

İŞKENCE VE KÖTÜ MUAMELE YASAĞI KAPSAMINDA SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE TÜRKİYE'NİN SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ İCRASI

Obligation of Investigation under the Prohibition of Torture and Ill-Treatment and Enforcement of Turkey's Investigation Obligation

Özge BALCIOĞLU*

Öz

İşkence ve kötü muamele yasağı, insanlık onurunu ve fiziksel bütünlüğü korumayı hedefleyen en önemli kurallardan biridir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 3. ve 13. maddelerinde ve 1982 Anayasası'nın 17. maddesinde ele alınan bu yasak pek çok uluslararası belgede de varlığını korumaktadır. AİHS'de doğrudan düzenlenmemiş olsa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarından anlaşıldığı üzere bu yasak üç adet yükümlülük doğurmaktadır. Bunlar negatif yükümlülük, pozitif yükümlülük, soruşturma ve kovuşturma yükümlülüğüdür (usul yükümlülüğü). Soruşturma ve kovuşturma yükümlülüğü soruşturmanın sağlıklı bir süreçte ilerlemesi, failin bulunması ve cezalandırılmasını düzenlediğinden azami önem gösterilerek yerine getirilmelidir. Ülkemizde

Abstract

The prohibition of torture and ill-treatment is one of the most important rules aimed at protecting human dignity and physical integrity. This prohibition, which is addressed in articles 3 and 13 of the European Convention on Human Rights (ECHR) and Article 17 of the Constitution, maintains its existence in many international documents. Although it is not directly regulated in the ECHR, this prohibition creates three obligations, as understood from the European Court of Human Rights (ECHR) decisions. One of these obligations, the obligation to investigate, must be fulfilled with utmost care in terms of finding and punishing the perpetrator. In our country, the fulfillment of the obligation to investigate has gained more importance over time, and the violations of Articles 3

* Lisans Öğrencisi, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ozge.balcioglu@ug.bilkent.edu.tr, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9031-3374>.

soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilmesi zamanla daha çok önem kazanmış, 3. ve 13. madde ihlalleri zamanla azalmıştır. Buna rağmen geçtiğimiz yıl 3. madde ihlallerinin en büyük sebebi etkin soruşturma yapılmaması olmuştur. AİHM kararlarının, Anayasa Mahkemesi (AYM) kararlarının ve yasaların, düzenlendiği şekilde uygulanmaması sebebiyle soruşturma ve kovuşturma yükümlülüğü ihlalleri ortaya çıkmaktadır. Bu yazıda işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında soruşturma yükümlülüğü incelenmiş ve ülkemizin bu yükümlülüğü nasıl ele aldığı genel hatlarıyla açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İşkence, Kötü Muamele, Soruşturma Yükümlülüğü, Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

GİRİŞ

İşkence ve kötü muamele yasağı, AİHS ve 1982 Anayasası ile koruma altına alınmış bir insan hakkıdır. İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme de 1984 senesinde Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilmiştir ve 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin yürürlüğe girmesinin onuncu yıldönümünde 26 Haziran günü İşkenceye Karşı Mücadele ve İşkence Görenlerle Dayanışma Günü ilan edilmiştir. Türkiye 1988 yılında sözleşmeyi kabul etmiş ve geçmişten bu yana pek çok mevzuatta işkence ve kötü muamele yasağına yer vermiştir (ihd.org.tr).

Ne yazık ki, insan onurunu ve fiziksel bütünlüğünü koruyan bu yasağı ihtimam etmeyen birçok ülke de bulunmaktadır. Vatandaşların birbirine karşı işlediği işkence ve kötü muamele suçunu göz ardı etmek bir yana, bazı devletler bu yasağı karşı gelerek işkence ve kötü muamele fiilini işlemektedirler.

İşkence ve kötü muamele yasağı, insan onurunu korumakla beraber insanın fiziksel bütünlüğünü de korumaktadır. AİHS'nin 3. ve 13. maddelerinden kaynaklanan, içtihatlarla gelişmiş olan üç adet yükümlülük bulunmaktadır. Söz konusu yükümlülükler devletler tarafından büyük bir önemle yerine getirilmelidir ki insan

and 13 have decreased over time. Despite this, the biggest reason for violations of Article 3, last year was the lack of effective investigation. The decisions of the ECHR and the Constitutional Court must be properly implemented in practice. In this article, the obligation to investigate has been examined and it has been tried to explain in general terms how our country handles this obligation.

Keywords: Torture, Ill-treatment, Obligation to Investigate, Constitutional Court, European Court of Human Rights.

haklarına dayalı bir hukuk devletinden söz edilebilir. Üç yükümlülüğün biri olan soruşturma ve kovuşturma yükümlülüğü, diğer bir adıyla usul yükümlülüğü, soruşturmanın sağlıklı olmasını, failin bulunmasını ve cezalandırılmasını sağlamaktadır. Soruşturma ve kovuşturma yükümlülüğünün ihmali durumunda işkence ve kötü muamele yasağının caydırıcılığı azalmaktadır.

