

İŞKENCE İLE MÜCADELEDE YARGI ORGANLARININ TUTUMU

Bülent ALGAN*

ÖZET: En ağır insan hakları ihlallerinden biri olan işkence ile mücadele, devletlerin insan haklarına ilişkin en temel yükümlülüklerinden biridir. Uluslararası insan hakları belgeleri ve bu belgelerle kurulmuş olan denetim organlarının yorum ve içtihatları ile de standartları belirlenmiş olan bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde, ulusal yargı yerlerine büyük görev düşmektedir. Bu çalışmada, sözü edilen uluslararası belgeler ve uluslararası organların bu konudaki saptamalarına yer verilmesinin ardından, Türk yargı organlarının işkence karşısında takındıkları tavrın ne olduğu belirlenmeye çalışılmıştır. Sonuç olarak da, “sistemik olarak işkence yapılan ülke” niteliğinden, son yıllardaki yetersiz, ancak olumlu gelişmelere işaret edilerek, işkence ile mücadelede alınması gereken önemli bir yol olduğu ve bu konuda yargı organlarına büyük iş düşüğü vurgulanmıştır.

I. Giriş

Bir olgu olarak işkence, modernliğin ürünü değildir. Aksine, insanlık tarihinin çok önceki dönemlerinden başlayarak karşımıza çıkan bir kavram ve uygulamadır.¹ Ancak, modern devletle birlikte şiddetin tekelleşmesi, daha doğrusu Zygmunt Bauman’ın deyişiyle gözden uzak yerlere taşınması, gelişen “uygarlık” ile birlikte işkence tekniklerinin ve “teknolojisinin” de gelişmesi, modernliğin aslında işkence olgusuna, ya da “kültürüne” çok şey kattığının kanıtıdır da. Kısacası modernlik, olanca yaldızlılığına karşın,

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

* Yrd. Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Ortaçağ’dan günümüze özet bilgi için bkz. Mehmet Emin ARTUK – Ahmet GÖKCEN – A. Caner YENİDÜNYA, **5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 97-101.

işkenceyi aşamadığı gibi, ona çok şey katmıştır.² İnsan haklarının kendisinin değil ama “ihlallerinin evrenselleştiği”³ günümüzde dünyanın çok farklı yerlerinde, işkence yöntemleri arasında ciddi benzerlikler bulunması dikkat çekicidir.⁴

İşkencenin kamuoyunun gündeminden tümüyle sökülüp atılması hoş bir hayal olsa da, hiç olmazsa en az düzeye indirilmesi daha yakın ve gerçekçi bir hedef olarak belirlenebilir. İşkence olaylarının yalnızca azalması, bir başarı olarak değerlendirilemez. Bununla anlatılmak istenen, işkencenin, meşru güç kullanma tekeline sahip olan devletin kamu görevlilerinin sistemli olarak başvurduğu bir araç olma niteliğinin kaybettirilmesi, sıkı bir denetim ve yaptırım mekanizması yoluyla işkence uygulamalarının önüne geçilmesidir. Bunun sağlanması durumunda işkence olgusu, devlete mal edilemeyen, birtakım “hasta ruhlu” kişilerin başvurduğu, gerçek, ciddi ve şiddetli yaptırım tehdidiyle karşılık bulan, “bireysel” ve “ender rastlanılan” olaylar durumuna düşecektir.⁵

Bireylerin tüm insan haklarından tam anlamıyla yararlanmalarının sağlanması bakımından devletin asli sorumlu olmasından hareketle⁶, işkenceyi önlemekle birinci derecede yükümlü olan da, yine devlettir. Şiddeti toplumsal ilişkilerden tasfiye etmesi ve düzeni sağlaması karşılığında şiddetin meşru kullanımını tekeline alan devlet, bunun doğal bir sonucu

² Bauman, Holocaust'u anlattığı eserinde, Holocaust'un modern uygarlık olmaksızın başarılamayacağını şu cümlelerle savunmaktadır: “*Modern uygarlık Holocaust'un yeterli koşulu değil, kesinlikle gerekli koşuludur. O olmaksızın Holocaust düşünülemez. Holocaust'u düşünülebilir kılan, modern uygarlığın akılcı dünyasıdır. Nazilerin Avrupa Yahudiliğini kitle halinde katletmesi yalnızca bir sanayi toplumunun teknolojik başarısı değil, aynı zamanda bürokratik bir toplumun örgütlenme başarısıdır.*” Zygmunt BAUMAN, **Modernite ve Holocaust** (Çeviren: Suha Sertabiboğlu), Sarmal Yayınevi, İstanbul, 1997, s. 32.

³ Mithat SANCAR, “Globalleşen Dünyada Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Mücadelesi”, **İlkokul Öğretmenlerinin İnsan Hakları Açısından Eğitimi Projesi Ders Malzemesi**, İHD Yayınları, Ankara, Tarihsiz, 49-87, s. 50.

⁴ Peter Boppel İle Röportaj: İnsanlar Neden İşkence Yapar? (Çeviren: Mithat Sancar), **Çağdaş Hukuk**, S. 7-8, Kasım-Aralık 1992, s. 42.

⁵ Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı da, işkenceye sıfır tolerans ile amaçlananın, işkenceyi azaltmak değil, tek bir olay yaşanmayacak derecede yok etmek olduğunu belirtmektedir. Bkz. T.C. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, **2007 Türkiye İnsan Hakları Raporları**, Ankara, 2009, s. 206.

⁶ Bkz. Bülent ALGAN, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 76-91.

olarak şiddetin gayrimeşru kullanımını önlemek durumundadır. Böylesi bir görevi üstlenen devletin, kendi organları eliyle şiddeti gayrimeşru amaçlarla ve gayrimeşru biçimlerde kullanması düşünülemez bile. İşkence de, gücün ya da şiddetin gayrimeşru kullanımı dendiğinde ilk akla gelmesi gereken olgudur.

Yukarıda devlete ait olduğu belirtilen, ya da devletçe üstlenilen görev, aynı zamanda devletin sosyolojik meşruluğunun da en önemli kaynağıdır.⁷ Gerçekten de, şiddeti toplumsal ilişkilerden soyutlayamaması oranında siyasal iktidarın da toplumsal düzlemdeki meşruluğu tartışılır olur. Ancak, devletin bu eylemi –başta işkenceye başvurmak üzere- kendi eliyle gerçekleştirmesi, meşruluğunu kendi elleriyle temelinden dinamitlemesinden başka bir anlama gelmez. Denilebilir ki, sosyolojik bakımdan devletin hiçbir tutum ve eylemi, işkenceye başvurmada olduğu kadar, kendi meşruiyetini baltalayamaz.

Bu sorun ister istemez, bireyin devlet karşısındaki konumunun ne olduğu sorusuna verilecek yanıtla da ilişkilidir. Gerçekten de, toplumu oluşturan bireylerin sahip olduğu temel haklar, devletin dayandığı temel ilkeler bütünü olarak algılanmadığı takdirde, “devletin âli menfaatleri” adına insan haklarının ihlal edilmesi ve işkenceye başvurulması da bir temele dayanmış olur.⁸ Oysa, bireyler ve toplum bakımından siyasal iktidarın meşruluğu, çok önemli ölçüde, toplumsal düzeni ve toplumun ve bireylerin güvenliğini sağlamanın yanında bireylerin temel hak ve özgürlüklerine tam anlamıyla saygı göstermesine bağlıdır.

İşte tüm bu nedenlerle, artık evrenselliğine de kuşku duyulmayan işkence yasağının tam olarak yaşama geçirilmesinin, devletin pasif bir duruş sergilemesiyle mümkün olmadığı; kişilerin işkenceden korunması hakkının devletin aktif eylemlerine bağlı olduğunun kabul edilmesi bir zorunluluktur. Bu bağlamda, yargı organlarının, işkence iddiaları karşısındaki tutumları yaşamsal öneme sahiptir. Bu çalışmada da, kişilerin işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ve cezaya tabi tutulmaktan korunmaları bağlamında ulusal ve uluslararası alanda işkence yasağına verilen anlam ile her iki düzeydeki yargı organlarının işkence karşısındaki tutumları ele alınarak,

⁷ Mithat SANCAR, “Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti”, **Doğu Batı**, S. 13, 2000-2001, s. 28.

⁸ Faruk EREM, “İşkence”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 2, 1988, s. 197-207.

Türk yargı organlarının işkence ile mücadelede nerede konumlandığı sorusuna yanıt aranacaktır.

II. Pozitif Hukukta İşkence Yasağı ve İşkenceden Korunma Hakkı

Gerek uluslararası hukukta, gerekse ulusal hukukta anayasalarda yer alan işkenceye ilişkin düzenlemelerin iki ortak noktası olduğundan söz edilebilir. Birincisi, düzenlemelerde benimsenmiş olan ifade tarzının bireye tanınan bir haktan çok devlete yönelik bir yasağı içermesidir. Gerçekten de bu düzenlemelerde genel olarak, “kimsenin işkenceye ve insanlıkdışı ve onur kırıcı muamele ve cezaya tabi tutulamayacağı” biçiminde bir yasaklayıcı hükümden söz edildiği görülmektedir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 5., Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 7., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ise 3. maddesi, farklı ifadelerle de olsa tam olarak bu hususu ortaya koymaktadırlar. 1982 Anayasası’nın 17. maddesi de 3. fıkrasında, benzer şekilde, “*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz*” ifadelerini içermektedir.

Bu düzenleme biçimlerinin diğer bir ortak noktası da, bireylere işkenceden korunmak konusunda mutlak bir güvence sağlamalarıdır. Bir başka anlatımla, başka hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda meşru sınırlamalara dayanak oluşturan kamu düzeni, kamu yararı, kamu güvenliği gibi nedenlerle olağanüstü hal gibi durumların hiçbir şekilde işkence yasağını yumuşatabilmesi, ya da işkenceyi meşru hale getirmesi söz konusu değildir. Bir başka anlatımla, işkence yapılmasının meşru olduğu herhangi bir durum söz konusu değildir. Bunun nedeni, işkencenin gerek etik, gerekse hukuk alanında meşru sayılabileceği hiçbir durumun mevcut olmamasıdır.⁹

En temel hak olarak değerlendirilen yaşam hakkına bile meşru müdahalelerin öngörülebildiği¹⁰ modern hukuk sistemlerinde ve insan

⁹ Bununla birlikte, işkence yasağının istisnasız bir yasak olmasına itiraz edenler de yok değildir. Yaşam hakkına bile istisnaların öngörülebildiği bir ortamda işkenceye de kapı aralanabileceğini ima edenlerden, terör zanlılarına işkence uygulanabilirliğini tartışan görüşlere varıncaya kadar çeşitli görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir. Bu konuda özet bilgi için bkz. İlyas DOĞAN – Abdülkadir AKIL – Gülden ÇAMURCUOĞLU, “Uluslararası Hukukun Değişim Süreci ve İstanbul Protokolünün Uygulamadaki Anlamı”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü** (Editör: İlyas DOĞAN), Özkan Matbaacılık, Ankara, 2009, s. 14-15.

¹⁰ Üstelik yaşam hakkına kısıtlama getiren nedenlerden ölüm cezası dışındakilerin ciddi bir tepki çektiği de söylenemez.

hakları anlayışında işkenceye yönelik hiçbir hukuka uygunluk nedeninin tanınmamış olmasından, tüm devletlerin çıkarması gereken önemli dersler vardır. Bu nedenle de, işkencenin tümüyle dışlanması, devletin insan haklarına ilişkin yükümlülüklerinin başta gelenlerinden biridir.

Yukarıdaki nedenlerle işkencenin önlenmesi, uzun süredir ulusal hukuku ilgilendiren bir konu olmaktan çıkarak uluslararası insan hakları hukukunun da en temel konularından biri durumuna gelmiştir. Temel hakları düzenleyen tüm uluslararası belgelerde yerini alan işkence yasağı, izleyen dönemde salt işkenceye ilişkin bölgesel ve küresel sözleşmelerle de düzenlenmiştir. Sonuç olarak gerek ulusal hukukta, gerekse uluslararası insan hakları belgelerinde işkencenin önlenmesi konusunda devletlerin ne tür yükümlülükler altında olduğu ortaya konulmaktadır.

