İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü

Editör
Prof. Dr. İlyas DOĞAN

Adalet Bakanlığı
Eğitim Dairesi Başkanlığı

ULUSLARARASI HUKUKUN DEĞİŞİM SÜRECİ VE İSTANBUL PROTOKOLÜNÜN UYGULAMADAKİ ANLAMI

Prof. Dr. İlyas Doğan , Yard. Doç. Dr. Abdülkadir Akıl**, Araş.Gör. Gülden Çamurcuoğlu ****

Konunun Sınırları ve İzlenecek Yöntem

İşkence yasağının uygulanması ve bu bağlamda vücut bütünlüğüne saygı konusunun tam aydınlatılması için sadece yazılı metinler yeterli görülmemelidir. Çünkü günümüzde hemen her devlet işkence ve kötü muameleyi bir şekilde yasaklamasına rağmen konu insanlığın en büyük sorunlarından biri olarak varlığını sürdürmektedir. A.B.D., Çin, Rusya gibi güçlü devletler başta olmak üzere dünyanın geniş bir bölümünde işkence hala olağan bir cezalandırma yöntemi gibi uygulanabilmektedir. Dikta rejimleri, baskıcı yönetimler yasal düzeyde açıkça teşvik etmeseler bile uygulamada işkenceyi hala kendilerince meşru sayabilmektedirler.

Bütün bunlar bize şunu göstermektedir: Hukukun üstün olmadığı bir siyasal yönetimde işkence gibi insanlığa karşı suçları önlemek mümkün değildir. Hukukun üstünlüğünü kabul eden hukuk devletlerinde bile kuramcı ve uygulayıcılarda yeterli bir özgeci anlayış içselleştirilmedikçe olumlu sonuçlara varmak kolay olmamaktadır. O halde işkence yasağının etkin uygulanabilmesi, insan onuru ile bağdaşmayan bu fiillerin önlenebilmesi için pozitif metinler zorunlu ama yeterli değildir. Bu nedenle genelde insan haklarına saygı özelde ise yaşama hakkına saygı ve işkence yasağına uymanın sağlanabilmesi aynı zamanda bir algı ve kültür farkındalığı gerektirmektedir.

Yukarıda açıklanan sebeplerle çalışmamızın ilk bölümünde insan haklarına saygı anlayışında yaşanan dönüşüm ele alınacaktır. Burada amacımız insan hakları ihlallerinin ulusal düzeyden uluslar arası düzeye nasıl kaydığına dikkat çekmektir. Bunu yaparken BM sonrası konuya ilişkin ortaya çıkan sözleşmeleri kapsam dışı bıraktık. Çünkü bunların her biri ayrı ayrı zaten başka bilim insanlarımızca ele alınacaktır. Ancak biz devletler hukuku alanında yaşanan anlayış değişiminin ortaya konmasının yararlı olacağından hareket ettik.

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Öğretim Üyesi
** İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Hukuku Öğretim Üyesi
*** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Bilim Dalı

Çalışmanın ikinci bölümünde hem Birleşmiş Milletler Şartı gereğince hazırlanan işkenceyi önleme amaçlı bölgesel ve küresel sözleşmelerin hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3.maddesine ilişkin denetimde temel ölçüt olarak kabul edilen **1999 BM İstanbul Protokolü İşkence İle Mücadele El Kitabı** incelenecektir. İkinci bölümde AİHM kararlarında İstanbul Protokolü öncesi kararlarda işkencenin önlenmesine ilişkin ölçütlerin Protokolün kabulü sonrasında daha somut hale geldiğini kararlara yapılan atıflarla ortaya koymayı hedefledik. AİHM kararlarından Türkiye hakkındakilere ağırlık vermemizde hem konuya ilişkin en önemli kararların çoğunluğunun Türkiye hakkında olması hem de kendi hukuk düzenimizde yaşanan sorunların farkına biraz daha varmak isteyişimiz etkili olmuştur.

Bölüm: I

İnsan Haklarına Saygı Konusunda Yaşanan Dönüşüm Süreci

I-İnsan Haklarına Saygının Dayanağı

Çağdaş insan hakları anlayışında insanlar, doğuştan itibaren bütün insan haklarından yararlanma hakları olan öznelerdir. Dünya bu noktaya Engizisyon mahkemelerince işkencenin meşru görüldüğü bir uzun bir tarihsel süreç sonunda gelmiştir.

İnsan haklarına sahip olmanın gerekçesi farklı dayanaklarla açıklansa da belirli noktalarda genel bir mutabakat söz konusudur. Bu mutabakat büyük oranda son 300 yıl içerisinde oluşmuştur. Bu oluşumda değişen insan ve toplum anlayışı belirleyicidir. Değişen insan ve toplum anlayışı ile kastedilen dünya çapında belirleyici, gelişmiş toplumlardır. Bu ilerilik teknoloji ve hukuk alanında gerçekleşen gelişmelerin yanında siyasi alanda da belirgindir. Teknolojideki üstünlük, hukuk sistemlerinin ve siyasi modellerin de örnek alınması ile sonuçlanmıştır. Bu bağlamda Batı Avrupa ve Kuzey Amerika coğrafyasında yer alan toplumlarca inşa edilen siyasal sistemlerin dayandığı ilkeler sadece toplumların hukuk sistemlerini etkilemekle kalmamış dünyanın diğer coğrafyalarını da etki altına almıştır.

Günümüz dünyasında gelinen noktada insanın insan haklarına sahipliği sadece Amerikan ve Fransız devrimlerinde ideolojik anlamda somutlaşan "insan olarak doğmak" gerekçesi ile açıklanmamaktadır. Bunun yanında hem özgürlükçü ideolojiler hem de kutsal kitaplarda insan doğasına ve insan onuruna verilen değer de insan haklarına sahip olmanın temel dayanaklarındandır.

İnsanın doğuştan, salt insan olarak doğmuş olması onun, insan haklarından yararlanması ve devletin bu insan haklarına saygı gösterme yükümlülüğünü açıklamakta felsefi açıdan yeterli görülebilirse de gerçekten insan haklarına saygının sağlanması için somut hukuksal metinlerde gerekli koruma mekanizmalarının mevcut olması zorunludur. Bu manada insan haklarına ilişkin milletlerarası sözleşmeler, belgeler ve daha da önemlisi iç hukuk düzenlemeleri ile "fiili uygulamalar" can alıcı hususlar olarak öne çıkar.

II-1789 Bildirgesinin Özel Anlam ve Önemi

Tarihte 1789 Bildirgesi kadar tarihi, siyasi ve hukuki bakımdan geleceği bu denli derinden etkileyen bir belge göstermek kolay değildir. Avrupa Kıtasında bireysel hakların temel dayanağını bu Bildirge oluşturmuştur. Kuşkusuz 1789 öncesinde de devleti ele alan literatür birey- devlet ilişkilerini incelemişti. Ancak Fransız Devrimine kadar devleti ve insanı konu alan kamu hukukuna ilişkin eserlerde devlet başkanının egemenlik yetkileri, sınıfsal ayrıcalıklar, belirli meslek mensuplarının imtiyazları veya öncelikli hakları ve devletin tebaası karşısındaki genel mahiyette yükümlülükleri incelen-

miştir[1]. Bu eserlerde bireyin devlet karşısında hakları ele alınmış değildi. 1789 Fransız Bildirgesini önceki toplum-devlet ilişkisini konu alan anlayışlardan ayıran başlıca özelliği, insanın haklarını bireyin devlet karşısında sahip olduğu hak ve özgürlükler olarak gören yaklaşımı kökten benimsemiş, buna aykırı davranan devleti gayrı meşru ilan etmiş olmasıydı. Ancak insan haklarına saygının bir meşruluk ölçütü haline gelmesi sadece devletin kendi sınırları içinde bir mesele olarak görülmekte, münhasıran devletin kendi iç hukuk meselesi olarak kabul edilmekteydi. Konunun devletler hukuku düzeyinde gündeme gelmesi için II.Dünya Savaşı sonrasını beklemek gerekecekti.

III-Liberal, Hukukun üstünlüğüne Dayalı Bir Siyasal Sistemde İnsan Haklarının Kuramsal Dayanakları

İnsan haklarının ne olduğu sorusunun cevabını vermek liberal özgürlükçü devlet kuramının ana konularından birini oluşturur. Bu soruya Carl Schmitt şöyle cevap verir: Liberal bir devlet anlayışında "bireyin özgürlük alanı kural olarak *sınırsız*dır. Fakat devletin yetkileri kural olarak *sınırlı*dır. Çağdaş liberal anayasalı devletin ya da diğer ifadeyle çağdaş hukuk devletinin temeli bu iki temel ilkeye dayanır[2].

Liberal kuramda insan hakkı bir yandan öncelikle bireysel bir hak olarak ele alınır. Diğer yandan insan hakları devletin yetkilerinin sınırı olarak görülür. Bu yapılırken çoğu zaman insan hakları bildirgeleri ölçü alınır. Anayasalar bu belgelerde yer alan insan hakları anlayışına doğrudan veya dolaylı atıfta bulunurlar. Bu nedenle bir anayasada açıkça belirtilmese de 1789 Fransız Evrensel İnsan Hakları Bildirgesinin veya bir BM sözleşmesinin ifade ettiği biçimde temel haklara ilişkin anayasa hükümlerine sıkça rastlamak mümkündür.

Günümüzdeki insan hakları anlayışının kuramsal dayanaklarının hangileri olduğu öğretide hala tartışılmakta olan bir konudur. Ancak bu durum bir zaafın ifadesi değildir. Aksine insan hakları anlayışının her zaman gelişme gösterdiğini kanıtlamaktadır.

George Jellinek modern anlamda insan haklarının sıralandığı 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin temelini (1) *vicdan özgürlüğü*nün oluşturduğu kanaatindedir. Filozof ikinci olarak da (2) *1789 Bildirgesi*nin kaynağı ortaya konursa insan haklarının ne zaman gün yüzüne çıktığının da ortaya konmuş olacağını ifade eder[3]. Konuya günümüzden geriye uzanan bir süreç olarak baktığımızda Jellinek'in de ifade

[1] Jellinek, George, "Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte", in: Roman Schnur (Hrsg.), **Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte**, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1964, s. 2

[2] Schnur, Roman, (Hrsg.) **Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte**, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1964, Darmstadt, Vorwort, s. IX

[3] Schnur, **Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte,** Vorwort s. XI

ettiği şekilde günümüz insan hakları anlayışının temel referans noktalarının vicdan özgürlüğü ve 1789 Fransız Devrimi ilkeleri olduğu söylenebilir. Böyle bir bakış açısı makul sayılabilir. Ama Avrupa'da 15.yüzyılda yaşanan mezhep savaşlarını İngiltere'de 17.yüzyılda şiddetlenen devlet otoritesi karşısında bireysel hakları garanti altına alma mücadelelerini göz ardı etmemek gerekir. Üstelik bu mücadeleler salt felsefi düzeyde yaşanmamış, uzun süren iç savaşlar tarihe damgasını vurmuştur.

Fransız Devriminden çok önce Avrupa'da mezhep savaşları yaşanmıştır. Bu savaşlar kralların otoritelerini güçlendirme çabalarından çok Protestan mezhebine mensup grupların inanç mücadelesinin damgasını taşır. Avrupa'da günümüzdeki insan hakları anlayışının ilk doğum sancıları Papalık otoritesini ve Katolik inancını dayatanlarla Protestanlar arasındaki mücadelelerde görülür. Yaşanan bu iç isyanlar ve devletler arası savaşlar, inanç özgürlüğünü koruma altına almanın ötesinde devletler karşısında inanç özgürlüğünü bir sınır olarak getirmekle gelecekte devlet otoritesinin sınırlanmasına bir ilham kaynağı oldu.

IV-İnsan Haklarına Saygı Konusunun İç Hukuk Düzeyinde Algılanma Dönemi

Günümüzdeki insan haklarına saygı anlayışı İngiltere, Amerika ve Fransa'da yaşanan siyasal gelişmelerle biçimlenmiştir. İnsan haklarının felsefi olarak anlamlandırılması, daha doğrusu devlet ve toplum geriliminde bir slogana dönüşmesinde Fransız Devriminin büyük bir önemi vardır. Bununla beraber insan hakları anlayışının oluşumunu salt felsefi gelişmelere bağlamak eksik bir bakış açısı olacaktır. Çünkü çağdaş insan hakları anlayışı sadece felsefi tartışmalarla biçimlenmiş değildir. İnsan haklarına devletin saygı göstermesi anlayışı İngiltere'de yüzyıllara yayılan iç savaşlar ve özgürlük mücadeleleri, Amerika'da İngiltere'ye karşı yürütülen ayaklanma sürecinde büyük bedeller ödenerek elde edilebilmiştir.

Bireyin haklarının iç hukuk açısından garanti altına alınması anayasa ve kamu hukuku disiplinlerinde 1215 Magna Carta Libertatum ile başlayan, Amerikan Bağımsızlık Savaşı ve 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ile hız kazanan uzun bir dönüşüm olarak ifade edilir. Bu süreç aynı zamanda batı dünyasında hukuk devletinin kurumsallaşmasının da tarihidir[4].

Fransız Devrimi ile beraber devletin insan hak ve özgürlüklerine saygı göstermesi ilkesi modern devletin ana unsurlarından biri olmuştur. Bununla beraber bu anlayış insan haklarına saygı konusuna devletin kendi egemenlik alanıyla sınırlı bir şekilde yaklaşmaktaydı. Bir başka ifade ile insan haklarına saygı konusu bir iç hukuk meselesi olarak algılanmaktaydı.

---

[4] Doğan, İlyas, **Devletler Hukuku,** Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 263

Gerçekte insan haklarına saygı konusunda devletlerin duyarlılığı II.Dünya Savaşına kadar devlet egemenliğinin gölgesinde kalmaktan kurtulamadı. Anglo-sakson geleneğindeki teamüller bir yana bırakılacak olursa Kara Avrupasında insan hakları tartışmaları daha çok ideolojik bir çekişme gibi algılandı. Bu bağlamda 19.yüzyıl ve 20.yüzyılın ilk yarısı dünyada daha çok otoriterliğin prim yaptığı bir tablo ile karşı karşıya idi. Bu tabloda insan hak ve özgürlüklerine saygı sorunu devletlerin iç işi olarak nitelenmeye devam edilmişti. Fakat dünyanın yaşadığı Hitler, Mussolini ve Stalinci totaliter devlet uygulamaları örneği, insan haklarına saygı konusuna sadece bir iç hukuk meselesi olarak bakmanın ne kadar yanlış olduğunu insanlığa öğretmiştir.

Milyonlarca insan bu totaliter rejimlerce farklı ideolojik gerekçelerle düşünce özgürlüğü, düşünceyi ifade özgürlüğü gibi haklar bir yana; milyonlarca insan yaşama hakkından keyfi olarak mahrum bırakılmış ve yok edilmiştir. Ulusal egemenliğe atfedilen aşırı dokunulmazlık anlayışı, devletlerin kendi vatandaşlarına karşı gerçekleştirdiği tüyler ürperten uygulamaların gözden kaçmasına neden olmuştur. Sadece kuruluşu ve kuralları gereğince insan haklarının çiğnendiği ülkelerde değil demokrasiyi ve hukuk devleti anlayışını açıkça dışlamayan hatta insan haklarına saygıyı anayasal sistemin vazgeçilmez koşulları olarak kabul eden siyasal yönetimlerde bile insan haklarına saygı iç hukuk düzenlemeleri gerekçe gösterilerek ihlal edilmiştir. Askeri darbe yaşanan ülkeler daha sonra demokrasi ve hukukun üstünlüğü anlayışına dönseler bile "ara rejim" dönemlerinde insan haklarının ağır şekilde ihlal edildiği, uygarlık tarihinin asla iyi şekilde anmayacağı insanlıkla bağdaşmaz uygulamalar vuku bulmuş, binlerce on binlerce insanın yaşama hakkı, vücut bütünlüğünü koruma hakkı gibi insan onuruna saygının asgari koşullarından sayılan alanlarda ciddi ihlaller yaşanmıştır. Bu nedenle insan haklarının ayaklar altına alınması sadece totaliterliği açıkça belli olan ve insan haklarına saygı kaygısı taşımayan rejimlerde değil, görünürde demokratik ülkelerde de sıkça gerçekleşmiştir.

II.Dünya Savaşı insan haklarını sadece bir iç egemenlik konusu olarak görmenin yanlışlığının açıkça kabulü ile sonuçlanacaktır. Günümüzde de her ne kadar baskıcı, hukukun üstünlüğünü reddeden rejimler hala var olsalar da Avrupa coğrafyası başta olmak üzere geniş bir alanda insan haklarına saygı artık devletin meşruluğunun temelini oluşturmaktadır.

Konu işkence yasağı açısından ele alındığında da insan haklarına ilişkin genel kabuller ve gerçekleşen süreçte paralel bir anlayış değişikliği yaşandığı görülür. İşkence yasağını kabul etmeyen tarihsel örneklere değinmenin konuya fazlaca bir katkısı olmayacaktır. Ancak işkence yasağının insanın vücut dokunulmazlığını ihlal ettiği anlayışına varıl-

ması özellikle batı dünyasının yaşadığı Engizisyon uygulamaları sonrasına rastlar. Bu bağlamda tarihsel açıdan İngiltere'de yayınlanan 1679 Habeas Corpus Act'ın (Kişi Güvenliği Kanunu) göz altında tutulmayı zaman faktörü ile sınırlaması, adil bir yargılama için gerekli ilkeleri koyması bir dönüm noktası sayılabilir.