Bu çalışmada öncelikle işkence ve kötü muamele yasağı, soruşturma ve kovuşturma yükümlülüğü, bu yükümlülüğün hukuki dayanağı ile amacı ve ilkeleri, Türkiye'nin usul yükümlülüğüne yaklaşımı üzerinde durulmuş; sonrasında AİHM ve AYM kararları ışığında Türkiye'nin usul yükümlülüğünün icrası incelenmiştir. İncelemeler sonucunda ilgili yasalarımızın AİHS ile paralellik gösterdiği ve AYM kararları ile AİHM kararlarının benzer nitelikte olduğu görülmüştür. Zamanla usul yükümlülüğü ihlalleri azalmış bulunsa da yasaların öngördüğü ve kararların yol gösterdiği nitelikte uygulamalar pratiğe dökülmediğinden ihlallerin meydana çıktığı anlaşılmıştır. Hukuk devleti ilkesine uygun kanunlar bulunsa da bunlar pratiğe dökülmedikçe önemlerini yitirecektir.

I. İŞKENCE VE KÖTÜ MUAMELE YASAĞI

İşkence ve kötü muamele yasağı 1982 Anayasası (AY), AİHS, İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme ve İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi gibi pek çok belgede düzenlenmiştir.

Birleşmiş Milletler'in kabul ettiği İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin 1. maddesine göre:

“Bu Sözleşmenin amaçları bakımından “işkence” terimi, bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphelenilen 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 muvafakatıyla uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırıp veren bir fiil anlamına gelir. Bu yalnızca yasal müeyyidelerin uygulanmasından doğan, tabiatında olan veya arizi olarak husule gelen acı ve ızdırabı içermez.”

Söz konusu tanımda ve aşağıda bahsedilecek olan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) yapmış olduğu işkence tanımında “kamu görevlisi” terimi kullanıldığı için kamu görevlisinin ne olduğunu açıklamak gerekir.

Kamu görevlisi kavramı, memur kavramından farklıdır. Kamusal faaliyete katılan bireyler kamu görevlisi sayılmaktadır. Ceza hukukunda yer alan kamu görevlisi kavramı, diğer hukuk dallarına göre kavramın kapsamına giren kişiler açısından farklılık göstermekte ise de 5237 sayılı kanunda yapılan tanım, 1982 AY’da bulunan tanıma benzer olduğu için hukukumuzda bu kavram açısından yeknesaklaştırmaya gidildiği görülmektedir (Aydın, 2010: 126-127). TCK’nın “Tanımlar” başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrasının c bendine göre:

“Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi anlaşılır.”

AİHM, İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme’nin işkence tanımını kısmen kabul etmiştir. 1982 AY’nda işkence ve kötü muamelenin açık bir tanımı olmasa da 5237 sayılı TCK’nun “İşkence” başlıklı 94. maddesinin 1. fıkrasında işkence tanımlanmıştır:

“Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

İşkence ve kötü muamele farklı şekillerde tanımlanmış olsa bile pek çok ülkede yasaklanmıştır. Öyle ki *jus cogens* niteliktedir.¹ *Jus cogens* kurallarda devletler egemenliklerini kısmi olarak devrederler. Bu kurala göre hiçbir istisna olmaksızın işkence ve kötü muamele meşru gösterilemez ve yapılması kabul edilemez. *Jus cogens* kurallar genellikle insan haklarıyla ilgilidirler (Öztürk, 2017: 37).

1982 AY 17. maddesinin 3. fıkrasına göre:

“Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.”

AİHS’nin mutlak nitelikte olan 3. maddesine göre ise:

“Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.”

¹ İlk kez Viyana Sözleşmesi’nde ortaya konulmuş olan *jus cogens*, uluslararası hukukta devletlerin egemenliklerini kısmi olarak devrettikleri istisnai durumlardır. Devletlerin egemenliklerini kısmi olarak devretmeleri ile insancıl uluslararası hukuk hedeflenmiştir. *Jus cogens* kurallar arasında işkence ve kötü muamelenin yasaklanması, köleliğin yasaklanması gibi hususlar girmektedir (Öztürk, 2017: 37-38).

Bu iki maddede görüleceği üzere farklı sözcük seçimleri yapılmış olsa dahi bu sözcüklerin anlamları ve kapsamaları konusunda tartışmaya gidilmemiştir (Altıparmak, 2015:149). Bu maddelere göre hiçbir istisna olmaksızın hiç kimseye işkence ve kötü muamele yapılamaz. Hiçbir durumda bu suçlar haklı gösterilemez (Doğru, 2006: 2). Ayrıca AİHS, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ne atıfta bulunmaktadır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 5. maddesi de hiç kimseye işkence ve kötü muamele uygulanamayacağını vurgulamaktadır (İnce, 2019: 3404).

Senelerdir pek çok ülkede yasaklanmış olan işkence ve kötü muamele 1961 AY ve 1924 AY'nda da ele alınmıştır. 1961 AY 14. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında, 1924 AY'nın 73. maddesinde işkence ve kötü muamele yasaklanmıştır.

Yukarıdan anlaşılacağı üzere anayasalarımızda işkence ve kötü muamelenin açık bir tanımı yoktur, ancak pek çok ülkede olduğu gibi bunlar yasaklanmıştır ve bu suçların işlenmesine karşın belli cezalar öngörülmüştür.

İşkence ve kötü muamele yasağı hususunda AİHS'nin 13. maddesine de değinmek gerekir. Söz konusu maddeye göre:

“Bu Sözleşme’de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir.”

İşkence ve kötü muamele yasağı ile korunması amaçlanan hukuksal değerler, bireylerin onuru ve fiziksel bütünlüğüdür (Esen, 2013: 49).

