aynı kasetlere sürekli kayıt yapılıyor olması nedeniyle tamamlanamamıştır.²⁸¹

279 <http://www.tihv.org.tr/index.php?16-18-Ekim-2010-GAnIAk-AEAnsan-HaklarAE-Raporu>

279 <http://www.bianet.org/bianet/ifade-ozgurlugu/127296-ozel-yetkili-yarginin-en-hizlisi-diyarbakirida>

280 Adana 5. Ağır Ceza Mahkemesi, 2007/288 E.

281 Honaz Asliye Ceza Mahkemesi, 2010/118 E

2007 yılında polis kurşunu ile hayatını kaybeden Baran Tursun dosyasında da katılan vekillerince, İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi, Adli Tıp Ana Bilim Dalı öğretim üyelerinden birine başvuru yapılarak oluşa ilişkin bir bilirkişi raporu alınmıştır. Bu bilirkişi, Mahkeme önünde de dinlenmiş ve rapor, Mahkeme tarafından kararda da değerlendirilmiştir.²⁸²

Ancak verilen bu örnekler mahkemelerin genel tutumunu yansıtmamaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki bu delillerin toplanması işlemlerini mahkemeler res'en yapmamıştır. Delillerin toplanmasında avukatların aktif rol almasının önemi büyüktür. Mahkemelerin, iş yükü nedeniyle mahkeme dışında işlem yapmak istememeleri yaygın bir uygulamadır. Dosyayı takip eden avukatın aktif ve ısrarlı olması, yargılama aşamasında da delillerin toplanmasını sağlayabilmektedir. Ancak avukatların çabası da her durumda yeterli olmamaktadır.

Nitekim Kızıltepe Dosyası olarak anılan yargılamada Mahkeme, avukatların talebine ve olay yeri fotoğraflarını sunmalarına rağmen olay yerinde keşif yapılmasını kabul etmemiş, müdahil vekillerinin önemli buldukları bir tanığın dinlenmesini de reddetmiştir.

Delillerin toplanması olanaklarına ve delillerin toplanmasına ilişkin sorunların yanında mahkemelerin delilleri nasıl değerlendirdiği de önemlidir. Kızıltepe dosyasında, kamuoyuna da yansıyan tüm tartışmalara ve “baba-oğlu kasten ve tasarlayarak öldüren sanıkların cezalandırılmaları” talebine karşılık olayın “meşru müdafaa sınırları içinde gerçekleştiği” gerekçesiyle beraat kararı verilmiştir.²⁸³

Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması ve yaralama suçlarından açılan davalar ve karşı davalar ile bu dosyalarda yargılama mercilerinin yaklaşımlarına ilişkin olarak önceki bölümlerde çeşitli perspektiflerden değerlendirmeler yapılmıştır.

Bu çerçevede açılan ve TIHV tarafından izlenen iki dosyada, mağdurların polis tarafından dövülmesi sonucunda vücudunda oluşan izler adli raporda yer almasına ve TIHV İzmir Temsilciliği tarafından verilen raporlar da dosyaya sunulmasına karşın sanık polisler hakkında zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması nedeniyle beraat kararları verilmiştir.²⁸⁴

Bazı istisnalar dışında mahkemeler duruşmada ortaya çıkan kanaatleri sanıklar lehine kullanmaktadır. Bu durum öncelikle beraat kararları verilmesiyle ya da ceza verilmesi durumunda ise sanığa isnat edilen suçun niteliğinin değerlendirilmesinde ortaya çıkmakta ve “iyi hal” nedeniyle indirim uygulanmasında ve daha sonra da seçenек yaptırımlardan birine dönüşmesiyle somutlaşmaktadır. Bu tutum çok açıktır ki cezasızlığı besleyen ana damarlardan biridir ve bunun da ötesinde işkence ve kötü muamele fiillerini teşvik edici özellikler taşımaktadır.

f. Kovuşturma ve cezalarda seçenек yaptırım uygulanması

i. Uzlaşma - erteleme - paraya çevirme

2003 yılında Avrupa Birliğine uyum çalışmaları kapsamında yapılan değişikliklerle Eski TCK m.243 ve m.245'te düzenlenen işkence ve kötü muamele suçlarından dolayı verilen cezaların, para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilemeyeceği ve ertelenemeyeceği kabul edilmiş idi.²⁸⁵ Buna karşın, 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı yeni ceza yasasında bu hükme yer verilmemiştir.

282 Karşıyaka 1.Ağır Ceza Mahkemesi, 2007/456 E., 2009/226 K.

283 <http://www.milliyet.com.tr/2007/04/19/guncel/axguno3.html>

284 İzmir 10.Sulh Ceza Mahkemesi, 2010/864, 1333; İzmir 15. Sulh Ceza Mahkemesi, 2010/225 E.

Resmi otoriteler her ne kadar işkence faillerinin iki yıldan fazla ceza alması halinde cezanın ertelenemeyeceğini ve başka bir tedbire çevrilemeyeceğini belirtmekte²⁸⁶ ise de esasında bu düzenlemeye yeni yasa da yer verilmemiş olması ile 2005 yılı öncesine göre geri bir noktaya düşülmüştür.

Örneğin, Temmuz 2007'de İstanbul'da avukat Muammer Öz'ü feci biçimde döven iki polis memuruna Ocak 2010'da verilen cezalar ertelenmiş ve failler, uygulamada herhangi bir yaptırıma tabi tutulmamışlardır.²⁸⁷

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, işkence ve diğer kötü muamele fiilleriyle ilgili devlet görevlileri aleyhine açılan davaların 4616 sayılı Kanun²⁸⁸ uyarınca ertelenmesine ilişkin olarak yaptığı incelemelerde, Türk ceza hukuku sisteminin katı olmadığı ve devlet görevlileri tarafından işlenen kanuna aykırı fiillerin etkin şekilde önlenmesini temin etmede caydırıcı bir etkisinin bulunmadığı saptamasını yapmaktadır.²⁸⁹

AIHM ayrıca, devlet görevlileri 3. maddeyi ihlal eden fiillerle suçlandıklarında, zamanaşımına yani şöyle: "cezanın zamanaşımına uğraması, bu fiillerin af kapsamına alınmaması ve özür dilemenin (özrün) mümkün olmaması gerektiğini belirtmektedir.²⁹⁰

Bireye karşı işlenmiş olmakla birlikte aslında kamu yararına karşı işlenmiş bir suç olan işkence ve diğer kötü muamele fiillerinde temel ilke, devlet görevlilerinin bu fiillerinin her halükarda cezalandırılmasıdır. Bu nedenle de uzlaşma, paraya çevirme, erteleme gibi fiilin ağırlığıyla bağdaşmayan ve hiçbir biçimde caydırıcılığı bulunmayan yaptırımlar, cezasızlığı besleyen zincirin bir başka halkasını oluşturmaktadır.

ii. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması

Yeni CMK m.231'de hükümün açıklanmasının geri bırakılması adıyla yeni bir sistem kabul edilmiştir. Buna göre belli şartlar altında verilen ceza iki yıl veya daha az ise;

- Mahkumiyet kararının açıklanması geri bırakılacak ve
- Sanığın beş yıl içinde başka kasıtlı bir suç işlememesi halinde hüküm kaldırılarak, dava düşürülecektir.

Maddede aranan koşulların oluşması halinde madde işkence sanıklarına da uygulanabilecektir.

Özellikle savcıların işkence niteliğindeki eylemleri daha az ceza gerektiren suçlar kapsamında ele alıp iddianame düzenledikleri durumlarda zamanaşımı riskinin artması gibi, sanık suçlu bulunup mahkûm olduğunda dahi verilecek ceza daha az olacağından fiilen cezayı çekmeme riski de artmaktadır.

İşkence niteliğinde bir eylemi gerçekleştirdiğinden kuşku duyulan bir kamu görevlinin, görevine devam etmesi, sahip olduğu yetkiler dikkate alındığında pek çok sakınca yaratabilmektedir. Kamu görevlileri delilleri gizleme, değiştirme ya da ortadan kaldırma olanaklarına sahip olmasının yanı sıra pozisyonları gereği, mağdur ya da tanıklar üzerinde baskı kurma ve yıldırma olanakları da bulunmaktadır.

285 765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu m.245/ek fıkra

286 3.Periyodik Rapor, para. 153.

287 Kadıköy 3. Asliye Ceza Mahkemesi, 2007/925

288 4616 sayılı, 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun, R.G.22/12/2000, 24268

289 Çelik/Türkiye (no. 1), 39324/02, 20 Ocak 2009; Orhan Kur/Türkiye, 32577/02; Nevruz Koç/Türkiye, 18207/03; Yeşil ve Sevim/Türkiye, 34738/04

290 Bkz. Erdoğan Yılmaz ve Diğerleri/Türkiye; Yeşil ve Sevim /Türkiye, 34738/04

İşkence yasağının mutlak karakteri, bu yasak kapsamına giren fiillerin suç sayılmasının yanı sıra bu suça öngörülecek yaptırımların caydırıcı olmasını da öngörür. Haklar ve hakların ihlali halinde uygulanması öngörülmüş yasa maddeleri ve yaptırımların teorik ve yanıltıcı değil, pratik ve etkin olması gerektirir.

Hükmün açıklanmasının ertelenmesi müessesesi devlet memurları hakkında açılan ceza davalarının bir süre için ertelenmesi ve daha sonra da düşmesi nedeniyle bu memurların işlediği yasadışı eylemlerin etkili biçimde önlenmesini sağlayabilecek caydırıcı etkiyi ortadan kaldırmaktadır.²⁹¹

j. İşkence altında alınan ifadelerin delil olarak kullanılması sorunu

Anayasa 38. maddede sayılan yasak, CMK 148. maddede sayılandan daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. AY m.38/6 “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez” derken, CMK m.148/3 “Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez” hükmünü içermektedir. Yasada geçen “ifadeler” kavramı, Anayasa yer alan “bulgular” kavramından daha dardır.

İç hukukta ifade alınırken, iradeyi sakatlayan her türlü eylem yasaktır. Kural olarak işkence altında alınan veya alıkonulan kişinin iradesini sakatlayan herhangi bir yolla elde edilen ifadeler delil olarak değerlendirilemez.²⁹²

Oysa işkenceyle elde edilen “delillerin” yargılamada kullanılamayacağı kuralı daha geniştir. Sadece şüphelinin ifadesini değil, bir ifadeye dayansın ya da dayanmasın kişinin iradesinin sakatlanması ile elde edilmiş tüm delillerin yasak delil kabul edilmesini ifade eder. Örneğin, işkence ile alınan ifadelere dayanılarak yapılan yer gösterme, keşif veya teşhis gibi işlemlerle elde edilen delillerin de yargılamada kullanılması gerekir. İç hukuk bu konuları açıkça düzenlemediğinden, uygulamada sadece şüpheli ifadelerinin kararda delil olarak kullanılamaması sonucu doğmaktadır.

Ayrıca sadece ifadenin delil olamamasını sağlaması için bile ifadenin yasak usullerle elde edildiğinin ispatlanması gerekmektedir.

Sanık, ifadesinin işkence altında alındığını iddia ettiğinde mahkemeler, bu konuda soruşturma veya yargılama olup olmadığı araştırmaktadır. Eğer soruşturma açılmamış veya takipsizlik kararı ile sonuçlanmış ise veya yargılama mahkûmiyet kararıyla sonuçlanmamışsa, işkence altında alındığı iddia edilen ifadeler hükme dayanak yapılabilmektedir.

İşkence soruşturma ve yargılamalarında yaşanan ve önceki bölümlerde ele alınan bu sorunlar işkence iddialarının ispatlanamamasına neden olmakta ve işkence altında alınmış olsa bile kolluktaki ifadelerin delil olarak kabul edilmesi sonucunu yaratmaktadır.

Mevzuatta yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler ve bunlara dayanarak elde edilen delillerle ilgili nasıl bir işlem yapılacağı düzenlenmemiştir. Yargılama, özü itibari ile mahkemeyi ikna etme sürecidir. Bu nedenle delil değeri taşımasa bile işkence ile elde edilen ifade veya delillerin dava dosyasından çıkarılması gerekir. Bu delillerin, hâkimin düşünce ve kanaat oluşturmada etkili olmaması ancak bu yolla sağlanabilir.

İç hukukta yasak delillerin dosyadan çıkarılmasına dair bir usul düzenlenmemiş-

291 Bkz. Erdoğan Yılmaz ve Diğerleri/Türkiye; Yeşil ve Sevim ve Hüseyin Esen/Türkiye, 49048/99

292 Anayasa m.38, CMK m.148, YGAİAY m.24

tir. Bu nedenle yargılamada kullanılmaması gereken ifade veya deliller hakimi, diğer dava süjelerini (savcı, şikâyetçi/mağdur, bilirkişi veya tanık) etkilemeye devam etmekte, doğrudan ya da dolaylı olarak yargılamada kullanılmaktadır.

