



AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ DAİRE

YAZGÜL YILMAZ -TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru no:36369/06)

KARARIN ÖZET ÇEVİRİSİ

STRAZBURG

1Şubat 2011

İşbu karar AİHS'nin 44/2 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir. Şekli düzeltmelere tabi olabilir.

USUL

Türkiye Cumhuriyeti Devleti aleyhine açılan (36369/06) no'lu davanın nedeni, T.C. vatandaşı Yazgül Yılmaz'ın (başvuran) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne 29 Ağustos 2006 tarihinde İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - AİHS) 34. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvurdur.

Başvuran, İzmir Barosu avukatlarından M. İşeri tarafından temsil edilmektedir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

Başvuran 1986 doğumlu olup, İzmir'de ikâmet etmektedir.

On altı yaşındaki Bayan Yılmaz 15 Temmuz 2002 günü saat 18:30'da, yasadışı terör örgütü PKK'ya (Kürdistan İşçi Partisi) yardım ve yataklık ettiği gerekçesiyle Kızıltepe Emniyet Müdürlüğü polisleri tarafından yakalanarak gözaltına alınmıştır.

Aynı gün belirtilmeyen bir saatte, kolu sargılı olan başvuran tıbbi rapor düzenlenmesi için Kızıltepe Hastane'sine gönderilmiştir. Doktor N.E., emniyet müdürlüğünün talebi üzerine düzenlediği el yazımı tıbbi raporda başvuranın vücudunda hiçbir darp ve şiddet izine rastlanmadığını belirtmiştir.

Gözaltının ikinci günü olan 16 Temmuz 2002 tarihinde, Kızıltepe Emniyet Müdürlüğü Çocuk Şube Komiseri başvuranın vücudunda şiddet izi bulunup bulunmadığının ve kızlık zarının zarar görüp görmediğinin belirlenmesi amacıyla ilgili şahsın hem tıbbi ve hem de jinekolojik muayeneden geçirilmesini talep etmiştir. Bu yazıda jinekolojik muayenenin başvuran tarafından istendiği belirtilmiştir. Bununla birlikte, bu talep başvuran ya da yasal temsilcisinin imzasını taşımamaktadır.

Bunun üzerine Kızıltepe Devlet Hastanesi'ne sevk edilen Bayan Yılmaz, önce bir jinekolog ve daha sonra bir pratisyen doktor tarafından muayene edilmiştir. Jinekolog, Çocuk Şube Komiseri'nin kendisine gönderdiği belge üzerine el yazısıyla verdiği cevap notunda, başvuranın kızlık zarının bozulmamış olduğunu bildirmiştir. Pratisyen doktor ise, genç kızın vücudunda hiçbir darp ve şiddet izine rastlanmadığını belirtmiştir. Bu belge, jinekolojik muayeneyi gerçekleştiren doktorun ilgili şahıs ya da yasal temsilcisinden izin alıp almadığı konusunda hiçbir bilgi içermemektedir.

17 Temmuz 2002 tarihinde, başvuran bir kez daha tıbbi muayeneden geçirilmiştir. Muayeneyi gerçekleştiren doktor, el yazımı raporunda ilgili şahsın vücudunda hiçbir taciz izine rastlanmadığı sonucuna varmıştır.

Aynı gün, genç kız tutuklanarak cezaevine konulmuştur.

29 Temmuz 2002 tarihinde hazırlanan iddianemede PKK'ya yardım ve yataklıkla suçlanan Bayan Yılmaz hakkında Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi önünde ceza davası açılmıştır.

3 Ekim 2002 tarihinde, DGM, ilgili şahıs hakkında beraat kararı vermiştir. Aynı gün, başvuran serbest bırakılmıştır.

23 Ekim 2002 tarihinde, psikolojik bozukluklar yaşayan Bayan Yılmaz, sağlık durumu ile ilgili bir tıbbi rapor düzenlenmesi amacıyla İnsan Hakları Vakfı İzmir Şubesi'ne başvurmuştur. Bir psikiyatr, bir jinekolog, bir ortopedi uzmanı ve bir pratisyen doktorun gerçekleştirdiği muayeneye dayanarak düzenledikleri 16 Ocak 2003 tarihli raporda, vakıf doktorları, ilgili şahsın travma sonrası gelişen stres bozuklukları ve depresif sorunlar yaşadığı sonucuna varmıştır.

Öte yandan, başvuranın talebi üzerine, üç adli tıp doktorundan oluşan İzmir Tabipler Odası heyeti 13 Ekim 2004 tarihinde bir rapor düzenlemiştir. Bu rapor, yine 7 Kasım 2002 ile 2 Temmuz 2004 tarihleri arasında bir pratisyen doktor, bir ortopedi uzmanı, bir jinekolog ve bir psikiyatr tarafından gerçekleştirilen çeşitli muayenelerde elde edilen bulgulara dayanmaktadır. Heyet on sayfalık raporunda, başvuranın gözaltında tutulduğu sürede düzenlenen tıbbi raporların başvuranın fiziki ya da psikolojik şiddete maruz kalıp kalmadığının belirlenmesi için yetersiz olduğu ve bu nedenle İstanbul Protokolü gereksinimlerine ya da Sağlık Bakanlığı'nın adli tıp hizmetleri ve adli tıp raporlarının düzenlenmesi ile ilgili 20 Eylül 2000 tarihli genelgesine uymadığı sonucuna varmıştır. Öte yandan heyet, daha önce konulan travma sonrası gelişen strese bağlı psikolojik bozukluk teşhisini doğrulamış ve başvuranın gözaltı sırasında şiddet gördüğü yönündeki iddialarının büyük ölçüde tıbbi raporlarda varılan sonuçlarla örtüştüğünü belirtmiştir. Raporun ilgili bölümü sunulmuştur.

16 Aralık 2004 tarihinde başvuran, yukarıda belirtilen rapora dayanarak görevi kötüye kullandıkları gerekçesiyle gözaltı sırasında kendisini muayene eden doktorlar ile kendisini gözaltına alan polisler hakkında suç duyurusunda bulunmuştur. Başvuran özellikle dövüldüğünü, cinsel tacize maruz kaldığını (göğüslerine dokunulduğunu, tecavüzle tehdit edildiğini v.s.) ve kendisine tazyikli su fışkırtıldığını ileri sürmüştür. İlgili şahıs ayrıca tutuklu kişilere tanınan temel güvencelerden yararlanmadığını savunmuştur. Öte yandan başvuran, jinekolojik muayenenin yetkili makamların izni ve kendi rızası alınmadan gerçekleştirildiğini iddia etmiştir.

Savcılık, doktorlar ile başvuranı gözaltına alan polisler hakkında açılan davaların birbirinden ayrılmasına karar vermiş ve muayene eden doktorlar hakkında bir ceza davası açmak üzere Kızıltepe Kaymakamlığı'ndan izin istemiştir.

Kızıltepe Kaymakamlığı, gözaltı sırasında başvuranı muayene eden doktorların davasıyla ilgilenmek üzere 13 Haziran 2005 tarihinde kaymakamlığın sağlık müdür yardımcısı A.K.'yi müfettiş olarak tayin etmiştir. Müfettiş tarafından dinlenen doktorlar A.O., N.E. ve C.T., başvuranı yürürlükteki mevzuata uygun olarak muayene ettiklerini ifade etmişlerdir. Jinekolog C.T., özellikle savcılığın yazılı ve sözlü talimatlarına uygun olarak hareket eden emniyet müdürlüğünün resmi talebi üzerine başvuranı jinekolojik muayeneden geçirdiğini belirtmiştir.

25 Temmuz 2005 tarihinde, müfettiş A.K. soruşturma raporunu Kızıltepe Kaymakamlığı'na sunmuştur. A.K., sözkonusu üç doktor tarafından düzenlenen tıbbi raporların Sağlık Bakanlığı'nın adli tıp hizmetleri ve adli tıp raporlarının düzenlenmesi ile ilgili 20 Eylül 2000 tarihli genelgesine uymadığı sonucuna varmıştır. Bununla birlikte müfettiş, görevi kötüye

kullanma durumunun olaydan iki yıl sonra tespit edilmesi dolayısıyla disiplin soruşturması açılması yönündeki talebin reddedilmesini önermiştir.

4 Ağustos 2005 tarihinde, Kızıltepe Kaymakamlığı adı geçen doktorlar hakkında kovuşturma başlatılmasına izin vermemiştir. 11 Kasım 2005 tarihinde, Diyarbakır Bölge İdare Mahkemesi başvuranın itirazını reddetmiştir.

15 Aralık 2005 tarihinde, Kızıltepe Kaymakamlığı'nın kararına uyan Kızıltepe Savcılığı, doktorlar hakkında yapılan suç duyurusu ile ilgili olarak takipsizlik kararı almıştır. 10 Şubat 2006 tarihinde, ağır ceza mahkemesi başvuranın itirazını reddetmiştir. Bu karar ilgili şahısa 13 Mart 2006 tarihinde tebliğ edilmiştir.

Dosyadan anlaşıldığına göre, kötü muamele iddiasıyla polisler hakkında açılan ceza davası da, Kızıltepe Savcılığı'nın 21 Ocak 2009 tarihinde aldığı takipsizlik kararının ağır ceza mahkemesi başkanı tarafından 11 Mayıs 2009 tarihinde onanmasıyla kapanmıştır.

HUKUK

I. KABULEDİLEBİLİRLİĞE İLİŞKİN

Hükümet, bir yandan başvuranın hukuk ya da idare mahkemelerinde tazminat davası açmaması dolayısıyla iç hukuk yollarını tamamen tüketmediğini ve diğer yandan ilgili şahsın altı aylık süreye uymadığını iddia etmektedir.

