

# İŞKENCE YAPAN KAMU PERSONELİNE RÜCU SORUNU

**Yrd. Doç. Dr. Türkân Yalçın Sancar**

Ankara Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

• • •

## Özet

9.4.2002 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4748 sayılı Kanununun 3. maddesinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) Türkiye aleyhine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 3. maddesinde düzenlenen "işkençe yasağı"nın ihlali gerekçesiyle vereceği mahkumiyet kararlarından dolayı ödenecek tazminatlar için, işkençe yapan kamu personeline rücu edilebileceği hükme bağlanmıştır. Böyle bir düzenleme, ilk bakışta, işkençeyi önleme konusunda ciddi etki doğurabilirmiş ve siyasi iradenin samimiyetinin ifadesiymiş gibi görünmesine rağmen; meseleye biraz daha yakından bakıldığında, söz konusu düzenlemenin bu haliyle ve tek başına işkençeyle mücadelede katkı sunmasının pek de mümkün olmadığı anlaşılır. Çalışmada, işkençe yasağına ilişkin uluslararası ve ulusal genel görünümün ele alındığı bölümlerden sonra, şu anki durumuyla "rücu" kurumunun neden işkençeyi önlemede etkili bir yöntem olamayacağı incelenmekte ve hangi şartlarda etkili olabileceği tartışılmaktadır.

## *The Problem of Recourse Against the Public Officer for Torture*

### Abstract

This study, discusses the meaning and the value of a regulation which was made in the context of "prevention of torture", constituting one of the obligations that has been undertaken by Turkey with the Accession Partnership Document and National Program within the process of "full membership" beginning with the Helsinki summit held on 10-11 December 1999.

It has been stated in Article 3 of the Act No.4748 which has been promulgated by being published in the Official Journal (dated 9.4.2002) that the right of recourse can be used against the public officer who has tortured, for compensation which will be paid due to European Court of Human Rights' (ECHR) verdict against Turkey because of the violation of "prohibition against torture" which has been provided in Article 3 of European Convention on Human Rights.

Even if this article may at first sight seem to have had a serious effect on preventing torture and been the expression of sincerity of the political will; at a closer look, it can be understood that it cannot be so possible for this regulation itself in its present form to serve as a means for the fight against torture.

In the study, after the chapters focusing on the national and international general view on prohibition of torture, it is discussed why recourse with its present form cannot be an effective way in preventing torture and in which conditions it can be effective.

## İşkence Yapan Kamu Personeline Rücu Sorunu

### I. GİRİŞ

En yaygın ve ağır insan hakları ihlali olan işkence, aynı zamanda söylem ile pratik ve norm ile gerçeklik arasındaki gerilimin, daha doğrusu uçurumun en derin olduğu insan hakları alanlarının başında gelmektedir. Bir defa en baskıcı rejimler bile, işkenceye başvurduklarını reddeder, işkenceyi onaylamadıklarını ısrarla söyler, köşeye sıkıştıkları zamanlarda ise en fazla işkence olaylarının "sistematik" değil, "münferit" olduğunu belirtirler. Oysa uluslararası resmi ve sivil kuruluş ve örgütlerin raporları, dünya devletlerinin büyük bir kısmında yoğun ve sistematik işkence uygulamalarının varlığını ayrıntılarıyla ortaya koyarak, söylem ile eylem arasındaki büyük çatışmayı belgelerler.

### II. ULUSLARARASI BELGELER, ULUSAL METİNLER VE TÜRKİYE

Öte yandan işkencenin yasaklanmasına ilişkin kuralların ortaya çıkış süreci de oldukça uzun sayılabilecek bir geçmişe sahiptir. Bu gelişimi klasik insan hakları belgeleri sayılan metinler üzerinden kabaca hatırlatmak gerekirse; örneğin 1215 tarihli *Magna Carta Libertatum*, kişilerin "herhangi bir biçimde kötü muameleye maruz bırakılmayacağı"nu öngören bir hüküm içerir. 1688 tarihli *İngiliz Haklar Belgesi*, zalimane ve mutad olmayan cezaların uygulanmasını yasaklayan hükümlere yer verir. 1776 tarihli *Virginia İnsan Hakları Bildirisi*'nin 8., 9. ve 10. maddeleri ile 1789 *Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi*'nin 5., 7. ve 9. maddeleri konuyla ilgili hükümler koyar.<sup>1</sup>

İnsan haklarının İkinci Dünya Savaşı'nın ardından uluslararası alana geçişiyle birlikte işkencenin önlenmesini hedefleyen normlar uluslararası belgelerde yer almaya başlar. Bugün uluslararası insan hakları hukukunda global ve bölgesel nitelikli çok sayıda belgede "işkence yasağı"nu düzenleyen hükümler bulunduğu gibi, salt bu konuya tahsis edilmiş belgeler de vardır.

1 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. (GEMALMAZ, 1990: 36 vd.).

Uluslararası insan hakları hukukunun doğum belgesi sayılan 1948 tarihli *İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*'nin 5. maddesi, işkence yasağını bugün artık geleneksel hale gelmiş genel bir formülle düzenler: "Hiç kimse işkence ya da zalimane, insanlık dışı yahut aşağılayıcı muamele ya da cezaya maruz bırakılamaz." Bu formül, örneğin 1966 tarihli *BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi*'nin 7. maddesinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinde, *Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi*'nin 5. maddesinde aynen yer alır.

İşkence yasağını genel bir ifadeyle normlaştıran bu belgeler dışında, doğrudan işkencenin önlenmesine tahsis edilmiş biri global, ikisi bölgesel üç belge daha vardır. Bunlardan global nitelikli olanı, 1987'de yürürlüğe giren ve kısaca *BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi* olarak anılan *BM İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezanın Önlenmesi Sözleşmesi*dir. Bölgesel belgelere gelince; bunlardan biri 1989 yılında yürürlüğe giren *İşkence ve İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Muamele ve Cezanın Önlenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi* (kısaca *Avrupa İşkenceyi Önleme Sözleşmesi*); diğeri de 1987'de yürürlüğe giren *İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Amerikalılararası Sözleşme*dir (kısaca *İşkencenin Önlenmesine İlişkin Amerikan Sözleşmesi*).<sup>2</sup>

Bu belgeler dışında da, işkenceyi önlemeye yönelik hükümler içeren çeşitli uluslararası metinler vardır. Kısacası, uluslararası hukuk işkence yasağı öngören normlar bakımından epeyce zengindir. Ayrıca bu belgelere taraf olan devletlerin sayısı da yüksek sayılır. Buna rağmen, sonuncusu geçtiğimiz günlerde yayımlanan Uluslararası Af Örgütü'nün raporları başta olmak üzere, çeşitli kurum ve örgütlerin karar ve raporları, işkencenin dünyada en yaygın insan hakları ihlali olduğunu ortaya koymakta, dolayısıyla norm ile gerçeklik arasındaki uçurumu açığa çıkarmaktadır.