3. ÖNERİLER

- İşkence ve diğer kötü muamele biçimlerine maruz kalmış mağdur ve şikâyetçilerin mahkemeye gerçek anlamda erişimleri sağlanmalıdır. Bu anlamda;

- Türkçeyi tam ya da yeterince bilmeyen mağdurlar için yargılamanın tüm aşamalarında çevirmen sağlanmalıdır.
- Mahkemeye erişimi neredeyse tamamen ortadan kaldıran “davaların nakli” için objektif kriterler ve itiraz mekanizması oluşturulmalıdır. Mağdur ve müştekiler bu sürecin her aşamasına dahil edilmelidir.
- Davanın nakli durumunda, her halükarda, ilgili tarafların ve avukatlarının duruşmalara katılım masrafları (ulaşım ve kalacak yer masrafları dâhil olmak üzere) devlet tarafından karşılanmalıdır.
- Mağdurlarda oluşan psikolojik tahribatı göz önünde tutarak adli mekanizma içinde yeteri kadar sosyal hizmet uzmanı, psikolog ve psikiyatrist istihdam edilmelidir.

- İşkence ve kötü muamele fiillerinden etkilenen kişilerin ve bu fiillerin kamuya karşı işlenmiş suçlar olması nedeniyle, demokratik kitle örgütleri ve insan hakları örgütlerinin davalara katılmasını sağlayacak bir yasal düzenleme yapılmalıdır.

- Duruşma işlemleri, stenografi vb. teknik araçlarla kaydedilmeli bu kayıtlar taraflara derhal verilmelidir.

- İşkence ve kötü muamele fiillerine ilişkin yargılamalar “acele iş”lerden sayılmalı ve seri duruşmalar yapılmalıdır.

- Delillerin toplanması ve doğrudan soru konusunda duruşma savcıları ve yargıçların donanımı artırılmalıdır.

- Sanık ya da tanık olarak ifade vermesi için çıkartılan mahkeme celplerine riayet etmeyen kolluk kuvveti mensuplarına yaptırımlar uygulanmalıdır.

- Delillerin değerlendirilmesinde, kamu görevlileri lehine kanaat kullanılmasını ortaya koyacak geniş bir çalışma yapılmalı ve bu çalışma savcı ve yargıçlarla paylaşılmalı; algı ve zihniyet yapıları değiştirilmeye çalışılmalıdır.

- Yargılamada, işkence ve kötü muamele fiilleri ilgili olarak verilen cezalarda seçenek yaptırımların uygulanmasına olanak veren düzenlemelerde değişiklik yapılmalıdır. (Bu öneri, BÖLÜM I- İŞKENCE YASAĞI altındaki önerilerle birlikte değerlendirilmelidir.)

- CMK m.148 ve YGAİAY m.24’de sayılan “yasak usullerle elde edilmiş ifade” sınırılması kaldırılarak, “yasak usulle elde edilmiş ifade veya deliller” olarak değiştirilmelidir. Ayrıca, “delil olarak kullanılamaz” derken neyin kastedildiği açıklanmalı, sadece kararda değil, yargılamanın hiçbir aşamasında bu ifadelerin kullanılamayacağı yoruma yer vermeyecek şekilde belirtilmelidir.

- Yasak usullerle elde edilen ifade ve delillerin, dosyadan çıkarılması ve yargılamada kullanılmaması sağlanmalı, uygulama birliğini sağlamak için bu konuda yasal düzenleme yapılmalıdır.

V.BÖLÜM

Giderim

1. GENEL ÇERÇEVE

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 önemli olmakla birlikte asıl örselenme noktası, maruz kaldıkları muamelenin “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.

2. SORUN ALANLARI

a. Mağdurlara rehabilitasyon hizmeti verilmesine ilişkin sorunlar

Hükümet yetkilileri, çeşitli yazışmalarda suç mağdurları için çeşitli düzenlemeler yapıldığını belirtmekte ise de bu düzenleme suç mağdurlarını genel olarak ilgilendirmekte, işkence ve diğer kötü muamele mağdurlarına ilişkin ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır.²⁹³

Adalet Bakanlığı bünyesinde kurulan Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezi birimlerinden biri olan ve mağdurlara ilişkin çalışmaları yürüten “koruma kurulu”nun web sitesinde de belirttiği üzere bu kurulun çalışmaları iş olanağı sağlamaya odaklanmıştır. Tedavi ve rehabilitasyon konusunda ne tür çalışmalar yapıldığına dair herhangi bir bilgi bulunmamaktadır.²⁹⁴

293 3.Periyodik Rapor, para 17 ve 19

294 “Koruma kurulu çalışmalarının önemli bir kısmını mesleki eğitim projeleri oluşturmaktadır. Bu kapsamda; suçtan zarar görenler ile ceza infaz kurumundan salıverilen hükümlülerin iyileştirilmesi, topluma kazandırılması ve diğer ihtiyaçlarının giderilmesi amacıyla başta Türkiye İş Kurumu olmak üzere çeşitli kurum, kuruluş ve sivil toplum kuruluşlarıyla iş birliği yapılarak iş ve meslek edindirme projeleri hazırlanmaktadır.”
<http://www.cte-dsm.adalet.gov.tr/menusayfaları/korumakurulu/korumakurulu.htm>

Yine aynı web sitesinde denetimli serbestlik ve koruma kurullarına ilişkin istatistik bilgileri yer almakta ise de dosya sayılarının hangi sistematığe göre yansıtıldığı anlaşılamamıştır.

2009 yılı Ekim ayından itibaren aylık dilimlerde verilen sayılar önce artmakta ve her ayın diğer aya eklendiği düşünülürken 2010 yılı Mayıs-Ağustos aylarında bu sayılar düşmekte ve daha sonra yükselmektedir. 2009 yılı Kasım ayından itibaren mağdurlara ilişkin aylık bilgiler de sitede yer almaktadır. Bu verilerin bazı aylar stabil olmakla birlikte artarak ilerlemektedir. Kasım 2009 itibarıyla 559 başvuru/437 kabul var iken bu sayı Ağustos 2010 itibarıyla 802 başvuru/495 kabul olmuştur. Yani 9 aylık bir süreçte 243 başvuru/58 kabul gerçekleşmiştir. Aynı dönemde denetimli serbestlik için işlem yapılan dosya sayısı 73 bin 241'dir. İşlem yapılan koruma kurulu dosyaları ile denetimli serbestlik dosyalarının birbirine oranı 0,08'dir. Rakamların da ortaya koyduğu gibi failler için öngörülmesi olan denetimli serbestlik kurumu yaygın olarak işletilmekte iken mağdurlar için öngörülen sistem henüz işler durumda değildir.

Kaldı ki Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu'nun 111 ve 104. maddelerinde belirtildiği üzere mağdurlara sağlanacak destek için koruma kurulunun değerlendirme yapması ve karar vermesi gereklidir.²⁹⁵ Verili rakamlar üzerinden bakıldığında koruma kurullarının talepleri kabul oranı % 61,7'dir ve bu da çok sayıda başvurunun reddedildiğini ortaya koymaktadır. Yani sıra, talebi kabul edilen toplam 437 mağdur yapılan desteğin niteliği belirtilmemiştir.²⁹⁶

Devletin etkili bir sistem geliştirmemiş olması nedeniyle mağdurlar (maruz kaldıkları muamelenin 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 (stigmatizasyon), olumsuz yaklaşımların hedefi olma, yeniden devlet güçleri ile karşılaşma kaygıları vb. nedenlerle yaşadıkları iş-

295 Denetimli Serbestlik Ve Yardım Merkezleri İle Koruma Kurulları Kanunu

Madde 12 - (1) Şube müdürlüğünün soruşturma evresindeki görevleri şunlardır:

c) Suçtan zarar gören kişilerin karşılaştıkları psiko-sosyal ve ekonomik sorunların çözümünde danışmanlık yapmak ve bu kişilere yardımcı olmak.

Suçtan zarar görenlere yönelik çalışmalar

MADDE 111 - (1) Koruma kurulları, suçtan zarar gören kişilerin suç nedeniyle karşılaştıkları sosyal, ekonomik ve psikolojik sorunların çözümünde yardımcı olur.

(2) Suçtan zarar görenler tarafından koruma kurullarına yapılan başvurularda bu Yönetmeliğin 104. maddesindeki işlemler yapılır.

(3) Koruma kurullarınca karar verilmesi halinde bu kişiler hakkında suçtan zarar görenlere özgü psiko-sosyal müdahale çalışmaları yürütülür.

(4) Suçtan zarar görenlere yönelik projeler, bu Yönetmeliğin 110. maddesinin üçüncü fıkrasına göre hazırlanır.

(5) Koruma kurulu tarafından suçtan zarar gören kişinin talebine bağlı olmaksızın en uygun yardım yapılır.

Koruma kurullarına yapılan başvuruların kabulü sırasında yapılacak işlemler

MADDE 104 - (1) Koruma kurullarına yapılan başvuruların kabulü sırasında aşağıdaki hususlara dikkat edilir.

3) Suçtan zarar gören kişiler bakımından kesinleşmiş mahkeme kararı veya soruşturma veya kovuşturma evresinde ilgili mercinin yazısı,

5) Talep konusu dikkate alınarak ekonomik durumunu gösteren belgeler, varsa Türkiye İş Kurumu kayıt belgesi veya numarası ile eğitim veya mesleki durumunu gösterir belge, şube müdürlüğüne gerekli görülen diğer belgeler, istenir.

296 <http://www.cte-dsm.adalet.gov.tr/>

kence ve kötü muameleleri başvurdıkları sağlık kurumlarında dile getirmekten kaçınabilmektedirler.

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.

2009 yılında Sağlık ve Adalet Bakanlıkları ile Adli Tıp Kurumu tarafından yürütülen projede TTB tarafından 3.450 hekime verilmiş olan İstanbul Protokolü eğitimi²⁹⁷ teşhis ve tedavi konusunda hekimlere bir perspektif sunmuş ise de işkence ve diğer kötü muamele biçimlerinin mağdurlarına rehabilitasyon hizmeti verilmesi konusunda herhangi bir alt yapı sunulmamıştır. Verilen eğitim sadece adli süreçlerde tanıma, tedavi ve raporlamaya odaklanmıştır.

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.

TİHV ve TOHAV²⁹⁸, 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 başvurması konusunda uyarı, tehdit ve baskılara maruz kaldıklarını dile getirmektedirler.

Bu nedenle, TİHV ve TOHAV gibi kurumların sağladığı rehabilitasyon hizmetlerinin, devletin sağlaması gereken bütüncül bir hizmetin yerine geçmesi mümkün değildir.

b. Mağdurların zararının tazminine ilişkin sorun alanları

Yukarıda da belirtildiği üzere devletin rehabilitasyon konusunda etkin bir çalışması bulunmamaktadır. Nitekim giderim konusu da bütüncül olarak değerlendirilmekte ve sadece nakdi tazminat ile sınırlı olarak algılanmaktadır. Rehabilitasyona ilişkin etkin bir çalışmanın bulunmaması da bu sınırlı yaklaşımın doğal bir sonucudur.

Ancak mağdurlara, maruz kaldıkları muamele nedeniyle nakdi tazminat verilmesi meselesinin kendisi de sorunlu bir alandır.

İç hukukta, işkence ve diğer kötü muamele nedeniyle mağdurların, ceza soruşturması dışında başvurabileceği tek hukuk yolu tazminattır. Bunun için iki türlü yol öngörülmüş durumdadır:

- Bireylere, kişisel sorumlulukları nedeniyle tazminat talepleri
- İdareye, hizmet kusuru nedeniyle tazminat talepleri

Zarar gören taraf, failin belli olması durumunda doğrudan kişinin 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.

297 <http://www.adlitabiplik.saglik.gov.tr/index.php?p=iphep>

298 Toplum ve Hukuk Araştırmaları Vakfı, <http://www.tohav.org>

Her iki hukuk yolu da maddi ve manevi zararların tazmin edilmesi ilkesine dayalıdır.

Bireylere yönelik davalar: Bireylerin sorumluluklarının belirlenmesi için açılan tazminat davalarında, bir zorunluluk olmadığı halde uygulamada, tazminat ile failin bir ceza yargılaması sonucunda ceza alması arasında doğrudan bir bağlantı aranmaktadır. Dolayısıyla tazminat talebini değerlendiren mahkeme, yapılan talebi ceza soruşturması/davasası ile ilişkilendirerek ceza davasının sonucuna göre karar vermektedir. Çok sayıda soruşturmanın davaya dönüşmediği, açılan davalarda ise çok sayıda beraat kararı çıktığı göz önüne alındığında bireylere karşı açılmış tazminat davalarının başarı şansı çok düşüktür etkin bir hukuk yolu olma özelliği maalesef ki bulunmamaktadır.

