

YAŞAMA HAKKI VE İŞKENCE YASAĞI (Yasak Sorgu Metodları)

Prof.Dr.Bahri ÖZTÜRK()*

Giriş: Konuya İlişkin İlkeler

I- Kişi Dokunulmazlığı

Buna göre herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Mahkemelerden verilen ölüm cezalarının yerine getirilmesi hali ile meşrû müdafaa hali, YAKALAMA, TUTUKLAMA kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklunun... kaçmasının önlenmesi, bir isyanın veya ayaklanmanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silâh kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, bu hüküm dışındadır (m. 17/1, 3 AY, m. 2 İHAS, m. 16 PVSK, ayrıca bkz. m. 3 İHEB, m. 6,7 MvSHS).

II- Kanun Önünde Eşitlik

Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir (m. 10 AY, m. 2, 10 İHEB, m. 14 İHAS, m. 2/1, 3, 23/4, 26 MvSHS). Bu durumda sanıklar arasında bu tür ayrımlar yapmak, örneğin bir kimse hakkında, dinî veya felsefî inancı veya etnik kökeni veya derisinin rengi yüzünden hazırlık soruşturmasına başlamak; yakalama, tutuklama, arama ve/veya elkoyma kararları vermek veya ceza davası açmak insan hakları ihlâlidir ve cezaî sorumluluğu gerektirir (örneğin m. 183, 194, 216, 228, 233, 240, 244, 245 TCK.).

III- Hukuk Devleti İlkesi

1982 Anayasasının 2. maddesinde Türkiye'nin bir hukuk devleti olduğu yazılıdır. Aşağıda göreceğimiz insan hakları ile ilgili bütün ilkelerin anası, kaynağı durumunda bulunan hukuk devleti ilkesine göre, yasama, yürütme ve yargı gücünü yani egemenlik adı verilen muazzam gücü Millet adına kullanan Anayasal organlar bu gücü sadece hukukun genel ilkeleri, Anayasa ve kanunlar çerçevesinde insan haysiyetini korumak, insan hakları ile temel hak ve hürriyetleri gerçekleştirmek, adaleti ve hukuk güvenliğini sağlamak amacıyla kullanabilirler. Bu onların meşruluğunun temelini teşkil eder. Ana-

(*) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

yasa Mahkemesi de hukuk devleti kavramını bu şekilde anlamaktadır¹.

Görüldüğü gibi hukuk devleti üç sütun üzerine inşa edilmiştir.

Bunlar:

1. İnsan haklarının gerçekleştirilmesi,
2. Adaletin sağlanması,
3. Güvenliğin temin edilmesidir.

IV- İnsan Haysiyetinin Korunması (Dokunulmazlığı) İlkesi

Alman Anayasası insan haysiyeti kavramına, en üst değer olarak birinci maddesinde yer vermiş ve bunu değerler sisteminin odak noktası yapmıştır. İnsanlığın üzerine bir kabus gibi çöken ve insanı basit bir araç haline getiren Nazi düzenini yaşamış insanların, bu korkunç düzenden kurtulur kurtulmaz yaptıkları Anayasa ile böyle bir tepki göstermeleri, Hitler döneminin tüyler ürpertici tecrübelerini yaşamak zorunda kalmamış olan öteki insanlar bakımından daima hatırdâ tutulması gereken çok önemli bir mesajdır.

Türk Anayasakoyucusu da bu mesaja kulak vermiş ve 5. m.de, “*devletin temel amaçları ve görevleri,İNSANIN MADDÎ ve MANEVÎ VARLIĞININ gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktadır*” hükmünü sevk etmiştir. Öte yandan m. 17/3’de de, “*kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse İNSAN HAYSIYETİYLE bağdaşmayan bir cezaya ve muameleye tâbi tutulamaz*” denilerek, insan haysiyetine verilen önem dile getirilmiştir.

Anayasal açıdan ahlakî değil, bağlayıcı bir hukukî değer olan insan haysiyetinden vazgeçmek mümkün değildir. Bu nedenle, örneğin işkence, rızaya dayansa da, kabul edilemez; ileride göreceğimiz gibi, bu suretle elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılamaz.

İnsan haysiyeti konusunda, doktrindeki yazarlar büyük ölçüde aşağıdaki tanımda birleşmişlerdir:

“*İnsan haysiyeti, bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve kendi çevresini şekillendirme yeteneği veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran ruhtur, manevî güçtür.*” Son bir tahlilde insan haysiyeti adı verilen değer HÜR İRADE olduğu söylenebilir. İnsanı obje haline getiren ve kişiliği nedeniyle sahip olduğu değerinkarı anlamına gelen her türlü işlem insan haysiyetine aykırıdır.

V- İşkence Yasağı

1982 Ay m. 17/3’de, İHEB m. 5’de, İHAS m. 3’de, MvSHS m. 7’de ve CMUK m.135’a da hiç kimseye işkence ve eziyet yapılamaz denilmek suretiyle bu yasa son derece açık bir şekilde ifade edilmiştir. Öte yandan TCK m. 243’de işkence ağır bir suç ola-

¹ AMKD c.14 s.189.

rak düzenlenmiştir. Burada son olarak aşağıda ele alınacak olan İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler ve Avrupa Sözleşmelerine de işaret edilmelidir.

Yargıtay, ifade alma ve sorgu sırasında vukubulabilen işkencenin önlenmesi amacıyla son derece cesur kararlar vermiştir. Yüce Mahkeme, bizim tespitimize göre, bu konuda 1.4.1985’de verdiği ilk kararında, ikrarın delil niteliğinde olabilmesi için: 1) ikrar olunan OLAYIN MÜMKÜN OLMASI, 2) HÂKİM HUZURUNDA OLMASI, 3) GERİ ALINMAMASI VE 4) YAN DELİLLERLE DE DESTEKLENMESİ gerektiğini açıklamıştır. Bu kararı daha sonra diğerleri takip etmiş; Yargıtayın bu görüşü istikrarlı hale gelmiştir².

AİHS m. 3, işkence, insanlık dışı veya alçaltıcı ceza veya muameleyi yasaklamaktadır. Söz konusu hüküm, AİHS’nin herhangi bir sınırlama nedenine bağlı olmayan tek hükmüdür. AİHS m. 15/ II’ye göre bu yasağın, olağanüstü durumlarda bile ortadan kaldırılması söz konusu değildir. AİHS m. 3’de kullanılan kavramlar oldukça geniştir ve belirsizliği nedeniyle sözleşme organlarının kararlarıyla somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda özellikle “insanlık dışı” veya “alçaltıcı muamele” kavramlarının Avrupa kamu düzeninin geçerli ortak standartlarına uygun olarak yorumlanması gerekir³.

AİHK, Yunanistan aleyhine Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda tarafından yapılan devlet başvurusu üzerine verdiği kararda, öncelikle işkencenin her halde insanlık dışı veya alçaltıcı muamele olduğunu, insanlık dışı muamelenin de her halde alçaltıcı sayılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Daha sonra Komisyon, insanlık dışı muameleyi, kasten ağır fiziki veya psikolojik acıya yol açan davranışlar olarak tanımlamıştır. Mahkemeye göre AİHS m. 15’den de açıkça ortaya çıktığı üzere, ne AİHS ve ne de insancıl savaş hukuku, olağanüstü hal veya savaş durumunda bile insanlık dışı muameleye olanak tanımamaktadır.

AİHM, ilk kez Birleşik Krallığa karşı İrlanda kararında AİHS m. 3’e ayrıntılı olarak değinmiştir. Mahkeme, öncelikle bir muamelenin AİHS m. 3’e yönelik ihlal olarak değerlendirilebilmesi için belirli **bir ağırlığa ulaşması** gerektiğini vurgulamıştır. Bu konuda bir değerlendirme yapılırken de, somut olayın bütün koşulları, özellikle süre, psikolojik ve fiziki sonuçlar, ilgilinin cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bağlamda İngiliz güvenlik güçlerince sorgu sırasında baş vurulan “**beş teknik**”in önemli psikolojik ve fiziki acıya yol açtığı ve sorgu sırasında psikolojik rahatsızlıklara neden olduğu için insanlık dışı sayılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Beş teknik olarak adlandırılan bu yöntemde ilgilinin gözleri bağlı uzun süre duvara yaslan-

² Yar. CGK. 1.4.1985, 6/511-182 (Erdurak, s.214); Yar. CGK. 2.2.1987, 314/18; Yar. CGK. 16.2.1987, 6-271/50 (Uygun-Savaş-Mollamahmutoğlu, s.147, 194); Yar. CGK. 21.9.1987, 1-203/367 (YKB 1990, s.7567 vd.); Yar. CGK. 17.4.1989, 1-90/144 (İKİD 1989, s.6542 vd.); Yar. CGK. 25.6.1990, 9-156/188, YKD Kasım 1990, s.1704 vd.; Yar. CGK. 25.6.1990, 9-156/188, YKD Kasım 1990, s.1704 vd.; Yar. CGK. 4.6.1990, 1-139/163, YKD Ekim 1990, s.1544 vd.; Yar. CGK. 10.12.1990, 6-257/335, YKD Mart 1991, s.420 vd.; Yar. CGK. 11.3.1991, 1-28/68, YKD Şubat 1992 s.256 vd.

³ Frowein/Peukert, Art.3 no.1

rak beklemek zorundaydı. Yeme ve içme asgariye indirilmişti. Eğer ilgili uykuya dalar ise derhal uyandırılmakta ve tekrar duvara yaslanması sağlanmaktaydı. AİHM'ne göre bir kimsenin geri gönderileceği devlette kötü muamele ile karşılaşma tehlikesi altında bulunması da AİHS m. 3'ün ihlali sonucuna yol açar⁴.

Türkiye ile ilgili olarak AİHM'ye yapılan başvurulardan *Sur* davası 12.9.1997 tarihinde; *Gelgeç/Özdemir* davası 1.3.2001 tarihinde; *Çavuşoğlu* davası 6.3.2001 tarihinde dostane çözümle bitirilmiş; 25.9.1997 tarihli *Aksoy ve Aydın kararları*; 24.4.1998 tarihli *Selçuk ve Asker* kararı, 25.5.1998 tarihli *Kurt* kararı, 9.6.1998 tarihli *Tekin* kararı, 8.7.1999 tarihli *Çakıcı* kararı Türkiye'nin mahkumiyeti ile sonuçlanmıştır. AİHM, örgütlü terörizmle ve suçla mücadele alanı gibi benzer durumlarda dahi bu hükme aykırılığın Sözleşme tarafından yasaklandığını belirtmiştir.

VII- Maddî Gerçeğin Araştırılması İlkesi

Ceza Muhakemesinde, medenî muhakemeden farklı olarak, şekli gerçeğe yetinilmeyip işin esası araştırılır⁵. Yargıtayımızın 19.4.1993 tarihli bir kararına göre; ceza yargılamasının amacı hiç bir duraksamaya yer vermeden maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu araştırmada, yani gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir. GERÇEK; akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır. Yoksa bir takım VARSAYIMLARA DAYANILARAK SONUCA ULAŞILMASI, Ceza Yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır, Ceza Yargılamasında kuşkunun bulunduğu yerde, mahkûmiyet kararından söz edilemez. Bu ilke evrenseldir⁶.

Öte yandan, örneğin CMUK m. 153'de, savcının işin hakikatini araştırmak mecburiyetinde olduğu açıklanmakla bu ilkeye işaret edilmiştir. Ancak bir hukuk devletinde, maddî gerçeğin *her ne pahasına olursa olsun* araştırılması kabul edilmemekte; de-

⁴ AİHM'nin 20.3.1991 tarihli İsveç'e karşı Cruz Varas ve diğerleri kararı, Kararlar Rehber, no.261. Ancak bu karara konu olayda eldeki delillere göre başvurunun gönderileceği Şili'de kötü muamele ile karşılaşma tehlikesinin ispat edilmemesi nedeniyle, AİHS m. 3'e aykırılık görmemiştir.

⁵ Bu ilkeye büyük önem veren Yargıtay, bazı hükümleri EKSİK SORUŞTURMA yapıldığı gerekçesiyle bozmaktadır. Yar. 6. CD. 15.6.1989, 4658/6030, YKD Ekim 1989, s.1503 vd.; Yar. 9. CD. 25.5.1989, 953/2761, YKD Kasım 1989, s.1665 vd., Yar. 9. CD. 1.4.1993, 671/1620, YKD Eylül 1993, s.1439 vd.; Yar. 1. CD. 29.1.1993, 2925/105 YKD Mayıs 1993, s.769 vd. Yine Yargıtay çeşitli kararlarında *çelişki* bulunduğu bahisle bidâyet mahkemesinin hükmünü bozmuştur; örneğin Yar. CGK. 20.5.1991, 1-131/166, YKD Haziran 1992 s.928 vd.; Yar. 1.CD., 4.5.1993, 567/974, YKD Aralık 1993, s.1872 vd. İlke konusunda gbi. bkz. Schmidt, s.67 vd.; Roxin, § 15 no. 2 vd.; Kühne, no. 297 vd.; Pfeiffer, no.7; Baumann, s.38; Henkel, (Lehrbuch) s.104; Platzgummer, Grundzüge des österreichischen Strafprozessrechtes, Wien 1977, s.19; Hauser, Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Basel-Stuttgart 1978, s.129. Tarihçe için bkz. Spindel., Wahrheitsfindung in Strafprozess, JS 1964, s.465 vd.; Kleinknecht/Meyer-Goßner, Einl. 10 Baumann, s.38; von Hippel, Der Deutsche Strafprozess Lehrbuch Marburg 1941 s.313, Stresl, s.1, 2.; Rulf-Geleispach, Die österreichische Strafprozess, Wien-Leipzig 1913, s.4 vd. İlkenin bugün kriz içinde bulunduğu söylenmektedir (Roxin, § 15.4 vd.)

⁶ Yar. CGK. 19.4.1993, 6-79/108 (YKD Ekim 1993, s.1564 vd.)

lil yasakları ile bu ilkeye bazı sınırlar getirilmektedir.

Maddi gerçeğin araştırılması ilkesinin sonucu olarak, mahkeme, muhakemeye katılanların iddiaları, özellikle de sanığın itirafı ile bağlı değildir. Yine medeni yargılamanın aksine yoklukta muhakeme istisnaidir (Bkz. m.213/2, 409 HUMK). Sanığın duruşmaya gelmemesinden, onun suçluluğu sonucu çıkarılamaz. Nihayet mahkeme, ileri sürülen delillerle bağlı değildir, kendiliğinden delil araştırabilir. Oysa medeni yargılamada, tarafların ileri sürmediği iddiaları hakim kendiliğinden göz önüne alamayacağı gibi, bunları hatırlatmada dahi bulunamaz (m. 75/1 HUMK).

İlerde de göreceğimiz gibi, maddi gerçeğin araştırılması ilkesinin sınırını *delil yasakları* oluşturur.

AİHM, öteden beri devletin yaşama hakkını koruma yükümlülüğünün (AİHS m. 2), bireylerin yaşamını yitirmesi durumunda etkili bir soruşturma yapma yükümlülüğünü de içerdiğini belirtmektedir⁷. Nitekim AİHM, *Güleç kararında* olayın aydınlatılması bakımından son derece önemli iki tanığın dinlenmemesi, kurşun parçasının geldiği doğrultu ve bu kurşunu ateşleyen silahın konumunun belirlenmemesi, parçanın metalurjik analizinin yapılmamasına büyük önem vermiş ve ne şiddetli silahlı çatışmaların varlığı ne de Güneydoğu'daki güvenlik durumundan kaynaklanan yüksek ölüm oranlarının, AİHS m. 2 kapsamında etkili ve bağımsız bir soruşturma yürütme yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir. AİHM, 14.12.2000 tarihli *Gül kararında* ve 21.11.2000 tarihli *Demiray Kararında* da, başvurucunun ölümü ile ilgili MMK nedeniyle etkin bir soruşturma yapılamadığı için AİHS m.2'nin ihlaline karar vermiştir. AİHM 16.11.2000 tarihli *Bilgin Kararında*, 28.3.2000 tarihli Mahmut Kaya kararına da gönderme yaparak, başvuranın konutu ile eşyasının yakılmasına neden olan koşullarla ilgili etkin bir soruşturma yapmak yükümlülüğünü vurgulamış ve Türkiye'nin güneydoğusunda 1990-1995 yılları arasında Ceza Kanununda öngörülen korumanın etkinliğinin zayıflamasının yapılan soruşturma sisteminde boşluklar yarattığını, bunun da güvenlik güçleri mensuplarını fiillerinin hesabını vermeme, hatta bu durumdan yararlanma imkanı verdiğini hatırlatmıştır. Üstelik Türkiye'nin güneydoğusundaki idari makamların, bu soruşturmaları bağımsız bir şekilde yapabilme gücü konusunda da ciddi şüpheler dile getirilmiştir.

Görülüyor ki, memurlar açısından getirilen özel yargılama kuralları, gerek işkence ve gerekse gözaltında kayıplar açısından maddi gerçeğin araştırılması ilkesinin bir sonucu olarak etkin bir soruşturma yapılmasını engellediği için birçok olayda Türkiye'nin mahkum edilmesi sonucuna yol açmıştır. Her ne kadar söz konusu kanunun yerine geçen MvGKGYUK, memurların görev suçları açısından MMK'ya göre bazı iyileştirmeler öngörmekte ise de, bunun AİHS'ne yönelik ihlalleri ortadan kaldırmak açısından yeterli olduğunu söylemek olanaksızdır. Bu nedenle söz konusu kanunun yürürlükten kaldırılması yerinde olacaktır. Bu kararların ortaya koyduğu diğer bir gerçek de, savcıların,

⁷ AİHM'nin 27.7.1999 tarihli Güleç kararı, Yargı Mevzuatı Bülteni, 5 Aralık 2000, S.130, s. 62; AİHM'nin 27.9.1995 tarihli İngiltere'ye karşı Mc Cann ve diğerleri kararı

bilgilerine ulaşan suç duyurularını bütün yönleriyle incelemeleri ve bütün delillere ulaşmak için her türlü çabayı göstermek zorunda olmalarıdır.

VIII- Davasız Yargılama Olmaz İlkesi

Bir fiilin yargılanmasına başlanabilmesi için, kural olarak, o fiilin suç teşkil ettiğinin ve failin cezalandırılması gerektiğinin ileri sürülmesini ifade eden ilkeye *davasız yargılama olmaz* ilkesi denmektedir⁸. Kanunumuz, *son tahkikatın başlaması kamu davasının açılmasına bağlıdır* (m. 147 CMUK); *“hükmün mevzuu, duruşmanın neticesine göre iddianamede gösterilen fiilden ibarettir”* (m. 257 CMUK); *“sanık ... iddianamede kanuni unsurları gösterilen suçun temas ettiği kanun hükmünden başkasıyla mahkum edilemez”* (m. 258/1 CMUK)⁹ ve *“sanığın iddianamede yazılı suçtan başka bir suç işlemiş olduğu duruşma sırasında ortaya çıkarsa Cumhuriyet Savcısının talebi ve sanığın muvafakatiyle duruşması yapılan işle birleştirilebilir”* (m. 259/1 CMUK) hükmüne yer vermekle bu ilkeyi açıkça ifade etmiş olmaktadır¹⁰.