İşkencenin bir insanlık suçu olarak değerlendirilmesi süreci 20.yüzyılda yaşanan faşist ve stalinci rejimler yanında askeri diktaların uygulamalarının insanlık vicdanında uyandırdığı tiksintinin de bir yansıması olarak II.Dünya Savaşı sonrası devletler hukuku belgelerinde açıkça bir suç olarak nitelendirilmiştir.

V-İnsan Haklarını Korumada Uluslararası Düzeye Geçişte Yaşanan Evrim

A-19.Yüzyılda İnsan Haklarına Saygı ve Devletler Hukuku Anlayışı

Devletler hukuku alanında insan haklarının korunmasına ilgi uzun bir geçmişe sahiptir. Daha 19. yüzyıl sonlarına doğru J.C. Bluntchli gelecekte insan haklarının devletlerin sadece iç hukuklarında dikkate alınması gerekli bir konu olmanın ötesine geçerek bütün devletleri bağlayacak kurallara dönüşmesinin imkansız olmadığını öne sürmüştü[5]. Yazar, devletler hukuku alanında devletin bir özel hukuk kişisine verdiği zarar halinde de bireyi koruyan mekanizmalar geliştirilebileceği "tahmininde" bulunmaktaydı. Fakat yazar, 19.yüzyılda özel şahısların devlet karşısında korunmasının devletin egemenliği ilkesi karşısında uygulama alanı bulamadığının ve son derece ve istisnai durumlar dışında devletin özel kişilere verdiği zarar karşısında bireyin korunmasının söz konusu olmadığının da altını çizme[6] gereği duymaktaydı.

Bireyin haklarının devletler hukukunda tanınması süreci oldukça yavaş ilerlemiştir. Bu ilerlemeler bir açıdan iç hukuk sistemlerinde insan haklarının kazandığı öneme paralel bir süreç izlemiştir. Fakat 19.yüzyılda ve 20.yüzyılın başlarında henüz bireyin haklarının devletler hukuku alanında tanındığı söylenemezdi. Bu nedenle ancak yabancı ülke vatandaşının hakkının ülke devletince ihlali halinde ilgili yabancı devlet kendi vatandaşına verilen zararı devlet olarak kendi çıkarının ihlali saymakta ve buna göre oluşan zararın tazminini isteyebilmekteydi. Bu zaman diliminde devletler hukuku devletin kendi vatandaşının haklarını ihlalini ilgi alanında görmemekteydi.

İnsan haklarının devletler hukukunda yankı bulması ilk olarak savaş hukuku çerçevesinde (jus in bello) gündeme geldiği görülür. Bu bağlamda savaşan personelinin daha insani koşullarda tedavi görmeleri, esirlere iyi davranma gibi konularda bazı koruyucu

---

5 Doğan, **Devletler Hukuku**, s.263

6 Bluntchli, J.C., **Das moderne Völkerrecht der civilisierten Staten,** C.H.Beck'schen Buchhandlung, Nördlingen 1872, s. 20

kurallar getirilmeye çalışılmıştır. 1864'te İsveçli Henri Dunant tarafından Kızıl Haç'ın kurulması savaşta insani koşullar oluşturmaya olumlu bir ivme kazandırmıştır[7].

Savaş koşullarının insani açıdan düzenlenmesi hem 1899 hem de 1907'de düzenlenen Lahey Savaş Hukukunu Kodifiye Konferanslarının ana konularını oluşturmaktaydı. Yaralılara nasıl davranılacağı, esirlerin hakları, işgal edilen ülkedeki sivillere nasıl davranılması gerektiği, sağlık personelinin statüsü gibi konular bu konferanslar sırasında ele alınmıştır[8]. Ancak devletin kendi vatandaşlarına karşı nasıl davranması gerektiği konusu bir iç hukuk sorunu, ülkelerin kendi anayasal kurallarıyla çözülecek bir mesele olarak kalmaya devam etmiştir.

B-Milletler Cemiyeti ve İnsan Hakları

17.yy.da Avrupa'da imzalanan bazı antlaşmalarda insan hakları anlamında dini azınlıkların kendi mezheplerine uygun ibadet yapmalarını sağlamaya dönük hükümlere rastlanmaktaydı. I.Dünya Savaşı sonrasında bu konuya etnik azınlıkların korunmasını amaçlayan hükümlerin de eklendiği görülür Bu bağlamda Paris'te savaşa son veren (Versay Antlaşmasında olduğu gibi) antlaşmalarda konuyla ilgili maddelere yer verme gereği duyulmuştur[9]. Bu anlamdaki hükümler grupların kollektif anlamda haklarını koruma amacı güder. Buna karşılık klasik bireysel haklar bu tarz bir devletler hukuku antlaşmasında açıkça yer almaz. Özellikle devletlerin kendi vatandaşlarının bireysel haklarına saygı göstermesi konusu devletler arası antlaşmalarda yer almaz.

Milletler Cemiyeti I. Dünya Savaşını takip eden zaman diliminde ortaya çıkan insan hakları sorunlarıyla da ilgilenmeye çalışmıştır. Ancak bu uğraş daha çok savaşın yol açtığı kollektif insani problemleri çözme çerçevesinde gelişmiştir. Bu anlamda Milletler Cemiyeti savaş sonrası ortaya çıkan toplu göç ya da toplu sığınma sorunları ile başa çıkmaya çabaladı. Bu çabaların bir devamı olarak 1904'te hazırlanmış olan *Kadın Ticaretinin Yasaklanması* ve 1910 da hazırlanmış olan *Çocuk Ticaretini Önleme* sözleşmelerin imzalanması Milletler Cemiyetinin gayretleri sonucu 1921 ve 1933 tarihlerinde gerçekleşmiştir. 27.7.1929 tarihli *Yaralıların Tedavisi ve Savaş Esirlerine Muamele Hakkında Sözleşme,* Milletler Cemiyeti döneminde ama Uluslar Arası Kızılhaç Komitesi tarafından hazırlanmıştır[10]. Milletler Cemiyeti savaşın daha insani ko-

---

7 Doğan, **Devletler Hukuku**, s.264

8 Doğan, **Devletler Hukuku**, s.264

9 Hofmann, Rainer, **Mianderheitenschutz in Europa** (Völker- und staatsrechtliche Lage im Überblick), Gbr. Mann Verlag, 1995 Berlin, s.17

10 Kimminich, Otto, **Menschenrechte Versagen und Hoffnung**, Georg Müller Verlag, München-Wien 1973, s. 94-95

şullarda cereyan etmesini sağlamaya çalışmış, savaş sırasında saygı gösterilmesi gereken insan haklarını tespit etmeyi hedeflemiştir. Ancak iç çatışmalarda veya olağan hallerde devlet yetkisi ve gücünü kullananların sebebiyet verdikleri insan hakları ihlalleri Milletler Cemiyeti döneminde devletler hukuku konusu olarak değerlendirilmemiştir. Bunun başlıca sebebi 1648 Westfalya Antlaşmasından beri devletlerin egemenlik bakımından eşit kabul edilmesine ilişkin geleneksel devletler hukuku anlayışı idi.

Paris Barış Konferansı sırasında Milletler Cemiyeti Tüzüğü hazırlanırken kabul edilen bir istisna bu örgütün insan hakları konusunda her hangi bir inisiyatif almasını engelleyecekti. Halbuki 1918'de yayımlanan Wilson ilkeleri arasında devletlerin "içişleri, milli yetki" istisnası öngörülmüş değildi. Buna rağmen bizzat Wilson'un teklifiyle Milletler Cemiyeti Şartına şöyle bir hüküm eklenmiştir: Buna göre: *"Üye devletlerden biri bir konunun, devletler hukuku bakımından tamamen kendi iç işlerini ilgilendirdiğini iddia ederse, söz konusu durum Milletler Cemiyeti Genel Kurulunca kabul edildiği takdirde o devlete herhangi bir tavsiye ya da müdahalede bulunulmaz"*[11]. Bu nedenle içişleri ya da milli yetki istisnası devletlerin kendi vatandaşları ile yaşayabileceği insan hakları ihlallerinin devletler hukukunun ilgi alanı dışında kalmasına neden olmuştur.

Milletler Cemiyeti döneminde ortaya çıkan sözleşmeler insan haklarına saygı konusunu ağırlıklı olarak silahlı çatışmalar açısından ele almakla beraber kadın ve çocukların haklarını korumaya dönük çabalar da dikkati çeker. Fakat yine de bu dönemde insan haklarına saygıyı hem savaş hem de barış zamanlarında korumak gibi çok açık bir hedef güdülmüş değildir. Bunun için BM dönemini beklemek gerekecektir.

Devletlerin egemenliği lehine getirilen milli yetki istisnası –her ne kadar sadece insan haklarıyla sınırlı olmasa da- henüz insan hakları ve özgürlüklerinin bu dönemde uluslararası hukukun konusu olarak görülmediğini gösterir. Hitler II. Dünya Savaşı öncesinde III. Reich Almanya'sında Yahudilere yapılanları iç işleri konusu olarak izah etmekte bir sakınca görmemişti. Esasen dünya kamuoyu da yapılan soy kırımını başlangıçta bir insan hakları sorunu olarak görmekten çok Almanya'nın iç meselesi olarak değerlendirmeyi tercih etti. İngiliz başbakanı Attlee Avam Kamarasında ilk olarak 22. Ağustos 1945'te yapmış olduğu konuşmasında soykırımının bir içişleri meselesi olmadığını beyan etme[12] gereği duyacaktır.

İnsan haklarını devletlerin iç sorunu olarak görme anlayışının faturası ağırdı. Bu durumun tespiti beraberinde insan haklarını korumayı da esas alan yeni bir devletler hukuku sistemi kurulmasını getirecekti. Bu anlayış değişimi en büyük meyvesini Avrupa İn-

---

11 Guradze, Heinz, **Der Stand der Menschenrechte im Völkerrecht**, Otto Schwarz Verlag, Göttingen 1955, s.62

12 Guradze, **Der Stand der Menschenrechte im Völkerrecht**, s.62 Dipnotu 4

san Haklarını Koruma Sözleşmesinin hemen savaş sonrası yürürlüğe konmasiyla bölgesel düzeyde verdi. Birleşmiş Milletlerin sözleşmeler düzeyinde konuya ilgisi insan haklarının uluslararası alanda giderek varlığını daha fazla hissettirdiği 1970'lerden itibaren yoğunlaşmıştır.

BM kuruluncaya kadar bireyler ancak devletler hukukunun konusu olabilirlerdi. Yani bireylerin bu alanda hak edinme ehliyetinin bulunmadığı kabul edilmekteydi. İnsan haklarının uluslararası ilişkilerde devletler hukuku normlarına istinaden doğrudan dikkate alınması bu alanda bir devrimdir[13]. BM kurulduktan sonra konuya ilişkin bu geleneksel anlayışta önemli kırılmalar yaşandı. Bu kırılma insan hakları alanında bireyin kendi devleti ile yaşadığı sorunlarda da kendini gösterdi. 1948 BM Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi başta olmak üzere aradan geçen zamanda insan haklarına saygı ve bilhassa işkencenin önlenmesi konusunda BM sözleşmeleri ve bölgesel işkencenin önlenmesi sözleşmeleri ortaya çıkmıştır.

VI-BM Şartında İnsan Haklarına İlişkin Amaç ve Görevler

BM Şartının devletlerarası ilişkilerde[14] ve insan hakları alanında yeni bir çığır açtığı söylenebilir. BM Şartının başlangıç bölümünde[15] "insan haklarına, insan kişiliğinin ve onurunun yüceliğine" olan inanç vurgulanmakta ve "cinslerin ve ulusların eşitliği"ne de dikkat çekilmektedir. Başlangıçta üzerinde durulan başlıca hususlar insan haklarına saygı, barışın bütün dünyada egemen kılınması ve dünya halklarının sosyal ve kültürel ilerlemelerinin desteklenmesidir.

BM Şartında insan haklarına başlangıç dışında bir çok hükümde yer verilmiştir. Bunlar; m.1.(3), m.13/I -b), m.55 (c), m.56, m.62(2), m.73 ve m.76(c) maddeleridir. Kısaca bu maddelerin içeriği göz önüne alındığında BM'nin kuruluş belgesinde normatif düzeyde insan hakları hukuku alanında bir standart yaklaşımın doğmakta olduğu görülür. BM Şartının 1.maddesi "amaçlar ve temel ilkeler" başlığı taşır. 1.maddenin birinci ve ikinci fıkralarında BM'ye dünya barışını koruma, uluslararası alanda güç kullanımını ve barışı tehdit eden gelişmeleri giderici önlemler alma yetkisi tanınmaktadır. BM Şartının m.1/III hükmü ise "ekonomik, sosyal, kültürel" sorunların üstesinden "insani

---

13 Doğan, **Devletler Hukuku**, s. 264

14 Kimminich, **Menschenrechte Versagen und Hoffnung**, s.93

15 BM Şartının tam metni için bkz. Mangoldt, Hans von/Rittberger, Volker, (Hrsg.) (v.Mongoldt/Rittberger), **Das System der Vereinten Nationen und seine Vorläufer**, Band I/1, C.H.Beck, 1995, s.12-69; (Hrsg.) Watzal, Ludwig, **Menschenrechte Dokumente und Deklarationen**, Herausgeber: Bundeszentrale für politische Bildung, 3., aktualisierte und erweiterte Auflage, Bonn 1999, s.38-52 ; Piatti, Celestino, **Menschenrechte-Ihr internationaler Schutz**, C.H.Beck, 3., Neubearbeitete Auflage, München 1992, s.1-5

biçimde" gelmek için uluslararası işbirliği öngörür. Aynı fıkranın devamında hiçbir cins ya da ırk, dil, din ayrımı gütmeksizin insan hakları ve temel özgürlüklerine saygının güçlendirilmesi ve desteklenmesi BM'nin amaçları arasında sayılır. BM Şartının m.13/1-b hükmünde BM Genel Kuruluna hiçbir ayrım yapmaksızın ekonomik, sosyal -kültürel, eğitim, sağlık, insan hak ve özgürlükleri alanında uluslararası işbirliğinin geliştirilmesi için tavsiyelerde bulunma yetkisi tanınmaktadır.

BM Şartının m. 55/c bendinde de BM'nin insan haklarına saygı ve insan hak ve özgürlüklerinin hayata geçirilmesini destekleme görevi yeniden vurgulanmaktadır. 56.maddenin başlangıç cümlesi 55.maddede öngörülen amaçların hayata geçmesi için devletlere BM ile işbirliğine gitme yükümlülüğü öngörmektedir. Bir başka ifade ile insan haklarına saygı amacıyla işbirliği yapmak, devletlere bir yükümlülük olarak getirilmiştir.

BM Şartının 61.maddesi Ekonomik ve Sosyal Konseyi düzenlemektedir. Şartın 62/II hükmünde Ekonomik ve Sosyal Konseye insan hak ve özgürlüklerine saygı ve hayata geçirilmesi için her türlü tavsiyede bulunma görevi verilmiştir. Şartın 62/III.maddesinde bu organa BM Genel Kuruluna görev alanıyla ilgili her türlü tavsiyelerde bulunma yetkisi tanınmaktadır.

VII-Emredici (Mutlak) ve Esnek Devletler Hukuku Normları

Devletler hukuku kurallarının hepsi aynı nitelikte değildir. Bazıları emredici bazıları da devletlerin kendi iradeleri ile değiştirebilecekleri esnek kurallardır. Durum insan haklarına ilişkin kurallarda da aynıdır.

Devletler esnek diye niteleyebileceğimiz insan haklarına ilişkin kurallarda kendi aralarında kısıtlamalara gidebilirler ya da farklı iç hukuk düzenlemeleri yapabilirler. Emredici kurallar konusunda ise devletlerin bu kuralların sınırlarını aşacak bir irade ortaya koymaları halinde devletler uluslararası hukuku ihlal etmiş olurlar. Burada *jus cogens* niteliğindeki işkence yasağı kendi başına bir özelliğe sahiptir. İşkence yasağının devletler hukuku alanında üstün hukuk kuralı oluğu konusunda bir duraksama yoktur. Bu nedenle bir devlet bu konuda bir sözleşmeye imza atmamış olsa bile bu yasağa uymakla yükümlüdür. Çünkü jus cogens kuralı bütün devletler için bağlayıcı (erga omnes) etkiye sahip kabul edilmektedir[16].

Bir hakkın bütün dünyada tanınmış olması o hakka ilişkin kuralın her zaman emredici bir devletler hukuku kuralı haline gelmesi için yeterli değildir. Fakat işkence yasağı konusunda daha önce de vurgulandığı üzere böyle bir duraksamaya yer yoktur. Yaşama hakkı yargı kararları ile istisnalar tanınan bir haktır. Ancak yaşama hakkının yargı kararı veya meşru kabul edilen haller dışında ortadan kaldırılması devletler hukukunu ih-

16 Doğan, **Devletler Hukuku**, s. 274

lal sayılır. Buna karşılık işkence yasağı mutlak olarak ifade edilen devletler hukuku kuralıdır[17] ve her hangi bir istisnası kabul edilmez. Bu nedenle hangi gerekçeye dayanırsa dayansın işkence yasağını yumuşatmaya dönük görüşler ilginç karşılanabilirse de asla olumlu karşılanamaz. Gelişmekte olan toplumlarda insan yaşamına verilen önemde hala tatmin edici bir noktaya varılamamışken 11. Eylül 2001 Saldırılarına ilişkin batı dünyasında derhal "pragmatist" ve empatiden uzak görüşlerin dile getirilmesi düşündürücü olmanın yanında endişe vericidir. Batı dünyasında belirli hallerde işkenceye daha esnek yaklaşan bu görüşlere yer vermemizdeki temel amaç tamamen konuyu çok boyutlu bir biçimde irdeleme çabasından kaynaklanmaktadır.