İşkence ve kötü muamele farkı, yoğunluk ve ağırlık kriterleri göz önünde bulundurularak açıklanabilir. Yoğunluk kriteri, mağdurun fiziksel ve kişilik özelliklerine göre değişebilir (Efe ve Han, 2013: 130).

Bir fiilin suç sayılabilmesi için fiilin tipik olması, yani “*kanuni tanımındaki haksızlığın tanımı ile örtüşmesi*” gerekmektedir (Koca ve Üzülmöz, 2021: 105). Tipikliğin gerçekleşebilmesi için de suçta maddi ve manevi unsurlar mevcut olmalıdır. Maddi unsurlar fail, mağdur, hareketin konusu, netice, illiyet bağı ve objektif isna-diyet, suç tipinin temel ve nitelikli unsurlarıdır. Manevi unsur ise kast ya da taksir olarak karşımıza çıkmaktadır (Koca ve Üzülmöz, 2021: 147).

Nitekim işlenen bir fiilin işkence sayılabilmesi için manevi unsur olarak kast mevcut bulunmalıdır, mağdur yoğun acı ve eziyet çekmiş olmalıdır (Mutaf, 2020:

246). Çünkü işkence suçunda dikkatsizlik ve özensizlikten dolayı ortaya çıkan taksir kavramının bulunması beklenemez. Bir fiilin kötü muamele sayılabilmesi için ise insanlık dışı bir eylem söz konusu olsa bile asgari bir sınırı geçmiş olması gerekir (Anayurt, 2008: 432). Bu asgari sınır cezaya muhtaçlık ve cezaya liyakat kavramları sayesinde belirlenebilir. Söz konusu kavramlar birbirleri ile oldukça ilişkilidir. Saç’a göre: “Cezaya muhtaçlık, cezanın toplumsal düzeni saldırlardan korumak için son araç olması gerektiğini sonuçlar. Cezaya muhtaçlık, fiilin cezaya liyakatini de gerektirir. Yani sadece cezalandırmaya layık ve cezalandırmaya muhtaç hukuksal değerlere ilişkin olan haksızlıklar suç olarak tanımlanabilir.” (Saç, 2019: 14).

AİHS’nin 3. ve 13. maddeleri devletlere yükümlülükler yüklemektedir. Üç tür yükümlülük söz konusudur. İlk tür yükümlülük olan negatif yükümlülüğe göre devletler, kimseye işkence ve kötü muamele yapamaz. İkinci tür yükümlülük olan pozitif yükümlülüğe göre devlet, kişilerin mağdur olmasını önlemek amacıyla koruyucu önlemler almak zorundadır. Son yükümlülük olan soruşturma ve kovuşturma yükümlülüğüne, diğer bir adıyla usul yükümlülüğüne göre devlet, işkence ve kötü muamele suçlarını soruşturmalı ve kovuşturmalıdır (Doğru, 2006: 2). Bu yazıda soruşturma ve kovuşturma yükümlülüğü ele alınacak ve Türkiye’nin söz konusu yükümlülüğü uygulama gelişimi incelenecektir.

II. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Birleşmiş Milletler’in kabul ettiği Sözleşme’nin 12. maddesinde soruşturma yükümlülüğü açıkça düzenlenmiştir. Buna göre:

“Her bir Taraf Devlet kendi egemenliği altındaki bir ülkede bir işkence fiilinin işlendiğine inanmak için makul sebepler bulunması halinde, yetkili makamlar tarafından derhal ve tarafsız bir soruşturma yapılmasını sağlar.” (tihv.org).

Soruşturma yükümlülüğü AİHS’de doğrudan düzenlenmemekle beraber AİHM’nin içtihatlarından anlaşılmaktadır (Burak, 2014: 394). AİHM, soruşturma ve kovuşturma yapma usulünü içtihatlar ışığında düzenlemiştir. Etkin soruşturma yapma yükümlülüğü ilk olarak 27 Eylül 1995 tarihli 19009/04 sayılı McCann v. UK kararında ele alınmıştır (Burak, 2014: 372). Sözleşmenin 3. ve 13. maddelerine dayanan bu yükümlülüğe göre devletler, bireylerin işkence ya da kötü muamele gördükleri iddialarını soruşturmakla yükümlüdürler (Reidy, 2002: 72).

AİHS'nin tarafı olan devletler soruşturmanın nasıl yapılacağı konusunda farklı düzenlemeler yapmakta özgürdürler, ancak AİHS'ye aykırı bir düzenleme yapılamaz. AİHS, AİHM'e başvurulma imkânı sağlar (Burak, 2014: 370).

Soruşturma yükümlülüğünün konusu, çoğunlukla kamu görevlilerinin bireylere yaptığı işkence veya kötü muamele eylemleridir. Kamu görevlilerinin söz konusu olması sebebiyle soruşturma ve kovuşturma terimleri her türlü muhakemenin kapsamına girer (Doğru, 2006: 2). Centel ve Zafer'in tanımına göre: *"Muhakeme hukuku, devletin yargı gücünü temsil eden organlarının, uyuşmazlıkları çözerken izleyecekleri yöntemleri düzenleyen hukuk dalıdır."* (Centel ve Zafer, 2016: 3). 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde soruşturma ve kovuşturma şu şekilde tanımlanmıştır:

e) Soruşturma: Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi,

f) Kovuşturma: İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi,

ifade eder."