Yargılama makamının iddia ve savunma karşısındaki durumu bakımından üç sistemden söz edilir¹¹. Bir kimsenin fail olarak cezalandırılması için başka bir kimse tarafından itham edilmesini ve itham edenin failin suçlu olduğunu ispat etmesini öngören sisteme *itham sistemi* denir¹². Bu, ferdiyetçi ve liberal düzenle ilgili bir sistemdir. Bu sistem, Ortaçağda otoriter devletlerin kurulmasıyla yerini *tahkik sistemi* denilen ve muhakeme makamları sadece yargılama makamlarından ibaret olan ve sanığın muhakeme kişisi değil de muhakeme objesi olarak gören başka bir sisteme bıraktı. Bu iki sistemin yanında bir de *karma sistem* vardır¹³. Bu sistem 1789 Fransız İhtilâlinde sonra tahkik sistemine tepki olarak ortaya çıkmıştır. Bu sistemin esasları şunlardır: 1) Hâkim işe re'sen elkoyamaz; davasız yargılama olmaz. Dava, kural olarak devletin davasıdır ve bunun için savcılık teşkilâtı kurulmuştur. 2) Hâkim, tarafların delilleriyle bağlı değildir (CMUK m.257/2); maddi gerçeğin araştırılması kuraldır. 3) Sanık bir muhakeme objesi değil, muhakeme kişisidir, bazı hakları ve yükümlülükleri vardır.

⁸ Tosun, c.1, s.356; Yurtcan, s.30 vd.; Roxin, § 13 no. 1 vd.; Kühne, no. 311 vd.; Baumann, s.28 vd.; Bertel, s.8 vd.; Kleinknecht/Meyer-Gossner, § 151; Löwe/Rosenberg, 24. Auflage 10, § 151; Schmidt, s.58.; Yüce, Alman-Türk Ceza Muhakemeleri Usûlünün Prensipleri, AD. sy.9 Eylül 1960, s.639 vd.; Mittermaier, C.J., Die Mündlichkeit, Stuttgart. Tübingen 1845 s.281 vd.; Cihan/Yenisey, no.32; Pfeiffer, no.3

⁹ Yar. 4CD 8.3.1994 9798/1945 (YKD Ağustos 1994, s. 1357 vd.); Yar. 3CD 6.5.1998 3551/4900 (YKD Temmuz 1998, s. 1078).

¹⁰ Yurtcan, s.31.

¹¹ Kunter/Yenisey, no. 34 vd

¹² Kunter/Yenisey, no.35, Tahkik sistemi için bkz. Kunter/Yenisey, no.36.

¹³ Kunter/Yenisey buna işbirliği sistemi demektedir (no.37).

IX- Koğuşturma Mecburiyeti İlkesi- Maksada (Maslahata) Uygunluk İlkesi

Bir fiilin işlendiği haberinin alınması üzerine, bu fiilleri takibe yetkili makamlar tarafından derhal hazırlık soruşturmasına başlanmasını (m. 153/1 CMUK); bunun neticesinde, ceza veya emniyet tedbiri takibini gerektirecek hususlarda fiilin ve failin belli olması, yeterli emareler teşkil edecek vakıaların bulunması, yani şüphelerin ciddî olduğunun tespit edilmesi ve dava şartlarının gerçekleşmiş olması durumunda, yetkili makam tarafından kamu davasının açılmasını (m. 148 CMUK); nihayet, açılan kamu davasının, muhakeme sonuçlanıncaya kadar savcılıkça yürütülmesini ifade eden ilkeye koğuşturma mecburiyeti ilkesi denir¹⁴.

Görüldüğü gibi burada koğuşturma mecburiyeti ilkesi¹⁵ başlığı altında ele alınması gereken üç ayrı ilke vardır. Bizim “alt ilke” olarak değerlendirdiğimiz bu ilkeler şunlardır:

- 1- Araştırma mecburiyeti ilkesi (m. 153/1 CMUK),
- 2- Kamu davasını açma mecburiyeti ilkesi (m. 148/2 CMUK) ve nihayet,
- 3- Kamu davasını yürütme mecburiyeti ilkesi.

¹⁴ Gbi. kitabın “SAVCI” başlıklı kısmına bkz. Tanım konusunda ayrıca bkz. **Fezer**, Strafprozessrecht I, München 1986, 7 vd.; **Kapahnke**, Opportunitaet und Legalitaet im Strafverfahren, Forchheim 1982, s.1 vd.; **Malluce**, Opportunitaetsprinzip, Würzburg 1978, s.1 vd.; **Speckert**, Legalitaetsprinzip und Opportunitaetsprinzip, Zürich 1951, s.57 vd.; **Pfeiffer**, Grundzüge des Strafverfahrensrechts München 1987, No.5, **Roxin**, § 14.1 vd.; **Löwe/Rosenberg**, StPO Großkommentar, 10. Lieferung, Berlin u.a. 1986, § 152 I vd.; **Peters**, Strafprozeß, Heidelberg 1985, s.167 vd.; **Schäfer**, Strafprozeßrecht, Berlin u.a. 1976, s.231 vd.; **Schäfer**, Die Praxis des Strafverfahrens, Stuttgart u.a. 1986, s.133 vd.; **Karlsruher Kommentar**, Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, München 1982, s.2, § 152 I vd.; **Kleinknecht/Meyer-Goßner**, § 152 I vd.; **Rüping**, Das Strafverfahren, München 1983, s.93 vd.; **Barwisch/Klapper**, Strafverfahrensrecht, Lübeck 1980, s.14 vd.; **Senge**, Strafverfahren, was jeder davon wissen sollte, Heidelberg 1985, s.15 vd.; **Strasser**, Probleme im Grenzbereich Staatsanwaltschaft und Polizei, Berlin 1979, s.40, 51, **Gundlach**, Die Vernehmung des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren, Frankfurt u.a. 1984, s.24 vd.; **Moos/Steiniger**, Probleme der Strafprozessreform, Linz 1982, s.170 vd.; **Niese**, Die Anklageerzwingung im Verhaeltnis zum Legalitaets- und Opportunitaetsprinzip, SJZ 1950, s.890 vd.; **Oetker**, Legalitaet, Opportunitaet, Klageerzwingung, in: GS 1935, Bd. 105, s.370 vd.; **Jeutter**, Sinn und Grenzen des Legalitaetsprinzips im Strafverfahren, München 1976, s.1 vd.; **Dietz**, Die Anklageerzwingung, Breslau u.a. 1933, s.4., **Scherrer**, Wehrstrafgesetz, Kommentar, München 1975, s.50 vd.; **Steininger**, zur aktuellen Diskussion um das strafprozessuale Legalitaetsprinzip... JBl 1989 s.432 vd.; **Heyden**, Bergiff, Grundlagen und Verwirklichung des Legalitaetsprinzips und des Opportunitaetsprinzips, Winterthur 1961, s.1 vd.; **Schürer**, Die Entwicklung des Legalitaetsprinzips seit der Emmingerschen Verordnung, Hamburg 1965, s.1 vd.; **Shin**, Anklagepflicht und Opportunitaetsprinzip im deutschen und koreanischen Recht, Pfaffenweiler 1984, s.1 vd.; **Gössel**, Strafverfahrensrechts II, Stuttgart u.a. 1979, s.29 vd.; **Marquardt**, Die Entwicklung des Legalitaetsprinzips, Mannheim 1982, s.12 vd.; **Kramer**, Grundbegriffe des Strafverfahrensrecht, Stuttgart u.a. 1984, s.109 vd.; **Schmidt**, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Göttingen 1957, § 152 I vd.; **Lange**, Fehlerquellen im Ermittlungsverfahren, Heidelberg 1980, s.185 vd.

¹⁵ Alman Anayasa Mahkemesi 1982 tarihli bir kararında koğuşturma mecburiyeti ilkesini, “Her şüpheliye karşı takip mecburiyeti” şeklinde tanımladıktan sonra, bunun her şüpheli kişi hakkında hazırlık soruşturmasına başlanmasını da içerdiğini açıklamıştır. (**Lemke**, Höchststrichterliche Grundsatzentscheidungen zum Strafrecht GrEzSt, Neuwied u.a. 1984, No.4, s.377).

Bir fiilin işlendiği haberinin alınması üzerine, suçu takibe yetkili makamlar tarafından derhal hazırlık soruşturmasına başlanmasını ifade eden alt ilkeye “araştırma mecburiyeti ilkesi”; hazırlık soruşturmasının neticesinde fiilin takibini gerektirecek hususlarda fiilin ve failin belli olması, yeterli emareler teşkil edecek vakıaların bulunması, başka bir ifade ile, şüphelerin ciddî olduğunun tespit edilmesi ve dava şartlarının gerçekleşmiş olması durumunda yetkili makam tarafından kamu davasının açılmasını ifade eden alt ilkeye “kamu davasını açma mecburiyeti ilkesi” ve nihayet, açılan kamu davasının, muhakeme sonuçlanıncaya kadar yürütülmesini ifade eden ilkeye de “kamu davasını yürütme mecburiyeti ilkesi” denmelidir.

“Bir fiilin işlendiği haberinin alınması üzerine, bu fiilleri takibe yetkili makamlar tarafından derhal hazırlık soruşturmasına başlayıp başlamamakta; hazırlık soruşturmasının neticesinde ceza ve emniyet tedbiri takibini gerektirecek hususlarda fiilin ve failin belli olması, yeterli emareler teşkil edecek vakıaların bulunması yani şüphelerin ciddî olduğunun tespit edilememesi durumunda savcının kamu davasını açıp açmamakta; ve nihayet kamu davasını muhakeme sonuçlanıncaya kadar yürütüp yürütmemekte takdir yetkisinin bulunduğunu” ifade eden ilkeye *maslahata (maksada) uygunluk ilkesi (oportunitate ilkesi)* denmektedir¹⁶.

Hukukumuzda koğuşturma mecburiyeti ilkesi geçerli bulunduğundan, maslahata uygunluk ilkesine ancak istisna olarak yer verilmektedir. Bunun nedeni keyfilik yasağıdır. Çünkü bu ilke geçerli olmadığı durumlarda, uygulamanın tekliği ortadan kalkmış olacağı gibi, kanun önünde eşitlik ilkesi de zedelenir¹⁷.

X.Konuya İlişkin Temel Haklar

I- Hak Arama Hakkı

Bir hukuk devletinde herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir. Hiç bir

¹⁶ Malluche, s.1 vd.; Jeutter, s.7 vd, 12 vd.; Kapahnke, s.1 vd.; Strasser, s.41 vd.; Shin, s.147 vd.; Pfeiffer, no.6; Müller, Das Opportunitätsprinzip im Kanton Aargau, Aarau 1972, s.1 vd.; Bloy, Zur Systematik der Einstellungsgründe im Strafverfahren, GA 1980, s.161 vd.; Kausch, Der Staatsanwalt, ein Reichter vor der Richter? Berlin 1980, s.240 vd.; Keller, Zur gerichtlichen Kontrolle, prozessualer Ermessenentscheidung der Staatsanwaltschaft in: GA 1983, s.511 vd.; Kerl, Staatsanwaltschaft und Polizei, DRIZ 1985, s.6 vd.; Odersky, Staatsanwaltschaft, Rechtspflege und Politik, Festschrift für Karl Bengl, München 1984, s.58 vd.; Liebehentze, Opportunitätsprinzip und Legalitätsprinzip in England, Marburg 1971, s.1 vd.; Homann, Der Begriff, des “Öffentlichen Interesses” in den § 376, 153, StPO und 232 StGB, Göttingen 1971, s.147 vd.; Weigend, Das “Opportunitätsprinzip” zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Systemeffizienz, ZStW 1997, s. 103 vd. Yine bkz. No.175, dn.9. Yeterli delil bulunmasına rağmen savcılığın dava açmaması durumunda, bu ilke gereğince, onu dava açmaya zorlayacak yollar kabul edilmiştir. Bunlardan biri idarî yoldur (m.148/3, son CMUK), ikincisi ise “koğuşturma davası” adı verilen yargısal yoldur (m.165 vd. CMUK). Gbi. bkz. Tosun, c.2 s.62 vd.; Kunter/Yenisey, no.426 vd.; Dietz, Die Anklageerzwingung, Breslau-Neukirch 1933 s.4 vd.

¹⁷ Pfeiffer, no.5

mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz (m. 36 AY, m. 8 İHEB, m. 6 İHAS)¹⁸.

II- İsnadı ve Hakları Öğrenme Hakkı

1. İsnadı Öğrenme Hakkı

Her sanık, şahsına tevcih edilen isnadın mahiyet ve sebebinden en kısa bir zamanda, anladığı bir dille ve etraflı surette haberdar edilmek; müdafaasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara malik olma hakkına sahiptir (m. 6/3 İHAS m. 9/2 MvSHS).

AY m. 19/3'de yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak DERHAL, TOPLU SUÇLARDA EN GEÇ HÂKİM HUZURUNA ÇIKARILINCAYA KADAR bildirileceği açıklanmıştır. Anayasanın toplu suçlar için getirmiş bulunduğu istisnanın hukuk devleti ilkesine uygun düştüğünü söylemek zordur. Bilindiği gibi, toplu suçlarda yakalanan kimseler yol süresi hariç en çok 15 gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Bir hukuk devletinde insanların ne ile suçlandıklarını bilmeden 15 güne kadar göz altında tutulmaları kabul edilemez. Anayasada "en çok 15 güne kadar" denildiğine göre, hukuk devletine inanmış uygulayıcıların bu durumda da suçlamaları derhal bildirmeleri Anayasaya aykırı olmaz.

2. Hakları Öğrenme Hakkı

Şayet sanık artık Orta Çağın aksine bir muhakeme objesi değil, hukuk düzenince bazı haklarla donatılmış ve bu suretle muhakemeye aktif olarak katılması mümkün kılınmış bir muhakeme süjesi ise, ki öyledir, ceza muhakemesindeki haklarının ne olduğunun kendisine mutlaka bildirilmesi gerekmektedir. Aşağıda kısaca ele alacağımız Paris Şartında bu haktan açıkça söz edilmiştir. Burada sanığa kendisi ile ilk temasa geçen yetkili tarafından en azından SUSMA HAKKI ile BİR AVUKAT İLE TEMAS KURABİLME HAKKININ mutlaka bildirilmesi gerekir. Varlığından haberdar olunmayan hak, hiç bir değer ifade etmez ve haklarını bilmeyen sanığın muhakemeye aktif olarak katılabilmesi de mümkün olmaz. Hukukçu oldukları halde çeşitli sebeplerle, bir ceza muhakemesinde ve fakat özellikle hazırlık soruşturması sırasında hangi haklara sahip olduğunu bilmeyenlerin bulunduğu gerçeği dikkate alınırsa, konunun önemi daha iyi anlaşılır. Yukarıda da çeşitli vesilelerle ifade ettiğimiz gibi, sanığa, kendisi ile ilk temasa geçen yetkili tarafından, bazı haklarının, en azından susma hakkı ile bir avukatla temas kurabilme hakkının bulunduğu bildirilmemesi suretiyle konuşması temin edilmiş ve bu yolla bir delil elde edilmeğe, söz konusu delilin muhakemede kullanılması mümkün değildir. Çünkü bu doğrudan doğruya insan haysiyeti ihlâl edilerek elde edilmiş olan bir delildir; ve

¹⁸ Armağan, Hak Arama Hürriyeti ve Ona Bağlı Müesseseler, Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, s. 37 vd.

bu durumda mutlak delil yasağı söz konusudur.

Hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan hakları öğrenme hakkı 3842 sayılı kanunla yeniden düzenlenen CMUK m. 135 'de öngörülmüştür. Nitekim Yüksek Mahkeme, "atılı suçundan dolayı CMUK'nın 236. m.sinin yollamada bulunduğu aynı Kanunun 3842 sayılı Kanunla değişik 135. m.si dairesinde SORGUYA ÇEKİLMESİ GEREKEN SANIĞA, BU MADDE İLE TANINIP SAVUNMAYA İLİŞKİN BULUNAN HAKLARI HATIRLATILMADAN, hatırlatılmış ise bu husus tutanağa geçirilmeden HÜKÜM TESİSİ YASAYA AYKIRIDIR"¹⁹ demek suretiyle bu ilkeye verdiği önemi dile getirmiştir.

III. Muhakemenin Sonuna Kadar Suçsuz Sayılma Hakkı (Masumluk Karinesi)

Anayasada (m. 38/4), İHEB'de (m. 11'de), İHAS'de (m. 6/2) ve MvSHS'de (m. 14/2) açıkça ifade edilen bu hak bir kimsenin suçluluğu hükmen SABİT OLUNCAYA KADAR SUÇLU sayılmasına engel olur. Bu nedenle, özellikle sanıkla ilk temasa geçen yetkili yakaladığı bir kimsenin suçsuz olabileceğini düşünerek ona göre hareket edecektir²⁰. Koğuşturma makamlarının ÖNYARGI ile hareket etmesi veya SUÇLULUK KARİNELERİNE dayanması bu hakkın ihlâli anlamına gelir. Uygulamada tutuklamanın öne alınmış bir ceza olarak görülmesi, CMUK m. 104'deki şartlar bulunmadığı halde bu koruma tedbirine başvurulması, cezaî sorumluluğu gerektiren (örneğin m. 181, 228, 240 244 TCK) bir insan hakları ihlâlidir. Tevilli ikrara dayanarak (no. 403) hüküm verilmesi de insan hakları ihlâllerine yol açar.

Bir ceza muhakemesinde söz konusu olan ŞÜPHE ancak DELİLLERE dayanan şüphedir. Şüphe hazırlık soruşturmasının başında, yetkililerin DELİLLERE DAYANAN bir TAHMİNİNDEN İBARET İKEN, hazırlık soruşturmasının daha sonraki devrelerinde ve sonsoruşturmada iddiayı destekleyen delillerle, savunmayı destekleyen delillerin yetkililere EŞİT DEĞERDE görülmesinden ve bu yetkililerin bu yüzden savunma veya iddia lehinde veya aleyhinde net bir kanıya varamamalarından ibarettir. Demek oluyor ki, hukuk devleti ilkesi esasları çerçevesinde yapılan bir ceza muhakemesinde DELİL OLMADAN ŞÜPHEDEN SÖZ EDİLEMEZ; o halde DELİL OLMADAN CEZA MUHAKEMESİNİN ÇARKLARI DÖNMEYE BAŞLAYAMAZ; hiç bir ceza muhakemesi işlemi yapılamaz. Çünkü bir ceza muhakemesi yapılmasının sebebi, bir ceza muhakemesinin varlık sebebi SUÇ ŞÜPHESİDİR. Bir hukuk devletinde böyle bir şüphe ancak delillerle tarif edilebilir. Bu delillerin kuvveti, şüphenin kuvvetini ortaya çıkarır (no. 627 vd.). Ceza muhakemesinin sonunda eldeki delillere göre failin fiili işlemiş bulunduğu %100 sabit olursa şüphe yenilmiş demektir. Şüphenin bu şekilde yenilemediği durumlarda "şüpheden sanık yararlanır" kuralı gereğince beraat kararı verilecektir. Ancak, sanığa suçlu diyebilmek için bu mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesi (m. 305 vd. CMUK)

¹⁹ Yar. 2. CD. 12.10.1993, 9926/10797, YKD Aralık 1993, s.1876 vd.; Yar.CGK.04.10.1993 6-129/217, YKD Mart 1994, s.450 vd.