A. Uluslararası Belgelerde İşkence

1. Birleşmiş Milletler Belgeleri

İşkence ilk olarak, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 5. maddesi ile uluslararası alanda yasaklanmıştır. Ancak bu belgede işkence tanımlanmış değildir. Bu açıdan konuya yaklaşıldığında, işkencenin en geniş tanımını veren uluslararası belgenin, 1975 tarihli Birleşmiş Milletler İşkencenin Önlenmesi Bildirisi olduğu görülür. Bildirinin 1. maddesine göre, “bir kişi üzerinde, ondan ya da üçüncü bir kişiden bilgi alma, itiraf sağlama, işlediği ya da işlediğinden kuşku duyulan bir suçtan dolayı cezalandırma ya da onu ya da diğer kişileri korkutma amacıyla, bir kamu görevlisi tarafından ya da onun kışkırtmasıyla, kasıtlı olarak yapılan, fiziksel ya da zihinsel şiddetli acı ya da ızdırap veren eylem” işkencedir.¹¹

Birleşmiş Milletler tarafından kabul ve ilan edilen bu Bildiriden 12 yıl sonra, Bildirinin Birleşmiş Milletler'e üye devletleri bağlayıcı bir niteliğe sahip olmamasından ve uluslararası bir denetim mekanizması öngörmemesinden kaynaklanan boşluğu kapatmak amacıyla yürürlüğe giren BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi¹² ise işkenceyi “bir şahsa veya

¹¹ Uluslararası belgelerde rastlanılan en geniş işkence tanımı olmasına karşın, bu tanım da yetersiz bulunarak kimi eleştirilere konu olmuştur. Bkz. M. Semih GEMALMAZ, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda İşkencenin Önlenmesi**, Amaç Yayınları, Ankara, 1990, s. 211, dipnot 20. Bu tanımın bir analizi için bkz. Evelyn Mary ASWAD, “Torture By Means of Rape”, **Georgetown Law Journal**, S. 84, 1996, s. 1922.

¹² Tam adı “İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” biçimindedir. Türkiye de bu Sözleşmeye

*üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözetin herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatiyle uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırap veren bir fiil*¹³ olarak tanımlanmaktadır. Sözleşmenin getirdiği bu tanımın, iki yönden BM İşkence Bildirisi'ndeki tanımdan ayrılmakta olduğu görülmektedir. Birincisi, Sözleşmeye göre artık daha çok sayıda eylem yasadışı sayılmaktadır. İkinci olarak da, eyleme kamu görevlisinin katkısının kanıtlanması bakımından sınır aşığıya çekilmiştir.¹⁴

Bundan başka, Sözleşmenin delil yasaklarına ilişkin 15. maddesi, çok önemli bir düzenlemeyi içinde barındırmaktadır. Maddeye göre, işkence yapılarak alındığı belirlenen bir ifade, işkence yapmakla suçlanan kişiye karşı delil olarak kullanılması dışında, hiçbir biçimde herhangi bir cezai kovuşturmada delil olarak kabul edilmeyecektir.

Adı geçen Sözleşme, taraf devletlere birtakım edimler yüklemektedir. Buna göre taraf devletler, yargı yetki alanlarında işkenceyi önlemeye yönelik olarak her türlü yasal, yönetsel, yargısal ve diğer önlemleri almakla yükümlü olmalarının yanı sıra (madde 2/1), işkence eylemi ile buna katılma ya da teşebbüste bulunmayı da suç sayarak caydırıcı bir yaptırımla desteklemekle de yükümlüdürler (madde 4). Taraf devletler, işkenceyi önlemek amacıyla işbirliği içinde bulunmayı da üstlenmişlerdir (madde 9). Ayrıca Sözleşme ile, kişilerin işkence görme olasılığının bulunduğu bir ülkeye gönderilmeleri ile sınır dışı edilmeleri de yasaklanmıştır.

Sözleşme ile, Sözleşmenin taraf ülkelerde uygulanmasını denetlemek ve gözlemek üzere BM İşkencenin Önlenmesi Komitesi kurulmuştur (madde 17). Taraf devletler, Sözleşmeyi imzalamalarından sonraki bir yıl içinde Sözleşme yükümlülüklerini yerine getirmek üzere aldıkları tedbirleri içeren bir raporu hazırlayarak Komiteye sunmakla yükümlüdürler. Bu

taraf ülkelerden olup, Sözleşme, Bakanlar Kurulu'nun 21.4.1988/3441 sayılı kararı ile onaylanmıştır. Sözleşmenin kısa bir değerlendirmesi ve işkenceye yüklediği anlam için bkz. M. Semih GEMALMAZ, **Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı**, Kavram Yayınları, İstanbul, 1993, s. 306-313; ayrıca bkz. Cengiz BAŞAK, "Uluslararası Düzenlemeler Açısından İşkence Yasağı", **Türkiye'de İnsan Hakları Konferansı**, 7-9 Aralık 1998, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Ankara, 2000, s. 139-140.

¹³ 10.08.1988 tarih ve 19895 sayılı Resmi Gazete.

¹⁴ ASWAD, 1996, s. 1923.

raporun ardından ise, dört yılda bir hazırlayacakları periyodik raporları ve bunların yeterli bulunmaması durumunda ek raporlar hazırlayarak Komitenin incelemesine sunmakla yükümlüdürler (madde 19). Komite, bu raporları değerlendirerek “genel yorum” (general comment) yapmak yetkisine sahiptir.

Sözleşmenin bir diğer önemli maddesi de, taraf devletlerden birinde sistemli işkence uygulamalarının olduğuna ilişkin inandırıcı bilgilerin bulunması durumunda, Komiteye gerektiğinde duyularını yerinde incelemek yetkisi de (in loco visit) veren 20. maddedir.¹⁵

Sözleşme ayrıca, 21. madde düzenlemesi ile devletlerarası yakınma sistemini ve 22. maddesi ile de bireysel başvuru sistemini kabul etmiştir. Ancak her iki yolun işletilebilmesi için de taraf devletin Komitenin bu tür başvuruları inceleme yetkisini kabul etmiş olması gerekmektedir. Devletlerarası yakınmaya dayalı mekanizmanın işletilebilmesi için ayrıca karşılıklılık koşulunun da yerine getirilmesi gerekmektedir.¹⁶

İşkenceye karşı BM Sözleşmesi'nin öngördüğü denetim mekanizması, İşkenceye Karşı Komite'nin ziyaretlerine dayalı denetimine olanak veren bir Seçmeli Protokol ile de güçlendirilmek istenmiştir.¹⁷ 22 Haziran 2006 tarihinde yürürlüğe giren bu Protokol, Türkiye tarafından 14 Eylül 2005 tarihinde imzalanmasına karşın henüz onaylanmamıştır.¹⁸ Protokol'de öngörülen ziyaretlere dayalı denetim, işkenceyi “önleyici” bir işlevi yerine getirmek üzere, “İşkenceyi Önleme Alt komitesi” tarafından yürütülecektir.¹⁹

¹⁵ Bkz. GEMALMAZ, 1990, s. 227-231; David HARRIS, **Cases and Materials on International Law**, Fifth Edition, Sweet & Maxwell, London, 1998, s. 716.

¹⁶ Türkiye, gerek bireysel başvuru, gerekse devlet başvurusu yolunu tanıdığını bildirmiştir. Sözleşmenin imza-onay durumları ile, taraf ülkelerin beyan ve çekinceleri için bkz. <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=IV-9&chapter=4&lang=en>, erişim tarihi: 3.12.2009.

¹⁷ Optional Protocol to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (A/RES/57/199), 18 December 2002.

¹⁸ 3 Aralık 2009 tarihi itibarıyla Seçmeli Protokolü 63 devlet imzalamış, bunlardan 50'si onaylayarak Protokole taraf olmuşlardır. Bu konuda bkz. http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=IV-9-b&chapter=4&lang=en, erişim tarihi: 3.12.2009.

¹⁹ Komite ve Alt Komitenin denetim yetkileri, çalışma biçimleri ve birbirleriyle ilişkileri konusunda bkz. Abdurrahman EREN, “Birleşmiş Milletler Sisteminde İşkence Yasağı ve Koruma Mekanizmaları”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü** (Ed: İlyas

Bunlardan başka, Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 7. maddesi, işkenceyi yasaklayan diğer bir önemli düzenlemedir. Maddede, işkencenin tanımı yapılmış değildir. Bu Sözleşme ile getirilenlere, Sözleşmenin kurduğu organ olan İnsan Hakları Komitesi ile ilgili bölümde değinilecektir.

Birleşmiş Milletler kapsamında, İstanbul'da 1999 yılında 6 ay süren bir çalıştay sonucunda hazırlanan ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun 20 Nisan 2000 tarihinde oylanmaksızın kabul edilen 2000/43 sayılı kararın içerisinde yer alan, işkence ile mücadelede devletlerin sorumluluklarına yer veren ilkeler, İstanbul Protokolü olarak adlandırılmaktadır. Bu karar, 4 Aralık 2000 tarihli Genel Kurul'da da oylama yapılmaksızın benimsenmiştir. İstanbul Protokolü²⁰ ile, işkencenin soruşturulması, işkence mağdurlarının tedavisi, işkence sonucu elde edilen "itirafların" yargılamada delil olarak kullanılmaması gibi hususlarda devletlere yol göstermektedir.

2. Bölgesel Düzenlemeler

Bölgesel düzeyde konuya yaklaşıldığında, işkenceye karşı en etkin korumayı sağlayan belgenin, özellikle işkenceyi önlemeye yönelik bir sözleşme olmamakla birlikte, öngördüğü yargı ve yaptırım mekanizması nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olduğu söylenebilir. Sözleşmenin 3. maddesi, aşağıda inceleneceği gibi, işkence ile insanlık dışı ya da aşağılayıcı eylem ya da cezayı mutlak olarak yasaklamaktadır.

Avrupa'da, temel hak ve özgürlüklere ilişkin genel bir koruma sağlayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden başka, işkenceyi önlemek özel amacına yönelik ayrı bir sözleşme de kabul edilmiştir: *İşkencenin ve İnsanlıkdışı ya da Küçültücü Ceza Yahut İşlemin Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi*. Türkiye, bu Sözleşmeyi ilk onaylayan ülke olmuştur.²¹ Bu

DOĞAN), Özkan Matbaacılık, Ankara, 2009, s. 164-180. Ayrıca bkz. Roland SCHMIDT, "BM Özel Raportörü'nün İşkence ve Gözaltı Merkezleri İle İlgili Yetkileri – Uygulamalar ve Bunların OPCAT Kapsamında Ulusal Önleyici Mekanizmalar İçin Uygunluğu", **Toplum ve Hukuk**, S.14, 2008, s. 55-81.

²⁰ "İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelenmesi İçin El Kılavuzu İstanbul Protokolü", bu belgenin resmi adıdır. İstanbul Protokolü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İlyas DOĞAN (Editör), **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Özkan Matbaacılık, Ankara, 2009.

²¹ 26 Şubat 1988 tarih ve 19737 sayılı Resmi Gazete.

sözleşme ile kurulan İşkencenin Önlenmesi Komitesi (Komite), Sözleşmenin 7. maddesine göre, taraf ülkelerdeki durumu yerinde incelemek üzere periyodik ziyaretlerde bulunabilir. Bunun dışında, bireylerin hürriyetinden yoksun bırakıldıklarının ileri sürüldüğü taraf ülkelere, iddiaların yerinde incelenebilmesi için *ad hoc* ziyaretlerde bulunabilir.²² Taraf ülkeler, Komitenin yapacağı ziyaretlere izin vermek zorunda olduğu gibi (madde 2), ziyaret sırasında Komite ile işbirliği içinde bulunmakla da yükümlüdür (madde 3). Komitelerin yapacağı incelemelerle hazırlayacağı raporlarda gizlilik esas olmakla birlikte Komite, taraf ülke ile yeterli düzeyde işbirliğinin gerçekleşmediği kanısına varırsa gizlilikten vazgeçerek kamuya açıklama yapabilir.

Komite, her ziyaretin ardından olayla ilgili tespitlerini ve taraf devlete önerilerini içeren bir rapor hazırlayarak taraf devlete iletir (madde 10). Bundan sonra taraf devletin tutumu önemlidir. Taraf ülke işbirliğini reddeder ve durumu düzeltici eylemlerde bulunmazsa Komite, üyelerinin 2/3'ünün kararıyla açık bildirimde bulunma (public statement) kararı alabilir.²³

Aynı yasak, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinin ikinci fıkrasında ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın 5. maddesinde düzenlenmiştir. Bunlardan başka, Avrupa'da olduğu gibi, Amerika kıtasında da işkenceye ilişkin özel bir sözleşme kabul edilmiştir. Bu sözleşme, 9 Aralık 1985 tarihli *İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Amerikalılararası Sözleşme*'dir.²⁴ Bu sözleşme ile getirilen işkence tanımı ve düzenlemeler, büyük oranda Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ile koşuttur. Bir başka anlatımla, getirmiş olduğu düzenlemeler bakımından,

²² Komitenin ziyaretlerine ilişkin bilgi için bkz. Jim MURDOCH, "The Work of the Council of Europe's Torture Committee", *European Journal of International Law*, S. 5, 1994, s. 229-233.

²³ Komitenin, Türkiye ile ilgili olarak aldığı ve işkencenin Türkiye'de sıkça başvurulan bir yol olduğunu vurguladığı kararları vardır. Komite, 15 Aralık 1992 ve 6 Aralık 1996 tarihlerinde açıkladığı bildirimlerle Türkiye'de yaygın işkence gerçeğine vurgu yapmışlardır. Bu iki bildirim için sırasıyla bkz. *International Human Rights Review (IHRR)*, C. 2, No. 1, 1995, s. 251-259; *International Human Rights Review*, C. 4, No. 2, 1997, s. 509-512.