İdareye yönelik davalar: Bu dava yolu görece işlevli bir hukuk yoludur. Bununla birlikte aşağıdaki sorun alanları nedeniyle mağdurlar bakımından tatminkâr, failer bakımından ise caydırıcı olduğunu söylemek mümkün değildir.²⁹⁹

i. 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 mağdurlarının gerek idare ve gerekse hukuk mahkemeleri önünde tazminat istemli açtıkları davaların sayılarına ilişkin herhangi bir istatistiki bilgiye ulaşmak mümkün olmamakla birlikte son derece az olduğunu tahmin etmek zor değildir.

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, kovuşturmanın 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.

ii. Tazminat davalarında zamanaşımı

Öte yandan asıl sorun, işkence ve kötü muamele vakalarıyla ilgili olarak ceza davalarında olduğu gibi tazminat davaları bakımından da bir zamanaşımı müessesesinin varlığıdır. Zamanaşımı ile ilgili değerlendirme bu konu başlığı altında yapılmıştır.

iii. Tazminat davalarında harçlar/adli yardım

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.

299 (Abdülmenaf) Kaya/Türkiye, Başvuru no: 158/1996/777/978; 19 Şubat 1998 tarihli karar, para. 104, 105, 108

Adli yardım sistemi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 469. maddesine göre talepte bulunulan mahkemenin kararına itiraz hakkı bulunmaması nedeniyle, tarafları keyfi uygulamalara karşı korumaya yetecek usuli güvenceler sunmamaktadır.³⁰⁰

- Adli yardım talebi sadece tarafların sunduğu yazılı belgeler üzerinden ve bir kez incelenmektedir,
- Tarafların dinlenmesi ve nedeniyle itirazlarını ortaya koyma imkanları da bulunmamaktadır,
- Adli yardım talebinin reddedilmesi davacıları iddialarının bir mahkeme tarafından dinlenmesi imkânından tamamen yoksun bırakmaktadır,
- Yargılamanın başlangıç aşamasında gerçekleşen bu işlem, mahkemeye başvuru hakkına sınırlama getirmektedir,
- Devlet, mahkemeye başvuru hakkı ile ilgili Sözleşmenin 6. maddenin 1. fıkrasının gereklerine uygun biçimde düzenleme yapma konusundaki yükümlülüklerini yerine getirmemektedir.

iv. 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.

İç hukuktaki ilgili düzenlemeler Anayasa'nın 40/3. maddesi ile 129/5 ve Devlet Memurları Kanunu'nun 13/1. maddesinde³⁰¹ yer almaktadır.

Devlet Memurları Kanunu'nun 13/1. maddesi idari davalar sonucunda hükmedilen tazminatların yanı sıra AIHM tarafından hükmedilenler için de zarara neden olan kamu görevlisine rücu yükümlülüğü getirmektedir.³⁰² Dolayısıyla, AIHM tarafından idare aleyhine hükmedilen tazminatlar, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle ve Anayasa m. 129/5 uyarınca "kendilerine rücu edilmek kaydıyla" ödenmektedir.

Bununla birlikte, ulusal mahkemelerce verilen kararlar uyarınca kendisine rücu edilen herhangi bir kamu görevlisi olduğuna dair hiçbir bilgi bulunmamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen kararlarda, 2009 yılı itibarı ile rücu işlemi hiç yapılmamıştır.

Uygulamaya ilişkin bu konu Türkiye İnsan Hakları Vakfı tarafından Adalet, İçişleri ve Milli Savunma Bakanlıkları ile yapılan yazışmalarda ele alınmış, işkence ve kötü muameleden dolayı ödenen tazminatların rücu tahsiline ilişkin bilgi istenmiştir. İçişleri Bakanlığı Hukuk Müşavirliği tarafından verilen yanıtla göre;³⁰³

"davaların sorumluluk sebebiyle ve davalı kişinin ilgili bulunduğu kuruma göre bir tasnif yapılmadığından, yazınızda belirtilen 26.03.2002 tarihinden itibaren kamu görevlileri aleyhine açılmış olan rücu'en tazminat davalarından hangilerinin İçişleri Bakanlığı personeli aleyhine ikame edildiği konusunda istatis-

300 Bakan/ Türkiye, Başvuru No: 50939/99, 12 Haziran 2007 tarihli karar

301 Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesine 4748 s. Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun (R.G. 9.4.2002) m.3 ile eklenmiştir.

302 Danıştay 10. Dairesi, 1999/5376 E., 1746 K.; 02/11/1999 tarihli karar

303 İçişleri Bakanlığı Hukuk Müşavirliği'nin B.05.o.HUK.o.00.00.02-647.03.02/3925 sayılı ve 10.03.2009 tarihli yanıtı

tiki bir bilgi verilmesinin teknik olarak mümkün bulunmadığının belirtilmesi üzerine, konu bu sefer ilgisi nedeniyle Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığına sorulmuştur.

Alınan cevabi yazılardan; Jandarma Genel Komutanlığında (AİHM)'ne başvuru neticesinde rücu işlemi yapılan personel bulunmadığı, Emniyet Genel Müdürlüğü'nce ise (AİHM) 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 yanıt uyarınca Bakanlık “...kayıtlarında yapılan incelemede kurumların kusurlu olarak bildirilen kamu görevlileri aleyhine rücu konusunda yapılmış üç işlem kaydına rastlanmıştır.”³⁰⁴

Başhukuk Müşavirliği, bunlardan birinin İçişleri Bakanlığı³⁰⁵ birinin de Adalet Bakanlığı³⁰⁶ personeli olduğunu, haklarında rücu davaları açılması için ilgili bakanlıklarla talimat verildiğini; İçişleri Bakanlığı personeli olan üçüncü kamu görevlisi için³⁰⁷ rücu davası açılmış ise de davanın ilk derece mahkemesi tarafından reddedildiği³⁰⁸ ve Yargıtay tarafından onanarak³⁰⁹ kesinleştiği bilgisi verilmiştir. Bu ret kararının gerekçesine ise maalesef ulaşılamamıştır.

Dolayısıyla, işkencenin önlenmesi bakımından son derece etkin bir araç olarak uygulamaya geçebilecek olan rücu işlemi, bu yazışmanın yapıldığı döneme kadar maalesef kullanılmamıştır.

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. Yani sıra konuyla ilgili başkaca sorun alanları da bulunmaktadır;

v. Rücu edilecek kamu görevlisinin kişisel kusurunun saptanması usulü

Maliye Bakanlığı Başhukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü tarafından gönderilen yanıtta rücu işleminin yapılacağı personelin nasıl belirlendiğine ilişkin bilgi de bulunmaktadır;³¹⁰

“Bakanlığımızca başvuru konusu olayın ilgili bulunduğu idareden, kamu görevlisinin kişisel sorumluluklarının olup olmadığının,

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 ...”

304 Maliye Bakanlığı Başhukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü'nün 05.02.2009 tarih ve B.07.o.BHM.o/00.4180-216 nolu cevabi yazısı

305 Binali Hıyalo/Türkiye, 52955/99 nolu başvuru

306 Zeynep Özcan/Türkiye, 45906/99 nolu başvuru

307 Şevket İşçi/Türkiye, 31849/96 nolu başvuru

308 Malazgirt Asliye Hukuk Mahkemesi, 2002/247 E., 2006/18 K

309 Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 2006/1920 E., 2007/11313 K.

310 Maliye Bakanlığı Başhukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü'nün 05.02.2009 tarih ve B.07.o.BHM.o/00.4180-216 nolu cevabi yazısı

Bu açıklamadan da anlaşılacağı üzere kişisel sorumlulukların belirlenmesinde bağımsız bir idari personel görevlendirilmemekte tam tersine hizmet kusuru işlediği düşünülen personelin bağlı bulunduğu kurumdan bu konuda bir soruşturma yapması istenmektedir. Bu araştırmanın, bağımsız ve tarafsız bir biçimde yapılamayacağı ve kurumun kendi çalışanını koruyacağı açıktır. Bu nedenle de etkin bir usul sunmamaktadır.

vi. AİHM kararları sonucunda ödenen tazminatlarda rücu

Maliye Bakanlığı tarafından gönderilen ve yukarıda belirtilen yanıtta “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince ihlal ve dostane çözüm çerçevesinde verilen kararlarda kamu görevlisine ilişkin olarak bir kusur değerlendirmesi yapılmadığından” rücu konusunun alacak davası açılmak suretiyle çözümlendiği belirtilmektedir. Yine aynı yanıtta 2009 yılı Şubat ayına kadar toplam 3 dava açıldığı ve bunların hiçbirinden sonuç alınamadığı belirtilmektedir.³¹¹

AİHM kararlarında rücu konusunun başka handikapları da bulunmaktadır.

Devlet aleyhine AİHM’e başvuruya konu oluşturan durum büyük bir çoğunlukla iç hukukta gerek etkin soruşturmanın gerekleri yerine getirilmemiş ve gerekse de etkin soruşturma yapılmaması sonucunda zamanaşımı sürelerinin dolmuş olması nedeniyle failer hakkında bir mahkûmiyet kararı kurulamamasına dayanmaktadır.

Maliye Bakanlığı her ne kadar AİHM’in kişisel kusur saptaması yapmadığını belirtmiş olsa ve bu kararlarının özü devlet sorumluluklarının ortaya çıkarılması olsa da aslında AİHM kararlarında olgular, ihlaller ve ihlale neden olan kamu görevlilerinin kimler olduğu saptanabilir durumdadır.

Bunlar, etkin soruşturma yapmayan savcı, uzun yargılama yapan yargıç, usulüne uygun sağlık raporu düzenlemeyen hekim gibi pek çok dosyada somut olarak saptanabilecek durumdadır. İdarenin, kendi çalışanının hizmet kusurunun saptanması konusunda aynen disiplin soruşturmalarında olduğu gibi, ceza soruşturmalarından bağımsız bir biçimde ayrı bir mekanizma yaratması mümkündür.

Ayrıca, AİHM kararları aynı zamanda CMK m. 311/1-f uyarınca “hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi” nedenidir.³¹² Ancak bu düzenleme, hükümlü aleyhine yani işkence faileri ya da asli fail olmasalar da ceza sorumluluğu bulunanlar hakkında bir yargılamanın yenilenmesi yolu önermemektedir. Dolayısıyla, AİHM kararlarında sorumlular saptanmış olsa dahi ne ceza ve ne de hukuki olarak aleyhlerine yargı yoluna başvurmak mümkün olmamaktadır.

3. ÖNERİLER

- Mağdurlara sağlanacak giderimin sadece “maddi” karşılıkla sınırlı olması yeterli değildir ve bu nedenle de devlet, diğer giderim biçimlerinin hem yasal ve hem de uygulamadaki koşullarını yaratmalıdır.

- Rehabilitasyon, sadece bireyin fiziksel ve ruhsal sağlığına kavuşması için gerek-

311 Maliye Bakanlığı Başhukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü’nün 05.02.2009 tarih ve B.07.o.BHM.o/00.4180-216 nolu cevabi yazısı; Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü’nün TBMM Başkanlığı’na verdiği 16.02.2009 tarihli B.03.o.KGM.o.00.00.03/609/994 sayılı yazı

312 Danıştay 10. Dairesi, 1999/5376 E., 1746 K.; 02/11/1999 tarihli karar

li yardımın sağlanmasını değil, aynı zamanda tüm sosyal kayıplarının giderilmesi ni de içermelidir.

- İşkencenin etkileri sadece bireyin üzerinde değil, aynı zamanda ailesi, yakın çevresi ve tüm toplumun bütünlüğünü zedelemektedir. Bu nedenle, rehabilitasyon çalışmaları sadece bireyi değil, ailesini, yakın çevresini ve tüm toplumu hedeflemelidir.

- Devletin tazminata ilişkin sunduğu hukuk yolları, etkili ve sonuç alınabilir olmalıdır.

- İşkence ve diğer kötü muamele fiillerine ilişkin açılacak tazminat davaları, her türlü harç ve masraftan muaf olmalıdır.

- İşkence ve kötü muameleden zarar görenlerin açacağı tazminat davalarında zamanaşımı kaldırılmalıdır.

- Hazine tarafından ödenen tazminatlarda kendisine rücu edilecek personelin kişi olarak belirlenmesi konusunda;

- Mevzuatın, yeterli ve etkili bir yol sunacak biçimde değiştirilmesi gereklidir.
- Kamu görevlilerinin sorumluluklarının belirlenmesi için bağımsız ve tarafsızlığı güvence altına alınan ayrı bir mekanizma yaratılmalıdır.
- 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 personel gibi sorumlulukları olanlar da 'asli kusurlu' personelin sorumluluğunun yanı sıra değerlendirilmelidir.