İşkence alanında söylem ile pratik ve norm ile gerçeklik arasındaki gerilim/uçurum bakımından Türkiye'nin özel ve dikkat çekici örnekler arasında yer aldığı söylenebilir. Başta Avrupa İşkenceyi Önleme Sözleşmesi ile yapılaştırılmış olan Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi'nin (CPT) raporları olmak üzere<sup>3</sup> çeşitli uluslararası ve ulusal resmi ve sivil kuruluşun çalışmalarında<sup>4</sup> Türkiye'de işkencenin yaygın ve sistematik olduğu, olaylar ve belgeler temelinde sergilenmesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nden

2 Bu belgelerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. (GEMALMAZ, 1990: 197 vd.); *İnsan Hakları Hukukunda İşkence Yasağı*, İzmir Barosu İnsan Hakları ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yayını, İzmir 1996.

3 Komitenin Türkiye'yle ilgili raporlarına şu ardesten ulaşılabilir: <http://www.cpt.coe.int/en/states/tur.htm>

4 Sivil alanda özellikle Türkiye İnsan Hakları Vakfı'nun yıllık ve özel raporlarına bakılabilir (<http://www.tihv.org.tr>); resmi düzlemde ise bkz. Örneğin, (SEVİMAY, İstanbul: 2001; PİŞKINSÜT, İstanbul: 2001).

işkence yasağını ihlalden dolayı çok sayıda mahkumiyet kararı çıkmasına rağmen, resmi tutum esas olarak işkencenin "münferit" olduğu söylemi üzerine kurulmuştur.

Diğer taraftan işkence yasağına ilişkin kurallar açısından da, hem iki yüzyıla yakın bir geçmiş, hem de gerek doğrudan ulusal normlar, gerekse taraf olunan uluslararası belgelerden oluşan önemli bir külliyat vardır. 1808 tarihli Senedi İttifak ile 1839 tarihli Tanzimat Fermanı'nda yer alan zulüm yasağı, tarihsel sürecin başlangıcı olarak kabul edilebilir. İşkence ve eziyet yasağı, 1856 tarihli İslahat Fermanı ile 1876 tarihli Kanuni Esasi'de açıkça düzenlenmiştir.<sup>5</sup> Cumhuriyet dönemi anayasalarında da bu yasak net bir şekilde yer almış; TCK'nda işkence ve kötü muamele suç sayılmıştır. Ayrıca Türkiye, işkenceyi önlemeye ilişkin hem BM hem Avrupa sözleşmelerine taraf olmak suretiyle, işkence yasağına ilişkin uluslararası standartları ve denetim mekanizmalarının yetkilerini kabul etmiştir. Ancak biraz önce anılan raporlar ve günlük bilgi kaynakları, bazı resmi yetkililerin beyanları, işkence bakımından norm ile gerçeklik arasında derin bir uçurum olduğunu göstermektedir.

### III. AB SÜRECİNDE TÜRKİYE

Türkiye'nin, 10-11 Aralık 1999 tarihli Helsinki zirvesiyle başlayan AB'ne tam üyelik süreci, demokratikleşme ve insan haklarıyla ilgili diğer alanlarda olduğu gibi işkencenin önlenmesi konusunda da yeni bir söylem, norm, pratik ve gerçeklik düzlemine geçmeyi dayatmaktadır. Türkiye'nin AB ile tam üyelik müzakerelerine başlayabilmesi için izlemesi gereken yolu gösteren Katılım Ortaklığı Belgesi, işkence meselesine "siyasi kriterler" bölümünde "kısa vadeli öncelikler" arasında yer vermiştir. Buna göre, Türkiye, "*işkenceyle mücadeleyle ilişkin hukuki hükümlerin güçlendirilmesi ve gerekli tüm önlemlerin alınması ve Avrupa İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesine riayetin sağlanması*" yükümlülüğü altındadır. Türkiye'nin bu belgedeki yükümlülükleri nasıl yerine getireceğine ilişkin vaatlerini içeren Ulusal Program'da "işkenceyle mücadele" konusunda bugüne kadar neler yapıldığı ve bundan sonra neler yapılacağı şu şekilde açıklanmıştır:

"Türk Hükümeti, işkenceyle mücadele konusunda kararlıdır. Bunun için, eğitimden başlayarak işkence olaylarının aydınlatılması ve sorumlularının cezalandırılmasına kadar uzanan yasal ve idari önlemleri güçlendirmiştir.

Bu bağlamda son dönemde alınmış başlıca önlemler şunlardır:

1. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin etkin bir şekilde uygulanması ve uygulamanın sıkı bir biçimde

5 Bu dönemde norm ile pratiğe ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. (AKÇAM, İstanbul: 1992).

denetlenmesini sağlamak üzere Haziran 1999'da bir Başbakanlık genelgesi yayımlanmıştır.

2. Ağustos 1999'da Türk Ceza Kanunu'nun işkence ve kötü muameleyle ilgili maddeleri değiştirilerek, işkence ve kötü muamelelerin tanımı uluslararası sözleşmelere uygun şekilde yeniden yapılmış, cezalar artırılmış, ayrıca gerçeğe aykırı rapor düzenleyerek işkenceyi gizleyen sağlık personeline cezalar getirilmiştir.

3. Aralık 1999'da Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun kabul edilmiş ve böylece kamu görevlileri hakkında soruşturma ve takibatın süratlendirilmesi mümkün olmuştur.

Buna rağmen ortaya çıkan ve Hükümetimiz tarafından hiçbir şekilde müsamaha edilmesi mümkün olmayan işkence ve kötü muamele olaylarının önlenmesi için, ilgili bakanlıkların yanı sıra, yeni kurulan Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı'na da görev verilmiştir.

İşkence ve kötü muameleyle mücadelenin güçlendirilmesine yönelik bir dizi yasa ve mevzuat değişikliği yapılması planlanmıştır. Bu doğrultuda *kısa vadede,*

1. Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu ve Tüzüğü, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ve Yönetmeliği, Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu ve Tüzüğü'nün gözden geçirilmesi,

2. Adli Tıp Kurumu'nun modernizasyonu çalışmalarına başlanması öngörülmektedir.

*Orta vadede ise,*

1. Yeni Türk Ceza Kanunu'nun,

2. Yeni Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun yasalaşması;

3. İnsan hakları ihlallerine meydan verilmemesi için güvenlik güçlerine gerekli eğitimin verilmesi ve ihlallerin yoğun olarak yaşandığı ortamların teknolojiye daha fazla yararlanılarak etkin denetimi için malî kaynak tahsisi olanaklarının araştırılması,

4. İşkenceye uğradığı kanıtlanan kişiye karşı bu fiili işleyenlerin müşterek ve müteselsil hukukî sorumluluğunun yasa hükmüne bağlanması hedeflenmektedir. "

Bu yazıda, bugüne kadar yapılanların hepsini tek tek ele alıp, işkencenin önlenmesi bakımından ne gibi etkiler doğurabileceklerini irdelemek yerine, Ulusal Program'ın "orta vadeli" işler arasında saydığı ve bir süre önce "uyum paketleri"nden birinde kanunlaştırılan bir düzenleme üzerinde durulacaktır.