Etkin bir soruşturma yapılabilmesi için AİHM'e göre resmi bir soruşturmanın yapılması, soruşturmanın suça karışanlardan bağımsız bir organ tarafından yürütülmesi, soruşturmayı kamuoyunun izlemesine yeterli derecede imkan sağlanması, soruşturmanın ihlali gerçekleştirenleri belirleyebilecek nitelikte olması, yani maddi deliller ve sorumluluğu tespit edebilecek nitelikte olması, soruşturmanın ivedilikle ve özenle gerçekleştirilmesi gerekir (Burak, 2014: 373). Yerel mahkemeler de soruşturmanın düzgünce yapılıp yapılmadığını denetlemelidir (Burak, 2014: 396).

Soruşturma yapılırken soruşturmayı yapan kişilerin sanıklarla bir bağı olmaması gerekir (Burak, 2014: 398). 31247/96 sayılı Talat Tepe v. Türkiye kararı AİHM, soruşturmayı yürüten kişi ve kurumların işkence yaptığı iddia edilen kişi ile bağı olması gerekçesiyle 13. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Soruşturma esnasında delillerin korunması da ayrı bir önem taşımaktadır. Erdoğan v. Türkiye kararı ve Batı ve Diğerleri v. Türkiye kararlarında delillerin korunması önemine vurgu yapmaktadır (Burak, 2014: 399).

AİHM’e göre işkence ya da kötü muameleyle uğrayan kişinin adli tıp muayenesi, kamu görevlilerinin ve kolluk kuvvetlerinin olmadığı bir ortamda yapılmalıdır. Aynı ortamda yapılırsa bu adli tıp raporlarının güvenilirliğini sarsacaktır. Ek olarak, sanık mağdurun önünde dinlenmelidir. Verilen kararlar ve kabul edilen kurallar yalnızca sözde kalmamalı, pratikte de uygulanmalıdır. Aksi takdirde devlet işkence ve kötü muamele yapan kişilerin cezasız kalmasında etkili olmuş olur (Burak, 2014: 400).

Devletler soruşturma yükümlülüğünü düzgün bir şekilde yerine getirebilmek adına yargı sisteminde bir teşkilatlanmaya gitmelidir. Ayrıca, işkence ve kötü muamele yasağı ile en temel hak olan yaşama hakkının ve insan onurunun korunmaya çalışıldığı göz önünde bulundurulursa devletler söz konusu haktan doğan yükümlülükleri yerine getirmek adına özel bir önem göstermelidirler.

A. HUKUKİ DAYANAK

21987/93 başvuru numaralı Aksoy v. Türkiye kararında başvurucu on dört gün gözaltında tutulduğu ve tutukluluk süresi boyunca işkence gördüğü, Filistin askısına asıldığı gerekçeleriyle AİHM’e başvurmuştur. Dava sonucunda AİHM, Türkiye’nin AİHS’nin 3. ve 5. maddelerini ihlal ettiğine karar vermiştir. Bu karara göre devletin soruşturma yükümlülüğünün hukuki dayanağı şu şekilde açıklanmıştır:

“Sözleşme’nin 3. maddesinde güvence altına alınan hakkın özelliği, 13. madde bakımından sonuçlar doğurmaktadır. İşkence yasağının büyük önemi ve özellikle işkence mağdurlarının korunmasız durumu düşünüldüğünde, Sözleşme’nin 13. maddesinin, iç hukukta kullanılabilir diğer haklar saklı kalmak kaydıyla, Devletlere işkence olayları hakkında tam ve etkili bir soruşturma yapma yükümlülüğü yüklediği görülür.”

AİHM, Büyükdag v. Türkiye kararında başvuran tarafından dile getirilmemiş olsa da soruşturma yükümlülüğünü incelerken 13. maddeyi re’sen dikkate almıştır.

B. AMACI VE İLKELERİ

AİHM, soruşturma yükümlülüğünü bazı kararlarında 3. maddeye, bazı kararlarında 13. maddeye, bazı kararlarında ise her ikisine birden dayandırmaktadır. Hangi maddeye dayandırırsa dayandırsın bu yükümlülüğün amacı ve ilkeleri değişmez. Amaç ve ilkeler İstanbul Protokolü’nde düzenlenmiştir (Doğru, 2006: 169). İstanbul Protokolü, işkence ve kötü muamele

suçu iddialarında izlenecek yolları ele alan, Birleşmiş Milletler'in kabul ettiği ve AİHM'nin kararlarında kullandığı bir belgedir (ttb.org.tr).

AİHM'e göre etkin soruşturma yapmanın amacı suçu işleyen kişileri tespit etmek, gerekli cezayı vermek ve tazminat verilmesi durumunda mağdura tazminat ödenmesini sağlamaktır. İstanbul Protokolü'nün amaçları şu şekilde sayılabilir:

“(i) Bulguların açıklığa kavuşturulması ve işkence görenler ve aileleri için, işkence olayına karışan bireylerin ve Devlet'in sorumluluğunun saptanması ve kabul edilmesi;

(ii) Olayın tekrarlanmasını önlemek için gerekli önlemlerin belirlenmesi;

(iii) Soruşturma sonucunda işkence veya kötü muameleden sorumlu olduğu düşünülen kişilerin yargılanmalarının ve/veya uygun disiplin cezalarına çarptırılmalarının temin edilmesi; Devlet'in adil ve yeterli maddi tazminat ile tıbbi bakım ve rehabilitasyon olanaklarını sağlaması da dahil olmak üzere, tam bir tazminatın ve koşullarda iyileştirmenin gerektiğinin gösterilmesidir.” (Biçer, 2017: 14).