-Dostane çözüme gidilmiş olsa bile AIHM tarafından verilmiş kararlarda hem cezai ve hem de tazminat sorumluluğunun belirlenmesi için;

- Eğer iç hukukta bir soruşturma başlatılmamışsa, savcılara derhal ve resen soruşturma başlatma yükümlülüğü getirilmeli;
- Olayla ilgili soruşturma başlatılmış ve takipsizlikle sonuçlanmışsa; AIHM kararı, yeni delil kabul edilerek hakkında takipsizlik verilmiş olan kişiyle ilgili kamu davası açılmalıdır;³¹³
- 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 yargılanmanın yenilenmesi nedeni sayılmalıdır.
- Bu çerçevede, Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, savcılıklar ve mahkemeler nezdinde ihbar ve gerekli işlemlerin başlatılmasından sorumlu birim olmalıdır.

313 CMK m. 170/2 uyarınca

V.BÖLÜM

Ekler

EK 1. Engin Çeber Davasına İlişkin Tablo

OLAY
28.09.2008 günü İstanbul Sarıyer’de bir basın açıklaması yapılmıştır. Açıklamanın ardından dergi satışı yapmakta olan grubun önü polis tarafından kesilmiş ve yaptıklarının yasadışı olduğu söylenmiştir. Gruptakiler basın açıklamasının izne tabi olmadığını, ayrıca sona erdiğini, satılan derginin yasal olduğunu ve polis müdahalesinin gereksiz olduğunu beyan etmişlerdir. Polis herkesin kimliğini almış ve GBT kontrolü yapmıştır. İki kişinin yakalaması olduğunu söyleyerek, yakalama işlemi başlatmıştır. Gruptaki birkaç kişi, bir yanlışlık varsa düzeltilmesi için yakalama kararından ayukatlarının haberdar edilmesini istemişlerdir. Bu sırada araması olanlar da dahil, dört kişi (Engin, Özgür, Cihan ve Aysu) zor kullanılarak yakalanmıştır.
POLİSLER
MAĞDUR ANLATIMLARINA GÖRE OLAY: Engin ve Özgür’ün darp edilerek alınmasına sözlü olarak engel olmak isteyenlerden Aysu ve Cihan da aynı şekilde darp edilerek ve sürüklenerek araçlara bindirilir. Araç içinde ve indirilirken elleri kelepçeli halde tahta sopa, tekme ve tokatla, kafa ve göğüs bölgesi dahil vücutlarının muhtelif yerlerine vurulur. Karakola girdiklerinde erkekler kelepçeleri açılmadan nezaret önünde kaba dayağa maruz kalır; yere yatırılarak kafalarına, vücutlarının muhtelif yerlerine basılır, tekme atılır, arama sırasında cinsel tacizde bulunulur, hakaret ve küfür edilir. Bunlar 4 polis tarafından yapılmıştır. Daha sonra erkekler nezarethaneye alınır, Aysu koridorda bekletilir. Akşam üzeri bir kadın polis gelerek üst araması için kendisini yukarı çıkarmak ister, çıkmak istemeyince sivil polislerce sürüklenerek yukarı çıkarılır. Üst araması yere yüzüstü yatırılarak bir kadın polis, iki erkek sivil polis ve karakolda temizlik işlerine bakan kadın tarafından yapılır. Arama sırasında, bir polis tarafından boynuna basılır, kadın polis tarafından saçları çekilir, darp edilir, hakaret ve cinsel taciz içeren sözlerle muhatap olur. Şüpheliler gözaltına alındıktan beş saat sonra götürüldükleri hastanede üstünkörü muayene edilirler. Hastane çıkışında araca bindirildiklerinde nezarethane önündeki 4 polis ile 2 polis daha aracın koltuk altından çıkardıkları tahta sopalarla diz kapakları ve kol dirseklerine vurarak kendilerini döver. Hatta çevredekilere “bunlar terörist” denilerek linç ettirilmekle tehdit edilirler. Bu kez parmak izlerinin alınması için Sarıyer İlçe Emniyet Müdürlüğü’ne götürülürler, en üst kata sürüklenerek çıkarılırlar. Gördükleri kötü muameleden dolayı parmak izi vermek istemediklerini söyleyen mağdurlara şiddet uygulanmaya devam edilir. İki kişi kemerle, ikisi ise kelepçe ile birbirine bağlanarak yere yatırılırlar. Tekme ve tokatla dövülürler, bir polis Cihan’ın kulağını çekerek “kes” diye bağırır ve 2 gün işitme kaybı olacak şekilde zarar görmesine neden olur. Karakoldaki kadın polis, Aysu’yu dövmekte ve saçını çekmektedir. Bu arada polisler yemeğe gider ve döndükten sonra mağdurları darp etmeye devam ederler. Bir ara Özgür başka bir odaya alınır ve odadan Özgür’ün dövüldüğüne dair sesler duyulur. Bu sırada polis kamera ile diğer mağdurların görüntüsünü almaktadır. Bir polis mağdurların arasına oturarak, diğerine “çek bunları facebook’ta yayınlarız” diyerek aşağılayıcı sözler söyler. Polisler darp sırasında “teröristler, o... çocukları” gibi sözler sarf etmektedirler. Aysu’nun bayılması nedeniyle muameleye son verilir. Parmak izleri alınmadan mağdurlar Emniyet Binasından çıkarılır. Başlangıçtaki 4 polis de dahil olmak üzere karakol ve asayiş ekiplerinden toplam 10-12 kişi darp olayına katılır. 1,5-2 saat bu muameleler devam eder. Tekrar karakola götürülen mağdurlardan Aysu, başka bir karakola gönderilir. Özgür ise karakolda aynı bir odaya alınarak 4-5 polis tarafından darp edilir. Ertesi gün parmak izi almak üzere yeniden İlçe Emniyet Müdürlüğü’ne götürülürler. Bu defa tek tek yukarı çıkarılırlar. Özgür 6-7 polis tarafından 15-20 dk. kadar tekme ve tokatla dövülür, bir polis ensesine oturur, bir polis ise ayakkabısını ağızına sokmaya çalışır. Bu sırada bir polis cinsel tacizde bulunur. Cihan ise 6 polis memuru tarafından benzer şekilde dövülür. Hepsinin parmak izleri zorla alınır. Aysu’nun parmak izi, kol ve bacaklarını tutan, ayrıca kafasına bastıran polisler tarafından alınır. Bu sırada yeni görevlendirilen kadın polis saçını çekmektedir. Bir erkek polis ise cinsel tacizde bulunmuştur. Mağdurlar yeniden karakola götürülerek 1,5 saat kadar bekletilirler ve hastaneye sevk edilirler. Sadece anlatımları rapora geçirilir, ayrıntılı muayene yapılmaz. 29.09.2008 günü adliye sevk edilirler ve memura mukavemet suçundan tutuklanarak cezaevine gönderilirler.

SANIK	İDDİANAMEDE SAYILAN FİİL VE HUKUKİ NİTELEME	MÜTAALA VE İSTEM	GEREKÇE VE HÜKÜM
1. Cengiz Akbulut 2. Mustafa Kırğıl 3. Yusuf Ay 4. Erhan Erkoç 5. Ömer Demir 6. Mustafa Köse 7. Mesut Yavuz 8. Mehmet Bayrakçı 9. Ümit Remzi Atasun 10. Tuncay Ayan	YAKALAMA YAPAN POLİSLER İÇİN: 28.09.2008 tarihinde yakalama ve arama kararına direnmeleri üzerine tekme tokat ve künt darbeleri sonucu maktul ve mağdurları yaralandıkları...	YAKALAMA YAPAN POLİSLER İÇİN: Hakkında yakalama kararı bulunanların gözaltına alınması sırasında maktül ve müdahillerin direndikleri, aralarında arbede çıktığı, polislerin bir kısmının da yaralandıkları, muvaka- metten soruşturma açıldığı,... Maktül ve müdahillerin yaralarının basit nitelikte kaldığı, polislerinde yaralandığı ve olayın oluş şekli dikkate alınırsa ORANTILI GÜÇ KULLANILDIĞI , orantısız ve keyfi güç kullanıldığına dair DELİL BULUNMADIĞIN-DAN BERAATLERİNE...	GEREKÇE : YAKALAMA YAPAN POLİSLER İÇİN: Olay yerinde hakkında yakalama kararı olanların gözaltına alınmasına grubun direndiği, mukavemet nedeniyle adli soruşturma başlatıldığı, HÜKÜM: <i>Eylemlerine dair yeterli delil bulunamadığından</i> BERAATLERİNE...
11. Abdulmut-talip Bozyel 12. Mehmet Pek 13. Aliye Uçak	GÖZALTINA ALINDIK-TAN SONRAKİ İŞLEMLER SIRASINDA: 28.09.2008 tarihinde karakola getirildikten sonra haklarında parmak izi, fotoğraf çekimi, hastaneye sevk gibi adli ve idari işlemlere direnmeleri sonucunda yakalama esnasında olay yerinde oluşan yaralanmalara ek olarak maktul ve mağdurlarda, adli raporlarda da belirtilen çeşitli yaralanmalar tespit edildiği..... tutukluluk gibi iyi tanımlanmış koşullarda bir bireyin diğerine karşı ve idareye karşı korunmasına ilişkin pozitif yükümlülük, mağdurlarda orantısız ölçüde korku ve zayıflık hissi uyandırabilecek davranış, muamelenin minimum düzeyde şiddet içermesi, yaraların niteliği, olaya müdahale eden görevli sayısı ile ani gelişen, görevlilerin hazırlıksız yakalan(ma)dığı ve öngörülemez bir hal olmayışı, süresi ve fiillerin asgari bir ciddiyet seviyesine ulaşması, olay tespit tutanaklarında maktul ve belirtilen müştekilerin imzalarının bulunmayışı kriterleri çerçevesinde... <i>kötü muamele, eziyet suçu...</i> TCK 96/1.md	GÖZALTINA ALINDIK-TAN SONRAKİ İŞLEMLER SIRASINDA: Adli ve idari işlemler nedeniyle direnme gösterdikleri ve bu yüzden polislerle aralarında bazen tartışma ve itişme olduğu, bu sırada sanık Aliye'nin Aysu'nun boğazını sıktığı, Mehmet ve Abdulmuttalip'in Engin, Cihan ve Özgür'e tekme ve tokat atma eylemlerini gerçekleştirdiği, EYLEMLER ANI GELİŞEN, YOĞUN NİTELİKTE OLMAYAN, DEVAMLILIK ARZ ETMEYEN, İŞKENCE BOYUTUNA ULAŞMAYAN NİTELİKTE OLDUĞUN-DAN... Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması nedeniyle yaralama TCK m.256/1, 86/2,3-d (Aliye için 1 kez, diğerleri için 3'er kez)	GEREKÇE : GÖZALTINA ALINDIKTAN SONRAKİ İŞLEMLER SIRASINDA: İddianamede "eziyet m.96/1'den" cezalandırma istenmişse de, bu suç kamu görevlisi olmayanlarca işlenebileceğinden sanıklara uygulanamayacağı..... Karakol / nezaret görüntüleri ve parmak izi alınmasına dair kayıtların izlenmesi ve bilirkişi raporuna göre; müştekilerden birinin baş ve boyun kısmından tutularak yere yatırıldığı, sola çekildiği, sürüklenerek dışarı çıkarılmak istendiği, birbirine kenetlenerek çıkmak istemeyen mağdurların ayrılmaya çalışıldığı, kelepçe takıldıktan sonra arbede ile dışarı çıkarıldıkları, yerdeki müştekiye tekme atıldığı, kameranın kayıta olduğunun bilindiği, yerdeki müştekinin elleri arkadan kelepçeli iken yerde sürüklendiği, dışarı çıkarıldıktan sonra geri getirildikleri ve yerde iken tekrar tekme atıldığı, sağa sola fırlatıldıkları, bir polisin ayağını hızlıca kaldırarak vuracakmış gibi yaparak mağdurları korkuttuğu... Mağdurların zaman zaman bağırarak, yere oturmak veya parmaklıklara vurmak şeklinde davranışlarda bulundukları... Görüntülerle örtüşen anlatım ve teşhislere göre 3 sanık tespit edilebildiği... Zor kullanma yetkisi bulunanlar da hukuk kuralları ile bağlıdır. Slogan atmak ve yerde oturmak gibi pasif hareketlere karşı kişisel öfkelerini kontrol etmeleri ve görev gereğini yerine getirmenin ötesinde herhangi bir harekette bulunmamaları gerekir, muhataplarından gelebilecek her türlü olumsuz hareketi bilmeleri ve hukuki

			usule uygun davranmaları gerekir..... Kendilerine bir alet ya da silahla karşılık vermeyen, karakolda bulunan, elleri kelepçeli veya nezarethanede olan kişilere karşı zor kullanmak durumunda kaldıkları savunmaları hayatın olağan akışına aykırıdır... Karakol veya cezaevindekiler hukuk devletinin koruması altında olduğundan zor kul. gerektiren durumların ancak alet ya da silah kullanma, isyan veya rehin alma gibi hareketlerde olabileceği açıktır, parmak izi vermeme, ayağa kalkmama gibi pasif direnme nedeniyle veya karakol-cezaevi gibi mekânlarda zor kullanmak zorunda kalınmaz... İşkence anayasa, u.a. sözleşmeler ve TCK ile yasaklanmıştır. Yeni TCK eskisinden farklı olarak suç kapsamını genişletmiş, insan onuru ile bağdaşmayan her türlü davranışı işkence saymıştır, failin hareketi ile mağdurun zararı arasında nedensellik bağı bulunması yeterlidir, maddi unsuru oluşturan hareketler çok çeşitli olabilir... İşkencenin ani ve tek hareketle değil, sistematik bir şekilde ve fiillerin belli bir süreçte yapılması gerekir. Mağdurların karakolda bulundukları, ellerinin arkadan kelepçeli oluşu, 24 saatten fazla karakolda bulundukları ve sistematik olarak itme, çekme, sürükleme gibi hareketlere maruz kaldıklarından, bu süreç içindeki hareketler bir bütün olarak değerlendirilmiş ve sistematik olma özelliğini taşıyan bu fiillerin bir kez dahi yapıldığında işkencenin oluşacağı şeklindeki görüşlere itibar edilmiştir. HÜKÜM: PASİF DİRENİŞE KARŞI GÖREVİNİN GEREKTİRDİĞİ ZOR KULLANMA SINIRINI AŞARAK YAPTIĞI EYLEMLERİN İNSANLIK ONURU İLE BAĞDAŞMAYAN VE BEDENSEL YA DA RUHSAL ACI ÇEKMEYE NEDEN OLAN İŞKENCE SUÇUNU OLUŞTURDUĞU... TCK 94/1. Md <i>(Aliye için 1 kez, diğerleri için 3'er kez)</i>
--	--	--	--