#### IV. DEVLETİN İŞKENCE YAPAN PERSONELE RÜCU ETMESİ

TBMM, 26.3.2002 tarihinde "*Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun*" adını ve 4748 numarasını taşıyan bir "paket"i kabul etti. Bu Kanun, 9.4.2002 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdi. 4748 sayılı Kanunun 3. maddesi, Ulusal Program'ın yukarıya aktardığımız "işkenceyle mücadele" kısmının son satırında yer alan bir taahhüdü gerçekleştirme amacına yönelik bir düzenleme gibi görünmektedir. Düzenleme aynen şöyledir:

"14.7.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13 üncü maddesine birinci fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir. *İşkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.*" Burada atıf yapılan "yukarıdaki fıkra"yı da aktarmak, herhalde bütünü görmek açısından iyi olacaktır: "*Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.*"

#### V. DÜZENLEMENİN ETKİLİ OLMA İHTİMALİ VE İMKANI

Anlaşıldığı kadarıyla bu düzenleme aracılığıyla AB organlarına ve kamuoyuna, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) Türkiye aleyhine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 3. maddesinde düzenlenen "işkence yasağı"nın ihlali gerekçesiyle vereceği mahkumiyet kararlarından dolayı ödenecek tazminatların, işkence yapan kamu personelinin tahsil edilmesi yolunu açmak suretiyle, işkence konusunda caydırıcı bir etki yaratılacağı mesajı verilmek; böylece siyasi iradenin işkenceyle mücadele niyetinde olduğu gösterilmek istenmektedir. İşkence yapan kamu personeline tazminatlarından dolayı rücu edilmesi fikri, ilk bakışta, işkenceyi önleme konusunda samimi bir niyet ve ciddi bir etki doğurabilmiş gibi görünür. Ancak soruna hayata geçirilebilirlik imkanları açısından biraz daha yakından bakıldığında durumun pek de öyle olmadığı anlaşılır.

Rücu imkanının doğabilmesi için, AİHM'den başvurucuya/mağdura tazminat ödenmesini de içeren bir mahkumiyet kararının çıkmış olması gerektiğinden, rücu öngören hükmün uygulanabilirliğini öncelikle bu süreç açısından irdelemek; daha sonra da iç hukukta karşılaşılabilecek durumları ve sorunları tartışmak yerinde olur.

## A. AİHM SÜRECİ

Türkiye'nin 1954'ten bu yana taraf olduğu AİHS, içeriğinden çok, ortak güvence sistemine dayanan bir yargısal denetim mekanizması kurması ve bireye sağlanan güvenceyi bir yaptırıma bağlaması dolayısıyla, uluslararası insan hakları hukukunda özel bir yere sahiptir (GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, 1994: 7). Sözleşmeyle getirilen denetim sistemi, iki tür başvuru üzerinden işlemektedir: Sözleşmeye taraf her bir devletin "Sözleşme ve Protokol hükümlerinin başka bir Sözleşmeci Taraf Devlet tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Mahkemeye başvurması"na imkan sağlayan "devlet başvurusu" (AİHS m. 33) ve "Sözleşmede ve Protokollerde beyan edilen haklarının bir Sözleşmeci Devlet tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu iddia eden bireylerin, hükümet dışı örgütlerin ve birey topluluklarının" Mahkemeye başvurması imkanını içeren "bireysel başvuru" (AİHS m.34).

AİHM'ne başvuru üzerine başlayan sürecin ayrıntılarına girmek, bu yazının hem iddiasını hem de kapsamını aşar. Bu nedenle burada, sadece sürecin konumuzla ilgili yanları ve özellikleri üzerinde durulacaktır.

### 1. Başvuruların Sadece Devlete Karşı Yapılabilmesi

Öncelikle başvuruların, sadece Sözleşmeye taraf olan devletlere karşı yapılabileceğini belirtelim. Varlığı iddia edilen ihlali gerçekleştiren kamu personeli ya da onun bağlı olduğu kurum, başvuruda davalı olarak gösterilemez. Özel kişilerin eylemlerinden ötürü devletin sorumlu tutulabileceği hallerde de, davalı yine sadece devlet olabilir (TANRIKULU, 2001: 23). Kişilerin taraf olarak gösterildiği başvurular, kişi yönünden yetkisizlik nedeniyle reddedilir (GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, 1994: 53).

### 2. İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi

AİHM'ne yapılan başvurular, önce kabul edilebilirlik açısından bir incelemeye tabi tutulur. Başvuru kabul edilebilir bulunduktan sonra ancak esas hakkında yargılama yapılır ve Sözleşmenin ihlal edilip edilmediğine karar verilir. Kabul edilebilirlik şartları Sözleşmenin 34. ve 35. maddelerinde açıklanmıştır. Bunlar arasında, konumuzla en fazla bağlantılı olanı "iç hukuk yollarının tüketilmesi" şartıdır. Bu şartı düzenleyen 35. maddeye göre, "*Mahkeme ancak, uluslararası hukukun genellikle tanınmış kurallarına göre iç hukuktaki bütün başvuru yolları tüketildikten sonra ... önüne getirilen olayları incelemeye devam edebilir*".

Uluslararası kuruluşlara başvurunun iç hukuk yollarını tüketme şartına bağlı olması, uluslararası hukukun temel kurallarındandır. AİHS de, bu kurala

uygun olarak, kurduğu güvence ve koruma sisteminin ulusal sisteme göre ikincil nitelikte olduğunu göstermek üzere, "iç hukuk yollarının tüketilmesi"ni başvuruların kabul edilebilirliği açısından şart saymıştır.<sup>6</sup>

Başvurunun kabul edilebilmesi için hangi iç hukuk yollarının tüketilmesi gerektiğini, her somut olaya göre ayrı ayrı belirlemek gerekir. Ama herhalde ihlalden mağdur olan bireyden, ancak iç hukukta öngörölmüş olan, fiilen ulaşılabilen ve sonuç alma imkanı bulunan, yani etkili olan iç hukuk yollarını tüketmesi beklenir. Başka bir deyişle, iç hukuk yolunun tüketilmiş sayılması için, yapılmış olan haksızlığın düzeltilmesine elverişli olan, etkili ve yeterli başvuru yollarının kullanılması aranır. (GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, 1994: 69).

İç hukuk yollarını tüketme şartının ayrıntılarını, genel olarak değil de, işkence yasağının ihlali açısından görmekte yarar vardır.