²⁰ Kleinknecht/Meyer-Göfner, A 5, MRK, Art. 6 11; *Karlsruher Kommentar*, Einl. 17, § vor 112 8.

beklenecektir. Bilindiği gibi, mahkûmiyet hükümleri katileşmedikçe icra olunmaz (m. 395 CMUK). Bu andan itibaren artık masumluk karinesi geçerli değildir.

IV. Kimse Kendisini ve Yakınlarını Suçlandırıci Beyanlarda Bulunmaya Zorlanamaz İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi)

Anayasanın 38. maddesine göre, “hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz”.

Söz konusu ilke, kendi suçunun ispatlanması konusunda sanığı, koğuşturma organlarıyla işbirliğinde bulunup bulunmamakta serbest bırakır²¹. İlke, bir taraftan sanığın susma, diğer taraftan da aktif savunma yoluyla kendisini suçlamadan kurtarabilme hakkını ihtiva eder²². Bu ilkenin garanti ettiği hakların gerçekten kullanılabilmesi için CMUK m. 135 ile sanığa haklarını öğretme yükümlülüğü getirilmiştir.

V- Savunma Hakkı

Savunma, suçlamaya karşı sanığın yararına yürütülen; onu hukukî ve fiilî açıdan korumayı amaçlayan bir faaliyettir. Bu hak Anayasada, taraf olduğumuz milletlerarası sözleşmelerde ve kanunlarımızda yer almıştır (m. 36/1 AY, m. 11 İHEB, m. 6 İHAS, m. 14/3b MvSHS). CMUK’na göre bu hakkın kısıtlanması mutlak bozma sebebidir (m. 308/8 CMUK).

Sanık, savunmayı bizzat ve/veya bir avukat vasıtasıyla da yapabilir. İHAS m. 6/3b, c de “her sanık, müdafaasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara malik olmak; kendi kendini müdafa etmek veya kendi seçeceği bir müdafî tayin için malî imkânlardan mahrum bulunuyor ve adaletin selâmeti gerektiriyorsa, mahkeme tarafından tayin edilecek bir avukatın meccani yardımından istifade etmek haklarına sahiptir” denilmek suretiyle bu hususa işaret edilmiştir.

3842 sayılı kanunla değiştirilen CMUK da “sanık tahkikatın her hal ve derecesinde bir veya birden fazla müdafîin yardımına müracaat edebilir. Zabıta amir ve memurları tarafından yapılacak sorgulama işlemlerinde... müdafî hazır bulunabilir... zabıta-ca yapılan soruşturma dahil olmak üzere, soruşturmanın her safhasında müdafîin, yakalanan kişi veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukukî yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz. “(m. 136 CMUK) denilmekle birlikte; sanığın müşahade altına alınması (m. 74 CMUK)”sanığın 15 yaşını bitirmemiş olması, yahut sağır veya dilsiz veya kendini müdafa edemeyecek derecede cismi veya dimağı malûliyeti bulunması halleri dışında mecburî müdafî sistemi kabul edilmiş değildir. Diğer hallerde müdafî tayini talebe bağlı tutulmuştur (m. 138 CMUK).

²¹ Kleinknecht/Meyer-Gossner, § 136.1; Eser, Sanığın hukuki durumu, s.317

²² Eser, Sanığın hukuki durumu, 319

Yargıtay savunma hakkına büyük önem vermekte, bu hakkın ihlâli halinde hüküm bozmaktadır²³.

Yüce Mahkeme 12 Ekim 1993’de mükemmel bir karar vermiştir. Buna göre, “atılı suçundan dolayı CMUK m. 236 nin yollamada bulunduğu aynı kanunun 3842 sayılı kanunla değişik 135. m. si dairesinde sorguya çekilmesi gereken sanığa, BU MADDE İLE TANINIP SAVUNMAYA İLİŞKİN BULUNAN HAKLARI HATIRLATILMADAN, hatırlatılmış ise bu husus tutanağa geçirilmeden hüküm tesisi yasaya aykırıdır”²⁴. Yargıtayımız son sözün sanığa verilmesi konusunda da duyarlıdır²⁵.

VI- Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması Hakkı

Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir (m. 40 AY). Keza İHAS de tanınmış bulunan hak ve hürriyetleri ihlâl edilen her şahıs ihlâl fiilî resmî vazifelerini ifa eden kimseler tarafından bu vazifelerin ifası sırasında yapılmış da olsa, millî bir makama fiilen müracaat hakkına sahiptir (m. 13 İHAS).

İlkeler ve temel haklar konusunda bu açıklamalar yapıldıktan sonra şimdi AİHS’nin 2 ve 3’ncü maddelerinde düzenlenen “yaşama hakkı” ve “işkence yasağı” konularının incelenmesine geçilebilir.

1. YAŞAMA HAKKI

I- Kavram

«Yaşama hakkının anlamı şudur»²⁶

1.Önce insanın, fizik-biyolojik varlığını, arızasız olarak sürdürebilmek için gerekli olan bir sağlık ve bütünlük içinde DOĞMASI.

2. Sonra insanın varlığının, moral- entellektüel gelişim olanaklarına sahip olarak SÜRDÜREBİLMESİ;

3. Nihayet , bu suretle fizik - biyolojik -psikolojik - moral - entellektüel bütünlüğünü kazanmış kazanmış insan varlığının, aynı zamanda bir süje yani hukuki bir kişi olarak, toplum yararına dahi olsa, doğal sınırlamalar hariç yok edilmemesi demektir.

Yaralanmama hakkı ise, vücut bütünlüğünün eksiltilmemesi, insanın maddî ve/veya manevî varlığının bir saldırıya maruz bırakılmaması demektir.

²³ Örneğin, Yar. 4.CD. 4.11.1992, 6105/6695 YKD Şubat 1993, Yar. 4. CD. 9.11.1989, 6626/6833, YKD Ekim 1990, s.1561 vd.

²⁴ Yar. 2. CD. 12.10.1993, 9926/10797, YKD Aralık 1993, s.1876 vd.

²⁵ Yar. CGK. 14.6.1993, 6-142/172, YKD Kasım 1993, s.1719 vd.; Yar. CGK 3.7.1995 4-211/239, YKD Ekim 1995, s. 1616 vd.

²⁶ Savei, Yaşam Hakkı ve Boyutları, Ankara 1980,s. 155 vd.

Kısaca, yaşama hakkı öldürülmeme hakkıdır.

Öldürülmezlik ilkesinin sonuçları şunlardır:

1.Kişinin kendisine karşı korunması (TCK da YOKTUR).

2.Kişinin 3. kişilere karşı korunması (TCK.m.448,449, 450, 451,452, 455, 454)

3.Kişinin topluma (ve) devlete karşı korunması, (Kamu Hürriyetleri AY.m.17 vd.)

Yaşama hakkı insan haklarının en başında yer alan haktır. Gerçekten yaşamayan bir kişinin diğer hakları da söz konusu olamaz. İnsan hakları, ŞAHSA SIKI SURETTE BAĞLI HAKLARDIR. Kişi bu hakları bizzat kullanır;bunların kullanılması ONAYA veya KARAR alınmasına bağlı değildir. O halde kişinin yaşama hakkı bakımından kendisine karşı korunması söz konusu olamaz.

HUKUK DEVLETİNDE KİŞİ, KENDİ KADERİNİ KENDİSİ TAYİN EDEBİLİR. KENDİ ÇEVRESİNİ KENDİSİ ŞEKİLLENDİREBİLİR²⁷.

Bu noktada bir insan hakkı olan yaşama hakkı ile «insan haysiyeti» karşı karşıya gelir. Bilindiği gibi, haysiyeti son bir tahlilde HÜR İRADEDİR.

AIHS m.2 de ÖNGÖRÜLEN İSTİSNALAR:

Sözleşmeye ve AY m.17 hükmüne göre yaşama hakkının 4 istisnası vardır.

1. Ölüm Cezası
2. Meşru Müdafaa
3. Yakalama ve kaçmanın önlenmesi
4. Ayaklanmanın bastırılması

Aşağıda da görüleceği gibi, bu istisnalardan ölüm cezası Türkiye için artık önemli değildir. Zira bu ceza ülkemizde, savaş ve yakın savaş dışında kaldırılmıştır.

Meşru müdafaaanın istisna oluşu her türlü izahtan varestede tutulması gereken bir husustur.

Burada anlaşılamayan istisna, yakalamak maksadıyla adam öldürmektir. Ölüm cezası da olmadığına göre, yakaladığınız bir sanığı yargıladıktan sonra verebileceğiniz en ağır ceza müebbed hapis cezasıdır. Öldürdüğünüz bir kişiyi ne yargılamak mümkün ne de hakkında herhangi bir ceza tayin etmek mümkündür. Açıkça ifade etmek gerekirse,

²⁷ Öztürk, Koğuşurma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması) Ankara 1991, s.66 vd.

yakalama yapabilmek için bırakınız öldürmeyi kabul etmeyi, böyle bir tartışma yapmayı dahi, insan hakları telakkisi ile bağdaşmaz. AİHM, burada öldürme kastı ile hareket edilemeyeceğini kabul etmektedir.²⁸ Belçika örneğinde, Aralık 1960 da Liege’de meydana gelen bir olayda, polisin ateş açması sonucu kocası ölen bayan X ile ilgili olarak yapılan başvuruda Komisyon, mağduru öldüren kurşunun emniyet görevlilerinin ateşlediği silahtan çıksa bile, ölümün kasıtlı bir tasarruftan kaynaklanmadığı gerekçesi ile 21.5.1969’da başvuruyu reddetmiştir.

Öte yandan, bir isyanın bastırılmasında, meşru müdafaa veya ıztırar hali şartları bulunmadıkça adam öldürmek kabul edilemez.

II- ÖLÜM ORUÇLARI

İnsan hür iradesine rağmen bazı işlem ve eylemler yapmaya zorlanamaz. Nitekim 1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği, hastanın RIZASINA büyük önem vermiş ve 24’ncü maddesinde “TIBBİ MÜDAHALALERDE HASTANIN RIZASI ARANIR” kuralını öngörmüş; 25’nci maddesinde de TEDAVİYİ REDDETME VE DURDURMA HAKKI düzenlenmiştir.

Ölüm oruçlarına yapılan müdahale bu bağlamda ele alınabilirse de, oruca başlayan kişi, başladığında hasta değildir. Bu nedenle hasta muamelesine tabi tutulması mümkün olamaz.

Bunun tabii sonucu olarak insan KENDİ HAYATI KONUSUNDA YİNE VE ANCAK KENDİSİ KARAR VEREBİLİR. Burada önemli olan İRADENİN SAĞLIKLI olup olmadığıdır.

III- GÖZ ALTINDA ÖLÜMLER

Göz altında ölümler Türkiye’nin başını çok ağrıtmıştır. Bu konuda AİHM’de çok sayıda dava açılmış ve Türkiye pek çoğundan mahkûm olmuştur. Ancak MAHKUMİYET GEREKÇESİ GENELLİKLE ETKİLİ SORUŞTURMA YAPILMAMASI şeklinde olmuştur. Örneğin ÇİÇEK - TÜRKİYE (27/02/2001) davasında başvurucuya göre, çocukları ve torunu belirsiz koşullar altında kaybolmuştur. Başvurucunun iddiasına göre kişi gözaltına alındıktan sonra kaybolmuş ve ona göre resmi makamlar tarafından öldürülmüştür. Ayrıca, kendisinin ısrarlı talep ve başvurularına rağmen, hükümet yetkilileri kendisine yardımcı olmamış ve adli mercilerce gerekli tahkikat yapılmamıştır. Bu bakımdan, kendisine karşı da insanlık dışı muamelede bulunulmuştur. Mahkemenin tespitleri kısaca şöyledir: başvurucuya göre, oğullarının salt kaybolması olayı dahi iki değil üçüncü maddenin ihlaline yol açmaktadır. Zira, en temel adli güvencelerin dahi söz konusu olamayacağı bir ortam ve koşullarda kaybolmak onları derin psikolojik işkenceyle yüz yüze bırakmıştır. Örnekleri çoğaltmak mümkündür. (Ayrıca aşağıda AKSOY - TÜRKİYE (18/12/1996) kararına da bakınız.)

²⁸ Tezcan-Erdem-Sancakdar, Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2002, s.173 vd.

IV- SİLAH KULLANMA VE SİLAHLI ÇATIŞMA

Silah kullanma ve silahlı çatışma ülkemizde sık sık sorun olarak ortaya çıkmış; bu bağlamda kamuoyunda, özellikle de basında yargısız infazlardan bahsedilmiştir. Silah kullanmanın şartları başta Polis ve Vazife ve Selahiyetleri Hakkında Kanunun olmak üzere mevzuatta açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerden, bilhassa PVSK m.16'dan neşet eden temel ilkeler şunlardır:

- Yaşama Hakkı tehlikeye girmedikçe başkasının yaşama hakkını tehlikeye sokmak mümkün değildir (meşru müdafaa ve ıztırar hali).

- Silah, öldürmek kastı ile kullanılamaz.

-Başka surette saldırı veya tehlikeyi defetmek mümkün ise, asla silah kullanılamaz.

- Başka türlü yakalama olanağı bulunmayan hallerde, sağlığa en az zarar verecek şekilde silah kullanılabilir.

- Kaçan kişi, açıkça ve ısrarla ikaz edilmedikçe silah kullanma olmaz.

- Ölçülülük (oranlılık).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bazı olaylarda, hemen hemen bu ilkeleri esas alarak hüküm tesis etmiştir. Yukarıda verdiğimiz Belçika örneğinde, Aralık 1960 da Liège'de meydana gelen bir olayda, polisin ateş açması sonucu kocası ölen bayan X ile ilgili olarak yapılan başvuruda Komisyon, mağduru öldüren kurşunun emniyet görevlilerinin ateşlediği silahtan çıksa bile, ölümün kasıtlı bir tasarruftan kaynaklanmadığı gerekçesi ile 21.5.1969'da başvuruyu reddetmiştir.

1973 yılında İrlanda'da, bir askerin çatıdan ateş etmesi sonucu başvuru yapan Farelli'nin kocası öldürülür. Komisyon, öldürmeye yol açan koşulların MAKUL ve MUTLAK GEREKLİLİK sınırları içinde olmadığını kabul etmiş, iş dostane çözümle halledilmiştir²⁹.

1976 yılında Belfast'da çıkan olaylarda bir asker tarafından plastik mermi atılması sonucu başvuru yapanın oğlu başından yaralanır ve altı gün sonra ölür. Komisyona göre, bir kuvvet kullanımının MUTLAK OLARAK GEREKLİ VE KESİN OLARAK FİİL İLE ORANLI OLMALI, hedeflenen amacın mahiyeti, yaşama yönelik tehlikeler ve kullanılan kuvvetteki risk derecesinin bir yaşama son verip vermeyeceğine bakılmalıdır³⁰.

Türkiye hakkında verilen örneğin 1998 tarihli Yaşa, 1999 tarihli Güleç kararında da bu esaslardan hareket ederek sonuca varılmıştır³¹.

²⁹ Tezcan-Erdem-Sancakdar, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2002, s.174 vd.

³⁰ Tezcan-Erdem-Sancakdar, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2002, s.174 vd.

³¹ Tezcan-Erdem-Sancakdar, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2002, s.180 vd.

V- KAYIP KİŞİLER

Bu konu da Türkiye’yi zaman zaman sıkıntıya sokmuştur ve AİHM Türkiye’yi çok sayıda olayda mahkum etmiştir. Örneğin, 9.4.2002 tarihli T.A.-Türkiye davası ile 9.4.2002 Toğcu davası kaybolan kişilerle ilgilidir ve Türkiye her iki olayda 70.000 Sterlin ödeyerek dostane çözüm yolu ile meseleyi halletmiştir. Keza Divan 22.5.2001 tarihli kayıp kişilerle ilgili Şarlı davasında etkili soruşturma yapılmadığı gerekçesi ile Türkiye hakkında mahkumiyet kararı vermiştir³².

VI- ÖLÜM CEZASI

Mahkûmun hayatına son verilmesi anlamına gelen ve çağımızda medeni ülkelerde kaldırılmış ve kaldırılmakta olan bu ceza, iyi bir cezada bulunması gereken niteliklerin hiç birisini taşımamaktadır.

Ceza muhakemesi uygulaması iyi olmadığı için maddi gerçeğe ulaşma oranı düşük, buna karşılık adlî hata ihtimali yüksek bulunan ülkelerde ölüm cezası gibi aşırı bir cezaya hükmedebilecek hakim bulmak kolay olmamalıdır.

Bizim de üyesi bulunduğumuz 2003, 2001 ve 1997 Ceza Kanunu Tasarısı komisyonu tarafından ölüm cezası tamamen ilga edilmiş ve bunun yerine “*ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası*” öngörülmüştür. Buna göre ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası hükümlünün hayatı boyunca devam eder ve sıkı güvenlik rejimine göre çektirilir ve ceza en az on yıl süre ile çekildikten sonra cezanın infazında sıkı güvenlik rejiminin kaldırılmasına hakim tarafından karar verilebilir. Tasarıda ölüm cezalarının kaldırılması, oldukça çağdaş ve ileri bir anlayışı yansıtmaya açısından yerindedir.

BU ÇAĞDAŞ YAKLAŞIM 2001 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ SIRASINDA DA GÖSTERİLMİŞ; SAVAŞ, YAKIN SAVAŞ VE TERÖR SUÇLARI DIŞINDA ÖLÜM CEZASI KALDIRILMIŞTIR (m.38 AY).

ÖLÜM CEZASINI REDDEDEN 1997 VE 2001 TASARILARININ YASALASAMAMASI VE ANAYASANIN 38’NCİ MADDESİNE 3.10.2001 TARİH VE 4709 SAYILI KANUNLA EKLENEN YENİ DÜZENLEMENİN DE YETERLİ GÖRÜLMEMESİ ÜZERİNE TBMM, AVRUPA BİRLİĞİNE UYUM ÇERÇEVESİNDE 2 AĞUSTOS 2002 TARİHİNDE TARİHİ BİR KARAR VERMİŞ VE SAVAŞ DIŞINDA ÖLÜM CEZASINI BÜTÜNÜYLE ORTADAN KALDIRMIŞTIR. Nihayet son olarak, ülkemiz tarafından AİHS ne ek 6 ve 13 nolu protokoller de kabul edilerek, ölüm cezasının savaş ve yakın savaş hallerinde dahi kaldırılmasının yolu açıldı.

Durum böyle olunca, mahkemelerin uygulamada hala örneğin TCK m.450 söz konusu olduğunda önce ölüm cezasına hükmedip; daha sonra bunu müebbet hapse çevirmeleri hatalıdır. Hukuk düzeninin tanımadığı bir yaptırım hiç bir şekilde hükme konu olamaz. Böyle bir uygulama, Türkiye’de ölüm cezasının, savaş ve yakın savaş dışında kaldırılmadığı izlenimini vermektedir ve Türkiye’de suç işleyip yurt dışına kaçan faille-

³² Tezcan-Erdem-Sancakdar, Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2002, s.183vd.

rin iade edilmelerini zorlaştırmaktadır.