JANDARMALAR			
MAĞDUR ANLATIMLARINA GÖRE: 29.09.2008 günü adliyeye sevk edilen mağdurlar memura mukavemet suçundan" tutuklanarak cezaevine sevk edilir. Aysu, Bakırköy Kadın ve Çocuk Cezaevine gönderilir ve burada kabul işlemleri sırasında jandarmanın hakaretine maruz kalır. Engin, Özgür ve Cihan saat 21:55 sularında Metris cezaevine konulur. Cezaevine teslim edilirken jandarmaya "bunlar terörist, asker-polis katili" gibi kışkırtıcı sözler söylenir. Arama yapacak olan 1 astsubay ve 3 er tüm elbiselerini çıkarmalarını söyler. Mağdurlar bunun onur kırıcı olduğu söyleyerek soyunmayı reddeder. Mağdurlar tahta copla, tekme ve tokatla darp edilerek, elbiseleri çıkarılır. Ve "geçici" koğuş olarak adlandırılan müşahade odasına alınırlar			
SANIK	İDDİANAMEDE SAYILAN FİİL VE HUKUKİ NİTELEME	MÜTAALA VE İSTEM	GEREKÇE VE HÜKÜM
1. Taylan Gök (er) 2. Hüseyin Arslan (er)	29.09.2008 tarihinde cezaevinde kabul ve arama sırasında maktul ve müştekilerin üst aramasına karşı çıkarak pasif mukavemet şeklinde direnip tehdit içeren sözler söylemeleri neticesinde şüphelilerin; kendilerini tekme, tokat, yumruk ve copla darp ettikleri... Darpların süresi ve şiddeti ile bölgesi tespit edilemediğinden, arama odasında geçen tüm sürede darp edilmiş olduklarına dair delil ve bu aramadan sonra adli raporları bulunmadığından, eylemlerin farklı bir suç oluşturduğuna dair delil de elde edilemediğinden...	Kamera kayıtlarından aralarında sanıkların da bulunduğu jandarmalar tarafından 1 adet copun arama odalarına götürüldüğü tespit edilmiş ise de arama odalarında görüntü kaydı bulunmadığı, sanıkların savunmalarında mağdurlar üst araması yaptırmadıklarından aralarında arbede çıktığı, copu güvenlik amacı ile yanlarında bulundurdıkları... Arama odasından çıkan Özgür'ün ayağı aksasa da 15 gün önce ameliyat olduğu... Kabulde doktor bulunmadığından arama odasında dövülüp dövülmediklerinin tespit edilemediğinden...	GEREKÇE: Cezaevlerinin dış güvenliği ile şahısların dış araması ve yasak maddelerin sokulmasının engellenmesi jandarmanın görevidir... Görüntülerde elinde cop bulunan erin arama odalarına girip çıktığı, daha sonra sorumlu komutanında arama odalarına geldiği görülmektedir. Copla odalara girip çıkan erler Taylan ve Hüseyin'dir... Zorunlu askerlik yapan bu erlerin, emir üzerine copu getirdikleri, ancak kullanıp kullanmadıklarının belli olmadığı... HÜKÜM: <i>Bu nedenle atılı suçu işledikleri sabit olmadığından</i> <i>Taylan ve Hüseyin'in BERAATLERİNE....</i>
3. Murat İşler	Tanık sıfatı ile görgü ve bilgisi tespit edilen Mustafa Köse'nin beyanı, copun maktul ve müştekilerin bulunduğu arama odalarına getirilip götürüldüğüne ilişkin kamera kayıt görüntüleri ve bu görüntülerden elde edilen fotoğraflar, Müşteki Özgür'ün arama odasından çıkarkenki bir ayağını basmakta güçlük çekerek yürüyüşüne dair kamera görüntüleri ile sübut bulan fiillerinin	TÜM SANIKLARIN DELİL YETERSİZLİĞİNDEN BERAATLERİNE ...	GEREKÇE: Murat İşler'in de aynı gün arama odalarına girip çıktığı ama elinde cop olmadığı, mağdurların ağır hakaret ve yerinden kıpırdamamak gibi pasif direnişleri karşısında durumu nöbetçi komutana ilettiği, emir komuta zinciri nedeniyle emir verme yetkisi olmadığı, cop kullandığı tespit edilemediğinden, atılı suçu işlediği sabit olmadığından... HÜKÜM: <i>Murat'ın BERAATİNE...</i>
4. Abdülkadir Öztekin (Nöbetçi Komutan)	Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması nedeniyle yaralama TCK m.256/1, 86.2.3-d		GEREKÇE: Nöbetçi komutan olan Abdülkadir'in mağdurların üstünü aratmamakta direndiği haberini alması üzerine, arama odalarına geldiği, Özgür'ün bulunduğu yere girdiği, ardından elinde sopa ile erlerden birinin girdiği, içerde kalınan süre ve kendi beyanlarına göre arama için zor kullandığı ancak zor kullanma yetkisinde sınırı aştığı sabit olduğundan... HÜKÜM: ARAMA ODALARINA COP SOKULMASI VE MÜDAHİL ÖZGÜR'ÜN İNCE ARANASININ YAPILMASINI SAĞLAMAK İÇİN ZOR KULLANMA YETKİSİNİ AŞARAK GÖREVİNİN GEREKTİRDİĞİ ÖLÇÜNÜN DIŞINDA KUVVET KULLANDIĞI... TCK m.256/1, 86/2, 3-d, 231/5-6

CEZAEVİNE KABULDEN SONRAKİ SÜREÇ 01.10.2008, 06.10.2008 ve 07.10.2008 tarihli sayımlar sırasında gerçekleşen olaylarla ilgilidir			
MAĞDUR ANLATIMLARINA GÖRE: Engin, Özgür ve Cihan geçici koğuştaki, 01.10.2008 günü sabah sayımında ayağa kalmadıkları ve sıraya girmedikleri gerekçesiyle, 5-6 gardiyan tarafından "kapı açma demiri, plastik sandalye, su maşrapası" gibi aletlerle yaklaşık 5-10 dakika vücutlarının muhtelif yerlerine vurularak darp edilirler. Aynı gün akşam sayımında bu kez 15 gardiyan tarafından aynı aletlerle, hatta birinin elinde tahta çop bulunduğu halde 15 dk. kadar darp edilirler, sabah sayımındaki gardiyanlar da grubun içindedir. 02.10.2008 çarşamba sabah sayımında da 15 gardiyan aynı nedenle ve aynı aletlerle bu kez vücutlarını ıslattıktan sonra mağdurları darp ederler ve her birini ayrı odaya koyacak şekilde geçici koğuştan çıkarırlar. Bu tarihten sonra T2 B-9'an yerleştirilen Cihan bir kez daha benzer şekilde darp edilir. T2 B-8'e yerleştirilen Engin Çeber ise; (tanık anlatımlarına göre) 06.10.2008 ve 07.10.2008 tarihlerinde benzer şekilde darp edilir. 07.10.2008 tarihinde hastaneye sevk edilir. 10.10.2008 tarihinde (otopsi raporuna) göre beyin kanaması sonucu yaşamını yitirir. (NOT: KARARDA 02.10.2008 GÜNÜ YAPILAN SAYIMDA İŞLENEN SUÇLARA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME VE CEZALANDIRMA BULUNMAMAKTADIR)			
SANIK	İDDİANAMEDE SAYILAN FİİL VE HUKUKİ NİTELEME	MÜTAALA VE İSTEM	GEREKÇE VE HÜKÜM
1. Taylan Gök (er) 2. Hüseyin Arslan (er)	01.10.2008 tarihinde nöbetçi müdür olduğundan (Nihat Kızılkaya ve Yavuz Uzun'la birlikte) sabah sayımı kendi sorumluluğunda olduğu için Görevi ihmal suçunu işlediği... TCK m.257/2	01.06.2008 günü geçici koğuştaki sayımda mağdurların tüzük ve iç yönetmelik hükümlerine aykırı olarak ayağa kalmadıkları ve görevlilerle tartıştıkları esnada;	GEREKÇE: Mağdurlar geçici koğuştaki cezaevi mevzuatına aykırı olarak ayakta ve sıraya geçerek sayım vermeyi kabul etmemiş ve görevlilerle tartışmışlardır. MURAT ve YAVUZ'un bu nedenle mağdurlara "su döktükleri", "kaba dayak tabir edilen şekilde silkeledikleri ve tokat attıkları" sabittir... Eylemin işkence mi, eziyet mi olduğunu tespit gerekmektedir... KAMU GÖREVLİLERİNİN KİŞİLERE KARŞI BU TÜR EYLEMLERİ EZİYET DEĞİL İŞKENCE SUÇUNU OLUŞTURUR... BAĞIRMA, SU DÖKME, İTTİRME, ZORLA AYAĞA KALDIRMAYA ÇALIŞMA GİBİ ŞEYLER DE OLSA, SİSTEMATİK OLARAK BELLİ BİR SÜREÇTE İŞLENMİŞTİR... AYAĞA KALKMAMA HALİNDE USULUNCE TUTANAK TUTULUP AMİRLERE İLETİLMESİ VE DİSİPLİN CEZASI UYGULANMASI GEREKİRKEN BÖYLE DAVRANIŞLARA BAŞVRULMASININ CEZA HUKUKUNDA YERİ YOKTUR... (NOT:Fuat ve Nihat'ın 01.10.2008 günlük suçları ile ilgili gerekçe yok) HÜKÜM: MURAT ÇİŞE VE YAVUZ UZUN MEVZUATA AYKIRI OLARAK AYAĞA KALKMAYAN, SAYIM VERMEYEN VE GÖREVLİLERLE TARTIŞANLARA KARŞI KABA DAYAK VE SU DÖKME EYLEMİ GERÇEKLEŞTİRDİĞİNDEN İŞKENCE SUÇUNU İŞLEDİLERİ... TCK 94/1, (Üçer kez)
Nihat Kızılkaya (SAYIM SORUMLUSU BAŞGARDİYAN)	01.10.2008 tarihli Sabah sayımında sorumluluğu bulunduğundan... (Fuat ve Yavuz 'la birlikte) Görevi ihmal suçunu işlediği... TCK m.257/2	MURAT ÇİŞE'nin koğuşa ahşap sopa getirdiği ve mağdurları darp ettiği, YAVUZ UZUN'un bu eyleme iştirak ettiği ve mağdurlara su döktüğü, gerçekleşen eylemin süresi ve şiddeti nazara alındığında AİHS m.3'deki İŞKENCE SUÇUNU oluşturduğundan TCK m.94/1'(üçer kez)	
Murat Çişe Yavuz Uzun (SAYIM SORUMLUSU) Öncay Bozo	01.10.2008 tarihindeki sayımda; a. Murat'ın, koğuşa ahşap sopa getirdiği, b. Maktul ve müştekiler in 14 dakika 37 saniye süren sayım süresinin büyük çoğunluğunda her üç şüpheli tarafından tekme, tokat ve getirilen ahşap sopa ile darp edildiği, c. Yavuz'un maktul ve müştekilerin üzerine vücutları tamamen ıslanacak kadar su döktüğü anlaşıldığından... Şüpheliler tarafından gerçekleştirilen fiillerin gerek şiddeti, gerek süresi ve gerekse gerçekleştiriliş biçimi (özellikle su dökererek ıslatma) eziyet (kötü muamele) suçunu oluşturduğu... TCK m.96/1 (Her üç şüpheli yönünden ayrı ayrı)	NİHAT KIZILKAYA'nın sayımda sorumlu başgardiyan olduğu, olaydan haberdar olmasına rağmen yasal gereğini yapmadığından... Görevi kötüye kullanma suçundan TCKm. 257/1 F. KARAOSMANOĞLU'nu n olaylardan haberdar olduğuna dair bir delil bulunmadığı ancak, görevinin gereklerini yerine getirmekte ihmali bulunduğundan... İhmali sureti ile görevi kötüye kullanma suçundan... TCK M.257/2 ÖNCAY BOZO'nun mahkûmiyetine yeter delil bulunmadığından BERAATİNE...	