İhlali önlemek veya gidermek bakımından aynı derecede etkili birden fazla iç hukuk yolu varsa, iç hukuk yollarını tüketme şartını yerine getirmiş olmak için bunlardan birini kullanmak yeterlidir. Buna göre, işkence yasağı ihlallerinde tüketilmesi gereken yol, ceza soruşturması ve dava yoludur; idareye karşı tam yargı veya failere karşı haksız fiil nedeniyle hukuk davası yoluna gidilmesi bu açıdan gerekli değildir. Nitekim AİHM de, işkence yasağının ihlali nedeniyle Türkiye aleyhine yapılan başvurularda, kamu makamlarının (savcının) bilgisine sunulmuş ve bilmesi gereken olaylarda, idari ve medeni iç hukuk yollarına başvurulmamış olmasını, 35. maddeye aykırı görmemiştir (TANRIKULU, 2001: 48-49).

## B. İÇ HUKUKTA FAİLİN BELİRLENMESİ MESELESİ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nden, işkence gören mağdura tazminat ödenmesini öngören bir karar çıktığında, bu tazminatı ödeyen devletin "personale rücu" etmek istemesi halinde, çözülmesi gereken en önemli sorun rücu edilecek personelin saptanması olacaktır.

Bir defa AİHM, esas itibarıyla failin değil ihlal vak'asının saptanması üzerine kurulmuş bir yargılama süreci içinde karar üretir. Sadece devletin davalı olarak gösterilebilmesi de, Sözleşme sisteminin failden çok ihlale neden olan fiilin saptanması fikrine dayandığının hem göstergesi hem de olağan sonucudur. Böyle olunca, failin, daha doğrusu rücu edilecek personelin AİHM kararına bakılarak belirlenmesi, çoğu zaman mümkün olmayacaktır. Kaldı ki, aşağıda biraz daha ayrıntıyla değinileceği gibi, AİHM kararında failin kimliğine ilişkin tespitler yer alsa bile, iç hukuktaki ilke ve düzenlemeler nedeniyle, sadece buna dayanarak rücu kurumunu işletmek de sözkonusu olamayabilir.

6 Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. (GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, 1994: 68; TANRIKULU, 2001: 47).



Öte yandan ulusal düzlemde işkence olaylarının çoğunda fiili ve hukuksal nedenlerle fail belirlenememekte, kesinleşmiş mahkumiyet hükümlerinin sayısı son derece sınırlı kalmaktadır. İç hukuk yollarının tüketildiği bir çok durumda bu tüketme genellikle işkence iddialarının idari soruşturmalara takılması veya C.Savcılıklarının takipsizlik kararları vermesi ya da az da olsa mahkemelere intikal etmiş olaylarda beraat kararlarının verilmesi şeklinde olmaktadır. Bu sayılan durumlarda da tazminata mahkum olan devletin rücu edebileceği hiç kimse yoktur. Başka bir deyişle, işkence yapıldığı iddiasıyla karşı karşıya kalan devlet, bu iddianın doğrulanması halinde AİHM'nce tazminat ödemeye mahkum edilecek, fakat işkenceyi yapan personel çeşitli nedenlerle belli olmadığı, daha doğrusu işkence iddiası bir mahkeme kararıyla hükme dönüşmediği için kimseye rücu edemeyecektir.

Burada ele alınan rücu prosedürünün işleyebilmesi için, her şeyden önce ceza mahkemesince verilmiş ve kesinleşmiş bir mahkumiyet kararına ihtiyaç vardır. Bu bakımdan kısaca hangi aşamalarda iç hukuk yolları tüketilmiş olmasına rağmen failin belli olmadığı noktası üzerinde durulacak ve AİHM'nin kararına hangi aşamada nasıl bir etki tanınursa, getirilen hükmün işlevsel olabileceği hususu tartışılacaktır.

### 1. Soruşturma İçin İdarenin İzin Vermemesi

4 Şubat 1339 (1913) tarihli "Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat" her zaman tartışma konusu olmuş<sup>7</sup> ve görevi başında ya da göreviyle ilgili olarak suç işlediği iddia edilen devlet memurları hakkında ceza kovuşturmasının başlatılmasını ve yürütülmesini özel bir usule tabi kıldığı için failleri yargı önüne çıkarmanın ciddi bir engeli olarak yıllarca varlığını sürdürdü. Bu Kanun uzun arayış ve tartışmalardan sonra 4483 Sayılı "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun"un 4 Aralık 1999 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmasıyla birlikte yürürlükten kaldırıldı. Yeni Kanun, önceki Kanunda yer alan, memurların yargılanıp yargılanmamasına karar verilebilmesi için yapılan "hazırlık soruşturması"nın idarece yürütülmesini öngören sistemi değiştirerek, yerine C. Savcılarınca yürütülecek hazırlık soruşturması öncesi, bir tür "ön inceleme"ye dayanan idareden "izin alma" yöntemini getirdi. Bu yöntemin de, "idari koruma" konusundaki yaygın uygulamayı esastan değiştirmeye elverişli olduğu söylenemez.<sup>8</sup>

İncelemekte olduğumuz konuya dönecek olursak; işkence iddialarının soruşturulabilmesi için "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun" hükümleri gereğince idareden yargılama izninin alınması gerekir. Bu iznin verilmediği ve iznin verilmemesi kararına karşı ilgili Kanun

7 Tartışmalar için bkz.(ÖZEK, 1961: 35 vd.; SELÇUK, 1997: 127 vd.).

8 İki kanunun ayrıntılı bir karşılaştırması için bkz. (EREN, 2000: 64-78).

hükümlerine göre itiraz yoluna gidilmediği ya da gidilip de itirazın sonuçsuz kaldığı durumlarda, memur hakkında C. Savcılarınca hazırlık soruşturması yapılamaz. İdarenin güvenlik görevlilerini koruma refleksiyle hareket etmesi riskinin her zaman mevcut olduğu da hesaba katıldığında, bu gibi sonuçlarla karşılaşma ihtimalinin hiç de az olmadığı kolayca anlaşılır. Bu durumda işkence gördüğünü iddia eden kişi, iç hukuk yolları tükenmiş olduğundan AİHM'ne başvurabilecektir. AİHM, işkence yasağının ihlal edildiği sonucuna varır ve ayrıca tazminata hükmederse, devletin ödeyeceği tazminat dolayısıyla kime rücu edeceği konusunda ciddi sorun yaşanacaktır

**ÖNERİ:** 4483 Sayılı "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun", bu haliyle yürürlükte olduğu sürece, başka bir çok alanda olduğu gibi, rücu meselesinde de işaret edilen tıkanmayı aşmak mümkün olmayacaktır. Bu durumda, köklü çözüm şüphesiz sistemin tümünden değiştirilmesi olacaktır. Bunun gerçekleşme ihtimali şu anda gündemde olmadığına göre, işkenceyi önleme ve AİHM'nin verdiği mahkumiyet kararlarından sonra "personale rücu" konusunda getirilen yeni düzenlemenin etkili işlemesi konusunda samimiyetin bir göstergesi olabilecek kısmi değişiklikler yapılabilir. Örneğin, işkence ve kötü muamele iddiaları söz konusu olduğunda "izin" şartını kaldıran biraz daha kapsayıcı bir değişiklik üzerinde durulabilir. Buna da yanaşılmazsa, en azından, AİHM'nin mahkumiyet kararı vermesi halinde, izne gerek olmaksızın C. Savcılarının doğrudan doğruya soruşturmaya başlayabilmelerine imkan sağlayan bir değişiklik yapılabilir.