VIII-İşkence Konusunda Tehlikeli Yaklaşımlar

İşkence yasağının istisnasız bir yasak olmasına itiraz eden bazı ceza hukukçuları dikkati çeker. Örneğin Alman ceza hukukçusu Brugger'in[18] işkence yasağını mutlak bir yasak olmaktan çıkaran bu yasağı zayıflatan bazı görüşlerin temsilcisi olarak ilginç gerekçelere başvurduğu görülür. Brugger'in temel argümanı şudur: Madem ki AİHS m.2 yaşama hakkının ihlalini dahi belirli istisnalarla kabul etmektedir, niçin 3.maddede yer alan işkence yasağı tartışılmasın? Ancak, gerçeği söyletmek için işkenceyi bir baskı aracı olarak kullanmak hukuk devletinde benimsenmesi mümkün olmayan bir yaklaşım olarak görülmüştür ve görülmeye devam edecektir[19]. Hemen ifade edelim ki bu tarz çağın koşullarına aykırı yaklaşımlar sadece birer ilginç fikir olarak kalmaya mahkumdur. Bir başka ifade ile öğretinin hemen hemen tamamına yakını Brugger tarafından ifade edilen yaklaşıma hiçbir şekilde yakınlık göstermemektedir. Üzülerek ifade etmek gerekir ki özellikle terör zanlıları açısından işkence yasağını yumuşatmaya dönük görüşler İsviçre'den Avustralya'ya kadar uzanmaktadır. Nitekim İsviçre'de yayımlanan Neue Zürcher Zeitung adlı günlük gazete de terör zanlılarına işkence uygulanabilir mi tartışmalarını günlük gazete makaleleriyle zaman zaman gündeme taşımıştır[20]. Brugger'in bu yaklaşımı belki bilimsel düşünce ve araştırma özgürlüğü açısından bir anlam ifade edebilir; ancak insanlık tarihinin yakın zamanda yaşadığı olaylar ve olgular işkence yasağına istisnalar düşünmenin asla hoş görülemeyeceğini açıkça göstermektedir.

---

17 Doğan, **Devletler Hukuku**, s.275

18 Brugger, "Darf der Staat ausnahmsweise foltem?", in: **Der Staat**, 1996/1, s.67 vd. ; Brugger, "Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?", in: **Juristenzeitung**, 2004/4, s.165 vd.

19 Peter Bubjäger, "Rettungsausschusses, Videoüberwachung und Folterverbot, Paradigmen des Sicherheitsstaates als neue Herausforderung der Staatstheorie" in: **Zeitschrift für öffentliches Recht**, Cilt 62, Sayı 2007/3, s.432

20 Bubjäger, " Rettungsausschusses, Videoüberwachung und Folterverbot, Paradigmen des Sicherheitsstaates als neue Herausforderung der Staatstheorie" Sayı 2007/3, Dn. 85

Alman öğretisinde tartışılan bir başka konu da rehinelerin kurtarılması operasyonlarında işkence yapılmasının gündeme gelebilmesidir. Böyle bir olasılıkta yeri bilinmeyen rehinelerin hayatını kurtarmak için şüpheli ya da zanlılara acı çektirmenin veya şüpheli ya da zanlıların acı çekmekle tehdit edilip edilemeyeceğinin düşünülüp düşünülemeyeceği tartışılmaktadır. Böyle bir olasılığı tartışmaya değer görenler acil durumlarda ortaya çıkan, daha önceden bilinmeyen sonradan belirebilecek tarzda olaylar açısından tartışmaktadırlar[21]. Avrupa öğretisindeki bu tarz tartışmaların özellikle 11 Eylül 2001 New York İkiz Kuleler Saldırısından sonra bilimsel makalelere konu olduğu dikkat çekmektedir.

Benzeri tartışmalar kolluk kuvvetlerinin önleyici faaliyetleri açısından da ilgi çekmektedir. Çünkü özellikle suça hazırlık aşamasında bu konu kolluk, devletin gizli güvenlik örgütü ve cezai kovuşturma arasında seyreden belirsiz bir olgu olarak dikkati çeker[22]. Fakat işkence yasağını tartışmaya açma eğilimleri sıklaştığı oranda hukuk devletinden bir uzaklaşma olacağı kuşkusuzdur. Böyle bir durum hukuk devletinin ve kuşkusuz insanlığın II. Dünya savaşından beri elde ettiği kazanımların boşa gitmesi anlamına gelecektir.

IX-Devletler Hukuku Kuralları ve İç Hukukla İlişkisi

Devletler hukuku, sınırlarının daha belirsiz olması nedeniyle diğer hukuk disiplinlerinden farklıdır. Gerçi kuramsal olarak her devletin devletler hukuku ilkelerine uymakla yükümlü olduğu bir itiraza uğramadan kabul görür. Fakat bu konuda çok sayıda istisna mevcuttur. Diğer yandan devletler hukukunda ciddi bir kural koyucu irade boşluğu söz konusudur. Bütün bunlara rağmen bu tartışmalı durum yüzyıllarca geriye uzanan bir gerçeği ortadan kaldırmaz. Bu gerçek, yüzyıllardan beri uluslararası hukukun varlığının devletlerce kabul edildiği hususudur. Ortada önemli boşluklar bulunsa bile bir hukuk alanı mevcuttur. Bu noktada devletler hukuku kurallarının geçerlilik alanının iç hukuku da kapsayıp kapsamadığı ve kapsıyorsa bunun ölçüsünün ne olacağına ilişkin hususlar önem kazanır.

İç hukuk düzeninde hukuk kurallarını hangi organ veya kurumların tesis edeceği açıktır. Teamül anayasasına sahip az sayıda ülkede bile hukuk kurallarının vazedilmesi açıkça düzenlenmiştir. İç hukuk açısından hukuk kurallarına aykırı davranışın yaptırımları da açıkça bellidir.

---

21 Bubjäger, " Rettungsausschusses, Videoüberwachung und Folterverbot, Paradigmen des Sicherheitsstaates als neue Herausforderung der Staatstheorie", Cilt 62, Sayı 2007/3, s. 431

22 Bubjäger, " Rettungsausschusses, Videoüberwachung und Folterverbot, Paradigmen des Sicherheitsstaates als neue Herausforderung der Staatstheorie", s. 433

Devletler hukuku boşluk ve eksiklerine rağmen bir hukuk sistemi olduğuna göre bu alandaki hukuk normlarının hangi kategoride yer alacağı sorununa açıklık kazandırmak gerekir. Bu konunun kuramsal olarak açıklanmasında başvurulan iki görüş dikkati çeker: İkici görüş ve tekçi görüş. Bunlardan devletlerin egemenliğini öne çıkaran yaklaşım ikici görüş olarak adlandırılır. Devletler hukuku alanındaki normlaştırma ve ulusal üstü hukuk anlayışı geliştiği oranda ise yeni bir yaklaşım öne çıkmıştır: Tekçi görüş. Bu görüşte devletler arası hukuk ve ulusal hukuk arasındaki ayrımın giderek önemini kaybettiği[23] ve devletler hukuku düzenlemelerinin artan ölçüde iç hukukta da geçerli hale geldiği ifade edilir.

Devletler hukuku kuralları bütün insanlığın inanç duyduğu hukuk kurallarıdır. Bu nedenle bu kuralların geçerliliği ve etkinliği devletlerce gerçekleştirilecek bir "koordinasyona" bağlıdır. Buna karşılık iç hukukta asıl olan hiyerarşi[24] ilişkisidir. Bu nedenle bu iki hukuk alanının birbirinin aynısı olup olmadığını tartışmak bir zorunluluktur. İstanbul Protokolünün bağlayıcılık gücünü açıklığa kavuşturma bağlamında devletler hukuku alanındaki bu iki farklı anlayışı kısaca inceleme gereği ortaya çıkmaktadır.

A-İkici Görüş

Başlangıçtan beri devletler hukuku kurallarının geçerlilik alanının ve sınırlarının ne olduğuna ilişkin tartışmalar ola gelmiştir. Klasik devletler hukuku yaklaşımında iç hukuk düzeninin devletler hukuku için bir sınır oluşturduğu görüşü ortaya atılmıştır[25]. Bu yaklaşımın ardında iç hukuk ve devletler hukukunun kaynağı farklı olduğu görüşü savunulmuştur. Buna göre her iki hukuk alanının düzenledikleri hukuki ilişkilerin niteliği de farklıdır. İkici görüşün temeli devletler hukuku ve iç hukukun birbirinden bağımsız ayrı iki hukuk düzeni olduğu tezine dayanır. Bu görüşü en açık şekilde savunan yazarlar devletler hukukunun bir bilime dönüşmesinde önemli katkısı olan Anzilotti ve Triepel'dir.

Devletler hukuku kurallarının bağlayıcılığının şekli anlamda farklı olması Anzilotti ve Triepel gibi yazarları devletler hukuku ve iç hukuk arasında bir ayrım yapmaya yöneltmiştir. Çünkü bu iki hukukun kaynakları farklıdır. Devletler hukukunda eşit statüde aktörlerce üretilen hukuk normları söz konusudur. Buna karşılık iç hukuk kuralları vatandaşları ile dikey bir ilişki içindeki devlet otoritesince üretilir[26]. Bundan dolayı devletler

---

23 Doğan, **Devletler Hukuku**, s 70

24 Hohenveldern, **Völkerrecht**, s. 140

25 Verdross, **Völkerrecht**, s. 70

26 Çelik, Edip, **Milletlerarası Hukuk**, Sermet Matbaası, İstanbul 1964, s.44

hukuku ve iç hukuk düzenleri birbirinden ayrı iki hukuk düzenidirler. Devletler hukuku devletler arası davranış kurallarını düzenler. İç hukuk ise ülke sınırları içinde bulunan gerçek ve tüzel kişilerin uymakla yükümlü oldukları kuralları ülkenin hukuk sistemi çerçevesinde belirler[27].

Devletler hukuku ve iç hukuk bağlayıcılık konusunda şekli anlamda birbirinden ayrılır. İç hukukun bağlayıcılığı ulusal yasama iradesinden kaynaklanır. Devletler hukuku kurallarının bağlayıcılığı ise bu alandaki normların bütün insanlığın iradesinin birer ürünü olduğuna ilişkin inançtan kaynaklanır[28]. İç hukukun bağlayıcılığında bir kurallar hiyerarşisi söz konusudur. Yani devlet yetkisi kullanan makamlar kendilerinden üst konumda bulunan iradenin koyduğu kurallara uymakla yükümlüdürler. Oysa devletler hukuku kurallarında böyle bir açık hiyerarşiden söz edilemez. Bundan dolayıdır ki devletler hukuku kurallarının uygulanması devletler arasında "işbirliği"[29] bulunduğu takdirde mümkün olabilir. Bu görüş ikici yaklaşımın dayanaklarından biridir. Bu görüşün karşısında devletler hukukunda tüzel kişi-gerçek kişi ayrımını önemsemeyen tekçi yaklaşım yer alır.

İkici görüşün başlıca gerekçeleri arasında iç hukukta bireylerin devlete bağımlı olmaları ve devletin tek, üstün ve belirleyici otorite olması gösterilir. İç hukukta tek bir devletin iradesi söz konusudur. Yani iç hukuk kurallarının kaynağı tektir ve bu kaynak da devletin kendisidir[30]. Oysa devletler hukukunun kaynağı farklıdır. Devletler hukuku kuralları devletlerin katılımıyla ve etkisiyle oluşur. Devletlerin egemenlik bakımından eşitliği söz konusudur. En azından kuramsal düzeyde devletler arasında bir hiyerarşi yoktur ve devletler arası ilişkilerde bir çok devletin iradesinin birbiri ile uyuşması gerekir. Bunun yanında ikici görüşe göre devletler hukukuna aykırı bir eylem iç hukuka her zaman aykırı görülmeyebilir[31]. Bütün bu özellikler devletler hukuku ve iç hukuk düzenlerinin birbirlerinden farklı olduklarını gösterir.

İkici görüş bazı yazarlarca devletler hukuku yükümlülüklerini iç hukukta göz ardı edecek bir dayanak noktası olarak kullanılmıştır. 20.yüzyıl başlarında devletlerin birbirleriyle olan ilişkiler konusunda antlaşmalar yapabilecekleri fakat bu antlaşmaların ülkenin iç hukuk düzenine yansıyacak hükümler içermemesi gerektiğini savunan yazarlar

---

27 Hohenveldern, **Völkerrecht**, s. 140

28 Doğan, **Devletler Hukuku**, s. 72

29 Hohenveldern, Seidl-Ignatz, **Völkerrecht**, 8.neubearbeitete Auflage, Carl Heymans Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München 1994, s. 140

30 Akipek, Ö. İlhan, **Devletler Hukuku**, (Başlangıç), 3. Bası, Ankara, s. 22

31 Doğan, **Devletler Hukuku**, s. 71

dikkati çeker. Bu tarz bir yorumun ardında farklı tarihi veya siyasi nedenler olabilir. Buna göre devletler arası belgelerden hareketle ulusal mahkemelerden bunlara uymasını istemek devletin iç egemenliğini ihlal manasına gelir. Bu bağlamda Alman literatüründe Birinci Dünya savaşı ertesinde savaşı kaybetmekten kaynaklanan psikolojik ortamda ilginç fikirlerin ortaya atıldığı görülür[32]. Bu yaklaşım uluslararası hukuk kurallarını devletten devlete ilişkiler düzeyinde tutma amacı güder. Burada temel hedef iç hukuk düzeyinde devletler arası yükümlülüklere aykırı egemenlik işlemlerini gerçekleştirmektir. Bu anlayışta devletler hukuku ve iç hukuk arasında çok sınırlı bir kesişim olan; ama büyük oranda birbirinden bağımsız ayrı birer hukuk kuralları sisteminin varlığı kabul edilir.

B-Tekçi Görüş

İkici görüş monist (birci) görüş taraftarlarınca eleştirilmiştir. Buna göre her iki hukuk sistemi de birbiri ile yakından ilişkilidir. Aslında hem devletler hukuku hem de iç hukuk kuralları devlet iradesinin ürünüdür. Monist görüş taraftarları iç hukukta olduğu gibi devletler hukukunda da artık bireylerin durumunun düzenlenmekte olduğunu, bu nedenle bu iki hukuk sisteminin aslında tek bir hukuk sisteminin parçaları olduğunu öne sürmüşlerdir[33].

Hukuk öğretisinde tüzel kişiliği reddeden yaklaşımlar için uluslararası hukuk ve iç hukukun tek bir manzume oluşturduğunu açıklamak metodik olarak daha basittir. Goerges Scelle bu görüşü temel alarak bu iki hukuk sisteminin bir bütün oluşturduğunu savunan en ünlü tekçi görüş taraftarlarından biridir. Gerçekçi hukuk ekolü de monist görüşün savunulmasını oldukça kolaylaştırır. Gerçekçi hukuk okulu mensupları Georges Scelle'nin yaptığı gibi her tür hukuk süjesinin sadece gerçek kişilerden ibaret olduğunu savunur. Buna göre hukuk sadece akıl ve irade sahibi varlıklara hitap eder. Bu nedenle hem devletlerarası hukukta hem de iç hukukta hukuk normlarının muhatabı insandır[34]. O halde bu iki alandaki hukuk normları arasında kesin bir ayrım yapılamaz. Böylece Kelsen, Verdross gibi yazarlarca da ifade edildiği gibi devletler hukukunun ve iç hukukun birlikte "tek bir sistem" oluşturduğu, bu nedenle her iki alandaki hukuk kurallarının da bir bütün oluşturan hukukun alt bölümleri[35] olduğu ifade edilmiştir. Bu görüşü savunan yazarlar bu gerekçelerden hareketle devletler hukuku için "dış hukuk",

---

[32] Ayrıntı ve örnekler için bkz. Kohler, Josef, **Grundlagen des Völkerrechts, Vergangenheit, Gegenwart, Zukunft**, Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart 1918, s.154

[33] Bozkurt/Kütükçü/Poyraz, **Devletler Hukuku**, 4.Baskı, Asil Yayın ve Dağıtım, Ankara, 2004, s. 28

[34] Çelik, **Milletlerarası Hukuk**, s. 48

[35] Akipek, **Devletler Hukuku**, (Başlangıç), s. 23

ülkelerin kendi sınırları dahilinde ortaya koydukları kurallar için de "iç hukuk" terimi kullanmayı önerirler.

Bazı tekçi yazarlar devletler hukukunu bir "dış kamu hukuku" olarak adlandırırlar. Bu yaklaşımın somut özelliği iki hukuk alanı arasında bir çelişki doğduğunda iç hukukun öncelikle uygulanması gerektiğidir. Çünkü iç hukuk sistemi zorlama araçları ile donatılmıştır. Devletler hukuku normları da ancak zorlama araçları varsa uygulanma şansı bulabilir. Buna karşılık yine tekçi görüşü benimseyen bazı yazarlar bunun tam tersini öne sürerler. Yani ihtilaf halinde devletler hukukuna öncelik tanınmasından yanadırlar. Bu bağlamda en radikal görüş G. Scelle'nin savunduğu gibi devletler hukukuna aykırı iç hukuk düzenlemelerinin "geçersiz" sayılması[36] yönündeki görüştür. Scelle'e göre uluslararası hukuk ve iç hukuk "düzenleri" arasında bir hiyerarşi söz konusudur. Bu hiyerarşik düzende iç hukuk düzeni daha alt düzeydedir. Bu nedenle üst hukuk düzenine uygun olmak zorunludur[37].

Monist görüşü savunan yazarlardan biri de Hans Kelsen'dir. Kelsen'e göre devletler hukuku ve iç hukuk düzeni arasında hak ve borçlar açısından fark olmadığı gibi her iki hukuk dalında da taraflar gerçek insanlardır. Diğer yandan her iki alandaki hukuk kuralları aynı anda geçerli ise bunlar birbirinden bağımsız kabul edilemez. İkici görüşten yana olanlar da bu iki hukuk dalının kurallarının aynı anda geçerli olduğunu reddetmemektedir. O halde bu iki alandaki hukuk normları ya birbiriyle eşit olmalı veya biri diğerine tâbi olmalıdır. Kelsen bu noktada iç hukukun devletlerarası hukuka tâbi olduğunu savunur[38]. Böylece Kelsen ünlü normlar hiyerarşisi görüşünü bir kez daha ortaya koyar. Buna göre devletler hukuku kuralları hukuk normları piramidinde iç hukuk normlarından üsttedir. Bu nedenle çatışma halinde devletler hukuku kuralları tercih edilir.

Tekçi yazarlardan daha ölçülü davranma taraftarı olanları ise devletler hukukunun doğrudan iç hukukta geçerliliğinin istenemeyeceği görüşündedirler. Bu görüş karma görüş olarak isimlendirilir. Bu kanıda olanlar en azından Scelle'ın yaklaşımının bir bütün olarak uygulanma yeteneğinin bulunmadığı kanısındadırlar. Fakat burada da istisnalar gözden kaçırılmamalıdır. Örneğin insanlığa karşı suç gibi insani hukuk kuralları konusundaki iç hukuk düzenlemeleri devletler hukuku kuralları ile çatışmakta ise bireyler bu iç hukuk düzenlemelerine uymamakla yükümlüdür. Çünkü bu tarz iç hukuk düzenlemeleri geçersizdir. Ancak istisnai durumlar dışında devletler hukuku kurallarının iç hu-

---

36 Hohenveldern, **Völkerrecht**, s. 141

37 Çelik, **Milletlerarası Hukuk**, s. 55

38 Çelik, **Milletlerarası Hukuk**, s. 48-49

kuk kurallarını geçersiz kılması görüşü karma yaklaşımdan yana monist yazarlarca da kabul edilmez. Yani karma yaklaşımı benimseyen yazarlar savaş hukuku kuralları dışında ikici yaklaşım mensupları ile benzeşirler. Buna göre insani hukuk alanı dışındaki iç hukuk düzenlemelerinde bir devletler hukuku kuralına aykırı olup olmadığına bakılmaksızın iç hukuk kuralı uygulanmalıdır. Gerçi bu durum iç hukukun devletler hukuku kuralları karşısında öncellikle uygulanması anlamına gelmez. Fakat ülke devletinin devletler hukuku alanındaki düzenlemeler karşısında iç hukukta özerk düzenlemeler yapmasına olanak verir[39]. Bir başka ifade ile tekçi (monist) yaklaşımda gelinen nokta, savaş hukuku alanındaki kurallar söz konusu olduğunda devletler hukuku düzenlemelerinin ve emredici devletler hukuku kurallarının iç hukuk karşısında öncelik kazandığıdır.

C-Devletlerin Uygulamaları

Monist görüş taraftarları yukarıda da açıklandığı gibi genellikle devletler hukuku kurallarına iç hukuk kuralları karşısında üstünlük tanıma eğilimindedirler. Ancak bu tutumla çatışan devlet uygulamaları da dikkati çeker. Bir başka ifade ile ikici görüş daha eski bir anlayış olsa da bazı devletlerce destek bulmakta ve uygulanmaktadır. İngiltere'de bir devletler hukuku antlaşması ya da sözleşmesi ile İngiliz yasası çatışırsa İngiliz iç hukuk kuralı öncelikle uygulanır. ABD anayasal sisteminde daha önce onaylanmış bir devletler hukuku antlaşması ya da sözleşmesi ile aynı konuda sonradan çıkarılacak bir iç hukuk düzenlemesi ile aksi yönde uygulamada bulunmak mümkündür[40]. Bu bakımdan ABD uygulaması diğer common law ülkelerine benzemektedir. Fakat Türkiye'nin de dahil olduğu Kara Avrupası hukuk sistemlerinde böyle bir anlayış destek bulmamıştır.

Tekçi görüşün en baskın uygulandığı ülke Hollanda'dır. Hollanda anayasal sisteminde antlaşma ve uluslararası örgüt kararları usulüne uygun şekilde yürürlüğe girdiği anda Hollanda iç hukuku bakımından bağlayıcı hale gelir. Hatta bir Hollanda yasası Hollanda'nın taraf olduğu bir devletler hukuku antlaşması veya sözleşmesi ile çatışırsa bu yasa uygulanamaz.

Alman Anayasal siteminde hukukun genel kurallarının Alman anayasal kurallarına üstün olduğu açıkça ifade edilmiştir. 1949 Alman Anayasasının 26.maddesi "devletler hukukunun genel ilkeleri federal hukukun unsurlarıdır. Bunlar kanunlar karşısında önceliklidir ve federal devletin vatandaşları için doğrudan hak ve yükümlülükler doğururlar" şeklindedir. Bununla beraber Alman Anayasa Mahkemesi bazen bu hüküm ile çok da bağdaşmayan içtihatlar geliştirmiştir.

---

39 Hohenveldern, **Völkerrecht**, s. 141-142

40 Doehring, Karl, **Völkerrecht**, 2. neubearb. Aufl., C.F. Müler Heidelberg 2004, Rn 723

Bir antlaşmanın imzacı ülkenin anayasal sistemi ile bağdaşıp bağdaşmadığı konusu bazı devletlerde ulusal yargı makamlarınca incelenebilmektedir. Türk anayasal sisteminden farklı olarak Alman ve Avusturya anayasalarında bu durum açıkça düzenlenmiştir. Alman Anayasasının 93/I 1.bendi ve Avusturya Anayasasının 89/V ve 140. maddeleri anayasa mahkemelerine onaylanan bir antlaşmanın anayasal sisteme uygun olup olmadığını inceleme yetkisi verir. Alman öğretisinde yer alan görüşlere göre, şayet onaylanan antlaşma veya onay kanunu anayasal sistemi şekli veya maddi açıdan zedelemekte ise anayasa mahkemesi bu antlaşmaları iç hukuk bakımından "geçersiz" kılabilir[41]. Buna karşılık Türk öğretisinde, imzalanan antlaşma veya sözleşmenin yürürlüğe konmasına ilişkin uygun bulma kanununun Anayasa Mahkemesine götürülüp götürülemeyeceği konusunda derinlemesine bir tartışma yoktur. Ancak diğer kanunlar gibi uygun bulma kanunu da AYM önüne götürülebilir.

X-Devletler Hukuku Sözleşmelerinin Türk İç Hukukundaki Konumu

A-Devletler Hukuku Kurallarının Dikkate Alınmamasının Sonuçları

Bir devletler hukuku normunun iç hukukta sonuç doğurması için ilgili devletin bu kuralı kendi iç hukuk kuralı haline getirmesi gerekir. Yani bir devletler hukuku kuralının ülke devletinde uygulanabilmesi ayrıca bu yönde bir irade ortaya konmasına ihtiyaç gösterir. Bir başka ifade ile kuramsal tartışmalar ne yönde ağırlık kazanırsa kazansın devletler hukuku alanındaki kuralların, antlaşma ve sözleşmelerin iç hukukta uygulanabilmesi için bu kuralların iç hukuka aktarılması ve iç hukukun bu kurallara uyumlu hale getirilmesi sonuç almak için en pratik yöntemdir. Çünkü iç yargı makamları her defasında felsefi tartışmalara girmek gibi bir davranış sergilemek durumunda değildir. Bir devletin yargı makamlarına ve diğer uygulamacılara yol göstermesi gerekir. Böyle olunca devletler hukuku kurallarının iç hukuka nasıl aktarılacağı veya iç hukukun nasıl devletler hukuku kurallarına "uyumlu" hale getirileceği izlenecek yöntemi belirlemeyi zorunlu kılar[42]. Bu nedenle devletler hukuku kurallarının iç hukukça da geçerli sayılması yönünde bir talebin olması anlaşılırdır ve zorunludur.

Devletler hukuku kurallarının iç hukukta dikkate alınmaması devletin diğer devletler karşısında sorumluluğuna yol açar. Bu durumu mefhumu muhalifinden açıklamak gerekirse; bir devletin, iç hukukunu uygularken devletler hukuku kurallarını kötüye kullanması başka devletlerin, o devlete karşı önlemlere başvurmalarını haklı kılabilir.

---

41 Hohenveldern, **Völkerrecht**, s. 75

42 Doğan, **Devletler Hukuku**, s. 76

Devletin hangi araçları kullanarak devletler hukukunu kendi iç hukukunda geçerli kılacağı o ülke devletinin takdirine ilişkin bir konudur. Devletler hukukunda kamu makamlarının devletler hukukuna aykırı fiillerinin nasıl ortadan kaldırılacağı ya da düzeltileceği hususu da ilgili devlete bırakılmıştır. Bir sözleşmede açıkça öngörülmediği sürece bir devletler hukuku normu iç hukukta doğrudan uygulanmaz. Bununla beraber açık bir sözleşmeden kaynaklanan yükümlülük olmadıkça devletler hukuku normlarının iç hukukta uygulanması konusunun nasıl düzenleneceği her devletin kendi inisiyatifine bırakılmıştır[43].

Ülke devleti, kendi tercihine göre iç hukukunda düzenleme yaparak devletler hukuku normunu doğrudan geçerli hale getirebilir. Ancak bu izlenebilecek tek yöntem değildir. Bir ülke anayasal sisteminde belirli çekincelerle sınırlı şekilde gelenek hukuku kurallarını veya sözleşmeleri özel bir egemenlik işlemiyle iç hukuk kuralı haline dönüştürerek iç hukukta uygulanır hale getirebilir[44]. Fakat bir ülkede o devletin imzalamadığı veya açıkça tasvip etmediği bir sözleşme veya gelenek kuralının uygulanması söz konusu olmaz. Devletler hukuku alanındaki düzenlemelerin iç hukuk alanında nasıl uygulanacağı sorunu öncelikle o ülkenin anayasal sistemiyle doğrudan bağlantılıdır.

Fakat devletlerin, iç hukuklarında devletler hukuku alanındaki gelenek kuralları veya sözleşmelerin nasıl uygulanacağı konusunda takdir yetkisine sahip olmaları keyfi davranmalarının meşru sayılması sonucu doğurmaz. Özellikle iç hukuk düzenlemelerinin uluslararası hukuk bağlamında bir zarara yol açma olasılığı varsa devletin bu konudaki takdiri daha kısıtlıdır.

Potansiyel olarak her devlet organı devletler hukukunu ihlal edebilir: Yürütme organı idari bir işlemle, yasama organı devletler hukuku kurallarını hiçe sayan bir yasal düzenlemeyle, yargı, devletler hukukunu göz ardı eden bir kararla devletler hukuku kurallarını çiğneyebilir. İç hukukun uygulanması bir devletler hukuku kuralı ihlaline yol açarsa yani diğer devletlerin haklarına zarar verirse bu zararın ortadan kaldırılması gerekir. İç hukuktan kaynaklanan devletler hukukuna aykırılığın ortadan kaldırılmasında da izlenecek yöntemi belirlemede o devletin takdir yetkisinin olduğu kabul edilir. Böyle bir hukuka aykırılığın nasıl giderileceği konusunda devletler hukukunun özel bir kuralı yoktur. Ülke devleti yasamada gerekli çoğunluk bulunmadığı için hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak bir yasal düzenleme çıkaramaz veya iç hukuka göre temyiz olanağı bulunmadığı için bir yargı kararını değiştiremezse devletler hukuku bakımından sorumlulukla karşı karşıya kalır[45]. Yani ilgili ülke devletinin iç hukuk tasarrufundan dolayı zarara

43 Doğan, **Devletler Hukuku**, s. 77

44 Doehring, **Völkerrecht**, Rn.30

45 Bu husus Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 27.maddesinde yer alır.

maruz kalan devletler, devletler hukukunun zorlama araçlarını ona karşı kullanma yetkisine sahiptirler. Devletler hukuku ihlalini ortadan kaldırmakta kesin olan iç hukukta kullanılacak yöntemler değil hukuka aykırılığın sonuçlarıdır[46].

Devletler hukukuna aykırı bir kanun, hiç uygulanmamışsa bir anlam ifade etmez. Aynı şekilde hukuka aykırı bir ulusal yargı kararı örneğin ceza öngören bir kararın infazının ertelenmesi halinde bir devletler hukuku ihlalinden söz edilmez. Her devlet kendi hukukunda devletler hukukuna aykırılığın kendiliğinden geçersiz hale geleceğine ilişkin düzenleme yapmakta özgürdür[47]. Bu başlık altında buraya kadar ifade edilen düşünceler devletler hukuku kurallarının anayasal açıdan konumunun belirlenmesinin ne denli önemli olduğunu ortaya koymaktadır.

Devletler hukuku kuralları ve iç hukuk kurallarının karşılıklı konumlarında temel kural devletler hukuku kurallarının üstünlüğü olmalıdır. Bu ikisi arasında bir çatışma bulunması halinde devletler hukuku kuralına öncelik tanınması dünyadaki genel eğilimlere de uygun görünmektedir. Konunun Türk anayasal sistemindeki gelişim süreci de bu yönde cereyan etmiştir.

B-Türk Anayasal Sisteminde Milletler Arası Antlaşmaların Konumu

1982 Anayasası incelendiğinde uluslararası hukukun iç hukuk sisteminin veya tersine iç hukuk sisteminin uluslararası hukukun bir parçası olduğunu belirten **(tekçi-monist anlayış)** açık bir ifade yer almıyordu[48]. Diğer bir ifadeyle 1982 Anayasası başlangıçta uluslararası hukuk açısından Türk Hukuk Sistemi esas itibariyle **"ikili düzen"i(düalist)** öngörmekteydi. Buna karşılık, Anayasa'nın sadece 15, 16, 42 ve 92. maddelerine göre uluslararası hukuk kuralları belli konularda Türk iç hukukunda doğrudan hüküm doğurabilmektedir[49]. Diğer maddelerin ise buna pek izin verir nitelikte olmadığını görmekteyiz. Bununla beraber 2004'te yapılan anayasa değişiklikleri ikici (düalist) anlayıştan monist bir çizgiye yönelen bir eğilimi içinde barındırmaktadır.

Gerek **"uluslararası teamül kuralları"**nın, gerekse **"uluslararası hukukun genel ilkeleri"**nin Türk Hukuk Sistemi'nde hüküm doğurması hususunda Anayasamız-

---

46 Doğan, **Devletler Hukuku**, s.77

47 Doehring, **Völkerrecht**, Rn. 31

48 ARSAVA, A. Füsun, **Avrupa Toplulukları Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar**, Ankara 1985, s.437; PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri-I** (Bundan sonra **"Birinci Kitap"** şeklinde anılacaktır), Ankara, 1994, s.8 vd.

49 Pazarcı, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri-I **(Bundan sonra "Birinci Kitap" şeklinde anılacaktır), Ankara, 1994,**, s.20 vd.

da açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, bazı Anayasa hükümlerinde (15, 16, ve 92. maddeler) dolaylı olarak bahsedilmektedir. Ancak belirtelim ki, burada -bu hükümlerin ortak özelliği olarak- uluslararası hukuku ulusal hukuka aktarmaktan (transformasyon) çok, devletin, uluslararası hukuktan neşet eden vecibelerine riayetin önemine vurgu yapılmaktadır[50]. Örneğin, Anayasa'nın 15. maddesinin birinci fıkrasında "*Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir*" denmektedir.

Görüldüğü gibi bu maddede doğrudan doğruya **"uluslararası teamül kuralları"**ndan veya **"uluslararası hukukun genel ilkeleri"**nden bahsedilmemektedir. Ancak, bu ifadeyle hem uluslararası teamül kuralları veya genel ilkeler, hem de uluslararası andlaşmalar kastedilmektedir[51]. Burada, anayasa koyucu esas olarak, söz konusu olağan dışı hallerde dahi devletin uluslararası vecibelere riayetini vurgulamaktadır ki, bunun içine uluslararası andlaşmalar yanında uluslararası teamül kuralları da dâhil olmaktadır[52]. Bu hükmün gerekçesinde de buradaki **"milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler"** ifadesinin, belirtilen hallerde hak ve hürriyetlere getirilen kısıtlamaların sınırlarından birisi olduğu belirtilmektedir[53]. Aynı durum, 16 ve 92. maddeler için de geçerlidir.

Görüldüğü gibi, burada saydığımız hükümlerle anayasa koyucu, bazı önemli konularda daha titiz davranarak uluslararası vecibelere riayeti vurgulamaktadır. Ancak bu hükümler olmasaydı bile devletin bu vecibelere riayet mecburiyeti söz konusudur. Zira, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, uluslararası toplumun bir üyesi olmak ve bu konuda pek çok antlaşmaya (BM Şartı, AİHS, vs.) imzalamakla zaten bu vecibeleri ifayı taahhüt etmiş bulunmaktadır.

Burada bir noktaya açıklık kazandırmak gerekir: Yukarıda belirttiğimiz alanlardan (temel hak ve özgürlükler, savaş ilanı, kuvvet kullanma, yabancıların temel hak ve özgürlükleri) başka -Anayasa'nın uluslararası teamül kurallarını aktaran başka bir hükmü bu-

50 Gündüz, A., "İktidar ve Milletlerarası Sınırları", s.49-52.

51 Gündüz, A., "İktidar ve Milletlerarası Sınırları", s.51.

52 ÇAĞLAR, olağanüstü hallerde dahi uluslararası vecibelere riayeti zorunlu gören Anayasa sisteminde olağan dönemlerde öncelikle kabul etmek gerektiğini belirterek, Anayasa'nın zımni olarak "uluslararası hukuka açıklık" prensibini kabul ettiğini ileri sürmektedir. Bkz. Çağlar, Bakır, **Anayasa Bilimi: Bir Çalışma Taslağı**, İstanbul, 1989, s.50.

53 Kuzu, Burhan, **Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat**, İstanbul,1992, s.19.

lunmaması sebebiyle- iç hukuka aktarılmayan diğer "uluslararası teamül kuralları"nın iç hukuk uygulamasında dikkate alınmayacağı sonucunun çıkarılmaması gerektiğidir[54].

1982 Anayasasının 90/I kuralına göre "Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak antlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin bir kanunla onaylamayı uygun bulmasına bağlıdır". Söz konusu düzenleme konuya ilişkin genel kuraldır.

Anayasanın 90.maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklikle "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalar ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır" denmek suretiyle temel haklar konusunda Türkiye'nin taraf olduğu antlaşma ve sözleşmelere öncelik tanınmıştır. Durum böyle olunca Türk anayasal sisteminde insan hakları konusunda milletlerarası hukuk kuralları lehine bir gelişme dikkati çekmektedir. Uluslar arası düzenleme ile Türk iç hukuk kuralı arasında bir yarışma olduğunda insan hakları alanında yargıç kanunu değil, devletler hukuku işlemini uygulayacaktır. Böyle bir durumda örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin yargıç tarafından doğrudan uygulanması mümkün hale gelmiştir[55]. Bununla beraber kanunlar karşısında milletlerarası sözleşmelerin çatışma halinde tercih edilebilmesi yine de ancak onaylanmış milletlerarası sözleşmeler açısından mümkün olabilecektir.

Bir uluslararası sözleşme ya da antlaşmanın Türk anayasal sisteminin bir parçası haline gelebilmesi için TBMM'nin onay işlemi koşulu halen sürmektedir. Anayasanın 90.maddesi onaylanan bir milletlerarası düzenlemenin kanun hükmünde olduğunu ifade etmektedir. Böyle olunca onaylanan bir düzenleme ile kanunların hangisinin uygulanacağı konusunda 1924 Anayasası dönemindeki yaklaşım devam etmektedir. Onaylanıp yürürlüğe konan uluslararası antlaşma ya da sözleşmenin anayasaya aykırılığının öne sürülememesi bu düzenlemelerin doğasından kaynaklanır. Zira Türk anayasal sistemi ile bağdaşmayan bir antlaşmayı onaylayıp onaylamama yetkisi münhasıran TBMM tarafından kararlaştırılacaktır[56]. Sadece Türkiye'nin iradesinin ürünü olmayan bir düzenlemenin onay yasası Anayasa Mahkemesince denetlenebilir. Onay süreci tamamlanan bir milletlerarası antlaşma veya sözleşmenin anayasaya uygunluk denetimi bağlamında iptali de söz konusu olamaz.

Türk yüksek mahkemeleri zaman zaman bağlayıcı olmayan milletlerarası belgeler Türkiye'nin imzaladığı antlaşma veya sözleşmelerden daha çok önem vermiş ve kanunla-

54 Çağlar, Bakır, Anayasa Bilimi: Bir Çalışma Taslağı, **İstanbul, 1989**, s.50.

55 Bozkurt vd., **Devletler Hukuku**, s. 32

56 Bozkurt vd., **Devletler Hukuku**, s. 31

rımızın üstünde bir konumda kabul etme eğilimine girmişlerdir. Bu durum teknik hukuk bakımından problemli olsa da İstanbul Protokolüne dönük itirazlarda hatırlanmasında yarar olduğu kanısındayız.

Danıştay 12. Dairesi, bir İsveç televizyon ekibiyle ilgili 24.4.1978 tarih, 77/1349 E., 78/955 K. sayılı kararıyla **daha da ileri giderek** bu defa bir uluslararası belgeye atıfta bulunmuştur. Söz konusu kararında Danıştay 12. Dairesi, **AGİK** çerçevesinde imzaya açılmış bulunan ve **Helsinki Bildirisi** olarak da bilinen **Avrupa Son Senedi**'ne atıfta bulunarak henüz uluslararası hukuk kuralı niteliği kazanmamış, ancak uluslararası bir **bildiri** olarak imzacı devletlere daha çok ahlaki sorumluluk yükleyen bir belgenin de ulusal hukukta hüküm doğurmasını sağlamış gözükmektedir. Danıştay 12. Dairesi bununla ilgili olarak şu ifadeleri kullanmıştır: "*...ilan ve kabul edilmiş insan haklarına ve temel özgürlüklere ilişkin uluslararası hukuk metinlerini, sözleşme ve andlaşmaları yineleyen ve insan hak ve özgürlüklerinin ayrıntılı bir güvenlik ve işbirliği anlayışı içinde genişletilerek geliştirilmesini öngören ve 1.8.1975 tarihinde Türkiye'nin de aralarında bulunduğu 24 ülkece imzalanan Avrupa Güvenliği ve İşbirliği Anlaşması Nihai Belgesi'nde de; buna katılan devletler, gazetecilerin çalışma koşullarını kolaylaştıracaklarını, gazetecileri meslek uğraşlarını yasal yollardan yürütmelerinden dolayı sınır dışı etmeyeceklerini taahhüt etmişlerdir*" [57]. Danıştay burada uluslar arası bir buyruk kural (jus cogens) bile olmayan bir uluslararası bildiriye dahi iç hukukta bağlayıcılık kazandırarak iç hukukta uygulamış bulunmaktadır. Helsinki Nihai Senedi öğretide bir temenniler demeti olarak anılmıştır. Danıştay'ın hukuk metodolojisi bakımdan bildiri niteliğindeki bir metnin iç hukuk karşısında üstün tutması milletlerarası belgelere bazen "inanca dayalı" bir değer atfedilebildiğini göstermesi bakımından ilgiyi hak etmektedir. Bu durumda basit bir kıyaslama ile dahi **İstanbul Protokolü**'nün evleviyetle bağlayıcı olacağını şimdiden söylemek yanlış olmayacaktır. Bununla beraber bütün yüksek mahkemelerin konuya aynı pencereden bakmadığını da ifade etmek gerekir.

90.maddede 2004 tarihli değişiklikten önce, Türk yüksek yargı organlarının Türkiye'nin taraf olduğu antlaşmaları AİHS dahil olmak üzere genel olarak anayasada yer aldığı gibi kanunlar ile eş değerde gören içtihatları mevcuttu. Fakat bu konuda tam bir içtihat birliğinden söz etmek zordu. Bazen insan hakları alanındaki antlaşmaları Türk kanunları karşısında üstün tutma eğilimi bile ağır basmıştır. 2004 tarihli 90.madde değişikliği artık temel haklar alanında Türkiye'nin taraf olduğu antlaşmaları kanunlar kar-

57 Karar metni için bkz. **Amme İdaresi Dergisi**, C: 11, S: 4, s.100 vd.

şısında üstün tutarak bu konudaki tereddütleri gidermiştir[58]. Konuya işkence yasağı bakımından bakıldığında durumun çok daha açık olduğu görülür.

XI-İstanbul Protokolünün Türk Anayasal Sistemindeki Yeri

Bir devletin devletler hukuku anlamında bir yükümlülük altına girmesi için kural olarak o devletin bu yönde iradesini ortaya koyması, yani bir antlaşma veya sözleşmeyi kabul etmesi veya bu konuda bir yapıla geliş kuralının bulunması gerekir. Bu durumun istisnasını son yıllarda geliştirilen emredici kurallar oluşturmaktadır. Görüldüğü kadarı ile kodifikasyon konferansları sonucu hazırlanan sözleşmeler de bir istisna oluşturma yönünde gelişmektedir. Öğretide şayet bir sözleşme BM Genel Kurulunda en az 2/3 çoğunlukla kabul edilirse bu sözleşmeyi onaylamayan devletler için de sözleşmenin bağlayıcı olması gerektiğini savunan yazarlar mevcuttur. Buna göre devletlerin büyük çoğunluğunca kabul edilen bir kodifikasyon konferansı sonrasında ortaya çıkan sözleşmenin zaten önceden bir devletler hukuku teamülü oluşturduğu gerekçesi öne sürülmektedir[59].

İstanbul Protokolünün Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda itiraza uğramamış olması dikkat çekicidir. Diğer yandan aşağıda ele alınacağı gibi AİHM'nin daha önceden işkenceyi önlemeye ilişkin içtihatlarında yer verdiği hususlar 1999 İstanbul Protokolü ile uyum içindedir. Bu nedenle AİHM İstanbul Protokolü kabul edildikten sonra doğrudan bu belgeye atıf yapmakta veya bu el kitabında yer alan ilkelere isim vermeden vurgu yapmaktadır. O halde İstanbul Protokolü bir yandan BM tarafından işkenceyi önlemek amacıyla hazırlanıp yürürlüğe konan sözleşmelerin hayata geçmesinin, diğer yandan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin somut olarak uygulanmasının kılavuz kitapçığı olarak görülmelidir. Bu yönüyle İstanbul Protokolü güçlü bir teamül hukuku ilkeler demeti olma yolundadır.

---

58 Pazarcı, **Uluslararası Hukuk**, s. 27

59 Örneğin krş. Hohenveldern, **Völkerrecht**, s. 129

Bölüm:II

1999 BM İstanbul Protokolü İşkence İle Mücadele El Kitabı İlkelerinin Kuramsal ve Uygulamadaki Anlamı

I-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Gözaltında İşkence Ve Kötü Muameleyi Önlemekte Yaşanan Sorunlar

A-Yakalananın Nakil sırasında Gözlerinin Bağlanması

AİHM kararlarında, zanlının nakil sırasında ve sorgu sırasında gözlerinin bağlanması konusu da incelenmiş ve hangi hallerde bir kötü muameleden söz edilmesi gerektiği konusuna açıklık kazandırılmıştır.

Zanlının gözlerinin bağlanması iki şekilde gerçekleşebilir: Yakalanan zanlı gözaltı mahalline götürülürken yani nakil sırasında gözleri bağlanmış olabilir. AİHM durumun gereklerine göre böyle bir uygulamayı aşağılayıcı muamele saymama eğilimi ortaya koymuştur. Buna karşılık zanlının sorgusu sırasında gözlerin bağlı tutulması istikrarlı bir şekilde kötü muamele sayılmıştır. Bu durumu AİHM kararlarında gözlemlemekteyiz.

AİHM Öcalan Türkiye kararında başvurucunun Kenya'dan Türkiye'ye olan uçak yolculuğu boyunca gözünün bağlı tutulmasını, başvuru sahibinin güvenlik gücü mensuplarını tanımasını önlemek amacıyla alınan bir önlem olduğu tespiti yapar. Mahkeme böyle bir önlemin aynı zamanda başvuru sahibini kaçmaya çalışmaktan ya da kendisini veya başkasını yaralamaktan alıkoyacağını kabul etmektedir. Başvuru sahibi gözleri bağlıyken güvenlik güçleri tarafından sorgulanmamıştır. Bu nedenle Mahkeme, Hükümet'in bu önleminin başvuru sahibini küçük düşürmek ya da aşağılamak amacıyla değil, naklin düzgün bir şekilde gerçekleşmesini sağlamak amacıyla yapıldığı yönünde izah vermiş ve başvuru sahibinin kişiliği ve tutuklamaya gösterdiği tepki bakımından, büyük ölçüde itina ve uygun önlemlerin operasyon başarısı açısından gerekli olduğunu kabul etmiş[60], nakil sırasında gözlerin bağlanmasının bu olayın özellikleri gereği 3. maddeye ilişkin bir aşağılayıcı muamele sayılamayacağını belirtmiştir. Buna karşılık Ahmet Özkan ve diğerleri davasında olduğu gibi gözaltı sırasında gözlerin bağlı tutulması her zaman 3.madde ihlali sayılmıştır. Buna göre "Gözaltında bulunan şahısların gözlerini bağlamak suretiyle, günler sürecek uzun zaman diliminde kişileri yapay olarak görme duyularından mahrum bırakmak, diğer kötü muamelelerle birleştiğinde, bu şahısları güçlü psikolojik ve fiziksel bir baskı altına sokar"[61].

---

[60]Abdullah Öcalan/Türkiye, Başvuru No: 46221/99, Karar Tarihi:12.05.2005, § (184), Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi, C.III, Sayı 11, s. 343

[61]Ahmet Özkan ve diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 21689/93, Karar Tarihi: 6.04.2004, § (338), **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C.IV, Sayı 13, s. 61

1998'den itibaren artık kaldırılmış olan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi erken dönemde verdiği kararlarda işkence ve kötü muamele arasında bir ayrım yapmaya ve insana verdiği elem ve ıstıraba göre bir sınıflama yapma yoluna gitmiştir. İnsan Hakları Divanı ilk olarak İrlanda/Birleşik Krallık davasında 3.maddeyi incelemiştir. Buna gör 3.madde ihlalinden söz edilebilmesi için asgari bir acı ve elem yoğunluğunun söz konusu olması gerekir. Ancak bu asgari acı ve ıstırabın ölçüsü yaşa, cinsiyete ve ilgilinin sağlık durumuna göre kişiden kişiye değişebilir. Divan İngiliz makamlarının sorguda kullandıkları beş teknik yöntemi insanlık dışı muamele olarak nitelemiştir. Bu yöntemler; sorgu sırasında gözlerin bağlanması, duvar dibinde ayakta durmaya zorlama, yüksek gürültüye maruz bırakma, düşük besleme ve düşük içecek verme olarak sıralanır. Divan'a göre bu yöntemler önemli fiziki ve ruhsal rahatsızlıklara yol açmaktaydı. Divan bu davada sanıkların uyumasına izin verilmeyerek uykuya dalma belirtisi görülür görülmez onların duvar dibinde ayakta durmaya zorlandıklarının altını çizmektedir. Bu beş teknik Komisyon tarafından işkence olarak nitelendiği halde Divan bu eylemleri işkence değil, insanlık dışı muamele saymıştır. İrlanda/Birleşik Krallık Davasında Hem Komisyon hem de Divan göz altında zanlıların önemli bir yaralamaya yol açmayacak ölçüde dövülmesini de işkence olarak değil, oybirliği ile insanlık dışı muamele olarak nitelemiştir[62].

B-Gözaltındayken Gerçekleşen Yaralanmalar ve Gözaltı Koşulları

AİHM devletçe gözaltında tutulan kişinin her hangi bir şekilde vücudunda yaralanma izleri olması halinde bu durumun sebeplerinin açıklanması gerektiğini AİHS m.3'e ilişkin pek çok kararında tekrarlamıştır. "Mahkeme, ...başvuru sahibinin kocasının ölümüne kadar devlet görevlilerinin denetiminde olduğunu tespit etmiştir. Hükümetin, başvuru sahibinin kocasının vücudunda bulunan yaraların gözaltına alınmadan önce meydana geldiğini ileri sürmediği gözlemlenmektedir. Her halükarda, 4 Nisan 1994 tarihli doktor raporunda başvuru sahibinin kocasının vücudunda herhangi bir yara izi bulunmadığı belirtilmektedir. Bu sebeple Mahkeme, bu yaralanmaların 4-9 Nisan 1994 tarihleri arasında meydana geldiğine kanaat getirmiştir. Hükümetçe N. Aydın'ın vücudunda tespit edilen yaraların nasıl meydana geldiği ile ilgili olarak en küçük bir açıklama bile yapılmamıştır.[63] Bu yaraların nevi ile ilgili olarak Mahkeme, 9 Nisan 1994 tarihli rapora göre bu yaraların gözle görülür olduğunu ve vurma neticesinde meydana geldiğini gözlemlemektedir. Bu sebeple bu yaralar, yanlışlıkla meydana gel-

---

62 Frowein/Peukert, **Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar**, 2. Auflage, Engel Verlag, Strassburg, 1996, Art.3, Rn. 3

63 Süheyla Aydın/Türkiye, Başvuru No: 25660/94, Karar Tarihi: 24.05.2005, § 193, **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C.IV, Sayı 15, s. 113

memişlerdir. Hükümetin herhangi bir açıklama getirmediği bu yaralar, ...yetkililerin sorumlu olduğu bir kötü muamele uygulaması olarak kabul edilmelidirler.[64]

AİHM gözaltında bulunanın avukatına ulaşmasının engellenmesinin işkence olaylarını arttırıcı bir etkisi olduğuna işaret etmekteydi. "Hükümet, göz altında bulundukları 6 gün boyunca bir avukatın yanlarına girişine izin verilmeyen başvuru sahiplerinin üzerindeki yara izlerinin sebepleri hakkında hiçbir açıklamada bulunmamıştır. Mevcut delillere ve Hükümet tarafından bir açıklamada bulunulmamasından hareketle, Mahkeme, davalı devletin göz altındaki şahısların vücutlarındaki yara izlerinin sorumluluğunu taşıdığı değerlendirmesinde bulunmaktadır. Bundan dolayı başvuru sahiplerinin insanlık dışı muameleye tabi tutuldukları ve Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine hükmedilmiştir[65].

Gözaltına alınan bir kimsede önceden varlığı tespit edilmeyen ama gözaltı işlemi sırasında veya sonrasında yara izi tespit edilmişse bu durumun gerçek bir açıklaması olmalıdır. Mahkemeye göre bir kimse "sağlık şartları iyi olarak gözaltına alınıp çıkış zamanında yaralanmış olduğunda, ... bu iddialar tıbbi raporlarla destekleniyorsa bu yaraların nasıl oluştuğuna dair mantıklı bir açıklamasının yapılması ve mağdurun iddialarının doğruluğu üzerindeki şüpheleri ortadan kaldırıcı delillerin üretilmesinden" devlet sorumlu ve görevlidir[66]. Bunun sağlanmaması halinde Sözleşme'nin 3. maddesi uyarınca bir sorumluluk ortaya çıkar. O halde sağlam olarak gözaltına alınan şahsın "serbest bırakılırken yaralanmış olduğu durumlarda, devlet zorunlu olarak, yaraların nasıl meydana geldiğini açıklayacak ve özellikle doktor raporu ile desteklenen mağdurun iddiasının gerçeğe uygun olup olmadığını şüpheye yer vermeyen şekilde kanıtlayacaktır". Aksi bir durum Sözleşmenin 3. maddesine açık bir aykırılık oluşturur[67].

C-Gözaltında Psikolojik Baskı

AİHM gözaltında iken zanlılara karşı sadece fiziki güç kullanılmasını değil, belirli koşullarda uygulanan ruhsal baskıyı da 3.madde ihlali olarak değerlendirebilmektedir. Ancak bu ruhsal baskının salt gözaltına alınmak veya cezaevine konmaktan kaynaklanan

---

64 Süheyla Aydın/Türkiye, Başvuru No: 25660/94, Karar Tarihi: 24.05.2005, § 194, **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C.IV, Sayı 15, s.113-114

65 S.B. ve H.T./Türkiye, Başvuru No: 54430/00, Karar Tarihi: 05.07.2005, § (24-26) **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C.IV, Sayı 15, s.125

66 Çelik ve İmret/Türkiye, Başvuru No: 44093/98, Karar Tarihi: 26.10.2004, §(39), **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C.III, Sayı 12, s. 114

67 Mehmet Emin Yüksel/ Türkiye, BAŞVURU NO: 40154/98, KARAR TARİHİ: 20.07.2004 § (25), **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C.III, Sayı 11, s.95

ruhsal acıyı aşan bir yoğunluk taşıması muhakkaktır. Bu bağlamda gözaltında tutulanın kolluk tarafından tehdit edilmesi gibi olasılıklar da AİHM kararlarına konu olmuştur.

AİHM gerçek ve doğrudan doğruya bir tehdidin de 3.maddeyi ihlal anlamına gelebileceğini, en azından insanlık dışı muamele olarak değerlendirilebileceğini Campell ve Cosans/ İngiltere kararında ifade etmiştir[68].

Her ne kadar geçmişte Komisyon ve Divan aynı eylemi işkence ve insanlık dışı muamele sayarak farklı niteleşmiş olsalar da gelişen teknolojiler işkencenin yeni biçimlerine olanak vermektedir. Bu yeni metotlar vücuda doğrudan temas etmeden de ağır manevi ve fiziksel zararlara yol açabilmektedir. Bu yöntemler özgürlüğünden mahrum bırakılanın akli melekelerini karıştırma ve illüzyon yöntemleri olarak adlandırılır. Nitekim Yunanistan davasında Komisyon kişinin bir korku ortamına maruz bırakılmasını vücutta fiziki bir değişiklik yapmaksızın ruhsal sakatlıkların doğmasına örnek olarak kabul etmiştir[69].

Magnus Gäfgen 17 yaşında iken bir arkadaşını boğarak öldürmüş ancak aileye kimliğini saklayarak telefonda arkadaşının kaçırıldığını ve rehine parası ödenmesi halinde serbest bırakılacağını bildirmiştir. Rehine parasını alan Gäfgen polis takibi sonucu Frankfurt Havaalanında yurt dışına çıkmaya çalışırken göz altına alınmıştır. Gözaltına alınmanın hemen sonrasında havaalanında yapılan doktor kontrolünde başvurucunun nefes darlığı çektiği ve cildinde yaralanmalar tespit edildiği rapor edilmiştir. Başvurucu Frankfurt Polis Merkezine getirildikten sonra kendisine bir çocuğu kaçırmakla suçlandığı bildirilmiştir. Şikayetçi, kaçırılan çocuğun yerini bilmediğini çünkü rehinenin başkalarınca götürüldüğünü öne sürmüştür. Şikayetçinin ifadesinden sorgunun ilerleyen saatlerinde de bir sonuç çıkmaması üzerine cinayet masası görevlisi polis memuru bağlı olduğu Frankfurt emniyet müdür yardımcısının talimatı ile başvurucuya "eğer kaçırılan çocuğun yerini söylemezse kendisini işkence konusunda uzman biri tarafından sorgulanacağı ayrıca tecavüz zanlısı olarak yakalanmış iki siyahi ile aynı hücreye kapatılacağı" tehdidinde bulunmuştur. Ayrıca başvurucu, polis memurunun kendisini göğsüne vurmak suretiyle ve sarsarak duvara çarptırdığını iddia etmiştir. Alman hükümeti başvurucunun iki zenci ile aynı hücreye konmakla tehdit edildiği iddiasının asılsız olduğunu öne sürmüştür. Başvurucu kendisinin dövüldüğü ve tehditle itirafa zorlandığı iddiasındadır. Buna karşılık hükümet başvurucunun gözaltı sürecinde yaralandığını kabul etmekte, başvurucuya dönük tehdidin ise kaçırılan çocuğun hala hayatta olabileceği tahmininde bulunulduğu için sorguda yer alan polis memurunca zanlıya yöneltildiğini kabul etmiştir[70].

---

68 Bkz. **EuGRZ**, 35. Jg. Heft 16-18, s. 472

69 Frowein/Peukert, Art.3, Rn. 5

70 Gäfgen/Almanya kararı Başvuru no: 22978/05, ayrıntılar için bkz. **Europäische Grubdrechte Zeitschrift**, 35.Jg. (2008), Heft 16-18, s. 467, 471

AİHM bir olayda 3.madde ihlalinden söz edilebilmesi için ihlalin belirli asgari eşiği geçmesi gerektiği görüşündedir. 3.madde bağlamında bir ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirmesinde kötü muamelenin icra edildiği süre, şikayetçinin fiziki ve ruhi özellikleri, cinsiyeti ve yaşı, sağlık durumu[71] dikkate alınır.

AİHM Gäfgen/Almanya kararında, sorgulamada polisin, kaçırıldığı düşünülen çocuğun hala hayatta olabileceği ihtimaline binaen "zanlıya dönük kuvvet kullanma ve cinsel istismar tehdidinde bulunmasının belirli bir süre ve ciddiyet derecesine ulaşması halinde 3.maddeyi ihlal anlamına gelebileceğini; fakat zanlının böyle bir tehdide sadece 10 dakikalık zaman diliminde maruz kaldığını ve zanlının heyecanlanarak itirafta bulunduğunu, bu denli kısa bir sürenin 3.madde ihlali sonucuna varmak için yeterli görülemeyeceği"[72] sonucuna oy çokluğu ile[73] ulaşmıştır.

Hurtado/İsveç davasında (1993) gözaltındakinin pis bir ortamda uzun süre tutulması ve bir kaburgası kırılmasına rağmen bu zaman zarfında tıbbi muayeneden geçirilmesi için gereken çabanın harcanmaması 3.maddenin ihlali olarak nitelenmiştir[74].

Kurbanda korku, ağır acı ve aşağılanmışlık duygusu oluşmuş, direncin kırılması, değersizlik duygusu gibi hisler oluşmuş, kendi iradesi veya kendi vicdani kanaati doğrultusunda davranma hissi kaybolmaya yüz tutmuşsa bu durumda aşağılayıcı muameleden söz edilebilir[75]. AİHM'nin 2005 tarihli bu kararında İstanbul Protokolündeki işkencenin psikolojik yansımalarına ilişkin ölçütlere doğrudan dayandığı görülür[76].

D-Gözaltında Avukat ve Hekime Ulaşma Hakkının Önemi

AİHM Yüksel Davasında İstanbul Protokolünde de açıkça yer verilen avukat ve doktora erişme hakkına gönderme yapmakta ve bu hakların kullandırılmaması halinde göz altı sırasında gerçekleşen yaralanmalardan kural olarak kamu gücünü temsil edenlerin sorumlu olduklarına işaret etmektedir. Yüksel Kararında doğrudan doğruya İstanbul Protokolüne atıfta bulunulması son derece önemlidir. Karara göre; "gözaltına alınanın başlangıçta doktor raporunun alınmaması ve polis nezaretindeyken avukat ve doktor seçimi hakkının" kullandırılmaması, gerçekleşen yaralanmalar için devlet aleyhine bir

---

71 Jalloh/Almanya kararı no: 54810/00, § 67 ; Ulaş Batı ve diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 33097/96 ve 57834/00, Karar Tarihi:03.06.2004, § (120), **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C.III, Sayı 3, s.315

72 **EuGRZ**, 35. Jg. Heft 16-18, s. 472

73 **EuGRZ**, 35. Jg. Heft 16-18, s. 478

74 Frowein/Peukert, Art.3, Rn. 4

75 Bkz. **EuGRZ**, 35. Jg. Heft 16-18, s. 472

76 Krş. Protokol, § (251)

karine oluşturur. Nitekim Yüksel kararında "gözaltında meydana gelebilecek kazaların" göz önüne alınmasının mümkün olduğu ancak "başvuru sahibinin yaralarının ... tek bir cisme çarparak meydana geldiği" iddiasının inandırıcı olmadığı sonucuna varmıştır[77]. Bu nedenle "hükümetin, doktor raporunun, başvuru sahibinin yüzündeki yaraların sebebini belirtmediği" yönündeki savunmasının "olayla ilgili yorumların doğruluğunu kendi başına yansıtmaz" demiştir. Çünkü uluslararası insan hakları hukuku kriterleri kapsamında, fiziksel bulgularla kötü muamele arasındaki muhtemel ilişki için tıp uzmanlarının görüşü alınmalı ve kötü muamele yapılıp yapılmadığına dair etkili bir soruşturma yapılmalıdır[78]. Burada da İstanbul Protokolü ilkeleri ile örtüşen bir yaklaşım gözlemlenmektedir. Buna göre gözaltındaki tüm bireylerin sağlık durumundan doğrudan doğruya devlet sorumludur. "İnandırıcılıktan ve kabul edilebilirlikten yoksun açıklamalardan ve yetkililerin, kendi kontrolü altında olan, gözaltındaki bireylerde meydana gelebilecek yaralanmalar için sorumlulukları göz önüne alındığında, ... doktor raporlarında belirtilen yaralardan" hükümet sorumludur[79].

Devlet gözaltındaki tüm kişilerden sorumludur. Çünkü "polis memurlarının elindeki kişiler nazik bir durumdadırlar ve ilgili makamların bunları korumaları gerekir." AİHM, kişinin özgürlüğünün kısıtlanmasının başlamasından itibaren, tutulu kimsenin "kolluk güçleri tarafından belirlenen doktor dışında bir doktor tarafından da muayene edilme hakkını, bunun yanında "avukat ve bir yakınını isteme gibi erken yargısal müdahaleyle güçlendirilmiş... temel garantilerinin sıkı bir biçimde uygulanmasını, gözaltındaki kişilere uygulanabilecek kötü muamelelerin ortaya çıkmasına ve önlemesine"[80] hizmet eden koruyucu mekanizmalar olarak görmektedir.

Mahkeme, devletin polis memurlarına karşı cezai soruşturma başlatmasının, avukata erişim olmaksızın 14 gün boyunca gözaltında tutulan başvuru sahiplerinin vücutlarında tespit edilen yaraların kaynağı konusunda bir açıklama anlamına gelmeyeceğini ifade etmiştir. Buna göre ilgili makamlar, "kontrolleri altındaki kişilerin başına gelenler konusunda hesap verme zorunluluğu" ile karşı karşıyadır. Mahkeme Türk Hükümetinin "polis memurlarının ceza davasında beraat" ettikleri beyanının dava konusu

---

[77]Mehmet Emin Yüksel/ Türkiye, Başvuru No: 40154/98, Karar Tarihi: 20.07.2004 § (27, 28), **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C.III, Sayı 11, s. 96

[78]Mehmet Emin Yüksel/ Türkiye, Başvuru No: 40154/98, Karar Tarihi: 20.07.2004 § (29), **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C.III, Sayı 11, s. 96-97

[79]Mehmet Emin Yüksel/ Türkiye, Başvuru No: 40154/98, Karar Tarihi: 20.07.2004 § (30, 32), **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C.III, Sayı 11, s. 97

[80] Gültekin ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 52941/99, Karar tarihi: 31.05.2005, § (26), **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C.IV, Sayı 14, s.298

olayda Türkiye'yi "sorumluluktan kurtarmadığını" ifade etmiştir. Böylece AİHM Gültekin ve diğerleri kararında Türk Hükümetinin olaya ilişkin ikna edici bir açıklama yapamadığı sonucuna varmıştır. Bu nedenle başvuru sahiplerinin Sözleşmenin 3. maddesine aykırı olarak gayri insani ve onur kırıcı muameleye tabi tutuldukları[81] sonucuna varmıştır.

E-Hekim Raporu

Gözaltına alınanların sağlık raporlarının gecikmeksizin düzenlenmesi, olası ihlal durumlarının doğmasını önlemekte en etkili yollardandır.

1-Özensiz Rapor

Gözaltına alınanların bir iki cümleden ibaret olan, sağlam olduklarını belirten hekim raporlarına özellikle Türkiye aleyhine işkence iddiasıyla yapılan başvurularda rastlanmıştır. AİHM bu tarz, gereken özen ve ciddiyeti içermeyen raporları işkence muamelelerinin üzerine gidilmemesi veya örtbas edilmesi olarak görmektedir.

Bu bağlamda **Hasan Kılıç** kararı anılabilir. Başvuru sahibi Hasan Kılıç, 16 Mayıs 1994 tarihinde İstanbul Beyoğlu'ndaki bir Kafeteryada polisler tarafından yakalanarak PKK mensubu olduğu iddiasıyla Emniyet Müdürlüğüne götürülmüş ve başvurusundaki iddiasına göre burada günlerce işkence ve kötü muameleye maruz kalmıştır. Başvurucunun iddiasına göre, başvurucu gözaltına alınırken doktor muayenesinden geçirilmemiştir. Kendisine zorla bir ifade metni imzalatılmıştır. 25 Mayıs 1994 tarihinde, gözaltı süresinin sonunda, başvuru sahibi İstanbul Adli Tıp Kurumu'na götürülmüştür. Yetkili doktor, onunla birlikte suçlanan altı kişiyi daha muayene etmiş ve çok kısa bir rapor hazırlamıştır. Bu rapora göre başvuru sahibinin "vücudunda herhangi bir darbe izine veya yaralanmaya rastlanmamıştır". Buna karşılık yakınıcı 30 Mayıs 1994 tarihinde cezaevi doktoru tarafından muayene edilmiş ve düzenlenen raporda vücutta hasarlar olduğundan bahsedilmiştir. 29 Haziran 1994 tarihli Adli Tıp Kurumundan alınan rapor da cezaevi doktorunun raporunu teyit etmiştir[82]. Dosyadaki üç tıbbi rapor arasındaki tutarsızlık göz önüne alındığında, "ilk tıbbi muayenenin uygun şekilde gerçekleşmediği, daha sonraki raporlarda sözü edilen yaralanmaların da Hükümetin sorumluluğu altına girdiği sonucuna varılmaktadır".[83]. Böylece, şüphelinin gözaltına alınma-

---

81 Gültekin ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 52941/99, Karar tarihi: 31.05.2005, § (24-26), **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C.IV, Sayı 14, s. 298

82 Hasan Kılıç/Türkiye, Başvuru No: 35044/97, Karar Tarihi: 28.06.2005, § (17, 22), **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C.IV, Sayı 14, s. 398

83 Hasan Kılıç/Türkiye, Başvuru No: 35044/97, Karar Tarihi: 28.06.2005, § (30) **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C.IV, Sayı 14, s. 401

sı sonrasında kısa bir metin olarak düzenlenen ve herhangi bir ayrıntıya yer vermeksizin vücutta yaralanma izine rastlanmadığına ilişkin bir ibare içeren hekim raporu özensiz bulunmuş ve 3.madde ihlali sonucuna varılmıştır.

AİHM işkence iddiasına dayalı davalarda iddiaları yeterince güçlü görmese de davalı hükümetin konu üzerine ciddi yaklaşmamasını da bir ihlal olarak görmektedir. Bu bağlamda A.A. ve diğerleri davasında Mahkeme, başvuru sahiplerinin iddialarının somut ve doğrulanabilir kanıtlara dayanmadığını ve bir tanık ya da başka bir kanıt aracılığıyla bir sonuca varmayı sağlayacak kadar sağlam dayanaklara sahip olmadığını tespit etmiştir. Ancak bu duruma rağmen kendisine sunulmuş olan bilgiler ışığında ve hükümetin işkence iddialarına ilişkin makul bir açıklama yapmamasına gönderme yaparak hükümetin "C.A 'nın bedeninde adli tıp doktoru tarafından tespit edilen yaralardan sorumlu olduğu" sonucuna varmaktadır.[84]

2-Çelişkili Hekim Raporu

Abdurahman Çelik hakkında Mahkeme, "17 ve 21 Mayıs1998 arasında başvuru sahibinin raporlara da geçen şekilde dört defa muayene edildiğini gözlemlemiştir. 21 Mayıs 1998'deki son rapor önceki raporlarla çelişki içindedir ve başvuru sahibine kötü muameleler yapıldığı yönünde bulgular içermektedir. Aslında 21 Mayıs 1998'deki tıbbi raporun içeriği başvuru sahibinin ifadeleri ve İzmir Tabipler Odası Komisyonu tarafından düzenlenen raporlar ile uyumludur. 21 Mayıs 1998'deki rapora cevap olarak Hükümet, başvuru sahibinin diğer başvuru sahibi ile çarpışıp düşerek başını yere vurduğuna ve böylece yaralandığına dair belgeler sunmuştur. Mahkeme, bu dokümanlardaki açıklamaların tıbbi raporlara kaydedilen yaralarla uyuşmadığını gözlemlemiştir. (Gerçi) Mahkeme, gözaltı sırasında meydana gelebilecek kazaları göz ardı etmemektedir. Fakat başvuru sahibinin bu tür bir düşme sonucu gözünde morluk ve kasık çevresinde yara meydana gelmesi inandırıcı bulunmamıştır. Otoritelerin, gözetimleri altındaki kişilerin yaralanmaları ile alakalı hesap verme mecburiyetlerini ve bu davada Hükümetin ikna edici ve mantıklı bir açıklamasının olmayışını göz önünde bulundurarak Mahkeme, 21 Mayıs 1998'deki tıbbi raporda yazılı yaralanmaların, Hükümet tarafından sorumluluğu yüklenilen muamelelerin bir sonucu olduğunu düşünmektedir".[85]

Mahkeme, bir kişinin gözaltında ve polis memurlarının sıkı denetimi altındayken yaralanması durumunda, bu esnada meydana gelen yaralanmaların ihlal yönünde güçlü fii-

---

[84] A.A ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 30015/96, Karar Tarihi: 27.07.2004, § (69-70), **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C.III, Sayı 11, s. 119

[85] Çelik ve İmret/Türkiye, Başvuru No: 44093/98, Karar Tarihi: 26.10.2004, §(41-45), **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C.III, Sayı 12, s.115

li karinelere yol açtığını kabul ediyor. İsmail Bakbak kararında belirtildiğine göre,"yaralanmaların kaynağına ilişkin ikna edici bir açıklama" yapılması ve "özellikle de tıbbi raporlarla belgelenmesi", yaralının iddialarına gölge düşürücü kanıtların gösterilmesi gerekir[86].

"Üç ayrı doktor raporu arasındaki uyumsuzluk konusunda Türk Hükümeti tarafından bir açıklama yapılmaması durumunda ilk yapılan muayenenin gereken biçimde yapılmadığı sonucu çıkar"[87]. Bakbak kararında Türkiye Devleti makamları da zaten başvuru sahibinin vücudunda tespit edilen yaraların, yakalama öncesi dönemden kaynaklandığını iddia etmemişti. Mahkeme, Fethiye'deki Tıp Merkezi tarafından verilmiş rapordaki yara izlerinin yeterince yüksek ciddiyete ulaşmasa bile, Türk Hükümetinin sorumluluğunu taşıdığı gayri insani bir muameleden kaynaklandığı sonucuna ulaşmıştır[88].

AİHM *Batı ve diğerleri/Türkiye* kararında ihlal tespiti yaparken doğrudan İstanbul Protokolünü bir dayanak olarak ifade etmiştir. Mahkeme bu Batı ve diğerleri kararında "doktorlar tarafından düzenlenen tıbbi raporlardan, başvuru sahiplerinin gözaltında tutuldukları sürenin sonunda ciddi yara izleri taşıdıklarını ve bu yara izlerinin gözaltına alınmadan önceki döneme ait olmadığına kimsenin itiraz etmediğini"[89] tespit ederek böyle bir durumun Sözleşmenin 3.maddesini ihlal anlamına geleceği tespitinde bulunmaktadır.

3-Başka Hekimden Raporu Alma

AİHM gözaltında tutulanın gerekirse kolluğun önerdiği hekim dışında bir hekimden de rapor alabileceğini kabul etmektedir. Türkiye ile ilgili bir çok davada da devlet memuru olmayan hekimlerden rapor alınması geçerli kabul edilmiştir. Mahkemeye göre "gözaltına alınan kimseye hürriyetinden mahrum kılınma hali başladığı andan itibaren, polisler tarafından çağrılan doktor dışında, kişinin belirlediği bir doktor tarafından muayene edilmek, avukata ve ailesinden bir kişiye ulaşmayı talep etmek gibi temel garantilerin sağlanması şarttır." demektedir. Böylece mahkeme gözaltına alınanın vücut bütünlüğünün daha etkin bir korumadan yararlanmasının sağlanacağına vurgu yapmaktadır.

---

[86] İsmail Bakbak/Türkiye, Başvuru No: 39812/98, Karar Tarihi: 01.07.2004, § (47), **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C.III, Sayı 11, s. 24

[87] İsmail Bakbak/Türkiye, Başvuru No: 39812/98, Karar Tarihi: 01.07.2004, § (49), **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C.III, Sayı 11, s.24

[88] İsmail Bakbak/Türkiye, Başvuru No: 39812/98, Karar Tarihi: 01.07.2004, § (50-52), **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C.III, Sayı 11, s. 25

[89] Ulaş Batı ve diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 33097/96 Ve 57834/00, Karar Tarihi:03.06.2004, § (114), **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C.III, Sayı 3, s. 313

"Adli müdahalenin süratle devreye girmesiyle de güçlenecek olan bu önlemler, tutuklanan kişilere yöneltilebilecek kötü muamelelerin tespiti ve önlenmesine yarayacaktır".[90] Bununla beraber terör zanlılarının muayene edilmesinde tutulu kişinin tercih ettiği hekim yerine gözaltı işleminin uygulandığı yer tabipler odasının önerdiği bir liste oluşturularak bu listeden bir hekim de muayeneye çağrılabilir. Diğer yandan yine terör olaylarında gözaltına alınanın kendi avukatı yerine baro tarafından önerilen listedeki avukatlardan birinin savunma görevini yerine getirmesi de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ruhuna aykırı değildir ve Sözleşmenin 6. veya 13.maddelerine aykırılık oluşturmaz.

F-Muayeneye Kolluk Mensuplarının Eşlik Etmesi

Gözaltına alınan veya ceza ve tutukevindeki kişinin doktor kontrolünün objektif ve her türlü baskıdan arınmış bir ortamda yapılması işkencenin önlenmesinde hayati öneme sahiptir. Böylece hem hekimin sağlık muayenesi yaparken baskı altında kalması önlenmiş hem de zanlının başından geçen olası kötü muameleleri hekime iletmesinin koşulları sağlanmış olacaktır. Türkiye'nin zanlının sağlık muayenesine tabi tutulurken gerekli koşulları sağlamadığına ilişkin tespitler birkaç kez yapılmıştır. Bu durum Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesinin Türkiye'ye ilişkin açıklamalarında ifade edilmiştir. Bu duruma AİHM kararlarında da işaret edilmektedir.

Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi (CPT) 1990-1997 yılları arasında çeşitli kaynaklardan ulaşan, özgürlüğü kısıtlanan kişilere, özellikle nezarethanelerde işkence veya kötü muamele yapıldığına dair çok sayıda rapora cevaben Türkiye'de yedi inceleme ve bunların sonucunda iki kamuoyu açıklaması yapmıştır. CPT 15 Aralık 1992 tarihli kamuoyu açıklamasında, işkence ve diğer kötü muamele çeşitlerinin polis nezarethanelerinin önemli bir özelliği olduğunu belirtmiştir. 1990 yılındaki ilk ziyaretinde, tazyikli soğuk su uygulamasının kötü muamele çeşitleri arasında olduğunu tespit etmiştir. Yapılan tıbbi incelemelerde işkence ve kötü muamelelerin fiziksel ve psikolojik karakterli olduğu tespit edilmiştir. Polis binalarında yapılan incelemelerde nezarethane koşullarının çok kötü olduğu vurgulanmıştır. CPT 1991'deki ikinci ziyaretinde, işkence ve kötü muamelenin önlenmesi için herhangi bir gelişme sağlanmadığı belirtilmiştir. Birçok kişi benzer kötü muamele şekillerinden şikayet etmiştir. Yine birçok kişi üzerinde, iddia edilen işkence izleri tespit edilmiştir. 22 Kasım- 2 Aralık 1992 tarihleri arasında yapılan üçüncü ziyarette, temsilciler birçok benzer iddia ile karşılaşmış, bu kişiler Komitenin doktorları tarafından incelenmiş, tespitler listelenmiştir. Ankara ve Diyarbakır Emniyet Müdürlüklerinde işkence için kullanılabilecek ve makul bir açıklama getirile-

---

[90] A.A ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 30015/96, Karar Tarihi: 27.07.2004, § (66), **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C.III, Sayı 11, s. 119

meyen malzemeler bulunmuştur. CPT, işkence ve değişik kötü muamele usullerinin Türkiye'de hala yaygın olduğu açıklaması yapmıştır. 6 Aralık 1996'da yapılan ikinci kamuoyu açıklamasında CPT, geçen dört yılda bazı gelişmeler sağlandığını; ancak 1994 yılında yapılan ziyaretteki tespitlerin, işkence ve diğer kötü muamele usullerinin hala polis nezarethanelerinin önemli bir özelliği olduğunu gösterdiği belirtilmiştir. 1996 yılında yapılan ziyaretlerde CPT temsilcileri, polis tarafından işkence ve kötü muamele yapıldığına dair bir kez daha önemli deliller tespit etmiştir.[91]

Avrupa Konseyi'nin İşkence ve İnsanlık Dışı veya Küçük Düşürücü Muameleyi Önleme Avrupa Komitesi (CPT) ziyaret raporlarında ele alınan gözaltında tutulan kişilerin tıbbi muayenelerine ilişkin olarak CPT, Türk yetkilileri ile bu noktada yapılan görüşmelerde iki konu üzerine odaklanıldığını kaydetmiştir: Bunlar; (1) tıbbi muayene esnasında kanun uygulayıcı memurların (kolluğun) muayeneye eşlik etmemesi ilkesi ve (2) tıbbi muayeneyi yapan hekimlerin Türk yetkililerce onaylanmış standart adli tıp formlarını kullanmasının sağlanması hususlarıdır. Eylül 2001 tarihinde ziyaret gerçekleştiren CPT heyeti her iki konuda ilerlemenin, özellikle Türkiye'nin doğusunda, istenen düzeyden çok uzak olduğunu bildirmiştir. Bu bölgedeki tutuklu kişilerle yapılan görüşmeler, kanun uygulayıcı memurların hemen hemen yapılan tüm tıbbi muayenelerde hazır bulunduklarını göstermiştir. Çok sayıda kişi, muayeneden önce, gözaltında maruz kaldıkları muamele hakkında hiçbir şey söylememeleri için uyarıldıklarını ve muayene sırasında kanun uygulayıcı memurların hazır bulunmasının da bu uyarıya riayet edilmesini sağlamak için olduğunu bildirmiştir. Kendisiyle görüşme yapılanlardan bazıları, doktor, kişilerin vücutlarındaki yaraların nedenini araştırmak istediğinde kolluk görevlilerinin buna karşı çıktığını ifade etmiştir. Elazığ Temel Sağlık Hizmetleri Merkezi'ndeki doktorlar da muayenelerin daima polis memurları veya jandarmalar eşliğinde yapıldığını kabul etmiştir. Van Devlet Hastanesindeki doktorlarla yapılan görüşmelerde, "polisle doktorlar arasında sorun çıkmasına mani olmak amacıyla" çok defa aynı anda birden fazla kişinin muayene edildiği ve tespit edilen lezyonların bazen kayda geçirilmediği anlaşılmıştır. Ayrıca CPT, Türk yetkililerince onaylanmış 'Genel Adli Tıp Muayene Formu'nun kullanılmadığını; bilakis bulguların antetsiz bir kağıda eskiden olduğu gibi oldukça kısa bir şekilde yazıldığını ve çoğunlukla tek kağıtta birden fazla tutuklunun muayene sonucunun yer aldığını saptamıştır[92].

---

[91] Tahir Elçi ve diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 23145/93, 25091/94, Karar Tarihi: 13.11.2003, § (596-599), **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C.II, Sayı 8, s.83-84

[92] Ahmet Özkan ve diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 21689/93, Karar Tarihi: 6.04.2004, § (78-81), **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C.IV, Sayı 13, s. 16-17

CPT Türkiye'ye ilişkin raporunda, herhangi bir kişinin "hürriyetinden mahrum bırakılmasının derhal kaydedilmesi şartının kötü muameleye karşı alınacak en temel yasal önlem olduğunu" tekrarlayarak gözaltı kayıtlarıyla ilgili mevcut uygulamanın belli açılardan iyileştirilmesi gerektiğine işaret etmiştir. Yapılan incelemelerde gözaltına alınan zanlıların ancak hücreye/nezarete alındığında resmi kayda geçirildiği kanaatine varılmıştır. Buna göre kişinin hücreye ya da nezarete konmadan önce kanun uygulayıcı bir kurumda uzun süre hürriyetinden mahrum bırakıldığı durumlarda "ilk gözaltına alma süresinin genellikle resmi kayıtlara geçirilmediği" anlaşılmıştır[93].

Mart 2002 tarihinde yapılan ziyarette CPT heyeti tarafından yapılan ilk gözlemlerde hapishane personelinin hala "tıbbi muayene esnasında hazır bulunduğu" kaydedilmiştir. Ayrıca CPT heyeti, 2001 yılı sonunda Diyarbakır'da jandarmalar tarafından yakalanan birçok kişinin ağır şekilde kötü muamele gördüğüne dair ikna edici kanıtlar bulunduğuna işaret etmiştir. CPT raporuna göre bu kötü muamele gözaltının ilk aşamasında başlayarak jandarma nezaretinde geçen tüm süre boyunca devam etmiştir. Heyetlerin, kötü muamele yapıldığı söylenen İl Jandarma Komutanlığı'na düzenlediği ziyarette söz konusu iddiaların inanılırlığını destekleyici bulgulara ilişkin kanaatler güçlenmiştir. Jandarma merkezindeki kötü muamelenin heyetin Eylül 2001 ziyaretinde hazırladığı raporda eleştirdiği koşullardan çok daha baskıcı ve yıldırıcı olduğu anlaşılmıştır[94].

CPT heyetleri Diyarbakır'da kanun uygulayıcı memurların, şüphelilerin nezaret süresinin başında ve sonunda sistematik olarak muayene edilmesi esnasında daima hazır bulunduklarını kaydetmiştir. Kendileriyle görüşülen birçok tutuklu CPT heyetlerine, maruz bırakıldıkları kötü muamele hakkında doktora hiçbir şey söylememeleri için uyarıldıklarını ve muayene esnasında kanun uygulayıcıların mevcut bulunmasının kendilerini şikayette bulunmaktan caydırdığını söylemiştir. Kendisiyle konuşulan bazı doktorlar ise karşı çıkmalarına rağmen kanun uygulayıcı memurların muayene esnasında orada bulunduklarını; ayrıca bazı durumlarda şahısların vücudunda yaralar bulunduğunu gösteren raporların kanun uygulayıcılar tarafından yırtıldığını anlatmışlardır.[95]

---

93 Ahmet Özkan ve diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 21689/93, Karar Tarihi: 6.04.2004, § (79), **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C.IV, Sayı 13, s. 16

94 Ahmet Özkan ve diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 21689/93, Karar Tarihi: 6.04.2004, § (80), **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C.IV, Sayı 13, s. 17

95 Ahmet Özkan ve diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 21689/93, Karar Tarihi: 6.04.2004, § (78-81),, **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C.IV, Sayı 13, s. 16-17

II-Etkin soruşturma

AİHM, devletin denetleyebildiği alanlarda yaşanan ölüm veya yaralanma olaylarında etkin bir soruşturma yapılmamasını devletin bu tür olayları zımnen görmezden geldiği kanaatindedir. Mahkeme, sağlıklarından devlet'in sorumlu olduğu gözaltında tutulan kişilerin durumları ile devlet makamlarının denetim tekelindeki bölgelerde yaralı veya ölü bulunan kişilerin durumları arasında bir paralellik kurmaktadır. Böyle bir paralellik, her iki durumun tamamının veya büyük bir kısmının, makamların bilgisi tekelinde olduğu açık gerekçesine dayanmaktadır. İlgili hükümet "bu tür davalarda, ... tekelinde bulunan kritik belgeleri sunmadığı" veya "olayların kesin olarak belirlenmesini engellediği durumlarda, ya belgelerin neden başvuru sahiplerinin iddialarını doğrulamada yardımcı olmadığını ispatlamalı ya da söz konusu olayların "nasıl meydana geldiğine dair tatmin edici ve inandırıcı bir açıklama" getirmelidir. Aksi takdirde Sözleşme'nin 2. ve/veya 3. maddesi kapsamında bir sorundan[96] söz etmek gerekecektir.

İşkence veya kötü muamele iddialarının zamanında soruşturulması kaçınılmaz bir zorunluluktur. Mahkeme, kararlarında "zamanında ve makul şekilde gerekli adımların atılması gereğine" işaret etmekte ve "soruşturmanın ilerlemesinde, ...engeller veya zorluklar çıkabileceğinden, yetkililerin silahlı gücün kullanımını hukukun üstünlüğünün gerçekleşmesinde kamu güvenliğinin temini açısından temel bir unsur olarak araştırmak ve bir hile görüntüsünü önlemek," veya yasal olmayan fiillere tolerans gösterilmemesini sağlamak durumunda olduğundan bahsetmektedir.[97].

Soruşturmanın gerekli unsurlarının ortaya çıkması için kamu araştırması yapılması gerekir. Bu araştırma "teoride olduğu kadar uygulamada da" sonuç verici olmalıdır. Yapılacak kamu araştırmasının derecesi olaydan olaya farklı olabilir. Bununla birlikte, "bütün olaylarda, gerekli korumanın veya yasal menfaatlerin temin edilmesine kadar soruşturmanın genişletilmesi, mağdurun en yakın akrabası soruşturmadan haberdar edilerek soruşturmaya usulü dairesinde müdahil kılınmasının sağlanması"[98] gereklidir.

Mahkeme, gayrı insani muamele iddialarının geçerliliğini somut delillerle desteklenmesi bağlamaktadır. Bu tür delilleri ciddiye almak için kuşkudan uzak olmak, "yani makul şüphe uyandırmamak" kriterini benimsemiştir. Buna göre kötü muameleye ilişkin de-

---

[96] Zülfü Akkum ve diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 21894/93, § (211), **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C.IV, Sayı 14, s. 62

[97] Tahsin Acar/Türkiye, Başvuru No: 26307/95, Karar Tarihi: 08.04.2004, § (224) Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi, C.III, Sayı 10, s.158

[98] Tahsin Acar/Türkiye, Başvuru No: 26307/95, Karar Tarihi: 08.04.2004, § (225) Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi, C.III, Sayı 10, s 159

liller gerçek, doğru ve mantıklı olaylarla desteklenmelidir[99]. AİHM Sadık Önder kararında başvuru sahibinin gayrı insani muamele veya işkence iddiasına ilişkin yeterli kanıt bulunmadığına karar vermiştir. Ancak, savcının, "gözaltı başlangıç süresinden bir ay sonra hazırlanan doktor raporuna dayanarak karar vermesini" ve "işkence iddialarıyla ilgili olarak başvuru sahibi, polis memurları veya herhangi bir tanığı dinlememiş olmasını... işkence iddialarına ilişkin etkin ve güçlü bir soruşturma" yapılmaması sayarak Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir[100]. Tahir Elçi kararında da yargı mercilerinin başvuru sahiplerinin iddiaları hakkında soruşturma başlatmakta ve bir sonuca varmakta yetersiz kalmalarını ihlal saymıştır. Olayda "yetkililerin, başvuru sahiplerinin jandarma nezaretinde kötü muameleye uğradıkları iddialarını araştırmaktaki eylemsizlikleri" gerekli soruşturmanın yapılmadığı anlamına gelmektedir[101].

A-Sorumluların Kimliğini Tespitin Önemi

Kamu makamlarının gözaltı işlemini gerçekleştiren kolluk görevlilerinin kimler olduğunun kayıtlarını güvenilir biçimde tutması gerekir. Buna göre işkence veya kötü muameleye ilişkin soruşturma, olaydan sorumlu olanların kimliklerinin tespitine yetecek ve "sorumluların cezalandırılmasını sağlayacak şekilde etkin olmalıdır. Bu, sonucun getirdiği bir zorunluluk değildir; fakat araçların bir zorunluluğudur.Yetkililer, olayla ilgili delillerin temini için makul adımları atmalıdır." Soruşturmada faillerin kimliklerinin belirlenmesine yönelik çabalarda bir eksiklik, işkencenin önlenmesine ilişkin standartları büyük ölçüde riske sokacaktır[102].

Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı kötü muamele iddialarının uygun kanıtlarla desteklenmesi gerektiği fikrindedir. Doktor raporlarının tek başına başvuru sahibine yönelik kötü muamele iddialarını desteklemek için yeterince sağlam ve yeterli bir zemin oluşturduğu kabul edilir. Buna karşılık, başvurucu ile davalı hükümetin, yakınma konusu şiddet eylemi sorumlularının kimlikleri konusunda anlaşamamaları sonuca etkili bir durum değildir[103].

---

[99] Sadık Önder/Türkiye, Başvuru No:28520/95, Karar Tarihi:08.01.2004, § (35), **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C.III, Sayı 9, s. 57

[100] Sadık Önder/Türkiye, Başvuru No:28520/95, Karar Tarihi:08.01.2004, § (41), **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C.III, Sayı 9, s. 58

[101] Tahir Elçi ve diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 23145/93, 25091/94, Karar Tarihi: 13.11.2003, § (648) **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C.II, Sayı 8, s. 92

[102] Tahsin Acar/Türkiye, Başvuru No: 26307/95, Karar Tarihi: 08.04.2004, § (223) Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi, C.III, Sayı 10, s. 158

[103] Ali İhsan Ay/Türkiye, Başvuru No: 30951/96, Karar Tarihi: 22.03.2005, § (47), **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C.IV, Sayı 13, s. 386

B-Gözaltında Kendi Kendine Zarar Verme İddiası

Çoğu kez kolluk görevlileri tutulu şahsın vücudundaki yara izlerinin güvenlik güçlerini zor duruma sokmak amacıyla kasten ve kişinin kendisi tarafından gerçekleştirildiğini öne sürebilmektedirler. AİHM böyle bir iddiayı da dikkate almaktadır. Fakat böyle bir iddianın ciddiye alınması için sağlıklı bir belgeleme sisteminin gerçeğe uygun şekilde uygulanması gerekir. Lazgin Biyan kararı bu bağlamda bir örnek olarak değerlendirilebilir. "Mahkeme, başvuru sahibinin, ceketinin düğmeleri ve pantolonunun fermuarları vasıtasıyla vücudunun farklı bölgelerinde, özellikle sırtta 2 cm. genişliğinde ve 10 cm. uzunluğundaki yaraları kendi kendine yapmış olma olasılığı üzerinde durmuştur. ... Bu derinlikteki yaraların nedenleri, hükümetin getirdiği açıklamalarla çelişmektedir. Hükümet tarafından Mahkeme'nin takdirine sunulan unsurlardan ve hükümetin akla yatkın bir açıklama sunamamış olmasından hareketle, ... başvuru sahibinin gözaltındayken ortaya çıkan ve tıbbi raporda bahsi geçen yaralarının insanlık dışı ve aşağılayıcı nitelikte muameleden kaynaklandığı ve devletin sorumluluk taşıdığı kanaatindedir"[104].

C-Başvurucunun İddialarının İnandırıcı Olması Şartı

AİHM başvuruculaların işkence ve kötü muamele iddialarını tek başına yeterli görmemekte, davalı hükümet aleyhine karar vermek için iddia sahibinin bu iddialarını kanıtlamaya yetecek derecede belge ve olgular arasında inandırıcılık olması hususunu araştırmaktadır. İmret kararı bunu teyit etmektedir. Kasım İmret kararında Mahkeme, 21 Mayıs 1998 tarihli raporda, başvuru sahibinin alt dudağında bir yara izi bulunduğu ifadesini gözlemlemiştir. ... Başvuru sahibinin kötü muameleye uğradığına dair ikna edici başka bir delil sunamamasını, (başvurucunun) gözetim altındayken kendisine yapılan ve sağlık raporunda bahsedilen yaranın oluşmasına yol açan kötü muamele ile ilgili detaylı bir izah getirememesini de göz önüne almaktadır. Mahkeme, Hükümet tarafından sunulan belgelerle anlatılan olayları inanılır ve ikna edici kabul etmiştir. Mahkeme diğer taraftan Kasım İmret'in kötü muameleye uğradığına dair materyalin bu sonuca varmayı destekleyecek kadar yeterli delil oluşturmadığını düşünmektedir. Kısaca, önündeki delil Mahkeme'ye her türlü makul şüphenin üzerinde, başvuru sahibinin 3. maddeye dahil edilecek seviyede şiddetli bir muameleye maruz kaldığı sonucuna varmak için delillerin yetersiz olduğunu düşündürmektedir. Buna göre başvuru sahibi Kasım İmret açısından 3. maddenin ihlali gerçekleşmemiştir[105].

---

104 Lazgin Biyan/Türkiye, Başvuru No: 56363/00, Karar Tarihi: 13.01.2005, § (44-46), **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C.IV, Sayı 13, s. 188

105 Çelik ve İmret/Türkiye, Başvuru No: 44093/98, Karar Tarihi: 26.10.2004, §(46-48), **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C.III, Sayı 12, s. 115-116

III-Hükümlülerin İşkence veya Kötü Muameleden Korunması

A-Cezaevi Koşullarının 3.madde İhlaline Yol Açması

İşkence veya kötü muamele sadece gözaltı nezarethanelerinde değil ceza ve tutukevleri koşullarında da ortaya çıkabilir. Böyle bir olasılıkta gardiyanların tutuklu veya hükümlülere fiziki veya psikolojik şiddet uygulaması veya cezaevi koşulları bir 3.madde ihlali olarak ortaya çıkabilir.

Mahkeme, 3. maddede öngörülen yasağa uyulması için devletin tüm mahpuslarının (gözaltındakilerin, tutukluların ve mahkumların) insanlık onuruna saygı ile bağdaşır koşullar altında tutulmalarının zorunlu olduğunu ifade eder. Buna göre gözaltı veya cezaevine konmanın yol açacağı normal acı ve üzüntü bir ihlal oluşturmaz. Ancak bu tedbiri yerine getirme biçimlerinin ilgili kişiyi gözaltına almada geçerli olan kaçınılmaz acıyı aşan bir yoğunluğa erişmemesi gerekir ve mahkumiyetin gerektirdiği uygulamalar bağlamında mahkumun sağlık ve sıhhatinin yeterliliği için, özellikle de idare tarafından gerekli tıbbi bakımın temin edilmesi gerekir[106]. Bu bağlamda cezaevi koşullarının aşırı kötü oluşu bir insanlık onuru ile bağdaşmazlığa dönüşebilir. Bu manada cezaevlerinin sıhhi yaşam koşullarından uzaklığı veya aşırı doluluğu da insan onuru ile bağdaşmaz önemli bir duruma dönüşebilir.

AİHM'nin verdiği yeni kararlardan olan Testa/Hırvatistan kararı cezaevi koşullarının kişinin sağlık durumu ile bağlantılı olarak aşağılayıcı muameleye dönüşmesine iyi bir örnek oluşturur.

Testa/Hırvatistan davasında AİHM cezaevi koşullarını 3.madde açısından incelemiştir. Testa hepatit C hastası bir kadındır. AİHM'ye göre cezaevi koşullarının 3.maddeye aykırılık teşkil edip etmediği ve cezaevinde kalan tutuklunun tedavisinin gereğince yapılıp yapılmadığı[107] da AİHS 3.madde kapsamında denetime tabidir.

AİHM kararlarında cezaevi koşulları değerlendirilirken Avrupa İşkence İle Mücadele Komitesinin 2002'de Litvanya ziyaretinde açıklamış olduğu her tutuklu ya da hükümlü için 4 metrekare mekana gereksinim olduğuna ilişkin açıklamaya atıfta bulunularak cezaevinin fiziki genişliği konusunda bir standarda dikkat çekilir. AİHM, Pers/Yunanistan Davasında da (no: 28524/96, § 70-72) cezaevinin yeterince ışık almaması ve aşırı nemli olmasını aşağılayıcı bir muamele olarak nitelemiştir. Diğer yandan Lanzov/Rusya Davasında (no:62208/00 § 41-49) cezaevinde tutuklu başına 1 metreka-

---

106 Selim Sadak/ Türkiye, Başvuru No: 25142/94 ve 27099/95, Karar Tarihi: 08.04.2004, § (44) Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi, C.III, Sayı 10, s. 101-102

107 Testa/ Hırvatistan kararı no: 20877/04 pr.47; bkz. **EuGRZ**, 35. Jg. Heft 1-5, s.22

re alan olmasını, Mayzit/Rusya (no: 63378/00, §40) Davasında da cezaevinde hükümlü veya tutukluların dokuz ay boyunca 2 metrekareden daha dar bir alanda tutulmasını 2004 yılında verdiği kararla 3.madde ihlali saymıştır[108].

AİHM'ye göre cezaevinde kişi başına düşen alan yatakhanede az olsa bile gün içinde daha geniş mekanlardan yararlanma sağlanıyor ise 3.madde ihlali gerçekleşme koşulları oluşmuş sayılmaz[109]. Cezaevi yönetimince tutuklu ya da hükümlülere bu imkanların sağlanması önemlidir. Ancak cezaevi sakinleri bu imkanlar sağlandığı halde bunlardan yararlanmak için istekli değil iseler bu husus 3.madde açısından değerlendirilmeye gerek olmayan bir konudur[110].

Cezaevinde mutfakta fare gibi hayvanların görülmesi, yatakların yırtık olması, tuvalet sayısının azlığı, yetersiz ısıtma ve havalandırma, sağlık koşullarının temin edilmemesi 3.madde bağlamında bir ihlal anlamına gelir[111].

AİHM kronik hepatit C hastasının 2 yıl boyunca gerekli tedavi desteği sağlanmadan, hijyen koşullarından yoksun bir cezaevinde tutulmasını "aşağılayıcı, korkutucu ve terkedilmişlik duygusuna yol açıcı, insan onurunu zedeleyen ve başvurucunun fiziksel ve ruhsal bakımdan hayata tutunma gücünü kıran" bir durum olarak nitelemiş ve bu durumun insanlık dışı ve aşağılayıcı bir durum olarak kabul edilebileceği sonucuna varmıştır[112].

B-Hücre Cezasının Kötü Muamele Sayılıp Sayılamayacağı

AİHM'e göre tamamen sosyal bir tecritle birleşik, duygusal bir tecrit kişiliği tahrip edebilir. Böyle bir uygulama eğer güvenlik ya da tüm diğer nedenlerin gerekliliklerinden dolayı haklı sayılamıyorsa bu durum insanlık dışı bir muamele oluşturabilir. Buna karşılık, "güvenlik, disiplin ve koruma nedenleriyle diğer tutuklularla ilişkinin yasaklanması yalnız başına ceza veya insanlık dışı muamele oluşturmamaktadır". Mahkeme, tutuklunun özellikle zor koşullar altında ve tam bir tecrit içinde uzun süre gözaltında bulundurulmasının 3. maddeye aykırı bir muamele oluşturma ihtimalini[113] de göz ardı etmemektedir.

---

108 **EuGRZ**, 35. Jg. Heft 1-5, s.23

109 Testa/Hırvatistan kararı § 58

110 Testa/ Hırvatistan Kararı §. 62

111 Testa/Hırvatistan Kararı, § 60-61

112 Testa/Hırvatistan kararı Pr.63

113 Selim Sadak/ Türkiye, Başvuru No: 25142/94 ve 27099/95, Karar Tarihi: 08.04.2004, § (44) **Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi**, C.III, Sayı 10, s. 102

SONUÇ

İstanbul Protokolünde yer alan işkenceyi önleme, belgeleme ve her türlü kötüye kullanmaları engelleme amaçlı ilkeler hem BM hem de AİHM açısından kılavuz niteliğinde bir metin olma özelliğine sahiptir. Burada yer alan ilkeler işkence ve kötü muamele yasağına dünya çapında uyulmasını sağlayacak standartlardır.

İstanbul Protokolü başta kolluk mensupları olmak üzere yargı faaliyetlerinde yer alan öznelerin tümünün bir başvuru kaynağı olma özelliğine sahiptir.

Hukuksal konumu ne olursa olsun işkence gibi insanlığa karşı suç niteliğindeki fiilleri yasaklamaya en büyük katkıyı sağalama potansiyeli Protokolü bir kat daha önemli kılmaktadır. Yargı mensupları, kolluk ve hekimler burada yer alan ilkeleri dikkate almakla yükümlüdürler. Çünkü bu **Protokoldeki ilkeler Türkiye'nin onayladığı işkenceyi önlemeye dönük bütün sözleşmelerin ülkemizde hayata geçmesini sağlamakta bir ölçüt** niteliğindedir. Diğer yandan Protokolün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin pek çok kararında olduğu gibi Türkiye'ye karşı açılan davalarda da referans kaynağı olarak kullanılmasının hukuksal bakımdan anlamı açıktır. AİHM bir çok kararında İstanbul Protokolünü adeta Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerini Koruma Sözleşmesinin bir eki gibi görme eğilimindedir. Bu aynı zamanda işkence iddiasına dayalı başvurularda AİHM tarafından verilecek kararda İstanbul Protokolü kurallarının bir denetim ölçütüne dönüştüğünü gösterir. Kamu makamları bu protokole uymak ve özen göstermekle Anayasanın 90.maddesinin ruhuna da yerine getirmiş olacaklardır. AİHM kararlarında başka milletlerarası belgelere de atıf yapmaktadır veya yaparsa da aynı sonuca mı varmak gerekir? Elbette hayır. İşkence yasağı bir jus cogens (emredici, buyruk) niteliğinde devletler hukuku kuralıdır. Bu nitelikte olmayan belgelere atıf iç hukuk makamları için işkence yasağında olduğundan daha farklı anlama gelecektir. Çünkü esnek ve mutlak (jus cogens) kuralı niteliğindeki devletler hukuku normları arasında hukuki nitelik farkı vardır. Birincisi uyma zorunluluğunu diğeri ise referans olmakla sınırlı bir anlam ifade eder.