Acaba, ölüm cezasının verilmesi ve infazı üçüncü madde açısından sorun yaratabilir mi? Bu konudaki en önemli dayanak, yaşam hakkını düzenleyen md.2'deki "kanunun ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infazı dışında, hiç kimse öldürülemez" hükmüdür. Buradan, idam cezasının madde 3'e aykırılık teşkil etmeyeceği çıkarılabilir. Fakat, cezanın kendisi soyut olarak, madde 3'ü ihlal etmezken, cezanın belirli şekilde infazı veya hükmediliş sebebi, madde 3'teki yasağı ihlal edebilir³³. Bu bakımdan, işlenen suçla idam cezası arasındaki orantısızlık, taraflı yürütülmüş yargılama sonucunda verilen cezanın infazı³⁴ gibi hallerde, md.3'ün koruduğu mahfuz alana tecavüz edildiği ileri sürülebilir.

AIHM de, Soering davasında³⁵, "ölüm koridoru" olgusundan bahisle, madde 3'e aykırılığa hükmederken, cezanın kendisinin sözleşmeye aykırı olduğunu incelemeye gerek görmeyip, sadece infaz koşulları üzerinde durmuş ve somut olay bakımından bunların maddeye aykırılığa yol açacağına hükmetmiştir³⁶.

VII- FAİLİ MEÇHUL ÖLDÜRME VE ÖLDÜRMEYE TEŞEBBÜS OLAYLARI

Bir dönem, özellikle de terörün yaygın olduğu yıllarda Türkiye'nin önemli sorunlarından biri fail meçhul adam öldürme olayları idi.

AIHM 2.9.1998 tarihli Yaşa kararında³⁷, bilinmeyen bir kişi tarafından sekiz el ateş edilerek ağır yaralanan başvurucunun, hayatının tehlikede olduğu yönünde önceden resmi makamlara yapmış olduğu başvuruya rağmen, Türkiye'nin başvurucunun yaşama hakkını korumada bu bakımdan kusurlu olmadığına hükmetmiştir³⁸.

VIII- ÖTANAZİ

Hasta hakları, esasen insan haklarının, hasta açısından nitelenmesinden başka bir

³³ Bkz. **Janis/Kay/Bradley**, s.154-155.

³⁴ Bu örnekler Amerikan Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlardan alınmıştır. ABD Anayasası'na ek 5. ve 8. tadil metinleri de yargılama sonucu verilmiş idam cezasının infazını hukuka uygun bulsa da, Anayasa Mahkemesi (Supreme Court) bu hallerde, infazın, tarzı bakımından insan haklarına aykırı olduğunu belirtmiştir.

³⁵ Bkz. yukarıda dipnot 187.

³⁶ Zaten günümüzde, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin imzasına açık bulunan ve AIHS'ni tadil eden 28/04/1983 tarihli 6.Protokol ile idam cezası yasaklanmıştır. 01/03/1985'te yürürlüğe girmiş bulunan bu protokolü, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerden sadece Türkiye imzalamamıştır. Taraf devletlerden Rusya, Ermenistan ve Azerbaycan ise, imzacı olmakla beraber henüz onay işlemini gerçekleştirmemişlerdir. Bilgi için bkz. <http://conventions.coe.int/treaty/EN/cadreprincipal.htm>

³⁷ **Tezcan-Erdem-Sancakdar**, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2002, s.173 vd.

³⁸ **Tezcan-Erdem-Sancakdar**, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2002, s.168 vd.

şey değildir. Ancak, burada hasta haklarından ayrıca söz edilmek suretiyle altı çizilerek vurgulanmak istenen, hasta ile doğrudan doğruya alakalı bulunan insan haklarıdır.

Bilindiği gibi insan hakları, ana rahmine düşmekle kazanılan, hiç kimse tarafından bahşedilmemiş, insanın sırf insan olması sebebiyle sahip bulunduğu, kullanılması tasdi-ke veya izne bağlı olmayan devredilmez, vazgeçilmez haklardır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesine göre: ırk, renk, cins, dil, din, siyasî veya diğer herhangi bir akide, millî veya sosyal menşee, servet, doğuş veya diğer herhangi bir fark gözetilmeksizin, insanın insan olması nedeniyle her insan tarafından istifade edilebilen haklara İNSAN HAKLA-RI denmektedir (m. 2 İHEB)³⁹.

Bazı önemli hasta hakları, gerek Türk ve gerekse mukayeseli hukukta insan haysiyetinin korunması kavramından çıkarılmaktadır. Buna göre, her hasta kendi kaderini tayin etme hakkına sahiptir. Buna bağlı olarak, hastanın hür iradesine aykırı olarak yapılan her tıbbî müdahale insan haysiyetinin korunması ilkesine ve dolayısıyla da, başta Anayasa olmak üzere mevzuata aykırı olur.

Bu hak o kadar önemli sayılmaktadır ki, ferдин yaşama hakkı konusunda da hür iradesi ile değerlendirme yapmak hakkını haiz olduğu; başka bir ifade ile hayatına son verip vermemekte serbest bulunduğu, yaşama mecburiyeti şeklinde bir yükümlülüğün mevcut olmadığı ifade edilmektedir. Bu durum, **insan haysiyetine uygun bir şekilde ölmek**, şeklinde ifade edilebilir.

Ne var ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Pretty-İngiltere davasında, YAŞAMA HAKKININ ÖLME HAKKINI İÇERMEDİĞİ SONUCUNA VARMIŞTIR. Avrupada “hasta iradesi” ve “insan haysiyetine uygun ölme” kavramlarına giderek daha ciddi sonuçlar bağlanmaya başlanması; hatta Hollanda’da 2002 yılının başında aktif ötanaziye dahi izin veren bir yasanın çıkarılarak uygulamaya sokulması karşısında AİHM görüşünü bir kez daha gözden geçirmek durumunda kalacaktır. AİHM’nin özellikle Hollanda hakkında bir karar vermesi söz konusu olduğunda, Mahkemenin nasıl bir tavır alacağı ciddi merak konusudur.

Sağlık Bakanlığının 1 Ağustos 1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği’ne göre, SAĞLIK HİZMETLERİNİN SUNULMASINDA HASTAYA İNSANCA MUAMELEDE BULUNULUR (m.5/b). Ötanazi yasaktır (m.13).

Hiçbir hasta işkence anlamına gelecek muameleye maruz bırakılamaz. İşkence ya-sağı, kişi dokunulmazlığının nitelikli bir şekilde ihlâl edilmesinin önlenebilmesi için vazedilmiştir. Öte yandan, polis in istemesi üzerine, hastadan ilaçla veya zorla beyan elde edilmesi hukuka aykırıdır.

Burada kişi dokunulmazlığından bahsetmemek olmaz. Buna göre herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.(m. 17/1, 3 AY, m. 2 İHAS, m. 16 PVSK, ayrıca bkz. m. 3 İHEB, m. 6,7 MvSHS). Tıbbî zorunluluklar ve ka-nunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bi-limsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz;kimse in-

³⁹ Öztürk/Erdem/Özbek, uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2000, s.109 vd.

san haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz. Mahkemelerce verilen ölüm cezalarının yerine getirilmesi hali ile meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.

Kişi dokunulmazlığı içinde konumuz açısından önemli iki temel hakkı barındırmaktadır. Bunlar yaşama hakkı ve yaralanmama haklarıdır. Bu konuda yukarıda yapılan açıklamalara bakınız.

Sağlık Bakanlığının 1 Ağustos 1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği'ne göre, SAĞLIK HİZMETLERİNİN SUNULMASINDA YAŞAMA HAKKININ EN TEMEL İNSAN HAKKI OLDUĞU, HİZMETİN HER AŞAMASINDA DAİMA GÖZ ÖNÜNDE BULUNDURULUR (m.5). Ötanazi yasaktır (m.13)

Hasta haklarının en önemlisinin sağlık hakkı olduğu kuşkusuzdur.

Kişinin devletten, sağlığının korunmasını, gerektiğinde tedavi edilmesini, iyileştirilmesini isteyebilmesi ve kamunun sağladığı olanaklardan yararlanabilmesine de SAĞLIK HAKKI denir. Bu hak hekim açısından, **hastayı tedavi etme, onu hayatta tutma yükümlülüğü** ve fakat aynı zamanda **hekimlik mesleğini icra hakkı** şeklinde ortaya çıkar (AYm. 56; Evrensel İnsan Hakları Bildirisinin m. 25; Avrupa Sosyal Haklar Anlaşmasının 1. ve 2. bölümleri;

Hekimin en önemli yükümlülükleri, TIBBİ ÖZEN GÖSTERME VE SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜKLERİDİR.

1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliğinin 14'ncü maddesine göre, “sağlık personeli, bu arada hekim, hastanın durumunun gerektirdiği TIBBİ ÖZENİ gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmak zorunludur.

Ancak yukarıda bahsedilen ÖZEN sadece tıbbi özen değil ve fakat aynı zamanda GENEL ÖZENİ de bünyesinde barındırır. Nitekim Yargıtayın verdiği önemli bir ilke kararında; “DOKTORLARIN HASTALARINA KARŞI UYGULADIKLARI TIBBİ YÖNTEMLER TIP BİLİMİNİN ZORUNLU KURALLARI ÖTESİNDE OLAĞAN HAYATIN AKIŞINA BAĞLI ÖNLEMLERİ VE ÖZENİ DE KAPSAR” denilmek suretiyle bu hususa açıklık getirilmiştir.⁴⁰

Şimdi kısaca ötanazi üzerinde durabiliriz.

Biz burada olayın tarihsel boyutuna girmek istemiyoruz. Ancak Hypocrate tarafından vazedilen tıbbî etik ile ilgili temel kurallarının ötanazi bağlamında çok kısa da olsa değerlendirilmesinin yararlı olduğunu düşünüyoruz.

⁴⁰ Yar.13.HD.4.3.1994, Ankara Barosu Dergisi, 1995/4, s.109 vd.

Bilindiği gibi, ona göre:

1.Hekimin hastasına karşı ihtiyatlı davranacak, kayıtsız

kalmayacaktır;

2.Kadınlar üzerinde çocuk düşürücü hareketler yapmayacaktır;

3.Hastalara zehir vermeyecektir.

Hastasına özen göstermek ve zehir vermemek durumunda bulunan hekimin, ötanazide rol alamayacağı söylenebilirse de böyle bir yaklaşımın toptancı olacağı ve Hypocrate yeminin ruhuna uygun düşmeyeceği söylenmelidir. Gerçekten burada yasaklanan aktif ötanazidir. Zehir vermeyeceksin! emri ile söylenmek istenen budur. Hekimin hastasına kayıtsız kalmaması emrinin pasif ötanaziyi yasaklar şeklinde anlaşılması mümkün değildir. Burada söylenmek istenen hastasının iradesine kayıtsız kalınmamasıdır. Hastalıktan değil hastadan söz edilmesini başka türlü anlamak mümkün değildir.

İlk kez Bacon (1214- 1294) tarafından kullanılan bu kavram Naziler tarafından istismar edilmiş; ucube olduklarını öne sürdükleri onbinlerce özürlü insanı bu yolla ortadan kaldırmışlardır.Son günlerde ötanazi doktrinde yine moda haline gelmiştir ve gide-rek daha sık tartışılmaktadır.

Yukarıda görüldüğü gibi, yaşama hakkı öldürülmeme hakkıdır.

Yaşama hakkı insan haklarının en başında yer alan haktır. O Yoksa diğer haklar da söz konusu olamaz. İnsan hakları, ŞAHSA SIKI SURETTE BAĞLI HAKLARDIR. Kişi bu hakları bizzat kullanır;bunların kullanılması ONAYA veya KARAR alınmasına bağlı değildir. O halde kişinin yaşama hakkı bakımından kendisine karşı korunması söz konusu olamaz.

HUKUK DEVLETİNDE KİŞİ, KENDİ KADERİNİ KENDİSİ TAYİN EDEBİLİR. KENDİ ÇEVRESİNİ KENDİSİ ŞEKİLLENDİREBİLİR⁴¹.

Bu noktada bir insan hakkı olan yaşama hakkı ile «insan haysiyeti» karşı karşıya gelir. Bilindiği gibi, haysiyeti son bir tahlilde HÜR İRADEDİR.

İşte insan hür iradesine rağmen bazı işlem ve eylemler yapmaya zorlanamaz. Nitekim 1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği, hastanın RIZASINA büyük önem vermiş ve 24'ncü maddesinde "TIBBİ MÜDAHALALERDE HASTANIN RIZASI ARANIR" kuralını öngörmüş; 25'nci maddesinde de TEDAVİYİ REDDETME VE DURDURMA HAKKI düzenlenmiştir.

Bunun tabii sonucu olarak insan KENDİ HAYATI KONUSUNDA YİNE VE ANCAK KENDİSİ KARAR VEREBİLİR. Burada önemli olan İRADENİN SAĞLIKLI olup olmadığıdır.

⁴¹ Öztürk, Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması) Ankara 1991, s.66 vd.

Ancak bu konuda AİHM farklı bir görüşe sahiptir. Bu göre, burada esas olan kural YAŞATMACILIK KURALIDIR⁴². Bu nedenle AİHM ötanaziyi reddeder. Ancak, aşağıda da görüleceği gibi, Avrupa ve ABD’de kişi iradesine verilen önem ve Hollanda örneğinden sonra, AİHM bu görüşünü değiştirmek mecburiyetinde kalabilecektir.

Çeşitleri:

Ötanazi, ülkemizin de dahil bulunduğu Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde beş çeşit olarak incelenmektedir.

Bu nedenle ötanaziye ilişkin kavramların tamamen farklı bir sistem olan Anglo-Amerikan Hukuku Sistemine göre değerlendirilmemesi gerekir; aksi halde sisteme yabancı sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Hukukçu gözü ile, Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde kabul edilen ötanazi türleri şunlardır:

GERÇEK ÖTANAZİ (ÖLÜM YARDIMI)

Ölmekte olan hastanın HAYATINI KISALTMAKSIZIN, şuuru felç eden ilaçlar kullanmak suretiyle onun çektiği acıları hissetmeden ölmesine yardımcı olmak demektir. Böyle bir ötanazi cezalandırılmaz⁴³.

Her ne kadar 1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği 13’ncü maddesinde ÖTANAZİ YASAKTIR, TIBBİ GEREKLERDEN BAHİSLE VEYA HER NE SURETLE OLURSA OLSUN, HAYAT HAKKINDAN VAZGEÇİLEMEZ; KENDİSİNİN VEYA BİR BAŞKASININ TALEBİ OLSA DAHI, KİMSENİN HAYATINA SON VERİLEMEZ deniliyor ise de; aynı yönetmeliğin 14’ncü maddesinde “sağlık personeli, bu arada hekim, hastanın durumunun gerektirdiği TIBBİ ÖZENİ gösterir; ancak, hastanın hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi **İSTİRABINI AZALTMAYA VEYA DİNDİRMEYE ÇALIŞMAK ZORUNLUDUR** kuralına yer verilmekle bir bakıma gerçek hatta dolaylı ötanazi kabul edilmiştir.

DOLAYLI ÖTANAZİ

Gerçek ötanazi durumunda, kullanılan ilaç YAN TESİR OLARAK ölmekte olan hastanın HAYATINI KISALTIRSA dolaylı ötanazi den söz edilir ve bu da cezalandırılmaz.(KABUL EDİLEN RİSK TEORİSİ)⁴⁴

Yukarıda ifade edildiği gibi, 1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliğinin 14’ncü maddesinde söz konusu olan durum dolaylı ötanaziye yol açabilir. Bilindiği gibi buna göre, hastanın hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde

⁴² Tezcan-Erdem-Sancakdar, Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2002, s.169 vd.

⁴³ Kienapfel, Grundriss des österreichischen Strafrechts, besonderer Teil, Bd.1, Wien 1978, s. 2 vd.

⁴⁴ Otto, Grundkurs Strafrecht, die einzelnen Delikte, Berlin u.a.1991, s.27

onun **ISTIRABINI AZALTMAYA VEYA DİNDİRMEYE ÇALIŞMAK ZORUNLUDUR**. Bu amaçla kullanılan ilaçların yan tesirinin olma olasılığı göz önünde tutulursa, Hasta Hakları Yönetmeliğinin dolaylı ötanaziyi de kabul ettiği sonucu çıkmaktadır.

DOĞRUDAN (Aktif) ÖTANAZİ

Ölmekte olan hastanın, **HEM ACILARI DİNDİRMEK VE HEM DE HAYATI KISALTMAK AMACIYLA ilaç vermek** suretiyle **ÖLÜME YOL AÇILIRSA DOĞRUDAN ÖTANAZİDEN SÖZ EDİLİR**. Ancak doktrinde, belli şartlarda bu ötanazinin cezalandırılmamasının önerildiği vardır⁴⁵.

PASİF ÖTANAZİ

Hekimin pasif kalmak suretiyle, acılar içinde kıvranan hastanın ölmesine sebep olması halinde pasif ötanaziden söz edilir. Bu ötanazinin cezalandırılması gerekip gerekmediği tartışmalıdır⁴⁶.

Şayet hasta müdahale edilerek ölmekten kurtarılmasını istemişken hekim bunu yapmayıp pasif kalarak ölümün gerçekleşmesine sebep olmuşsa cezalandırılmaktan kurtulamaz. Buna karşılık, ölmekte olan acılı hasta hekimin kendisine müdahale etmemesini, ölüme terk edilmesini istemiş ve bu istek yerine getirilmişse cezalandırılma söz konusu olamaz. Tam tersine, hastanın açık irade beyanına rağmen müdahale edilecek olursa, hukuka aykırı olarak vücuda müdahale edilmiş kolur ki, asıl cezalandırılan fiil budur.

ERKEN ÖTANAZİ

Ağır özürlü veya ucube olan yeni doğmuş çocuğun öldürülmesine erken ötanazi denilmektedir. Türk Hukukunda bu fiil de adam öldürme suçlarındandır.⁴⁷

Mukayeseli Hukukta Durum

Almanya

Ötanazi kanunla serbest bırakılmış değildir. Ceza Kanununda istem üzerine adam öldürme suç olarak düzenlenmiştir. 1 - 3 veya 5 yıla varan hapis cezaları öngörülmüştür⁴⁸.

Fakat, hastanın rızasından hareketle, uygulamada pasif ötanazi kabul edilmektedir. Gerçekten Alman Yüksek Mahkeme içtihatları bu konuda istikrarlı bir çizgi çizmektedir.

⁴⁵ **Otto**, s.30; Elçioğlu/Gündüz/Kaşgeroğlu,Tıp, Hukuk ve Etik Açısından Euthanasia, TED Ağustos 1994, s.67 vd.

⁴⁶ **Otto**, s.28; Bayraktar, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972, s.150 vd.

⁴⁷ **Oğuz**, Pediatrik Ötanazi, Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları dergisi 1996, s. 770 vd.