İstanbul Protokolü'nde düzenlendiği üzere soruşturmanın beş ilkesi vardır. Bunlar: soruşturmanın başlatılması, soruşturma organlarının bağımsızlığı, soruşturmanın etkililiği, soruşturmanın makul bir özen ve hızla yapılması, soruşturmanın şeffaflığı ve kamu tarafından denetimidir (Doğru, 2006: 170).

III. TÜRKİYE'NİN YAKLAŞIMI

Türkiye'nin etkin soruşturma yükümlülüğünü ihlal ettiğine dair hüküm verilen ilk karar yukarıda bahsedilmiş olan Aksoy v. Türkiye kararıdır (Burak, 2014: 372).

Türkiye, soruşturma yükümlülüğünü yerine getirme konusunda zamanla kendini geliştirmiştir. 2008 senesinde AİHS'nin 3. maddesi elli yedi kez, AİHS'nin 13. maddesi on üç kez ihlal edilmiştir (tihv.org.tr). AİHM'nin açıkladığı verilere göre 2020 yılında ise Sözleşme'nin 3. maddesi altı kere ihlal edilmiştir. Bu altı seferden üç tanesi “etkin soruşturma eksikliği” başlığı altında yer almaktadır. 1959 yılından 2020 yılına kadar sözleşmenin 3. maddesi Türkiye tarafından toplam 595 kere, 13. maddesi ise 281 kere ihlal edilmiştir (echr.coe.int). Türkiye'nin 3. madde ihlalleri

genellikle uzun süren yargılama süreçleri, etkin bir soruşturma yürütülmemiş olması ve etkili bir hukuk yolunun bulunmamasından kaynaklanmaktadır (mondaq.com).

Akkurt v. Türkiye davası bu konuda kayda değer kararlardan biridir. Başvurucu on dört günlüğüne gözaltına alındığını ve gözaltı süresi esnasında Filistin askısına çıplak, gözü kapalı şekilde asıldığını ve vücuduna elektrik verilmesi, yumruklanması, tekmelenmesi gibi çeşitli şekillerde işkenceye uğradığını iddia etmiştir. Başvuran, iç hukuk yollarını tüketmeye çalıştığında işkence yaptığı iddia edilen iki polis hakkında açılan soruşturma polislerin serbest bırakılmasıyla sona ermiştir ve başvuranın sağlık raporları bilirkişi tarafından incelenmemiştir. AİHM, devletin soruşturma yükümlülüğünün bulunduğunu ve bu sürece başvuranın aktif şekilde dahil edilmesi gerektiğini belirterek 13. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHM’ye göre soruşturma yolunun yargısal bir yol olması zorunlu değildir. İdari bir süreç de izlenebilir (Burak, 2014: 375). Türkiye’de kötü muamele ya da işkence iddiası ile şikayetçi olduğu takdirde Cumhuriyet savcısı sanık hakkında soruşturma açmaktadır ve yargısal bir süreç izlenmektedir. Mahkemenin verdiği karar doğrultusunda üst derece mahkemelerinde kanun yoluna gidilebilir. 1982 Anayasası’nın 148. maddesinde düzenlendiği üzere Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla, tüm iç hukuk yolları tüketildikten sonra Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılabilir. Ayrıca, iç hukuk yolları tüketilmesinden ya da hak ihlalinin ortaya çıkmasından itibaren altı ay içerisinde AİHM’ne başvurulabilir. AİHM’ne başvurma imkânı AİHS’den kaynaklanır (Teziç, 2018, 273-276).

5237 sayılı TCK’nın 94. maddesinin 1. fıkrası doğrudan kamu görevlilerine yönelik olduğu için kamu görevlileri hakkında soruşturma açılması hususuna değinmek gerekir. 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’un 1. maddesine göre:

“Bu Kanunun amacı, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili mercileri belirtmek ve izlenecek usulü düzenlemektir.”

Ancak, işkence ve kötü muamele suçu da dahil olmak üzere bazı suçlar işlendiği takdirde Cumhuriyet savcısı kimseden izin almadan soruşturma açabilir. Ek olarak

işkence veya kötü muamele yaptığı iddia edilen kamu görevlileri hakkında disiplin soruşturması açılmalıdır (Burak, 2014: 401). Pozitif yükümlülüğün bir sonucu olarak işkence ve kötü muamele suçunun işlendiğinin öğrenildiği ya da öğrenilmesinin mümkün olduğu an gerekli koruyucu önlem devletler tarafından alınmak zorundadır (Centel ve Zafer, 2016: 170).

5237 sayılı TCK'nın 51. maddesinin 1. fıkrasına göre:

“İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır.”

5237 sayılı TCK'nın 94. maddesinde düzenlendiği üzere işkence suçunun cezası üç yıldan başlamaktadır. Bu durumda on sekiz yaşını doldurmamış ya da altmış beş yaşını doldurmuş kişiler işkence suçunu işledikleri takdirde cezaları ertelenebilir. Erteleme hukukumuzda üç tür olmak üzere düzenlenmiştir. Bunlar kamu davasının açılmasının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve cezanın ertelenmesidir. Cezanın ertelenmesi 5237 sayılı TCK'nın 51. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir. Bu husus hâkimin takdir yetkisine bağlıdır ve söz konusu koşullar yerine getirilene dek cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edilir. Koşulun yerine getirilmesi halinde, infaz hâkimi kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhal salıverilir (Centel ve Zafer, 2016: 894).

AİHM, iç hukukumuzdaki bu hükmü eleştirmektedir. Tarafımızca, insan onurunu korumak adına düzenlenmiş bu ceza ertelenmemeli ve sanık cezasını çekmelidir. Nitekim AİHM'nin de vurguladığı üzere erteleme imkânı getirildiği takdirde, koşula bağlansa dahi, söz konusu ceza caydırıcılığını yitirir (Burak, 2014: 402).

IV. KARAR ÖRNEKLERİ

Bu yazıda Türkiye'nin soruşturma yükümlülüğünü yerine getirmesi ele alındığı için bu konuda Türkiye'nin taraf olduğu AİHM kararlarını ve AYM'e yapılan bireysel başvuru kararlarını incelemek uygun olacaktır. Türkiye'nin 3. madde ihlalleri çoğunlukla soruşturma yükümlülüğünü düzgün bir şekilde yerine getirmemesinden kaynaklanmaktadır. Zamanla 3. madde ve 13. madde ihlali azalmış olsa da hedefi-

miz bu ihlalleri sıfıra indirmek olmalıdır. Nitekim, insan onurunu koruyan bir kuralın bir kez bile ihlal edilmesi çok acıdır. AİHM kararlarını iç hukukta uygulamak gerekir.

A. TÜRKİYE’NİN TARAF OLDUĞU AİHM KARAR ÖRNEKLERİ

Veznedaroğlu v. Türkiye davasında iddiaya göre başvuru Sevtap Veznedaroğlu PKK isimli terör örgütüne üye olduğu şüphesiyle tutuklanmıştır. Adli tıp doktoruna götürülmesinin ardından gözleri kapatılmış ve bir hücreye kapatılmıştır. Daha sonra tekrar gözleri kapatılarak sorgulanmak üzere bir yere götürülmüştür. Filistin askısına asılmış ve cinsel organına elektrik verilmiştir. İşkence dört gün boyunca sürmüştür ve ilk iki gün kendisine hiç yiyecek verilmemiş, sonrasında küçük parça ekme verilmiştir. Gözaltı esnasında bazı belgeleri imzalaması istenmiş, eğer imzalamazsa tecavüz ve işkenceye maruz bırakılacağı söylenmiştir. Bunun üzerine Veznedaroğlu belgeleri imzalamıştır. Belgelerde PKK terör örgütü tarafından kullanılan bir yeri gösterirken düştüğü yazılmıştır. Polisler, yaralarına merhem sürmüşlerdir. Gözaltının sona ermesinin ardından iki farklı adli tıp doktoru tarafından muayene edilmiş ve ikisi de vücudunda morluklar olduğunu kayda geçirmişlerdir. Daha sonra başvuran, savcıya işkence gördüğünü bildirmiştir ve savcı başvuranın verdiği ifadeyi kabul etmediğini dosyaya işlemiştir. Hâkim, başvuranın serbest bırakılmasına karar vermiştir. Başvuran Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi (DGM) tarafından yargılanmıştır. Cumhuriyet savcısı işkence iddiası ve adli tıp raporlarının varlığına rağmen bu iddiayı soruşturmamıştır. AİHM, söz konusu olayda 3. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

CMK’nın 160. maddesine göre:

“Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar.”

İlgili hükme göre Cumhuriyet savcısı, suçun işlendiği izlenimi veren durumu öğrendiği an kamu davası açmaya yer olup olmadığı hakkında araştırma yapmakla yükümlüdür. Ek olarak, AİHM’nin Batı ve Diğerleri v. Türkiye kararına göre: *“Açık bir şekilde şikâyetin olmadığı durumlarda bile işkence yapıldığına dair belirtiler varsa soruşturma yapılır.”* Söz konusu olayda ise Cumhuriyet savcısı işkence iddiası ve

adli tıp raporlarının varlığını göz ardı etmiş ve herhangi bir araştırma yapmamıştır. Kuralların varlığı kadar uygulanmasının önemini bu karar ışığında vurgulayabiliriz.

19028/02 başvuru sayılı Fazıl Ahmet Tamer ve Diğerleri v. Türkiye kararında başvuranlar sekiz polis tarafından işkence gördüklerini iddia etmişlerdir. Buna rağmen polisler hakkında disiplin soruşturması açılmamıştır. AİHM, 3. ve 13. maddesini ihlal edildiğine karar vermiştir.