²⁴ Organization of American States, Treaty Series, No: 67 [AG/Resolution 783 (XV-085); AG-Doc. 2002/85].

İşkencenin Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi'nin denetim ve gözetim mekanizmasından uzak bir yaklaşımı benimsemiştir.²⁵

B. Türk Hukukunda İşkenceye İlişkin Düzenlemeler

Anayasanın 17. maddesinin üçüncü fıkrası, “kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz” biçimindeki düzenleme ile işkenceyi yasaklamaktadır.

Uluslararası belgelere uygun olarak, işkence yasağı 1982 Anayasası'nda da mutlak bir yasaktır; bir başka anlatımla olağanüstü koşulların ortaya çıkması durumunda da bu yasağa istisna getirilemez. Anayasanın 15. maddesi bunu düzenlemektedir. Sözü geçen madde, bilindiği gibi, birinci fıkrasında sayılan olağanüstü koşulların varlığı durumunda temel hak ve hürriyetlerin kullanımının kısmen ya da tamamen durdurulabileceğini ya da bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabileceğini belirtmektedir. Ancak maddenin ikinci fıkrasında, 17. maddede koruma altına alınan “kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğü”nü de kapsayan birtakım haklara bu durumlarda bile dokunulamayacağını açıkça belirtmektedir.²⁶

Anayasal düzenlemeye uygun olarak çeşitli yasalarda da işkenceye ilişkin hükümler yer almakta olup; bunların başında, ceza hukuku alanındaki düzenlemeler gelir. 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı *Türk Ceza Kanunu*, 94. maddesinde işkence yapan kamu görevlilerinin ve bu suça iştirak eden kamu görevlisi olmayan kişilerin aynı şekilde cezalandırılmalarını öngörmektedir.

Bu maddenin tarihsel gelişimine bakıldığında²⁷, pozitif hukuk bakımından olumlu yöne doğru bir gidişin olduğu söylenebilir. 5237 sayılı

²⁵ Geniş bilgi için bkz. GEMALMAZ, 1990, s. 251-262.

²⁶ Bu düzenleme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesi ile tümüyle paraleldir.

²⁷ 5237 sayılı yasaya kadar olan döneme ilişkin olarak işkence suçuna ilişkin maddenin tarihsel gelişimi için bkz. Ayhan ÖNDER, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 221; Timur DEMİRBAŞ, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 23, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1992, s. 26-27. Geniş bilgi için bkz. İlhan ÜZÜLMEZ, “765 Sayılı eski Türk Ceza Kanununda İşkence ve Benzeri Kötü Muamelede Bulunma Suçu”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü** (Editör: İlyas DOĞAN), Özkan Matbaacılık, Ankara, 2009, s. 319-339.

yasadan önce yürürlükte olan 1926 tarih ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan ve işkence fiilinin cezalandırılmasını düzenleyen 243. madde mehz yasadan değil, 1858 tarihli Ceza Kanunu'nun (Ceza Kanunname-i Hümayunu) 103. maddesinden alınmıştır. 243. maddenin 765 sayılı TCK'da konumlandığı yer de ilginçti. Bu suç, "Devlet İdaresi Aleyhine Cürümler" başlığı altında ve "*Hükümet Memurları Tarafından Efrada Karşı Yapılacak Suimuameleler*" adlı fasılda yer almaktaydı.

243. madde, 1961 ve 1999 yıllarında olmak üzere iki kez değişikliğe uğratılmıştı. Maddede 5 Ocak 1961 tarih ve 235 sayılı yasa ile yapılan ilk değişiklikle, işkenceden başka insanlıkdışı ve onur kırıcı muamele ve ceza uygulanması da madde kapsamına alınmıştı. Ancak bu maddedeki düzenlemenin, 1999 tarihli değişikliğe kadar çok sınırlı bir kapsama sahip olduğunu belirtmek gerekir. Eski 243. maddeye göre "*Mahkemeler reis ve azalarından vesair hükümet memurlarından biri maznun bulunan kimselerin cürümlerini söyletmek için işkence eder yahut zalimane veya gayri insani yahut haysiyet kırıcı muamelelere*" başvurursa cezalandırılacaktır. Bu madde, işkenceyi yalnızca kişilere işledikleri suçlarını itiraf etmeye zorlanmaları için başvuru bir hukuka aykırı yöntem olarak tanımlamakta ve böylece işkence tanımının oldukça dar tutulması sonucunu doğurmaktaydı. Bu durum, yargı kararları ile de desteklenmekte ve sanığın; mağdura suçunu söyletmek saiki ile hareket etmesi, suçun oluşması için gerekli koşullardan biri olarak kabul edilmekteydi.²⁸

1999 yılında yürürlüğe giren 4449 sayılı yasa ile yapılan değişiklik sonucunda bu yanlıştan dönülerek "*Bir kimseye cürümlerini söyletmek, mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple*" maddede sayılan fiilleri işlemek suç sayılmış ve bu metotlara başvuran memur ya da kamu görevlilerinin cezalandırılacakları düzenlemesi getirilmiştir.

4449 sayılı yasa ile 243. maddeye getirilen değişiklik her ne kadar işkence tanımının kapsamını genişletmiş olsa da, Birleşmiş Milletler İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi örneğinde olduğu gibi, kamu görevlisi sıfatını taşımamakla birlikte kamu görevlisinin teşvik ya da rızasıyla hareket eden kişilerin eyleminin de işkence tanımının kapsamına alınmaması bir

²⁸ Örnek olarak bkz. Yargıtay CGK, E: 1999/8-109, K: 1999/164, T: 15.6.1999.

eksik düzenleme idi. Gerçekten de, kamu görevlisinin işkence eylemini kendisinin yapması ile bir başkasına yaptırması arasında fiilin gerçekleşmiş olması bakımından bir fark yoktur. Böyle bir durumda hem kamu görevlisinin, hem de işkence tanımına uygun eylemi yapan kişinin aynı suç isnadıyla yargılanmaları uygun olurdu. Maddenin lâfzî yorumu ise, buna olanak vermemekte idi.²⁹

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun hazırlık aşamasında, 243. maddenin bu yaklaşımından vazgeçilmesi gerektiği görüşü benimsenmişti. Öyle ki, 2003 yılında ortaya çıkan TCK Tasarısı'nda ne işkence suçunun ortaya çıkarıcı saiklere, ne de bu fiili işleyenlerin kamu görevlisi olup olmamasına ilişkin bir sınırlama vardı. Tasarının özel hükümlere ilişkin İkinci Kitabının "kişilere karşı suçlar"ı düzenleyen Birinci Kısımının Dördüncü Bölümü (madde 142-144), "işkence" başlığını taşımakta idi. Tasarının 142. maddesi, "*Bir kişiye işkence edene üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir*" hükmünü getirmekle, yasa uygulayıcılarına oldukça geniş bir takdir yetkisi bırakmakta idi. Böylelikle, işkence yapan kişinin sıfatı ve amacı ne olursa olsun; bir başka anlatımla, suçunu söyletme gibi bir amaç taşımaya ya da kamu görevlisi olmasa bile bu maddeye göre cezalandırılması mümkün olmaktadır. Hatta, Tasarının "nitelikli işkence" suçunu düzenleyen 143. maddesi, işkence fiilini işleyen kimsenin kamu görevlileri tarafından "görevlerinin icrasında ve icrası vesilesiyle" işlenmesi durumunu ağırlaştırıcı neden saymıştı.³⁰ "Ağır Nitelikli İşkence" kenar başlığını taşıyan 144. madde ise, eylemin sürekli sakatlık ya da uzuv kaybı ile sonuçlanması durumunda cezanın artırılmasını, ölüm sonucunun ortaya çıkması olasılığında ise ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilmesini düzenlemekteydi.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda 94. maddede düzenlenen işkence suçunun, Tasarıda yer alan düzenlemelerden kimi bakımlardan farklılaştığı görülmektedir. Her şeyden önce yasa koyucu, maddenin içeriğine, tasarının aksine, işkencenin tanımını da katmak yolunu seçmiştir. Buna göre, "*Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine,*

²⁹ Yargıtay da 243. maddedeki "memur" ifadesini dar yorumlamaktaydı. Örnek olarak bkz. Yargıtay 1. C.D., E: 69-1730, K: 970-118, T: 13.01.1970. Ayrıca bkz. Vural SAVAŞ - Sadık MOLLAMAHMUTOĞLU, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Cilt II, Ankara, 1995, s. 2229.

³⁰ Bkz. Türk Ceza Kanunu Tasarısı, m. 143 B fıkrasının 6. bendi.

aşağılanmasına yol açacak davranışlar” işkence olarak nitelenebilir (m. 94/1). Ayrıca maddede, bu fiillerin kamu görevlisi tarafından işlenebileceği belirtilmiştir (f.1). Böylece bu suç, özgü bir suç olma niteliğini sürdürmüştür. Suç, kamu görevlileri tarafından, kamu görevinin ifası sırasında işlenebilir niteliktedir ve bu bağlamda kamu görevi ile işlenen işkence fiili arasında nedensellik bağı aranır.³¹

Bununla birlikte, suçun işlenmesine iştirak eden kamu görevlisi olmayan kişilerin de kamu görevlileri gibi cezalandırılacakları düzenlenmiştir (m 94/2-4). Böylelikle, kamu görevlisi olmayan kişilerin sırf bu nedenle yalnızca “yardım eden” olarak sorumlu tutulmaları ve daha az ceza almaları önlenmek istemiştir.³² Bu düzenleme ile, bir yandan işkencenin kamu görevlileri tarafından işlenebilen bir suç olduğu görüşü benimsenmiş, ancak kamu görevlisi olmayanların bu suçtan kamu görevlileri gibi sorumlu tutulmaktan kurtulmalarının da önü kapatılmıştır.

Öte yandan suçun, saikten bağımsız olarak düzenlenmiş olması da dikkat çekicidir. Bir başka anlatımla işkence suçu, artık genel kastla işlenebilen bir suçtur. Madde bu yönüyle, yukarıda verilen ve uluslararası belgelerde yer alan tanımlarda da görüldüğü gibi işkenceyi ancak belli amaçlarla işlenebilen bir suç olarak gören klasik yaklaşımdan farklılık göstermektedir. 94. maddenin bu düzenleme biçimi kimi yazarlar tarafından eleştirilmektedir.³³

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, işkence suçunu konumlandırma açısından da eski düzenlemeden ayrılmaktadır. Eski biçiminde “*Devlet İdaresi Aleyhine Cürümler*” başlığı altında düzenlenen bu suç, artık “*Kişilere Karşı Suçlar*”dan sayılmaktadır. Bununla, söz konusu suça bakışta bir anlayış değişikliğinin kendini gösterdiği; fiilin cezalandırılması yoluyla

³¹ ARTUK –GÖKCEN – YENİDÜNYA, 2006, s. 115; İlhan ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu”, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, yıl 2, S. 5, 2005, s. 232-233.

³² Gerekçe’den. Bkz. TBMM, Dönem:22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 500-503. Ayrıca bkz. ARTUK –GÖKCEN – YENİDÜNYA, 2006, s. 114.

³³ Bu konuda bkz. Hakan HAKERİ, “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, İlyas DOĞAN (Editör), *İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü*, Özkan Matbaacılık, Ankara, 2009, s. 355-356; Durmuş TEZCAN - Mustafa R. ERDEM - Murat ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 6. Bası, Ankara 2008, s. 253-254.

korunan asıl değerın artık devlet idaresi değil, insan onuru ile bireyin bedensel ve ruhsal bütünlüğü ve sağlığı olduğu söylenebilir.³⁴

İşkencenin suç sayılması, işkenceye başvurularak elde edilen delillerin ceza yargılamasında delil olarak değerlendirilememesi mantıksal sonucunu da doğurur. Bu aynı zamanda, işkence ile etkin mücadele edilmesinin sağlanması bakımından da kabulü zorunlu bir ilke olarak değerlendirilebilir. Öyle ki, işkencenin geçmişte ancak “suçunu söyletmek saiki” ile işlenebilen bir suç olduğunun kabul edilmiş olması, bu suç işlenmek suretiyle delil elde etme arasında ne derece sıkı bir ilişki olduğunu gözler önüne sermektedir.