06.10.2008 GÜNÜ YAPILAN SAYIM SIRASINDA/ENGİN'İN KALDIĞI KOĞUŞTA			
SANIK	İDDİANAMEDE SAYILAN FİİL VE HUKUKİ NİTELEME	MÜTAALA VE İSTEM	GEREKÇE VE HÜKÜM
Nuri Atalay (NÖB. 2. MÜD.)	06.10.2008'deki sabah sayımından sorumlu nöbetçi ikinci müdür olması nedeniyle görevi ihmal suçunu işlediği TCK m.257/2	Sayımından sorumlu nöbetçi müdür olması nedeniyle görevi ihmal suçunu işlediği TCK m.257/2	GEREKÇE: Koridor sorumlusu başgardıyan ERDOĞAN'ın olaylardan haberdar olduğu, yine o gün sorumlu müdür NURİ'nin görevlerinin gereklerini yerine getirmedikleri anlaşılmakla... HÜKÜM: 06.10.2008 GÜNÜ SAYIMDA AYAĞA KALKMAYAN VE SORUMLULARLA TARTIŞAN ENGİN'İ DARP ETMESİ NEDENİYLE TCK m.256/1, 86/2,3-d, 231/5-6 GEREKÇE: 06.01.2008 günlü sayımda NEVZAT KAYIM'ın maktule tokat attığı, MEHMET POLAT'ın tekme attığı sabittir... HÜKÜM: 06.10.2008 GÜNÜ SAYIMDA AYAĞA KALKMAYAN VE SORUMLULARLA TARTIŞAN ENGİN'İ DARP ETMELERİ NEDENİYLE ZKYSA suretiyle kasten yaralama suçunu işledikleri... TCK 256/1, 86/2,3-D, 62, 53, 231/5-6
Erdoğan Coşardereli-oğlu (BAŞGARDİ YAN)	06.10.2008'deki sabah sayımından sorumlu baş memur olması nedeniyle görevi ihmal suçunu işlediği TCK m.257/2	sayımından sorumlu baş memur olması nedeniyle görevi ihmal suçunu işlediği TCK m.257/2	
Nevzat Kayım Mehmet Polat	06.10.2008'deki sabah sayımının toplam 7 dakika 43 saniye sürdüğü, maktulun sayıma katılmaması nedeniyle suratına tokat ve 2 kez omuza yumruk ve ayağa tekme atmaları nedeniyle --- Fiilin gerek süresi gerekse şiddetli olmadığına ilişkin tanık beyanları değerlendirildiğinde ZKYSA suretiyle kasten yaralama ... TCK m.256/1 yollamasıyla TCK m. 86/2-3/d	...maktulun sayıma katılmaması Nevzat'ın tokat ve omuza yumruk, Mehmet'in ise ayağına tekme atması... ...sanıkların eyleminin ani olarak gelişen basit darp niteliğinde olup onur kırıcı nitelikte olduğu, işkence boyutuna ulaşmadığı... ZKYSA suretiyle kasten yaralama ... TCK m.256/1 yollamasıyla TCK m. 86/2-3/d	

07.10.2008 GÜNÜ YAPILAN SAYIM SIRASINDA /ENGİN'İN KALDIĞI KOĞUŞTA			
SANIK	İDDİANAMEDE SAYILAN FİİL VE HUKUKİ NİTELEME	MÜTAALA VE İSTEM	GEREKÇE VE HÜKÜM
Fuat Karaosmanoğlu	07.10.2008 tarihli sayımda gerçekleşen olaylar sırasında, bu olayların gerçekleştiği zaman diliminin büyük bir bölümünü maktulün bulunduğu koğuş 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, "bundan sonra ayağa kalkıp sayım vermeyen herkes bu şekilde cezalandırılacak" dediği... İşkence fiilinin, zanlının zimni muvafakati ile işlendiği İhmali davranışla işkence suçunun oluştuğu... İhmali davranışla neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış işkence TCK m.94/5 yollamasıyla TCK m. 95/4	Sorumlu müdür FUAT'ın baştan beri diğer sanıkların eylemini gördüğüne ve devamı hususunda rıza gösterdiğine dair somut delil olmadığı, eylem bittikten sonra kapıdan bir süre bakarak bir şeyler söylediği, memurların kapıyı kapattığı ve birlikte oradan ayrıldıkları, içeride yerde yatan maktule yardım için herhangi bir şey yapmadığı anlaşıldığından ... Eyleminin görevi köttiye kullanmak suçu kapsamında kaldığı TCK m. 257/1	GEREKÇE: 07.10.2008 sayımına ayağa kalkmamanın önceden de biliniyor olması nedeniyle çok sayıda gardiyan geldiği... Cezaevi müdürü olan Sanık FUAT'ın diğer koğuşlardaki sayımlara bakmadığı halde maktulün oda kapısına geldiği ve içeriyi görmemesinin mümkün olmadığı... Bu nedenle savunmasına itibar edilmemiştir. "Bundan sonra sayım vermeyenler bu şekilde cezalandırılacaktır" şeklinde sözü söyleyip söylememesinin de bir önemi yoktur. Sanık herhangi bir şey söylemese de işkence suçuna ihmali davranışla katılmıştır... Sayım kurallarına aykırı davranmanın yasal sonucunun buna ilişkin tutanak düzenleyerek disiplin cezası vermek olduğunu bilen amirdir. Gerekli müdahaleyi yapmayarak işkenceye zimnen rıza göstermiştir... Sanıkların işkence kastı ile hareket etmeleri ve FUAT'ın da bu kasta müdahale etmemesi İhmali davranışla işkence suçunun oluşması için yeterlidir... NİHAT, SELAHATTİN ve SAMİ'nin

1. Nihat Kızılkaya 2. Selahattin Apaydın 3. Sami Ergazi	• 07.10.2008 tarihinde maktulün sayıma katılmaması nedeniyle Nihat Kızılkaya ve Sami Ergazi'nin birlikte maktulün baş ve boyun bölgesine çok sayıda vurdıkları... • Selahattin Apaydın'ın, maktulü tutarak kafasının arka kısmını düz koğuş duvarı ve koğuş havalandırmasına ait kapalı demir kapıya birkaç kez vurduğu... • Sami Ergazi'nin zaten hareketsiz kalan maktulü sürükleyerek koğuş bahçesine çıkardığı, belirtilen şekilde vurmaya devam ettiği... • Maktulün bu fiiller sonucunda düzensiz nefes alıp verme, hareketsiz kalma ve vücudunu kasma gibi belirtileri olan koma halinde olduğu... Otopsi raporunda, ölümün, maktulün kafasının arka tarafının duvara ve demir kapıya vurma fiilleri sonucu meydana gelmiş olduğu, Nihat ve Sami'nin fiillerinin de şüpheli Selahattin'in fiiline faillik yoluyla iştirak niteliğinde olduğu... Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış işkenceye faillik suretiyle iştirak TCK m.95/4, m. 37	...NİHAT'ın maktüle tekme ve tokat attığı Selahattin'in öldürücü eyleminden önce buna son verdiği, bu ana kadarki eylemlerinden sorumlu olacağı ve bunun işkence kapsamında kaldığı... NİHAT için İşkence TCK 94/1 SELAHATTİN ve SAMİ'nin ölümüne neden olan eylemleri gerçekleştirdikleri, Selahattin'in başını duvar ve demir kapıya vurduğu, Sami'nin de bu sanığın eylemine faillik yoluyla iştirak ettiği anlaşıldığından... Eylemlerinin neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış işkence suçunu oluşturduğu TCK m.95/4	maktulü oturduğu sandalyeden düşürdüğü, yerdeyken tekmelediği, kafasına vurarak ve kafasını demir kapıya vurarak darp ettikleri... Bu sırada Başgardiyan Yılmaz AYDOĞAN'ın gelerek memurları yatıştırmaya ve konuşmaya çalıştığı, görevinin olayı aralamaya çalışmak olmadığı, suç işlendiğini gördüğü ve amir sıfatı olmasına rağmen derhal işlem yapması gerekirken yapmadığı... NİHAT'ın belli bir süreç içinde, sistemli bir şekilde maktulü hırpaladığı ve darp ettiği sabittir. Bu eylem işkence suçu olarak kabul edilmiş ve sonucunda maktulün ölmesine neden olduğu için ağırlaştırılmış hali olarak tespit edilmiştir... SELAHATTİN ve SAMİ'nin "sandalyeden kaldırmaya çalışırken düşüp kafasını vurdu" şeklindeki savunmalarına itibar edilmemiştir... HÜKÜM : FUAT KARAOSMANOĞLU İÇİN: 07.10.2008 SAYIM SIRASINDA DİĞER SANIKLARIN MAKTÜLÜ DÖVDÜĞÜNÜ GÖRDÜĞÜ VE İHMALİ DAVRANIŞLA AĞIRLAŞTIRILMIŞ İŞKENCE SUÇUNU İŞLEDİĞİ TCK 94/5 YOLLAMASIYLA TCK 95/4 SELAHATTİN - NİHAT - SAMİ İÇİN: 07.10.2008 GÜNLÜ SAYIMDA MAKTÜLE KARŞI İŞKENCE KAPSAMINDA KALAN DARP EYLEMİNDE BULUNDUKLARINDAN AĞIRLAŞTIRILMIŞ İŞKENCE SUÇUNU İŞLEDİKLERİ TCK 37/1, 95/4, YILMAZ AYDOĞAN'IN SUÇU BİLDİRME SUÇUNU İŞLEDİĞİ... TCK m.279/1
	Cezaevinde günlük sayımlarda ayağa kalkmayı ve isim söylemeyi reddettiği için işkenceye maruz kaldığına... Gardiyanlarca cezalandırmak, cezaevi yönetimine karşı fiziksel ve manevi direnci kırmak amacıyla yapılan muamelenin söz konusu koşullar altında şiddetli acı ve sıkıntıya yol açmış olacağı... Cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözetin herhangi bir sebeple gerçekleştirilmiş olmasa da suç, saikinden bağımsız olarak işkence kabul edildiğinden ... Muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri, mağdurların yaşı ve sağlık durumları, dava koşullarının bütünü gibi kriterlere uygun olduğundan... Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış işkenceye faillik suretiyle iştirak TCK m.95/4		

EK 2. TİHV tarafından hazırlanan, Türkiye İnsan Hakları Kurumu Yasa Tasarısı Değerlendirmesi



24 Eylül 2009

Sayın Cemil Çiçek

Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcısı

07.09.2009 tarihli ve B.02.0.İHB.560.06/1497 sayılı yazınızla 2008 Yılı Ulusal Programı'nda yer alan hedefler doğrultusunda, Paris İlkelerine uygun insan hakları ulusal kurumuna ilişkin, üyesi olduğunuz 60. Hükümet tarafından hazırlanması düşünülen kanun tasarısı hakkında Türkiye İnsan Hakları Vakfı'ndan (TİHV) da görüş istemiş olmamız mutluluk vericidir.

TİHV olarak kuruluşumuzdan (1990) bu yana ülkemizde insan haklarının korunması ve geliştirilmesi yönünde sürdürdüğümüz çalışmalar sırasında karşı karşıya kaldığımız zorlukları ve çıkarılan engelleri göz önünde bulundurduğumuzda insan hakları alanında ve ayrımcılıkla mücadele etmek için kurulan ulusal kuruluşların diğer devlet kuruluşlarından ve siyasal iktidardan özerk olmasını güvence altına almayı hedefleyen "Paris İlkeleri" çerçevesinde bir insan hakları kurumunun oluşturulması çabasının oldukça değerli ve anlamlı olduğunu düşünmekteyiz.

Bununla birlikte, Hükümetinizin genelde insan hakları alanında gerçekleştirdiği pek çok çalışma ve düzenleme sırasında, özelde ise ulusal insan hakları kurumu oluşturulması konusunda bugüne kadar sergilemiş olduğu tutum ve yaklaşımlardan dolayı ciddi kaygılar taşıdığımızı da üzüntüyle ifade etmek isteriz. Şöyle ki;

1. Türkiye'de insan haklarının geliştirilmesi ve korunması bakımından son derece önemli bir role sahip olacağı düşünülen insan hakları kurumu oluşturulması için başlatıldığını belirttiğiniz çalışmalar yeni değildir. Bu yasa tasarısı, Hükümetinizin bu yolda 2004 yılından bu yana gerçekleştirdiği üçüncü girişimdir. Bundan önceki girişimlerin hepsinde yasa tasarısı hazırlıklarının emrivaki niteliğinde olduğu ve gerekli bilgilendirme ve paylaşımlar yapmadan yürütüldüğü gerekçesiyle insan hakları kuruluşları tarafından eleştiriyi karşılanmıştır. Bu sürecin kısa bir değerlendirilmesini, aralarında TİHV'in de bulunduğu beş insan hakları kuruluşu tarafından 21 Mayıs 2009 tarihinde yapılan ortak basın açıklamasında bulabilirsiniz (Bkz. Ek 1).
2. Hükümetinizce başlatılan insan hakları kurumu oluşturulması yönündeki girişimlerin temel gerekçesi, söz konusu kurumun 2008 yılında kabul edilen "Üçüncü Ulusal Program"ın hedeflerinden biri olmasıdır.

Hatırlanacağı gibi 1 Eylül 2008 tarihinde, Hükümetiniz tarafından hazırlanan "Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı (Taslak)" başlığını taşıyan bir metin, aralarında TİHV'in de bulunduğu 84 sivil toplum kuruluşuna değerlendirilmeleri ve görüş bildirmeleri istemiyle gönderilmişti. Bunun üzerine TİHV olarak, "Üçüncü Ulusal Program"ın insan haklarıyla ilgili bölümlerine yönelik 33 sayfalık kapsamlı bir değerlendirme raporu hazırladık (Bkz. Ek 2).

Ulusal insan hakları kurumunun oluşturulması konusunda görüş ve önerilerimizin de yer aldığı bu rapor, 15 Eylül 2008 tarihinde, o dönemde Dışişleri Bakanı ve Başmüzakereci olan Sayın Ali Babacan'a ve ilgili kurumlara gönderildi; kamuoyuyla da paylaşıldı. Ayrıca TİHV'in "Üçüncü Ulusal Program (Taslak)"a yönelik değerlendirmeleri, 24 Ekim 2008 tarihinde Sayın Ali Babacan'ın ve bazı sivil toplum kuruluşlarının başkanlarının katılımıyla gerçekleştirilen ve program taslağına dair görüş alışverişinin yapıldığı bir toplantıda Yönetim Kurulu Başkanımız Yavuz Önen tarafından yinelenildi.

Ne var ki tüm bu çabalarımıza karşın "Üçüncü Ulusal Program", Hükümetinizin hazırladığı ilk taslak metindeki haliyle ve insan haklarıyla ilgili bölümünde tek bir sözcük dahi değiştirilmeksizin 30 Aralık 2008 tarihinde onaylandı.

Bunun üzerine TİHV olarak, taslak metne dair görüş ve önerilerimizin Hükümetiniz tarafından hiçbir şekilde dikkate alınmamış olmasından dolayı duyduğumuz üzüntü ve kaygıyı 6 Ocak 2009 tarihinde kamuoyu ile paylaştığımız bir açık mektupla Sayın Ali Babacan'a duyurmaya çalıştık (Bkz. Ek 3).

3. İhtimal ki görüşü sorulan 84 sivil toplum kuruluşunun pek çoğu, bilhassa da insan hakları alanında faaliyet yürütenler, "Üçüncü Ulusal Program" hakkında görüş ve önerilerini iletmışlerdir. En azından yukarıda sözü edilen 24 Ekim 2008 tarihli toplantıda yer alan insan hakları kuruluşlarının başkanları tarafından "Ulusal Program"ın kapsamlı değerlendirmesinin yapıldığını biliyoruz. Değerlendirmeler yapılırken insan hakları kurumunun oluşturulması konusu da ele alınmış, görüş ve öneriler dile getirilmiştir. Buna karşın, 18 Mayıs 2009 tarihinde, Hükümetinizin "Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kurulmasına Dair Kanun Tasarısı" hazırlamış olduğu bilgisi, bizzat sizin tarafınızdan basına duyuruldu. Gerek yukarıda değindiğimiz son süreç, gerekse Hükümetinizin insan hakları kurumu oluşturma konusunda gerçekleştirdiği önceki girişimleri karşısında insan hakları kuruluşlarının yaptığı eleştiri ve uyarılara karşın hiçbir bilgilendirme ve paylaşım yaşanmadan böylesi bir tasarının hazırlanmış olması, en hafif ifadeyle, bir emrivaki idi.

Paris İlkeleri'ne de aykırı olan bu durum 21 Mayıs 2009 tarihinde aralarında TİHV' in de bulunduğu beş insan hakları kuruluşu tarafından yapılan bir basın açıklamasıyla (Bkz. Ek 1) eleştirildi.

4. Bir yasa tasarısının hazırlandığı bilgisinin kamuoyuna duyurulmasının üzerinden geçen azımsanmayacak süreye karşın hazırladığınızı açıkladığınız kanun tasarsının içeriği ve kapsamı hakkında henüz bir bilgi edinebilmiş değiliz. Dahası, yukarıda belirtilen tarih ve sayılı yazınızla bizden söz konusu yasa tasarısı hakkında görüş ve önerilerimizi iletmemizi talep ettiğiniz halde, görüş ve önerilerimize dayanak oluşturabilecek, 18 Mayıs 2009 tarihinde hazırlandığını açıkladığınız kanun tasarsının neden bizlerle paylaşılmasından imtina edildiği anlaşılamamaktadır.

Kısacası, Hükümetiniz şimdiye kadar insan hakları alanında pek çok çalışma ve düzenlemeyi başta insan hakları kuruluşları olmak üzere konunun uzmanlarının görüş ve önerilerini almadan, çözüm alternatiflerini tartışmadan, uluslararası standart ve ilkelere özen göstermeden, tamamen AB'ye insan hakları alanında ilerleme sağlandığını kanıtlamaya yönelik bir yaklaşım içinde gerçekleştirmiştir. Bazı istisnai durumlarda görüş ve önerilerimize başvurulmuş olmakla birlikte "Üçüncü Ulusal Program"ın hazırlık sürecinde yaşandığı gibi yapılan sayfalarca değerlendirmeler hiçbir şekilde dikkate dahi alınmamakta, sunulan görüş ve öneriler üzerinde sahici bir tartışma süreci gerçekleşmemektedir.

Bununla birlikte, başta Paris İlkeleri olmak üzere uluslararası standartlara uygun biçimde oluşturulduğu takdirde ülkemizde insan haklarının gerçekten korunması ve geliştirilmesine yönelik önemli bir işlevi olabileceğini düşündüğümüz böylesi bir kurumlaşmanın siyasal çıkarlara heba edilmemesi için defalarca belirttiğimiz görüşlerimizi bir kez daha yinelemekte yarar görmekteyiz.

Ulusal İnsan Hakları Kurumu Oluşturulması Konusunda TİHV'in Görüş ve Önerileri

Her şeyden önce hatırlatmak isteriz ki, kısaca Paris İlkeleri olarak nitelendirilen “İnsan Haklarının Geliştirilmesi ve Korunması için Kurulan Ulusal Kuruluşların Statüsüne İlişkin İlkeler”, insan hakları alanında ve ayrımcılıkla mücadele etmek için kurulan ulusal kuruluşların diğer devlet kuruluşlarından ve siyasal iktidardan özerk olmasını güvence altına almayı hedefleyen ilkelerdir.

“İnsan hakları ulusal kurumları”ndan (*national human rights institutions*) kastedilen herhangi bir yönetim birimi değil, ihlal yaşanan aynı zamanda hak ve özgürlüklerin koruyucusu olması çelişisini açacak şekilde örgütlenmiş insan hakları kurumları olmasıdır. Bir başka deyişle yönetim hiyerarşisinden bağımsız onu dışarıdan gözlemleyebilen örgütlenme modelleridir.

Bağımsızlık, ulusal insan hakları kurumunun meşruluk, güvenirlik ve etkinliğinin temelini oluşturur. Bu bakımdan da bu kurumlar en azından aşağıdaki şu niteliklere haiz olmalıdır:

• Ulusal İnsan Hakları Kurumunun Anayasal ya da Yasal Temeli Olmalıdır.

Oluşturulacak ulusal insan hakları kurumunun yasa ya da anayasayla kurulması, kurumun bağımsızlığını ve herhangi bir durumda hukuksal yetkilerini korumak için en güvenli yoldur.

Bu durum, Paris İlkeleri’nin ikinci paragrafında çok açık biçimde ifade edilmektedir: “Ulusal kuruma, oluşumunu ve yetkilerini ayrıntılı bir şekilde belirleyen anayasal veya yasal bir metinde açıkça öngörülmek suretiyle, olabildiğince geniş bir görev alanı verilir”.

Bir ulusal kurum, normlar hiyerarşisi içerisinde ne kadar üst bir kuralla donatılırsa o derece güvenceli hale gelecektir. Bu nedenle, ulusal kurumlar söz konusu edildiğinde *anayasal bir düzenlemenin en uygun yöntem olduğu*¹ ama kuruluşun en azından bir yasaya dayanması gerektiği ifade edilmektedir². Düzenleyici işlemler ise kesinlikle bu güvenceyi sağlamaktan uzaktır.

Aynı biçimde, hukuksal dayanak sadece ulusal kurumun oluşumu değil yetkileri açısından da açık ve net olmalıdır.

• Ulusal İnsan Hakları Kurumu Finansman ve Personel Açısından Bağımsız Olmalıdır.

Oluşturulacak ulusal insan hakları kurumu, bağımsızlığına etki edebilecek bir mali kontrol altında bulunmamalıdır.

Paris İlkeleri’ne göre, “ulusal kurum, etkinliklerinin sorunsuzca sürdürülmesini sağlayacak elverişli bir altyapıya, bilhassa yeterli mali kaynaklara sahip olmalıdır. Bu kaynak tahsisi, kurumun hükümetten bağımsız olmasını ve bağımsızlığına etki edebilecek bir mali kontrol altında bulunmamasını sağlamak için kendi personeline ve tesislerine sahip olmasını mümkün kılmayı amaçlamalıdır”³.

¹ Commonwealth Secretariat (2001), *National Human Rights Institutions: Best Practice*, s. 11.

² National Human Rights Institutions, Amnesty International’s recommendations for effective protection and promotion of human rights, 001, AI INDEX: IOR 40/007/2001, s. 2-3.

³ İlke 5.

• **Bir Ulusal Kurumun Üyeleri Görev Güvenceleriyle Donatılmalıdır.**

Oluşturulacak ulusal insan hakları kurumunun görev ve işlevlerini etkin ve bağımsız olarak yerine getirebilmesi için kurumun üyeleri gerekli ayrıcalık ve dokunulmazlığa sahip olmalıdır. Bu bakımdan, Birleşmiş Milletler Ayrıcalıklar ve Dokunulmazlıklar Sözleşmesi'nin 22 ve 23. bölümleri ulusal insan hakları kurumunun üyelerinin ayrıcalık ve dokunulmazlıkları için de model olarak kabul edilmelidir.

Buna göre kurum üyelerinin üyelikleri süresince ve görevleriyle bağlantılı olarak:

- Gözaltı ya da tutuklanma veya kişisel eşyalarına el konulmasına karşı dokunulmazlık,
- Kâğıt ve belgelerine el konulması ya da denetlenmesine karşı dokunulmazlık,
- İletişim ve yazışmalara müdahale edilmemesi;

Üyelik süresi boyunca ve sonrasında ise:

- Görevleri kapsamında söyledikleri, yazdıkları ya da yaptıkları ile ilgili hukuksal işlemler karşısında dokunulmazlık, sağlanmalıdır.

Bu ayrıcalık ve dokunulmazlıklar, kişisel olarak tek tek her kurul üyesi için geçerli olmalıdır. Ne var ki, bunlar üyenin kişisel yararını değil, ulusal insan hakları kurumunun bağımsızlığını güvence altına alma amacını taşıdığı için tekil vakalarda, ulusal kuruma tanımlanmış koşullar çerçevesinde, üyelerinin tümünün açık ve çoğunluk oyuyla (örneğin 2/3 ya da 3/4) dokunulmazlığın kaldırılması yetkisi verilebilir.