## 2. Cumhuriyet Savcılığı'nın Takipsizlik Kararı

İşkence iddiası ciddi bulunup idarece soruşturma izni verildiğinde olay C. Savcılığı'nın önüne gelecektir. İşkence gördüğünü iddia eden kişi genellikle bunu kanıtlama sorunuyla karşı karşıyadır ve bu son derece zorlu bir süreçtir. Esasen delil ve izlerin işkencenin ortaya çıkmasını engelleyecek şekilde yok edilmesi, sistematik işkence uygulamalarının bilinen bir aşamasını oluşturur. Bu konuda C. Savcılıklarına çok görev düşmekte ve iddiaların titizlikle araştırılması gerekmektedir. CMUK'nun 148. ve 163. maddelerine göre; C. Savcısı "yeterli delil" toplarsa kamu davası açar. İşkence ya da kötü muamele iddiasıyla C. Savcılıklarına intikal eden pek çok olay, CMUK'un 164. maddesine göre, yeterli delil bulunmaması ya da keyfiyetin takibe değer görülmemesi nedeniyle "takipsizlik (kovuşturamama) kararı"yla sonuçlanmaktadır. Takipsizlik kararına itiraz edilmediği ve yapılan itiraz da haklı bulunmadığı, yani takipsizlik kararı idari ya da yargısal denetim yollarından birine başvurmak suretiyle kaldırılmadığı<sup>9</sup> (CMUK. 165 vd.) takdirde, yine AİHM'ne başvurmak için

9 Kovuşturamama kararı ve kovuşturamama kararının ortadan kaldırılması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. (TOROSLU, 1998: 247-248).

aranan önşartlardan biri olan iç hukuk yolu tüketilmiş olacak ve sonuçta işkence iddialarını ciddiye alan AİHM devletin mahkumiyetine karar verecek olursa, yine personele rücu konusunda sorun yaşanacaktır.

**ÖNERİ:** İç hukuk yolu C. Savcılığı'nın takipsizlik kararı vermesi ya da takipsizlik kararına yapılan itirazın sonuçsuz kalması üzerine tüketilmiş ve AİHM de iddiayı ciddi bularak devleti tazminata mahkum etmişse hazırlık soruşturmasının başlatılabilmesi için birkaç çözüm yolu üzerinde düşünülebilir.

C. Savcılığı, AİHM'nin bu kararını "kamu davasının açılabilmesi için yeterli delil" olarak değerlendirebilir. Şayet C. Savcısı harekete geçmiyorsa "idari denetim" mekanizmasında yer alan kurum ve kişiler harekete geçebilirler. Yani Başsavcı, Savcıya kamu davasını açmasını emredebilir veya Adalet Bakanı CMUK'nun 148. maddesinin verdiği yetkiyi kullanarak, C. Savcısına emir verebilir ve bu yolla kamu davasının açılması sağlanabilir. Tabii bu hususların mutlaka açıkça kanuni düzenlemeye konu kılınması ve kamu davasının açılması ya da açtırılmasının "mecburi yetki" olarak öngörülmesi, takdir yetkisinin kullanımının önüne geçilmesi gerekir

### 3. Mahkemenin Beraat Kararı Vermesi

C. Savcılığı işkencenin varlığı konusunda yeterli delil bulmuşsa kamu davası açar. Yargılama sürecinde de yine ispatla ilgili pek çok hukuki ve fiili sorun yaşanır. Sonuçta mahkeme ya "beraat" kararı verir ya da "mahkumiyet" kararı.

Beraat kararının kesinleşmesi halinde, işkence gördüğünü iddia eden kişi yine AİHM'ne gidebilir. Eğer Mahkeme devleti tazminat ödemeye mahkum ederse devlet kime ve nasıl rücu edecektir?

Bir defa, kendisine isnat edilen işkence suçundan yargılanıp beraat etmiş ve hakkındaki bu karar iç hukuka göre kesinleşmiş kişiye, AİHM kararı dayanak gösterilerek, işkence fiilinin sorumlusuymuş gibi rücu edilmesi mümkün değildir.

Buna bağlı olarak üzerinde durulması gereken önemli bir nokta vardır ki o da kesin hükmün<sup>10</sup> sonuçlarından birisi olan "ne (non) bis in idem" ilkesidir. Bu ilkeye göre, aynı fiilden dolayı aynı kişi ancak bir kez kovuşturulabilir. Yani herhangi bir kişi bir fiilden dolayı bir kovuşturmaya maruz kalıp hakkındaki hüküm kesinleştikten sonra, ikinci bir kovuşturmanın yapılması imkansızdır,<sup>11</sup> kesin hüküm buna engel olur. (CMUK madde 253/3) AİHM'nin tazminata hükmeden kararı, hakkında kesinleşmiş bir beraat kararı bulunan kişi

10 Kavram hakkında bkz. (YURTCAN, 1987: 3; EREM, 1986: 603).

11 İlke hakkında bkz. (KUNTER/YENİSEY, 1998: 106).

bakımından yeri bir davranın açılması sonucunu kendiliğinden doğurmadığına göre, rücu sorunu nasıl çözülecektir?

**ÖNERİ:** Ceza muhakemesinde çok çeşitli fiili ya da hukuksal yarılığlar nedeniyle yanlış kararlar verilebilir.<sup>12</sup> Maddi gerçeği araştıran ceza muhakemesinde kesin hükmün otoritesine rağmen, önemli hataların giderilmesine imkan sağlayan bir yol olarak "muhakemenin yenilenmesi" kurumu oluşturulmuştur. İşte AİHM'nin kararı, beraat eden kişinin aleyhine muhakemenin yenilenmesi sebebi olarak değerlendirilebilir. Bu noktada elbette bir takım güçlükler yaşanabilir. AİHM kişileri değil devleti mahkum ettiği ve bu kararlarda işkenceyi yapan kişi ya da kişilerle ilgili bir tespit çoğu kez mümkün olmadığı için, daha önce muhakeme yapıp da hakkında beraat kararı verilen kişi gerçekten de suçun faili olmayabilir. Bu anlamda AİHM'nin kararının fiili bir etkisi ortaya çıkmayabilir. Ancak eğer beraat kararı, fail olarak gösterilen kişinin kesin olarak suçun faili olmaması nedeniyle değil de, örneğin yeterli delil bulunmadığı için verilmişse ve bu noktada tereddütler yaşanmış ve şüphe sanık lehine yorumlanmışsa o zaman AİHM'nin kararı muhakemenin yenilenmesinde önem taşıyabilir. Bu arada ceza muhakemesinde kesin delilin söz konusu olamayacağını ve AİHM kararının yenilenen muhakemede kesin delil olarak kullanılıp yargılama sonucunun mutlaka mahkumiyetle sonuçlandırılmayabileceğini de gözden uzak tutmamak gerekir. Çünkü ceza muhakemesinde amaç, suç teşkil eden bir fiile mutlaka bir fail bulmak değil, suçun failini bulmaktır.