B. AYM KARAR ÖRNEKLERİ

2016/13985 numaralı başvuruya göre F.K. isimli kişi 27 Eylül 2002 tarihinde terör örgütüne yardım ettiği şüphesiyle jandarma tarafından gözaltına alınmış ve iddiaya göre iki gün tutulduğu gözaltı süresinde işkenceye maruz kalmıştır. İşkence görmesine rağmen darp ve cebir izi olmadığına dair rapor hazırlamış olan doktorlardan da şikayetçi olmuştur. 2011 yılında Çorum Ağır Ceza Mahkemesi verdiği kararda *“kötü muamele var ancak sanıklar tarafından yapıldığına dair mahkememizce tam bir kanaat oluşmadı”* demiştir. Mahkeme doktorların davasında ise 7,5 yıllık zamanaşımı süresinin dolduğunu belirtmiştir. Yargıtay kararı bozmuş ancak, yerel mahkeme kararında direnmiştir. 2016 yılında Yargıtay Ceza Genel Kurulu zamanaşımı nedeniyle davanın düşmesine karar vermiştir. AYM ise işkence yasağının soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde; *“Kötü muamele yasağı bağlamındaki soruşturmaların hızlı bir şekilde tamamlanarak zamanaşımına uğramasına imkân verilmemesi şeklindeki pozitif yükümlülük kapsamında adli makamların başvuru konusu soruşturma dosyasında yeteri kadar hassas davranmadığı ve sonuçta da işkence suçunu oluşturan hukuka aykırı eylemlere hoşgörü göstererek, kayıtsız kaldığı kanaatine ulaşılmıştır”* denildi (haberturk.com).

2017/37237 numaralı başvuruya göre Gezi Parkı eylemleri esnasında polisin ateşlemiş olduğu biber gazı kapsülü gözüne gelen Erdal Sarıkaya bir gözünü kaybetmiştir. Valiliğin izin vermemesi sebebiyle polisler hakkında soruşturma açılmamıştır. Erdal Sarıkaya'nın AYM'e yaptığı bireysel başvuru sonucunda AYM, ceza soruşturmasının etkili yürütülmemesi nedeniyle eziyet yasağının ihlal edildiğine karar vermiş ve bu soruşturmanın izne bağlı olmadığını vurgulamıştır.

AYM'nin 2018/19018 başvuru sayılı kararına göre Antep'te yaşayan Ahmet Endes ve ailesi ev baskını esnasında darp edilmişlerdir. Polislerden şikayetçi olmalarına rağmen savcılık orantılı güç kullanıldığını öne sürerek takipsizlik kararı vermiştir.

Sonrasında AYM, Ahmet Endes ve ailesinin Anayasa’nın 17. maddesinin 3. fıkrasında korunan maddi ve usul boyutlarının ihlal edildiğini kabul etmiştir. AYM “Eziyet yasağının maddi boyutuna yönelik ihlalin kolluk görevlilerinin eyleminden, usul boyutuna yönelik ihlalin ise öncelikle Cumhuriyet Başsavcılığının kararından kaynaklandığı anlaşılmıştır.” demiştir.

SONUÇ

İşkence ve kötü muamele yasağı pek çok belge ile korunan bir insan hakkıdır. İnsan onurunu ve fiziksel bütünlüğünü koruyan bu kuralın önemi yadsınamaz. Bu sebeptendir ki AİHS’nin 3. ve 13. maddelerinden kaynaklanan yükümlülükler devletler tarafından büyük bir önemle yerine getirilmelidir. Soruşturma yükümlülüğü, diğer bir adıyla usul yükümlülüğü, soruşturmanın sağlıklı olmasını, failin bulunmasını ve cezalandırılmasını sağlamaktadır. Soruşturma yükümlülüğünün düzgün bir şekilde uygulanmaması işkence ve kötü muamele yasağının caydırıcılığını azaltmaktadır. Nitekim, soruşturma yükümlülüğü düzgün bir şekilde uygulandığı takdirde suçlu tespit edilebilir ve cezalandırılabilir.

Ülkemizde 1959’dan bu yana pek çok kez 3. ve 13. madde ihlal edilmiş olsa da zamanla ihlal sayısında azalma görülmüştür. 3. maddenin ihlal edilmesinin en büyük sebeplerinden birisi de soruşturma yükümlülüğünün düzgün bir şekilde yerine getirilmemesidir. AİHM’nin 2020 verileri incelendiğinde 3. maddenin altı kez ihlalinden dört tanesi usul yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden kaynaklanmaktadır. Yukarıdaki sınırlı karar örneklerinden de anlaşılacağı üzere AYM ve AİHM oldukça paralel kararlar vermektedirler. Yukarıda eleştirilmiş olan TCK’nın 51. maddesi haricinde kanunlarımız ve Anayasamız, AİHS ile yakınlık göstermektedir. Ancak, pratikteki belli başlı hatalar ya da ihmaller sonucunda usul yükümlülüğü ihmalleri ortaya çıkmaktadır. AİHM kararları iç hukukumuzda uygulanmalı ve pratikte de hayata geçirilmelidir. Nitekim, yasaları uygulayanlar doğru uygulamadığı sürece doğru yasaların pek önemi kalmamaktadır.