Bu bağlamda *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu*'nun 254. maddesine 1992 yılında 3842 sayılı Kanun ile eklenen 2. fıkra, soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı biçimde elde ettikleri delillerin hükme esas alınmayacağını düzenlemekteydi.³⁵ Aynı yasa ile getirilen ve yasak sorgu yöntemlerini düzenleyen 135/a maddesi ise, ifade verenin ve sanığın beyanının özgür iradesine dayanması gerektiğini vurguladıktan sonra, bunu engelleyici nitelikteki –işkenceyi de içerir biçimde- eylemleri yasaklamış; 2. fıkrasında da belirtilen yasak yöntemlerle elde edilen ifadelerin rıza olsa bile delil olarak değerlendirilemeyeceğini açıkça ortaya koymuştu.³⁶ Benzer düzenlemeler, sözü edilen yasanın yerini almış bulunan CMK'nın 148. maddesinde kendisine yer bulmuştur.^{37 38}

³⁴ Aynı görüşte, HAKERİ, 2009, s. 342; İlhan ÜZÜLMEZ, “Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu”, *Hukuk ve Adalet*, Nisan 2005, 227-247, s. 232.

³⁵ 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Yasa kapsamında Anayasanın 38. maddesine eklenen 6. fıkra ile aynı yasak bir anayasa hükmü haline getirilmiştir. Buna göre “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.”

³⁶ Konuyla ilgili olarak bkz. Ali ŞAFAK, – Vahit BIÇAK, *Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis*, 3. Baskı, Liberte, Ankara 1999, s. 228; Feridun YENİSEY, *İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma*, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1995, s. 133.

³⁷ İlgili madde aşağıdaki gibidir:

İFADE ALMA VE SORGUDA YASAK USULLER

Madde 148 - (1) Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz.

(2) Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez.

(3) Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez.

Sözü edilen delil yasakları, aynı zamanda ceza yargılaması hukukunda temel ilkelerden olan delil serbestliği ilkesi ile vicdani delil sistemi ve maddi gerçekliğin aranması ilkesinin en önemli sınırlarıdır. Maddi gerçekliğin aranması ilkesi, gerçeğin “ne pahasına olursa olsun” bulunması gibi bir hukukdışılığı içermemektedir. Temel hak ve özgürlüklerin korunması, bu ilkenin önemli bir sınırınıdır.³⁹

Ceza muhakemesinde öngörülen delil yasaklarının, maddi gerçekliğin aranması ilkesini aslında güvence altına alan yasaklar olduğu da söylenebilir. Gerçekten de, işkence sonucunda elde edilen “delilin” maddi gerçeğe uygun olduğunun hiçbir güvencesi yoktur. Özgür iradeyi ortadan kaldıran işkence, yöneltilen bir suçlamanın zorla kabul ettirilmesi sonucunu da doğurabilir.⁴⁰ Ancak bu gerçeğin bile Türk mahkemeleri tarafından geçmişte göz ardı edildiğinin örnekleri ne yazık ki karşımıza çıkmaktadır.⁴¹ Böyle bir yaklaşım, ceza yargılamasının ilkeleri adına, her yargı düzeninin en temel ilkesi olması gereken temel hak ve özgürlüklerin ve insan onurunun korunması ilkesinin çiğnenmesi için verilebilecek uç bir örnek olmanın yanı sıra adaleti gerçekleştirmekle yükümlü bir yargı organımızın tutumunu gözler önüne sermesi bakımından ilginç bir karardır.

(4) Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz.

(5) Şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu işlem ancak Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilir.

³⁸ Yasak sorgu yöntemleri hakkında açıklama için bkz. Cumhur ŞAHİN, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 448-472; Nur CENTEL & Hamide ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Basım Yayım Dağıtım, Ankara, 2006, s. 222-227.

³⁹ Nevzat TOROSLU & Metin FEYZİOĞLU, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınları, Ankara, 2006, s. 170.

⁴⁰ M. Bedri ERYILMAZ, “İşkence Yasağına Yönelik İç Hukukta Öngörülen Usule İlişkin Güvenceler”, İlyas DOĞAN (Editör), **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Özkan Matbaacılık, Ankara, 2009, s. 409.

⁴¹ 12 Eylül döneminde bir sıkıyönetim mahkemesi tarafından verilmiş olan çarpıcı bir karar, sözü edilen delil yasaklarını hiçe sayarak, adı geçen ilkelere öncelik vermesi bakımından önemlidir:

“İşkenceye maruz kalan, doğru cevap vermek zorundadır. Çünkü yanlış bir cevap verdiği takdirde, işkencenin daha da artırılacağını bilir. İfadenin işkence altında alınmış olduğu sabit olsa bile bu, ifadenin gerçek dışı olduğunu ve bu nedenle itibar edilemeyeceğini ortaya koymaz. İşkence ayrı, işkence sonucu verilen ifadelerin doğruluğu ayrı şeylerdir.”Erzincan Sıkıyönetim Mahkemesi, E. 1984/107, K. 1984/375, T. 04.09.1984.

Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 2. maddesinin 2. fıkrası da, işkence yasağıyla ilişkili bir hüküm olarak görülebilir. Maddeye göre “*polis, amirinden aldığı emri, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse yerine getirmez ve bu aykırılığı emir verene bildirir. Ancak; amir emrinde ısrar eder ve emri yazılı olarak yenilerse, emir yerine getirilir. Bu halde emri yerine getiren sorumlu olmaz*”. Ancak asıl önemli olan ve işkencenin amirin emriyle bile yapılamayacağını içeren hüküm, fıkranın son iki cümlesinde gizlidir: “*Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Yerine getirenler sorumluluktan kurtulamaz.*” Aynı yasanın 13. maddesi ise, yakalanan kişinin yakalanma ve adli mercilere sevk ya da serbest bırakılma anlarındaki sağlık durumunun doktor raporu ile tespit edilmesi gereğini düzenleyerek, kişinin gözaltında bulunduğu süre içinde kötü muamele ile karşı karşıya gelmesini engellemeye ve böyle bir muameleye uğradığı doktor raporu ile tespit edildiğinde de ilgililerin işkence suçundan sorumlu tutulabilmelerinin önünü açmıştır.⁴²

Ayrıca, kamuoyunda “İkinci Uyum Yasaları Paketi” olarak bilinen “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”⁴³ adlı 4748 sayılı yasanın 3. maddesi ile 657 sayılı *Devlet Memurları Kanunu*'nun 13. maddesine eklenen ikinci fıkra ile işkence ya da zalimane, gayri insani ya da onur kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen kararlar sonucunda Devlet tarafından ödenen tazminatlardan dolayı bu fiilleri işleyen kamu personeline rücu edilmesini düzenlemiştir. Danıştay da, önemli bir kararında, böylesi durumlarda ilgili kamu görevlisine rücu edilebileceğini teyit etmiş; idarenin kendiliğinden harekete geçmemesi halinde yurttaşların da rücu mekanizmasının harekete geçirilmesi amacıyla idareye başvurabileceğini belirtmiştir.⁴⁴

⁴² Maddenin eleştirisi için bkz. HAKERİ, 2009, s. 411-142. Uygulamada sağlık raporlarının nasıl verilmesi gerektiği de CMK m. 99 gereği çıkarılan Yakalama, Göz Altına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği ile düzenlenmiştir. Bu konuda bkz. aynı yer, s. 412-413.

⁴³ Bkz. Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, Kanun No: 4748, 9.4.2002 tarih ve 24712 sayılı Resmi Gazete.

⁴⁴ “Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare bir zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından ödenmesi temel bir kuraldır. Kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı başvurdukları mahkeme veya makamlarca verilen kararlar uyarınca zararlarının ilgili kurumlarca karşılanması ve kurumların genel hükümlere göre sorumlu memurlara rücu hakkı bulunması, ulusal yargı kararlarının uygulanması bakımından açık olarak düzenlenmiş bir konu olup; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce verilen kararlar sonucunda Devletçe

Anayasal ve yasal düzenlemeler dışında, yürütme organı tarafından işkence ve kötü muamelenin önlenmesi amacıyla yönelik genelgeler de bulunmaktadır. Adalet ve İçişleri Bakanlıkları tarafından ortak olarak hazırlanan ve 2005 yılında ayrıntılı olarak yeniden düzenlenen “Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade alma Yönetmeliği”, bunlardan en önemlisidir. Bir başka örnek olarak ise, “İnsan Haklarına Saygı, İşkence ve Kötü Muamelenin Önlenmesi Hakkındaki 3.12.1997 tarih ve 1997/73 sayılı Başbakanlık Genelgesi” gösterilebilir.⁴⁵

ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi konusundaki tek açık düzenleme ise, kamu görevlisinin kişisel kusurunun belirgin bir biçimde ortaya çıktığı işkence yada zalimane, gayrı insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle hükmedilen tazminatlarda sorumlu personel rücu edilmesi konusuna ilişkin bulunmaktadır. Ancak, yukarıda anılan Anayasa hükmü, Hukuk Devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesi ile rücuyla ilgili genel kurallar göz önünde tutulduğunda, zarara uğradığı yargı kararıyla saptanan kişiye Devlet tarafından tazminat ödendikten sonra sorumlu personele rücu edilmesinin, Hukuk Devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesinin bir gereği olduğu ortaya çıkmaktadır. Rücu kurumunun işletilmesi, kamu görevlisinin kişisel kusurunun doğurduğu zararların yine kendisi tarafından karşılanmasını ve yargı kararının uygulanmaması ya da etkisiz bırakılması gibi hukuka aykırı eylem ve işlemlerden titizlikle kaçınılmasını amaçlar.

*Rücu mekanizmasının işletilmesi, kamu kurumunun yetkileri arasında bulunmakla birlikte, idarenin bunu kendiliğinden yapmadığı durumlarda, yurttaşların bunu sağlamak amacıyla idareye başvurularına bir engel bulunmamaktadır. Kamu hizmeti görevlilerinin kişisel kusurundan kaynaklanan zararın karşılığı olarak ulusal ya da uluslararası bir Mahkemece hükmedilen tazminat devlet tarafından zarara uğrayan kişiye ödendikten sonra ilgili kamu kurumu tarafından sorumlu personele rücu edilmemesi, bu yükün toplum üzerinde bırakılması anlamına geleceğinden, her yurttaş ve özellikle kamu görevlilerinin kişisel kusuru nedeniyle zarara uğrayıp yargısal süreci başlatmış olan yurttaşlar, ilgili personele rücu edilmesini sağlamak amacıyla idareye başvurabilir ve bu başvurularının reddi üzerine de dava açma hakkını kullanabilirler. Kamu hizmeti görevlilerinin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden ve kendi kusurlarından doğan zararı toplum ödemek zorunda değildir.” Danıştay 5. D., E:2007/7369, K: 2008/3234, T: 03.6.2008. Bu konuda bkz. M. Savaş BAYINDIR, “İşkenceden Doğan Mali Sorumluluk ve Türk Hukukundaki Sorunlar”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü** (Editör: İlyas DOĞAN), Özkan Matbaacılık, Ankara, 2009, s. 457-461.*

⁴⁵ Genelgenin içeriği ve o zamanın İnsan Haklarından Sorumlu devlet Bakanının yorumu için bkz., Hikmet Sami TÜRK, **Türkiye’de ve Dünyada İnsan Hakları**, İnsan Hakları Koordinatör Üst Kurulu Yayınları No: 5, Ankara, 1998, s. 175-182.

III. Uluslararası Organlarla Ulusal Yargı Yerlerinin İşkenceye Karşı Tutumu

A. Uluslararası Organların İşkence Olgusuna İlişkin Tutumları

1. İnsan Hakları Komitesi

İnsan Hakları Komitesi, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ile kurulmuş olan, Sözleşmenin denetim organıdır.⁴⁶ Komite, taraf devletlerce periyodik olarak hazırlanacak raporları incelemenin yanı sıra, bireysel başvuruları ve taraf devletlerin birbirleri hakkında yapacakları şikâyetleri de ele alarak değerlendirebilecektir. Belirtmek gerekir ki, Komite, devlet raporlarına ilişkin olarak, diğer pek çok benzer organın yaşadığı ortak bir sıkıntıyı yaşamaktadır: raporların yetersiz olması ya da geç verilmesi, hatta hiç verilmemesi.⁴⁷ Bununla birlikte Komite, hazırladığı genel yorumlardan birinde, işkenceye ilişkin 7. maddeyi yorumlayarak taraf devletlere yol göstermiştir.

Komite, 20 Numaralı Genel Yorumunda⁴⁸, işkenceyi ve kötü muameleyi yasaklayan Sözleşmenin 7. maddesinin amacının bireylerin onuru ile fiziksel ve zihinsel bütünlüğünü korumak olduğunu belirttikten sonra (paragraf 2), devletlerin, yasal, yargısal, yönetsel ve diğer tedbirlerle bireylerin bu tür muamelelerden korunmasını sağlamakla görevli olduğunu vurgulamıştır. Komite, maddenin sınırlandırılmaz (non-derogable) niteliğine de vurgu yapmıştır (paragraf 3). Hangi eylemlerin işkence olduğunun sayılması yolunu seçmeyen Komite, bunun belirlenmesinde bireye yapılan uygulamanın *nitelik, amaç ve şiddetine* bakılması gerektiğini vurgulamıştır (paragraf 4). İşkence yoluyla elde edilen deliller yargılamada esas alınmayacaktır (paragraf 12). Bundan başka, bireylerin işkence görme riski altında oldukları ülkeye iade edilmeleri (paragraf 9), uzun süreli hücre cezası uygulaması (paragraf 6) ve bedensel ceza uygulaması da (paragraf 5) maddeyi ihlal edebilecek niteliktedir.