İşkence iddialarının mahkumiyetle sonuçlanması durumunda da, cezanın yetersiz bulunması, fiilin "işkence" değil, "kötü muamele" olarak nitelendirilmesi gibi çeşitli gerekçelerle AİHM'ne gitmek mümkündür. Bu durumda verilen tazminat kararıyla ilgili olarak, personele rücu etme konusunda hukuksal bir sorun yaşanmayacaktır. Önemli olan iddia edilen fiilin gerçekleştirildiğinin mahkemece saptanmasıdır. Yoksa mahkemenin fiili vasıflandırışıyla AİHM'nin vasıflandırışı arasında bir fark olmasının, yani AİHM'nin "işkence" dediğine mahkemenin "kötü muamele" demiş olmasının hiçbir önemi yoktur.

#### **4. Dava Zamanaşımı Nedeniyle Takipsizlik Ya Da Düşme Kararı Verilmesi**

Zamanaşımı, devletin, suçun işlenmesinin üzerinden belli bir süre geçmesi durumunda davaya devam etmemeyi ya da kesinleşen cezanın belli sürelerde infaz edilememesi nedeniyle cezalandırmaktan vazgeçmeyi önceden kabul etmesi demektir. Zamanlaşımının davayı düşüren türüne dava zamanlaşımı, cezanın infazını engelleyen türüne ise ceza zamanlaşımı denir

12 Ayrıntılı bilgi için bkz. (ÖZGEN, 1968: 6-14).

(CENTEL, 2001: 658).<sup>13</sup> Dava zamanasını belli sürenin geçmesi nedeniyle kamu davasının açılmaması veya açılmışsa davaya devam olunmayarak düşürülmesi sonucunu doğuran zamanasıdır (CENTEL, 2001: 659).

Suçların ve cezaların, belli koşullarla zamanasına uğramaları genel bir kuraldır; yani tüm suçlar için zamanasını söz konusudur. Dava zamanasını süreleri TCK'nun 102. maddesinde düzenlenmiştir.<sup>14</sup> Fakat 102. maddenin son fıkrasına ve 118. maddesine göre; TCK'nun ikinci kitabının birinci babında yer alan, yani devletin şahsiyetine karşı işlenen bir suç (m.125-173) ; ölüm, müebbet ya da geçici ağır hapis cezasını gerektiriyorsa ve yurt dışında işlenmişse dava ve ceza zamanasını işlemez.

Türkiye, aralarında "İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı ve Onur Kırıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi" (İşkenceye Karşı Sözleşme)<sup>15</sup> ve bu alandaki bir çok Sözleşmeye<sup>16</sup> taraf olmasına rağmen, işkence suçunun tanımı, 1999 yılında TCK'nun 243. maddesinde yapılan değişiklikle de yaygın ve yerleşik anlamını karşılayacak hale getirilmemiştir.<sup>17</sup>

13 Zamanasının lehinde ve aleyhindeki düşünceler için ayrıca bkz. (DÖNMEZER/ERMAN, 1994: 241 vd.).

14 TCK'nun 102. maddesi şöyledir: "Kanunda başka türlü yazılmamış olan ahvalin maadasında hukuku amme davası:

1. Ölüm ve müebbet ağır hapis cezalarını müstelzim cükümlerde yirmi sene,
2. Yirmi seneden aşağı olmamak üzere muvakkat ağır hapis cezasını müstelzim cürümlerde onbeş sene,
3. Beş seneden ziyade ve yirmi seneden az ağır hapis veya beş seneden ziyade hapis yahut hidematı ammeden müebbeden mahrumiyet cezalarından birini müstelzim cürümlerde on sene,
4. Beş seneden ziyade olmamak üzere ağır hapis veya hidematı ammeden muvakkaten mahrumiyet cezalarını ve ağır para cezasını müstelzim cürümlerde beş sene,
5. Bir aydan ziyade hafif hapis veya otuz (1999/4421 tarih ve sayılı Kanunla 23580 misli artırıldı) liradan ziyade hafif para cezasını müstelzim cürümlerde iki sene,
6. Bundan evvelki bentlerde beyan olunan miktardan aşağı cezaları müstelzim kabahatlerde altı ay geçmesi ile ortadan kalkar.

Bu kanunun ikinci kitabının birinci babında yazılı ölüm veya muvakkat ağır hapis cezalarını müstelzim cürümlerin yurt dışında işlenmesi halinde dava mürruru zamanı yoktur."

15 İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 1. maddesi şöyledir: "Bu Sözleşme'nin amaçları bakımından 'işkence' terimi, bir kişiye kendisinden ya da üçüncü bir kişiden bir bilgi ya da itiraf elde etmek, kendisinin ya da üçüncü bir kişinin işlemiş olduğu ya da işlediğinden kuşku duyulan bir eylemden dolayı onu cezalandırmak, kendisine ya da üçüncü bir kişiye gözdağı vermek ya da onları zorlamak maksadıyla ya da ayrımcılığa dayalı herhangi bir nedenle bir resmi görevli ya da resmi sıfatla hareket eden bir başkası tarafından ya da onun teşvik etmesi ya da onayı ya da izni ile bilerek maddi ya da manevi acı vermek ya da eziyet etmektir."

16 Türkiye'nin imzaladığı sözleşmeler arasında; BM Çocuk Hakları Bildirgesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Üzerine BM Sözleşmesi, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Üzerine Avrupa Sözleşmesi, İşkencenin Önlenmesi Üzerine Avrupa Sözleşmesi de vardır.

17 TCK'nun 243. maddesinin değişiklikten önceki biçimi şöyleydi: "Mahkemeler ve meclisler reis ve azalarından ve sair hükümet memurlarından biri maznun bulunan kimselerin cürümlerinin söylemek için işkence eder yahut zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvurursa beş seneye kadar ağır hapis ve müebbeden veya muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezası ile mahkum olur."