⁴⁸ **Otto**, s.27 vd.

Buna göre, hekim, hastasının rızası hilafına hiçbir surette tedaviye başlayamaz veya devam edemez⁴⁹. Medeni hukuk Bu içtihat bugüne kadar hiçbir değişikliğe uğramadı.

Avusturya

İstem üzerine adam öldürme suç olarak düzenlenmiştir.1 - 3 veya 5 yıla varan hapis cezaları öngörülmüştür. Ancak ötanazi, pasif olmak ve hastanın rızası bulunmak kaydıyla uygulamada mevcuttur⁵⁰.

İnsan haysiyetine uygun bir şekilde ölmek, Avusturya’da bir hak olarak kabul edilmektedir.

İsviçre

Bu ülkede de Almanya ve Avusturya’da geçerli olan esaslar uygulanmaktadır.

Hollanda

2002 yılı başına kadar, Hollanda’da ötanazi, özellikle maslahata uygunluk ilkesinden, yani savcıya ötanazi fiillerini takip konusunda verilen TAKDİR YETKİSİNDEN hareketle hukuken de kabul edilmekteydi⁵¹. Resmî rakkamlara göre, ötanazi sayısı yılda 2.500 idi. Ancak gerçek rakkamın 10.000 den fazla olduğu yolundaydı.

Ancak Hollanda, 2002 yılı başında yürürlüğe koyduğu tartışmalı bir yasa ile ötanazi yasallaştırmış ve aktif ötanaziye dahi yasal sınırlar içinde tutmuştur.

Yaşama hakkını mutlak bir hak sayan AİHM’nin, aktif ötanaziye de kabul eden Hollanda kanunu hakkında nasıl bir içtihat tesis edeceğini merakla beklemek gerekir⁵².

İngiltere

İngilterede ötanazi volonter ve nonvolonter (isteğe bağlı olan ve olmayan) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Volonter ötanazi nitelikli adam öldürme olarak kabul edilmektedir.⁵³ Ancak, gerçek ötanazi durumunda, kullanılan ilacın YAN TESİR OLARAK ölmekte olan hastanın HAYATINI KISALTMASI halinde yani dolaylı ötanazi durumunda hekime ceza verilip verilmeyeceği tartışmalıdır ve bu tartışma daha uzun süre devam edeceğe benzemektedir⁵⁴. Hala Kilise Hukukunun derin etkisi altında bulunan İngilte-

⁴⁹ Schmitt, Der Arzt und sein Lebensmüde Patient, Juristenzeitung,19/1984, s.867; Küpper, Strafrecht, besonderer Teil 1, No 21 vd.

⁵⁰ Kienapfel, Grundriss des österreichischen Strafrechts, besonderer Teil, Bd.1, Wien 1978, s. 2 vd.; Bertel/Schwaighofer, Österreichisches Strafrecht, Besonderer Teil I, Wien (tarihsiz) s.6

⁵¹ Bafra, Hukukî Açıdan Ötanazi,Argumentum, 1993, s.34

⁵² Tezcan-Erdem-Sancakdar, Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2002, s.168 vd.

⁵³ Beck, Die vorsätzliche Tötung im englischen Strafrecht, Tübingen 1973, s.255 vd.

⁵⁴ Beck, s.258

re’de Londra Yüksek Mahkemesinin , kör, sağır ve kendi kendine beslenme yeteneği olmayan ve kemikleri gelişmeyen dört aylık bir bebeğin yaşamına doktorlar tarafından son verilmesini hukuka uygun bulmuştur.⁵⁵

6. ABD

7 Mart 1996 tarihinde, San Francisco’da, Federal Mahkeme Ötanazi konusunda son derece önemli bir karar vermiştir⁵⁶.

Buna göre, iyileşmez bir hastalığa yakalanan kimselerin “insanca koşullar altında ölme” konusunda Anayasal bir hakka sahiptir.

Devletin hayatı koruma yükümlülüğü bireyin iradesinden sonra gelir. Mahkemeye göre, tedavinin kesilmesi ile ölüme yol açan ilacın yazılması arasında fark yoktur. Ölüme yardım etmek, bir hak olarak tanınmalıdır.

Bu önemli karar, 9 batı ABD eyaletinde geçerlidir. Ölüm hakkının sembolü durumunda bulunan Kevorkian hakkında görülmekte olan davada emsal kararı olarak öne sürülmüştür. Bu kararın başka eyaletler tarafından da üstlenileceği beklenmektedir.

Ancak Nisan 1999 da ters yönde bir gelişme yaşanmış ve ÖLÜM MELEĞİ olarak anılan Kevorkian 10 yıl hapse mahkum edilmiştir. Karar temyiz edilmiştir. Federal Mahkemenin kararı onamıştır.

Oregon’da 1994 te halk oyuna sunulup kabul edilen bir yasa ile ölüm yardımı hakkı açıkça kabul edilmiştir. Ancak yasa henüz yürürlüğe girmiş değildir.

Yukarıda yapılan açıklamalar göstermektedir ki, AİHM. Avrupada yaygın bir kabul gören pasif ötanazi konusunda yeni bir içtihat ihdas etmek durumunda kalacaktır. Ancak bu konuda AİHM’nin, Hollanda’nın 2002 yılı başında yürürlüğe soktuğu yasa ve uygulaması hakkında, ki bu kanunda aktif ötanaziye de izin verilmektedir, nasıl karar vereceği merak konusudur.

İSTEM ÜZERİNE ADAM ÖLDÜRME

Yürürlükteki Ceza Kanunda bulunmayan bu suç 2001 TCK Tasarısının 137’nci maddesinde düzenlenmiştir.

Buna göre,

“İyileşmesi kabil olmayan ve ileri derecede ızdırap verici bir hastalığa tutulmuş bulunan bir kimsenin, şuuruna ve hareketlerinin serbestliğine tam olarak sahip iken yaptığı ısrarlı talepleri üzerine ve sadece hastanın ızdıraplarına son vermek amacıyla öldürme fiilini işlediği sabit olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.”

⁵⁵ Özkan, s.50; Nokta Dergisi, 7.5.1989, s.55

⁵⁶ Frankfurter Allgemeine Zeitung, 8.Maerz 1996

Ötanazide de, kural olarak, istem var ise de, istem üzerine adam öldürme suçu ötanaziden farklıdır. Burada en önemli fark, fiili ika edenin sıfatından kaynaklanmaktadır. Ötanazi sadece hekim tarafından gerçekleştirilebilir; buna karşılık, istem üzerine adam öldürme suçu ise herkes tarafından işlenebilmektedir.

IX- GEBELİĞİN KESİLMESİ (KÜRTAJ)

Dünyanın belki de en liberal kanunlarından biri olan Nüfus Planlaması Kanunu, on haftaya kadar olan gebeliklerin, isteğe bağlı olarak kesilebileceğini öngörmektedir. Oysa AİHS m.2 hükmünün cenine de bir koruma getirdiği kabul edilmektedir⁵⁷. Gebeliğin takirle kesilmesi olayı AİHM'nin gündemindedir. Bu konuda nasıl bir karar çıkacağı merak konusudur. Öte yandan yine AİHM önüne gelen bir olayda (Bruggemann ve Scheuten-Almanya) BABANIN CENİN ÜZERİNDE HAKKI ve ANNENİN ÖZEL HAYATI arasında bir ölçü bulmaya çalışmaktadır. Bu davanın sonucu da merakla beklenmektedir.

2. YASAK SORGU METODU OLARAK İŞKENCE, FENA

MUAMELE VE İNSANLIK DIŞI MUAMELE

I- GENEL OLARAK

1982 Ay m. 17/3'de, İHEB m. 5'de, İHAS m. 3'de, MvSHS m. 7'de ve CMUK m. 135a'da hiç kimseye işkence ve eziyet yapılamaz denilmek suretiyle bu yasak son derece açık bir şekilde ifade edilmiştir. Öte yandan TCK m. 243'de işkence ağır bir suç olarak düzenlenmiştir. Burada son olarak aşağıda ele alınacak olan İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler ve Avrupa Sözleşmelerine de işaret edilmelidir.

Yargıtay, ifade alma ve sorgu sırasında vukubulabilen işkencenin önlenmesi amacıyla son derece cesur kararlar vermiştir. Yüce Mahkeme, bizim tespitimize göre, bu konuda 1.4.1985'de verdiği ilk kararında, ikrarın delil niteliğinde olabilmesi için:

- 1) İkrar olunan OLAYIN MÜMKÜN OLMASI,
- 2) HÂKİM HUZURUNDA OLMASI,
- 3) GERİ ALINMAMASI VE
- 4) YAN DELİLLERLE DE DESTEKLENMESİ

gerektiğini açıklamıştır. Bu kararı daha sonra diğerleri takip etmiş; Yargıtayın bu görüşü istikrarlı hale gelmiştir⁵⁸.

⁵⁷ Tezcan-Erdem-Sancakdar, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2002, s.168 vd.

⁵⁸ Yar. CGK. 1.4.1985, 6/511-182 (Erdurak, s. 214); Yar. CGK. 2.2.1987, 314/18; Yar. CGK. 16.2.1987, 6-271/50 (Uygun-Savaş-Mollamahmutoğlu, s. 147, 194); Yar. CGK. 21.9.1987, 1-203/367 (YKB 1990, s. 7567 vd.); Yar. CGK. 17.4.1989, 1-90/144 (İKİD 1989, s. 6542 vd.); Yar. CGK. 25.6.1990, 9-156/188, YKD Kasım 1990, s. 1704 vd.; Yar. CGK. 25.6.1990, 9-156/188, YKD Kasım 1990, s. 1704 vd.; Yar. CGK. 4.6.1990, 1-139/163, YKD Ekim 1990, s. 1544 vd.; Yar. CGK. 10.12.1990, 6-257/335, YKD Mart 1991, s. 420 vd.; Yar. CGK. 11.3.1991, 1-28/68, YKD Şubat 1992 s. 256 vd.

AİHS m. 3, işkence, insanlık dışı veya alçaltıcı ceza veya muameleyi yasaklamak-
tadır. Söz konusu hüküm, AİHS'nin herhangi bir sınırlama nedenine bağlı olmayan tek
hükmüdür. AİHS m. 15 /II'ye göre bu yasağın, *olağanüstü durumlarda bile* ortadan kal-
dırılması söz konusu değildir. AİHS m. 3'de kullanılan kavramlar oldukça geniştir ve be-
lirsizliği nedeniyle sözleşme organlarının kararlarıyla somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Bu
bağlamda özellikle “insanlık dışı” veya “alçaltıcı muamele” kavramlarının Avrupa kamu
düzeninin geçerli ortak standartlarına uygun olarak yorumlanması gerekir⁵⁹.

AİHK, Yunanistan aleyhine Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda tarafından ya-
pılan devlet başvurusu üzerine verdiği kararda, öncelikle işkencenin her halde insanlık
dışı veya alçaltıcı muamele olduğunu, insanlık dışı muamelenin de her halde alçaltıcı sa-
yılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Daha sonra Komisyon, insanlık dışı muameleyi,
kasten ağır fiziki veya psikolojik acıya yol açan davranışlar olarak tanımlamıştır. Mah-
kemeye göre AİHS m. 15'den de açıkça ortaya çıktığı üzere, ne AİHS ve ne de insancıl
savaş hukuku, olağanüstü hal veya savaş durumunda bile insanlık dışı muameleye ola-
nak tanımamaktadır.

AİHM, ilk kez Birleşik Krallığa karşı İrlanda kararında AİHS m. 3'e ayrıntılı ola-
rak değinmiştir. Mahkeme, öncelikle bir muamelenin AİHS m. 3'e yönelik ihlal olarak
değerlendirilebilmesi için belirli *bir ağırlığa ulaşması* gerektiğini vurgulamıştır. Bu ko-
nuda bir değerlendirme yapılırken de, somut olayın bütün koşulları, özellikle süre, psi-
kolojik ve fiziki sonuçları, ilgilinin cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu göz önünde bulun-
durulmalıdır. Bu bağlamda İngiliz güvenlik güçlerince sorgu sırasında baş vurulan “*beş
teknik*”in önemli psikolojik ve fiziki acıya yol açtığı ve sorgu sırasında psikolojik rahat-
sızlıklara neden olduğu için insanlık dışı sayılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Beş
teknik olarak adlandırılan bu yöntemde ilgili gözleri bağlı uzun süre duvara yaslanarak
beklemek ve zorundaydı. Yeme ve içme asgariye indirilmişti. Eğer ilgili uykuya dalar
ise derhal uyandırılmakta ve tekrar duvara yaslanması sağlanmaktaydı. AİHM'ne göre
bir kimsenin geri gönderileceği devlette kötü muamele ile karşılaşma tehlikesi altında
bulunması da AİHS m. 3'ün ihlali sonucuna yol açar⁶⁰.

Türkiye ile ilgili olarak AİHM'ye yapılan başvurulardan *Sur* davası 12.9.1997 ta-
rihinde; *Gelgeç/Özdemir* davası 1.3.2001 tarihinde; *Çavuşoğlu* davası 6.3.2001 tarihin-
de dostane çözümle bitirilmiş; 25.9.1997 tarihli *Aksoy ve Aydın kararları*; 24.4.1998 ta-
rihli *Selçuk ve Asker* kararı, 25.5.1998 tarihli *Kurt* kararı, 9.6.1998 tarihli *Tekin* kararı,
8.7.1999 tarihli *Çakıcı* kararı Türkiye'nin mahkumiyeti ile sonuçlanmıştır. AİHM, ör-
gütlü terörizmle ve suçla mücadele alanı gibi benzer durumlarda dahi bu hükme aykırı-
lığın Sözleşme tarafından yasaklandığını belirtmiştir.

26.11.1987 tarihli “İşkence, İnsanlık Dışı ve Onur Kırıcı Ceza ve Muamelelerin
Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi” çerçevesinden oluşturulan İşkence, İnsanlık Dı-

⁵⁹ Frowein/Peukert, Art. 3 no. 1.

⁶⁰ AİHM'nin 20.3.1991 tarihli İsveç'e karşı Cruz Varas ve diğerleri kararı, Kararlar Rehber, no. 261. An-
cak bu karara konu olayda eldeki delillere göre başvurunun gönderileceği Şili'de kötü muamele ile
karşılaşma tehlikesinin ispat edilmemesi nedeniyle, AİHS m. 3'e aykırılık görmemiştir.

şı ve Onur Kırıcı Ceza ve Muamelelerin Önlenmesine İlişkin Avrupa Komitesi'nin Türkiye ile ilgili kamuoyu açıklamaları, Türkiye'yi suçlayıcı ve uygulamada yasal düzenlemelere uyulmadığına ilişkin açıklamalar içermektedir⁶¹. İÖK'nin 15 Aralık 1992 tarihli ilk kamuoyu açıklamasında⁶² ortaya koyduğu tespitlere göre, işkence ve ağır kötü muamelenin diğer biçimleri, Türkiye'de gözaltının karakteristik özelliği olarak kendisini göstermektedir. Komite, önemli ölçüde tıbbi bulgularla da desteklenen olağanüstü sayıda şikayetler dinlemiştir. Gözaltında bulunan kişiler, kollardan asmak veya el bileklerini arkadan bağlamak, cinsel bölgeler de dahil olmak üzere vücudun duyarlı bölgelerine elektrik vermek, hayaları sıkmak, falakaya yatırmak, yüksek basınçlı soğuk su sıkmak, küçük, karanlık ve havasız hücrelerde uzun süre tutmak, işkenceyle tehdit etmek ve diğer psikolojik olarak küçültücü davranışlarla karşılaşmaktan şikayetçi olmuşlardır.

6 Aralık 1996 tarihli ikinci kamuoyu açıklamasında⁶³, Komite, işkence ve ağır kötü muamelenin halen daha geniş ölçüde yaygınlık taşıdığını tespit etmiştir. Her ne kadar, hukuki açıdan koşulların iyileştirilmesi konusunda önemli adımlar atılmış ise de, bu yeni düzenlemelerin hayata geçirilmesi konusunda bugüne kadar başarılı olunamamıştır.

İÖK'nin 1997 ziyaret raporu, gözaltında işkence sorununun varlığı ve bunun boyutlarının her türlü tereddüdün dışında olduğu yönünde bir tespitle başlamaktadır. Ziyaretin amacı, bu konuda yeni deliller elde etmek değil, daha ziyade, işkenceyle mücadele konusunda yeni getirilen tedbirlerin hayata geçirilip geçirilmediğini incelemektir. Bununla birlikte, 1997 Raporunda da işkence konusunda önemli bulgulara yer verilmektedir. İÖK, 27 Şubat – 3 Mart 1999 tarihleri arasında Türkiye'ye bir *ad-hoc* ziyaret gerçekleştirmiştir. Ziyaret delegasyonu, ziyaret edilen bazı polis karakollarında işkence ve kötü muamele konusunda tekrar çok sayıda şikayet dinlemiş ve vücudunda işkence izleri bulunan bazı kişilerle karşılaşmıştır.

İÖK, işkence ve diğer kötü muamelelere karşı bir dizi temel koruyucu önlemler önermektedir. Bunlar arasında özellikle şunlar sayılabilir: - gözaltında bulunan her kişiye, aile üyelerine veya istediği üçüncü bir kişiye yakalandığından haber verme hakkı, - özgürlüğünden yoksun bırakıldığı andan itibaren bir avukat yardımından yararlanma hakkı, - tıbbi muayene isteme ve özellikle kendi seçeceği bir hekim tarafından muayene edilme hakkı, - yakalandıktan sonra yukarıdaki hakları konusunda aydınlatılma hakkı. İşkencenin etkili bir biçimde önlenmesi, yine devletin işkence ve kötü muamele iddialarının üzerine uygun (ve aynı zamanda ceza hukukuna ilişkin) araçlarla gitmesini de içermektedir. İÖK'nin genel tavsiyeleri arasında, ayrıca sorguya ilişkin kuralların açık bir biçimde ortaya konması, mümkünse sorgunun elektronik araçlarla kaydedilmesi ve gözaltında bulunan bütün kişilere kapsamlı bir dosyayı inceleme hakkından da söz edilme-

⁶¹ İÖK, iki kez -Aralık 1992 ve Aralık 1996- İKAS'nin 10. maddesinin II. fıkrasına göre, Türk Hükümeti, işkencenin önlenmesi konusunda İÖK'nin tavsiyelerine uymadığı gerekçesiyle kamuoyuna açıklamada bulunmuştur.

⁶² İÖK'nin Türkiye hakkındaki bir no.lu kamuoyu açıklaması, CPT/Inf (93) 1, EuGRZ 1998, 301.

⁶³ İÖK'nin Türkiye hakkındaki iki no.lu kamuoyu açıklaması, CPT/Inf (96) 1, EuGRZ 1998, 306.

lidir. Nihayet güvenlik güçlerinin eğitilmesine veya eğitim düzeyinin yükseltilmesine ilişkin tedbirlere de özel olarak dikkat çekilmiştir⁶⁴.