Bu Genel Yorumda, 6. paragraf özellikle dikkat çekicidir. Bu paragraf, uzun süreli hücre hapsinden söz etmesinin ardından, ölüm cezalarının yerine getirilmesine değinmektedir. Komiteye göre, “ölüm cezası bir taraf devlet tarafından infaz edileceğinde, ...bu infaz en az fiziksel ve

⁴⁶ Komiteye ilişkin olarak bkz. HARRIS, 1998, s. 647-652.

⁴⁷ Örnek olarak bkz. HARRIS, 1998, s. 648, dipnot 56.

⁴⁸ Human Rights Committee, General Comment 20 (Article 7) (Forty-fourth Session), 1992.

ruhsal acı verecek biçimde yapılmalıdır". Komitenin böyle bir yorumda bulunmak zorunda kalması, aslında çaresizlikten kaynaklanmaktadır. Bilindiği gibi, Sözleşmenin yaşam hakkını düzenleyen 6. maddesi, ölüm cezasının yerine getirilmesini yaşam hakkının sınırlandırılması nedenleri arasında saymaktadır. Dolayısıyla, ölüm cezası verilmesini yasaklayan Sözleşmeye Ek 2 Numaralı Protokolü imzalamayan taraf devletler için ölüm cezası verme yolu açıktır.⁴⁹ Dolayısıyla Komite, ölüm cezasının uygulanması sırasında hiç olmazsa "en az acı veren" yöntemlerin seçilmesini istemiştir.

Bunun dışında Komite, özgürlüğünden mahrum edilen kişilerin haklarını düzenleyen 10. maddeye ilişkin genel yorumunda, iki madde arasında bağlantı kurarak, bu madde kapsamına giren bireylerin 7. maddenin yasakladığı eylemlere karşı taraf devletlerce koruma sağlanmasının zorunluluğundan söz etmiştir.⁵⁰

İnsan Hakları Komitesi, bireysel başvuru yoluyla önüne gelen bazı olayları da 7. madde kapsamında inceleyerek görüşlerini ortaya koymuştur. Ancak hatırlanması gereken konu, Komitenin bir mahkeme olmadığıdır. Komitenin yetkisi, önüne gelen bir olayda Sözleşme ile koruma altına alınan hak ve özgürlüklerin çiğnenip çiğnenmediğinin tespit edilmesi ile sınırlıdır. Komite bunu, bir kararında da "*...Komite ne bir mahkeme, ne de bir başka uluslararası insan hakları belgesi olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile kurulmuş bulunan organlar gibi yargı organı benzeri bir yapıdır*" biçiminde belirtmiştir. Komite, bu kararında da belirttiği gibi, Sözleşme ile Ek Seçmeli Protokolün hükümlerini yargısal bir ruhla uygulayan ve Strasbourg organlarınınkine benzer işlevleri yerine getirmektedir. Aralarındaki fark, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin Komiteye tarafları dostane çözüme razı etme yetkisi tanımamış olmasıdır. Daha önemlisi de, Komitenin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi bağlayıcı kararlar verememesidir.⁵¹

⁴⁹ Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, Aiming at the Abolition of the Death Penalty, Annex to General Assembly Resolution 44/128, 1989. Protokol, 1991'den beri yürürlükte olup, 75 devlet tarafından onaylanmıştır. Türkiye Cumhuriyeti bakımından da bu Protokol 2 Mart 2006 tarihinden beri bağlayıcıdır (imza tarihi ise 6 Nisan 2004 idi). Protokol'ün onay durumu için bkz. <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-12&chapter=4&lang=en>, erişim tarihi 01.03.2010.

⁵⁰ Human Rights Committee, General Comment 21 /Article 10) (Forty-fourth Session), 1992, paragraf 3.

⁵¹ 2 Selected Decisions, Human Rights Committee, 1-2.

Bu koşullar altında çalışan Komite, özellikle Uruguay'dan gelen işkence iddialarını inceleme olanağı bulmuştur.⁵² Komitenin bu kararlarında işkence ile zalim, insanlıkdışı ve onur kırıcı muamele ayrımı yapmaması, tanımlardan kaçınarak madde ihlalinin olup olmadığını belirlemesi dikkati çekmektedir. Bu yaklaşım, yukarıda sözü edilen genel yoruma uygundur. Komitenin, yukarıda sözü edilen genel yorumunu destekleyen bir başka kararı da, ölüm cezasının infaz biçiminin 7. maddeyi ihlal ettiğini belirlediği *Pratt ve Morgan/Jamaika* davasıdır.⁵³ Komite, *Voulanne/Finlandiya* davasında ise, insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamelelerin (dolayısıyla işkencenin) somut koşullara göre belirlenmesi gerektiğini belirterek, muamelelerin uygulanma tarzı ve süresi, mağdur üzerindeki bedensel ya da zihinsel etkileri, mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi öğelerin dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır.⁵⁴ *Ng./Kanada* davasında ise Komite, Amerika Birleşik Devletleri'nin Kaliforniya eyaletinde işlediği suçlar nedeni ile ölüm cezasına çarptırılan kişinin Kanada Adalet Bakanı tarafından, adı geçen eyalette ölüm cezasının yerine getirilmeyeceğine ilişkin garanti almadan iade edilmesinin, Sözleşmenin yaşam hakkını düzenleyen 6. maddesi bakımından bir aykırılık bulmamış, ancak ölüm cezasının yerine getirilmesi sırasında uygulanacak yöntemin Sözleşmenin 7. maddesine aykırı olup olmayacağını tartışarak, zehirli gaz ile infazın kabul edilmiş olan uluslararası standartlara uygun olmadığı ve böylelikle 7. maddenin çiğnendiği sonucuna ulaşmıştır.⁵⁵ Böylece varılan sonuç, gariptir ki, ölüm cezasının kendisinin değil, ancak infaz biçiminin uluslararası hukuka ve standartlara aykırı olabileceğidir. Ancak Komite, Kanada'nın benzer tutumunun şikâyet konusu edildiği diğer iki başvuruda Sözleşmenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. *Cox/Kanada*⁵⁶ davasında Komite, ölüm cezasının infazının öldürücü siyanür enjekte edilerek yerine getirilmesinin Sözleşmeyi ihlal etmediğine karar vermiştir. Komite, ABD'de idam cezasına mahkûm edilen kişinin Kanada tarafında bu ülkeye iade edildiği *Kindler/Kanada*⁵⁷ olayında da *Ng./Kanada* davasındaki görüşlerini tekrarlamıştır.

⁵² Bu örnek olayların özetleri ve Komitenin bulguları için bkz. GEMALMAZ, 1990, s. 63-81.

⁵³ Human Rights Committee Report, G.A.O.R., 44th Session, Supp. 40, 1989, s. 230.

⁵⁴ Human Rights Committee Report, G.A.O.R., 44th Session, Supp. 40, 1898, s. 249.

⁵⁵ *NG v. Canada*, 1-2 International Human Rights Report, 1994, s. 161.

⁵⁶ *Cox v. Canada*, 2 International Human Rights Report, 1995, s. 307.

⁵⁷ *Kindler v. Canada*, 1-2 International Human Rights Report, 1994, s. 98.

Komite, bir başka yerde işkencenin sistematik uygulamasından ne anladığını ortaya koymuştur. Buna göre işkencenin, belli bir yerde ve belli bir zamanda rastlantısal olarak değil, en azından söz konusu yerin anlamlı bir bölümünde, sürekli, yaygın ve kasıtlı olarak meydana geldiğinin açıkça görülmesi durumunda işkence yaygın olarak uygulanıyor demektir. Ayrıca Komiteye göre, bu durumun yönetimin iradesinden kaynaklanıyor olması gerekli de değildir; yönetimin kontrol etmekte zorlandığı bazı faktörlerin sonucunda da böyle bir durum oluşabilir. Bundan başka, işkencenin önlenmesi için getirilen mevzuattaki boşluk ya da yetersizlik de sistematik işkence uygulamasına katkıda bulunabilir.⁵⁸

2. Strasbourg Organları

Yukarıda da belirtildiği gibi, salt işkencenin önlenmesine yönelik bir sözleşme olmamasına karşın, işkenceye ilişkin en etkin korumayı ve buna bağlı olarak da en geniş içtihatlar demetini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi organları sunmuştur. Bilindiği gibi işkencenin tanımı ile onur kırıcı ya da insanlık dışı muamele ya da cezadan ayrılan yönleri Sözleşme metninde belirtilmiş değildir. Ancak tüm bunları, hukuksal varlığını sürdürdüğü zamana dek ortaya koyduğu içtihatlarıyla Komisyon ile günümüze kadar gelen süreçte de Mahkeme kararlarında bulmak mümkündür.

Komisyon ve Mahkeme işkenceye ilişkin olarak ilk incelemesini, 1956 yılında Yunanistan'ın İngiltere'yi kolonisi olan Kıbrıs'ta uyguladığı kırbaç cezası ile diğer toplu cezalandırma yöntemleri dolayısıyla yaptığı şikâyet dolayısıyla yapmıştır. 1969 yılında ise, beş taraf ülkenin Yunanistan'ı şikâyeti üzerine ilk kez işkence ile insanlık dışı ve onur kırıcı muamele arasındaki farkı ortaya koymuştur.⁵⁹ Komisyon, bu başvuruyu incelerken işkence ile insanlık dışı ve onur kırıcı muamele arasında bir yoğunluk farkı olduğuna işaret etmişlerdir. Ancak, her işkence eyleminin aynı zamanda insanlık dışı ve onur kırıcı olduğunu belirten Komisyon ayrıca, işkenceye bir de “amaç” unsuru eklemiştir. Komisyona göre işkencenin, bilgi ya da itiraf elde etmek, ya da ceza ya da eziyet çektirmek gibi bir amacı vardır ve işkence genel olarak ağır(laştırılmış) bir insanlık dışı muameledir. Komisyon ile Divan'ın bu yöndeki içtihatlarını belirleyen asıl dava ise, ünlü “beş teknik” uygulamasını incelediği *İrlanda/İngiltere*

⁵⁸ Bkz. Camille GIFFARD, *İşkencenin Rapor Edilmesi* (Çeviren: Orhan Kemal Cengiz), Essex Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi, İzmir, 2001, s. 197.

⁵⁹ ASWAD, 1996, s. 1924.

davasıdır.⁶⁰ Bu tarihten sonra da pek çok davada Komisyon ve Mahkeme, Sözleşmenin 3. maddesinde belirtilen terimleri yorumlama fırsatı bulmuştur.⁶¹

Mahkeme, 3. maddede yasaklanan muamelelere maruz kalma riski ile karşı karşıya olan kişinin Sözleşmeye taraf olan bir ülke tarafından bu riskle karşılaşacağı bir devlete geri verilmesi halinde geri veren devlet tarafından 3. maddenin çiğnenmiş olacağı sonucuna varmıştır.⁶² Mahkeme böylelikle yukarıda sözü edilen Kanada'ya ilişkin üç başvuruda İnsan Hakları Komitesi'nin vardığı sonuçtan farklı bir içtihadı benimsemiştir. Bu aynı zamanda, uluslararası sözleşmelerle koruma altına alınan hak ve özgürlüklerin sınırlarının belirlenmesinde sözleşmelerle kurulan organların rolünün ortaya konması bakımından dikkate değer bir örnektir.

Komisyon, pek çok kararında, birey üzerinde yapılan bilimsel deneylerle verilen (bedensel nitelikli) disiplin cezalarının ve ceza ve tutuklevlerindeki çeşitli uygulamaların da çoğu zaman 3. madde hükmünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

Komisyon, *K. Donnelly/İngiltere* davasında, kamu görevlilerinin ayrıksı nitelikteki kötü muamelelerinin devlete yüklenemeyeceğini belirtmiş, devletin sorumlu tutulabilmesi için bir “idari pratik”ten söz edilmesi gerektiğini belirtmiştir. İdari pratik ya da sistemli uygulama ise, işkence uygulamalarının sistemli biçimde birbiriyle bağlantılı olarak tekrarlanır

⁶⁰ *Ireland v. The United Kingdom*, 18 Ocak 1978, Series A, no. 25. Bu dava için bkz. A. Feyyaz GÖLCÜKLÜ - A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 198-200; Durmuş TEZCAN – Mustafa Ruhan ERDEM – Oğuz SANCAKDAR, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 249.

⁶¹ Örnek kararlar için bkz. GÖLCÜKLÜ – GÖZÜBÜYÜK, 2009, s. 204-214; TEZCAN – ERDEM – SANCAKDAR, 2004, s. 249-267.