KAYNAKÇA

- Altıparmak, K. (2015). Anayasa Mahkemesinin Zor Sorusu: İşkence ve Kötü Muamele, Ama Hangisi?, *Anayasa Yargısı*, 31(1), 145-184.
- Anayurt, Ö. (2008). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(2), 421-459.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. (2020). Annual Report of 2020. Strazburg: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.
- Aydın, H. (2010). Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı, *Ankara Barosu Dergisi*, 68(1), 109-128.
- Biçer, Ü. (2017). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve İstanbul Protokolü*, Ankara: Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları.
- Bilge, B. (2014). AİHM İçtihatları Bağlamında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), 367-405.
- Centel, H. Zafer, H. (2016). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Doğru, O. (2006). *İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Dönmez Demren, B. (2011). Türk Ceza Kanununda 'Kamu Görevlisi' Kavramı, *TBB Dergisi*, (94), 95-130.
- Efe, H. Han, S. (2013). AB Uyum Yasaları ile Türkiye'de "İşkence Yasağı" Alanında Sağlanan Gelişmeler, *Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, (11), 127-157.
- Esen, K. (2013). AİHM Kararları Işığında İnsanlık Dışı Muameleler ve Sivil Toplum, *Türk İdare Dergisi*, 85(476), 47-74.
- İnce, K. (2019). İşkence Suçunun TCK, AİHS VE AİHM Kararları Işığında Ele Alınması, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21(Özel S.), 3393-3427.
- Köksal, T. D. (2019). *Kötü Muamele İddialarının Etkili Soruşturulması Yükümlülüğüne İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kaynakçası*, Ankara: Altan Özyurt Matbaacılık.
- Mutaf, H. (2020). Kötü Muamele Yasağının Kapsamı ve İnkincillik İlkesi, *Anayasa Yargısı*, 37(1), 237-279.
- Öztürk, Y. (2017). Uluslararası Hukukta Devletlerin Egemen Eşitliği Kavramının Jus Cogens Niteliği, *Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 31(42), 37-53.

- Reidy, A. (2002). *İşkencenin Yasaklanması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları.
- Saç, C. (2019). *Çağdaş Ceza Hukukunun Amacı Bağlamında Hapis Cezasına Seçenek Kurumlar*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Teziç, E. (2018). *Anayasa Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık.

İnternet Kaynakları

- 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 16 Temmuz 2022 tarihinde Mevzuat: <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2709.pdf> adresinden alındı.
- 26 Haziran İşkenceye Karşı Mücadele ve İşkence Görenlerle Dayanışma Günü, 16 Temmuz 2022 tarihinde İnsan Hakları Derneği: <https://www.ihd.org.tr/26-haziran-iskenceye-karsi-mucadele-ve-iskence-gorenlerle-dayanisma-gunu-2/> adresinden alındı.
- 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, 16 Temmuz 2022 tarihinde Mevzuat: <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4483.pdf> adresinden alındı.
- 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, 16 Temmuz 2022 tarihinde Mevzuat: <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5271.pdf> adresinden alındı.
- Aksoy v. Turkey, 12 Ağustos 2021 tarihinde Global Health & Human Rights: <https://www.globalhealthrights.org/aksoy-v-turkey/> adresinden alındı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Sonuçlanan İşkence Yasağı ile İlgili Davaların Değerlendirmesi, 16 Temmuz 2022 tarihinde Türkiye İnsan Hakları Vakfı: https://tihv.org.tr/wp-content/uploads/2020/04/2008_ahm_kararlari.pdf adresinden alındı.
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 16 Temmuz 2022 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi: https://www.anayasa.gov.tr/media/3542/aihs_tr.pdf adresinden alındı.
- BM İşkence ve Diğer Zalimane Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme, 16 Temmuz 2022 tarihinde Türkiye İnsan Hakları Vakfı: <https://tihv.org.tr/iskence-ve-diger-zalimane-belgeler/bm-iskence-ve-diger-zalimane-gayriinsani-veya-kucultucu-muamele-veya-cezaya-karsi-sozlesme/> adresinden alındı.

- Korkmaz Eminel, B. (2019). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümleri Bağlamında İşkence Yasağı (Madde 3)*, 7 Temmuz 2021 tarihinde Mondaq: <https://www.mondaq.com/turkey/human-rights/779590/avrupa-304nsan-haklar305-szle351mesi-hkmleri-ba287lam-305nda-304351kence-yasa287305-madde-3> adresinden alındı.
- Fevzi, Ç. (2020). *'Karakolda işkence' davası zamanaşımından düştü AYM tazminata hükmetti*, 12 Ağustos 2021 tarihinde Habertürk: <https://www.haberturk.com/karakolda-iskence-davasi-zamanasimindan-dustu-aym-tazminata-hukmetti-2757198> adresinden alındı.
- İşkenceye Uğrayan Çocukların Yargılandığı Davada Tüm Talepler Reddedildi*, 8 Temmuz 2021 tarihinde Türkiye İnsan Hakları Vakfı: <https://tihv.org.tr/arsiv/6112-2/> adresinden alındı.
- Sorularla İstanbul Protokolü*, 12 Ağustos 2021 tarihinde Türk Tabipleri Birliği: https://www.ttb.org.tr/eweb/istanbul_prot/g2.html adresinden alındı.

Mahkeme Kararları

- AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2018/19018 (15 Aralık 2020).
- AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2017/37237 (17 Mart 2021).
- AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2016/13985 (9 Haziran 2020).
- AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, K. 47938/99 (4 Mayıs 2006).
- AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, K. 21987/93 (18 Aralık 1996).
- AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, K. 33097/96 (3 Haziran 2004).
- AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, K. 28340/95 (21 Aralık 2000).
- AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, K. 19028/02 (24 Temmuz 2007).
- AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, K. 19009/04 (21 Temmuz 2009).
- AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, K. 31247/96 (21 Aralık 2004).
- AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, K. 32357/96 (11 Nisan 2000).