İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü

Editör
Prof. Dr. İlyas DOĞAN

Adalet Bakanlığı
Eğitim Dairesi Başkanlığı

İSTANBUL PROTOKOLÜ İLKELERİ IŞIĞINDA İŞKENCENCENİN SORUŞTURULMASI

Prof. Dr. İlyas DOĞAN* , Yard.Doç. Dr. Abdülkadir Akıl**

I-Devletlerin İşkenceyi Önleme Yükümlülüğü

Pek çok devletler arası sözleşmede işkence yasağı yer alır. Bu yasaklar hem savaş hukuku alanında hem de diğer bölgesel ve küresel sözleşmelerde mevcuttur. Bu nedenle işkence yasağı istisna getirilemeyen mutlak bir yasak fiil olma özelliğine sahiptir. Uluslararası toplum işkence yasağının etkin bir şekilde uygulanabilmesine dönük sürekli bir çaba içinde olmuştur.

İşkence yasağı olağan veya olağanüstü dönemlerde uyulması konusunda hiçbir istisna getirilemeyecek bir devletler hukuku kuralıdır. Bu bakımdan iç hukuk açısından olduğu gibi uluslararası hukuk açısından da uyulması zorunlu bir yasaktır. Bir başka ifade ile işkence yasağı devletler hukuku alanında bir *jus cogens* (emredici hukuk kuralı) özelliğine sahiptir. Bu nedenle devletler bölgesel veya Birleşmiş Milletler düzeyindeki işkence yasağına ilişkin sözleşmeleri onaylamamış olsalar bile bu yasağa uymakla yükümlüdürler.

İşkencenin önlenmesinde devletlerin izledikleri hukuk anlayışı etkilidir. Dünya üzerinde işkenceyi yasaklamayan devlet yoktur. Buna rağmen işkencenin tümüyle önlenememesi de somut bir gerçek olarak ortadadır. Uluslararası toplum özellikle BM çatısı altında işkenceyi önlemek için daha ayrıntılı çabalar içine girme gereği duymuştur. Daha da önemlisi Avrupa Konseyine üye devletler Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerini Koruma Sözleşmesinin 3.maddesi bağlamında gerektiğinde yargı yetkisini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile paylaşmayı kabul etmişlerdir. Böyle olunca ülkemiz açısından işkence yasağını uyguluma yükümlülüğü iç hukuk, bölgesel hukuk sistemleri ve Birleşmiş Milletler çerçevesinde gerekli normatif dayanaklara gerektiğinden fazlasıyla sahiptir.

BM kurulduktan sonra işkencenin yasaklanması ve bu yasaklara fiilen uyulmasını sağlamak amacı güden sözleşmelerin yanında çok sayıda standart kurallar tespit etme

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku A.B.D. Öğretim Üyesi

** İstanbul Ticaret Üniversitesi Devletler Genel Hukuku A.B.D. Öğretim Üyesi

amacı güden ilkeleri içeren belgeler yayınlanmıştır. Bu belgelerin bazısı kolluk görevlilerine, bazıları da hekimlere, cezaevi görevlilerine, savcı ve avukatlara dönüktür[1]. Söz konusu belgelerin insan haklarına saygı konusunun uluslar arası ilişkilerde önem kazanmaya paralel bir seyir izlediği görülür. 1970'li yıllardan itibaren işkenceyi yasaklama ve yasağa fiilen uyulmasını amaçlayan söz konusu belgelerin sayısının arttığı gözlemlenir.

Devletler savaş hali dahil olmak üzere işkencenin önlenmesi için gerekli hukuki ve idari her türlü önlemi almakla yükümlüdür. Bu yükümlülükler sadece vatandaşlar için değil bazı hallerde yabancılar açısından da söz konusudur.

Devletler BM tarafından kabul edilen sözleşmelerde yer alan işkence fiilini ve işkenceye göz yummayı suç saymak, tutukluluk sırasında uyulacak ilkeler ve uyulması gereken asgari standartlara ilişkin BM Genel Kurulu kararlarına da uymakla yükümlüdürler[2].

İadesi söz konusu yabancı iade edileceği ülkede cezaevinde tutulmuşsa, kişi kendi ülkesinde hapse konulmasa da hasmane tutumlara maruz kalmışsa, kişi mülteci kampında ise[3] iade edildiği takdirde işkenceye maruz kalabileceği öngörülmelidir. BM İşkenceye Karşı Sözleşme m.3 böyle bir yükümlülük getirerek devletlere kendi egemenlik alanları dışında işkenceye yol açabilecek koşulları da dikkate alma, başka bir devletin egemenlik alanında gerçekleşebilecek olası işkence veya kötü muameleye karşı da tedbirli davranma zorunluluğu getirmiştir.

Devletler bazı hallerde yabancı bir devlette işkence olayının gerçekleşme olasılığı karşısında bile yükümlülüklerle karşı karşıyadır. Bu bağlamda ülkeden sınır dışı edilecek yabancının ülke dışına gönderilmesi iç hukuk açısından uygun şartlara sahip olsa bile iade edilecek ülkede kişinin işkenceye maruz kalması ihtimali varsa ilgili devlet iadeden kaçınmakla yükümlüdür. Bu konuda iadesi gündemde olan kişinin işkence görebileceğinin kuvvetle muhtemel olmasını değil asgari düzeyde bir kuşku olması iadeden kaçınmak için yeterli sayılmalıdır.[4] Devletler işkence suçuna iştirak etmek dahil her yönüyle ceza hukuku bağlamında yaptırım altına almak, gerekli idari soruşturmaları yapmakla yükümlüdürler[5]. Bu anlamda işkencenin belgelenmesine dönük İstanbul Protokolü

---

1 Söz konusu belgeler ve yayımlandıkları tarihler için bkz. Protokol, § 7

2 Ayrıntılar için bkz. Protokol, § 10

3 Protokol, § 92

4 Protokol, § 92

5 Protokol § 10 Bölgesel ölçekte işkenceyi yasaklayan sözleşmelerde devletlere getirilen hukuki yükümlülükler için bkz. Protokol, § 26 vd.

özel bir belge olarak karşımıza çıkar. Aşağıda bu Protokol ayrıntılı olarak incelenecektir. Bunu yaparken Protokol metni ve öngördüğü sistem esas alınacaktır.

II-İşkencenin Önlenmesinde İstanbul Protokolü[6]

A-İstanbul Protokolünün Hazırlık Çalışmaları

İstanbul Protokolü İstanbul'da 1999'da düzenlenen bir çalıştay sonucu nihai halini almıştır. 15 ayrı ülkeden sivil toplum kuruluşları bir çok üniversiteye bağlı kuruluşlar İstanbul Protokolünün[7] hazırlanmasına katkıda bulunmuşlardır.

Protokolün ortaya çıkış sürecinde doğrudan yer alan bazı kuruluşları özellikle vurgulamanın yararlı olacağını düşünmekteyiz:

Protokolün ortaya çıkmasında katılımcılar arasında Uluslararası Af Örgütü, Amerika ve Avrupa'nın bir çok ülkesinden üniversiteler, insan hakları alanında faaliyet gösteren sivil toplum örgütleri görev almıştır.

Türkiye'den başta Türkiye İnsan Hakları Vakfı, Adli Tıp Uzmanları Derneği, Türk Tabipler Birliği ve Hacettepe Üniversitesinden araştırma merkezleri, Dokuz Eylül Üniversitesi olmak üzere kamu kurumları ve sivil toplum kuruluşları bu toplantıya iştirak etmişlerdir. Türkiye'den katılan Adli Tıp Uzmanları Derneği, Türkiye İnsan Hakları Vakfı ve Türkiye Tabipler Birliği İstanbul Protokolünün oluşumuna önemli katkı sağlayan ulusal sivil kuruluşlarımız olarak dikkati çekmektedir.

B-İstanbul Protokolünün Birleşmiş Milletler Belgesine Dönüşmesi ve Önemi

İstanbul Protokolü BM İnsan Hakları Komisyonunun 20 Nisan 2000 tarihli 60. toplantısında "oylanmaksızın" (without a vote) kabul edilen, "İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Muamele veya Ceza" adlı, 2000/43 sayılı kararında yer almıştır. Bu karar işkence ve kötü muamele konusunda devletlerin sorumluluklarını hatırlatan 44 maddelik bir metindir. BM İnsan Hakları Komisyonunun bu kararının 5. maddesinde *"İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Bir Şekilde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İstanbul Protokolü İlkeleri"* hükümetlerin "dikkatine" sunulmuştur. Bu maddede, İşkence Özel Raportörünün ve BM İnsan Hakları Yüksek Komiserinin işkence ile mücadelede bu prensiplerin yayılması ve mücadelede bir araç olarak kullanılması konusunda hükümetlerin

---

6 Konuyla ilgili olarak bkz. Doğan, İlyas, "Gözaltında Yaşama hakkına Saygı ve İşkencenin Önlenmesinde Hekimin Rolü ve Sorumluluğu", içinde: **Polis Dergisi**, Sayı 36, (2003), s.221-231

7 Bu çalışmada resmi adı **"İşkence ve diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve belgelenmesi İçin El Kılavuzu İstanbul Protokolü"** olan belge için kısaca "Protokol" veya "İstanbul Protokolü" kısaltması kullanılacaktır.

"teşvik edilmesi" gerektiğine dair görüşüne yer verilmiştir. 5.maddede kararın ekinde yer alan prensiplere atıf yapılmıştır. Bir başka ifade ile kararın bütünlüğü içinde işkence ile mücadelede diğer konuların yanında 5. maddede İlkelere yer verilmiş ve kararın ekine İstanbul Protokolü ilkeleri de eklenmiştir.

BM İnsan Hakları Komisyonunun işkence ile mücadeleye ilişkin bu kararı öncelikle BM Genel Kurulunun bir alt organı olan III. Alt Komitede görüşülmüş ve kabul edilerek Genel Kurula sunulmuştur. Genel Kurulun 4. Aralık 2000 tarihli 81. Genel Kurul Toplantısında, 55. oturumda, 89 sayılı karar olarak "İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı ya da Aşağılayıcı Muamele veya Ceza" adlı İnsan Hakları Komisyonu kararı oylama yapılmaksızın benimsenmiştir. Böylece Genel Kurulda İstanbul Protokolüne karar metninde atıf yapan ve kararın ekinde yer alan İstanbul Protokolü prensiplerine yer verilen BM İnsan Hakları Komisyonunun kararı kabul edilmiştir. Bir başka ifade ile bu kararın içinde açıkça zikredilen ve ekinde yer alan "İlkeler" de kabul edilmiştir.