⁶² *Soering/İngiltere* davası. Bu dava hakkında bkz. Faruk TURHAN, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Suçluların İadesinde Ölüm Cezası ve Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın Soering Kararı”, **Yargıtay Dergisi**, 1998, C. 24, s. 84-104. Bir başka örnek olarak da *Chahal/İngiltere* davası verilebilir. *Chahal v. The United Kingdom*, European Court of Human Rights, Press Releases, Strasbourg, 15-28 November 1996, s. 22. Bir başka örnek ise, Almanya'dan Türkiye'ye iadesi Strasbourg organları önüne gelen, hakkında kabul edilebilirlik kararı verilen, ancak davacının ölümü üzerine Komisyonun gündeminden çıkarılan K. Altun olayıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şeref ÜNAL, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri**, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No: 89, Ankara, 2001, s. 113-114.

duruma gelmiş olması ve devlet organlarının bunları önlemek için girişimde bulunmayıp uygulamaya göz yummuş olması durumunda söz konusudur.⁶³

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, işkence iddiaları karşısında etkili soruşturma yürütülmesi çok büyük önem vermektedir. Çeşitli kararlarında bunu ortaya koyan Mahkeme, işkence iddialarını gerçek olup olmadığı bir tarafa, sırf bu iddiaların yeterince soruşturulmamış olması karşısında bile Sözleşmenin etkili başvuru yolunu düzenleyen 13. maddesinin yanında işkence yasağını düzenleyen 3. maddeye de aykırılık olabileceğini belirtmiştir.⁶⁴

Mahkemenin bu konuda geliştirdiği öyle bir standart vardır ki, devletleri işkence iddiaları karşısında etkili bir soruşturma yürütmek konusunda fazla bir seçenek bırakmamaktadır. O da, ispat yükü konusundaki hukuktaki “herkesin iddiasını ispatlamakla yükümlü olduğu” ilkesini bir tarafa bırakarak, gözaltına alındığında sağlıklı olan bir kimsenin salıverilme anında yaralı olduğu saptanırsa, bu duruma mantıklı bir açıklama getirme yükümünün devlete ait olduğu yönündeki içtihadıdır. Bir başka anlatımla, böyle bir kişinin yaralanmasının, devlete atfedilecek bir nedenden kaynaklanmadığının devlet tarafından ispat edilmesi gerekecektir.⁶⁵

Ne yazık ki, Strasbourg organları tarafından, işkence yasağını düzenleyen Sözleşmenin 3. maddesinin Türkiye tarafından ihlal edildiğine ilişkin pek çok kararı bulunmaktadır. Aşağıda, birtakım örnek kararlara, Türk idare ve yargı organlarının işkence olgusu karşısındaki tutumları tartışılırken, bu açıdan değinilecektir.

B. Türkiye’de İşkence ve Yargı

Türkiye’de işkence, geçmişte çoğu zaman yüksek yetkililerin yalanlamaları ya da üstünkörü geçiştirme çabalarına karşın⁶⁶, artık yetkililerce de varlığı kabul edilen ve kamuoyundan özür dilenmesi noktasına kadar gelinebilmiş olan, varlığı tartışma götürmeyen bir olgu olagelmıştır. Türkiye’de işkence gerçeği, bazı kamu görevlilerinin ya da

⁶³ GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, 2009, s. 202.

⁶⁴ Örnek olarak bkz. *Assenov/Bulgaristan*, Başvuru No. 90/1997/874/1086, 28 Ekim 1998.

⁶⁵ Örnek olarak bkz. *Aksoy/Türkiye*, Başvuru No. 100/1995/606/694, 18 Aralık 1996.

⁶⁶ Ümit ERKOL & Yeşim İŞLEGEN, “Türkiye’de İşkence ve İşkencenin Önlenmesi İçin Öneriler”, **Türkiye’de İnsan Hakları Konferansı**, 7-9 Aralık 1998, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Ankara, 2000, s.147.

devlet adamlarının açıklamalarında ifadesini bulduğu gibi, gözaltında şüpheli ölümler, itiraflar, basın organlarında yer alan haberler, ulusal ya da uluslararası sivil toplum kuruluşlarının ya da resmi organların raporları⁶⁷, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi⁶⁸ ile az da olsa ulusal mahkemelerin kararları bu gerçeği açıkça ortaya koymaktadır. Bu bölümde tartışılacak olan, benzer iddialar önüne geldiğinde yargı organlarının takındığı tavidir.

1. İşkence Sonucu Elde Edilen “Delillerin” Değerlendirilmesi

Yukarıda değinildiği gibi, ceza yargılamasında yasak sorgu metotları belirtilmiş olup; bu yöntemlerle alınan ifadelerin rıza olsa bile geçersiz sayılacağı, soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı biçimde elde ettikleri delillerin hükme esas alınmayacağı açıktır. Bu düzenlemeler ışığında, biçimsel değil, maddi gerçekliğin aranmasını kendine temel amaç olarak belirleyen ve buna bağlı olarak da “her şey delil olur” ilkesini benimsemiş olan ceza yargısı, bu ilkeye önemli bir sınır getirmiş olmaktadır. Bu sınır, insan onurunu ve çiğnemeksizin, yasal sınırlar içinde kalarak, meşru yollarla delil elde etmek ve ancak bu tür delilleri yargılamada kullanmaktır.

Bu düzenlemelerin, iki önemli sonucunun olduğu söylenebilir. Bu sonuçları işkence bakımından ele aldığımızda, öncelikle işkence ile elde

⁶⁷ Örnek olarak birleşmiş Milletler 1995 İşkence Özel Raporu (E/CN.4/1995/34) ile Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi'nin 15 Aralık 1992 ve 6 Aralık 1996 tarihlerinde yayımladığı raporlar gösterilebilir.

⁶⁸ Örnek olarak bkz. *Aksoy/Türkiye*, Başvuru No. 100/1995/606/694, 18 Aralık 1996; *Sur/Türkiye*, Başvuru No. 137/1996/756/955, 3 Ekim 1997; *Tekin/Türkiye*, Başvuru No. 52/1997/836/1042, 9 Haziran 1998; *Sevta Veznedaroğlu/Türkiye*, Başvuru No. 32357/96, 11 Nisan 2000; *Salman/Türkiye*, Başvuru No. 21986, 20 Haziran 2000; *İlhan/Türkiye*, Başvuru No. 22277/93, 27 Haziran 2000. Strasbourg organlarından başka, BM İşkencenin Önlenmesi Komitesi de bir bireysel başvuruda yasadışı bir örgüt üyesi olan başvuranın İsviçre'den Türkiye'ye iadesinin, Türkiye'de işkencenin halen sistematik olarak devam etmesi ve kişinin iade edilmesi durumunda işkenceye maruz kalabileceği gerekçesiyle BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi'nin çiğnenmesi anlamına geleceğini belirtmiştir. *Case of Alan v. Switzerland*, UN Doc. CAT/C/16/D/41/1996, IHRR, 1997, S. 4, s. 66 vd., paragraf 11.5, 11.6. İşkencenin Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi kapsamında kurulan Komite de yaptığı periyodik ve *ad hoc* ziyaretler sonucunda Türkiye'de yaygın ve sistematik işkence uygulamasının varlığını tespit ederek, Sözleşmeden aldığı yetkiye dayanarak 15 Aralık 1992 ve 6 Aralık 1996 tarihlerinde açık bildirimde bulunmuştur. Bkz. BAŞAK, 1998, s. 141-142.

edilen delilin yargılamaya esas alınmayacağı ortaya çıkmaktadır.⁶⁹ İkinci olarak da, işkence yoluyla delil elde edenler, bu eylemlerinin karşılığı olan yaptırımla cezalandırılırlar.

Yukarıda sözü edilen sonuçlardan birincisi bakımından uygulamada önemli bir sorunla karşılaşmadığı söylenebilir. Gerçekten de Yargıtay, temyiz için önüne gelen pek çok olayda yasak sorgu yöntemleri ile elde edilen delillerin yargılamada esas alınmayacağına ilişkin hükümleri titizlikle uygulamıştır.⁷⁰

3842 sayılı yasadan önceki kararlarında Yargıtay, polis ya da jandarma önünde yapılan ikrarların mahkemede delil olarak kullanılmayacağını belirtmiştir. Bir kararında Yargıtay 8. Ceza Dairesi, bunu “...ikrarın kesin kanıt olarak kabul edilebilmesi için hâkim huzurunda her türlü maddi ve manevi baskıdan uzak serbest irade ile yapılması, tutarlı yan delillerle doğrulanması ve işlenen fiilin oluşu ile uyumlu bulunması zorunluluğu karşısında, ...yalnız başına kesin ve hükme yeterli bulunmayan, sanığa ait jandarma ifadesi dayanak yapılarak ve bu ifadeyi alan tanıkların sözlerine de ağırlık verilerek... hükümlülük kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiştir” biçiminde ifade etmiştir.⁷¹

Değişikliklerden sonra madde metinlerinden çıkarılan sonuç, polisin aldığı ifade tutanağının, ancak ifadenin alınması sırasında bir zorlama, kötü muamele ya da işkence yoksa delil olarak kabul edilebileceğidir.⁷² Yüksek yargı organlarının kararlarında da bu görüşün benimsendiği anlaşılmaktadır.⁷³ Askeri Yargıtay’ın bir kararında ortaya konan çok önemli

⁶⁹ Bu konuda öğretilerde yapılan bir tartışma da, delil yasaklarının uzak (dolaylı) etkisine ilişkindir. Bir başka anlatımla, örneğin işkence ile elde edilen ikrara dayanarak elde edilen diğer delillerin yargılamada esas alınıp alınmayacağı sorunu. Anglo-Amerikan hukukunda bu deliller de delil yasakları çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bu konuda bkz. Vural SAVAŞ, Sadık MOLLAMAHMUTOĞLU, **Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun Yorumu**, C. I, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995, s. 1197.

⁷⁰ Örnek olarak bkz. C.G.K., E: 1993/6/192, K: 1993/217, T: 4.10.1993; C.G.K., E: 1991/301-1, K: 1991/334, T: 2.12.1991; CGK, E: 1999/8-109, K: 1999/164, T: 15.6.1999; C.G.K., E: 2007/7-147, K: 2007/159, T: 26.6.2007.

⁷¹ 8. C.D., E: 1985/583, K: 1985/1390, T:20.3.1985, 583. Ayrıca bkz. C.G.K., E: 1990/257, K: 1990/335, T: 10.12.1990; C.G.K., 5.12.1988, 6/424-506; C.G.K., 1.4.1985, 6/511/182; C.G.K., 7.3.1983, 3/104; 6. C.D., 29.3.1984, 1471/2480; 6. C.D., 17.1.1984, 9356/20; 8.C.D., 2.4.1987, 198/3126.

⁷² SAVAŞ-MOLLAMAHMUTOĞLU, 1995, s. 782.

⁷³ Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, E: 1992/119, K: 1992/140, T: 10.12.1992.

bir başka vurgu da, yasak yöntemlerle elde edilen ifadelerin, rıza olsa bile delil olarak değerlendirilememeleri hususudur.⁷⁴ Bunun da ötesinde bir başka kararda, yargıç huzurunda yapılan ikrarın bile, kolluktaki baskının devam etmesi nedeniyle tek başına hükme esas alınamayacağı belirtilmiştir.⁷⁵

Bu kararlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde, hukuka aykırı biçimde (özellikle işkence ile) elde edildiği belirlenen delillerin yargılamada esas alınması karşısında yüksek yargı organlarının kararlı bir tavır takınmış olduğudur ki, ceza yargılamasında sanığın haklarının korunması ve adaletin sağlanması adına olumlu bir yaklaşımdır. Gerçi Türk yargı organlarının, işkence sonucu elde edilmiş olan delilleri hükme esas aldıkları örneklere de rastlanmıştır, ancak bunlar daha çok eski tarihli ve 12 Eylül dönemindeki kararlardır.⁷⁶

Yargıtay'ın üzerinde durduğu bir diğer konu da, işkenceye uğrayan kişinin idareden tazminat taleplerine ilişkindir. Yargıtay, devletin bu “haksız fiil”den sorumlu olduğunu kabul etmekte ve bu nedenle de tazminat sorumluluğu olduğunu kabul etmektedir. Üstelik işkence ile suçunu söyletmeye çalışmak, bir idari işlem ya da eylem sayılmayacağından idari yargı yerlerinde görülmesi gereken bir dava da söz konusu olmayacaktır. Çünkü işkence fiili, suçlunun sorgulaması sırasında gerçekleştiği için bir “adli işlem” sırasında işlenmiştir. Diğer taraftan; öğretilerdeki görüşlere paralel olarak, idareye isnat edilebilecek nitelikte olmakla birlikte işlem ve eylemin bozularak idari karakterini kaybettiği hallerde; sorumluluğun özel hukuk kurallarına göre ve adli yargı yerinde belirleneceği Yargıtay tarafından da aynı şekilde kabul edilmektedir. Yargıtay'a göre, idarenin ya da onun adına hareket eden kamu görevlisinin, “işkence yapma” biçiminde bir hak ya da yetkisinden söz edilemeyeceğine ve bunun suç teşkil etmesi dolayısıyla, bu değerlendirmeye de, ortada bir haksız eylemin varlığı kabul edilmelidir.⁷⁷

Ne ki, duruşmalar sırasında işkenceye uğradığını ileri süren kişinin bu iddiası değerlendirilmediği ya da ciddiye alınmadığı durumlarda, bu durum

⁷⁴ Aynı yönde Yargıtay da görüş bildirmiştir. Bkz. dipnot 70, C.G.K.'nın, 4.10.1993 tarihli kararı.