• **Ulusal İnsan Hakları Kurumunun Kuruluş Yasasında Üyelerin Atanma Prosedürleri, Üyelik Kriterleri, Üye Kompozisyonları, Görev Süreleri, Görevden Alma ve İtiraz Usulü Açıkça Belirtilmelidir.**

Atama prosedürü ulusal kurumun bağımsızlığını ve çoğulculuğunu sağlamanın en önemli yoludur. Bu bakımdan hükümetin herhangi bir yürütme organı tarafından atama yapılması doğru değildir. Ancak esasa ilişkin bu karar, oluşturulacak ayrı bir birim tarafından verildikten sonra, atama, Cumhurbaşkanı tarafından gerçekleştirilebilir. Süreç her bakımdan açık ve şeffaf olmalıdır. Atama sürecinde doğrudan insan hakları ve her türlü ayrımcılığa karşı mücadele alanlarında aktif olarak çalışan ve bu bakımdan ulusal ve uluslararası düzeyde kabul görmüş sivil toplum kuruluşlarına, akademilerin insan hakları konusunda çalışma yapan birimlerine ve bağımsız uzmanlara danışılması zorunlu olmalıdır. İdeal olanı, anılan kesimlerin temsilcilerinin de içinde yer aldığı özel bir atama biriminin oluşturulmasıdır.

Paris İlkeleri'nin "Oluşturulma Biçimleri ve Bağımsızlık ile Çoğulculuk Güvenceleri" başlıklı ilkesinde, ulusal insan hakları kurumu üyelerini, *insan hakları ve ayrımcılığa karşı mücadele alanlarında sorumluluk üstlenen sivil toplum kuruluşları, sendikalar, avukatlar, doktorlar, gazeteciler ve önde gelen bilim insanları örgütleri gibi ilgili sosyal ve meslekî örgütlerin; felsefî veya dinî düşünce akımlarının; üniversiteler ve nitelikli uzmanların; parlamentonun temsilcileri olarak* sıralamaktadır.

Çok genel bir ifadeyle, *insan türünün her üyesinin haklarda ve insan onuruna sahip olmada eşit olduğunu, insan haklarının bütünselliğini ve devredilemezliğini kabul etmek ve insan hakları ve ayrımcılığa karşı mücadele alanlarına yönelik çalışmalar yapmış olmak üyelik için temel kriter* olmalıdır.

⁴Paris İlkeleri, para. 3 (a) (2).

⁵Örneğin Danimarka Ulusal İnsan Hakları Kurumu'nun karar organı olan konseyde bakanlık temsilcileri yer almakla birlikte oy hakları bulunmamaktadır (Bkz. <http://www.humanrights.dk/frontpage/>).

Ulusal insan hakları kurumunun bağımsızlığı, üye kompozisyonu ile doğrudan ilgilidir. Paris İlkeleri, insan hakları kurumlarının bağımsızlık ve çoğulculuğunu güvence altına almak için bu kurumların üyelerinin hangi kaynaklardan gelmesi gerektiğini ayrıntılı olarak belirtmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken temel husus *cinsiyet dengesi* ile birlikte *toplumun farklı kesimlerinin bu kurumda temsil edilmesini* sağlayabilmektedir. Böylelikle farklı toplumsal grupların kültürel, dini veya maddi ihtiyaçlarına ya da yaşadıkları sorun ve ihlallere ilişkin duyarlılık geliştirilebilecek, doğrudan bilgi edinilebilecek ve dolayısıyla bu kesimlerin gereksinimlerini karşılamak için çözümler üretilebilecektir. Ayrıca, farklı dilleri konuşan üyelerin bulunması kurumun fonksiyonuna arttıracaktır.

Ulusal insan hakları kurumunda üyelerin etkili ve aynı zamanda gelecekteki iş olanakları açısından kaygılanmadan çalışabilmeleri için görev süresi beş yıl olmalıdır. Üyelerin görevden alınması, ancak görevin kötüye kullanıldığına dair kanıtlar varsa bizzat kurum tarafından üyelerinin çoğunluk oyu (örneğin 2/3 ya da 3/4) ile mümkün olabilmelidir. Kurumda sürekliliği sağlamak için basamaklanmış bir görev süresi sistemi kullanılmalıdır.

Ulusal insan hakları kurumu, yürüteceği çalışmalar için gerekli olan personeli sadece kendi belirlediği gereklilikler ve kriterler dâhilinde seçme ve işe alma yetkisine sahip olmalıdır. Ayrıca kendi usul kurallarını geliştirme konusunda da tek yetkili olmalıdır.

• **Ulusal İnsan Hakları Kurumu Habersiz ve Sınırsız Ziyaret Yetkisine Sahip Olmalıdır.**

Paris İlkeleri'nin 4(1). maddesinde, ulusal kurumların görev alanlarından birinin de kişilere işkence ve kötü muameleyle karşı sağlanan korumanın daha da güçlendirilmesi için alıkonulma yerlerine ziyaretler yapılması olduğu belirtilmektedir.

TİHV, kurulduğu 1990 yılından bu yana işkence ve kötü muamele görmüş 12 binden fazla kişiye tedavi ve rehabilitasyon hizmeti sunan, işkencenin önlenmesi konusunda yoğun uğraşlar veren uzman bir kuruluş olarak ülkemizdeki işkence gerçeğinin en yakın tanığıdır. Bu bakımdan, oluşturulacak ulusal kurumun önleme görevini etkin biçimde yapabilmesi için hak ihlallerinin gerçekleştirilebileceği tüm yerleri *habersiz olarak ziyaret edebilmesi ve bu yetkinin de sınırsız olması* çok önemli ve gereklidir.

• **Ulusal İnsan Hakları Kurumu Raporlar Düzenleyerek Kamuoyuna Hesap Verebilmelidir.**

Ulusal insan hakları kurumu gerçekleştirdiği insan hakları ihlallerini izleme, inceleme ve ziyaret faaliyetlerinin sonuçlarını mutlaka raporlaştırarak hiçbir sınırlama olmaksızın kamuoyu ile paylaşma yetki ve sorumluluğuna sahip olmalıdır.

Ancak kurumun bu sorumluluğunu sağlıklı ve etkin biçimde yerine getirebilmesi için hiçbir kamu kurumu inceleme alanı dışında bırakılmamalıdır. Kurum, her türlü bilgi ve belgeye ulaşma imkânına sahip olmalı, belge ve bilgiyi sunmaktan imtina eden kamu görevlileri hakkında yaptırım gücü bulunmalıdır. Aynı şekilde kurumun tüm kamu görevlilerinin ve özel kişilerin tanıklığına başvurması mümkün olmalıdır.

• **Ulusal İnsan Hakları Kurumu Tavsiyelerde Bulunma Yetkisine Sahip Olmalıdır.**

Paris İlkeleri'ne göre, ulusal kurumlar yürürlükteki yasa ve düzenleyici işlemlerle, yasa tasarı ve tekliflerini inceleme, mevzuatın temel insan haklarıyla uyumlu olmasını güvenceye almak için uygun gördüğü tavsiyelerde bulunabilme ve gerekiyorsa yeni kanunlar hazırlanması, yürürlükteki kanunların değiştirilmesi ve yeni idari önlemler alınması veya mevcut önlemlerin değiştirilmesi için tavsiyelerde bulunabilmelidir⁴.

• **Bir Ulusal Kurumun Üyeleri Görev Güvenceleriyle Donatılmalıdır.**

Oluşturulacak ulusal insan hakları kurumunun görev ve işlevlerini etkin ve bağımsız olarak yerine getirebilmesi için kurumun üyeleri gerekli ayrıcalık ve dokunulmazlığa sahip olmalıdır. Bu bakımdan, Birleşmiş Milletler Ayrıcalıklar ve Dokunulmazlıklar Sözleşmesi'nin 22 ve 23. bölümleri ulusal insan hakları kurumunun üyelerinin ayrıcalık ve dokunulmazlıkları için de model olarak kabul edilmelidir.

Buna göre kurum üyelerinin üyelikleri süresince ve görevleriyle bağlantılı olarak:

- Gözaltı ya da tutuklanma veya kişisel eşyalarına el konulmasına karşı dokunulmazlık,
- Kâğıt ve belgelerine el konulması ya da denetlenmesine karşı dokunulmazlık,
- İletişim ve yazışmalara müdahale edilmemesi;

Üyelik süresi boyunca ve sonrasında ise:

- Görevleri kapsamında söyledikleri, yazdıkları ya da yaptıkları ile ilgili hukuksal işlemler karşısında dokunulmazlık, sağlanmalıdır.

Bu ayrıcalık ve dokunulmazlıklar, kişisel olarak tek tek her kurul üyesi için geçerli olmalıdır. Ne var ki, bunlar üyenin kişisel yararını değil, ulusal insan hakları kurumunun bağımsızlığını güvence altına alma amacını taşıdığı için tekil vakalarda, ulusal kuruma tanımlanmış koşullar çerçevesinde, üyelerinin tümünün açık ve çoğunluk oyuyla (örneğin 2/3 ya da 3/4) dokunulmazlığın kaldırılması yetkisi verilebilir.

• **Ulusal İnsan Hakları Kurumunun Kuruluş Yasasında Üyelerin Atanma Prosedürleri, Üyelik Kriterleri, Üye Kompozisyonları, Görev Süreleri, Görevden Alma ve İtiraz Usulü Açıkça Belirtilmelidir.**

Atama prosedürü ulusal kurumun bağımsızlığını ve çoğulculuğunu sağlamanın en önemli yoludur. Bu bakımdan hükümetin herhangi bir yürütme organı tarafından atama yapılması doğru değildir. Ancak esasa ilişkin bu karar, oluşturulacak ayrı bir birim tarafından verildikten sonra, atama, Cumhurbaşkanı tarafından gerçekleştirilebilir. Süreç her bakımdan açık ve şeffaf olmalıdır. Atama sürecinde doğrudan insan hakları ve her türlü ayrımcılığa karşı mücadele alanlarında aktif olarak çalışan ve bu bakımdan ulusal ve uluslararası düzeyde kabul görmüş sivil toplum kuruluşlarına, akademilerin insan hakları konusunda çalışma yapan birimlerine ve bağımsız uzmanlara danışılması zorunlu olmalıdır. İdeal olanı, anılan kesimlerin temsilcilerinin de içinde yer aldığı özel bir atama biriminin oluşturulmasıdır.

Paris İlkeleri'nin "Oluşturulma Biçimleri ve Bağımsızlık ile Çoğulculuk Güvenceleri" başlıklı ilkesinde, ulusal insan hakları kurumu üyelerini, *insan hakları ve ayrımcılığa karşı mücadele alanlarında sorumluluk üstlenen sivil toplum kuruluşları, sendikalar, avukatlar, doktorlar, gazeteciler ve önde gelen bilim insanları örgütleri gibi ilgili sosyal ve meslekî örgütlerin; felsefi veya dinî düşünce akımlarının; üniversiteler ve nitelikli uzmanların; parlamentonun temsilcileri olarak* sıralamaktadır.

Çok genel bir ifadeyle, *insan türünün her üyesinin haklarda ve insan onuruna sahip olmada eşit olduğunu, insan haklarının bütünselliğini ve devredilemezliğini kabul etmek ve insan hakları ve ayrımcılığa karşı mücadele alanlarına yönelik çalışmalar yapmış olmak üyelik için temel kriter* olmalıdır.

⁴Paris İlkeleri, para. 3 (a) (2).

⁵Örneğin Danimarka Ulusal İnsan Hakları Kurumu'nun karar organı olan konseyde bakanlık temsilcileri yer almakla birlikte oy hakları bulunmamaktadır (Bkz. <http://www.humanrights.dk/frontpage/>).

Mevzuat ve Uygulamalar Işığında **CEZASIZLIK OLGUSU**



TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VAKFI

TİHV Genel Merkezi

Akbaş Mh. Sarıca Sk. No: 7 Hamamönü,
Altındağ 06080 ANKARA
Tel: (312) 310 66 36
Faks: (312) 310 64 63
E-posta: tihv@tihv.org.tr
www.tihv.org.tr

TİHV İstanbul Temsilciliği

Sıraselviler Cd. Hocaade Sk.
No: 8 Beyoğlu / İSTANBUL
Tel: (212) 249 30 92
Faks: (212) 251 71 29
E-posta: tihv@tihvistanbul.org

TİHV İzmir Temsilciliği

1432. Sk. Eser Apt. No: 5/10
Alsancak / İZMİR
Tel: (232) 463 46 46
Faks: (232) 463 91 47
E-posta: tihvizm@dsl.ttnet.net.tr

TİHV Adana Temsilciliği

Kurtuluş Mh. 19. Sk. A Blok
No: 23/2 ADANA
Tel: (322) 457 65 99
Faks: (322) 458 85 66
E-posta: tihvadana@yahoo.com

TİHV Diyarbakır Temsilciliği

Lise Cd. Eyyüp Eser Apt.
No: 8/2 Yenişehir / DİYARBAKIR
Tel: (412) 228 26 61
Faks: (412) 228 24 76
E-posta: tihvdbakir@ttnet.net.tr