Böylece Genel Kurulun A/RES/55/89[8] sayılı kararı BM işkence ile mücadele özel raportörünün çalışmaları içinde olan ve İnsan Hakları Komisyonu tarafından kabul edilen işkenceye ilişkin devletlerin sorumluluklarına değinen 44 maddelik "İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı ya da Aşağılayıcı Muamele veya Ceza" adlı raporun 5. maddesinde ve Genel Kurul Kararı haline geldikten sonra 30 maddelik kararın 3. maddesinde yer alan ve devletleri İstanbul Protokolü ilkelerine uyma yönünde teşvik edilmesini isteyen kararın ekinde İstanbul Protokolü metni yer almaktadır.

İşkence sadece kurbana verdiği fiziki ve duygusal zararla sınırlı kalmaz, çoğu kez toplumun diğer üyelerini sindirme, toplumsal düzeyde insan onuruna ilişkin duyguları öldürme amacı güden bir negatif sembol işlevi görür[9]. Gerçek şudur ki işkence ve kötü muamele keyfi bir yönetim kurmaya hizmet eder, adalet duygusunu yok eder, insanların birbirleri için duydukları dayanışma ve güven duygularını örseler, bireylerin siyasal sisteme olan güvenini de zayıflatır. İşkence yargı bağımsızlığına ve tarafsız yargıya olan inancı tüketir. Esas itibariyle işkence ve her türlü kötü muamelenin ne kadar kötü olduğunu açıklamaya bile gerek yoktur. Çünkü her uygar toplum işkenceyi insanlık aleyhine bir suç olarak görür. İşkence iddialarının ortaya atılması ve bu iddiaların gerekli titizlikle araştırılmaması, sorumluların gereken yaptırımlara tabi tutulmaması uygar bir toplumda asla tasavvur edilemez.

---

8 Konuya ilişkin bilgilerin yer aldığı adres: **http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training8Rev1en.pdf**

9 Protokol, Giriş, § 10

İstanbul Protokolü insanlık aleyhine bir suç niteliğindeki işkencenin etkili bir biçimde belgelendirilmesine hizmet etmesinden dolayı adalet duygusuna da hizmet etmektedir. Protokol metnini oluşturan el kitabı sadece işkencenin soruşturulması konusunda değil mağdurların tedavisi, işkence sonucu yapılan itirafların yargılamada delil olarak kullanılamaması, işkence kanıtlarının ortadan kaldırılmasını önlemekte de önemli bir rehber işlevi yerine getirmektedir. Çünkü El Kitabı (İstanbul Protokolü) geliştirilmeden önce işkencenin belgelendirilmesi konusunda uluslar arası kurallar yeterince açık değildi[10].

III-İşkencenin Soruşturulmasında Asgari Standartlar

İşkence ile mücadeleden kasıt vücut dokunulmazlığı ve insan onuruna yönelik devlet kaynaklı ihlallerin önlenmesidir. Ancak işkence ve kötü muamele sadece kamu görevlileri veya kamu adına davrananlarca gerçekleştirilmez. Şiddet kültürü olarak ifade edebileceğimiz ihlallerin de göz ardı edilmemesi gerekir. Bununla beraber burada sadece devlet gücü kullanmaktan kaynaklanabilecek ihlalleri önlemeye dönük asgari uyulması gereken temel ilkeler kısaca sıralanmaktadır:

Buna göre bir işkence olgusu veya iddiası söz konusu ise işkenceyi etkin bir şekilde soruşturmak için asgari koşullara uymak gereklidir[11]:

1- Konu hakkında yeterli bilgiye sahip bireylerce/yetkililerce gecikmeksizin, etkin ve bağımsız bir araştırma yapılmalıdır.

2- Devlet işkenceyi araştıracak olanlara gerekli yetki tanımalıdır.

3- Hem işkence kurbanı olduğunu öne sürenlerin hem de soruşturmacıların kişisel ve ailevi güvenliği sağlanmalıdır.

4- İşkence kurbanı olduğu iddiasında bulunan kişinin ve yasal temsilcilerinin bütün yargılama aşamalarına katılmaları ve işkence iddiasına ilişkin bilgilere erişimi sağlanmalıdır.

5- Mevcut soruşturma usulleri yetersiz kaldığı takdirde bağımsız soruşturma komisyonları kurulması ve tarafsız bir soruşturma gerçekleştirilmesi gereklidir.

6- Devletin işkence iddialarına ilişkin raporları gerekli kanuni şartları da oluşturarak ivedi olarak doğru ve anlaşılır bir biçimde kamuoyunu bilgilendirme yükümlülüğü vardır.

7- Devletin tıbbi klinik değerlendirmelerinin yüksek standartlarda olmasını sağlama yükümlülüğü vardır.

---

10 Protokol, Giriş, § 10

11 Protokol, § 10

8- Tıbbi raporun tam manasıyla gizliliğinin sağlanması gerekir.

9- Hızlı ve doğru bir raporun hazırlanabilmesi için;

-görüş koşulları,

-başvurunun anlatıldığı öykünün ayrıntısıyla kaydedilmesi,

-klinik muayenedeki tüm fiziki ve psikolojik bulguların kaydı,

-saptanan fiziki ve psikolojik bulguların olası işkence ve kötü muamele ile meydana gelme olasılığı hakkında yorum,

-muayene yapanların kimlik bilgileri

düzenlenecek raporda yer almalıdır.

Tıbbi muayenenin ve raporlamanın sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi için şu hususların özellikle dikkate alınması gereklidir:

Olgu bilgisi tam olarak raporda belirtilmelidir. Bunun yanında; yargı makamı önünde tanıklık için muayeneyi gerçekleştiren hekimin mesleki özellikleri,

yargı makamı önünde tanıklık için kanaatin doğru olduğuna ilişkin beyan,

arka plan bilgisi,

işkence ve kötü muamele iddiaları,

fiziki semptom ve kısıtlılıklar,

fiziki muayene bulguları,

psikolojik öykü ve muayene bilgileri,

varsa fotoğraflar,

tanısal testlerin sonuçları,

konsültasyonlar,

bulguların yorumu,

fiziki ve psikolojik deliller,

hazırlanacak raporda mümkün olduğunca açık ve anlaşılır şekilde yer almalıdır.

Ayrıca muayene edilene ilişkin nihai yorum ve öneriler gibi ayrıntılara hekim raporunda yer verilmesi yükümlülüğü vardır.

IV-Devletin Tutulu Kişi Hakkındaki İşlemlerde Şeffaf Davranmasını Sağlamakta Yargı Mensuplarının Yükümlülükleri

Devletler işkenceyi önlemek için şeffaf davranmakla yükümlüdürler. Bu şeffaflık hem devletin gözaltı işlemlerini yaparken açık davranmasını gerektirir. Hem de yargı faaliyetinde doğrudan rol sahibi savcı, yargıç ve avukatların gereken bağımsızlık ve yetkilerle donatılması, mağdura sağlanan haklarla elde edilmeye çalışılır.

Avrupa Konseyi İşkenceyi Önleme Komitesi İstanbul Protokolünden çok daha önceki zaman diliminde gözaltına alınan kimselere kötü muamele uygulanmasını önlemek için bazı standartlar geliştirmiştir. Bunlar şöyle sıralanabilir: (1)Özgürlüğünden mahrum bırakılan kişi arzu ederse bir aile üyesinin veya üçüncü bir kişinin alı konduğu konusunda haberdar edilme hakkı olduğu; (2) özgürlüğünden mahrum bırakılan kişinin derhal avukata erişme hakkı bulunduğu; (3) özgürlüğünden mahrum bırakılan isterse derhal hekime ulaşma hakkına sahip[12] olduğu ifade edilmiştir. Burada kast edilen hem tutulu kişinin önceden beri kullanmakta olduğu ilaçların temini ve bu manada ortaya çıkabilecek sağlık sorunlarına hekimin müdahalesi hem de kişinin kendisine uygulandığını öne sürdüğü fiziki zarar verici fiillerin tespiti amaçlı hekim muayenesidir.

Kişilerin alıkonulma yerlerinin bilinen yerler olması devletlerin uymak zorunda oldukları bir yükümlülüktür. Alıkoyma işlemi yapan sorumluların, bütün sorgulama aşaması ve zamanlarının, yerlerinin, sorgulama yapan kişilerin adlarının kaydedilmesi zorunludur. Alıkonulan kişiye yakın akrabalarının, hekiminin ve avukatının ulaşmasının sağlama yükümlülüğü vardır. Bu konuya ilişkin açık düzenlemeye *Mahpuslara Uygulanacak Muamele Hakkında Asgari Standart Kurallar* §7, 22 ve 37'de yer verilmiştir[13].

İstanbul Protokolü El Kitabında yargı mensuplarının hukuk etiğine uymaları konusunda 1985 BM Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri'ne atıf yapılmıştır[14]. Buna göre yargı bağımsızlığı ilkesi adil bir yargılamanın cereyan etmesi için yargıcın davanın bütün taraflarının haklarına saygıyı göstermesi görevinin bir gereğidir.

Havana'da 1990'da kabul edilen BM Savcıların Rolüne Kılavuzluk Eden Kurallar m.15'e göre savcılar etik sorumluluklarını yerine getirmekle yükümlüdürler. Bu bağlamda savcılar "hukuken yetkili oldukları veya ulusal hukuk geleneğine uygun olduğu durumlarda, kamu görevlilerince işlenen suçların, özellikle yolsuzluk, yetkinin kötüye kullanımı, ağır insan hakları ihlalleri ve uluslararası hukukun tanıdığı diğer suçların so-

12 Protokol, § 42

13 Protokol, § 10

14 Protokol, § 49-50

ruşturulması için gereken özeni" göstermekle yükümlüdürler. Bunun yanında 1990 Havana BM Avukatların Görevlerine İlişkin Temel İlkeler m.14'e göre "avukatların müşterilerinin haklarını korurken ve adaletin yerine getirilmesi için uğraşırken, ulusal ve uluslararası hukukun tanıdığı insan hakları ve temel özgürlüklerini gözetmek, her zaman hukuka ve hukuk mesleğinin standartlarına ve etik anlayışına uygun biçimde özgürce ve özenle davranmakla yükümlüdürler"[15].

Gözaltına alınanın derhal avukatına ulaşması ve yakınlarına haber verilmesi terörle bağlantılı olaylarda karmaşık bir hal alabilir. Bir yanda göz altında tutulan kimsenin vücut bütünlüğünü diğer yanda olası terör eylemlerinden zarar görebilecek masum insanların yaşama haklarının korunması zorunluluğu vardır. Hukuk devletinde her iki hususta da hassasiyet göstermek gerekir.

Terörle bağlantılı gözaltına alma uygulamalarında bir yandan terörle mücadelenin zorluğunu göz ardı etmemek gerekir. Diğer yandan gözaltına alınanın avukata erişim hakkını da engellememek gerekir. Burada Türkiye gerçeğini göz ardı edilemez. Hem gözaltında işkence ve kötü muameleyi önlemek hem de terör örgütlerinin kendisine sempati ya da bağlılığı olan avukatların "olası" savunma görevi yetkisini kötüye kullanmasını önlemek gerekir. Zira terör örgütlerinin zaman zaman avukatlardan kurye gibi yararlandıkları bilinen bir olgudur. Bu ve bunun gibi kötüye kullanmaları önlemek için iç hukuk düzenimizde İngiltere'nin son yıllarda terör bağlantılı olaylarda yaptığı gibi "tarafsız avukat" uygulamasına geçmek düşünülebilir. Buna bir nevi "akredite" avukat da denebilir. Gözaltına alınan şahsın hazırlık soruşturması aşamasında istediği avukatı seçmesi mutlak bir hak değildir. Yapılacak iç hukuk düzenlemesi ile gözaltına alınana baro nöbetçi avukatlarından veya adalet bakanlığı ve ilgili baro arasında yapılacak çalışma ile tespit edilen bir avukat listesinden müdafi seçilmesi yöntemi izlenebilir.

Bir hukuk devletinde şüphelinin hakları ile masum korumasız insanların yaşam haklarının korunmasının birlikte sağlanması gereğinden kuşku duyulamaz. Burada şüphelinin yaşama ve vücut bütünlüğünü koruma hakkı ile masum insanların yaşam haklarını koruma arasında gereken dengenin oluşturulması zorunluluğu vardır. Devlet terörist fiillerle itham edildiği için gözaltına alınan kimseyi savunma hakkından mahrum bırakamaz. Fakat suçlulukla mücadele için gereken önlemleri de almalıdır. Terör, örgütlü suçlar gibi karmaşık durumlarda devlet olayın gerçekleştiği bölge barosundan başka avukat ismi bildirmesini isteyebilir. Böylece olası zanlı-avukat ittifakı gibi suçlamalar da ortadan kalkmış olur hem de gözaltındaki kişinin savunma hakkından yararlanması sağlanmış, kötü muamele görmesinin önüne geçilmiş olacaktır.

---

15 Protokol, § 49-50

V-Uluslar Üstü Mahkeme Kararlarında Etkili Soruşturma

Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi 1988 tarihli Valesquez Rodrigez kararında eksik soruşturmaya ilişkin şu görüşlere yer vermiştir: "*Devlet, Sözleşme hükümleriyle korunan hakların ihlalini içeren her durumu incelemekle yükümlüdür. Eğer devlet aygıtı ihlali cezasız bırakacak ve mağdurun haklarından tam olarak yararlanmasını mümkün olduğunca çabuk sağlamayacak şekilde işlerse, Devlet kendi yetkisi altındaki kişilerin bu haklarını serbestçe ve tam olarak kullanmalarını sağlama görevini yerine getirmemiş demektir*". BM İnsan Hakları Komisyonu da 1998'de ülkelere ilişkin raporlardan da hareketle işkence ile mücadelede başarısızlık sebeplerinden en önemlilerinden birine değindi. Buna göre işkencenin soruşturulmasında başarısızlığın en önemli sebeplerinden biri soruşturan ile soruşturulanın birbirlerini tanımaları hususudur[16].

AİHM işkencenin soruşturulması konusunda nasıl davranılması gerektiğini çoğunluğu Türkiye'ye karşı açılan davalar olmak üzere içtihatlarında belirlemiştir. AİHM Aksoy/Türkiye kararında bir işkence olgusundan söz edilip edilemeyeceğine ilişkin genel bir çerçeve çizmiştir. Buna göre "*polis tarafından gözaltına alındığında sağlıklı olan bir kişinin salıverilme anında yaralı olduğu saptanırsa, yaralanmanın nedeni konusunda mantıklı bir açıklama getirme sorumluluğu Devlet'e aittir; bu yükümlülüğün yerine getirilmesinin 3.maddesi uyarınca incelenmesi gereken bir konu olduğu açıktır*". Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında işkence iddialarının gereken özenle soruşturulmamasını aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 13.maddesinde öngörülen "işkence vakalarının etkili ve kapsamlı biçimde soruşturulması yükümlülüğü" anlamına geldiğini ifade etmektedir. Yani 13.madde anlamında etkili hukuk yollarına başvuru "tartışmalı işkence iddialarının kapsamlı soruşturulmasını gerektirmektedir. AİHM *Assenov/Bulgaristan* (1998 tarihli) kararında etkili hukuk yollarına başvurmayı sadece 13.madde çerçevesinde değil 3.madde ekseninde de ele almıştır. Buna göre devletin işkence iddialarını gerekli biçimde soruşturma yükümlülüğü sadece 13. maddeden kaynaklanmaz; aynı zamanda 3.maddedeki işkence yasağının da[17] bir gereğidir.

AİHM işkence iddialarına ilişkin nasıl davranılması gerektiği konusunu Assenov/Bulgaristan kararında biraz daha ayrıntılı şekilde ifade etmiştir: "Bu şartlar altında, bir kişi, yasalara aykırı olarak ve 3.maddeyi ihlal eder şekilde, polis veya Devletin diğer yetkilileri tarafından ciddi bir biçimde kötü muamele gördüğüne ilişkin tartışılabilir bir id-

16 Protokol, § 30-31

17 Protokol, § 34-37

dia dile getirildiğinde, bu hükmün, Sözleşmenin 1.maddesinde yer alan "Devletin kendi yetkileri altında bulunan herkese, Sözleşmede yer alan hak ve özgürlükleri sağlaması" gereğini öngören genel ilke ile birlikte okunması etkili bir soruşturma yapılmasını gerektirir. Bu soruşturma, sorumluların belirlenmesi ve cezalandırılmasına yol açacak düzeyde olmalıdır. Bu yapılmazsa, işkence ve insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele veya cezanın genel olarak hukuken yasaklanmış olması, temelde çok önemli olmasına rağmen pratikte etkisiz kalacak ve kimi durumlarda, Devlet görevlilerinin zımnen cezadan muaf kalarak, kendi denetimleri altındaki kişilerin haklarını çiğnemesi mümkün olacaktır" Böylece AİHM sadece kötü muamele yapılmış olmasının değil aynı zamanda bu iddialarının gereğince araştırılmamasını da 3. ve 13.madde ihlali anlamına geldiğini[18] ortaya konmuştur. Aksoy/Türkiye ve Assenov/Bulgaristan kararları işkence iddialarının etkin soruşturulması konusunda temel bakış açısının nasıl olması gerektiğini ortaya koyan dönüm noktası niteliğinde içtihatlar olarak gözükmektedir.

VI-İstanbul Protokolü Gereğince İşkencenin Bağımsız ve Etkin Soruşturulması

İstanbul Protokolünde yer alan işkence veya diğer zalimane ve aşağılayıcı muamelelerin soruşturulmasında uyulması gerekli ilkeler uzun bir gelişim süreci sonunda oluşmuştur. Bu ilkeler konuyla ilgili örgütlerin ve uzmanların mutabık kaldıkları noktalardır. Bunları kısaca şöyle özetlemek mümkündür: (1) İşkence olayının açıklığa kavuşturulması ve mağdurlar ve ailelerin gerektiğinde sorumlulardan hesap sormasına olanak tanımak amacıyla olaya karışan kişilerin ve devletin sorumluluğunu tespit etmek; (2) olayın tekrarlanmasını önlemek için gerekli tedbirlerin saptanması ve (3) soruşturma sonunda fiilden sorumlu olanların adalet tarafından hesap sorulmasını kolaylaştırmak[19], işkence iddialarının soruşturulmasındaki başlıca hedefler arasında yer alır.

İşkence veya kötü muameleyi soruşturan görevlilere bu yetkilerini kullanmakla doğru bir davranış sergiledikleri idari pratikle desteklenmelidir. Aksi uygulamalar işkence ile mücadeleyi güçleştirir. Örneğin bir işkence veya kötü muamele soruşturması yapan savcı veya kolluk amiri dolaylı bir takım idari engellemelerle karşılaşmayacağından emin olmalıdır. Bu amaçla işkence soruşturmasında hassasiyetle ve tarafsız davranan kamu görevlilerinin takdir edilmesi idari pratiğe yansımalıdır.

A-Soruşturmanın amacı

İşkencenin önlenmesinde sorunlu alanlar kısaca şöyle ifade edilebilir: Bu alanlar şüphelinin yargı makamı önüne çıkarılmadan önceki kolluk aşaması, tıbbi kontrol ve son ola-

---

[18] Krş. Protokol, § 37

[19] Protokol, § 78

rak yargılama aşamalarıdır. Ancak cezaevinde bulunma dönemi de zaman zaman işkence veya kötü muamele olaylarının ortaya çıktığı alanlar olarak gündeme gelebilmektedir.

Tıp hekimlerinin işkenceyi önlemeğe ilişkin yükümlülükleri, yasaların işkence ile mücadelede daha etkin hale getirilmesine dönük çabalar, özellikle BM İşkencenin Yasaklanması Sözleşmesinden itibaren yoğunlaşarak devam etmiştir. İstanbul Protokolüne ilişkin El Kılavuzu bu bağlamda en ileri düzeyde bir çaba olarak adlandırılmayı fazlasıyla hak etmektedir.

İşkencenin soruşturulmasının genel olarak amacı işkence fiilinden sorumluların tespiti, gerektiğinde tanıkların tespitidir. Daha önemlisi işkence olayının izlerinin hem hukuken hem de tıbbi delillerin ileride gerçekleşebilecek yargılama faaliyetinde gereksinim duyulacak verilerin kayıt altına alınmasıdır[20]. Kayıt altına alma işlemi hem sorumluların cezalandırılmasında, hem mağdurların tazminat taleplerinin bir neticeye ulaşması hem de işkenceden sorumlu olduğuna yargı tarafından karar verilenlere tazminatın rücu edilmesi için hayati öneme sahiptir.

İşkence iddiaları söz konusu ise derhal soruşturma başlatılmalıdır. Protokole göre işkencenin soruşturulması için bir şikayet veya iddianın ortaya atılmasına gerek yoktur. Durumun gereklerinden yargıç veya savcı ve hatta kolluk amiri dahi mağdurun hal ve hareketlerinden işkence veya kötü muameleye uğradığı kuşkusuna kapılmışsa resen soruşturma yapılması için gereken işlemleri yapması gerekir. Protokolün ruhuna uygun olan bu tarz bir davranıştır.

İşkence kuşkusu var olan bir olayda derhal soruşturmaya başlamak işkence veya kötü muamelenin fiziki izlerinin zamanla kaybolmasını önlemek için en uygun yöntemdir. Gözaltına alınma veya cezaevinde olaylar zincirinin nasıl cereyan ettiği düzenli belgelendirilebildiği ve muhafaza edildiği[21] oranda etkili ve gerçeğe uygun bir soruşturmadan söz edilebilir.

B-Delillerin Toplanmasının Önemi

İşkence soruşturmasının etkin olabilmesi için delillerin hemen muhafaza altına alınması zorunludur. İşkence iddiasına konu olan mekan derhal kontrol altına alınarak delillerin kararılması tehlikesi engellenmelidir. Böyle bir durumda işkencenin gerçekleştiği iddia edilen yere sadece soruşturmacılar girip çıkabilir. Söz konusu mekanda bulunan bütün görevli ve orada bulunmasının sebebi ne olursa olsun diğer kişilerin kimlik bilgileri tespit edilmelidir. İşkence olayı henüz yeniyse zanlının elbiselerinin envanteri çıkarılmalı ve

---

[20] Protokol, § 77

[21] Protokol, § 102

gerek görülürse zanlının vücut sıvılarından örnekler alınmalıdır. İşkence veya kötü muamelenin gerçekleştiği düşünülen yerde varlığı makul olmayan nesneler elde edilmişse delil olarak muhafaza altına alınmalıdır. İşkencenin geçekleştiği düşünülen mekanın ve mekanda bulunan sıra dışı nesnelerin renkli fotoğraflarının çekilmesi de belgelendirmede vazgeçilmez öneme haizdir. Bunun yanında işkence mekanı çevresinde tanıklar varsa tespit edilmelidir[22]. Böylece mağdurun ifadeleri ile zanlıların eşkali ve çevreden gözlemlenen olaylar arasında bir bağlantı kurulması daha kolay olacaktır.

Etkin bir soruşturmada soruşturmacının gerekli yetkilere sahip olmasının yanında ihtiyaç duyduğu teknik donanımın da devletçe kullanıma hazır bulundurulması gerekir. Soruşturmacının gerektiğinde tanıkları ve zanlıları ifade vermeye zorlayabilecek yetkilerle donatılması hayati önemdedir. Bunun yanında soruşturmayı yürütenler başta olmak üzere mağdur, mağdurun ailesi ve tanıklar her türlü şiddete karşı korunmalıdır[23]. İşkencenin soruşturulması aşamasında bilgi istenen kamu kurumunun konuyu görmezden gelmesi halinde sorumluluğu bulunan yetkililer hakkında hızlı ve etkin soruşturma mekanizmalarının derhal devreye sokulması zorunludur. Zanlı konumundaki kamu görevlisine tebligat yapılamaması, adresinin tespit edilememesi gibi savsayıcı tutum ve davranışlar devletin işkence iddialarını soruşturmak istemediği anlamına gelir.

Mağdurun ailesine dönük şiddet uygulanacağından endişe etmesi onun susmasına ve delillerin gerektiği gibi ortaya çıkarılmasını zorlaştırır. Savcılık makamı iddialara ilişkin hukuka aykırı fiili somutlaştırmaya yarayabilecek her türlü delili araştırmalı ve belgelemelidir.

İşkence iddiasına muhatap olan kolluk yöneticileri varsa bunların olası engelleme çabaları da savcılık makamınca dikkate alınmalı, bu tür fiili engellemelerin giderilmesine dönük tedbirler de göz ardı edilmemelidir. Unutulmamalıdır ki bu tür engelleme çabaları sadece işkence zanlısını korumaya hizmet eder. Hukuk kurallarını çiğneyenlerin bu tür fiili engellemeleri hiçbir hoşgörüden yararlandırılmalıdır.

İşkence veya kötü muameleye dönük bir soruşturmanın beklenen sonuçları verebilmesi belli konularda dikkat ve özen gerektirmektedir. Bu anlamda mağdurun beyanlarının ses bandı ile kaydedilmesi, mağdura sorulan soruların yönlendirici değil onun başından geçenleri kendi bildiği ve algıladığı şekilde anlatmasına imkan verecek tarzda olması gerekir. Mağdura işkenceye maruz kaldığı ortamın fiziki özellikleri, koku, gürültü gibi kötü muamele gördüğü ortama ilişkin olguları dile getirebilmesine imkan verecek sorular sormak gerekir. Ancak soruların liste veya mantıksal adım izlenimi veren şekilde sorulmasından kaçınmak gerekir[24].

---

22 Protokol, § 103

23 Protokol, § 80, § 88

24 Protokol, § 102

C-İşkence Soruşturması Hakkında Kamuoyunu Bilgilendirme ve İşkence İddialarını Araştırma Komisyonu

İstanbul Protokolünde öngörülen işkence iddialarının tarafsız bir komisyonca soruşturulmasına[25] ilişkin Türk iç hukuk düzeninde bir karşılık henüz yoktur. Kuşkusuz işkence iddialarının soruşturulması amacıyla bağımsız ve tarafsız statüde bir kurum oluşturulabilir. Böyle bir oluşumda farklı tercihlerde bulunmak olasıdır. Bu bağlamda adalet bakanına yetki önceliği tanınabileceği gibi İnsan Hakları Başkanlığına da görev ve yetki verilebilir. Kurulacak olan *İşkence İddialarını Soruşturma Komisyonu* hukukçular, adli tıp uzmanları, psikiyatrist ve Türkiye Barolar Birliğinden seçilecek temsilcilerden oluşmalıdır. Söz konusu işkence iddialarını soruşturma komisyonuna olayın gerçekleştiği yer baro ve tabipler odasından geçici üyelere göreve ve yetki verilmesi de işkence soruşturmasının etkinliğini sağlamaya hizmet edecektir. Kurulacak komisyon kurumsal işleyişte mağdurun avukatı ve ailesi ile yakın işbirliği içinde bulunmalı ve bilgi akışı sağlanmalıdır.

İşkence yasağına gerektiği ölçüde uyulmasını temin için soruşturmayı yapacak olan görevlilerin gerekli DUYARLILIK, bilgi ve donanıma sahip olmaları hayati öneme haizdir. Bundan daha önemlisi soruşturmacının gerekli yetkilerle donatılması ve bu yetkileri kullanırken mensubu olduğu kurum karşısında ihtiyaç duyduğu bağımsızlığa sahip kılınmasıdır. İşkence iddiaları kamuya yansımışsa soruşturma sonuçlarının kamuoyu ile paylaşılması[26] "belirli koşullara dikkat edilmek" koşulu ile tercih edilebilir.

Böyle bir tutum hem soruşturmanın şeffaflığı hem de işkence mağdurlarının hak arama cesaretini teşvik edecektir. Bunun bir başka sonucu kamu görevlilerinin zanlılara karşı daha özenli davranmalarını sağlamak olacaktır. Ancak kamuoyunun bilgilendirilmesi hazırlık soruşturmasının gizliliğini ihlal veya mağdurun yaşadığı travmanın toplumla paylaşılması ile sonuçlanmamalıdır. Yapılacak kamuoyu açıklamasında mağdurun çıkarları öncelikli olmalıdır. Bu nedenle mağdurun rızasını almak temel bir koşul olmalıdır. Bunun yanında soruşturma sonucu mağdurun rızası da alınarak ailesi ve vekili ile paylaşılabilir. İşkence iddialarının soruşturulması sonucunda yapılacak kamu açıklaması "ciddi verilere ulaşılıp ulaşılmadığı veya dayanaktan yoksun olup olmadığı" konusunda bilgilendirici olmakla sınırlı tutulmalıdır.

İşkence ve kötü muamele şüphesine ilişkin kuvvetli delillerin bulunduğu bir olayda sadece soruşturmaya başlamış olmak yeterli değildir. Olayın ilişkin özelliklerine uygun bir hızlılık da gereklidir. Bu nedenle şikayet dilekçesinin geç işleme konması, soruşturma

---

25 Soruşturulacak hususlar ve izlenecek yöntemler için bkz. §107-119

26 Protokol, § 79

süreçlerinin -kamu görevlisinin adresini tespit edememek gibi- ikna edicilikten uzak nedenlere binaen geciktirilmesi AİHM tarafından eksik soruşturma olarak değerlendirildiği ve ihlal sayıldığı gerçeği göz ardı edilmemelidir.

D-Mevzuatımızın İstanbul Protokolünden Farklılığı ve Uyumlulaştırma Önerileri

İşkence iddialarının tarafsız ve etkili biçimde soruşturulması konusunda soruşturan ile soruşturulanın aynı yargı çevresinde görev yapmaları Türk mevzuatı açısından da önemli bir sorun alanı olarak gözükmektedir. Kanaatimizce bu durumun doğurduğu olumsuzlukları aşmak için bazı alternatif çözümlere başvurulabilir. İşkence iddiası tarafsızlığı ve etkinliği sağlamak adına komşu yargı çevresi savcılığınca soruşturulması düşünülebilir. Ancak bunun pek çok zorlukları olacağı muhakkaktır. Özellikle terör amaçlı eylem zanlıları sürekli işkence iddiaları öne sürerek yargının işleyişini sabote etmeye yönelebilirler. Ayrıca başka bir yargı çevresinde yetkili savcının soruşturma yaparken yeterince etkili olamaması da çeşitli mesleki ve psikolojik sebeplerle muhtemeldir. Bununla beraber durumun bu derece karmaşıklığını gidermek ama aynı zamanda devlet makamlarının işkence iddiaları karşısında kararlı duruşunu somut hale getirmek için ara bir formül geliştirilebilir. Kamuoyunda sansasyonel etki doğuran işkence iddialarını komşu bir yargı çevresi savcısınca soruşturulmasını isteme yetkisi istisnai olarak adalet bakanına tanınabilir. Böylece toplumsal manada aşırı hassasiyet oluşturan işkence iddialarının tarafsız soruşturulması konusunda oluşabilecek kuşkular asgari düzeye inmiş olacaktır.

E-Devletin İşkence Sonuçlarını Ortadan Kaldırma Yükümlülüğü

Devletler işkence sonucu elde edilmiş ifadeyi ifade veren aleyhine hiçbir surette kullanmamakla yükümlüdürler. Bir İşkence kuşkusu var ise yetkili makamların derhal ve tarafsız bir soruşturma yapma yükümlülüğü vardır[27].

Devletlerin işkence sonuçlarını telafi etme yükümlülüğü vardır. İşkence mağdurunun tedavisinin yanında sorumluların cezalandırılması, yeterli maddi tazminat ödenmesi bu bağlamda izlenecek en önemli yöntemlerdir[28]. Ancak bazı hallerde devletin, aşağılayıcı muamele veya insan onurunu zedeleyici fiil mağdurundan özür dilemesi, bu tür davranışların tekrarını önlemek için daha titiz davranılacağını bildirmesi gibi gönül alıcı davranışlar ortaya koyması da işkence sonuçlarını gidermekte izlenen yöntemler arasında sayılmaktadır. Buna karşılık özür dileme maddi ve manevi tazminat yükümlülüğünden kaçınmak için bir gerekçe olarak kullanılamaz.

---

27 Protokol § 10

28 Protokol, § 10

SONUÇ YERİNE

İşkence ve diğer insanlık dışı muamelelerin önlenmesi için İstanbul Protokolü El Kitabı işkencenin belgelendirilmesine ilişkin temel kuralları şöyle sıralamaktadır[29]:

1- İşkenceye ilişkin bulguların açıklığa kavuşturulması, işkence mağduru ve aileleri için işkenceye karışan sorumluların tespiti ve devletin sorumluluğunu tespit için gereken titizliğin gösterilmesi.

2- İşkence olayının tekrarlanmaması için gereken önlemlerin alınması[30].

3- İşkence soruşturması sonucu sorumluların disiplin ve cezai sorumluluğuna ilişkin yaptırımların uygulanmasının sağlanması. Devletin işkence mağdurunun yeniden sağlığına kavuşması için gereken tedaviyi sağlaması, işkenceden zarar görene gereken ölçüde tazminat ödenmesinin sağlanması.

Protokolün en önemli kuralı işkence iddiaları karşısında kamu yetkililerinin duyarsız davranmamalarıdır. Devletler işkence iddialarını derhal soruşturmakla yükümlüdür. Devlet yetkililerinin konuyu soruşturmak için açık bir işkence veya kötü muamele iddiasını veya açık bir şikayeti beklemesi gerekmez[31]. Şayet işkenceye ilişkin olgular varsa soruşturmanın geciktirmeden yapılması gerekir. Zanlıları soruşturanların kurumlarından bağımsız davranmalarını sağlayacak garantiler verilmelidir. Bunun yanında soruşturmacı gerekli bilgi ve donanıma sahip olmalıdır. Devletin üzerine düşen sorumluluğu gereğince yerine getirmiş sayılması için soruşturmacının zanlıyı ve tanığı ifade vermeye zorlayacak yetkiyle donatılması, soruşmanın gerektirdiği teknik donanımın soruşturmacıya tahsis edilmesi gerekir. Soruşturmada kullanılan yöntemler profesyonelce olmalı ve bulgular kamuoyu ile paylaşılmalıdır[32]. İşkence iddialarının araştırılması işlemlerinin makul bir sürede tamamlanması gerekir. Devlet hazırlanan rapora makul sürede cevap vermelidir.

İşkence mağduru olduğu iddia edilen kişiler ya da yasal temsilcilerinin duruşmaları takip etmelerinin sağlanması, soruşturmayla ilgili gelişmelerden haberdar edilmeleri ve gerekirse delil sunmalarına imkan sağlanmalıdır[33].

Hekimler muayene öncesi mağdura gereken açıklamayı yapmalı ve onların rızasını almalıdırlar. Muayenenin yapılacağı ortamda güvenlik kuvvetlerine mensup kimse bulun-

---

29 Protokol, § 78

30 Protokol, s. 93

31 Protokol, s.93

32 Protokol, § 80

33 Protokol, § 81

mamalıdır[34]. AİHM'de AİHS m.3 bağlamında Türkiye aleyhine verilen çoğu kararda kolluk mensuplarının hekim muayenesine eşlik etmeleri bir ihlal gerekçesi olarak değerlendirilmiştir.

İşkencenin belgelendirilmesinde en önemli unsurlardan biri de hekim raporu ile olgunun tespitidir. Burada gerekli donanıma sahip sağlık görevlisinden yaralanmak can alıcı önemdedir. Yukarıda da ifade edildiği gibi hekim, rapor hazırlanırken mağdurun muayene için onayını almakla yükümlüdür. Hekim muayenenin sebebini, muayenenin nasıl yapılacağını mağdura açıklamalıdır. Küçük yaşta kadın mağdurlarda çoğu zaman muayene öncesi bir psikiyatristin aydınlatıcı bilgi vermesi gerekebileceği de öngörülmelidir. Hekim raporunun gereken ayrıntılara ve olayın özelliklerine göre düzenlenmesi, hekim adının açıkça belirtilmesi, muayenedeki bulguların anlaşılır şekilde yazıya geçirilmesi zorunludur[35]. Ülkemizde CMK hükümleri sanık ve mağduru doktor muayenesi açısından neredeyse aynı statüde görmektedir. 76.maddesi mağdurun yargıç veya ivedi hallerde savcı kararı ile rızası olmasa bile muayene edilmesini gerektiren bir tarzda kaleme alınmıştır. Konuya sanık ve mağdur açısından ayrı ayrı bakmak gerekir. AİHS 8.maddesi ve AİHM içtihatları sanıktan rızası olmasa bile suçun delillerine ilişkin saç, kan gibi vücuttan örnekler alınmasına imkan tanır. Öncelikle ifade edelim ki mağdurun hem işkence ve kötü muameleye uğradığını öne sürüp hem de muayene olmayı reddetmesi anlaşılır bir durum değildir. Ülkemizde daha çok küçük yaşta evliliğin TCK tarafından suç sayılması gibi hallerde bu ve benzeri durumlarla karşılaşılabilir. Ancak böyle bir durumda devlet görevlileri sanık durumunda değildirler. Diğer yandan kamu görevlisine benzeri suçlama yönelten biri muayene olmayı reddederse yakınmasının ciddiliği tartışmalı hale girer.

Muayene öncesinde mağdurun veya kanuni temsilcisinin rapor hazırlama süreciyle ilgili bilgilendirilmesi gereklidir. Hekim raporu gizli tutulmalı ve ilgisiz üçüncü kişilerin bu durumu öğrenmelerinin mağduru daha fazla inciteceği unutulmamalıdır. Ancak rapor mağdurdan veya küçük yaşta ise kanuni temsilcisinden gizli tutulamaz[36].

Mağdurun rızası olmadığı halde doktor muayenesinden geçirilmesinin AİHS sözleşmesi açısından içtihatla açıklığa kavuşturulması henüz gerçekleşmemiştir. Bununla beraber mağdur muayene edilmeyi reddetmekle işkence ve kötü muamele iddiasının en önemli dayanağını da kendisi engellemiş olacaktır. Bu tarz davranan birinin AİHM önünde dava açması açıkça dayanaksız sayılacaktır. Bu ise başvuru daha incelenme-

34 Protokol, § 83

35 Protokol, § 83, § 94

36 Protokol, § 84

den reddedilecek anlamına gelir. Ayrıca böyle bir davranış Sözleşmenin 17.maddesindeki hakkın kötüye kullanılması manasına gelecektir. Mağdurun zorla muayene edilmesi İstanbul Protokolü ilkeleri ile de bağdaşmaz. Konuya Türk mevzuatı ve AİHM kararları ışığında bakılması pratik bir sonuç verecektir. Gerçekten mağdur muayeneyi reddettiği için muayene gerçekleşmemişse ve bu durum "ikna edici bir şekilde İstanbul Protokolü" çerçevesinde belgelenmişse kamu görevlilerinin veya devletin sorumluluğuna yol açan bir sonuç hiçbir şekilde söz konusu olamaz. AİHS m. ve İstanbul Protokolünün amacı işkence mağdurunun durumunun belgelenmesidir. Eğer mağdur belgelemeye temel oluşturacak bir idari tasarrufa karşı çıkıyorsa ve tıp etiği gibi gerekçelerle bunu aşmak mümkün değilse konu devletin işkenceyi önlemesi bağlamında çözülmüştür anlamına gelecektir.

İstanbul Protokolü mağduru koruma odaklıdır ve mağdurun çıkarlarının korunmasına özel bir önem verir. Hazırlanan hekim rapor iddiayı soruşturan makama yazılı olarak sunulmalıdır. Mağdurun onayı olmadıkça rapor başka bir kimseye aktarılamaz[37].

Polis ve jandarmanın faaliyet alanlarına ilişkin hukuki düzenlemeler hukuk devletini hayata geçirmede adeta taşıyıcı bir motor işlevine sahiptir. Bu alandaki hukuksal düzenlemeler aynı zamanda hukuk devletine olan inancın da kolayca kaybolmasına yol açabilecek derecede risklidirler. Kolluğun yetkilerinin aşırı genişletilmesi, bu yetkileri kullananlarca kolluk hukuku alanındaki kamusal yetki kullanımında hukuk kurallarının yeterince ciddiye alınmamasına yol açabilir. Kolluk kuvvetleri yetkilerini kullanırken hukuk kurallarına riayet etmeyi durumun gerekleri gibi fiili olgulara dayanarak göz ardı etme eğilimine girebilmektedir. Buradan hareketle yapılan hukuka aykırılıklar güvenliği sağlamak gibi gerekçelerle meşrulaştırılmaya çalışılır[38]. Bu meşrulaştırma çabaları anayasal sistemimizdeki kişinin fiziki ve ruhsal vücut dokunulmazlığı ile insan onurunun dokunulmazlığını öngören temel haklar garantilerine ve AİHS hükümlerine uygun değildir.

İşkence ve kötü muamele zaman zaman kitlesel linç duygularının bir dışa vurumu haline gelebilmektedir. Bir hukuk devletinde kitlesel duyguların da gemlenmesi gereği vardır. İşkenceyi önleme bağlamında İstanbul Protokolünde yer alan ilke ve öneriler bu bakımdan yol gösterici kurallar olarak hem işkencenin belgelenmesine hem de dayanaksız işkence ve kötü muamele olaylarının engellenmesine hizmet etmektedir. Bu bakımdan Protokol hem zanlıları hem de kamu görevlilerini koruyucu bir el kılavuzu olarak görülmeli ve bu bilinçle uygulanmalıdır.

---

37 Protokol, § 84

38 Daniela Klimke, **Wach- & Schließgesellschaft Deutschland Sicherheitsmentalitäten in der Spätmoderne**, Verlag für Sozialwissenschaften, Springer, 2008, s. 28

Unutulmamalıdır ki AİHM ne devletin öne sürdüğü savunma gerekçelerini ne de işkence mağdurunun iddialarını olduğu gibi kabul eder. Her ikisini de sorgular, gerçek olup olmadığını araştırır. Bu araştırmada "yakalama, gözaltı, sorgu, serbest bırakılma, cezaevinde gerçekleşen bir iddia söz konusu ise cezaevi kayıtlarına" bakmaktadır. Aranan cevap şudur: GERÇEK BİR BELGELENDİRME YAPILMIŞ MIDIR? YOKSA TARAFLARDAN BİRİ SENARYO MU OLUŞTURMAYA ÇALIŞMAKTADIR? KISACA OLAYIN GERÇEK FOTOĞRAFI ORTAYA KONMAYA ÇALIŞILIR. BU ÇABADA PROTOKOL İLKELERİNE UYGUN BELGELENDİRME HEM İŞKENCE İDDİASININ GÖZDEN KAÇMASINI ÖNLEMEKTE HEM DE KAMU GÖREVLİLERİNİN HAKSIZ İTHAMLARLA KARŞI KARŞIYA KALMASINI ENGELLEYEREK BİR NEVİ SİGORTA GÖREVİ GÖRMEKTEDİR.

İSTANBUL PROTOKOLÜ BAĞLAMINDA HEKİME ULAŞMA HAKKI VE HEKİMİN UYMAKLA YÜKÜMLÜ OLDUĞU ETİK İLKELER

*Prof.Dr.Ahmet Nezih KÖK**

Hukuki Belgeler ve İşkence Yasağı

Uluslararası ve ulusal hukukta işkence hiçbir olağanüstü şart veya mazeret kabul edilmeksizin yasaklanmıştır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi işkence yasağını dile getiren baş yapıt niteliğindeki uluslar arası hukuk belgeleridir.

II.Dünya Savaşı'ndan sonra kurulan Birleşmiş Milletler Teşkilatı 10 Aralık 1948 yılında Paris'te yapılan oturumunda **İnsan Hakları Evrensel Bildirisi** (Universal Declaration of Human Rights)' ni kabul etmiştir. 30 maddelik bu bildiri, insan onurunu ön plana çıkaran, insan haklarının korunmasını dünya barışının ön şartı sayan ve daha sonra kaleme alınacak uluslar arası hukuki belgelerin gerekçelerinde yer alan bir bildiri olarak insan haklarının tarihsel gelişimindeki onursal yerini almıştır. İnsan haklarına evrensel nitelikte koruma getiren Birleşmiş Milletler tarafından yayımlanan bu bildirinin 5.maddesinde "Hiç kimse işkenceye, zalimane, gayri insani, haysiyet kırıcı cezalara veya muamelelere tabi tutulamaz" ifadesi yer almaktadır.

İnsan haklarının bölgesel düzeyde korunmasına yönelik olarak 4 Kasım 1950 tarihinde imzaya açılan ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinde "Kimse işkence ve insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ve cezaya tabi tutulamaz" " ifadesi yer almaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti gerek Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ni gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni imzalayarak taraf devlet durumuna gelmiştir. Ayrıca; Türkiye, bölgesel koruma mekanizmaları içerisinde yer alan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlal edilmesi durumunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvurularda Mahkeme'nin düzeltici nitelikteki yargılama yetkisini de kabul etmiştir.

Temel nitelikleri ile insan haklarına saygılı bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 17.maddesinde " Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz, kimse insan

* Atatürk Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı, Erzurum.

haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz" ifadesi yer almaktadır.

İşkencenin Tanımı

Uluslararası hukukta mutlak biçimde yasak olan işkencenin tanımını İşkenceye Karşı Sözleşme "bir kişi üzerinde kasıtlı biçimde uygulanan ve o kişiden ya da üçüncü bir kişiden bilgi edinmek yahut itiraf elde etmek; o kişinin ya da üçüncü bir kişinin gerçekleştirdiği yahut gerçekleştirdiğinden şüphelenilen eylemden ötürü onu cezalandırmak; ya da o kişiyi ya da üçüncü kişiyi korkutmak yahut yıldırmak gibi amaçlarla; ya da ayrımcılığın herhangi bir türüne dayanan herhangi bir nedenle, bir kamu görevlisi ya da resmi sıfatla hareket eden bir başka kimse tarafından bizzat yahut bu kimselerin teşviki ya da rızası yahut da bu eylemi onaylaması suretiyle yapılan ve gerek fiziksel gerekse manevi ağır acı ve ıstırap veren herhangi bir eylem" şeklinde tanımlamaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu da Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar başlığı bölümünde 95.maddede işkenceyi suç olarak tanımlamıştır. Türk Ceza Kanunu'na göre işkence, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışların kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmesidir.

İstanbul Protokolü

Uluslararası ve ulusal hukukta hiçbir olağanüstü şart veya mazeret kabul edilmeksizin yasaklanmış olan işkencenin bu mutlak niteliği ile ilgili olarak, işkence iddialarında işkence izlerini saptama doğrultusunda kullanılabilecek bir muayene protokolünün hazırlanması fikri ilk kez 1996 yılında Adana'da atıldı. Bu fikir bağlamında bu protokolün Birleşmiş Milletler tarafından onaylanması ve nihai toplantının İstanbul'da yapılması kararlaştırıldı. Süreç sonucunda hazırlanan İstanbul Protokolü 4 Kasım 1999'da resmen Birleşmiş Milletler Belgesi haline geldi.

İstanbul Protokolü'nün uzun adı, "İşkence ve diğer zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı muamele veya cezaların etkili biçimde soruşturulması ve belgelendirilmesi için el klavuzu"dur.

İstanbul Protokolü'nün öncelikli amacı, işkence ve kötü muamelenin etkin araştırması ve belgelenmesinde uluslararası standartları oluşturmaktır.

İstanbul Protokolü'nün İç Hukuktaki Yeri

Bir devletler hukuku normunun iç hukukta sonuç doğurması için ilgili devletin bu kuralı kendi iç hukuk kuralı haline getirmesi gerekir. 1982 Anayasası'nın 90/I kuralına göre "Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla ya-

pılacak antlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır". Söz konusu düzenleme konuya ilişkin genel bir kuraldır.

Türk Anayasal sisteminde devletler hukuku normlarının iç hukuktaki konumunun belirlenmesinde 90.madde temel öneme haizdir. 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 antlaşma hükümleri esas alınır" denmek suretiyle temel haklar konusunda Türkiye'nin taraf olduğu antlaşma ve sözleşmelere öncelik tanınmıştır.

İstanbul Protokolünün Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda oylamaya bile gerek duyulmadan kabul edilmiş olması Birleşmiş Milletler üyesi bütün devletlerin bu konudaki görüş birliğini yansıtmaktadır. Diğer yandan İstanbul protokolüne atıf yapan veya bu el klavuzunda yer alan ilkelere isim vermeden vurgu yapan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları mevcuttur. Bu nedenle İstanbul Protokolü güçlü bir teamül hukuku ilkeler demeti olma yolundadır.

İşkence uluslar arası hukukta mutlak ve kesin bir ifade ile yasaklanmıştır. İşkenceyi mazur gösterecek hiçbir şart söz konusu değildir. Koruduğu değerler nedeniyle işkence yasağı, buyruk kural (jus cogens) olarak tanınmıştır. Bu nedenle İstanbul Protokolü her ne kadar uluslar arası bir sözleşme olmamakla birlikte uluslar arası hukukun buyruk emri olan ve sözleşmelerde tanımlanan işkence yasağının yetkin ve bağlayıcı bir açılımıdır. Bu nedenle de işkence ve kötü muamele vakalarının etkin bir şekilde soruşturulması ve belgelenmesi konusunda Türkiye'nin de İstanbul Protokolüne uygun soruşturma yapma yükümlülüğü bulunduğuna şüphe yoktur.

İnsan hakları hukuku bakımından işkence, kişinin yaşam hakkına ve yaşam hakkının en önemli bileşeni olan bedensel ve ruhsal bütünlüğüne yönelik bir suçtur. İşkence her ne kadar bireyin bütünlüğünü hedef alsa da sistematik bir şekilde gerçekleştirilen işkence diğer bireylerin kamusal yaşama katılım kapasitesini ve isteğini azaltarak topluma yönlenmiş bir tehdittir.

AİHM, devlet ajanlarının işkence yaptığının kesin bir şekilde kanıtlamadığı davalarda gerekli soruşturmanın yapılmaması nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Bu karar, uluslararası hukuktaki işkence yasağının devletlere yüklediği iki temel görevi açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Taraf devletlerin esasa ilişkin ilk görevi kamu görevlileri aracılığıyla işkence eylemlerini gerçekleştirmemesi ve işkence eylemlerini hoş görmemesidir. Buna devletin negatif yükümlülüğü adı verilir.

İşkencenin önlenmesinde devletin pozitif yükümlülüğü ise; işkencenin önlenmesi için gerekli yasal ve yapısal düzenlemeleri gerçekleştirmesi, ancak tüm çabalara rağmen ihlal iddiaları ortaya çıktığında ise bunların doğruluğunu araştırıp, yaptırım ve giderim mekanizmalarını işletmektir.

Devletin bu pozitif yükümlülüğü usule ilişkin ödevleridir. İşkenceye Karşı Sözleşmenin 12. maddesi; işkence suçunun işlendiğine inanmak için yeterli sebep olduğu durumlarda yetkili makamların, zamanında ve tarafsız soruşturma yürütmesini ilgili Devletin pozitif yükümlülüğü olarak belirtmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında işkence iddialarında ilgili devletin etkin bir soruşturma yapmamasını 3.maddenin ihlali olarak belirtmesi devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirip getirmemesi açısından konuyu daha önemli hale getirmektedir. Bu nedenle uluslararası hukuka göre devletler, işkence olaylarını hemen ve tarafsız olarak etkin bir şekilde soruşturmakla yükümlüdür.

İşte İstanbul Protokolü, işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı muamele veya cezaların etkili biçimde soruşturulması ve belgelendirilmesi için bir el kılavuzudur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yaptığı atıflarla Devletin etkin bir soruşturma yapıp yapmadığına ilişkin kararlarında ölçüt olarak İstanbul Protokolü ilkelerini ayrıntılı biçimde referans almıştır.

İşkence iddiaları ile ilgili olarak yapılan soruşturmanın geniş anlamdaki amacı, iddia edilen işkence olayı ile ilgili delillerin, olayın sorumlularının belirlenmesi ve yargılanmalarının sağlanması ya da işkence görenlerin koşullarının iyileştirilmesini sağlamak amacıyla geliştirilmiş yöntemler kullanılmasıdır.

Hak Arama Hürriyeti Bağlamında İşkence Mağdurunun Hekime Ulaşma Hakkı

Hukuk Devleti olan Türkiye Cumhuriyeti Devletinde egemenlik adı verilen muazzam gücü Türk Milleti adına kullanan Anayasal organlar bu gücü sadece hukukun genel ilkeleri, Anayasa ve kanunlar çerçevesinde insan haysiyetini korumak, insan hakları ile temel hak ve hürriyetleri gerçekleştirmek, adaleti ve hukukun güvenliğini sağlamak amacıyla kullanabilirler. İnsan haysiyeti kavramı en üst değer olarak ve bütün değerlerin odak noktası olarak değerlendirilmelidir. Bu bağlamda insan haysiyetini ayaklar altına alan işkence suçunun önlenmesi, işkence suçu işleyenlerin ortaya çıkarılarak yargılanması ve cezalandırılması hukuk devletinin en önemli yükümlülüklerindendir. Devletin işkence iddialarında etkin bir soruşturma yaparak gerçeğin ortaya çıkarılması çabası aynı zamanda hak arama hakkının da amaca uygun bir şekilde kullanımını sağlayacaktır. Anayasamızın 36/1 maddesinde de belirtildiği üzere "Herkes meşru vasıta ve

yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

İşkence iddiasında yapılacak etkin bir soruşturmanın en önemli aşamasını sorumluların bir mahkemede yargılanması olasılığı için gerçekleştirildiği iddia edilen işkence vakası hakkında tıbbi delillerin elde edilmesi ve elde edilen tıbbi delillerin belgelendirilmesi oluşturur. İşkencenin ruhsal ve bedensel (fiziksel) belirtilerinin ve bulgularının tespiti tıp etkinlik alanının ve tıp adamının yani hekimin işidir. İşkenceye ait tıbbi delillerin elde edilmesi ve elde edilen tıbbi delillerin belgelendirilmesi işkence mağdurunun hak arama hürriyetini en verimli şekilde kullanabilmesini sağlayacaktır. Bu nedenle hukuk devleti bağlamında haklar manzumesinin hayata geçirilebilmesi için işkence iddialarında mağdurun hekime ulaşabilme hakkı mutlaka en kısa sürede yerine getirilmeli ve tarafsız ve bu konuda deneyimli uzman hekimler tarafından muayene edilebilmeleri sağlanmalıdır. Bu pozitif yükümlülüğün yerine getirilmesi yalnızca işkence yasağının araştırılmasını değil, aynı zamanda bireyin yaşama ve bedensel ve ruhsal bütünlüğün korunmasını da amaçlar.

Diğer yandan herhangi bir nedenle gözaltına alınan kişilerin bağımsız ve kapsamlı bit tıbbi muayeneden geçirilerek muayene bulgularının belgelendirilmesi, gözaltındaki kişilere karşı işkence edilmesini önemli derecede engelleyeceği gibi asılsız işkence iddialarına yönelik bir önlem de oluşturacaktır. Bu bağlamda gözaltına alınan kişilerin sağlık kontrolleri Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 99.maddesine göre hazırlanmış "Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği" hükümlerince yapılacaktır.

İşkence ve Hekimin Yükümlülükleri

İnsan hayatının, insanın ruhsal ve fiziksel bütünlüğünün korunmasına, tedavi edilmesine ve rehabilitasyonuna yönelik etkinlik alanı olan tıbbın baş aktörü olan hekim, insanlık onurunu ve toplumsal yaşam kalitesini ayaklar altına alan hiçbir şartta mazur görülemeyen işkence iddialarında öncelikle negatif yükümlülüklere sahiptir.

1975 yılında Tokyo'da 27.Dünya Tıp Birliği toplantısında işkence, insani olmayan tedavi ve tutukluların cezalandırılması ile ilgili olarak kaleme alınan Tokyo Bildirgesine göre hiçbir hekim, her ne koşulda olursa olsun işkence içerisinde yer alamaz. Bu yer almama aktif olduğu gibi pasif eylemleri de kapsayamaz. Bu bağlamda hiçbir hekim tıbbi bilgi ve becerisini işkence eylemi için ve işkence failleri için kullanamaz.

Nitekim, tüm dünyada kabul edilen görüş, sağlık hizmeti etik kurallarının ana kuralı, kısıtlamalar, baskılar ve yasal sözleşmelere bağlı yükümlülüklerden bağımsız olarak, sağlık hizmeti veren kişinin daima hastanın iyiliğini gözeterek ve yararını düşünerek davranmakla görevli olduğudur. Bunun sonucu olarak, Tokyo Bildirgesine göre Dünya Tıp Birliği, işkence ve yıkıcı tedavi uygulamayı kabul etmeyen ve her türlü tehdit

karşısında olan doktorları uluslararası komitelerin ve ulusal tıp birliklerinin cesaretlendireceğini ve destekleyeceğini açıklamıştır..

İşkencenin önlenmesi ve işkence olaylarının ortaya çıkarılması sürecinde hekimin uymakla yükümlü olduğu pozitif yükümlülükler ise hekimin tıp etiği ilkelerine uygun şekilde davranmaktır.

Hekim, insan haklarının korunması ve sürdürülmesinde özel bir konuma sahiptir ve genellikle insan hakları ihlallerinin ilk tanıklarıdır. Bu nedenle, tıbbi bakım sorumluluklarının gereği olarak ilk tanığı oldukları insan hakları ihlallerinde tıp etiği ilkelerine uygun şekilde davranmakla yükümlüdürler

Tıp Etiği İlkeleri

İşkencenin tespit edilmesi ve raporlanması aşamasının baş aktörü olan hekim bu rolünü yerine getirirken tıp mesleğinin metodolojisini uygulamaktadır. Hekim, öykü alma (anamnez) ile başlayan hastayla olan ilişkisinin her aşamasında Hipokrat'tan bu yana 2500 yıllık süreçte geliştirilmiş temel tıp etiği ilkelerine göre davranmak zorundadır.

İşkenceye maruz kaldığını iddia edenler evleviyetle hasta olduğu gibi gözaltına alınanlar da tıp mesleği açısından hastadır. Bu nedenle hekim, bireyle olan ilişkisinin her aşamasında İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 4.maddesinde belirtildiği üzere ilgili meslekî yükümlülüklere ve standartlara uygun davranmakla yükümlüdür. Bu nedenle, insan haklarının sağlık alanındaki yansıması olarak tanımlanan hasta haklarının amacına uygun gerçekleştirilebilmesi hekimlik mesleğinin insan onuruna saygılı bir şekilde gerçekleştirilmesine vesile olacaktır.

1) Yararlılık İlkesi ve Zarar vermeme İlkesi

Hipokrat'ın bir mirası olan yararlılık ilkesi (primum utilis esse) özünde; sağlık uğraşları sırasında hekimin, hastaya her şeyin üzerinde ve öncelikle yararlı olmasını ifade eder. Dünya Tabipler Birliği Cenevre Bildirgesi'nde yer alan ve mesleğe atılacak müstakbel hekimlere ettirilen Hipokrat yeminde yer alan "Yaşamımı insanlığın hizmetine adayacağıma söz veriyorum" ifadesi ile özdeşleşen yararlılık ilkesi gereği hekim hastasına yararlı olmakla yükümlüdür.Bu yükümlülükle amaçlanan, bir eylemin olumlu sonuçları ile olası olumsuz sonuçlarını belli bir dengede tutabilmektir. Bu ilke doğrultusunda Türk Tabipleri Birliği tarafından kabul edilmiş "Hekimlik Meslek Etiği İlkeleri" kapsamında hekim, görevi ve uzmanlığı ne olursa olsun, gerekli tıbbi girişimlerin yapılamadığı acil durumlarda, ilk yardımda bulunur.

Hekimin öncelikli görevi, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır. Meslek uygulaması sırasında insan onurunu gözetmesi de, hekimin öncelikli ödevidir.

Bu ilkenin uygulanmasında mutlak yararlılık konusu tartışmalıdır. Özellikle işkence mağdurlarının tıbbi değerlendirmesinde yararın gerçekleştirilmesinde kişi ile kurulacak iletişim ve aydınlatılmış onam ön plana çıkmaktadır. Bu gibi durumlarda yarışan iki veya daha fazla etik ilkeden hangisinin ön plana çıkarılması çözülmesi gereken bir sorunsal olabilir.

Hekim, yararlılık ilkesinin tam olarak uygulanamaması durumunda zarar vermeme ilkesine göre hareket etmelidir. Zarar vermeme ilkesi (primum non nocere), en azından mevcut durumun korunmasını amaçlamaktadır. İşkence olgularında, özellikle kişinin onamını almadan kişi aleyhine olası olumsuz durumların ortaya çıkmaması için zarar vermeme ilkesi ön plana çıkabilmektedir. Mesela, cinsel içerikli işkenceye maruz kalmış kişide özellikle olası psikolojik travmanın tekrarlanmaması için muayenede değişiklik yapılması zarar vermeme ilkesi ile açıklanabilir.

Özel bir durum olarak Protokolde de belirtildiği üzere, sağlık çalışanları hak ihlalinin, kendi sorumluluk alanında gerçekleştiği iddia edilen yetkililere bildirilmesinin konuyu açıklayan kişi de dahil olmak üzere hasta ve başkalarına da zarar gelmesi riskini taşıdığını akılda tutmalıdırlar. Doktorlar bile bile kimseyi misilleme tehlikesiyle karşı karşıya bırakmamalıdırlar. Bu nedenle, zarar vermekten kaçınma temel ilkesine uygun davranmalıdırlar.

2) Özerkliğe Saygı İlkesi

Asırlarca uygulanan Hipokratik etikte hekim-hasta ilişkisi paternalist bir ilişki olmuştur. Bu ilişkide hekim baba rolünde olup buyurgan bir tavır ortaya koymakta, yardım ve çare arayışındaki güçsüz hastasına yardımcı olmaktadır. Özellikle Avrupa'da yaşanan aydınlanma çağı sonrasında liberalist düşüncenin de etkisiyle insan birey haline gelirken kendisi ile ilgili karar verme sürecine üst düzeyde aktif olarak katılması düşüncesi özerk birey tanımını gündeme getirmiştir. Bu kavramla hekim ve hasta ilişkisinde hekim paternalist tutum göstermekten ve buyurgan tavrından vazgeçmiştir. Böylece hekim ve hasta eşitlenmiştir.

Özerklik, bireyin özgür ve bağımsız olarak kendi başına düşünebilme, kendi hakkında karar verebilme ve bu karara dayanan bir eylemde bulunabilme yeterlik ve yetkinliğidir. Özerk birey, kendi değer, inanç ve yaşam hedeflerini koruyarak; gerek ve koşullara uygun, akılcı-özgür eylem ve seçimde bulunabilir. Özerkliğe saygı ilkesi, bireyin özerkliğini ortaya koyan eylemlerine, öteki bireylerin saygı göstermesi ve bireyin de bu saygıyı bekleme hakkına sahip olmasıdır. Sağlık uğraşılarında özerkliğe saygı ilkesinin yaşama geçirilmesi kuşkusuz sağlık çalışanlarının başta gelen yükümlülüklerindendir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi aydınlatılmış onam aracılığıyla olmaktadır.

3) Aydınlatılmış Onam

Tıp etiğinin iskeletini oluşturan özerkliğe saygı, zarar vermeme ve yararlılık ilkelerine dayanan aydınlatılmış onam (bilgilendirilmiş rıza) hastanın karar verme esasına dayanan hasta-hekim ilişkisinin temelini oluşturmaktadır. Aydınlatılmış onam bireyin özerkliğini korumaktan başka, bireyin özerkliğini yükseltmeye de hizmet eder. Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilecek biçimde verilmelidir. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alınmışsa geçersizdir. Hasta vermiş olduğu aydınlatılmış onamı dilediği zaman geri alabilir. Diğer bir ifadeyle her tıbbi uygulama için ayrı ayrı aydınlatılmış onam alınmalıdır.

Dünya Tabipler Birliği Lizbon Bildirgesi aydınlatılmış onama yer veren ilk belgelerden birisidir. İstanbul Protokolü de aydınlatılmış onamı geniş bir şekilde ele almıştır. Protokole göre sağlık çalışanları kişileri muayene etmeden önce muayenenin ve tedavinin amacını açıkça anlatmalıdırlar. Muayenenin temel amacının tıbbi bakım olmadığı durumlarda (a) hastanın durumu bilip, onay vermesine (b) uygulanacak işlemin hiçbir şekilde hastanın çıkarına ters olmamasına büyük özen gösterilmelidir.

İstanbul Protokolüne göre, bir soruşturmaya delil olması amacıyla yapılan fizik muayenede onay alınırken hastanın, muayeneden elde edilecek sağlık verilerinin nasıl kullanılacağı, nasıl saklanacağı ve kimlerin bu verilere ulaşabileceği konusunda bilgilendirilmesi şarttır.

4) Sır Saklama Yükümlülüğü (Gizlilik)

Hekimin sır saklama yükümlülüğü, "Kendini bana tevdi eden kimselerin (hastaların) sırrını muhafaza edeceğim" diyen Hipokrat'tan bu yana her daim gözetilen bir sorumluluk olarak dile getirilmiştir. Özünde üst düzeyde güvene dayanan hekim-hasta ilişkisinde hekimin göstermesi gereken özen borcunun en önemli bileşeni sır saklama yükümlülüğüdür. Hatta bu yükümlülük hastanın ölmesi halinde bile devam eder.

İstanbul Protokolü'nde de geniş şekilde yer alan bu ilke insanlara ciddi bir zarar vermesi ya da adaletin ciddi bir biçimde çarpıtılmasına neden olması gibi istisnai durumlarda ihlal edilebilir. Nitekim Türk Tabipleri Birliği'nce kabul edilmiş "Hekimlik Meslek Etiği İlkeleri" madde 9 da bu anlamdadır. Ancak kişinin sağlık bilgilerinin

gizliliğinin korunması genel bir ilkedir ve bu konudaki gizlilik ilkesine ancak konudan haber edilen ve bilgilendirilen hastanın rızasıyla uyulmayabilir. Sağlık çalışanlarının hastalara zarar verme riski içeren kimlik bilgilerini vermeye zorlandıkları veya yasalar nedeniyle bu bilgiyi vermekle yükümlü oldukları durumlarda ikilemler çıkabilir. Bu gibi durumlarda hastanın iyiliğine ve özerkliğine saygı gösterme, hastanın iyiliği için davranma ve zarar vermekten kaçınma gibi temel etik yükümlülükler diğer yükümlülüklerin önüne geçer.

5) Adalet İlkesi

Sağlık alanında adalet ilkesi tıbbi kaynakların (araç-gereçten her türlü hizmete kadar) gereksinimlere göre, eşit ve dürüstçe dağıtılmasını ifade eder. Bu dağıtım sırasında hekim, hastaları arasındaki siyasal görüş, sosyal durum, dini inanç, milliyet, etnik köken, ırk, cinsiyet, yaş, toplumsal ve ekonomik durum ve benzeri farklılıkları gözetmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 3.maddesinde belirtildiği üzere herkesin sağlık gereksinimlerini karşılamak için sağlık hizmetlerinden adil bir şekilde yararlanma hakkı vardır. İşkence mağdurlarının muayenesi ve tedavisi parasız olarak gerçekleştirilmelidir. Ayrıca işkencenin tıbbi delillerinin tespiti için mağdurun, gerekli yardımcı tanı yöntemlerinden ve gerekli konsültasyon hizmetlerinden yararlandırılması adalet ilkesinin bir gereğidir.

6) Vicdani ve Mesleki Kanaat

Hekim, mesleğini uygularken vicdani ve mesleki bilimsel kanaatine göre hareket edeceği gibi hekimlik mesleğinin uygulaması sırasında olağanüstü durumlar ve savaş da dahil her durumda ve aşamada başta İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi olmak üzere tüm insan hakları belgelerine ve hekimlikle ilgili ortak kurallara uymakla, evrensel nitelikteki tıbbi etik kuralları yansızlıkla uygulamakla yükümlüdür. Çağdaş bilim, hekime mesleğini icra ederken yegane yol göstericidir. Hekimin özellikle adli görevini yerine getirirken tam bağımsızlık içinde hareket etmesine her kişi ve kurum saygı göstermek zorundadır. Hekimin aktif ya da pasif olarak iradesinin zaafa uğratılması sadece hekimlik mesleğinin onurunu zedelemez, aynı zamanda adalet duygusunun zarara uğratılarak yüce yargının da örselenmesine neden olur. Bu nedenle hekimin bağımsızlığının korunması için herkes üzerine düşeni yapmak zorundadır.

Sayılan bu temel ve tarihsel tıp etiği ilkelerinin yanı sıra Türk Tabipleri Birliği'nce de yazılı hale getirilmiş diğer etik ilkeler ve yükümlülükler de her hasta-hekim ilişkisinde mutlak surette göz önüne alınması ve uygulanması gereken kodlardır.

Yukarıda belirtilen genel tıp etik ilkeleri bazı durumlarda pozitif hukuk kuralları ile çatışabilir. Ortaya çıkan ikilemlerde sağlık çalışanlarının ne yapacağı hususunda kesin ta-

vır belirlenmiştir. Bu tavra göre sağlık çalışanları temel etik kuralları tehlikeye atmaktan ya da hastaları ciddi tehlikeye maruz bırakmaktansa hukuka ya da yasal düzenlemelere uymayı reddetmelidirler.