⁷⁵ C.G.K., E: 1994/ 8-10, K: 1994/260, T: 7.11.1994.

⁷⁶ Karar örnekleri için bkz. Erbil TUŞALP, **İnsan Hakları Dosyası, Bin İnsan**, 1. Baskı, Tekin Yayınları, İstanbul, 1985, s. 118-120. Ayrıca bkz. Bülent TANÖR, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, 3. Baskı, BDS Yayınları, 1994, s. 27-28.

⁷⁷ Yargıtay 4. HD., E: 1986/4898, K. 1986/7786, T: 17.11.1986.

duruşma tutanaklarında da yer almadığından temyiz aşamasında yapılabilecek bir şey kalmamaktadır. Bu konuya bir sonraki başlıkta değinmek uygun olacaktır.

2. Sorunun Ana Kaynağı: İşkence İddialarının Değerlendirilmesi ve Cezalandırılması Sorunu

Bölümün başlığından da anlaşılacağı gibi, temel sorun, işkence yapıldığına ilişkin iddia ve şikâyetlerin değerlendirilmesi ve yaptırımla karşılanmasında yatmaktadır. Mevzuatın yetersiz olması, olumsuz ceza ve tutuklevleri ile karakol koşulları, çekingen, tarafsızlıktan uzak ya da baskı altındaki yargıç, savcı ve adli tabipler birleştiğinde ortaya çıkan sonuç, işkence iddialarının gereği gibi –ya da hiç- soruşturulmaması, çeşitli nedenlerle takipsizlik ya da beraat kararı verilmesi ya da Türk Ceza Kanunu'nun işkence suçunu düzenleyen maddesi yerine daha hafif ceza içeren başka hükümlerine göre ceza verilmesi, böylelikle işkence eyleminin hukuk âleminde gerekli karşılığı görmemesidir. Bu başlık altında, diğer nedenler bir tarafa bırakılarak, yargı organlarının işkence iddiaları karşısındaki tavrına değinilecektir.

Yukarıda belirtildiği gibi, işkence ile elde edilen delil, yargılamada esas alınmaz. Ancak, yargılama süreci içinde, ikrarın işkence ile ya da zorla alındığı iddiası yargı organı tarafından dikkate alınmadığında, ortaya tehlikeli bir durum çıkmaktadır. Çünkü bu durumda hem işkence sonucu elde edilen deliller hükme esas alınmakta, hem de işkence suçunun failleri, suçlarının karşılığı olan yaptırımdan kurtulmaktadır. Bu ise, bir hukuk devleti açısından kabul edilemez olmasından başka, yargı erkine duyulan güvenin ve sonuçta iktidarın meşruluğunun tartışılır olması sonucunu doğurur.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin işkence ve kötü muamele yasağını düzenleyen 3. maddesini çiğnediği gerekçesiyle Türkiye'yi pek çok kez tazminat ödemeye mahkûm eden Strasbourg organları, bu trajik gerçeği de kararlarında dile getirmişlerdir. Mahkeme, *Aksoy/Türkiye* davasında gözaltına alınan ve dört gün boyunca Kızıltepe Emniyet Müdürlüğü'nde işkenceye uğradığını ileri süren şikâyetçinin başvurusunu haklı görerek Türkiye'yi tazminat ödemeye mahkûm etmiştir. Bu olayda şikâyetçi işkenceye uğradığını resmi makamlar önünde ileri sürmüş olmasına karşın, Türk mahkemelerinde hukuki ya da cezai hiçbir soruşturma açılmamıştır. Bu davada Avrupa Mahkemesi, başvuran bakımından *iç hukuk yollarının tüketilmesinin gerekli olmadığı* sonucuna varmıştır:

“Cumhuriyet Savcısının şikâyetçinin sakatlığını gördüğü halde hiçbir işlem yapmaması karşısında, şikâyetçinin ulusal hukuk yolları vasıtasıyla bir sonuca ulaşamayacağı kanaatine varması kolayca anlaşılabilir. ...Böylece Mahkeme, şikâyetçinin iç hukuk yollarının tüketilmesi konusundaki yükümlülüğünün özel koşullar nedeniyle aranmayacağı sonucuna varmıştır.”⁷⁸

*Aydın v. Türkiye*⁷⁹ davasında da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, fiziksel ve bedensel şiddete ve tecavüze uğrayan şikâyetçinin başvurusunu haklı bulurken, ilgili Cumhuriyet Savcısının tutumuna da değinmiş ve olayı Sözleşmenin 13. maddesi bakımından da değerlendirmiş; Sözleşmenin bu maddesinin de ihlal edildiği sonucuna varmıştır:

“Somut olayda Savcıdan, makul olarak olayı ciddiye alıp esaslı bir soruşturma yapması beklenirdi. Oysa Savcı, Aydın Ailesinin gözaltına alınması olayındaki görgü tanıklarının dinlemediği gibi, aile üyelerinin iddia edildiği gibi jandarma karakolunda tutulup tutulmadığını da araştırmamıştır. Aksine, kendisi bunu yapmamış, jandarma görevlilerinin Aydın Ailesinin gözaltına alınmadığına ilişkin beyanlarıyla yetinmiştir.

Mahkeme, keza, Savcı tarafından emredilen tıbbi muayenenin de, olayın ciddiyetinin gerektirdiği şekilde dürüstçe yapıldığı kanısında değildir.

...Somut olay eğer iddia edildiği gibi ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi'nin tespit ettikleri şekilde cereyan etmişse, durum çok elem vericidir. Ancak daha da hazini, söz konusu olayın Türk makamları tarafından değil, ta Strasbourg'dan gelen Avrupa İnsan Hakları Komisyonu heyeti tarafından açığa kavuşturulmasıdır.”⁸⁰

Bundan başka, pek çok davada daha Türkiye, Sözleşmenin 3. maddesini ihlal ettiği gerekçesi ile tazminat ödemeye mahkûm edilirken, bu davaların tümünde bulunan ortak nokta, başvuranlar tarafından mahkemeler önünde dile getirilen işkence iddialarının, kimi zaman doktor raporlarıyla ya

⁷⁸ *Aksoy/Türkiye*. Bu kararın Türkçe çevirisi için bkz. Şeref ÜNAL, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Aksoy – Türkiye Davasına İlişkin 18 Aralık 1996 Tarihli Kararı”, **Yargıtay Dergisi**, C. 23, S. 3, 1997, s. 372-384.

⁷⁹ *Aydın/Türkiye*. Bu kararın Türkçe Çevirisi için bkz. Şeref ÜNAL, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Aydın – Türkiye Davasına İlişkin 25 Eylül 1997 Tarihli Kararı”, **Yargıtay Dergisi**, C. 24, S. 1-2, 1998, s. 208-212.

⁸⁰ ÜNAL, 1998, s. 212.

da diğerk güçlü delillerle de desteklenmesine karşın dikkate alınmaması, hiçbir soruşturma yapılmaması, ya da takipsizlik kararı verilmiş olmasıdır.⁸¹

Benzeri örneklerin çoğaltılması mümkün olmakla birlikte, sözü edilenler durumu gözler önüne sermek için yeterlidir. Eklemek gerekir ki, savcıların işkence iddiaları karşısında koydukları çekince ve besledikleri önyargıların, yargıçlar tarafından da paylaşıldığını, yabancılar tarafından hazırlanan bir raporda, bir İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi yargıcından yapılan alıntı ortaya koymaktadır:

*“İşkence sonucu elde edilen delili dikkate almam. Ancak, [Avrupa Mahkemesi önüne] işkence iddiası götüreren tutuklular, tutuklulukları sırasında kasıtlı olarak birbirlerini yaralamışlardır. Bir adli tabip bana tutukluların cezaevindeki yatakların yaylarıyla birbirleri üzerinde iz bıraktıklarını söyledi.”*⁸²

Bu bağlamda, kamuoyu tarafından yakından takip edilen “Manisalı Gençler”⁸³ davasına ilişkin olarak Yargıtay’ın verdiği bozma kararı, bir örnek ve başlangıç olması bakımından önemlidir. Ancak, bu önemli bozma kararı öncesinde yaşananlar da işkence iddialarına resmi makamların bakış açısını yansıtmaması nedeniyle son derece önemlidir.

Bilindiği gibi, bir kısmı olay tarihinde 16-17 yaşlarında olan davacıların bir “yasa dışı pankart asma” olayı ile ilgili olarak Manisa Emniyeti Terörle Mücadele Şubesi görevlileri tarafından gözaltına alındıktan sonra, suçlarını itirafa zorlanmak için işkenceye maruz bırakıldıkları ileri sürülmüştü. Davacıların sorgulama sürecinin başlangıcında periyodik sevkler sırasında alınan tabip raporlarında bir darp ve cebir izine rastlanmadığı belirtilmişse de, “*bir parlamenterin konuyla ciddi biçimde ilgilenmesi, mağdur ailelerinin ısrarlı yakınmaları, şikâyetlerin yoğunlaşması, yazılı ve görsel basın aracılığı ile kamu oyuna yansıtılması ve evrensel platforma taşınması nedenleriyle önce Adli Tabip, sevk üzerine Devlet Hastahanesi müdahiller vekillerinin çabaları ile İzmir Tabipler Odası (İTO) tarafından*

⁸¹ Örnek kararlar için bkz. ÜNAL, 2001, s. 124-130. Ayrıca bkz. *Uslu/Türkiye*, Başvuru No. 33168/03, 12 Nisan 2007; *Yücel/Türkiye*, Başvuru No. 6686/03, 8 Nisan 2008.

⁸² Report of the Joseph R. Crowley Program/Lawyers, “Committee for Human Rights: Joint 1998 Mission to Turkey, Justice on Trial: State Security Courts, Police Impunity, and the Intimidation of Human Rights Defenders in Turkey”, **Fordham International Law Journal**, 1999, s. 2166.

⁸³ Bkz. Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E: 1998/10667, K: 1998/12819, T: 12.10.1998.

yaptırılan muayene ve tetkiklerden sonra tüm mağdurların fiziki ve psikolojik işkenceye maruz kaldıklarının belirlendiği” Yargıtay ilamında belirtilmiştir. Böylece Yargıtay 8. Dairesi, işkence yapıldığının sabit olması karşısında, inandırıcı olmayan ve dosya içeriği ile bağdaşmayan yetersiz gerekçelerle sanık polislerin beraatlerine karar verilmesini hukuka aykırı bularak oybirliği ile bozmuştur. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun aynı olaya ilişkin 15 Haziran 1999 tarih ile 1999/8-109 esas ve 1999/164 sayılı kararı⁸⁴ da 8. Daire’yi onaylar niteliktedir.

Yargıtay, bazı kararlarında da, işkence iddiasının mahkemece dikkate alınmaksızın hüküm kurularak daha hafif bir suçtan mahkûmiyete hükmetmesi nedeniyle verilen kararı hukuka aykırı bularak bozmuştur.⁸⁵ Buna karşılık, bunun aksi yönde sonuçlanan yargılama süreçleri nedeniyle Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Sözleşmenin 3. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle mahkûm edilmeye de devam etmektedir.⁸⁶

Yargıtay’ın sınırlı sayıdaki bu kararları ilerisi için cesaret verici olmakla birlikte, işkence faillerinin pek çok durumda ancak olay kamuoyuna taşındıktan ve büyük bir kamuoyu baskısı oluştuğundan sonra böylesi kararların verilmiş olması, geleceğe ilişkin ümitleri gölgelemektedir. İşkence iddialarına ilişkin davaların zamanaşımına uğraması da, bu karamsarlığı artırır bir diğer faktördür.⁸⁷ Bununla birlikte, 2003 yılından itibaren işkence suçuna ilişkin davaların acele işlerden sayılarak duruşmalara 30 günden fazla ara verilememesi ve 1 Haziran 2005’den itibaren bu suçların zamanaşımı süresinin uzatılması, bu olasılığı azaltmaya hizmet eden olumlu düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Yine de, işkence ve kötü muamelede buldukları iddiasıyla kamu görevlileri hakkında açılan davalarda verilen mahkûmiyet hükümlerinin oranının, 2000’li yılların başlarında, toplam dava sayısının yüzde biri civarında olduğu dikkate alındığında⁸⁸, bu konuda daha alınacak çok mesafe olduğu rahatlıkla söylenebilir. Bu düzenlemelerin ve yargı organlarının son yıllarda takınmaya

⁸⁴ *Yargıtay Dergisi*, C. 25, S. 8, 1999, s. 1121.