AIHM kararlarından, sanığın kendi davranışıyla neden olduğu durumlar dışında, yakalanmasından itibaren uğradığı her türlü yaralanma ve benzeri muamelelerden devletin sorumlu tutulacağı sonucu çıkmaktadır. Devlet, kişilerin yakalanmasından itibaren bu kişilerin fiziki ve psikolojik bütünlüğüne yönelik olarak ortaya çıkan zararlardan, bunların kendisine isnad edilebilir nedenlerden ileri geldiğini kanıtlayamadıkça sorumluluktan kurtulamaz. Bu nedenle gözaltına alınan kişilerin yakalanmalarından itibaren mesleki bağımsızlığa ve tarafsızlığa sahip hekimler tarafından muayene edilmesi gerekmektedir. Hekimle sanıkların baş başa görüşebilmeleri işkence iddialarının ortadan kaldırılması bakımından büyük önem taşımaktadır⁶⁵. Öte yandan gözaltına alınan kişilerin işlediklerinden şüphe edilen suç ne olursa olsun gözaltının başladığı andan itibaren bağımsız bir avukata baş vurma hakkının tanınması zorunludur. İÖK, yakalanan herkese yakalandıktan sonra derhal, -onun tarafından ziyaret edilme hakkı, -kimsenin duymaya-acağı bir ortamda onunla konuşma hakkı, -kural olarak: sorguda avukatın hazır bulunması hakkı da dahil olmak üzere, bir avukatın yardımından yararlanma hakkının tanınmasını önermektedir. Gerçi İÖK, sanığın, geçici olarak kendisinin seçeceği bir avukatın yardımından yararlandırılmayacağı durumların bulunabileceğini kabul etmektedir; ancak böyle bir durumda dahi polisin güven duyduğu, aynı zamanda bağımsız, örneğin önceden Baro tarafından belirlenen bir listeden seçilen bir avukatın yardımından yararlanması olanağı açık tutulmalıdır. Özellikle DGM'nin görev alanına giren bir suç şüphesi altında bulunan kişiler sorguda müdafinin hazır bulunması hakkına sahip değildirler; bunların polis aracılığıyla Baro'dan avukat talep etme olanakları da bulunmamaktadır. İÖK, bu durumu işkenceye karşı koruma konusunda ciddi bir boşluk olarak görmektedir. İÖK, DGM'nin görev alanına giren suçlardan şüpheli olan kişilerin avukat yardımından 4 gün süre ile yararlanamamasını eleştirmekte ve bu kişilere de gözaltının başladığı andan itibaren bu hakkın tanınması yönündeki tavsiyesini tekrarlamaktadır. Bu bağlamda İÖK, uzun süre göz altında bulundurulmuş kişilerin düzenli aralıklarla (en azından 48 saatte bir) hekim muayenesine götürülmesini önermiştir.

II- TÜRK CEZA MUHAKEMELERİ USULÜ KANUNUNDA YASAK SORGU METODLARI(FENA MUAMELE VE İŞKENCE YASAĞI)

Delil yasakları konusunda 3842 sayılı kanunla getirilen ikinci yenilik ifade ve sorgu sırasında delil elde etme yasaklarına ilişkindir ve Alman CMUK m. 136a'ya benzeyen bir hükümdür (m. 135a CMUK). Buna göre, "*ifade verenin ve sanığın beyanı öz-*

⁶⁴ Bkz. İÖK'nin 1991 Yılı 2. Yıllık Raporu, no. 36-41, EuGRZ 2000, 248.

⁶⁵ Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği tasarısı bu konuda açık kurallar koymakta ve hekimlerin gelişigüzel rapor yazmasının önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Söz konusu hükümlere uygulamada mutlaka uyulması bir zorunluluk olarak görülmektedir.

gür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedenî veya ruhî müdahaleler yapılamaz; kanuna aykırı bir menfaat vaat edilemez; bu suretle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez”.

Burada altı çizilerek söylenen, ifade alma ve sorguda *sanığın*⁶⁶ BEYANININ ÖZGÜR İRADESİNE DAYANACAĞI KURALIDIR. AKSİ TAKDİRDE ÖZGÜR İRADEYE DAYANMAYAN BEYAN HİÇBİR SURETTE CEZA MUHAKEMESİNDE KULLANILAMAYACAKTIR. CMUK m. 135a da bu sonuç son derece açık bir şekilde ifade edilmektedir. Yani söz konusu maddede önce kural konulmuş, daha sonra da bu kurala mahalefetin sonucu açıkça gösterilmiştir. O halde burada CMUK m. 254/2 ye ihtiyaç bulunmamaktadır. Hal böyle iken Yargıtay bazı kararlarında CMUK m. 254/2 hükmünü CMUK m. 135a ile sınırlama gayreti içine girmiştir ki⁶⁷, bunun kabul edilmesi mümkün değildir. Yargıtay daha sonra bu görüşünü değiştirmiş CMUK m. 254/2’yi 135a dışındaki aykırılıkların bir sonucu olarak görmeye başlamıştır⁶⁸.

CMUK m. 135a sadece işkenceyi önlemek amacıyla kabul edilmiş bir düzenleme değildir. Burada korunmak istenen, başta işkence olmak üzere maddede ÖRNEK OLARAK sayılan bazı İNSANLIK DIŞI DAVRANIŞLARDAN SANIĞIN HAYSIYETİNİ KORUMAK, ONUN CEZA MUHAKEMESİNDE MADDİ GERÇEK ARANIRKEN BİR OBJE HALİNE GETİRİLMESİNE ENGEL OLMAKTIR.

Önemle kaydedelim ki, CMUK m. 135a’da *örnek olarak gösterilen*⁶⁹ ve iradenin hür bir şekilde oluşmasına engel olduğu için yasaklanan eylem ve işlemlerin anlamını saptamak, özellikle uygulayıcılar bakımından hayli zordur⁷⁰. Gerçekten, burada geçen örneğin KÖTÜ DAVRANMA, İŞKENCE, BEDENSEL CEBİR arasında ne gibi farklılıkların olduğunu ortaya koyabilmek kolay değildir.

Burada geçen bedensel cebir, yakalama, zorla getirme gibi koruma tedbirlerinde söz konusu olabilen ve hukuk düzenince izin verilen maddî müdahalenin fevkinde sırf muhatabından bir beyan elde etmek amacıyla vücuda yapılan ve acı ve ızdırap veren fizikî müdahalelerdir. İşkence ise, sanıktan beyan elde etmek maksadıyla, SİSTEMATİK BİR ŞEKİLDE yapılan ve bedensel cebirden farklı olarak sadece bedene değil aynı zamanda RUHİ bütünlü-

⁶⁶ CMUK m. 135a sadece *sanığın* ifadesi veya sorgusundan söz etmekte ise de, bu maddenin getirilmesiyle sağlanmaya çalışılan insan haysiyetinin korunması düşüncesi, aynı ölçüde *tanık, bilirkişi ve suçtan zarar gören için* de geçerlidir. O halde CMUK m. 135a’yı bunları da kapsayacak biçimde geniş anlamak gerekir (Karlsruher Kommentar, § 136a no. 2).

⁶⁷ Yar. 4. CD 26.9.1994, 7114/7264

⁶⁸ Örneğin, Yar. 4. CD 23.12.1994, 8661/10682

⁶⁹ Kanunda “*gibi*” ibaresine yer verilmesi, buradaki yasakların örnekleyici olarak sayıldığını, maddede yer almasa bile özgür iradeyi engelleyen diğer yöntemlerin de yasak kapsamı içine girdiğini gösterir. CMUK m. 135a/son’da “*yukarıdaki fıkralarda belirtilen yasak yöntemler*”den söz edilmesi, maddede açıkça sayılmayan, fakat özgür iradeyi engelleyen yöntemlere rıza gösterilmesi durumunda elde edilen delilin değerlendirilmesi sonucuna yol açmaz (Krş. Şahin, Cin’e Armağan, s. 91 vd.).

⁷⁰ Şahin, Cin’e Armağan, s. 91; ayrıntılı bilgi için bkz. Demirbaş, Hazırlık Soruşturması, s. 276 vd.

ğe de yönelen, acı ve ızdırap veren müdahalelerdir. Fena muamele ise, bedensel cebir ve işkence dışında kalan her türlü hukuk dışı muameledir. Örneğin, sanığa sövmek veya hakaret etmek böyledir.

CMUK m. 135a'da ZORLA İLAÇ VERMEK suretiyle beyan elde etmek de yasaklanmıştır. Bundan çıkan sonuç, ilâç vermek serbest, ancak bunu zorla yapmak yasaklanmıştır. Bize göre bu, ilaç vermenin ZORLA olup olmadığının ispatı son derece zor olacağından, uygulamada ağır insan hakları ihlâllerine yol açabilecek tehlikeli bir düzenlemedir. Mehaz Alman CMUK da ZORLA ibaresine yer verilmiş değildir.

CMUK'un aynı maddesinde YORMAK veya ALDATMAK suretiyle sanıktan bir beyan elde edilmesi de yasaklanmıştır. Bilindiği gibi, sorgu veya ifade alma esasen son derece yorucu bir işlemdir. Burada geçen yorgunluk bu değildir. Mehaz Alman CMUK da bunun için BİTAP DÜŞÜRMEK, SAĞLIKLI DÜŞÜNEMEYECEK KADAR YORMAK anlamına gelen Ermüdung kelimesi kullanılmıştır. Buna göre sanıkta dinlenme ihtiyacı öylesine artmıştır ki, küçücük bir dinlenme fırsatı için kendisinden istenilen beyanda bulunmaya hazırdır⁷¹. İki polis memurunun dönüşümlü olarak sanığı günlerce sorguya çekmesi buna örnek gösterilebilir. Keza sanığın gece yarısı veya sabaha karşı, tam uykuya dalacağı sırada uyandırılması işleminin sık sık tekrarlanması halinde de durum budur.

Aldatma, gerçekte olmayan vakıaları var gibi göstererek, sanığın belli konuda iradesinin hür bir şekilde oluşmasına engel olmaktadır. Örneğin iki şerikten birine, diğer şerikin ikrar ettiğinin söylenmesi suretiyle ikrar temin edilmesi halinde durum budur. Bu durumda İzbilimin (Kriminalistiğin) kabul ettiği esaslar çerçevesinde sorgu teknik ve taktiklerinin tatbiki sırasında bazı MEVCUT VAKIA VE DELİLLERİN mübalağalı bir şekilde yorumlanması ve bu suretle sanıktan bir beyan elde edilmesi aldatma sayılmaz.

CMUK m. 135'a da BAZI ARAÇLAR UYGULAYARAK sanıktan bir beyan elde edilmesi de yasak sorgu yöntemi olarak öngörülmüştür. BAZI ARAÇLAR kavramının kapsamının ne olduğunu tayin etmek kolay değildir. Bize göre, 135a da tek tek örnek olarak gösterilenler dışında olup da sanığın iradesinin hür bir şekilde oluşmasına engel olan her türlü araç CMUK m. 135a kapsamında değerlendirilmelidir. Örneğin YALAN MAKİNASI, İPNOTİK TELKİNLER, bu kavram içinde ele alınmalıdır.

Nihayet, CMUK m. 135a'ya göre, KANUNA AYKIRI MENFAAT VAADEDEREK sanıktan beyan elde edilmesi de yasaktır. Örneğin, sanığın ikrar etmesi halinde cezalandırılmayacağının veya cezasının yarısından fazlasının indirilmesinin temin edileceğinin veya şartları oluşmadığı halde verilecek cezanın tecil edileceğinin söylenmesi halinde durum budur.

Yukarıda açıklanan yasak yöntemlerle elde edilen İFADELER RIZA OLSA DAHI delil olarak değerlendirilemeyecektir (m. 135a CMUK). Görüldüğü gibi, kanunkoyucu, CMUK m. 254/2'ye gerek olmadan, yasak yöntemlerle elde edilen delillerin ceza

⁷¹ **Karlsruher Kommentar**, § 136a no. 12.

muhakemesinde kullanılamayacağını, hiçbir yanlış anlamaya meydan vermeyecek surette düzenlemiştir⁷².

CMUK m. 135a/son da yasak yöntemlerle elde edilen İFADELER RIZA OLSA DAHİ delil olarak değerlendirilemez denilmiş olmasına dayanak, bazıları ifade veya soru sırasında veya hukuka aykırı olarak ele edilen BEYAN vasıtasıyla dolaylı olarak elde edilen ve İFADELER (BEYANLARIN) DIŞINDA KALAN DELİLLERİN yani MADDİ DELİLLERİN ceza muhakemesinde kullanılabileceğini, burada DELİL YASAKLARININ UZAK (DOLAYLI) ETKİSİNİN bulunmadığını ileri sürmektedirler.

C. Değerlendirme Yasakları (m.38/8 AY; m. 254/2 CMUK)

a) Genel Olarak

1992 yılında 3842 sayılı kanunla CMUK'a delil yasakları konusunda önemli bir hüküm eklenmiştir. Bu yeni hüküm *değerlendirme yasaklarına* ilişkindir. Buna göre *“kovuşturma makamlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz”* (m. 254/2 CMUK). Böylece her türlü takdir yetkisini ortadan kaldıran MUTLAK BİR DELİL DEĞERLENDİRME YASAĞI yaratılmıştır.

Ne var ki, Avrupa Birliğine Uyum Yasaları çerçevesinde, yani AB ye girebilmek uğruna 2001 yılında 4709 Sayılı 1982 Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un 15'nci maddesi ile delil yasakları konusunda Anayasada inanılması güç bir değişiklik yapılmıştır. Söz konusu değişiklik kanunu, Anayasanın 38'nci maddesine yeni bir düzenleme eklemiştir. Buna göre:

“Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez”.

Aşağıda bu iki düzenlemeyi kısaca mukayese etmeye çalışacağız.

Delil yasaklarına ilişkin bu düzenlemenin Anayasada yer almasının önemli sonuçları vardır:

1. Anayasada yer alan bu düzenleme artık sadece CMUK bakımından değil tüm yargılama hukuku bakımından hüküm ifade edecek; bundan Anayasa yargısı, medeni yargı, idari yargı, askeri yargı hatta disiplin soruşturmaları temelinden etkilenecektir.

2. CMUK m.254 hükmü sadece soruşturma ve kovuşturma makamlarını bağlıyordu. Anayasal düzenleme herkesi bağladığından, bundan böyle özel kişilerin elde ettikleri deliller de bu kapsamda ele alınacak; bu yolda yapılan tartışmalar konusuz kalmış olacaktır.

3. Anayasal düzenlemede; CMUK da DELİL denilmesine karşın *“kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez”* denildiğine göre; henüz klasik delil vasfını kazanmış tüm iz ve eserlerle belirtiler artık delil sayılamayacaktır.

4. Anayasa m.38/8'de: *“Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil ola-*

⁷² Alman hukukunda yasak sorgu metodlarının delil yasagi sonucuna yol açabilmesi için, ifade ile basvurulan metod arasında *nedensellik baginin* bulunmasi gerektiği kabul edilmektedir (*Karlsruher Kommentar*, § 136a no. 38; Löwe/Rosenberg, § 136a no. 62).

rak kabul edilemez” denilirken CMUK m.254/2’de “ hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller...” denilmesi karşısında; artık elde edilen delilin hukuka uygun olarak mı değil; kanuna uygun olarak mı elde edildiğine bakılacak; hak ihlaline yol açmayan en küçük bir aykırılık, elde edilen delili kullanılamaz hale sokacaktır. Anayasa değişikliğine kadar burada şu soruyu sormak gerekiyordu: HUKUKA AYKIRILIK ne demektir? Hukuka aykırılık, hukuk kelimesinden de kolayca anlaşılabilir gibi, HAKLARA AYKIRILIK demektir! Hangi haklara? Hukuk devleti ilkesine uygun olarak hazırlanmış anayasa, milletlerarası andlaşmalar ve bunlara uygun olarak çıkarılmış olan kanunlarla düzenlenen haklara. O halde HAK İHLALİ YOKSA, HUKUKA AYKIRILIKTAN DA SÖZ EDİLEMEZ. Öyleyse HUKUKA AYKIRILIK kavramı KANUNA AYKIRILIK kavramı ile karıştırılmamalıdır. Gerçekten, Hitler döneminde Almanya’da, Stalin döneminde eski Sovyetler Birliğinde, Mussolini zamanında İtalya’da, Franko zamanında İspanya’da KANUNLAR vardı; ancak, milyonlarca insanın HAKLARI YOKTU; daha doğrusu esasen hiç kimse tarafından bahsedilmemiş, verilmemiş olan, insanın insan olması sebebiyle sahip bulunduğu hakları idrak edemiyorlardı; çünkü Devlet KANUNLAR yaparak bu DOĞAL HAKLARIN KULLANILMASINI engelliyordu. Demek oluyor ki, KANUN DEVLETİ her zaman HUKUK DEVLETİ demek değildir. Bilindiği gibi, en yalın tanımıyla HUKUK DEVLETİ, İNSAN HAKLARINI GERÇEKLEŞTİREN, GÜVENLİĞİ SAĞLAYAN ADİL DEVLETTİR. Anayasaya eklenen sekizinci fıkra hükmünden sonra bu değerlendirmeler konusuz kalmıştır. Zira delil elde edilirken yapılacak şekli bir aykırılık, hiçbir hak ihlali söz konusu olmadığı halde, elde edilen delili delil olmaktan çıkaracaktır.

5. Anayasa değişikliğinden sonra hukuka aykırı delilin dosyadan çıkarılması sorunu da kalmamıştır. Delil yasakları davasının sonucunda delil yasakları ihlâl edilerek elde edildiği ileri sürülen delilin, hukuka aykırı yollardan elde edildiği ve bu hukuka aykırı delilin hüküm bakımından nedensellik değeri ve gücü bulunduğu ve hak ihlâline de yol açtığı, yukarıda anlatılan şekilde tespit edildiğinde, bu delilin DOSYADAN ÇIKARILMASINA da karar verilebilip verilemeyeceği ciddi bir sorun idi. Anayasa değişikliğinden sonra artık böyle bir sorun da kalmamıştır. Zira kanuna aykırı surette elde edilen bulgu DELİL SAYILMADIĞINDAN en başta dava dosyasına giremeyecektir.

6. Anayasa değişikliğinden sonra delil yasaklarının uzak (dolaylı) etkisi bakımından (zehirli ağacın meyveleri açısından) değerlendirme yapılmasına da gerek kalmamıştır. Anglo-amerikan Hukukunda *zehirli ağacın meyveleri* olarak anılan *delil yasaklarının uzak (dolaylı) etkisi* tartışmalı bir konudur. Örneğin, sanık, işkence neticesinde suçunu ikrar eder ve bu sırada suç aleti veya başkaca delillerin yerlerini de gösterirse, dolaylı (işkence ile sağlanan ikrar vasıtasıyla) elde edilen bu delillerin muhakemede kullanılabilinip kullanılamayacağı ciddi bir sorudur. Anglo-Amerikan Hukukunda bu delillerin de kullanılması kabul edilmemektedir. Almanya’da ise, delil yasaklarının uzak etkisi aynı şekilde son derece tartışmalı bir konudur. CMUK m. 254/2’ye 3842 sayılı kanunla ithal edilen ve “*hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin hükme esas alınmayacağını*” mutlak bir şekilde öngören düzenleme karşısında delil yasaklarının uzak (dolaylı) etkisi meselesi Türk Ceza Muhakemesi Hukuku bakımından da halle-

dilmiş olmaktadır. Gerçekten kanunun bu düzenlemesi karşısında hukuka aykırı delillerin elde edilişlerinin doğrudan doğruya veya dolaylı olmasının hiçbir önemi bulunmamaktadır. Burada önemli olan delil veya delillerin elde edilmesi sırasında, bir şekilde herhangi bir hukuka aykırılığın yapılmış olmasıdır. O halde, örneğin işkence ile bir ikrar elde edilmiş; bu ikrar sayesinde de suç aleti ve başkaca önemli deliller ele geçirilmiş ise suç aleti ve başkaca önemli deliller hukuka aykırı bir yöntemle elde edildiklerinden ceza muhakemesinde kullanılabilmeleri; hükme esas alınabilmeleri kesinlikle mümkün değildir. Anayasanın 38'nci maddesine eklenen yeni düzenleme ile bu durum pekiştirilmiştir. Hatta bu Anayasa değişikliğinden önce, CMUK m. 135a/son'da yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler, **delil olarak değerlendirilemez** denilmiş olmasına dayanarak, bazılarınca, ifade veya sorgu sırasında veya hukuka aykırı olarak elde edilen BEYAN vasıtasıyla dolaylı olarak elde edilen ve İFADELER (BEYANLARIN) DIŞINDA KALAN DELİLLERİN yani MADDİ DELİLLERİN ceza muhakemesinde kullanılabileceği, burada DELİL YASAKLARININ UZAK (DOLAYLI) ETKİSİNİN bulunmadığını ileri sürülmekte idi. Örneğin sanığa işkence edilerek bir ikrar elde edilse ve bu sırada sanık SUÇ ALETİNİN yerini göstermiş bulursa, böyle bir delil, uzak etkiyi kabul etmeyenlere göre ceza muhakemesinde kullanılabilecektir. Bu yaklaşımın kabul edilmesi bir hukuk devletinde mümkün değildi. YASAK SORGU METODLARI KULLANILARAK ELDE EDİLEN DELİLLER, BU ELDE EDİŞ İSTER DOLAYLI İSTER DOĞRUDAN OLSUN, HİÇBİR SURETTE CEZA MUHAKEMESİNDE HATTA HİÇBİR MUHAKEMEDE KULLANILAMAZ. ZEHİRLİ AĞACIN MEYVALARI ibaresi bu durumu en güzel bir şekilde açıklamaktadır. Şimdi Anayasada DELİL değil de BULGU denilmiş olması bu tartışmalara da son noktayı koymuştur.

7. İddia ve savunma makamları bakımından da delil yasakları konusunda bir ayırım yapılamayacaktır. Gerçekten, Anayasa m.38 de yapılan değişiklik ve 3842 sayılı kanunla CMUK m. 254/2'ye eklenen yeni düzenlemede hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin, iddia veya savunma makamlarının lehlerine veya aleyhlerine olup olmadığına da bakılmış değildir. Bu durumda, hukuka aykırı olarak elde edilen ve fakat sanığın beraat etmesini sağlayacak olan deliller de ceza muhakemesinde kullanılamayacak; hükme esas alınamayacaktır. Ancak hatırlatalım ki, sanığın lehine olan hukukî kaidelere muhalefet, sanığın aleyhine hükmün bozdurulması için C. Savcılığı'na bir hak vermez (m. 309 CMUK).

Anayasa m.38/8 ve CMUK m.254/2 ve 135a ile ceza muhakemesinde yeni bir mutlak temyiz sebebi ihdas edilmiştir; burada söz konusu olan delil yasaklarıyla CMUK m.308'e adeta yeni bir düzenleme eklenmiş bulunmaktadır.

b) Kusur

Burada delil elde edilirken yapılan hukuka aykırılığın kusurlu (kasten veya taksirle) veya kusursuz olmasının; herhangi bir temel hak ve hürriyeti ihlâl etmiş olup olmasının hiçbir önemi yoktur; bir şekilde hukuka aykırı olarak elde edildiği ortaya çıkan delil, ceza muhakemesinde kullanılamayacak; hükme esas alınamayacaktır; alınacak olursa, söz konusu hüküm Yargıtay tarafından mutlaka bozulacaktır.

Bu, hukukî barışı, sosyal disiplini sağlamak mecburiyetinde olan bir hukuk devletinde kabul edilebilecek bir durum değildir.

Her ne kadar bir hukuk devletinde, devletin bütün işlerinin hukuka uygun olması lâzım gelirse de, hata yapmak, insanlara mahsus bir özellik olduğundan, insanlar tarafından yapılan işlemlerde hata bulunabilecektir. İnsanların, bu tür hatalardan, temel hak ve hürriyetleri ihlâl etmeyenleri ile yaşamasını öğrenmeleri gerekir. Ceza muhakemesi uygulamasında da, özellikle delil elde edilirken sık sık hukuka aykırılıklar yapılmaktadır. Suç kolluğu bulunmayan ülkelerde bu hukuka aykırılıklar daha sık ve yaygın bir şekilde ortaya çıkabilmektedir.

Burada temel hak ve hürriyetleri ihlâl etmiş bulunmayan basit bir hukuka aykırılık, elde edilen bu önemli delilleri kullanılamaz duruma sokacak; anılan deliller hükme esas alınamayacaktır. Bu sonucun, insan haklarını fiilen gerçekleştirmek yanında suçlarla mücadele etmek, sosyal disiplini ve hukukî barışı sağlamak mecburiyetinde olan bir hukuk devletinde kabul edilmesi mümkün değildir.

Bazen öylesine acil durumlarla karşılaşılır ki, kanunda öngörülen şekli bir şart yerine getirmek o an için fiilen olanaklı bulunmayabilir. Örneğin, yukarıda da açıkladığımız gibi, Anayasada yapılan son değişiklikler çerçevesinde Anayasanın 20'nci maddesi de değiştirilerek üst baş ve eşyada arama ve elkoyma için, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de YETKİLİ MERCIİN YAZILI EMRİ ARANMAKTADIR. Bu durumda bir canlı bombanın polis tarafından fark edilmesi halinde derhal etkisiz hale getirilmesi mümkün olamayacak; bu durumda dahi yazılı emir alınması gerekecektir. Keza bir okul önünde uyuşturucu madde satmaya çalışırken görülen bir kimsenin üstünde veya çantasında, yazılı emir olmadan arama yapılamayacaktır. Belki de, arama yapamamanın sakıncasını gidermek için, aramadan daha da ağır bir koruma tedbiri olan yakalama cihe-tine gidilecektir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi kanunla yetkili kılınmış merciin YAZILI EMRİ olmadan arama ve elkoyma yapılması halinde, bu suretle elde edilen deliller, ceza muhakemesinde delil olarak kullanılamayacaktır.

Öte yandan, yukarıda da açıkladığımız gibi, Anayasanın 21'nci maddesi

değiştirilerek KONUTTA arama ve el koyma yapmak için gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi kanunla yetkili kılınmış merciin YAZILI EMRİ ARANMAKTADIR. Bu durum uygulamada ciddi sıkıntılar yaratacaktır.

Bu durumda örneğin, aynı apartmanda oturan bir şahsın yan dairede Hizbullah militanlarınca bir kişinin domuz bağına bağlanmış bulunduğunu görüp de devriye gezen polisi acilen yardıma çağırması halinde, ekibin derhal konuta girerek arama yapması ve suç aletlerine el koyması mümkün olmayacaktır. Zira bunun için önceden YAZILI EMİR alınması gerekecektir.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi kanunla yetkili kılınmış merciin YAZILI EMRİ olmadan KONUTTA arama ve elkoyma yapılması halinde, bu suretle elde edilen deliller ceza muhakemesinde delil olarak kullanılamayacaktır.

Örnekleri çoğaltmak mümkündür.

c. Deliller

Bu da delil çeşitleri ve delillerin dolaylı ve doğrudan doğruya elde edilmesi bakımından olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmelidir.

aa. Delillerin Çeşitleri Bakımından

CMUK m.254/2’de bulunan ve ELDE EDİLEN DELİLLER konusunda hiçbir sınırlama getirmemiş; örneğin, yalnızca ikrar, tanık beyanı gibi delillerden söz etmemiş; “*deliller*” ibaresine yer vermiştir. Bu durumda, hukuka aykırı elde edilen belirtiler dahi ceza muhakemesinde kullanılamayacak; hükme esas alınamayacaktır.

Buna karşılık Anayasanın 38’nci maddesinin altıncı fıkrasında “delil” yerine yerine “bulgu” ibaresine yer verilmiştir.

Acaba burada geçen “bulgu” kavramı ne anlama gelmektedir? Bununla sadece iz ve eser anlamında emareler mi ifade edilmek istenmiştir? Yoksa maddi olan olmayan tüm deliller mi kastedilmiştir?

Burada sadece emare anlamındaki iz ve eserler yani maddi deliller düşünülmüş bulunulsa idi, buna açıkça yer verilirdi. Maksat m.254/2 hükmünü genişleterek Anayasaya sokmak olduğundan, BULGU, maddi olsun olmasın tüm delilleri ifade etmek amacıyla bilinçli olarak seçilmiş bir terimdir.

bb. Delil Yasaklarının Uzak (Dolaylı) Etkisi Bakımından (Zehirli Ağacın Meyveleri Açısından)

Anglo-amerikan Hukukunda *zehirli ağacın meyveleri* olarak anılan *delil yasaklarının uzak (dolaylı) etkisi* tartışmalı bir konudur. Örneğin, sanık, işkence neticesinde suçunu ikrar eder ve bu sırada suç aleti veya başkaca delillerin yerlerini de gösterirse, dolaylı (işkence ile sağlanan ikrar vasıtasıyla) elde edilen bu delillerin muhakemede kullanılabilinip kullanılamayacağı ciddi bir sorudur. Anglo-Amerikan Hukukunda bu delillerin de kullanılması kabul edilmemektedir⁷³. Almanya’da ise, delil yasaklarının uzak etkisi son derece tartışmalı bir konudur⁷⁴.

Anayasanın 38 ve CMUK m. 254/2’de yer alan mutlak değerlendirme yasağına ilişkin düzenleme karşısında delil yasaklarının uzak (dolaylı) etkisi meselesi Türk Ceza Muhakemesi Hukuku bakımından da halledilmiş olmaktadır.

Gerçekten Anayasanın ve kanunun bu düzenlemesi karşısında hukuka aykırı delillerin elde edilişlerinin doğrudan doğruya veya dolaylı olmasının hiçbir önemi bulunma-

⁷³ Roxin, Strafverfahrensrecht § 24 no.44; yine bkz. Demirbaş, Hazırlık Soruşturması, s.298 vd.

⁷⁴ Alman Federal Mahkemesi genellikle delil yasaklarının uzak etkisini kabul etmemektedir (BGHSt 27, s. 358; 32, s. 71; 34, s. 346 vd.). Buna karşılık doktrinde, uzak etki genel olarak kabul edilmektedir (Roxin, § 24 no. 57). Bir diğer görüş ise, *somut olayın özelliklerini* göz önünde bulundurmakta; bir taraftan ihlalin ağırlığı, diğer taraftan da ceza kovuşturması menfaatini dikkate almak suretiyle bir sonuca ulaşmaya çalışmaktadır (Karlsruher Kommentar, vor § 48 no. 45 vd.; Kleinknecht/Meyer-Gossner, Einl. no. 57).

maktadır. Burada önemli olan delil veya delillerin elde edilmesi sırasında, bir şekilde herhangi bir kanuna aykırılığın yapılmış olmasıdır. O halde, örneğin işkence ile bir ikrar elde edilmiş; bu ikrar sayesinde de suç aleti ve başkaca önemli deliller ele geçirilmiş ise suç aleti ve başkaca önemli deliller hukuka aykırı bir yöntemle elde edildiklerinden ceza muhakemesinde kullanılabilmeleri; hükme esas alınabilmeleri kesinlikle mümkün değildir⁷⁵.

CMUK m.135a/son'da yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler, *delil olarak değerlendirilemez* denilmiş olmasına dayanarak, bazılarınca, ifade veya sorgu sırasında veya hukuka aykırı olarak elde edilen BEYAN vasıtasıyla dolaylı olarak elde edilen ve İFADELER (BEYANLARIN) DIŞINDA KALAN DELİLLERİN yani MADDİ DELİLLERİN ceza muhakemesinde kullanılabileceği, burada DELİL YASAKLARININ UZAK (DOLAYLI) ETKİSİNİN bulunmadığını ileri sürülmektedir. Örneğin sanığa işkence edilerek bir ikrar elde edilse ve bu sırada sanık SUÇ ALETİNİN yerini göstermiş bulunsa, böyle bir delil, uzak etkiyi kabul etmeyenlere göre ceza muhakemesinde kullanılabilecektir. Bu yaklaşımın kabul edilmesi bir hukuk devletinde mümkün değildir. YASAK SORGU METODLARI KULLANILARAK ELDE EDİLEN DELİLLER, BU ELDE EDİŞ İSTER DOLAYLI İSTER DOĞRUDAN OLSUN, HİÇBİR SURETTE CEZA MUHAKEMESİNDE HATTA HİÇBİR MUHAKEMEDE KULLANILAMAZ. ZEHİRLİ AĞACIN MEYVALARI ibaresi bu durumu en güzel bir şekilde açıklamaktadır Gerçekten zehirli ağacın meyvaları da zehirli olur. Bunun aksini ileri sürmek insan hakları ihlallerine yol açabilecek ⁷⁶ muamelelerin dolaylı olarak kabul edilmesi anlamına gelir ki, böyle bir sonucu hiç kimse kabul edemez. KALDI KI, DELİL YASAKLARININ UZAK ETKİSİ SORUNUNUN ÇÖZÜME KAVUŞTURULDUĞU MADDE CMUK m.135a DEĞİL, aşağıda da görüleceği gibi, CMUK m.254/2'dir.

Burada bir başka önemli konu üzerinde daha durmak istiyoruz. O da şudur: Acaba CMUK m.135a hükmü ihlâl edilerek elde edilen bir delilin BAŞLANGIÇ ŞÜPHESİNE TEMEL TEŞKİL EDEBİLMESİ MÜMKÜN MÜDÜR? Örneğin, sanığa işkence tatbik edildiği sırada, onun tarafından bir başka suç daha işlenmiş olduğu veya sanıktan başka kimseler tarafından başka suçların işlenmiş olduğu öğrenilirse, bu suretle ortaya çıkan başlangıç şüphesi üzerine hazırlık soruşturması yapılabilir mi? Aynı durum, hukuka aykırı olarak yapılan arama veya telefon dinleme veya başkaca bir delil yasağı halinde ortaya çıkarsa ne olur? Görüldüğü gibi, burada sorun delil yasaklarının uzak etkisi ile ilgilidir.

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, İŞKENCE MUTLAK DELİL YASAĞINA YOL AÇAN SORGU YÖNTEMLERİNDEN BİRİSİDİR; ve bu yolla elde edilen deliller hiçbir muhakemede delil olarak kullanılamaz. Ne var ki, ülkemizdeki uygulamada, uzak etki söz konusu olduğunda, buna dikkat edilmemektedir. Oysa Almanya'da Stuttgart Yüksek Eyalet Mahkemesinin bir kararına göre, hukuka aykırı olarak yapılan elkoymada elde edilen delil, hazırlık soruşturmasının başlatılmasında ve yürütülmesinde kullanıla-

⁷⁵ Şahin, s.231 vd; Demirbaş, s.303 vd.; Erman, Kunter Armağanı, s. 78; aksi yönde İçel, Kunter Armağanı, s.123 vd.

⁷⁶ Karlsruher Kommentar, s.543

maz. Alman Yargıtay'ına göre ise, bir telefon dinleme olayında, dinleme sırasında, Alman CMUK m.100a da yer alan ve telefonların hangi suçlarda dinlenebileceğini gösteren katalog içinde yer almayan başka bir suçun işlenmiş olduğunun anlaşılması halinde, bu suretle elde edilen delil, ceza muhakemesinde delil olarak kullanılamaz⁷⁷.

Bizce burada delil elde etmenin, doğrudan veya dolaylı oluşuna bakılmaksızın şu şekilde düşünmek gerekir: Bir defa başlangıç şüphesine başka bir ifade ile hazırlık soruşturmasının başlayabilmesine temel alınmak istenilen delil mutlak delil yasağı ihlâl edilerek, örneğin işkence ile elde edilmişse, bunun her ne sebeple ve her ne ad altında olursa olsun, muhakemenin hiçbir safhasında kullanılamaması gerekir. Çünkü, imzalayıp onaylayarak usulüne uygun bir şekilde yürürlüğe soktuğumuz İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin 15. maddesine göre, işkence ile elde edilen delil, işkenceci aleyhinde yapılan hariç, hiçbir muhakemede kullanılamaz. Keza CMUK m.135a'da bu konuda son derece açıktır. Buna göre de, YASAK SORGU YÖNTEMLERİ VASITASIYLA ELDE EDİLEN İFADELER rıza olsa dahi DELİL OLARAK DEĞERLENDİRİLEMEZ ! Görüldüğü gibi, burada hükme esas alınamaz veya ceza muhakemesinde kullanılamaz ibareleri ile yetinilmeyip DELİL OLARAK KULLANILAMAZ denilmektedir. O halde bu gibi deliller, başlangıç şüphesine de temel teşkil edemezler.

Buna karşılık delil, nisbî delil yasağı ihlâl edilerek, örneğin kanuna aykırı olarak özel hayatın gizliliği (hayatın gizli alanı değil) ihlâl edilerek yapılan arama ile elde edilmişse, bunun başlangıç şüphesine temel teşkil edebilmesi kabul edilmelidir. Bu konuda Alman Yargıtay'ının görüşü üstün tutularak, delil yasakları doktrininin öngördüğü nisbî delil yasaklarını muhakemenin daha bu aşamasında, ceza ve emniyet tedbirleri muhakemesinin bütününe yapılamaz duruma sokması kabul edilemez.⁷⁸

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE İŞKENCE. FENA ve İNSANLIK DIŞI MUAMELE

Sözleşmenin ÜÇÜNCÜ MADDESİ, işkenceyi ele alır. Söz konusu hükme göre, “hiç kimse, işkence, gayri insani ya da küçük düşürücü muamele ya da cezaya tabi tutulamaz”.

Bu madde ile koruma altına alınan haklar mutlaklardır. Maddenin devreye girebilmesi için herhangi bir önkoşul ya da şarta gerek olmadığı gibi, herhangi bir istisnaya da yer verilmiş değildir. Ayrıca, AİHS md.15'e dayanarak dahi, devletler bu maddeye tabi olmaktan muaf olamazlar.

Görüldüğü üzere, maddede 3 tür ihlale yer verilmiştir: işkence, insanlık dışı mu-

⁷⁷ Bunun hazırlık soruşturmasına başlanabilmesine, başka bir ifade ile başlangıç şüphesine temel teşkil edemeyeceği konusunda bkz. Öztürk, Kovuşturma Mecburiyeti, s.60

⁷⁸ Öztürk, Kovuşturma Mecburiyeti, s.61

amele ve küçültücü muamele.

Burada AİHS md.3'ün devreye girebilmesi için aranan koşullar üzerinde kısaca duracağız. Mahkemenin yerleşmiş içtihadına göre, maddenin koruma alanından yararlanabilmek için, dava konusu fiilin “belli bir ağırlıkta”, “belirli bir düzeyde” olması gerekir. Maddede yer alan kademeli her üç kavram bakımından da bu asgari eşik aranır. Ağırlığın tespitinde, durumun tüm özellikleri, hususiyle muamelenin süresi, fiziksel ve ya zihinsel etkileri, mağdurun cinsiyeti ve yaşı, sağlık durumu, sonraki süregelen etkileri vs dikkate alınır. Olayın tüm özelliklerini değerlendirirken, oluş anında geçerli bulunan baskın anlayışlara, yani olayın meydana geldiği sırada, o toplumda kabul gören genel eğilimlere göre hareket etmek gerekecektir.

Mahkemenin yerleşmiş içtihadına göre, davalının mahkum edilebilmesi, isnatların kesin olarak subuta ermesine bağlıdır. İrlanda -Birleşik Krallık davasında da belirtildiği üzere “makul şüphenin ötesinde” bir ispat aranır. Bu tür bir ispat, güçlü, açık ve tazminata hükmedilebilecek sonuçlar ya da çürütülemez karinelerle desteklenmelidir. Bu konuda, tarafların delil elde ederken sergiledikleri tutum da önemlidir. Maddenin uygulanmasında ispat yükümlülüğü taraflardan herhangi birine özellikle düşmeyip, dava dosyasında mevcut bilgi ve unsurların divan tarafından değerlendirilip sonuca varılması yerleşmiş bir ilkedir. Fakat bazı durumlarda, iddia edilen ihlalin vuku bulmadığını ispat, davalı tarafa düşebilir.

Maddenin ihlaline yol açabilecek fiillerin, kasten işlenmiş olması şarttır. Buna karşılık, fiili işleyen saiki, değerlendirmede belirleyici rol oynamaz.

Mağdurun rızasının bulunmaması, maddenin ihlal edilmesi bakımından inşai bir unsur teşkil etmez. Yani, bazı hallerde, mağdurun rızasıyla işlenen fiiller dahi, madde 3'teki yasağın kapsamına girebilir.

Çok önemli bir husus, bireylerin davranışlarının ne zaman devlete yüklenebileceğidir. AİHS md.3, insan onurunun korunmasını amaçlayan ve devlet tarafından bunun teminini ülke kapsamındaki herkes bakımından zorunlu kılan bir etkiye sahiptir. Bu sebeple, devlet, kendi yetki alanı içindeki herkesin maddede sayılan türden bir muamele-ye tabi tutulmamasını güvence altına almalıdır.

ÖRNEK OLAYLAR:

I. HİLAL- BİRLEŞİK KRALLIK (06/03/2001)

Başvurucu Said Mohammed Hilal, bir Tanzanya vatandaşıdır ve kendisi hakkında sınırışı etme ve ülkesine iade etme kararı alınmıştır. Hilal'a göre, Tanzanya'ya gönderilmesi, kendisini işkence, zalimane ya da insanlık dışı muamele görme tehlikesi altına sokacak; ülkesinde adil yargılanma ihtimali olmayacak ve bu konularda başvurabileceği hiçbir etkin önlem olmayacaktır.

Mahkemenin saptamaları şöyledir: Sözleşmeciler tarafların yabancıların ülkeye giriş-çıkışı, ikameti ve sınırışı edilmesi konusunda takdir hakkı vardır. Fakat bu haklar kullanılırken, demokratik toplumların temel değerlerinden birini simgeleyen üçüncü mad-

deyi nazara almalıdırlar. İade edilmesi halinde, bir şahsın madde 3'e aykırı bir muameleyle karşılaşma riski olduğunu gösteren esaslı temeller varsa, söz konusu madde açısından durumu değerlendirmek gerekir. Böyle bir gerçek riskin olup olmadığını değerlendirmede, mahkeme, önündeki tüm dava malzemesi ve gerekirse kendi inisiyatifıyla elde edeceği diğer materyali değerlendirir. Hilal, Birleşik Krallık'a iltica isteminde bulunmak üzere gelmiştir. Dayanağı, Tanzanya'daki muhalefet partisi CUF'a üyeliği ve gelişinden önce, Zanzibar'da tutuklanıp işkence görmüş olmasıdır. Konuyu ele alan idare, Hilal'in iddialarını inandırıcı olmaktan uzak bulmuştur. Fakat bu karar, delil eksikliğine dayanırılmıştır; halbuki bu davada, Hilal, yeni deliller sunmuştur. Ayrıca, konuyu ele alan idare, kişinin iddiaları gerçek bile olsa, anavatanı Tanzanya'da güven içinde yaşayabileceğine dayanmıştır. Mahkemenin incelemesine göre, Hilal'in sunduğu deliller tahrif edilmiş ya da sahte değildir. Bu konuda bilirkişi raporu da alınmıştır. Hükümet, doktor raporlarının gerçekliğini şüpheli bulsa da, bu iddiasını gerekçelendirecek hiçbir delil sunmamıştır. Mahkeme, başvurunun CUF partisi üyesi olduğu için tutuklandığını ve Zanzibar'da fena muameleyle karşılaştığını kabul etmektedir. Mahkemeye göre, şahsın iade edilmesi halinde, Zanzibar'a iade edilip tutuklanma ve tekrar kötü muameleyle karşılaşma riski altındadır. Üstelik, Tanzanya'daki hapis koşullarının insanlık dışı ve küçük düşürücü olduğu, hayatı tehdit eden boyutta gıda ve sağlık hizmeti eksikliğinin söz konusu olduğu bilinmektedir. Sonuç olarak, başvuru şayet Tanzanya'ya ihraç edilirse madde 3 ihlal edilmiş olacaktır.

III. ÇİÇEK - TÜRKİYE (27/02/2001)

Başvurucunun çocukları ve torunu belirsiz koşullar altında kaybolmuştur. Başvurucunun iddiasına göre kişi gözaltına alındıktan sonra kaybolmuş ve ona göre resmi makamlar tarafından öldürülmüştür. Ayrıca, kendisinin ısrarlı talep ve başvurularına rağmen, hükümet yetkilileri kendisine yardımcı olmamış ve adli mercilerce gerekli tahkikat yapılmamıştır. Bu bakımdan, kendisine karşı da insanlık dışı muamelede bulunulmuştur. Mahkemenin tespitleri kısaca şöyledir: başvurucaya göre, oğullarının salt kaybolması olayı dahi maddenin ihlaline yol açmaktadır. Zira, en temel adli güvencelerin dahi söz konusu olamayacağı bir ortam ve koşullarda kaybolmak onları derin psikolojik işkenceyle yüz yüze bırakmıştır. Ayrıca, tutuldukları yatılı okulda kötü muamele gördükleri kendisine iletilmiştir. Bu ihbar ciddiye alınmalıdır, çünkü bölgede fena muamele ve kişilerin kaybolması sıkça rastlanılan bir pratiktir. O halde resmi olarak tahammül gösterilen bir idari pratik sonucu çocuklarının kaybolması, madde 3'ün ihlali demektir. Ayrıca, otoritelerin konuyu aydınlatacak herhangi tatminkar bir açıklamada bulunamaması ve uygun bir soruşturmanın yapılmamış olması, madde 3'ün ayrıca ihlali anlamındadır. Mahkemeye göre, madde 3'ün yorumunda ve uygulanmasında, sözleşme organlarının yerleşmiş anlayışı, makul şüphenin ötesinde bir ispata gereksinim olduğudur. Kişinin kaybolması hakkında hiçbir bilgi bulunmuyorsa, kişinin ölü veya diri olduğu, veya kötü muameleyle maruz kalıp kalmadığı sadece spekülasyon konusu olabilir. Başvuruca, ne çocuklarının kötü muameleyle uğradığına ne de idari pratik olan bir uygulamaya kurban gittiğine ilişkin deliller ve iddialarını temellendirecek vakıalar sunamamıştır. Sonuç olarak, madde 3'ün ihlaline hükmedebilecek bir ispat düzeyi yoktur. Başvurucunun kendi-

sine karşı insanlık dışı muamele yapıldığı iddiasına gelince, mahkeme şöyle düşünmüştür: Başvurucu ve kızı savcıya ve jandarma komutanına defalarca başvurmuşlardır. Onların samimi inancı, söz konusu şahısların jandarma denetimindeki yatılı okulda gözaltındayken kaybolmuş oldukları yönündedir. Fakat, her iki merci de söz konusu şikayetleri ciddiye almamıştır. Başvurucu, 6 yıl boyunca oğlundan haber alamamıştır. Oğullarının ölmüş olduğu korkusuyla yaşamış ve en azından cesetlerinin teslim edilmesi yönünde taleplerde bulunmuştur. Başvurucunun uzun ve sürekli bir dönem boyunca yaşadığı belirsizlik, şüphe ve kaygı hiç şüphesiz onda ciddi zihinsel sıkıntı ve dehşete yol açmıştır. Bu durumlar nazara alınırsa, mahkemeye göre, başvuru bakımından üçüncü madde ihlal edilmiş bulunmaktadır.

III. AKSOY - TÜRKİYE (18/12/1996)

Başvuran Zeki Aksoy, Türkiye'nin güneydoğusunda bulunan Mardin'de yaşayan bir kişidir. Söz konusu şahıs, 16/04/1994'te vurularak öldürülmüş olup, davaya babası (bundan böyle başvuran) devam etmektedir. Aksoy, 24 Kasım 1992 tarihinde 23.30 sularında gözaltına alınmıştır. 20 polis ile başvurunu PKK militanı olarak teşhis eden Metin adlı bir şahıs evine gelmişlerdir. Hükümete göre, tutuklama sebebi, Z.Aksoy'un PKK üyesi olması, örgüte ait bildiriler dağıtması ve teröristlere yardım ve yataklık etmesidir. Z.Aksoy'un ifadesine göre, önce Kızıltepe Emniyet Müdürlüğü'ne, sonra da Mardin Terörle Mücadele Şubesine götürülmüştür. Metin'i tanıyıp tanımadığı konusunda sorgulanmış, kendisine "Metin'i şimdi tanımıyorsan, işkence altında tanıyacaksın" dendiğini ifade etmiştir. Gözaltının ikinci gününde, yine kendi ifadelerine göre, çınlıplak soyulmuş, elleri arkasından bağlanmış ve kollarından "Filistin askısı" denilen işkence biçiminde asılmıştır. Bu durumdayken, cinsel organına elektrik verilmiş ve bu sırada üzerine su atılmıştır. 35 dakika süren bu işlem sırasında gözleri bağlı tutulmuştur. Takip eden iki gün boyunca da, kısa aralıklarla sürekli dövülmüştür. Z.Aksoy'a göre, işkence sonucunda ellerini ve kollarını kullanma yeteneğinin kaybetmiştir. Doktora gitmek istemişse de, isteği reddedilmiştir. Z.Aksoy, 08/12/1992 tarihinde Adli Tıp'ta muayene edilmiştir. Darp ve cebir izine rastlanmadığına dair tek cümlelik rapor verilmiştir. Z.Aksoy'a göre, kollarının yaralanma sebeb kendisine sorulunca, polis onun kaza geçirdiğini söylemiş, bunun üzerine de doktor alaycı bir dille, oraya gelen herkesin kaza geçirdiğini söylemiştir. Z.Aksoy, serbest bırakılmadan hemen önce, 10/12/1992 tarihinde Mardin Cumhuriyet Savcısı önüne çıkarılmış, PKK ile ilişkisini reddeden ve işkenceye dair şikayet içermeyen bir ifade imzalamıştır. Z.Aksoy, aynı tarihte serbest bırakılmıştır. 15/12/1992 tarihinde Dicle Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi'ne kabul edilmiş ve çift taraflı radya felç teşhisi konmuştur. 31/12/1992'ye kadar hastanede kalıp, taburcu edilmeyi beklemeden ve tıbbi dosyasını da yanına alarak hastaneyi terk etmiştir. 21/12/1992 tarihinde, başvuranla birlikte gözaltına alınan diğer 11 kişinin tutuklanmasına karar verilmesine rağmen, Z.Aksoy hakkında kovuşturmayla yer olmadığına karar verilmiştir. Kötü muamele iddiaları hakkında da hiç bir resmi işlem yapılmamıştır. Z.Aksoy, 16/04/1994'te vurularak öldürülmüştür. Temsilcilerine göre, başvurusunu geri çekmesi için sürekli ölümle tehdit ediliyordu. Ölüm de ısrarının sonucudur. Hükümete göre, ölüm PKK grupları arasındaki bir iç hesaplaşmanın ürünüdür. Komisyon tespitleri şöyledir: Z.Aksoy gerçekten

gözüne alınmış ve bu süre en az 14 gün sürmüştür. 15/12/1992'de hastaneye başvurmuş ve kol felci teşhisi konmuştur. 31 Aralık'ta kendi inisiyatifiyle hastaneye terk etmiştir. Yakalanmasından önce herhangi bir sakatlığı olduğuna ve salıverilmesiyle hastaneye başvurusu arasında geçen 5 gün esnasında yaralanmaya sebep olacak bir olay yaşadığına dair hiçbir ipucu yoktur. Tıbbi deliller, felcin bir çok sebebinin olabileceğini; fakat pek yaygın olmayan bu tür bir sakatlığı oluşturmak için "Filistin askısı" metodunun uygun bir yol olduğunu göstermektedir. Komisyon, Aksoy'u sorgulayan memuru ve onu gören Cumhuriyet Savcısı dinlenmiş ve Z.Aksoy'un kötü muamele görmüş olmasının anlaşılabilir olduğuna dair ifadelerini, aksi alternatifini hiç nazara bile almadıkları için inandırıcı bulmamıştır. Hükümet, yaralanmaya alternatif bir açıklama sunmamıştır. İşkenceye ilişkin karar vermeye yeterli delil yoktur; fakat küçük bir hücrede başka kişilerle ve gözleri bağlı tutulduğu sabittir. Hükümet, Divan'a verdiği son görüşte, iç başvuru yollarının tüketilmediği itirazında bulunmuştur. Divan'ın olayları takdiri şöyle olmuştur: Komisyon'un tespitlerinden ayrılmayı gerektirecek bir durum yoktur, zaten bu çok istisnai olarak mümkündür⁷⁹. Karar, mevcut saptamalar ışığında verilecektir. Divan'a göre, iç başvuru yollarının tüketilmiş olması kıstasını gerçekleştirmek için, ihlallerin tazmini ne imkan veren etkin ve yeterli başvuru yollarının tüketilmesi gerekir. Buna karşılık, teoride var olan; fakat uygulamada yetersiz ve etkisiz olan yaptırımlara başvurma zorunluluğu yoktur. Ayrıca 26. madde anlamında, bu yükümlülüğün başvuru muaf tutan özel koşullar olabilir. Özellikle, sözleşmeye aykırı bir durum, idari uygulama şeklinde süreklilik kazanmışsa ve devlet makamlarının buna gösterdiği tolerans karşısında iç hukuk yollarını tüketmek gereksiz ve etkisiz ise durum böyledir. Olayda, Cumhuriyet Savcısı'na şikayet yapılmamışsa da, sakatlık gözle görülür nitelikteydi ve savcının re'sen soruşturma açma yükümlülüğü vardı. Fakat o, hiç bir araştırma yapmamıştır. Bu davranış sonucunda, Z.Aksoy, iç başvuru yollarına olan inancını kaybetmiştir. Sonuçta, iç başvuru yollarını tüketme zorunluluğu, bu özel koşullar ışığında, olayda aranmayacaktır⁸⁰. Üçüncü maddenin ihlali iddiasına gelince, Divan şunları kaydetmiştir: Komisyon, Hükümetin iddialarının aksine, işkenceye dair bulguları tespit etmiştir. Hükümet, savcıya şikayette bulunulmamış olunmasını, hastaneye serbest bırakıldıktan 5 gün sonra gidilmiş olunmasını, tıbbi delillerde de elektrik şokları neticesinde meydana geldiği sabit olan bir yaralanmanın tespit edilmediğini öne sürerek, iddiaları asılsız bulmuştur. Divan'a göre, bir kişinin polis tarafından gözüne alındığı zaman sağlıklı, fakat salıverildiğinde yaralı olduğunun tespiti halinde, Devlet, bu sakatlığın nedeni konusunda makul bir açıklama yapmalıdır⁸¹. Üçüncü madde, demokratik toplumun temel değerlerindendir. Sözleşme,

⁷⁹ Akdivar K Türkiye (16/07/1996).

⁸⁰ **Tanör Bülent**, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, BDS Yayınları, İstanbul 1990, s.40 vd. Ayrıca bkz. **Gemalmaz M. Semih**, İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk Bağlamında İşkence Yasağı ve Yaşam Hakkı, İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yayını:10, İzmir 1997, s. 24-28 **Ünal Şeref**, AİHS, s. 124-130. Yabancı uyruklu hükümetler arası ve hükümet dışı kuruluşların Türkiye hakkındaki benzer değerlendirmeleri için bkz.. **Centel Nur**, s.15. AİHM'nin bu tür kararlarının başka bir tahlili için bkz. **Tezcan Durmuş**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Türkiye Hakkında Yapılan Kişisel Başvuruların Mahiyeti ve İncelenmesi, Polis Dergisi 1998 sayı 15, s.10-44. **Ünal Şeref**, Aksoy Davası, s.382-383. Benzer içerikli Akdivar K Türkiye davası için bkz. **Ünal Şeref**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Akdivar ve Diğerleri-Türkiye Olayına İlişkin 16 Aralık 1996 Tarihli Kararı, Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 1997, Cilt 23 Sayı 1-2, s.203-212.

⁸¹ Tomasi K Fransa (27/08/1992) ve Ribitsch K Avusturya (04/12/1995)

organize terör ve suç gibi, mücadele edilmesi son derece zor olan durumlarda bile, işkenceyi kesin bir dille yasaklar. Sözleşmede, ek protokollerde ve 15.madde de, buna istisna getirilebileceğine dair hiç bir dayanak yoktur⁸². Herhangi bir muamelenin işkence olarak değerlendirilebilmesi için, işkenceyle maddede yer alan diğer yasaklanmış davranış türleri arasındaki farka dikkat etmelidir. Sadece ciddi ve zalimane zararlara sebep olan insanlık dışı davranışlar, işkence sayılmalıdır. Divan, diğer hususlar yanında, “Fİlistin askısı” uygulamasını hatırlatmaktadır. Bu davranış, ancak kasıtlı yapılabilir. Ayrıca bunun için büyük çaba ve hazırlık gerekir. Eylem, Z.Aksoy’dan itiraf veya bilgi alma amacına yönelmiştir. Eylem, uygulanması sonucunda sebep olabileceği büyük acıya ilaveten, Z.Aksoy’un kollarında bir süre felce neden de olmuştur. Bu davranış, sadece işkence olarak tanımlanabilecek ciddilikte ve acımasızlıkta bir davranıştır. Üçüncü madenin ihlaline sekize karşı bir oyla karar verilmiştir.

⁸² İrlanda K İngiltere (18/01/1978) ve Soering K İngiltere (07/07/1989)