İşkencenin tanımının ceza kanunumuzda tatmin edici bir biçimde yapılmamış olması nedeniyle de uygulamada işkence sayılması gereken pek çok olay, C. Savcısı ya da mahkemeler ve hatta Yargıtay tarafından vasıflandırılırken çoğu zaman 243. maddeye göre "işkence" olarak değil de 245. maddeye göre<sup>18</sup> "kötü muamele"<sup>19</sup> olarak değerlendirilmektedir. Bu durum, diğer pek çok olumsuzluğun yanında, dava zamanaşımı sürelerinin hesaplanmasında da farklılıklar yaratmaktadır. TCK'nun 243. maddesinde yer alan işkence suçunun dava zamanaşımı süresi 10 yıl iken, 245. maddede yer alan kötü muamele suçunun dava zamanaşımı süresi 5 yıldır. İşkence iddialarının konu olduğu soruşturma ya da davaların zamanaşımına uğrama riskleri, diğer olaylara nazaran daha yüksektir. Çeşitli nedenlerle işkence iddialarının ilgili makamlara duyurulmasında yaşanan fiili ve hukuksal güçlükler, işkence mağdurlarının işkenceye maruz kaldıklarını uzun süre dile getirememeleri, soruşturma ve muhakeme aşamasında yaşanan ispat güçlükleri, ilgili kurum ve organların bu iddiaları takip etme konusundaki yavaşlıkları ve isteksizlikleri, mahkemelerin özellikle güvenlik birimleri ve Adli Tıp Kurumu ile yaptıkları uzun yazışmalar, son soruşturma aşamasında duruşmalar arasındaki sürelerin çok uzun olması, muhakemelerin nakledilmesi olaylarının sıklığı karşısında pek çok işkence ya da kötü muamele olayı dava zamanaşımına uğrayabilmektedir. Bu yavaşlık ve isteksizlik karşısında, dava zamanaşımının durmasını (TCK. md. 107) ya da kesilmesini (TCK. md. 104) sağlayan sebepler de çoğu zaman bu sonucu yani dava zamanaşımı süresinin dolmasını önleyemeyecektir.<sup>20</sup>

Bu maddenin 1999 değişikliğinden sonra ve günümüzdeki hali ise şöyledir: "Bir kimseye cürümlerini söyletmek, mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple işkence eden veya zalimane veya gayrinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvuran memur veya diğer kamu görevlilerine sekiz yıla kadar ağır hapis ve süreklî veya geçici olarak kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası verilir."

18 TCK'nun 245. maddesi şöyledir: "Kuvvei cebriye imaline memur olanlar ve bilumum zabıta ve ihzar memurları, memuriyetlerinin icrada ve mafevkinde bulunan amirin emrini infazda kanun ve nizamın tayin ettiği ahvalden başka surette bir kimse hakkında suumuamele veya cismen eza verecek hale cüret eder yahut o kimseyi darp ve cerh eyleser üç aydan beş seneye kadar hapis ve muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezaları ile cezalandırılır. Eğer işlediği cürüm bu fiillerin fevkinde ise o cürümlere terettüp eden ceza üçte birden yarıya kadar artırılır."

19 İşkence suçu kavramı ve benzer suçlardan farkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. (DEMİRBAŞ, 1992: 5-8).

20 Davanın yürütülmesine engel olan belli nedenler ortaya çıktığında, bunların sonuçlanmasına kadar zamanaşımı süresi işlemez. Buna *dava zamanaşımının durması* denir. Durma nedeni ortadan kalktığında, süre kaldığı yerden işlemeye devam eder. Kamu davasının açılmasının izne bağlı olması, kamu davası açılmasının karar alınmasına bağlı olması, bekletici mesele bulunması, milletvekilliği sıfatının bulunması gibi nedenler durma nedenleridir.

*Dava zamanaşımının kesilmesi* ise, ceza soruşturmasına ilişkin belli işlemlerin yapılması nedeniyle, o ana kadar işlenmiş sürenin işlememiş sayılmasıdır. Söz konusu işlemin yapılmasıyla birlikte süre yeniden yani kaldığı yerden değil, baştan itibaren işlemeye başlayacaktır. Kesilme nedenleri; mahkumiyet kararı verilmesi, yakalama müzakeresi, tutuklama müzakeresi, celp müzakeresi, ihzar müzakeresi, sanığın sorguya çekilmesi,

TCK'nun birinci kitabının dokuzuncu babında "dava ve cezanın sukutu" başlığı altında yer alan dava zamanlaşımının bulunması halinde, Savcılıklar ve mahkemeler tıpkı bir muhakeme şartının gerçekleşmemiş olması nedeniyle hangi kararları verebiliyorlarsa, o kararları vereceklerdir;<sup>21</sup> yani savcılıklar kovuşturamama kararı verebilecekleri gibi mahkemeler de, (Yargıtay dahil) "dava zamanlaşımı" nedeniyle düşme kararı verebilirler. Bu durumlarla işkence ve kötü muamele suçları bağlamında ülkemiz pratiğinde sıkça karşılaşılmaktadır. Bu şekilde dava zamanlaşımına uğramış bir işkence olayının, AİHM'nde değerlendirilerek sonuçta mahkumiyet kararı verilmesi durumunda, yine kesinleşmiş bir hükümle suç işlediği sabit olan bir kişi bulunmadığından, tazminatı ödeyen devletin rücu imkanı da olmayacaktır.

**ÖNERİ:** Tabii ki ilk olarak söylenmesi gereken husus tüm davalarda gösterilmesi gereken hassasiyetin bu davalarda da gösterilmesi, soruşturmaları uzatabilecek maksatlı ya da maksatsız uygulamalardan vazgeçilmesidir.

Bununla beraber, alınabilecek özel tedbirler arasında, işkence suçunun tanımının uluslararası sözleşmelere uygun biçimde yapılması gereğine işaret edilebilir. Böylece işkence sayılan pek çok eylemin "kötü muamele" olarak değerlendirilmesinin ve zamanlaşımı süresinin kısaltılmasının önüne geçilebilir.

Gerçekleştirilebilirliği konusunda çok büyük tereddütlerimiz olmakla birlikte bir diğer önerimiz, en yaygın insan hakkı ihlali olarak ortaya çıkan işkence suçunun zamanlaşımına uğramaması ve yasadaki istisnalar arasında yer almasıdır.

## VI. DEĞERLENDİRME

Görüldüğü gibi iç hukuk yollarının tüketildiği bir çok durumda, devletin tazminat ödemeye mahkum edilmiş olması halinde, yasa ile güdülen amaç gerçekleşmeyecek ve rücu imkanı olmayacaktır. Bu düzenleme elbette ki önemlidir; ancak işkence olaylarının önüne geçmek konusunda siyasi iradenin samimiyetine inandırıcılık kazandırılabilmesi için, işkencenin önlenmesine dönük başka tedbirlerin gerekliliğini ve önemini gözden kaçırmadan, rücu kurumunun da gerçekten ve etkili bir şekilde işlemesini sağlayacak düzenlemelerin yapılmasına ihtiyaç vardır. Lakin bütün bunların önünde ve ötesinde, işkencenin önlenmesinde en önemli faktörün kararlı ve samimi bir siyasi iradenin varlığını sürekli ve etkili biçimde sergilemek olduğunu akıldan çıkarmamak gerekir.

son soruşturma açılması kararı, iddianame yazılmasıdır. Dava zamanlaşımını durduran ve kesen sebepler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. (CENTEL, 2001: 663-671).