Başvuranın tazminat davası açmaması ile ilgili olarak AİHM, geçmişte de birçok kez Hükümetin öne sürdüğü benzer hukuk yollarını incelediğini ve ulusal düzeyde etkili bir resmi soruşturma olmadığı durumlarda bu hukuk yollarının AİHS'nin 3. maddesinin gereklerini karşılamadığı sonucuna vardığını hatırlatmaktadır (bakınız, diğerleri arasından, *Türkiye aleyhine İlhan davası* [GC], n° 22277/93, prg. 61-62, CEDH 2000-VII, ve, daha yakın bir tarihte, *Türkiye aleyhine Ali Hıdır Polat davası* (n° 2), n° 7989/05, prg. 25, 6 Ekim 2009). AİHM, mevcut davada bu sonuçtan farklı düşünmeyi gerektirecek herhangi bir neden görememektedir.

Altı aylık süreye uyulmadığı yönündeki itirazla ilgili olarak AİHM, altı aylık sürenin *başlangıç tarihini* oluşturan kesin ulusal mahkeme kararının ağır ceza mahkemesi başkanı tarafından 10 Şubat 2006 tarihinde verildiğini ve bu kararın başvurana 13 Mart 2006 tarihinde tebliğ edildiğini gözlemlemektedir. Dolayısıyla başvuru, 29 Ağustos 2006 tarihinde, yani söz konusu süre sona ermeden sunulmuştur.

AİHM, bu nedenle Hükümetin öne sürdüğü iki kabuledilemezlik gerekçesini reddetmekte, ayrıca başvurunun AİHS'nin 35. maddesinin 3. paragrafı anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve başka bir kabuledilemezlik gerekçesi bulunmadığını tespit etmektedir. Dolayısıyla, başvurunun kabuledilebilir ilan edilmesi uygun olacaktır.

II. AİHS’NİN 3. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

Başvuran, tıbbi raporların düzenlenme şekline itiraz etmekte ve gözaltı sırasında kendi rızası alınmadan jinekolojik muayeneye tabi tutulduğundan şikâyetçi olmaktadır.

Başvuran, ayrıca gözaltında iken kendisini muayene eden doktorlar hakkında cezai kovuşturma açılmamasından şikâyetçi olmakta ve iddialarını dile getirebileceği etkili bir itiraz yolunun bulunmadığını ileri sürmektedir.

Başvuran, diğer taraftan AİHS’nin 3. maddesine atıfta bulunmaktadır.

Hükümet, bu iddiaya karşı çıkmaktadır.

A. Tarafların savları

Başvuran, tıbbi ve jinekolojik muayenelerle ilgili düzenleme ve uygulamalardan şikâyetçi olmaktadır. Başvurana göre, gözaltı sırasında doktorlar, kendisine kötü muamele iddialarını destekleme imkânı sağlayacak etkili bir tıbbi muayene yapmamıştır. Başvuran, 13 Ekim 2004 tarihli rapor sonuçlarına atıfta bulunmakta ve bu muayenelerin ilgili bakanlık genelgesi ile İstanbul Protokolü’ne uygun olarak gerçekleştirilmediğini ifade etmektedir. Başvuran ayrıca, gözaltı sırasında kendi rızası alınmadan bir jinekolojik muayeneye tabi tutulduğundan şikâyetçi olmaktadır. İlgili şahsın gözünde, kendi iradesi dışında gerçekleştirilen bu muayene, insanlık dışı ve aşağılayıcı bir durum olmanın yanında, özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına yersiz bir müdahale teşkil etmektedir.

Hükümet, jinekolojik muayenenin başvuranın rızası dahilinde gerçekleştirildiğini, hiçbir surette zorla jinekolojik muayeneye maruz bırakılmadığını savunmaktadır. Bu bağlamda Hükümet, tutuklu kadınların kolluk kuvvetlerine karşı asılsız cinsel taciz suçlamalarında bulunmalarını önlemek amacıyla bu jinekolojik muayenelerin gerekli olduğunu belirtmektedir. Bu amaçla, sözkonusu muayenelerden sonra kayıt altına alınan tıbbi raporlar, özellikle cinsel istismar iftiralarına karşı mücadelede kullanılabilecek bir kanıt belgesi oluşturmaktadır. Hükümet, bu bağlamda Avrupa İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı ya da Aşağılayıcı Muamele veya Cezanın Önlenmesi Komitesi’nin (CPT) 27 Şubat ile 3 Mart 1999 tarihleri arasında gerçekleştirdiği Türkiye ziyareti sonrasında düzenlediği raporda dile getirilen önerileri hatırlatmaktadır. CPT, tutukluların bir doktor tarafından muayene edilmesinin cinsel şiddete karşı önemli bir teminat oluşturduğunun altını çizmektedir. Bu nedenle, CPT, ulusal makamlardan tutukluları cinsel şiddetten korumak amacıyla, adli tıp raporlarının düzenlenmesi de dahil olmak üzere, gerekli tüm önlemlerin alınmasını istemektedir. Ayrıca, özellikle 1 Ekim 1998 tarihinde yürürlüğe giren yakalama, tutuklama ve sorgulamaya dair yönetmelik ile ve özellikle cinsel şiddet iddiaları söz konusu olduğunda adli tıp muayenelerinde takip edilecek yeni resmi işlemlerin kabul edilmesi ile, iç hukuktaki yasa ve uygulamalar önemli ölçüde değiştirilmiştir. Son olarak, 1 Haziran 2005 tarihinde, beden muayenesi, genetik incelemeler ve fizik kimliğin tespiti yapılırken çocuk yaştakiler de dahil ilgili şahısların onayını almak üzere özel önlemler içeren ceza muhakemesi yönetmeliği kabul edilmiştir.

B. AİHM'nin değerlendirmesi

AİHM, mevcut başvuru konusunun, başvuranın ulusal mahkemeler önünde dile getirdiği işkence ya da cinsel taciz iddiası olmadığını gözlemlemektedir. Mevcut başvuru çerçevesinde, başvuran tıbbi ve jinekolojik muayenelerin uygulanma şekline karşı çıkmakta ve tutuklanan kişileri koruyan temel güvencelerden yararlanamadığını savunmaktadır.

AİHM, AİHS'nin 3. maddesinin hiçbir istisna öngörmediğini hatırlatmaktadır. Buna göre, 3. madde hükümlerinde işkence ve insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya cezanın mutlak bir şekilde yasaklanmış olması, Avrupa Konseyi'ni oluşturan demokratik toplumların en temel değerlerinden birini yansıtmaktadır (*Birleşik Krallık aleyhine Soering davası*, 7 Temmuz 1989, prg. 88, seri A n° 161).

Bir kötü muamelenin 3. madde kapsamına girebilmesi için, asgari bir şiddet düzeyine ulaşması gerekmektedir. Bu asgari düzeyin değerlendirilmesi özü itibarıyla göreceli olup, özellikle muamelenin süresine, fiziksel ve ruhsal etkilerine, bazen de mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi unsurlara bağlıdır (bakınız, diğerleri arasından, *Finlandiya aleyhine Raninen davası*, 16 Aralık 1997, prg. 55, *Derleme* 1997-VIII).

AİHM, AİHS'nin 3. maddesiyle bağlantılı olarak 1. maddesinin, Yüksek Sözleşmeci Taraflara yetki alanı içindeki herkese AİHS'nde tanımlanan hak ve özgürlükleri sağlama yükümlülüğü yanında, bu kimselerin işkence ya da insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ve cezalara maruz kalmaması için gerekli önlemleri alma sorumluluğu yüklediğini hatırlatmaktadır (bakınız, *mutatis mutandis*, *Birleşik Krallık aleyhine Z ve diğerleri kararı* [GC], n° 29392/95, prg. 73, CEDH 2001-V, ve *Birleşik Krallık aleyhine A. davası*, 23 Eylül 1998, prg. 22, *Karar ve hükümlerin derlemesi* 1998-VI).

Mevcut davada, başvuranın kişisel durumu, genç yaşı itibarıyla savunmasız olarak nitelenmektedir. Toplumun en savunmasız kişileri kategorisine girmesi dolayısıyla, onu koruma ve 3. maddeden kaynaklanan pozitif yükümlülüklerle uygun önlemler alma yükümlülüğü Türk Devleti'ne aittir. Öta yandan, başvuran gözaltı sırasında bir dizi muayeneye tabi tutulmuştur. Dolayısıyla, AİHM'nin görevi, ihtilaflı uygulama ve yönetmeliğin, ve özellikle mevcut davada uygulanma şeklinin AİHS'nin 3. maddesi gereğince Savunmacı Devlet'e verilen yükümlülüklerin ihlalini oluşturacak nitelikte olup olmadığını araştırmaktır.

1. Jinekolojik ve tıbbi muayeneler hakkında

AİHM, henüz on altı yaşında olan başvuranın 15 Temmuz 2002 tarihinde yasa dışı bir terör örgütüne yardım ve yataklık ettiği gerekçesiyle yakalandığını gözlemlemektedir. Dosyadaki unsurlara bakıldığında, ebeveynlerin ya da yasal temsilcisinin bu yakalama ile ilgili olarak bilgilendirilmediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu çocuk iki gün boyunca Kızıltepe Emniyet Müdürlüğü binasında gözaltında tutulmuş ve daha sonra 3 Ekim 2002 tarihine kadar cezaevinde tutuklu kalmıştır.

Bayan Yılmaz gözaltı sırasında birçok tıbbi muayeneden geçirilmiştir. 15 ile 17 Temmuz 2002 tarihlerinde gerçekleştirilen ilk ve son muayeneler ilgili şahsın gözaltına alındığı sıradaki sağlık durumunun ve bu süre zarfında şiddet görüp görmediğinin belirlenmesi amacını taşımaktadır. Ayrıca, 16 Temmuz 2002 tarihinde Kızıltepe Emniyet Müdürlüğü

Çocuk Şube Komiseri bir jinekolojik muayene talimatı vermiştir. Bu muayenenin amacı ise başvuranın kızlık zarının zarar görüp görmediğinin belirlenmesidir.

Oysa, mevcut dava dosyasında, yetkililerin jinekolojik muayene için başvuranın ya da yasal temsilcisinin rızasını almayı denediğini gösteren hiçbir unsur bulunmamaktadır. Şüphesiz, 16 Temmuz 2002 tarihli talepte, jinekolojik muayenenin başvuran tarafından istendiği belirtilmiştir. Ancak, başvuran ya da yasal temsilcisi tarafından imzalanan herhangi bir belge bulunmadığı için başvuranın gerçekten rızası alınmaya çalışıldığı ya da rızası alındığı konusunda AİHM'nin bazı çekinceleri bulunmaktadır. Üstelik, jinekoloğun ifadelerine bakıldığında, onun da başvuran ya da yasal temsilcisinin rızasının alınıp alınmadığını araştırmadığı anlaşılmaktadır. Öte yandan, başvuran savcılığa verdiği ifadede hiçbir zaman onay vermediğini söylemiştir.

Her ne olursa olsun, AİHM'nin gözünde, çocuk yaştaki bir kimseden onay alma işlemi jinekolojik muayenenin önemine tekabül eden asgari güvenceleri içermeliydi. Ayrıca, gözaltı sırasında yetkililerin tam kontrolü altında ve savunmasız bir konumda bulunan Bayan Yılmaz'ın böylesi bir muayeneye karşı koyması beklenemezdi (*Türkiye aleyhine Y.F. davası*, n° 24209/94, prg. 34, CEDH 2003-IX). Dolayısıyla, mevcut davada AİHM, jinekolojik muayene talebinde başvuranın bu muayeneyi istediği yazılı olsa da, bu görüşe itibar edemez.

Öte yandan, AİHM olayın meydana geldiği dönemde tutuklu kadınların jinekolojik muayenesi konusunda yasal bir boşluk tespit etmektedir (*Y.F.*, ilgili bölüm, prg. 43, ve *Türkiye aleyhine Juhnke davası*, n° 52515/99, prg. 76, 13 Mayıs 2008). Sadece gözaltında tutulan kişilerin tıbbi muayenesini düzenleyen kurallara dayalı olarak gerçekleştirilen bu muayeneler keyfi eylemlere karşı mevcut yasal güvenceler gözetilmeden uygulanmıştır (*Y.F.*, ilgili bölüm, prg. 43).

Bu bakımdan, esas itibarıyla fiziki şiddet izlerinin görünen kalıntılarını teşhis etme amacını taşıyan bedensel muayenenin aksine, her halükarda cinsel organlara dokunmayı gerektiren jinekolojik muayenenin bir insan için daha fazla travma oluşturabileceğini hatırlatmak yerinde olacaktır. Çocuk yaştaki birinin jinekolojik muayenesi söz konusu olduğunda, yetişkinler için öngörülen güvencelerden daha fazlası gereklidir. Örnek vermek gerekirse, muayenenin her safhasında çocuk yaştaki bir kimsenin ve temsilcisinin onayının alınması, muayeneye refakat edecek üçüncü bir şahısı seçme hakkı verilmesi, tercihinine göre kadın ya da erkek doktor tarafından muayene edilme imkânı verilmesi, muayenenin gerekçesi, nasıl yapılacağı, sonuçlarının ne olacağı hakkında bilgilendirilmesi ve çocuğun utanma duygusuna saygı gösterilmesi daha uygun olacaktır.

Bu nedenle, AİHM, sadece kolluk kuvvetlerine karşı cinsel şiddet iftiralarını önlemek için gerekli diye tutuklu kadınların otomatik olarak jinekolojik muayeneye tabi tutulması gibi genelleştirilmiş bir uygulamayı kabul edemez. Gerçekten de, bu uygulama tutuklu kadınların menfaatlerini dikkate almamakta ve hiçbir tıbbi zorunluğa dayanmamaktadır (karşılaştırınız *Y.F.*, ilgili bölüm, prg. 43). Bu bağlamda, başvuranın hiçbir zaman gözaltı sırasında tecavüze uğradığını iddia etmediğini hatırlatmak uygun olacaktır. Bu bağlamda başvuranın dile getirdiği cinsel taciz iddiaları, hiçbir surette kişinin bekâreti konusunda bilgi edinmeyi amaçlayan kızlık zarı muayenesini gerektirmiyordu.

AİHM, yeni Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 75, 76 ve 77. maddelerinin 25 Mayıs 2005 tarihinde yapılan değişiklikle ilk defa jinekolojik muayeneler de dahil beden içi muayeneleri kurala bağladığını tespit etmektedir. Bu yeni yasa değişikliği ile, usule ilişkin güvenceler (böyle muayeneler için talimat verecek yetkili merci, kişinin rızası, doktor seçimi v.s.) öngörülmüştür. Öte yandan, 1 Haziran 2005 tarihinde, beden muayenesi, genetik inceleme ve

fizik kimlik tespiti ile ilgili ceza muhakemesi yönetmeliği kabul edilmiştir. Bununla birlikte, bu metinler çocuk yaştakilerin korunmasına yönelik özel tedbirler içermemektedir.

AİHM, ayrıca İzmir Tabip Odası heyetinin düzenlediği 13 Ekim 2004 tarihli raporda belirtildiği şekilde, başvuranın daha önce tabi tutulduğu muayenelerle ilgili tıbbi belgelerin başvuranın herhangi bir şekilde fiziki ya da psikolojik şiddet görüp görmediğini ortaya koymadığı ve dolayısıyla Sağlık Bakanlığı'nın yayınladığı genelgede öngörülen tıbbi değerlendirme kriterlerine uymadığı konusunu da önemsemektedir. Aynı rapora göre, ilgili şahsın rızası alınmadan jinekolojik muayeneye tabi tutulması cinsel travma olarak değerlendirilebilir. Rapor ayrıca, travma sonrası gelişen strese bağlı bozukluk teşhisini doğrulamakta ve başvuranın gözaltı sırasında şiddet gördüğü yönündeki ifadelerinin büyük ölçüde tıbbi raporlardaki sonuçlarla örtüştüğünü bildirmektedir. Bir pratisyen doktor, bir ortopedi uzmanı, bir jinekolog ve bir psikiyatr tarafından 7 Kasım 2002 ve 2 Temmuz 2004 tarihleri arasında gerçekleştirilen birçok muayeneye dayanan sözkonusu raporun olaylardan iki yıl sonra düzenlenmiş olması açıklanan bu sonuçları değiştirmez.

Hepsi bir araya konulduğunda, yukarıdaki unsurlar, özellikle de 13 Ekim 2004 tarihli rapor, sözkonusu tıbbi muayenelerin yüzeyselliği konusunda başvuranın iddialarına güçlü bir karine oluşturmaktadır.

Bu nedenle, AİHM, Bayan Yılmaz'ı hürriyetinden mahrum bırakan yetkililerin onu gözaltı sırasında korumak için hiçbir pozitif önlem almadığını gözlemlemektedir. Tıbbi belgelerin temel niteliği, başvuranın tabi tutulduğu tıbbi muayeneleri tüm etkinlikten yoksun bırakmıştır. Aynı şekilde, yetkililerin çocuk yaşta birinin gerektiği şekilde rızasının alınması ya da uygun bir refakatçi gibi temel güvencelerden yararlanmaksızın jinekolojik muayeneye tabi tutulmasının, hürriyetinden mahrum bırakılmanın yanında ona başka travmalar yaratabileceğini düşünebilmesi, hatta bilmesi gerekirken, aynı yetkililer bu yönde hiçbir önlem almamışlardır.

Bu itibarla, AİHM başvuranın gözaltı sırasında yukarıda belirtilen koşullarda temel güvencelerden yoksun bırakılmasının onu derin bir şaşkınlığa sürüklediği kanaatine varmaktadır. Öte yandan AİHM, bu çocuk yaştaki şahsı jinekolojik muayeneye tabi tutmaya karar veren yetkililerin, bu durumun sözkonusu şahıs üzerinde yaratacağı psikolojik sonuçları görmezden gelemeyeceği kanaatindedir. Küçük yaşı ve refakatçi olmadan gerçekleştirilmesi dikkate alındığında, bu muayenenin sözkonusu kişi üzerinde aşırı bir tedirginlik yaratması kaçınılmaz olduğundan, aşağılayıcı muamele sınırına ulaştığı söylenebilir.

Sonuç olarak, AİHS'nin 3. maddesi bu açıdan ihlal edilmiştir.

2. Soruşturmanın etkinliği hakkında

Başvuran, ayrıca gözaltı sırasında kendisini muayene eden doktorlar hakkında bir ceza soruşturması açılmadığından şikâyetçi olmakta ve iddialarını dile getirebileceği etkili bir hukuk yolunun bulunmadığını savunmaktadır.

Öncelikle AİHM, fiziki bütünlüğe ya da yaşam hakkına yapılan ihlal kasıtlı yapılmamışsa, « etkili bir hukuk sistemi » ortaya koyma pozitif yükümlülüğünün mutlaka her durumda cezai kovuşturma gerektirmediğini ve ilgili şahsa medeni, idari ya da disiplin cezası öngören hukuk yolları açıldığında sözkonusu yükümlülüğün yerine getirilmiş sayılacağını daha önce de açıkladığını hatırlatmaktadır (bakınız, örneğin, *Fransa aleyhine Vo davası* [GC], n° 53924/00, prg. 90, CEDH 2004-VIII, *İtalya aleyhine Calvelli ve Ciglio davası* [GC], n° 32967/96,

prg. 51, CEDH 2002-I). Gerçekten de, AİHS tarafından tanınan haklardan bir veya birkaçının savunulabilir bir şekilde ihlal edildiği iddiası karşısında, mağdura bu ihlale sebebiyet veren Devlet organları ya da görevlilerinin sorumluluklarını ortaya çıkaracak bir hukuk düzeni sunulması gerekir (*Birleşik Krallık aleyhine T.P. ve K.M. davası* [GC], n° 28945/95, prg. 107, CEDH 2001-V (alıntılar)).

Bu değerlendirme kamu yetkililerinin sorumluluğu altında meydana gelen ihlaller için de geçerli olup, yine AİHS'nin 3. maddesi kapsamına girmektedir (bakınız, *mutatis mutandis, İspanya aleyhine Iribarren Pinillos davası*, n° 36777/03, prg. 50, 8 Ocak 2009). Böyle bir durumda, yetkili merciler, örnek bir titizlik ve ivedilik göstermenin yanında, hem bu ihlalin hangi koşullarda meydana geldiğini ve düzenlemelerdeki olası hataları belirlemek ve hem de herhangi bir şekilde, bu koşullar zincirinde sözkonusu ihlale sebebiyet veren Devlet organlarını ya da görevlilerini tespit etmek için ciddi bir soruşturma gerçekleştirmelidir.

Mevcut davada, başvuran sadece maruz kaldığını iddia ettiği kötü muamele için değil, gözaltı sırasında kendisini muayene eden doktorların cezai sorumluluklarının ortaya konulması için de suç duyurusunda bulunmuştur.

AİHM, yukarıda, çocuk yaştaki bir şahısı hürriyetinden mahrum bırakan yetkililerin gözaltı sırasında onu korumaya yönelik hiçbir önlem almadıkları sonucuna vardığını hatırlatmaktadır. Ayrıca, 13 Ekim 2004 tarihli raporda, sadece tıbbi raporların eksik olduğunun değil, aynı zamanda jinekolojik muayenenin cinsel travma yaratabileceğinin de vurgulandığını tespit etmek uygun olacaktır. Öte yandan, doktorların sorumluluğunu ve gözaltı sırasında başvurunu kimin muayene ettiğini belirlemek üzere tayin edilen müfettiş, üç doktor tarafından düzenlenen tıbbi raporların, Sağlık Bakanlığı'nın adli tıp hizmetleri ve adli tıp raporlarının düzenlenmesi ile ilgili olarak 20 Eylül 2000 tarihinde yayınladığı genelgeye uymadığı sonucuna varmıştır.

Bu nedenle, sözkonusu ihlal sadece pozitif önlemlerin yokluğunu değil, aynı zamanda olayların meydana geldiği dönemde Türk hukukunda mevcut olan kurallara uyulmadığını da ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, Devlet görevlilerinin, yani sözkonusu doktorların sorumluluklarının araştırılması uygun olacaktır.

Oysa, ceza soruşturması, olaylardan iki yıl sonra yaptığı değerlendirmede bir disiplin hatası yapıldığını belirten müfettiş raporundan sonra, takipsizlik kararıyla sonuçlanmıştır. AİHM, ayrıca başvuranın suç duyurusundan sonra Cumhuriyet savcısının bir ceza soruşturması açmak için Kızıltepe Kaymakamlığı'ndan izin istediğini gözlemlemektedir. Bunun üzerine kaymakamlık davadan sorumlu müfettiş olarak, soruşturma konusu doktorlarla aynı hiyerarşi içerisinde yer alan sağlık müdür yardımcısını tayin etmiştir. Daha sonra müfettişin doktorların zamanaşımından yararlanması gerektiği yönündeki kararına uyan kaymakamlık, sözkonusu doktorlar hakkında bir ceza soruşturması açılmasına izin vermemiştir. Bu karar bölge idare mahkemesi tarafından da onaylanınca, Cumhuriyet savcısı takipsizlik kararı vermek zorunda kalmıştır. Bunun sonucunda hiçbir ceza soruşturması yürütülememiştir.

Öte yandan, müfettiş tarafından düzenlenen ve doktorların sorumluluğu olduğu sonucuna varılan 25 Temmuz 2005 tarihli rapor başvurana bildirilmemiştir. Böylece şikâyet edilen eylemlerdeki olası sorumlulukları hiçbir şekilde tespit edilmeyen doktorlar zamanaşımından yararlanmıştır.

AİHM, ilgili idari organların AİHS'nin 3 ve 13. maddelerinde istendiği gibi bağımsız bir soruşturma yürütme kapasiteleri olduğu konusunda ciddi şüpheler taşıdığını bir kez daha hatırlatmaktadır (*Türkiye aleyhine Sunal davası*, n° 43918/98, prg. 60, 25 Ocak 2005 ; *Türkiye aleyhine Nazif Yavuz davası*, n° 69912/01, prg. 49, 12 Ocak 2006).

Mevcut davada, şikâyet edilen eylemlerin faillerini neredeyse cezasız bırakan böylesi bir soruşturma, yukarıda anlatılan eksiklikler nedeniyle ceza yolunu etkisiz hale getirmiştir. Aynı şekilde bu durum, mevcut dava koşullarında başvuranın iddia ettiği ihlallerin telafisini elde etmesini sağlayacak hukuki yolları da işlevsiz hale getirmiştir.

Bu itibarla AİHM, 3. maddenin usule ilişkin yönüyle ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.

III. AİHS'NİN 6, 8 VE 13. MADDELERİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

Başvuran, yukarıda dile getirilen olayların aynı zamanda AİHS'nin 6, 8 ve 13. maddelerinde güvence altına alınan hakları için de bir ihlal teşkil ettiğini savunmaktadır.

Hükümet, bu iddiaya itiraz etmektedir.

AİHM, sözkonusu şikâyetin yukarıda incelenen şikâyetle bağlantılı olduğunu ve dolayısıyla bunun da kabuledilebilir ilan edilmesi gerektiğini kaydetmektedir.

AİHS'nin 3. maddesi ile ilgili tespiti göz önüne alan AİHM, mevcut davada, bu hükümlerin ihlal edilip edilmediğinin incelenmesine gerek olmadığı kanaatine varmaktadır.

IV. AİHS'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

Başvuran, manevi tazminat başlığı altında 50 000 Euro talep etmektedir. Başvuran ayrıca, AİHM önünde yapılan savunma için ödenen avukat ücretlerini de içeren yargılama masraf ve giderleri karşılığında 1000 Euro ve 3 000 TL (yaklaşık 1.550 Euro) talep etmektedir. Başvuran, kanıt belgesi olarak sadece İstanbul barosunun ücret tarifesi sunmaktadır.

Hükümet, bu taleplere itiraz etmektedir.

AİHM, yukarıda tespit edilen 3. madde ihlali kapsamında başvuranın belli ölçüde manevi zarara uğradı kanaatine varmakta ve bu başlık altında kendisine 23.500 Euro ödenmesine hükmetmektedir. Yargılama masraf ve giderlerine ilişkin olarak AİHM, elinde gerekli kanıt belgelerinin bulunmamasını ve içtihadında dile getirilen kıstasları göz önüne alarak, bu talebi reddetmektedir (*Türkiye aleyhine Ato davası*, n° 29873/02, prg. 27, 8 Haziran 2010).

AİHM, gecikme faizinin Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi faiz oranına üç puanlık bir artış eklenerek belirlenmesini uygun görmektedir.

BU GEREKÇELERE DAYALI OLARAK, AİHM,

1. Oybirliğiyle, başvurunun kabuledilebilir olduğuna;

2. Oybirliğiyle, AİHS'nin 3. maddesinin esas bakımından *ihlal edildiğine*;
3. Bire karşı altı oyla, AİHS'nin 3. maddesinin usul bakımından *ihlal edildiğine*;
4. Oybirliğiyle, AİHS'nin 6, 8 ve 13. maddeleri kapsamında yapılan şikayetlerin incelenmesine *gerek olmadığına*;
5. Bire karşı altı oyla,
 - a) AİHS'nin 44/2 maddesi gereğince kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içinde, ödeme tarihindeki döviz kuru üzerinden Türk Lirası'na çevrilmek üzere, Savunmacı Devlet tarafından başvurana her türlü vergiden muaf tutularak 23.500 Euro (yirmi üç bin beş Euro) manevi tazminat *ödenmesine*;
 - b) Yukarıda belirtilen sürenin sona erdiği tarihten ödemenin yapılmasına kadar geçen süre için, sözkonusu meblağlara, Avrupa Merkez Bankası'nın anılan dönem için geçerli olan marjinal kredi faiz oranına üç puanlık bir artış eklenmek suretiyle belirlenecek basit faiz *uygulanmasına*;
6. Oybirliğiyle, adil tatmine ilişkin diğer tüm taleplerin *reddine*;

KARAR VERMİŞTİR.

İşbu karar Fransızca olarak hazırlanmış ve AİHM'nin iç tüzüğünün 77. maddesinin 2. ve 3. paragraflarına uygun olarak 1 Şubat 2011 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.

Mevcut karar ekinde AİHS'nin 45/2 ve İçtüzüğün 74/2 maddesi uyarınca Yargıç Sajo'nun ayrı oy görüşü yer almaktadır.