⁸⁵ Yargıtay 4. C.D., E: 2000/7711, K: 2000/8439, T: 4.12.2000; Yargıtay 4. C.D., E: 2000/3447, K: 2000/3207, T: 20.4.2000.

⁸⁶ Bkz. *Ali ve Ayşe Duran/Türkiye*, Başvuru No. 42942/02, 8 Nisan 2008.

⁸⁷ Örnek olarak bkz. Yargıtay 8. C.D., E: 2003/14285, K: 2005/2891, T: 4.5.2005.

⁸⁸ Bkz. İbrahim Ö. KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2002, s. 314.

başladığını düşündüğümüz olumlu tutumun sürüp sürmeyeceği, gelecekte işkence ile mücadelede belirleyici olacaktır.

IV. SONUÇ

Devletin işkenceyi önleme yükümlülüğü, her şeyden önce, kendi insanlarına karşı yüklendiği çok önemli bir borç ve en temel insan hakları yükümlülüklerindedir. Gerçek anlamda insan haklarına *dayanan* devlet, bu açıdan bakıldığında, işkence uygulamalarının önünde en başta kendisi duran, işkenceye yol açabilecek hukuki boşluklarla maddi koşul ve ortamları ortadan kaldırmaya çalışan ve tüm bu tedbirlere karşın yine de gerçekleşen işkence olaylarının üzerine kararlılıkla yürüyen bir devlettir.

Böylesi temel bir insan hakları sorununa ilişkin gerek ulusal hukuk düzenlerinde, gerekse uluslararası alanda çok sayıda düzenleme yapılmıştır. Türkiye'nin de taraf olduğu pek çok sözleşmede kesin bir dille yasaklanan işkence konusunda, başta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi olmak üzere tüm uluslararası denetim organlarının oldukça tavizsiz bir tutum takındıkları ortadadır.

İşkence yasağı noktasında bugün gelinen nokta itibariyle iç hukukumuzda önemli bir sorunla karşılaşmadığı genel olarak söylenebilse de, bu düzenlemelerin yaşama geçirilmesi bakımından yargı organlarına büyük iş ve sorumluluk düşmektedir. Bu nedenle, yargı organlarının işkence iddiaları karşısındaki tutumlarının, yapılan hukuksal düzenlemelerin bir anlam ifade edebilmesi bağlamındaki rolünün belirleyici olduğuna kuşku yoktur. İşkencenin cumhuriyetin ilk kurulduğu günden beri hukuk düzeni tarafından kesin bir dille yasaklanmış olduğu ülkemizde, işkencenin sistematik bir uygulama halini aldığına ilişkin uluslararası raporların çok da eskide kalmadığı göz önünde bulundurulursa; bunda, yargı organlarının işkence iddiaları karşısındaki yaklaşımının da en az işkence suçunu fiilen işleyenlerinki kadar asli bir bileşen olduğunu kabul etmek gerekir.

Türkiye'de, işkence iddiaları karşısında çoğu kez kayıtsız kalındığı, işkence yapmakla suçlanan kamu görevlilerinin kollandığı, işkenceye uğradığını ileri sürenler hakkında çeşitli yakıştırmalar yapılarak işkence faillerinin masum gösterilmeye çalışıldığı, çoğu kez tanık olunan olaylardı. Bununla birlikte, sınırlı sayıda olayda da olsa, ulusal yargı yerleri tarafından işkence mağdurları lehine de kararlar çıkmaya başlaması önemli bir gelişmedir.

Yüksek yargı organları, işkence sonucu elde edilen “delillerin” yargılamada kullanılması konusunda eskiden beri tutarlı bir çizgi izlemiştir. Yukarıda sayılan sorunlar daha çok, işkence iddialarının araştırılması aşamasında karşımıza çıkmaktaydı. Bu konuda eleştiri konusu yapılan ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin de pek çok kararında tespit ettiği husus, etkili soruşturma yürütülmesi konusunda yaşanan sıkıntılardır. Son yıllarda verilen sınırlı sayıda kararda ise, yoğun bir medya ve kamuoyu ilgisinden dolayı bile olsa işkence iddialarının üzerine gidildiği ve sorumluların cezalandırılabilirdiği görülmüştür. Ceza davalarında karşımıza yeni yeni çıkmaya başlayan bu tablonun yanında, işkenceci kamu görevlilerine rücu mekanizmasının harekete geçirilebileceğini ortaya koyan Danıştay kararının da, bu fiili işlemeye eğilimli olan kamu görevlilerini sınırlı da olsa frenleyebileceği düşünülebilir.

Yine son yıllarda yapılan yasal değişikliklerle işkence faillerine verilen hapis cezalarının ertelenememesi, para cezasına çevrilememesi, bu suçların acele işlerden sayılarak duruşmalara 30 günden fazla ara verilememesi, bu suçların zamanaşımına uğramasının zorlaştırılması gibi düzenlemeler, yargı organlarının bir yandan işlerini kolaylaştırmakta, diğer yandan da işkence iddiaları karşısında tavizsiz bir tutum takınmaya zorlamaktadır.

Resmi raporlara⁸⁹ göre son yıllarda tedrici olarak azalma gösterdiği belirtilen ülkemizde işkencenin tümüyle ortadan kaldırılması, ancak yargı organlarının da işkence ile mücadele sürecinde verecekleri olumlu katkı ile başarılacaktır.

⁸⁹ Bkz. T.C. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, 2009, s. 209. Başkanlık, söz konusu raporunda işkence iddialarına ilişkin sayısal değerler açıklamamakla birlikte, a) Cumhuriyet Başsavcılıklarına yapılan başvuru sayıları; b) Yerel mahkeme kararları; c) Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı ile il/ilçe insan hakları kurullarına yapılan başvuru sayıları; d) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne yapılan başvuru sayısı ve e) Bu mahkemenin verdiği karar sayısı dikkate alındığında tedrici azalmanın kendini gösterdiğini belirtmektedir.

KAYNAKÇA

- ALGAN, Bülent, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007
- ARTUK, Mehmet Emin – GÖKCEN, Ahmet – YENİDÜNYA, A. Caner, **5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006
- ASWAD, Evelyn Mary, “Torture By Means of Rape”, **Georgetown Law Journal**, S. 84, 1996
- BAŞAK, Cengiz, “Uluslararası Düzenlemeler Açısından İşkence Yasağı”, **Türkiye’de İnsan Hakları Konferansı**, 7-9 Aralık 1998, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Ankara, 2000
- BAUMAN, Zygmunt, **Modernite ve Holocaust** (Çeviren: Suha Sertabiboğlu), Sarmal Yayınevi, İstanbul, 1997
- BAYINDIR, M. Savaş, “İşkenceden Doğan Mali Sorumluluk ve Türk Hukukundaki Sorunlar”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü** (Editör: İlyas DOĞAN), Özkan Matbaacılık, Ankara, 2009
- CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Basım Yayım Dağıtım, Ankara, 2006
- DEMİRBAŞ, Timur, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 23, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1992
- DOĞAN, İlyas – AKIL, Abdülkadir – ÇAMURCUOĞLU, Gülden, “Uluslararası Hukukun Değişim Süreci ve İstanbul Protokolünün Uygulamadaki Anlamı”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü** (Editör: İlyas DOĞAN), Özkan Matbaacılık, Ankara, 2009
- DOĞAN, İlyas (Editör), **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Özkan Matbaacılık, Ankara, 2009
- EREM, Faruk, “İşkence”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 2, 1988
- EREN, Abdurrahman, “Birleşmiş Milletler Sisteminde İşkence Yasağı ve Koruma Mekanizmaları”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü** (Ed: İlyas DOĞAN), Özkan Matbaacılık, Ankara, 2009

- ERKOL, Ümit – İŞLEGEN, Yeşim, “Türkiye’de İşkence ve İşkencenin Önlenmesi İçin Öneriler”, **Türkiye’de İnsan Hakları Konferansı**, 7-9 Aralık 1998, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Ankara, 2000
- ERYILMAZ, M. Bedri, “İşkence Yasağına Yönelik İç Hukukta Öngörülen Usule İlişkin Güvenceler”, İlyas DOĞAN (Editör), **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Özkan Matbaacılık, Ankara, 2009
- GEMALMAZ, M. Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda İşkencenin Önlenmesi**, Amaç Yayınları, Ankara, 1990
- GEMALMAZ, M. Semih, **Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı**, Kavram Yayınları, İstanbul, 1993
- GIFFARD, Camille, **İşkencenin Rapor Edilmesi** (Çeviren: Orhan Kemal Cengiz), Essex Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi, İzmir, 2001
- GÖLCÜKLÜ, A. Feyyaz – GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009
- HAKERİ, Hakan, “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, İlyas DOĞAN (Editör), **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Özkan Matbaacılık, Ankara, 2009
- HARRIS, David J., **Cases and Materials on International Law**, Fifth Edition, Sweet & Maxwell, London, 1998
- KABOĞLU, İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuku**, 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2002
- MURDOCH, Jim, “The Work of the Council of Europe’s Torture Committee”, **European Journal of International Law**, S. 5, 1994
- ÖNDER, Ayhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994
- Peter Boppel İle Röportaj: İnsanlar Neden İşkence Yapar? (Çeviren: Mithat Sancar), **Çağdaş Hukuk**, S. 7-8, Kasım-Aralık 1992
- Report of the Joseph R. Crowley Program/Lawyers, “Committee for Human Rights: Joint 1998 Mission to Turkey, Justice on Trial: State Security Courts, Police Impunity, and the Intimidation of Human Rights Defenders in Turkey”, **Fordham International Law Journal**, 1999

- SANCAR, Mithat, “Globalleşen Dünyada Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Mücadelesi”, **İlkokul Öğretmenlerinin İnsan Hakları Açısından Eğitimi Projesi Ders Malzemesi**, İHD Yayınları, Ankara, Tarihsiz
- SANCAR, Mithat, “Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti”, **Doğu Batı**, S. 13, 2000-2001
- SAVAŞ, Vural – MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, **Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun Yorumu**, C. I, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995
- SAVAŞ, Vural – MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Cilt II, Ankara, 1995
- SCHMIDT, Roland, “BM Özel Raportörü’nün İşkence ve Gözaltı Merkezleri İle İlgili Yetkileri – Uygulamalar ve Bunların OPCAT Kapsamında Ulusal Önleyici Mekanizmalar İçin Uygunluğu”, **Toplum ve Hukuk**, S.14, 2008
- ŞAFAK, Ali, – BIÇAK, Vahit, **Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis**, 3. Baskı, Liberte, Ankara 1999
- ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005
- T.C. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, **2007 Türkiye İnsan Hakları Raporları**, Ankara, 2009
- TANÖR, Bülent, **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, 3. Baskı, BDS Yayınları, 1994
- TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa R. – ÖNOK, Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 6. Bası, Ankara 2008
- TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan – SANCAKDAR, Oğuz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004
- TOROSLU, Nevzat – FEYZİOĞLU, Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınları, Ankara, 2006
- TURHAN, Faruk, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Suçluların İadesinde Ölüm Cezası ve Avrupa İnsan Hakları Divanı’nın Soering Kararı”, **Yargıtay Dergisi**, C. 24, 1998
- TUŞALP, Erbil, **İnsan Hakları Dosyası, Bin İnsan**, 1. Baskı, Tekin Yayınları, İstanbul, 1985

- TÜRK, Hikmet Sami, **Türkiye’de ve Dünyada İnsan Hakları**, İnsan Hakları Koordinatör Üst Kurulu Yayınları No: 5, Ankara, 1998
- ÜNAL, Şeref, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Aksoy – Türkiye Davasına İlişkin 18 Aralık 1996 Tarihli Kararı”, **Yargıtay Dergisi**, C. 23, S. 3, 1997
- ÜNAL, Şeref, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Aydın – Türkiye Davasına İlişkin 25 Eylül 1997 Tarihli Kararı”, **Yargıtay Dergisi**, C. 24, S. 1-2, 1998
- ÜNAL, Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri**, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No: 89, Ankara, 2001
- ÜZÜLMEZ, İlhan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu”, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, yıl 2, S. 5, 2005
- ÜZÜLMEZ, İlhan, “765 Sayılı eski Türk Ceza Kanununda İşkence ve Benzeri Kötü Muamelede Bulunma Suçu”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü** (Editör: İlyas DOĞAN), Özkan Matbaacılık, Ankara, 2009
- YENİSEY, Feridun, **İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma**, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1995

<http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-9&chapter=4&lang=en>, erişim tarihi: 3.12.2009.

<http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-9-b&chapter=4&lang=en>, erişim tarihi: 3.12.2009.

<http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-12&chapter=4&lang=en>, erişim tarihi 01.03.2010.