21 Suçlunun cezalandırılmasına tesir eden sebep ve muhakeme şartı arasındaki benzerlikler ve ceza muhakemesi şartlarının sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. (KUNTER/YENİSEY, 1998: 69-79).

Amacı maddi gerçeği bulmak olan ceza muhakemesi hukukunda, bu amaca ulaşmak için her yol kullanılamaz. Her yolun kullanılabileceğini söylemek, bir delil bulma ya da delil yaratma yöntemi olarak işkencenin meşru ya da mübah görülmesi sonucunu doğurur. Ceza muhakemesinde delil elde etmede kullanılabilecek yöntemler sadece adli ya da hukuksal niteliğe sahip olanlardır. Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen bilgilerin hiçbir delil değeri yoktur. Bu husus yasalarda da açıkça ifadesini bulmuş olmasına rağmen,<sup>22</sup> pratikte bu ilkenin gereklerinin hakkıyla yerini getirildiğini söylemek mümkün değildir. İşkenceyle mücadele konusunda samimi bir yaklaşım, işkence yapanın bu faaliyeti sonucu elde ettiğini düşündüğü verilere hiçbir hukuksal değer tanınmamayı gerektirir. İşkence yaparak elde edilen itirafın ya da bilginin kullanıldığını, bunlara delil değeri atfedildiğini gören bir kişi işkence yapmaya devam edecektir. Yaptığı işin devlet menfaatine olduğuna inanan ya da inandırılan, önüne gelenin işkenceyi hak ettiğini düşünen ve işkence yapsa da bir tür dokunulmazlık zırhından yararlanacağı kanaatinde olan bir görevlinin işkenceden vazgeçmesi mümkün değildir.

Bu yazıda ele aldığımız düzenlemeyi işkenceyi önleme konusunda etkili bir tedbir olarak değerlendirmek, yukarıda sergilemeye çalıştığımız nedenlerle, mümkün değildir. Bunlara ilaveten, "personeler rücu" konusunda zaten bir zorunluluk da getirilmemiş, sadece kurumun "rücu hakkının saklı" olduğu belirtilmiştir. Oysa Anayasa'nun ilgili hükmü (m.129/5)<sup>23</sup> dikkate alındığında, bu konuda kuruma bir takdir yetkisi verilmemesi, rücu etmenin zorunlu hale getirilmesi gerekirdi.

Ayrıca söz konusu hüküm ilk bakışta sadece 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi olan personelle ilgiliymiş gibi görünmektedir. Uygulamada daha geniş anlaşılması arzu edilir; fakat uygulama bu yönde gelişmediği takdirde<sup>24</sup> 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi olmayan kamu görevlilerine, işkence yüzünden ödenecek tazminatlar için bu Kanuna göre rücu edilmesinde sorun yaşanabilir. TCK'nun 243. maddesi "*memur veya diğer kamu görevlileri*"nden söz etmektedir. Olası farklı yorum ve uygulamayı önlemek için; tüm memurların ve diğer kamu görevlilerinin işkence suçu kapsamındaki

22 Ayrıntılı bilgi için bkz. (ŞAHİN, 1997: 31 vd.; KAYMAZ, 1997: 86 vd.).

23 Anayasa'nın 129. maddesinin 5. fıkrası şöyledir: "*Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.*"

24 "Kolluk, genel ve özel kolluk olarak ikiye ayrılır. Genel kolluk polis ve jandarmadan meydana gelir. Özel kolluk ise, genel kolluk dışında kalan ve özel kanunlarına göre kurulup belli kolluk hizmetlerini yerine getiren kuvvetlerdir. Genel kolluk yaptığı görev itibarıyla suç öncesi ve suç koluğu bölümlerine ayrılır. Suç koluğu suç işlendikten sonrası için, suç ve suçluların araştırılması yönünde görev yapar. Ancak ülkemizde henüz ayrı bir suç koluğu teşkilatı bulunmadığından, bu görevi de polis ve jandarma yerine getirmektedir." (ŞAHİN, 1997: 65-66).



eylemlerinden doğan zararlar nedeniyle, AİHM tarafından verilen mahkumiyet kararlarından dolayı ödenen tazminatların, rücu kapsamında olacağını öngören daha kapsayıcı bir hüküm amaca daha uygun olurdu.

## Kaynakça

- AKÇAM, Taner (1992), *Siyasi Kültürümüzde Zulüm ve İşkence* (İstanbul :İletişim Yay.).
- CENTEL, Nur (2001), *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (İstanbul: Beta Yayıncılık).
- DEMİRBAŞ, Timur (1992), *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu* (Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fak. Yay.).
- EREN, Abdurrahman (2000), "Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat İle Onu Yürüldükten Kaldıran Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Karşılaştırılması," *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* (Yıl 55, Sayı 3): 55-78.
- DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir (1994), *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, C.III (İstanbul: Beta Basım Yayım, 10. Baskı).
- EREM, Faruk (1986) *Ceza Yargılaması Hukuku* (Ankara: Işın Yayıncılık, 6. Baskı).
- GEMALMAZ, Mehmet Semih (1990), *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda İşkencenin Önlenmesi* (Amaç Yayıncılık).
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz / GÖZÜBÜYÜK, Şeref (1994), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması* (Ankara).
- KAYMAZ, Seydi (1997), *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller* (Ankara: Seçkin Yayınevi).
- KÜNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun (1998), *Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Beta Basım Yayım, 10. Baskı).
- ÖZEK, Çetin (1961), "Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* (Cilt: VI, Sayı: 1-4): 34-85.
- ÖZGEN, Eralp (1968), *Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi* (Ankara: Başnur Matbaası).
- PIŞKINSÜT, Sema (2001), *Filistin Askısından Fezlekeye İşkencenin Kitabı* (İstanbul: Bilgi Yayınevi).
- SELÇÜK, Sami (1997), *Memur Yargılaması Hakkında* (İstanbul: TÜSLAD Yayınları, No. T/97-209).
- SEVİMEY, Devrim (2001), *TBMM İnsan Hakları Komisyonu Raporlarında Resmen İşkence* (İstanbul: Metis Yayınları).
- ŞAHİN, Cumhuri (1994), *Sarığın Kolluk Tarafından Sorgulanması* (Ankara: Yetki).
- TANRIKÜLÜ, M. Sezgin (2001), *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine Bireysel Başvuru İçin El Kitabı* (İstanbul: İstanbul Barosu CMUK Uygulama Servisi Yayını).
- TOROSLU, Nevzat (1998), *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınevi).
- YÜRTCAN, Erdener (1987), *Kesin Hükümün Ceza Muhakemesini Önleme Etkisi* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını).