

T.C.
NİĞDE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU YÖNETİMİ ANABİLİM DALI

İŞKENCEDEN DOĞAN MALİ SORUMLULUK
VE
KAMU GÖREVLİLERİNE RÜCU HAKKI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
SALTUK BUĞRA KURT

2011 NİĞDE

**T.C.
NİĞDE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU YÖNETİMİ ANABİLİM DALI**

**İŞKENCEDEN DOĞAN MALİ SORUMLULUK
VE
KAMU GÖREVLİLERİNE RÜCU HAKKI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**HAZIRLAYAN
SALTUK BUĞRA KURT**

**DANIŞMAN
YRD. DOÇ. DR. MUSA SAĞLAM**

2011 NİĞDE

ONAY SAYFASI

Yrd.Doç.Dr. MUSA SAĞLAM danışmanlığında SALTUK BUĞRA KURT tarafından hazırlanan “İşkenceden Doğan Mali Sorumluluk Kavramı ve Kamu Görevlilerine Rücu Hakkı” adlı bu çalışma jürimiz tarafından Niğde Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, KAMU YÖNETİMİ Anabilim Dalı KAMU YÖNETİMİ Bilim Dalında Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

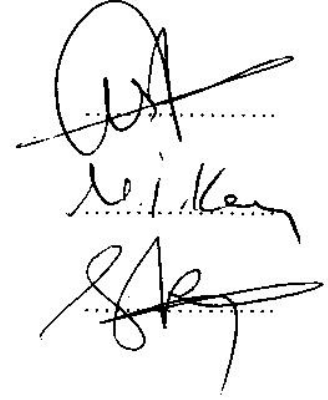
08.07.2011

JÜRİ :

Danışman : M. Sağlam (Yrd. Doç. Dr.)

Üye : Doç. Dr. Mustafa İKAYA

Üye : Doç. Dr. Selim KILIÇ



ONAY :

Bu tezin kabulü Enstitü Yönetim Kurulu'nun Tarih ve sayılı kararı ile onaylanmıştır.

Doç. Dr. Mehmet ÖZEL
Enstitü Müdürü

ÖZET

İnsan olma değerine bağlı olarak herkes için ve her yerde geçerli olan vücut dokunulmazlığı ile maddi ve manevi varlığının korunması vb., bireyin sırf insan olmasından dolayı sahip olduğu ve vazgeçemeyeceği haklar arasında ilk sıralarda işkence görmeme hakkı yer almaktadır. Özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında uluslararası ve ulusal koruma mekanizmaları ile koruma altına alınmasına rağmen halen işkence uygulamaları devam etmektedir. İşkencenin, uygulama amacı ve yöntemlerinin farklı olması nedeniyle genel geçer ve herkes tarafından kabul görmüş kavramsal bir tanımı yapılmamıştır. Gerek uluslararası gerekse ulusal düzenlemelerle yasaklanmasına rağmen işkence eyleminin gerçekleşmesi halinde idarenin, hukuk devletinin bir gereği olarak işkence eylemlerine maruz kalan bireye karşı sorumluluğu bulunmaktadır. Bu sorumluluk Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Danıştay kararlarında da açıkça kabul edilmektedir. İdare bu sorumluluğunu yerine getirdikten sonra kendisini tazminat ödemek zorunda bırakan kamu görevlisine Anayasa ve kanunlarımız gereğince rücu etmek durumundadır. Bu çalışmada işkencenin gerek ulusal gerekse uluslararası düzenlemeler ile yasaklanmış olmasına rağmen meydana gelmesi durumunda, devletin işkence veya kötü muameleye maruz kalan mağdur karşısındaki mali sorumluluğunu ve bu sorumluluğunu yerine getirdikten sonra bu eylemleri gerçekleştiren kamu görevlisine rücu hakkı incelenecektir. İşkence yasağının, emredici pozitif düzenlemelere rağmen ihlal edilmesi durumunda devletin mağdura karşı mali sorumluluğunun kabul edilmesi ve tazminat boyutunda yerine getirilen bu sorumluluğun işkence eylemini gerçekleştiren kamu görevlisinden tahsil edilmesinin işkence ile mücadeleye olumlu katkı sağlayacağı kuşkusuzdur.

Anahtar Kelimeler: İşkence, Mali Sorumluluk ve Rücu

ABSTRACT

Depending on the value of being human legitimate for everyone and everywhere the body immunity, the protection of tangible and intangible assets etc., an individual's indispensable rights just because of to be human being accepted as human rights among those one of the top-ranked is not to be tortured takes place. Although protected under international and national protection mechanisms especially after the Second World War, practice of torture applications are still continuing. Because of the difference of the purpose and methods of applications of torture has not been defined as widespread and generally accepted by everyone. Despite the prohibition with both international and national regulations, in case of eventuating of the act of torture, due to the necessity of Constitutional State, the administration has the responsibility against the individual who is subject to torture. This responsibility is clearly accepted in the verdicts of the European Court of Human Rights and the Council of State. Accordance with the Constitution and the laws, after fulfilling this responsibility, the Administration has to recourse against the public official who made the Administration pay compensation. In this study, despite the prohibition with both international and national regulations, in case of eventuating of the act of torture, the financial responsibility of the State against the victim who is tortured or abused and after fulfilling this responsibility the right of the recouring against the public official who performs these actions will be examined. It is no doubt that, despite the mandatory positive regulations in case of violation of the prohibition of torture, acceptance of the financial responsibility by the State against the victim and charging of the compensation of this responsibility from the public official who carried out the action of torture provides a positive contribution to the fight against torture.

Key words: Torture, Financial Accountability and Recourse

ÖNSÖZ

İşkence, insanın doğuştan sadece insan olduğu için sahip olduğu haklar arasında olduğu kabul edilen vücut bütünlüğüne karşı yapılan en ağır saldırıların başında gelmektedir. Bu nedenle insan haklarına ilişkin birçok ulusal, bölgesel ve evrensel metinlerde işkence yasaklanmıştır. Bu çalışmada işkencenin gerek ulusal gerekse uluslararası düzenlemeler ile yasaklanmış olmasına rağmen meydana gelmesi durumunda, devletin işkence mağduru karşısındaki mali sorumluluğunu ve bu sorumluluğunu yerine getirdikten sonra bu eylemleri gerçekleştiren kamu görevlisine rücu hakkı incelenecektir. İşkence konusuna ilişkin kaynakların çoğu bir suç türü olarak işkence ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları doğrultusunda yapılan incelemelere dayanmaktadır. İşkence ve İdarenin mali sorumluluğu hususunda birçok kaynak bulunmasına rağmen kamu görevlisine rücu konusuna ilişkin yeterli kaynak bulunmamaktaydı. Bu durum çalışmanın hazırlanmasında zorlaştırıcı bir faktör teşkil etmiştir. AİHM kararlarında işkence olarak değerlendirilen eylemler, ispat külfeti, idarenin sorumluluğu ve bu sorumluluğun genişletilmesi, tazminat miktarı ve hak sahipleri gibi çalışmada ele alınan kavramlar ayrıntı olarak ele alındığından bu Mahkemenin kararlarına geniş yer verilmiştir. Çalışmayı kaleme almak için öncelikle, ilgili tüm kaynaklar taranmış, bunlar arasında kullanılabilir bilgiler derlenmiştir. Daha sonra belirlenen çalışma planı dâhilinde bu kaynaklar irdelenerek çalışma hazırlanmıştır.

Bu konunun seçilmesinin sebebi işkence ve kötü muameleyi yasaklayan birçok uluslararası sözleşmeye taraf olmasına ve iç hukukta birçok düzenleme yapmasına rağmen bu düzenlemeleri tam olarak uygulamaya koyamayan ülkemizin, AİHM tarafından işkence sebebiyle aldığı mahkumiyetler ve bu kapsamda uluslararası platformda insan haklarının ihlali konusunda uğradığı prestij kaybının önüne geçilmesi amacıyla işkence karşısında devletin ve kamu görevlisinin sorumluluğunu ortaya koymaktır.

Bu çalışmanın hazırlanmasında hoşgörüsünü ve desteğini esirgemeyen değerli danışmanım Sayın Dr. Musa SAĞLAM'a en içten saygı ve şükranlarımı sunarım.

Saltuk Buğra KURT

Haziran-2011

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	III
ABSTRACT	IV
ÖNSÖZ.....	IV
İÇİNDEKİLER	IVI
KISALTMALAR	VIII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM İŞKENCE

1.1. İŞKENCE KAVRAMI ve ULUSLARARASI BELGELERDEKİ YERİ	6
1.1.1 İşkence Kavramı ve Tanımı	6
1.1.2. İşkence Yasağının Uluslararası Belgelerdeki Yeri	8
1.1.3. İşkence Yasağının Mutlaklığı	13
1.2. TÜRK HUKUKUNDA İŞKENCE	15
1.2.1. İşkence Yasağına İlişkin Belgelerin Türk Hukukundaki Yeri	15
1.2.2. Türk Hukukunda İşkence Yasağı	18
1.2.3. Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu	19

İKİNCİ BÖLÜM İDARENİN İŞKENCEDEN KAYNAKLANAN MALİ SORUMLULUĞU

2.1. İDARENİN MALİ SORUMLULUĞU.....	26
2.1.1.Sorumluluk Kavramı	26
2.1.2. İdarenin Mali Sorumluluğuna İlişkin Pozitif Düzenlemeler	27
2.1.3. İdarenin Kusurlu Sorumluluğu	30
2.1.3.1. Hizmet Kusuru	30
2.1.3.2. Hizmet Kusuru Sayılan Haller	32
2.1.3.2.1. Hizmetin Kötü İşlemesi.....	32
2.1.3.2.2. Hizmetin Hiç İşlememesi.....	32
2.1.3.2.3. Hizmetin Geç İşlemesi	33
2.1.4. İdarenin Kusursuz Sorumluluğu	34
2.1.5. Hizmet Kusuru-Kişisel Kusur Ayrımı	35

2.1.6. İdarenin Sorumluluğunun Şartları.....	37
2.2. İDARENİN İŞKECEDEN KAYNAKLANAN MALİ SORUMLULUĞU...39	
2.2.1. AİHM Kararlarında İdarenin İşkenceden Kaynaklanan Sorumluluğu.....	40
2.2.1.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemesi.....	40
2.2.1.2. AİHM Kararlarında İşkence.....	44
2.2.1.3. AİHM Kararlarında İspat Yükümlülüğü.....	47
2.2.1.4. AİHM Kararlarında İdarenin Sorumluluğu.....	48
2.2.1.5. AİHM Kararlarında Zararın Tazmini.....	57
2.2.2. Danıştay Kararlarında İdarenin İşkenceden Kaynaklanan Sorumluluğu	59
2.2.2.1. İdarenin İşkenceden Kaynaklanan Sorumluluğuna İlişkin Kararlar	59
2.2.2.2. Dava Açma Süresi.....	62
2.2.2.3. Maddi ve Manevi Tazminat	62

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM KAMU GÖREVLİSİNE RÜCU

3.1. RÜCU KAVRAMI	65
3.2. RÜCU'YA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER.....	66
3.2.1. Anayasal Düzenlemeler	66
3.2.2. Kanuni Düzenlemeler.....	67
3.2.2.1. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu.....	67
3.2.2.2. Borçlar Kanunu	69
3.2.3. Yönetmelik.....	71
3.3. İDARENİN RÜCU YETKİSİ	72
3.4. RÜCUDA USÛL ve GÖREVLİ YARGI YERİ.....	75
3.4.1. Rücuda Usûl.....	75
3.4.2. Rücuda Görevli Yargı Yeri	76
3.5.RÜCU YAPILACAK KAMU GÖREVLİSİNİN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN SORUNLAR.....	81
3.5.1. Soruşturma İzni Verilmemesi	83
3.5.2. Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar Verilmesi	85
3.5.3. Mahkemece Beraat Kararı Verilmesi.....	85
3.5.4. Zamanaşımı Nedeniyle Verilecek Düşme Kararları	86
SONUÇ.....	92
KAYNAKÇA.....	98
KISALTMALAR	

AB	: Avrupa Birliği
a.e.	: Aynı eser
a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
AGİT	: Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİÖS	: Avrupa İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi
Akt.	: Aktaran
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYİM	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
Bkz. a.	: Eserin kendi içinde aşağıya atıf
Bkz.yuk.	: Eserin kendi içinde yukarıya atıf
BM	: Birleşmiş Milletler
CD.	: Ceza Dairesi
CGK.	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Da.	: Daire
Dan.	: Danıştay
Dan. Der.	: Danıştay Dergisi
DEÜHF	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
E.	: Esas
Ed.	: Editör
Gün.	: Güncelleştirilmiş
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İDDGK	: İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
E.T.	: Erişim Tarihi
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
md.	: Madde
Parag.	: Paragraf
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
Sy.	: Sayı
TCK	: Türk Ceza Kanunu
UM.	: Uyuşmazlık Mahkemesi
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
Yarg.	: Yargıtay

GİRİŞ

Söylendiğinde herkesin zihninde farklı kareler oluşturmakla birlikte “işkence” kelimesi bütün insanlarda aynı ürpertiye meydana getirmektedir. Henüz genel geçer, herkes tarafından kabul edilmiş kavramsal ve terimsel olarak tanımlanamamış olan işkence, insanlık tarihi boyunca var olmuştur ve belirli bir siyasi sistem, rejim, kültür, din veya coğrafi bölgeye mahsus bir uygulama olmamıştır¹. İşkence, dünyanın değişik bölgelerinde yüzyıllar boyu iktidar ilişkilerinin bir parçası olagelmıştır. Bununla birlikte işkencenin resmi ve sistematik olarak uygulanması Ortaçağ Avrupa’sında görülmektedir. Roma Katolik Kilisesi tarafından dinsel sapkınlıkları (yani Tanrı’ya ve dine karşı saygısızlığı) bastırmak ve ortadan kaldırmak için kurulmuş adalet mahkemeleri² olarak görev yapan Engizisyon Mahkemeleri döneminde işkence ceza muhakemesinde delil elde etmenin en etkili yolu olarak kullanılmıştır. Bu mahkemelerde ikrarın elde edilmesi ile ruhun doğru yolu bulduğuna ve kurtuluşa erdiğine inanıldığından işkence nedeniyle çekilen cefa ve eziyet önemsiz kabul ediliyordu³.

İşkence, günümüzde en ağır insan hakkı ihlallerinden biri kabul edilerek ulusal ve uluslararası düzenlemelerle yasaklanmıştır. Ancak işkence yasağının bu koruma mekanizmalarına kavuşması kolay olmamıştır. Günümüzde insan haklarının koruma altına alınması ve bu haklara saygı anlayışı başta İngiltere olmak üzere Amerika ve Fransa’da yaşanan siyasal gelişmeler sonucunda gerçekleşmiştir.

İnsan haklarının iç hukuk açısından güvence altında alınması 1215 Magna Carta Libertatum⁴ ile başlamıştır. Amerikan Bağımsızlık Savaşı ve 1789 yılında ilan

¹ R. Murat ÖNOK, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006: 41-42.

² Ryley George SCOTT, **İşkencenin Tarihi**, Dost Kitabevi, Ankara, 2001: 81, Akt.: ÖNOK, **a.e.**: 45.

³ ÖNOK, **a.e.**: 45.

⁴ **Magna Carta Libertatum** (Latince: "Büyük Özgürlükler Sözleşmesi"), 1215 yılında Papa III. Innocent, Kral John ve baronları arasında, kralın yetkilerini sınırlandırma amacıyla imzalanmış bir İngiliz belgesidir. Günümüz anayasal düşünce sistemine ulaşana kadar yaşanan tarihi sürecin en önemli basamaklarından birisi olarak kabul edilmektedir. Kralın bazı yetkilerinden feragat etmesini, kanunlara uygun davranmasını ve hukukun kralın arzu ve isteklerinden daha üstün olduğunu kabul etmesini zorunlu kılmaktaydı. Belgenin 39. maddesinde yer alan; “Özgür hiç kimse kendi benzerleri tarafından ülke kanunlarına göre yasal bir şekilde muhakeme edilip hüküm giymeden tutuklanmayacak, hapsedilmeyecek, mal ve mülkünden yoksun bırakılmayacak, kanun dışı ilan edilmeyecek, sürgün edilmeyecek veya hangi şekilde olursa olsun zarara uğratılmayacaktır” hüküm ile günümüz hukuk sisteminin temelleri atılmıştır. http://tr.wikipedia.org/wiki/Magna_carta, E.T.: 30.01.2011

edilen Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ile hız kazanmıştır⁵. İkinci Dünya Savaşının insan hakları ihlali konusunda yıkıcı etkisinin bir daha yaşanmamasını uluslararası güvenceye kavuşturmak amacıyla Birleşmiş Milletler Örgütünün (BM) 1945 yılında kurulması ile insan hakları evrensel bir koruma mekanizmasına kavuşmuştur⁶.

BM Şartı'nın Giriş bölümünde kuruluşun amacı, insan hakları temelinde dünyada barış ve güvenliği koruyacak uluslararası bir örgüt kurmak olduğu aşağıdaki şekilde ifade edilmiştir:

“Bir insan yaşamı içinde iki kez insanlığa tarif olunmaz acılar getiren savaş felaketinden gelecek kuşakları korumaya, temel insan haklarına, insan kişiliğinin onur ve değerine, erkeklerle kadınların ve büyük uluslarla küçük ulusların hak eşitliğine olan inancımızı yeniden ilan etmeye, adaletin korunması ve andlaşmadan doğan yükümlülöklere saygı gösterilmesi için gerekli koşulları yaratmaya ve daha geniş bir özgürlük içinde daha iyi yaşama koşulları sağlamaya, sosyal bakımdan ilerlemeyi kolaylaştırmaya, istekli olarak ve bu amaçları gerçekleştirmek için Birleşmiş Milletler adıyla uluslararası örgüt kurulmuştur.”⁷

Belirtmek gerekir ki, insan hakları terimi çok meşhur ve sık kullanılan bir ifade olmasına rağmen bu hakların somut kapsamını açıklığa kavuşturan ve tanımlayan bir uluslararası insan hakları belgesi bulunmamaktadır⁸. İnsan hakları terimi; ırk, din, dil ve cinsiyet ayrımı gözetmeksizin tüm insanların yararlanabileceği yalnızca insan oluşlarından dolayı ve insanlık onurunun gereği olarak sahip oldukları hakların bütününe ifade eder.

BM'nin yanında insan haklarını korumayı amaçlayan bölgesel barış ve güvenliği sağlamaya ve ölkeler arasında ekonomik ve siyasi işbirliğini arttırmaya yönelik kurulan bölgesel örgütler de bulunmaktadır. İnsan hakları alanında ilk ve en

⁵ İlyas DOĞAN, Abdulkadir AKIL, Gülden ÇAMUROĞLU, “Uluslararası Hukukun Değişim Süreci ve İstanbul Protokolünün Uygulamadaki Anlamı”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Ed.: İlyas DOĞAN, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2009: 7.

⁶ Birleşmiş Milletler Örgütü, İkinci Dünya Savaşı sonrasında 24 Ekim 1945 tarihinde ABD'nin San Francisco Eyaletinde toplanan BM Uluslararası Örgütlenme Konferansında (San Francisco Konferansı) imzalanan Birleşmiş Milletler Antlaşması (BM Şartı) ile aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 51 Devlet tarafından kurulmuştur.

⁷ Abdurrahman EREN, **Türkiye'de İnsan Haklarının Korunması, Uluslararası Koruma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007: 210.

⁸ ÖNOK, a.g.e.: 63; EREN, a.e.: 29.

etkin koruma mekanizmaları Türkiye'nin içinde bulunduğu Avrupa Bölgesinde kurulmuştur. Avrupa Bölgesinde insan haklarının korunmasında etkili olan üç örgüt; Avrupa Konseyi, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı ve Avrupa Birliği'dir⁹. Avrupa Konseyi, insan haklarının korunmasında gerek kabul ettiği bağlayıcı insan hakları sözleşmeleri gerekse bu sözleşmeler temelinde kurduğu denetim mekanizmaları ile en etkin örgüttür¹⁰.

Avrupa Konseyinin çalışmaları sonucunda hazırlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 4 Kasım 1950 tarihinde üye devletler tarafından imzalanmıştır. AİHS'nin, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinden farkı temel hak ve özgürlükleri korumak amacıyla ortak güvence sistemine dayanan uluslararası bir yargısal denetim mekanizması kurması ve bireye sağlanan güvenceyi bir yaptırıma bağlamasıdır. Böylece birey uluslararası hukukun sujesi (hak sahibi) haline gelmiştir¹¹.

Bütün bu temel metinlerde işkence yasaklanmış ve istisnası kabul edilmemiştir. İşkence, günümüzde uluslararası metinlerde yasaklanması ve ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmesine rağmen önlenememektedir. Bu alanda birçok uluslararası sözleşme ve yasaklayıcı metin bulunmasına rağmen dünya çapında işkence yasağı ihlal edilmektedir. Otoriter rejimlerde sistematik olarak, demokratik rejimlerde ise münferit olarak işkence uygulamaları devam etmektedir¹². Bu durum fiili gerçeklik ile pozitif düzenlemelerin birbiri ile uyumlu olmadığını göstermektedir.

İşkence ile mücadele Türkiye açısından da güncelliğini ve önemini korumaktadır. Uluslararası alanda ülkemiz, meydana gelen işkence olayları ile ilgili ciddi eleştirilere maruz kalmakta ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular nedeniyle mahkûm olmakta ve yüklü miktarlarda tazminat ödemektedir¹³. Benzer şekilde 1984 BM Sözleşmesiyle kurulan İşkenceye Karşı Komitenin hazırladığı ve 12-13 Kasım 1990 tarihinde ele aldığı raporda, Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesinin özellikle 15.12.1992 ve 06.12.1996 tarihlerinde açıkladığı

⁹ Türkiye, Avrupa Konseyi ve AGİT'e üye, AB'ye ise aday ülkedir.

¹⁰ EREN, a.g.e.: 4.

¹¹ A. Feyyaz GÖLCÜKLÜ, A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004: 11.

¹² ÖNOK, a.g.e.: 543.

¹³ İlyas DOĞAN, Mehmet KAYA, **İstanbul Protokolü ve İşkencenin Önlenmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010: 1.

raporlarda, Avrupa Birliği ilerleme raporlarında ve Avrupa Parlamentosunca hazırlanan raporlarda Türkiye’de işkence uygulamalarının varlığı belirtilmiş ve ciddi anlamda ölkemiz eleştirilmiştir¹⁴.

Bu eleştirilere ve işkence uygulamalarına son vermek amacıyla ölkemizde son yıllarda “işkenceye sıfır tolerans” sloganı ile birçok yasal düzenleme yapılmıştır. Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununun (TCK) “işkence” suçunu düzenleyen 243. maddesinin 1984 BM İşkence Sözleşmesine uyum sağlayacak şekilde düzenlenmesi, 26.09.2004 tarihli 5237 sayılı TCK’nın 94. maddesinde “işkence” suçunun cezasının arttırılması, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun (CMK) 91. maddesinde gözaltı sürelerin kısaltılması ve 147. maddesinde düzenlenen ifade ve sorgu tarzı ile Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin¹⁵, AİHS’deki düzenlemelere, AİHM’in kararlarına ve Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesinin önerilerine uygun hale getirilmesi bu düzenlemelerin öne çıkanlarıdır.

Türkiye, işkence yasağına (görmeme hakkına) ilişkin bölgesel ve evrensel düzenlemelere taraf olmuş ve bu konuyu uluslararası belgelerdekine benzer şekilde düzenlemiştir. Gerek Anayasalarımızda gerekse ceza kanunlarımızda işkence yasağına açık şekilde yer verilmiştir. Avrupa Birliği uyum sürecinin Türkiye açısından işkence ile mücadele konusunda olumlu etki yaptığı açıktır. Ölkemiz açısından işkence yasağına ilişkin geçirilen süreç ve bu konudaki mücadeleye ilişkin yasal düzenlemeler çalışmada ayrıntı olarak ele alınmaktadır.

Bu çalışmada işkencenin gerek ulusal gerekse uluslararası düzenlemeler ile yasaklanmış olmasına rağmen meydana gelmesi durumunda, devletin işkence veya kötü muameleye maruz kalan mağdur karşısındaki mali sorumluluğunu ve bu sorumluluğunu yerine getirdikten sonra bu eylemleri gerçekleştiren kamu görevlisine rücu hakkı incelenecektir. İşkence yasağının, emredici pozitif düzenlemelere rağmen ihlal edilmesi durumunda devletin mağdura karşı mali sorumluluğunun kabul edilmesi ve tazminat boyutunda yerine getirilen bu sorumluluğun işkence eylemini gerçekleştiren kamu görevlisinden tahsil edilmesinin işkence ile mücadeleye olumlu katkı sağlayacağı kuşkusuzdur.

¹⁴ ÖNOK, a.g.e.: 526.

¹⁵ Bkz. RG., 01.06.2005 tarih ve 25832 sayı

Bu amaçla üç bölümden oluşan bu çalışmanın birinci bölümünde; işkence kavramı, bu kavramın uluslararası belgelerdeki yeri, işkence yasağının mutlaklığı ve işkence yasağının Türk hukukundaki yeri ile bir suç türü olarak işkence ele alınmaktadır. Çalışmanın ikinci bölümünde ise İdarenin işkenceden doğan mali sorumluluğu, ülkemizin de kurucusu olduğu Avrupa Konseyinin bir organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Danıştay kararları çerçevesinde incelenmektedir. Üçüncü bölümde ise idarenin kamu görevlisine rücu hakkı ve bu hakkın kullanılmasına ilişkin sorunlar ele alınmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞKENCE

1.1. İŞKENCE KAVRAMI ve ULUSLARARASI BELGELERDEKİ YERİ

1.1.1. İşkence Kavramı ve Tanımı

Farsça kökenli bir kelime olan işkence anlam itibariyle, “bir kimseye maddi veya manevi olarak yapılan aşırı eziyet, düşüncelerini öğrenmek amacıyla birine uygulanan eziyet”¹⁶ manasına gelmektedir. Hukuki bir terim olarak işkence, “herhangi bir amaçla birisine maddi veya manevi büyük acı (cismen eza) verici harekette bulunmak; sanıklara suçlarını itiraf ettirmek için canlarını yakıcı işlemlerde bulunmak”¹⁷ olarak tanımlanmaktadır.

Hukuki anlamda işkence, şüpheli veya sanık statüsünde olan kişinin ifadesini almaya veya sorgusunu yapmaya yetkili olan kamu görevlilerinin, bu kişiye suçunu itiraf ettirmek, suç delillerini ele geçirmek, suça karışan diğer kişiler hakkında bilgi edinmek veya bu kişi ya da üçüncü kişinin işlemleri mümkün başka suçlar varsa onları da öğrenmek için kişide bedensel veya ruhsal zarar ya da tehlike meydana getiren ve insan onuruyla bağdaşmayan her türlü maddi ve manevi kötü muameledir¹⁸.

Devlet gücünü kullanan bir kişi veya onun tahriki ile işkence görenin veya üçüncü bir kişinin ifadesini ve ikrarını etkilemek, onun tarafından işlenmiş veya işlenme ihtimali bulunan bir suçu cezalandırmak veya diğer bir kişiyi korkutmak amacıyla yapılan ağır bedensel, ruhsal veya zihinsel acı ve ıstırap veren hareketler de işkence olarak tanımlanmaktadır¹⁹.

¹⁶ <http://tdkterim.gov.tr/bts>, E.T.: 14.05.2010

¹⁷ Ejder YILMAZ, **Hukuk Sözlüğü**, 6. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2001: 444; **Türk Hukuk Lügati**, Ankara, 1944: 174-175, Akt.: ÖNOK, a.g.e.: 30.

¹⁸ Timur DEMİRBAŞ, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, DEÜHF Yayınları No:23, Ankara, 1992: 5-6.

¹⁹ İlhan ÜZÜLMEZ, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003: 5.

Benzer bir tanımda işkence, bir ya da daha fazla kişi tarafından kendi başlarına veya herhangi bir yetkilinin emriyle, bilgi almak, itirafta bulundurmak ya da herhangi başka bir nedenle zor kullanarak, kasıtlı, sistemli veya keyfi uyulama ile bedensel ya da zihinsel ıstırap veya acı verilmesidir²⁰.

İşkence suçunu uluslararası boyutuyla inceleyen Önok, doktrin ve uluslararası belgeler ışığında teknik ve hukuki anlamda işkenceyi şu şekilde tanımlamıştır:

“Bir kamu görevlisi veya onun nüfuzu, teşviki veya hoşgörüsünün himayesi altında hareket eden bir şahıs tarafından, mağduru adli kovuşturmayla ilgili olarak şüphe edilen bir fiil ya da herhangi temele dayalı ayrımcılık sebebiyle cezalandırmak saikiyle işlenip, kişide fiziksel ya da psikolojik olarak yoğun acı veya ıstırap doğurarak ya da herhangi bir şekilde insan onuruna ağır bir saldırı teşkil ederek onun manevi bütünlüğüne zarar vermeye elverişli her türlü kasıtlı harekettir.”²¹

İşkence insanlık tarihi boyunca var olmuş ve başlıca iki amaç için kullanılmıştır. Bunlardan birincisi, ideolojik nedenlere dayalı olarak karşıt görüştekileri cezalandırmak, sindirmek ve korkutmak amaçlı politik işkencedir. İkincisi ise şüpheli veya sanıktan itiraf almak veya suç delillerini elde etmek ve suçluların cezalandırılması amacıyla yapılan adli işkencedir²².

Özetle işkence kavramıyla kastedilen, kişinin devlet otorite ve yetkisini kullanan resmi görevlilerinin kontrolünde bulunduğu sırada bu kişiler tarafından belirli bir amaca ulaşmak için uygulanan ağır acı ve ıstırap verici hareketlerdir²³.

Uluslararası hukukun işkencenin her türlüşünü yasaklaması karşısında kötü muamele eylemlerinin düzeyi ne olursa olsun işkence olarak nitelendireceğinden devletin bu alandaki ihlalleri açısından işkencenin tanımının hukuki geçerlilik açısından önemi bulunmamaktadır²⁴.

Bu nedenle işkencenin evrensel, genel geçer ve standart bir tanımının yapılması gerekmemiş ve bu sayede uygulayıcılar tarafından bu kavram geniş yorumlanmış ve her somut olayda farklı bir açıdan ele alınmıştır. Maruz kalanın

²⁰ Mehmet Semih GEMALMAZ, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda İşkencenin Önlenmesi**, Amaç Yayınları, İstanbul, 1990: 86.

²¹ ÖNOK, **a.g.e.**: 33.

²² ÖNOK, **a.e.**: 34.

²³ ÜZÜLMEZ, **a.g.e.**: 10.

²⁴ DOĞAN-KAYA, **a.g.e.**: 9.

kişiliği, işkencenin saiki ve işkence fiillerin çeşitliliği, yöntemlerin farklı oluşu işkencenin klasik bir tanımının yapılmasını engellemiştir.

1.1.2. İşkence Yasağının Uluslararası Belgelerdeki Yeri

İşkence, bir insanlık suçu olarak II. Dünya Savaşından sonra birçok uluslararası belgeye konu olmuş ve yasaklanmıştır²⁵. Örneğin Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca 10 Aralık 1948 tarihinde 217 A (III) sayılı kararla kabul edilen “İnsan Hakları Evrensel Beyanname”nin 5. maddesinde; “Hiç kimse işkenceye veya zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılamaz”²⁶ denilmiştir.

10 Aralık 1984 tarihli “İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin²⁷ 1. maddesinde işkence şu şekilde tanımlanmaktadır:

“Sözleşme amaçlarına göre ‘İşkence’ terimi, bir şahsa veya bir 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 gözeten herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatiyle uygulanan fiziki veya

²⁵ **Birleşmiş Milletler Belgeleri:** 1948 tarihli “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi” md. 5; 1966 tarihli “Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi” md.7; 1984 tarihli “İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme” tümü; 1988 tarihli “Her hangi Bir Biçimde Tutulan ve Hapsedilen Kişilerin Korunması için Prensipler Bütünü” tümü; 1993 tarihli “Kadınlara Karşı Şiddetin Tasfiye Edilmesine Dair Bildiri” md.1, 2, 4; 1979 tarihli “Kanun Adamları için Talimatname” md.5; 1982 tarihli “Hapsedilenlerin ve Tutulanların İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Korunmasında Sağlık Personelinin ve Özellikle Doktorların Görevine Dair Tıbbi Etik Prensipleri” tümü; 1998 tarihli “Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü” md. 7.

Bölgesel Belgeler: 1969 tarihli “İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi” md. 5; 1985 tarihli “İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Amerikan Sözleşmesi” tümü; 1950 tarihli “İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi” md. 3; 1987 tarihli “İşkencenin ve İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezanın Önlenmesi için Avrupa Sözleşmesi” tümü, 1981 tarihli “İnsan Hakları Afrika Şartı” md. 5, Akt.: Osman DOĞRU, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı (İşkence Yasağı)**, Legal Yayıncılık, Ankara, 2006: 1.

²⁶ Osman DOĞRU, **İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı (Mevzuat)**, Beta Yayınları, İstanbul, 1998: 2.

²⁷ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 10 Aralık 1984 tarih ve 39/46 sayılı Kararıyla kabul edilip imza, onay ve katılıma açılmıştır. Sözleşme 27(1). maddeye uygun olarak 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşme’yi 25 Ocak 1988 tarihinde imzalamış ve 21 Nisan 1988 tarihinde bir beyan ve bir ihtirazi kayıtla onaylamıştır. 3441 Sayılı Onay Kanunu 29 Nisan 1988 tarih ve 19799 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

manevi ağır acı veya ızdırıp veren bir fiil anlamına gelir. Bu yalnızca yasal müeyyidelerin uygulanmasından doğan, tabiatında olan veya arızı olarak husule gelen acı ve ızdırabı içermez.

Bu madde, konu hakkında daha geniş uygulama hükümleri ihtiva eden herhangi uluslararası bir belge veya milli mevzuata hâle getirmez.”²⁸

Sözleşmenin bu tanımından hareketle bir fiilin işkence olarak değerlendirilebilmesi için, işkence eyleminin bir şahsın veya üçüncü kişinin işlediğinden şüphe edilen bir eylem nedeniyle itiraf almak; üçüncü kişi hakkında bilgi almak; cezalandırmak, kendisi veya üçüncü kişiyi korkutmak veya zorlamak amacıyla veya ayrımcılığa dayanan herhangi bir sebeple yapılmış olması, işkence eylemini, bir kamu görevlisi veya resmi sığata haiz başka kişi ya da bunların teşviki, rızası veya onayıyla üçüncü bir kişinin yapmış olması, eylemin kişide ruhsal ve fiziksel olarak ağır acı ve ızdırıp meydana getirmesi gerekir. Kanuni düzenlemelerin uygulanmasından kaynaklanan, doğası gereği ve arızı olarak ortaya çıkan acı ve ızdırıplar Sözleşme kapsamında işkence sayılmamaktadır²⁹.

Sözleşmenin 1. maddesinin 2. fıkrası, insan hakları açısından koruyucu önlemlerin daha lehe olanın uygulanması kuralının ifadesi olarak kendisinden uygulama alanı daha geniş olan hükümlerin bulunduğu veya bulunabileceği uluslararası belge veya ulusal mevzuatın uygulanmasını engellemeyeceğinin ifadesidir³⁰.

Sözleşmenin 4. maddesinde “Her Taraf Devlet, tüm işkence fiillerinin kendi ceza kanununa göre suç olmasını sağlayacaktır. Aynı şekilde, işkence yapmaya teşebbüs ve işkenceye iştirak veya suç ortaklığı yapan şahsın fiili suç sayılacaktır.” hükmü düzenlenmiş ve bu madde ile taraf devletlere işkence fiillerinin suç olarak tanımlanması yönünde bir yükümlülük getirilmiştir.

9 Aralık 1975 tarihli, BM Herkesin İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Korunması Bildirisi'nin 1. maddesinde işkence; “ bir kamu görevlisi tarafından bizzat veya onun teşvikiyle bir

²⁸ İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin Türkçe çevirisi için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/37-51.pdf>, E.T.: 09.06.2010

²⁹ EREN, a.g.e.: 358-359.

³⁰ EREN, a.e.: 359.

kimseye, kendisinden bir itiraf almak veya üçüncü bir kişi hakkında bilgi elde etmek, işlediği veya işlediğinden kuşkulanılan bir suçtan ötürü kendisini cezalandırmak, kendisinin veya başkalarının gözünü korkutmak gibi amaçlarla, fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı veya ıstırap veren herhangi bir fiildir.” şeklinde tanımlanmıştır.

Bildiri'nin 1. maddesinin 2. fıkrasında “işkence, zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezanın ağırlaştırılmış ve kasten işlenmiş bir biçimini oluşturur” hükmü düzenlenmiştir³¹.

Yine BM Genel Kurulu tarafından 16 Aralık 1966 tarihinde 2200 A (XXI) sayılı karar ile kabul edilen ve Türkiye tarafından 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalanarak iç hukuk onay sürecinin tamamlanmasının ardından 21.07.2003 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin³² 7. maddesi hükmüne göre “ Hiç kimse işkenceye veya zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılamaz. Ayrıca hiç kimse, serbest idaresi olmadan tıbbi veya bilimsel bir deneye tabi tutulamaz.”³³

Avrupa İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunması Sözleşmesi³⁴ “İşkence Yasağı” başlığı altında 3. maddede “Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz” hükmünü düzenlemesine rağmen, Avrupa İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi gibi işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı ceza ve işlemleri tanımlamamıştır. Bu kavramların yorumlarını Sözleşme organlarına bırakmıştır. Bu şekilde 3. maddenin koruma alanı geniş bir perspektife yayılmış ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla ihlal sayılan fiiller hiç de tahmin edilemeyecek noktalara taşınabilmiştir³⁵. Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, 05.11.1969 tarihli Yunanistan Raporunda bazı kişilere uygulanan falakaları, yüz ve beden değişik yerlerine tekme ve yumruk atmaları, elektrik

³¹ DOĞRU, **Mevzuat**, s. 117.

³² EREN, **a.g.e.**: 306.

³³ DOĞRU, **Mevzuat**, s. 19.

³⁴ İngilizce adı “*European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*” olan sözleşme metninin Türkçe çevirisi için bkz. http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3BAA147F29C9-48CE-AF64FB85A86B2433/0/TUR_CONV.pdf, E.T.: 09.06.2011; GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, **a.g.e.**: 447 vd.; DOĞRU, **Mevzuat**, s. 261 vd.

³⁵ Ömer ANAYURT, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Ed.: İlyas DOĞAN, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2009: 227.

verme iddialarını incelemiş ve bu başvuruda işkenceye ilişkin bir tanım vermiştir. Buna göre işkence “bilgi, itiraf veya cezalandırmak gibi özel amaçlarla bilerek ve istenilerek yapılan ve derin acılar verici en ağır insanlık dışı muamele biçimidir.”³⁶

AIHS'nin 3. maddesinde düzenlenen işkence yasağı, AIHM tarafından bir “**jus cogens**” olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda işkence yasağı, uluslararası kamu düzeninin emredici bir hukuk kuralı olmakta ve uluslararası kurallar hiyerarşisinde antlaşma hukuku ve teamül hukukundan üstün kabul edilmektedir³⁷.

Uluslararası Af Örgütü, 1975 yılında işkenceyi “sistemik ve bilinçli olarak bir kişi tarafından diğer kişiye veya üçüncü kişiye yapılan ve serbest iradesine uygun olmayan bir şeyi kabul ettirme amacı güden, akut acının bilinçli olarak verilmesidir.” şeklinde tanımlamıştır.³⁸

Beşinci Cenevre Birleşmiş Milletler Kongresinde işkence şu şekilde tanımlanmıştır:

“İşkence, kendisi veya üçüncü kişi hakkında bilgi almak, cezalandırmak veya gözdağı vermek amacıyla uygulanan ve kişiye hem bedensel hem de ruhsal anlamda ciddi şekilde acı ve ıstırap veren, kasti bir şekilde, resmi bir kişinin emriyle veya bizzat kendisinin uyguladığı her türlü muameledir.”³⁹

Roma Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün “İnsanlığa Karşı Suçlar” başlıklı 7. maddesinin 2. fıkrasının (e) bendinde işkence, “hukuksal yaptırımların doğasına ve buna bağlı olarak kaynaklanan acı ve ıstırap hariç olmak üzere, gözaltında bulunan veya sanığın gözetiminde bulunan bir kişinin, fiziksel ya da zihinsel olarak şiddetli acı veya ıstırap çekmesini bilerek sağlama anlamına gelir.”⁴⁰ şeklinde tanımlanmıştır.

³⁶ ANAYURT, **a.g.m.**: 229.

³⁷ Osman DOĞRU, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları (İHAMİ)**, Legal Yayıncılık, C.4, Ankara, 2008: 2; Aisling REIDY, **İşkencenin Yasaklanması**, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları Serisi No:6, Strasbourg, 2002: 10.; http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/AIHS_mad3_IskenceninYasaklanması.pdf, E.T.: 09.06.2010

³⁸ Ayşe NUHOĞLU, **İşkence Yasağı ve İşkence Suçu**, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayın No: 8, İstanbul, 1999: 532; Akt.: ÖNOK, **a.g.e.**: 32.

³⁹ NUHOĞLU, **a.e.**: 533; Akt.: ÖNOK, **a.e.**: 33.

⁴⁰ Roma Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün Türkçe çeviri için bkz. http://www.ucmk.org.tr/images/belgeler/uluslararasi_ceza_%20mahkemesi_roma_statusu.pdf, E.T.: 01.10.2010

İşkence iddialarının araştırılması ve dokümantasyonu açısından BM belgesi olarak kabul edilen ve bu konuda uluslararası bir kılavuz olan “İstanbul Protokolü”⁴¹ işkenceyi şu şekilde tanımlamaktadır:

“Bir kişiden veya üçüncü bir şahıstan bilgi almak, o kişinin veya üçüncü bir şahsın itiraf etmesini sağlamak, o kişiyi veya üçüncü bir şahsı işlediği veya işlediğinden şüphelenilen herhangi bir eylemden dolayı cezalandırmak, her tür ayrımcılıktan kaynaklanan herhangi bir nedenle söz konusu kişiyi veya üçüncü bir şahsı korkutmak veya zorlamak amacıyla, kamu görevlisi veya resmi görevli olarak hareket eden herhangi bir şahsın rızası, emri veya göz yummasıyla, söz konusu kişiye acı vermek veya canını yakmak kastıyla yapılan zihinsel ve/veya fiziksel herhangi bir hareket işkencedir. Yasal müeyyidelerin doğal veya arızî sonucu olarak çekilen acı, işkence kapsamına dâhil değildir.”⁴² Bu tanımın 1984 tarihli BM İşkenceye Karşı Sözleşmenin 1. maddesi ile hemen hemen aynı olduğunu görülmektedir.

Bu belgelere paralel olarak işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezayı yasaklayan gerek bölgesel gerekse evrensel birçok belge bulunmaktadır⁴³.

Yukarıda birbirine benzer şekilde ve hemen hemen aynı ifadelerle tanımlanan işkencenin, üç temel unsuru olduğu görülmektedir. Birincisi failin, resmi sıfatla hareket eden kamu görevlisi veya onun teşviki, göz yumması ya da emri ile hareket eden bir kişi olmasıdır. Fail, işkence eylemlerini devlet gücünü ve imkânlarını kullanarak yapmaktadır. İkincisi, yapılan fiillerin itiraf elde etmek, bilgi almak veya cezalandırmak ya da ayrımcılık amacıyla yapılması, üçüncüsü ise insan onuruyla bağdaşmayan, insanlıkdışı, aşağılayıcı ya da küçük düşürücü bedensel ve ruhsal acı ya da ıstıraba yol açan muamelelerin kasdi ve belirli bir niyetle yapılmasıdır⁴⁴. Bununla birlikte yasal müeyyidelerin uygulanması sonucu ortaya çıkan acı ve ıstıraplar işkence olarak değerlendirilemeyecektir.

⁴¹ İstanbul Protokolü'nün resmi adı “İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin Kılavuz” dur.

⁴² http://www.adlitabiplik.saglik.gov.tr/include/dosyalar/19_iphep_kutup_ip_tr.pdf, E.T.: 01.10.2010

⁴³ Bkz. yuk. Dipnot 24, s. 8.

⁴⁴ ÖNOK, a.g.e.: 30; DOĞAN-KAYA, a.g.e.: 9-10.

1.1.3. İşkence Yasağının Mutlaklığı

İşkence gerek uluslararası belgeler gerekse ulusal belgelerde bir insanlık suçu olarak düzenlenmiştir. İnsanın doğuştan sahip olduğu, vazgeçilmez ve devredilmez hakları arasında bulunan vücut dokunulmazlığına müdahalenin en ağır şekli olan işkence hiçbir hal ve şartta maruz görülemez. İşkence görmeme hakkı, savaş, silahlı çatışma, iç savaş, kamu düzeninin gerekliliği gibi bir kısım kişisel hakların sınırlandırıldığı durumlarda bile sınırlandırılmaz ve bu hakkın korunması hususundaki yükümlülükler azaltılamaz.

İşkence görmeme hakkını düzenleyen uluslararası belgeler bu hususu açıkça belirtmişlerdir.

10 Aralık 1984 tarihli İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 2. maddesinin 2. fıkrasında "Hiç bir istisnai durum, ne harp hali ne de bir harp tehdidi, dahili siyasi istikrarsızlık veya herhangi başka bir olağanüstü hal, işkencenin uygulanması için gerekçe gösterilemez." hükmü düzenlenmiştir.

Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 4. maddesinin 1. fıkrasında "Ulusun yaşamını tehdit eden ve varlığı resmen ilan edilen olağanüstü durumlarda, bu Sözleşmeye Taraf Devletler, uluslararası hukuka göre üstlendikleri öteki yükümlülükleriyle bağdaşmak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din ya da toplumsal köken ayrımı gözetmemek koşuluyla ancak durumun gerektirdiği ölçüde bu Sözleşmeye göre üstlendikleri yükümlülüklerle aykırı önlemler alabilir." hükmüne yer vermiştir. Sözleşmede, taraf devletlerin olağanüstü durumlarda belirli şartlar altında ve ölçülü olmak koşulu ile yükümlülük azaltma yoluna gidebileceğine ilişkin düzenlemeden sonra 2. fıkrasında "Bu hükme dayanılarak 6, 7, 8 (1 ve 2 fıkralar), 11, 15, 16 ve 18. maddelere aykırı davranılmaz." diyerek 7. madde de belirtilen işkence yasağının hiçbir durumda ihlal edilemeyeceği kesin olarak belirtilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, diğer uluslararası belgeler gibi 15. maddenin 1. fıkrasında "Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, ancak durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla bu Sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir." hükmüne yer verdikten sonra, 2. fıkrasında "Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda

meydana gelen ölüm hali dışında, 2. madde ile 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ve 7. maddeyi hiçbir suretle ihlale mezun kılmaz.” hükmüne yer vererek yaşam hakkı, işkence yasağı, kölelik yasağı ve cezaların yasallığı ilkesinin uygulanmasının askıya alınamayacağını kesin bir ifade ile düzenlemiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu konu hakkındaki uygulaması ve görüşü aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır⁴⁵.

9 Aralık 1975 tarihli Herkesin İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Korunmasına Dair Bildirge'nin 3. maddesi⁴⁶ ve 9 Aralık 1988 tarihli Herhangi Bir Şekilde Alıkonulan ya da Hapsedilen Kişilerin Korunması için İlkeler Bütünü'nün 6. ilkesinde⁴⁷ hiçbir durumun işkence yasağının ihlali konusunda haklı neden olarak ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir⁴⁸.

Türk hukukuna bakıldığında 1982 Anayasasında⁴⁹ “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlığını taşıyan 17. maddesinde “ Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan onuruyla bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.” düzenlemesi bulunmaktadır. Anayasanın bu düzenlemesi uluslararası belgelerle uyumlu olarak işkenceyi mutlak surette yasaklamaktadır.

Anayasanın “Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması” başlıklı 15. maddesine göre savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Bununla birlikte aynı maddenin 2. fıkrasında da “Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz;

⁴⁵ Bkz. a., s. 44 vd.

⁴⁶ 9 Aralık 1975 tarihli İşkenceye Karşı Bildirge'nin 3. maddesi, “Hiçbir Devlet, işkenceye ya da diğer zalimane, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muamele ya da cezaya izin veremez yahut tolerans gösteremez. Savaş hali ya da savaş tehdidi, iç siyasal istikrarsızlık ya da başka herhangi bir kamusal tehlike hali gibi istisnai şartlar, işkenceyi ya da diğer zalimane, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muamele ya da cezayı haklı göstermek üzere ileri sürülemez.” şeklindedir.

⁴⁷ Herhangi Bir Şekilde Alıkonulan ya da Hapsedilen Kişilerin Korunması için İlkeler Bütünü'nün, 6. ilkesi ‘Her ne olursa olsun hiç bir durum, işkenceyi ya da diğer zalimane, insanlık dışı yahut aşağılayıcı muamele ya da cezayı haklı göstermek üzere ileri sürülemez.’ şeklindedir.

⁴⁸ DOĞAN-KAYA, a.g.e.: 11.

⁴⁹ <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa82.htm>, E.T.: 09.06.2010

kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.” şeklinde düzenleme getirilmiştir. Her ne kadar ikinci fıkra kişinin yaşama hakkına; maddi ve manevi bütünlüğüne dokunulamayacağını belirtmiş ise de bu düzenleme olmasa dahi birinci fıkradaki milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla ifadesinden dolayı taraf olunan birçok uluslararası sözleşmede mutlak surette koruma altına alınan yaşama hakkı ve işkence görmeme hakkı savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde dahi sınırlanamayacak ve ihlal edilemeyecektir.

Bütün bu düzenlemeler ile kişinin vücut dokunulmazlığına; maddi ve manevi varlığına yönelik müdahalenin en ağır şekli olan işkence; ırk, renk, cinsiyet, dil, din ya da toplumsal köken ayrımı gözetmeden herkes için her hal ve şartta mutlak surette yasaklanmakta ve bu hakkın ihlali hiçbir gerekçe ile meşru görülmemektedir.

1.2. TÜRK HUKUKUNDA İŞKENCE

1.2.1. İşkence Yasağına İlişkin Belgelerin Türk Hukukundaki Yeri

Uluslararası belgelerin Türk hukukundaki yerini antlaşmalar ve diğer belgeler şeklinde iki ayrı kategoride ele almak gerekir. Antlaşmalar, bağlayıcı olmakla beraber diğer belgeler için bunu söylemek mümkün değildir. Normlar hiyerarşisi bakımından milletlerarası antlaşmaların Türk hukukundaki yeri Anayasamızın “Milletlerarası Andlaşmaları⁵⁰ Uygun Bulma” başlıklı 90. maddesinin son fıkrasında şu şekilde belirtilmektedir:

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 07/05/2004 - 5170 S.K./7.mad) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

⁵⁰ Anayasa metninde kavram “andlaşma” şeklinde kullanılmış ise de Türk Dil Kurumu İmla Kılavuzunda “antlaşma” yazıldığından özgün metinler haricinde bu kavramı “antlaşma” biçiminde yazacağız.

Anayasanın bu düzenlemesinden çıkarılacak sonuçlar şunlardır: Öncelikle Anayasada öngörülen usule uygun olarak yürürlüğe konulan milletler antlaşmaları kanun hükmündedir. Antlaşmalarla kanunlar eşdeğerdedir, birinin diğerine üstünlüğü yoktur⁵¹ fikrini savunanlar olduğu gibi bunun doğru olmadığını, Anayasanın antlaşmaları kanun hükmünde öngörmesinin amacı, antlaşmaların Türk hukuk düzeninde yer aldığını, bunların bir uyuşmazlığın çözümünde mahkemeler tarafından yargılamada kanunlar gibi uygulanabileceğini ifade etmek olduğunu söyleyenlerde vardır⁵². İlk görüşü savunanlara göre kanun ile milletlerarası antlaşmanın çatışması halinde sorunun çözümü, sonraki kanun önceki kanununu değiştirir ilkesine göre yapılır⁵³. İkinci görüşe göre ise milletlerarası antlaşma ile kanun çatışması halinde milletlerarası antlaşma uygulanır.

İkinci husus bu antlaşmaların, Anayasaya aykırı olduğundan bahisle gerek soyut norm denetimi gerekse somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesinde (AYM) yargısal denetimi mümkün değildir⁵⁴.

Üçüncü husus ise 2004 yılında eklenen cümle ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanunların farklı hükümler içermesi durumunda milletlerarası antlaşmaların esas alınacağıdır. Bu tür durumlarda öncelikle uygulanması gereken norm uluslararası sözleşme hükümleridir⁵⁵.

Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasının üçüncü cümlesi dışında kalan milletlerarası antlaşmaların kanuna eş değer olduğu ancak Anayasanın altında yer aldığı kabul edilmektedir. Milletlerarası antlaşmalar iç hukuk açısından kanun hükmünde olduğundan idari yargı organları bu antlaşmalara aykırı tüzük ve yönetmelikleri iptal edebilecektir⁵⁶.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaların kanundan üstün olduğu Anayasada açıkça belirtilmiştir. 2004 yılında yapılan ekleme Anayasanın 2. maddesinde belirtilen “insan haklarına saygılı” ifadesi ile uyumludur. Konumuz

⁵¹ Kemal GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku (Anayasa)**, Ekin Kitapevi Yayınları, Bursa, 2000: 451.

⁵² Erdoğan TEZİÇ, **Anayasa Hukuku**, 5. bs., Beta, İstanbul, 1998: 8.

⁵³ GÖZLER, **Anayasa**, s. 452.

⁵⁴ O. Korkut KANADOĞLU, **Anayasa Mahkemesi**, Beta, İstanbul, 2004: 130; İbrahim Ö. KABOĞLU, **Anayasa Yargısı Avrupa Modeli ve Türkiye**, İmge Kitabevi, Ankara, 2007: 119; GÖZLER, **Anayasa**, s. 455; TEZİÇ, **a.g.e.**: 9.

⁵⁵ DOĞAN-KAYA, **a.g.e.**: 30.

⁵⁶ GÖZLER, **Anayasa**, s. 451.

açısından işkencenin yasaklandığı, yaptırma bağlandığı, mağdurların rehabilitasyonu ve zararlarının gideriminin sağlanmasının amaçlandığı birçok uluslararası antlaşma bulunmaktadır. Bu tür antlaşmalar kendileri ile çatışan kanun hükümlerini zımnen ilga etmiştir⁵⁷. Bu durumun KHK, tüzük ve yönetmelik için de geçerli olduğu öncelikle kabul edilmelidir.

Yargıtay, Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasında yapılan değişiklikten önceki birçok kararında⁵⁸ uluslararası belge, sözleşme ve protokol hükmüne destek norm olarak kararlarında yer vermiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 15.06.1999 tarihli 109/164 sayılı kararında, o tarih itibariyle Türkiye'nin henüz katılmadığı, 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalanarak iç hukuk onay sürecinin tamamlanmasından ardından 21.07.2003 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesinin 7. maddesine gönderme yaparak, imzalanmamış bir sözleşme hükmünü destek norm olarak kullanmıştır. Yine CGK. 15.10.2002 tarih ve 191/362 sayılı bir başka kararında da, iç hukuku değerlendirirken yine Türkiye'nin onayladığı tüm sözleşmelere gönderme yaptığı gibi, Dünya Tabipler Birliği'nin Tokyo Bildirisine de değinerek, insan hakları ayırım gözetilmeksizin sahip olunan hakların tümünü kapsar, bu nedenle ve tek cümle ile işkence suçu, insanlığa karşı işlenen bir insanlık suçudur, gerekçesini kullanarak uluslararası sözleşme ve belgelere destek norm olarak yer vermiştir⁵⁹.

Anayasa Mahkemesi uygulaması bakımından 2004 değişikliklerinden önce uluslararası hukuk kurallarını bağımsız ölçü norm olarak değil destek ölçü norm olarak kullandığı söylenebilir⁶⁰. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaların kanunlardan üstün olması nedeniyle Anayasa Mahkemesi, 2004 değişikliklerinden sonra yeni döneme girmiş bulunmaktadır. AYM, temel hak ve özgürlüklere ilişkin yasa ve diğer işlemleri denetlerken Türkiye'nin onayladığı uluslararası antlaşmaları ölçü norm olarak kabul edecek ve bu tür düzenlemelerin

⁵⁷ Kemal BAŞLAR, "Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevim Toluner'e Armağan**, 24/1-2, 2004: 42, <http://www.anayasa.gen.tr/baslar-90nciMadde.pdf>, E.T.: 21.01.2011

⁵⁸ Yarg. 4. CD., 24.03.2004 tarih ve E. 2003/2630, K. 2004/3746 sayılı kararı; 8. CD., 12.10.1998 tarih ve E. 1996/10667, K. 1998/12819 ve 09.12.2002 tarih ve E.2001/9903, K. 2002/11324; 01.03.2004 tarih ve E. 2002/12931, K. 2004/1547 sayılı kararları; 9. CD., 08.11.2001 tarih ve E. 2001/2125, K. 2001/2765 sayılı kararı.

⁵⁹ DOĞAN-KAYA, **a.g.e.**: 30.

⁶⁰ TEZİÇ, **a.g.e.**: 7; KABOĞLU, **a.g.e.**: 128.

uluslararası antlaşmalara uygun olup olmadığını denetleyecektir. Böylece temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara aykırı düzenlemeler içeren yasaların uygulanmasının önüne geçilecek ve bunlar anayasal düzenden ayıklanacaktır⁶¹.

1.2.2. Türk Hukukunda İşkence Yasağı

Osmanlı dönemi bakımından işkence yasağının Anayasal gelişmelerle paralellik gösterdiği görülmektedir. Osmanlı'da, 1808 tarihli Sened-i İttifak ve 1839 Tazminat Fermanı ile zulüm yasağı düzenlenmesine rağmen, işkence ve eziyet yasağı 18 Şubat 1856 tarihli Islahat Fermanı ile hüküm altına alınmıştır⁶². Islahat Fermanı'nın 15. maddesinde işkence, eziyet ve bunlara benzer muamelelerin yapılması yasaklanıyor, bunları emreden amirlerin ve yapan memurların cezalandırılması öngörülüyor ve hapisane şartlarının iyileştirilmesi isteniyordu⁶³.

İkinci Abdülhamit tarafından 23 Aralık 1876 tarihinde bir ferman ile ısdar edilen Kanun-u Esasi'nin 26. maddesine göre “işkence ve sair her nevi eziyet katiyen ve külliyen memnudur”⁶⁴.

Cumhuriyet döneminde ise işkencenin 1924, 1961 ve 1982 Anayasa'larında yasaklandığını görmekteyiz⁶⁵. 1924 Anayasasının⁶⁶ 73. maddesinde “İşkence, eziyet, zoralm ve angarya yasaktır.” hükmü ile işkence yasağı düzenlenmiştir.

İşkence yasağı, 1961 Anayasasının⁶⁷ “Kişinin Dokunulmazlığı” başlıklı 14. maddesinde “Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını geliştirme haklarına ve kişi hürriyetine sahiptir. Kişi dokunulmazlığı ve hürriyeti, kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça kayıtlanamaz. Kimseye eziyet ve işkence yapılamaz. İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza konulamaz.” şeklinde düzenlenmişti.

1982 Anayasanın, 1961 Anayasasına benzer şekilde işkenceyi yasakladığı 17. maddesi şu şekildedir:

⁶¹ KABOĞLU, a.e.: 130-131.

⁶² Gürkan BİÇEN, (2001), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İşkencenin Önlenmesi”, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, <http://tez2.yok.gov.tr>, E.T.: 09.06.2010

⁶³ GÖZLER, *Anayasa*, s. 21.

⁶⁴ GÖZLER, a.e.: 23-28.

⁶⁵ DOĞAN-KAYA, a.g.e.: 25.

⁶⁶ <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa24.htm>, E.T.: 09.06.2010

⁶⁷ <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm>, E.T.: 09.06.2010

“Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.

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

(Değişik: 7.5.2004-5170/3 md.) Meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.”

Yine 1982 Anayasası işkencenin adli işlemlerde kullanılması önlemek amacıyla 38. maddesinde “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.” hükmüne yer vermiştir. Bu düzenleme ile işkence sonucunda elde edilen itiraf veya delilin yargılamada kullanılamayacağı belirtilmiş ve işkence uygulamalarının önüne geçilmek istenmiştir.

1.2.3. Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu

Gerek taraf olunan uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi gerekse Anayasamızın getirdiği yasaklamanın yaptırımını amacıyla 5237 sayılı TCK'nın ‘Kişilere Karşı Suçlar’ı düzenleyen İkinci Kısımının Üçüncü Bölümünde ‘İşkence’ başlığını taşıyan 94. maddesinde işkence suçunun basit şekli şu şekilde düzenlenmiştir:

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

(2) Suçun;

a) Çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı,

b) Avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla, işlenmesi hâlinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) Fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi hâlinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır.

(5) Bu suçun ihmali davranışla işlenmesi hâlinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz.”

Madde başlığı her ne kadar işkence ise de madde metninde işkence ifadesi yer almamaktadır. Birçok uluslararası sözleşmede ve 765 sayılı TCK’da yer almasına rağmen 5237 sayılı TCK’da zalimane ve insanlık dışı muamele gibi kavramlara yer verilmemiştir⁶⁸.

TCK’ya göre işkence; bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak hareketlerin yapılmasıdır.

İşkence suçu ile korunan hukukî değerın karma bir nitelik taşıdığı 94. maddenin gerekçesinde açıkça belirtilmiştir. Gerekçede bu durum “İşkence teşkil eden fiiller, bir yandan buna maruz kalan kişilerin vücut dokunulmazlığına ve onuruna saldırı niteliği taşımakta, beden ve ruh sağlığını bozmaktadır. Diğer yandan, işkenceye maruz kalan kişi, irade serbestisi bertaraf edildiği için ve hatta algılama yeteneği etkilendiği için, duyduğu acı ve elemin etkisiyle gerçek dışı bazı açıklama ve kabullenmelerde bulunabilir. Bu nedenle, belli bir suça ilişkin ikrar veya sair delil elde etmek için başvuru olan işkence, gerçeğin ortaya çıkarılmasına ve adaletin gerçekleşmesine engel olucu bir etki de doğurabilir. Böylece işkencenin ayrı bir suç olarak ceza yaptırımını altına alınması, ceza muhakemesinin maddî gerçeğin ortaya

⁶⁸ Hakan HAKERİ, “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Ed.: İlyas DOĞAN, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2009: 353.

çıkarılmasına yönelik amacının gerçekleştirilmesine de hizmet eder” şeklinde ifade edilmektedir⁶⁹.

Mağdurun bedensel ya da ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine veya aşağılanmasına yol açan hareketlerin işkence olarak değerlendirilmesi için belirli bir vehamet taşıması, yani davranışın sahip olduğu haksızlık içeriğinin işkence suç tipi içerisinde değerlendirmeyi haklı kılacak düzeyde olması gerekir. Mağdurun maddi ve manevi bütünlüğüne yapılan müdahale belirli bir ağırlık düzeyine ulaşmış olmalıdır⁷⁰.

Yine işkence suçu kapsamında değerlendirilecek davranışların sistematik bir şekilde ve belirli bir süreç içerisinde yapılması gereklidir⁷¹. TCK'nın 94. maddesinin gerekçesinde bu durum “İşkence teşkil eden fiiller, aslında kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyan fiillerdir. Ancak, bu fiiller, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler. Bir süreç içinde süreklilik arzeder bir tarzda işlenen işkencenin en önemli özelliği, kişinin psikolojisi, ruh sağlığı, algılama ve irade yeteneği üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır. Bu etkilerin uzun bir süre ve hatta hayat boyu devam etmesi, işkencenin bu kapsamda işlenen fiillere nazaran daha ağır ceza yaptırımı altına alınmasını gerektirmiştir.” şeklinde açıklanmıştır. Bununla birlikte doktrinde işkence fiillerinin sistematik olmasının veya süreklilik arz etmesinin suçun oluşumu için zorunlu bir unsur olmadığını savunanlar da vardır⁷².

TCK'nın 94. maddesindeki işkence suçu, özgü yani sadece kamu görevlileri tarafından işlenebilen bir suçtur. Ancak suça ilişkin hareketlerin belirli bir saikle yapılmasına gerek yoktur. Herhangi bir kamu görevlisi herhangi bir amaç veya saikle bu suçu işleyebilecektir⁷³. Kamu görevlisi ise yine TCK'nun 6/1-c maddesinde “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” olarak tanımlanmaktadır.

İşkence suçunun işlenmesine kamu görevlisinin yanı sıra diğer kişiler de iştirak edebilir. Bu durumda kamu görevlisi olmayan kişilerin sadece bu nedenle

⁶⁹ İzzet ÖZGENÇ, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2006: 792.

⁷⁰ ÖNOK, **a.g.e.**: 411.

⁷¹ ÜZÜLMEZ, **a.g.e.**: 103.

⁷² ÖNOK, **a.g.e.**: 411.

⁷³ ÖNOK, **a.g.e.**: 281.

yardım eden olarak sorumlu tutulmasının önüne geçebilmek amacıyla maddenin dördüncü fıkrası ile “Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır.” hükmü getirilmiştir. Maddenin dördüncü fıkrası ile TCK’nın 40. maddesinin ikinci fıkrası ile düzenlenen özgü suçlara, özel faillik niteliği taşımayan kimselerin ancak azmettiren veya yardım eden olarak katılabileceğine ilişkin kurala bir istisna getirilmiş olmakla kamu görevlisi olmayan kişilerin de bu suça iştirak etmeleri halinde kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı düzenlenmiştir⁷⁴.

İşkence suçu, genel olarak amir konumundaki kamu görevlilerinin, kendi gözetim yükümlülüğü altında yürütülmekte olan bir soruşturma işlemi sırasında kişilere işkence yapıldığını bilmesine rağmen bu konuda gerekli müdahalede bulunmamak suretiyle gösterdikleri zımnî muvafakatiyle işlenmektedir. Maddenin beşinci fıkrası ile amir konumundaki kamu görevlisinin ihmali davranışla işkence suçunu işlediği kabul edilmektedir. Ancak bu nedenle cezasından indirim yapılmayacaktır. Bu fıkra ile ihmali davranışla işlenen suçlarda indirim yapılmasına ilişkin TCK’nın genel sisteminden farklı olarak verilecek cezadan herhangi bir indirim yapılmayacaktır⁷⁵.

TCK’nın neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence suçuna ilişkin 95. maddesi aynen şu şekildedir:

“(1) İşkence fiilleri, mağdurun;

a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına,

b) Konuşmasında sürekli zorluğa,

c) Yüzünde sabit ize,

d) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma,

e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına,

Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, yarı oranında artırılır.

(2) İşkence fiilleri, mağdurun;

a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine,

⁷⁴ Osman YAŞAR, Hasan Tahsin GÖKCAN, Mustafa ARTUÇ, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Adalet Yayınevi, C. III., Ankara, 2010: 3147.

⁷⁵ YAŞAR-GÖKHAN-ARTUÇ, **a.e.**: 3147.

- b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine,
 - c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına,
 - d) Yüzünün sürekli değişikliğine,
 - e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine,
- Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, bir kat artırılır.

(3) İşkence fiillerinin vücutta kemik kırılmasına neden olması hâlinde, kırığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) İşkence sonucunda ölüm meydana gelmişse, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.”

5237 sayılı TCK'nın 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kaldırılan 765 sayılı TCK'nın 243. maddesinin 4449 sayılı Kanun ile 1999 yılında değiştirilen halinde işkence suçu “Bir kimseye cürümlerini söyletmek, mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikâyet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikâyet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple işkence eden veya zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvuran memur veya diğer kamu görevlilerine sekiz yıla kadar ağır hapis ve sürekli veya geçici olarak kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası verilir” şeklinde düzenlenmekteydi. Kanun metninde işkence, zalimane, gayriinsani veya haysiyet kırıcı muameleler tanımlanmamıştır. Bu kavramların tanımlanması ve bunlar arasındaki sınır ve farklılıkların belirlenmesi doktrine ve uygulayıcılara bırakılmıştır.

765 sayılı TCK'daki işkence suçu, spesifik şartlar ve çerçeve dahilinde devletin adli işlemler vesilesiyle ve kamu gücünü kullanan memurlarca güçsüz ve korumasız olan vatandaşa karşı bu işlemlerin niteliğine bağlı bazı amaçları gerçekleştirmek için işlenebilen bir suçtur⁷⁶.

Karşılaştırmalı hukuk ve uluslararası hukuk belgelerindeki baskın anlayış, işkence suçunun failinin sadece resmi sığata haiz ya da bunların teşvik veya muvafakati ile hareket eden kimselerin olabileceği şeklindedir⁷⁷.

⁷⁶ ÖNOK, a.g.e.: 280.

⁷⁷ ÖNOK, a.e.: 31.

İşkencenin suç olarak düzenlenmesi ile bir yandan kişi dokunulmazlığı, bir yandan adliye bir yandan da kamu yönetiminde disiplin korunmaktadır⁷⁸.

Gerek 765 sayılı gerekse 5237 sayılı TCK açısından işkence suçu, kanuni tanımında yer alan birden fazla hareketin herhangi birisinin yapılması ile işlenebileceğinden seçimlik hareketli bir suçtur.⁷⁹

Yargıtay kararlarında işkence teşkil eden fiiller sayılmaktadır. Bunlar karakolda gözaltında iken ikrar elde etmek ve tutanağı imzalatmak maksadıyla tırnaklarına sigara jelatini sararak yakmak⁸⁰, sorgu sırasında askıya almak, darbetmek, başını duvarlara vurmak ve tazyikli su sıkmak⁸¹, karakolda suçlarını söyletmek amacıyla gözlerini bağlayarak sürekli gezdirmek ve dayak atmak⁸², gözaltında bulunanlara suçlarını söyletmek için darp, aç susuz bırakma, hayalarını sıkma, hakaret ve küfür etme, soyma ve ayakta tutma⁸³, karakolda çırılçıplak vaziyette sorgu yapma⁸⁴, bıyık ve sakalın kesilmesi⁸⁵ gibi fiillerdir⁸⁶.

Sonuç olarak işkence, ceza mevzuatımızda suç olarak düzenlenmiş ve yaptırma bağlanarak engellenmeye çalışılmıştır. İşkencenin önlenmesi için salt yasaklanmış olması yetmemektedir. Devletin işkencenin önlenmesi konusunda etkin bir mücadele yürütmesi ve her şeye rağmen işkence gerçekleşmiş ise gerek kendisinin gerekse kamu görevlisinin sorumlu tutulabilmesinin önünü gerekli yasal düzenlemelerle açması gerekmektedir. Ayrıca devletin, AİHM içtihatlarında da belirtildiği şekilde işkence suçunun faillerinin ortaya çıkarılması için etkili bir soruşturma yapması gerekmektedir. İşkence suçunun faillerinin bulunamaması veya cezasız kalması işkence ile mücadelede olumsuz etki yapacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi incelediği davalarda devletin bu sorumluluğunu yerine getirmemesini eleştirmiş ve Sözleşme'nin 3. maddesi ile birlikte 13. maddesinin de ihlal edildiğini tespit ederek ilgili devleti mahkûm etmiştir.

⁷⁸ DEMİRBAŞ, a.g.e: 28-29.

⁷⁹ ÖNOK, a.g.e.: 283.

⁸⁰ Yarg. 4. CD., 20.09.2006 tarih ve E. 2005/7692, K. 2006/14226 sayılı kararı

⁸¹ Yarg. 8. CD., 03.06.1998 tarih ve 6898/8269 sayılı kararı

⁸² Yarg. 8. CD., 11.10.2005 tarih ve E. 2003/14107, K. 2005/9402 sayılı kararı

⁸³ Yarg. 8. CD., 30.09.1998 tarih ve 10513/12029 sayılı kararı

⁸⁴ Yarg. 8. CD., 24.10.2005 tarih ve E. 2003/10781, K. 2005/10012 sayılı kararı

⁸⁵ Yarg. 8. CD., 02.10.2002 tarih ve 6686/8949 sayılı kararı

⁸⁶ YAŞAR-GÖKHAN-ARTUÇ, a.g.e.: 3153-3154.

İşkence eylemleri sonucunda Devletin, mağdurda işkencenin meydana getirdiği maddi ve manevi zararın telafisi, başka bir ifade ile tazminat sorumluluğu; kamu görevlisinin ise cezai, disiplin ve devletin ödediği tazminattan dolayı gerçekleştireceği rüçudan kaynaklanan mali sorumluluğu bulunmaktadır.

İKİNCİ BÖLÜM

İDARENİN İŞKENCEDEN KAYNAKLANAN MALİ SORUMLULUĞU

2.1. İDARENİN MALİ SORUMLULUĞU

2.1.1. Sorumluluk Kavramı

Türk Dil Kurumu Sözlüğüne göre mesuliyetle eş anlama gelen sorumluluk, kişinin kendi davranışlarını veya kendi yetki alanına giren herhangi bir olayın sonuçlarını üstlenmesidir⁸⁷. Sorumluluk kavramı günlük dilde, felsefede, sosyolojide ve hukukta farklı anlamlar ifade etmektedir⁸⁸. Hukuki bir terim olarak sorumluluk, uyulması gereken bir kurala aykırı davranışın hesabını verme; tazminatla yükümlü tutulma; işlenmiş olunan bir suçun gerektirdiği cezayı çekme anlamına gelmektedir⁸⁹. Başka bir tanıma göre ise sorumluluk, bir kişinin uğradığı zararın tazmininin bir başka kişiye yüklenmesine ilişkin zorunluluktur. Bu tanım özel hukuktaki sorumluluğu başka bir ifade ile tazmin sorumluluğunu ve cezai sorumluluğu içermektedir⁹⁰.

Bir kimsenin yapma veya yapmama şeklindeki yükümlülüklerini yerine getirmesi, yükümlülüklerinin yerine getirmemesi durumunda hukukun öngördüğü sonuçlara katlanacak olması sorumluluk olarak ifade edilebilir⁹¹.

Sorumluluk, genel davranış kurallarına veya yüklendiği bir borca aykırı davranan kişinin, bu davranışı ile verdiği zararı tazmin etmesini ifade etmektedir. Bu

⁸⁷ <http://tdkterim.gov.tr/bts>, E.T.: 03.01.2011

⁸⁸ Ender Ethem ATAY, Hasan ODABAŞI, **İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010: 33.

⁸⁹ YILMAZ, **a.g.e.**: 787.

⁹⁰ ATAY-ODABAŞI, **a.g.e.**: 36.

⁹¹ Tuğba TURGUT, “İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu”, **Adalet Dergisi**, Sy. 39, Ankara, 2011: 185.

anlamı ile sorumluluk hukuka aykırı davranışla doğan tazminat borcunun kaynağıdır⁹².

Kamu tüzel kişiliklerinin yaptığı işlem veya eylemler nedeniyle oluşan zararın karşılanması ise idari sorumluluktur. Gerek medeni hukukta gerekse idare hukukunda sorumluluk sözleşmeden kaynaklanabileceği gibi sözleşme dışı davranışlarından kaynaklanabilir. Medeni hukuktaki sorumluluk eşitler arasında bozulan dengeyi sağlamaya yönelikken idare hukukunda durum farklıdır. Bunun sebebi kamu gücünü kullanan idarenin sebep olduğu mağdurun zararının tazmin edilmeden bırakılmasının kabul edilemeyeceğidir. Bir başka sebep ise idarenin yürüttüğü kamu hizmetlerinin, idarenin kolayca sorumlu tutulması sonucunda aksamamasıdır⁹³.

İdarenin hukuki sorumluluğu, kamu hizmetlerinin görülmesi sırasında kişilerin uğradığı zararların telafisi veya idare lehine değişen ekonomik dengenin tekrar mağdur lehine tesisinin amaçlandığı hukuki bir kurumdur. Hukuk devletinin bir gereği olarak devlet adına faaliyette bulunan idarenin, bu faaliyetleri sonucu kişiler zarara uğramışsa idare bu zarardan dolayı sorumlu olacaktır.

2.1.2. İdarenin Mali Sorumluluğuna İlişkin Pozitif Düzenlemeler

İdarenin eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararlardan dolayı sorumlu tutulması hukuk devletinin bir gereğidir ve Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk devleti olduğu 1982 Anayasasının 2. maddesinde belirtilmiştir. İdarenin eylem ve işlemlerinden kaynaklanan sorumluluğu, yürüttüğü faaliyetlerin tabi olduğu hukuki rejime göre değişmektedir. İdarenin özel hukuka ait faaliyetlerinden kaynaklanan sorumluluğu özel hukuktaki sözleşme ve haksız fiil sorumluluğudur. Bununla birlikte idarenin, idare hukukuna ait faaliyetlerinden kaynaklanan eylem ve işlemlerden dolayı meydana gelen zararlardan sorumluluğu ise idari sorumluluktur.⁹⁴

Ülkemizde idarenin mali sorumluluğu ilk kez 1925 yılında 669 sayılı Şurayı Devlet Kanunu'nda tam yargı davasının düzenlenmesi ile kabul edilmiştir. Tam yargı davası bu Kanunun 19/a maddesinde "Rü'yeti, adli mahkemelerin vazifesi dışında

⁹² M. Kemal OĞUZMAN, M. Turgut ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995: 14.

⁹³ ATAY-ODABAŞI, **a.g.e.**: 34-35.

⁹⁴ Metin GÜNDAY, **İdare Hukuku**, Gün. 8. bs., İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003: 332.

bulunan meseleler hakkında idari fiil ve kararlardan dolayı hukuku muhtel olanlar tarafından açılacak davalar” olarak tanımlanmıştır⁹⁵.

İdarenin sorumluluğu ile ilgili 1961 Anayasasının 114. maddesine benzer şekilde 1982 Anayasasının 125. maddesinin son fıkrasında “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.” hükmü düzenlenmiştir. Aynı maddenin ilk fıkrası ile idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilerek bu sorumluluğun yargı mercileri önünde ileri sürülebileceği hükme bağlanmıştır.

Yine Anayasanın 40. maddesine göre “Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir.” denilmek suretiyle idarenin sorumluluğu kabul edilmiştir.

Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinin görevine giren uyuşmazlıkların çözüm usullerini düzenleyen 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun (İYUK) “İptal ve Tam Yargı Davaları” başlıklı 12. maddesine göre kişiler haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştay’a ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler.

İdari eylemler nedeniyle doğrudan doğruya açılacak tam yargı davalarını düzenleyen İYUK’un 13. maddesi “İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği

⁹⁵ Savaş BAYINDIR, “İşkenceden Doğan Mali Sorumluluk ve Türk Hukukundaki Sorunlar”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Ed.: İlyas DOĞAN, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2009: 437.

takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir” hükmünü içermektedir.

İdarenin mali sorumluluğu açısından biri kusurlu diğeri kusursuz sorumluluk olmak üzere iki tür sorumluluğu bulunmaktadır. İdarenin mali sorumluluğu önceleri özel hukukta olduğu gibi kusurun varlığına bağlanmıştı. Fransız Danıştay’ı bu kusurun özel hukuktakinden farklı olarak kast, ihmal, dikkatsizlik gibi öğeleri içermesine gerek olmadığına dair içtihatlar geliştirmiştir. Hizmet kusuru olarak adlandırılan bu kusur, nesnel nitelikte olup, kamu görevlilerinin kusurlu olup olmadıklarına bakılmaksızın hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ve işlemindeki aksaklık ve bozuklukları ifade etmektedir⁹⁶.

İdarenin, gelişen devlet anlayışı nedeniyle üstlendiği görevlere paralel olarak, sebep olduğu zararlardan sorumlu tutulmasını sağlamak amacıyla idari yargı uygulamaları ile kusursuz sorumluluk ilkesi ortaya çıkmıştır. Kusursuz sorumlulukta, sorumluluğun kurucu unsuru olarak artık kusur aranmamaktadır. İdare hakkaniyet gereği kusuru olmasa da meydana gelen zarardan sorumlu tutulmaktadır⁹⁷.

Danıştay’a göre İdarenin hukuki sorumluluğu “kamusal faaliyetler sonucunda, idare ile yönetilenler arasında yönetilenler zararına bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasını, idari etkinliklerden dolayı bireylerin uğradığı zararın idarece tazmin edilmesini sağlayan bir hukuksal kurumdur. Bu kurum, kamusal faaliyetler nedeniyle yönetilenlerin malvarlığında ortaya çıkan eksilmelerin ya da çoğalma olanağından yoksunluğun giderilebilmesi, karşılanabilmesi için aranan koşulları, uygulanması gereken kural ve ilkeleri içine almaktadır. İdarenin hukuki sorumluluğu, kişilere lütuf ve atıfet duygularıyla belli miktarda para ödenmesini öngören bir prensip olmayıp; demokratik toplum düzeninde biçimlenen idare-birey ilişkisinin doğurduğu hukuki bir sonuçtur.”⁹⁸ Aynı kararda Danıştay, İdari yargının bu anlayış doğrultusunda, idare hukukunun ilke ve kurallarını uygulamak suretiyle, idarenin hukuki sorumluluk alanını ve sebeplerini içtihatlarıyla saptamak zorunda olduğunu belirtmektedir.

⁹⁶ GÜNDAY, a.g.e.: 332.

⁹⁷ ATAY-ODABAŞI, a.g.e.: 130.

⁹⁸ Dan. 10. Da., 29.04.2008 tarih ve E. 2007/3301, K. 2008/2939 sayılı kararı için bkz. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, ET: 04.01.2011

Kararda tam yargı davaları, idarenin faaliyetlerinden ötürü, hakları zarara uğrayanlar tarafından idare aleyhine açılan tazminat davaları şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tür davalarda mahkemenin, hem olayın maddi yönünü, yani zararı doğuran işlem ve eylemleri, hem de bundan çıkabilecek hukuki sonuçları tespit etmesi gerekmektedir. İdari faaliyetten zarar gören kişi, faaliyetin ilişkili olduğu kamu hizmetinden yararlanan durumunda veya faaliyetin içinde kamu hizmetinin görülmesine katılan bir kişi olabileceği gibi; idari faaliyetle yani kamu hizmeti ile hiçbir yönden ilişkisi olmayan üçüncü bir kişi de olabilir.

İdari yargı mercilerince, tam yargı davalarında öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğu denetlenmelidir. Olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağıının incelenmesi, tazminata hükmedilecekse de her halde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

2.1.3. İdarenin Kusurlu Sorumluluğu

2.1.3.1. Hizmet Kusuru

Gerek yargı kararlarında gerekse doktrinde idarenin kusurlu sorumluluğu, idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde veya işleyişindeki bozukluk ve aksaklığı ifade eden hizmet kusuru kavramı ile açıklanmaktadır⁹⁹. Bu kusur, kişilerde aranan sübjektif mahiyetteki kusur olmayıp kamu hizmetinin kuruluşu ve işleyişi ile ilgili objektif bir mahiyette olan kusurdur¹⁰⁰. İdare tüzel kişilerden oluştuğundan ve hizmetlerini kamu görevlileri vasıtasıyla yerine getirdiğinden bir manada hizmet kusuru kamu görevlilerinin hizmetin ifası sırasında ve hizmetle ilgili işlem ve eylemlerinden kaynaklanan kusurlarıdır. Ancak idarenin sorumlu tutulması için zarara yol açan kamu görevlisinin belirlenmesine gerek yoktur, zararın hizmetin ifası sırasında meydana gelmesi yeterlidir. Hizmet kusuru, en genel ifade ile idarenin yürüttüğü kamu hizmetinin hiç işlememesi, kötü işlemesi

⁹⁹ GÜNDAY, a.g.e.: 332.

¹⁰⁰ ATAY-ODABAŞI, a.g.e.: 60.

veya geç işlemesi sonucu ortaya çıkan ve idarenin ortaya çıkan zararı ödemesini öngören bir sorumluluk türüdür.

Kişiler ile idare arasında çıkan uyuşmazlıkları çözmekle görevli idare mahkemelerinin nihai karar ve hükümlerinin son inceleme mercii olan Danıştay hizmet kusuru ve tazmin sorumluluğunu bir kararında¹⁰¹ “İdarenin, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu Anayasanın 125. maddesinde kurala bağlanmıştır. İdare kural olarak yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup, idari eylem ve işlemlerden doğan zararlar idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir. İdarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk ile ilgili personeli üzerindeki gözetim ve denetim görevini gereği gibi yerine getirmemesi şeklinde tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükünün doğmasına yol açmaktadır.” şeklinde ele almaktadır¹⁰².

Hizmet kusuru, idare tarafından hizmetin iyi kurulmaması, idari teşkilatın iyi örgütlenmemesi ve örgütün gerektiği gibi çalışmamasından dolayı yürütülen hizmetin eksik, yanlış ve kötü verilmesidir¹⁰³.

Yukarıda belirtilen karar ışığında idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu, idarece yürütülen hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan her türlü bozukluk, aksaklık ve eksikliklerdir. Bu bağlamda hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe sahip, bağımsız karakteri olan bir kusurdur. Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan doğruya ve asli nedenini oluşturmaktadır.

¹⁰¹ Dan. 10. Da., 22.12.2006 tarih ve E. 2004/2015, K. 2006/7347 sayılı kararı için bkz. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, E.T.: 04.01.2011

¹⁰² Benzer mahiyette Danıştay kararları: Dan. İDDGK., 18.10.2007 tarih ve E. 2004/721, K. 2007/2030 sayılı kararı; Dan. 13. Da., 02.12.2005 tarih ve E. 2005/2625, K. 2005/5753 sayılı kararı; Dan. 11. Da., 30.05.2007 tarih ve E. 2005/5144, K. 2007/5685 sayılı kararı; Dan. 10. Da., 25.06.2008 tarih ve E. 2007/2965, K. 2008/4831 sayılı ve 06.02.2009 tarih ve E. 2006/1212, K. 2009/652 sayılı kararları için bkz. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, ET: 04.01.2011

¹⁰³ ATAY-ODABAŞI, **a.g.e.**: 70.

2.1.3.2. Hizmet Kusuru Sayılan Haller

2.1.3.2.1. Hizmetin Kötü İşlemesi

İdare tarafından yürütülen hizmetin gereği gibi yürütülmemesi hizmetin kötü işlemesi demektir¹⁰⁴. Hizmetin kötü işlemesi, hizmet kusurunun en eski ve en geniş uygulama alanı bulan şeklidir. İdarenin, mevzuatça yetkili kılındığı veya eskiden beri yürütmekte olduğu kamu hizmetini objektif olarak beklenen dikkat ve özene aykırı olarak yürütmesi, hizmetin kötü işlemesidir. İdare hizmetin iyi yürütülmesi için gerekli örgütü kurmak, araç, gereç ve personeli sağlamakla yükümlüdür. Aksi halde hizmetin kötü işlemesinden sorumlu olacaktır¹⁰⁵.

Bu bağlamda devlet hastanesinde tedbirsizlik ve meslekte acemilik nedeniyle hatalı enjeksiyon yapılarak davacının kolunun kangren olmasına ve kesilmesine yol açılması¹⁰⁶, idarenin karayolunda asfaltlama çalışması yaparken gerekli önlemleri almayıp davacıya ait hayvanların zift çukuruna düşüp ölmesine neden olması¹⁰⁷, İstanbul Organize Suçlar Şube Müdürlüğü görevlileri tarafından gözaltına alınan davacının gözaltı süresince kolluk kuvvetince yapılan sorgulamasında kötü muameleye ve işkenceye maruz kalması¹⁰⁸, Polis Karakolunda dövülüp işkence yapılması sonucu ölüm olayı ile ilgili halkın can ve mal emniyetinin korunması şeklinde tecelli eden kamu hizmetinin düzenlenmesindeki yetersizlik, diğer yandan hizmet personeli üzerindeki denetimin gereğince yapılmamış olması¹⁰⁹ hizmetin kötü işlemesi biçiminde ortaya çıkan hizmet kusurlarıdır.

2.1.3.2.2. Hizmetin Hiç İşlememesi

İdarenin mevzuat gereği bir hizmeti yürütmesi gerekirken veya idari etkinlikte bulunması gerekirken hiç bir somut şey yapmaması durumunda hizmetin

¹⁰⁴ GÜNDAY, a.g.e.: 333.

¹⁰⁵ ATAY-ODABAŞI, a.g.e.: 76-77.

¹⁰⁶ Dan. 10. Da., 16.01.1985 tarih ve E. 1982/2908, K. 1985/26 sayılı kararı, Akt.: GÜNDAY, a.g.e.: 334.

¹⁰⁷ Dan. 10. Da., 20.11.1995 tarih ve E. 1995/1607, K. 1995/5772 sayılı kararı, Akt.: GÜNDAY, a.g.e.: 334.

¹⁰⁸ Dan. 10. Da., 06.02.2009 tarih ve E. 2006/1212, K. 2009/652 sayılı kararı için bkz. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, ET: 04.01.2011

¹⁰⁹ Dan. 10. Da., 12.10.1999 tarih ve E. 1997/3568, K. 1999/4782 sayılı kararı için bkz. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, ET: 04.01.2011

hiç işlememesi durumu söz konusudur¹¹⁰. İdarenin bağlı yetki kapsamında, yani belli koşulların varlığı halinde hizmetin yürütülmesi için eylemde bulunması zorunlu ise ve idare eylemde bulunmamışsa hizmetin hiç işlememesi şeklinde oluşan hizmet kusuru gerçekleşecektir¹¹¹. Bu bağlamda idare harekete geçmek zorunda olmasına rağmen hareketsiz kalarak kişilerin zararına yol açması halinde bu durumdan sorumlu olacaktır.

Danıştay gazeteci-yazar Uğur Mumcu'nun uğradığı suikast sonucu öldürülmesi olayı ile ilgili kararında hizmetin hiç işlememesini “Uğur Mumcu'nun araştırmacı gazeteci, yazar ve aydın olarak yaptığı araştırmalarla suçların ve suç örgütlerinin ortaya çıkarılmasındaki katkıları ve düşünceleri nedeniyle terör örgütlerinin açık hedefi haline geldiği bilinmekteydi. Uğur Mumcu'nun terör örgütlerinin açık hedefi haline gelmesi yanında, bu örgütlerce, 3713 sayılı Yasanın 20. maddesi kapsamına girenlere yönelik eylemlerde bulunulduğu da dikkate alındığında Yasa'nın açık ve kesin hükmü karşısında gerekli koruma tedbirlerinin alınmaması bir hizmet kusurudur.” şeklinde ifade etmektedir¹¹².

2.1.3.2.3. Hizmetin Geç İşlemesi

İdare tarafından yürütülmekte olan bir kamu hizmetinin olağan sayılamayacak ve yürütülen hizmet niteliği ile bağdaşmayan bir gecikme ile yerine getirilmesi hizmetin geç işlemesi anlamına gelir. Bu durum idarenin sorumluluğuna yol açan hizmet kusuru teşkil edecektir.

Danıştay konuya ilişkin bir kararında¹¹³ “... davalı idarenin 4. Pir Sultan Abdal Kültür Etkinliklerinin ikinci gününde protesto eylemlerinin başlamasından otelin yakılmasına kadar geçen yedi saate yakın bir süre kalabalığı dağıtmaya, etkisiz hale getirmeye yönelik girişimlerde yetersiz kaldığı, önleyici kolluk tedbirlerini alamadığı, kalabalığı dağıtmaya yarayacak araç ve gereçlerini hazır bulundurmadığı,

¹¹⁰ ATAY-ODABAŞI, **a.g.e.**: 80.

¹¹¹ GÜNDAY, **a.g.e.**: 336.

¹¹² Dan. 10. Da., 18.03.1998 tarih ve E. 1996/10292, K. 1998/1190 sayılı kararı için bkz. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, ET: 04.01.2011

¹¹³ Dan. 10. Da., 12.07.1995 tarih, E. 1994/7359, K. 1995/3559 sayılı kararı, Akt.: Yahya ŞAHİN, Yakup BAL, Mustafa KARABULUT, **Tazminat Davaları İle İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003: 31-37.

özetle hizmetin geç ve kötü işlenmesi sonucu uyuşmazlık konusu zararların meydana geldiği anlaşılmaktadır.” hükmüne varmıştır.

2.1.4. İdarenin Kusursuz Sorumluluğu

İdare hukukunda kusursuz sorumluluk ilkesi bu tür sorumluluk durumunu mevzuatta düzenleyen özel hukukun aksine büyük ölçüde yargı kararları ile oluşmuştur. Kusursuz sorumluluk, sorumluluğun şartı olarak her türlü kusur fikrinden sıyrılmış bir sorumluluk türüdür. İdarenin kusursuz olarak meydana gelen zarardan sorumlu tutulması adalet ve hakkaniyet gereğidir¹¹⁴.

İdarenin hizmet kusuru teşkil etmeyen faaliyetlerine rağmen idari davranışla meydana gelen zarar arasında illiyet bağının bulunması halinde de kusursuz sorumluluğu bulunmaktadır. Bu sorumluluk hali iki temel ilkeye dayanmaktadır. Birincisi, idarenin tehlikeli faaliyetleri, mesleki risk ve sosyal risk ilkelerine dayanan tehlike ilkesi, ikincisi ise kamu külfetleri karşısında eşitlik anlamına gelen fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesidir¹¹⁵. Bu sorumluluk türünde zarar görenin, uğradığı zarar ile idarenin işlem veya eylemi arasında neden-sonuç ilişkisinin varlığını ispatlaması idarenin sorumlu tutulmasına yetecektir.

Bölücü terör örgütüne mensup teröristlerle güvenlik görevlileri arasında çıkan çatışmada evinin damında yatmakta olan şahsın ölümü ile ilgili bir kararında Danıştay kusursuz sorumluluk halini şu şekilde ele almaktadır.

“İdare kural olarak yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir. Buna karşın bilimsel ve yargısal içtihatlarla geliştirilen sosyal risk ilkesi ile toplumun içinde bulunduğu koşullardan kaynaklanan, idarenin faaliyet alanında meydana gelmekle birlikte, yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmayan, toplumsal nitelikli riskin gerçekleşmesi sonucu oluşan, salt toplumun bireyi olunması nedeniyle uğranılan özel ve olağandışı zararların da topluma pay edilerek giderilmesi amaçlanmıştır. Belirtilen niteliğine göre sosyal risk ilkesinin uygulanabilmesi için olayın tüm toplumla ilgilendirilmesi ve zararın

¹¹⁴ ATAY-ODABAŞI, a.g.e.: 132-133.

¹¹⁵ GÜNDAY, a.g.e.: 342-346.

toplumsal nitelikli bir riskin gerçekleşmesi sonucu meydana gelmesi yanında, olay ve zararın yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmaması, başka bir deyişle zarar ile idari eylem arasında bir nedensellik bağının da kurulamaması gerekmektedir. Zarar ile idari eylem arasında nedensellik bağının kurulabildiği hallerde sosyal risk ilkesinin uygulanmasına olanak bulunmadığından, idare hukuku kuralları çerçevesinde öncelikle hizmet kusurunun bulunup, bulunmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkesine göre zararın tazmin edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi gerekmektedir.”¹¹⁶

2.1.5. Hizmet Kusuru-Kişisel Kusur Ayrımı

İdarenin mali sorumluluğunun kabul edilmesine rağmen bu sorumluluğun idareye mi yoksa zarara yol açan kamu görevlisine mi yükletileceği tartışılan bir konudur. Bununla birlikte sadece idarenin, idare ve kamu görevlisinin veya sadece kamu görevlisinin sorumlu tutulacağı durumlar söz konusu olabilmektedir.

Kamu görevlilerinin yürüttükleri hizmetle ilgili olmayan tutum ve davranışları¹¹⁷ başka bir deyişle hizmetten ayrılabilir nitelikteki davranışları¹¹⁸ kişisel kusur olarak kabul edilmektedir. Kamu görevlilerinin, görev dışında kusurlu davranışları sonucunda oluşan zararlardan dolayı idare sorumlu tutulamaz. Örneğin polis memurunun şahsi aracı ile üçüncü kişiye çarparak verdiği zararda olduğu gibi. Bununla birlikte kamu görevlilerinin hizmetin ifası sırasındaki suç teşkil eden eylemleri, kötü niyetli davranışları, ağır kusurlu davranışları kişisel kusur olarak kabul edilmektedir. Bu tür kişisel kusurlardan kaynaklanan zararlardan dolayı bazı durumlarda idarenin sorumluluğu bulunmamaktadır. Ancak idare ve kamu görevlisinin kusuru birçok durumda iç içe geçmekte ve kamu görevlilerinin idarenin malları ve kamu gücünü kullanmaları ve işlemlerde yine kamu görevlilerini istihdam etmeleri nedeniyle kişisel kusur ile hizmet kusuru ayrıştırılamamaktadır. Bu zorluktan dolayı Anayasa, kamu görevlisine rücu edilmek şartıyla sadece idareye karşı zarar talebinde bulunulması hükmünü getirmiştir¹¹⁹.

¹¹⁶ Dan. 10. D., 29.01.2007 tarih ve E. 2004/7285, K. 2007/212 sayılı kararı için bkz. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, ET: 04.01.2011

¹¹⁷ GÜNDAY, a.g.e.: 338.

¹¹⁸ Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2009: 754.

¹¹⁹ BAYINDIR, a.g.m.: 437.

Anayasasının 129. maddesinin 5. fıkrası şöyle demektedir: “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.”

Yine kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından kaynaklanan zararlardan dolayı idarenin sorumlu olacağı 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun¹²⁰ (DMK) 13. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: “Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar.”

Bu hususun istisnası İYUK’un 28. maddesinde belirtildiği üzere mahkeme kararlarını kasten yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine adli yargı mahkemelerinde tazminat davası açılabilmesidir.

Esasında kamu görevlisinin sorumluluğu ile idarenin sorumluluğu ayrımı gerek pozitif düzenlemeler gerekse mahkeme içtihatları doğrultusunda önemi kalmayan bir ayrımdır. Kişisel kusurun varlığı halinde dahi öncelikli ve asli sorumlu idaredir. Özel Hukuktaki çalıştırmanın sorumluluğundan farklıdır. Borçlar Kanununun (BK) 55. maddesine göre istihdam eden zararın meydana gelmemesi için şartların gerektirdiği bütün dikkat ve özeni gösterdiğini kanıtlarsa zarardan sorumlu olmayacaktır¹²¹.

Birçok durumda kişisel sorumluluk, idarenin sorumluluğu içinde erimektedir. Bu durumda “görev kusuru” kavramından bahsedilebilir. Görev kusuru, somut olarak kamu görevlilerinin kişisel davranışlarından kaynaklanan bir davranışı içerse de, aslında idarenin kendi davranışı sayılması gereken ve dolayısıyla idarenin kendi sorumluluğunu doğuran, hukuka ve göreve aykırılığı, göreve ve idareye ilişkin sayılmasını engellemeyen kusurun, somut personelde kişiselleşen görünüm biçimidir¹²².

¹²⁰ Bkz. RG., 23.07.1965 tarih ve 12056 sayı

¹²¹ Sefa REİSOĞLU, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gün.14. bs., Beta, İstanbul, 2000: 151.

¹²² Cüneyt OZANSOY, “Tarihsel ve Kurumsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu”, Doktora Tezi, Ankara, 1989: 285, Akt: ATAY-ODABAŞI, a.g.e.: 66.

Görev kusuru, kamu görevlisinin kamu hizmeti yürütürken işlediği kusurdur. Kamu görevlisinin hizmet dışında işlese dahi görevinden tamamen ayırt edilemeyen eylemlerindeki kusuru görev kusuru kapsamında değerlendirilmelidir¹²³.

Bu bağlamda görev kusuru, hizmet kusuru ve kişisel kusuru kapsamaktadır. Kamu görevlisinin yerine getirdiği görevden tamamen soyutlanamayan kişisel kusurunun bulunduğu eylemlerinden meydana gelen zararlardan idare sorumludur.

Görev kusurunda; hizmet dolayısıyla ve hizmetin gereklerini yerine getirmek amacıyla tahsis edilen araç ve imkanlar kullanılarak, yürütülen hizmetten tamamen ayırt edilemeyen kişisel kusur işlenmektedir¹²⁴.

Uyuşmazlık Mahkemesine göre “kişilerin uğradığı zararlar, zarara sebebiyet veren kamu personelinin yürüttüğü görev arasında herhangi bir ilişki kurulabiliyorsa, ortada görevle ilgili bir durum var demektir ki; bu husus öğretide ‘görev kusuru’ olarak tanımlanmaktadır. Bu tür davranışlar kamu personelinin hizmetten ayrılmayan kişisel kusurları olarak ortaya çıkmaktadır”¹²⁵. Mahkeme başka kararında sicil amirinin kin, garz ve kötü niyetle sicil doldurmasını görev kusuru kabul etmiştir¹²⁶.

2.1.6. İdarenin Sorumluluğunun Şartları

Gerek kusurlu gerekse kusursuz sorumluluk açısından idarenin sorumlu kabul edilebilmesi için, idari davranış, zarar ve idari davranış ile meydana gelen zarar arasında nedensellik (illiyet) bağının bulunması gerekir. İdarenin sorumluluğu, Anayasa'nın 125. maddesinde belirtilmiş olmasına rağmen sorumluluğun hangi durumlarda söz konusu olabileceği doktrin ve yargı organları tarafından tespit edilmektedir. İster hizmet kusuru ister kusursuz sorumluluk ilkelerine dayandırılınsın, idarenin tazminle sorumlu tutulabilmesi için bir zararın varlığı, zararı doğuran işlem veya eylemin idareye yüklenebilir nitelikte olması ve zararlı sonuçla eylem veya işlem arasında doğrudan doğruya bir illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Ortada

¹²³ Lütfi DURAN, **Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974:56, Akt: BAYINDIR, **a.g.m.**: 440.

¹²⁴ ATAY-ODABAŞI, **a.g.e.**: 66.

¹²⁵ UM, 14.04.1997 tarih ve E. 1997/16, K. 1997/15 sayılı kararı, Akt: ATAY-ODABAŞI, **a.g.e.**: 67.

¹²⁶ UM, 18.05.1992 tarih ve E. 1992/15, K. 1992/18 sayılı kararı, RG. 18.07.1992 tarih ve 21288 sayı

bir zarar yoksa veya meydana gelen zarar ile idari eylem ya da işlem arasında nedensellik bağı kurulamıyorsa idarenin tazmin sorumluluğundan söz edilemez¹²⁷.

İdarenin sorumlu olması için öncelikle ortada bir idari işlem veya eylem olmalıdır. İdari davranış icrai olabileceği gibi ihmali de olabilir¹²⁸. Zarara yol açan davranışın idare teşkilatı içerisinde bulunan gerçek kişiler veya tüzel kişiliklerce yapılması gerekmektedir.

İdarenin sorumluluğu, özel hukuktaki sorumluk gibi meydana gelen zararın tazminine yöneliktir. Tazmini gereken zararın kesin, güncel ve doğrudan olması gerekmektedir¹²⁹. Zarar maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Maddi zarar, bir kimsenin idari işlem veya eylem sonucunda mal varlığında meydana gelen azalmayı veya malvarlığının çoğalmasına engel olan kazanç kaybını ifade eder. Zararın varlığı ve miktarı zarar gören tarafından ispatlanmalıdır.

Maddi zarar, ekonomik nitelikte, parasal değeri olan bir malın zarar görmesi, üzerindeki tasarruf yetkisinin kısıtlanması veya değerindeki düşüş ile herhangi idari işlem veya eylemden kaynaklanan gelirden mahrumiyet veya harcamalarda meydana gelen artışı ifade eder¹³⁰.

Manevi zarar ise kişinin haysiyetine, kişilik haklarına, vücut bütünlüğüne veya yakınlarına yapılan saldırılar nedeniyle uğradığı bedensel ve ruhsal acıdır¹³¹.

Manevi zarar, niteliği itibarıyla para ile ölçülüp değerlendirilebilen tam olarak karşılığı tespit edilebilen bir zarar değildir. Manevi zarar için yapılan ödeme idari işlem veya eylem dolayısıyla maruz kalınan bedensel ve ruhsal acı ile sıkıntıların kısmen de olsa telafisine yönelik ödemelerdir.

Zararın tazmini ayni veya nakdi şekilde olabilir. Ayni tazmin, bir şeyin zarara uğramadan önceki haline dönüştürülmesi, nakdi tazmin ise zarara eşdeğer parasal ödemelerdir. Türk Hukukunda zararların para ile ödenmesi gerektiğine dair mevzuatta herhangi bir hüküm bulunmamasına rağmen Danıştay'ın yerleşik

¹²⁷ AYİM. 2. D., 21.01.2009 tarih ve E. 2007/622 ve K. 2009/81 sayılı kararı, Akt: ATAY-ODABAŞI, **a.g.e.**: 783.

¹²⁸ GÜNDAY, **a.g.e.**: 347.

¹²⁹ ATAY-ODABAŞI, **a.g.e.**: 181.

¹³⁰ ATAY-ODABAŞI, **a.e.**: 188.

¹³¹ GÜNDAY, **a.g.e.**: 347.

içtihatlarına göre işlevlerin ayrılığı ilkesi gereğince aynı ile tazmin mümkün olmadığından zarar para ile tazmin edilmelidir¹³².

Kişilerin uğradıkları maddi ve manevi zararlardan idarenin sorumlu tutulabilmesi için meydana gelen zarar ile idari davranış arasında nedensellik bağının bulunması gerekir. Meydana gelen zararın idare tarafından tesis edilen işlem veya eylemlerden kaynaklanması, bu işlem veya eylemler sonucunda oluşması gereklidir.

2.2. İDARENİN İŞKECEDEN KAYNAKLANAN MALİ SORUMLULUĞU

İlkel toplumlardan gelişmiş toplumlara kadar idarenin birincil görevi kamu düzenini korumaktır. İdare bireylerin ve toplulukların güvenlik ve huzur içinde yaşamalarını sağlamalıdır. İdarenin kamu düzenini korumak ve sağlamak için giriştiği faaliyetler kolluk faaliyetleridir¹³³. Bu bağlamda kolluk faaliyetleri, idarenin ajanı olan kamu görevlileri tarafından yerine getirilen bir kamu hizmetidir. Gerek uluslararası belgeler gerekse TCK işkence suçunun failinin kamu görevlisi olacağını belirtmiştir. Kamu görevlisi, işkence fiilini gerçekleştirdiği sırada kamu hizmetini yürüten bir idare ajanıdır. Kamu görevlisinin işkence suçunu işlemesi yargı kararlarında görev kusuru olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle idare, işkence suçunun faili kamu görevlisinin, eyleminden kaynaklanan ve mağdurda meydana gelen zarardan sorumludur. Bu sorumluluk Anayasanın 40. maddesinde açıkça düzenlenmiştir.

Daha öncede belirtildiği üzere işkence suçu yapısı gereği kamu görevlisinin işleyebileceği yani özgü bir suçtur. İşkence suçunda kamu görevlisi kişisel olarak suç işlemektedir ancak bu suçu işlediği sırada kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmaktadır. Kamu görevlisi işkence fiilleri sonucunda kişisel yarar elde etmeyi düşünmez aksine kamu hizmeti yürüttüğünü düşünür.

Gerek yerel mahkemelerde gerekse uluslararası mahkemelerde Türkiye aleyhine açılan davaların çoğunluğunda mağdurların yasa dışı örgüt üyesi oldukları şüphesi ile yürütülen soruşturmalarda işkenceye maruz kaldığı söylenebilir. İşkence fiilini gerçekleştiren kamu görevlisinin, kamu düzenini tehdit ettiğini veya bunu yapmakta olanlara yardım ettiğini düşündüğü mağduru cezalandırmak, bilgi almak

¹³² ATAY-ODABAŞI, a.g.e.: 197.

¹³³ GÜNDAY, a.g.e.: 259.

veya aşağılamak için bu eylemi gerçekleştirdiği yani kendisi açısından kamu menfaatine hareket ettiği ve kamu hizmeti gerçekleştirdiğini düşünmekte olduğu söylenebilir.

Uluslararası hukuk açısından bakıldığında Birleşmiş Milletler İşkence, Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele ve Cezalara İlişkin Sözleşme'nin 14. maddesinde “Her Taraf Devlet kendi hukuk sistemi dahilinde işkence eylemi mağdurunun zararının karşılanmasını ve mümkün olan rehabilitasyon imkanları dahil uygulanabilir, adil ve yeterli bir tazminat hakkına sahip olmasını temin edecektir. İşkence eylemi sonucu mağdurun ölmesi halinde bakmakla yükümlü olduğu muhtaçları tazminat almaya yetkili olacaklardır.” hükmü getirilmiş ve AİHS'nin 41. maddesinde de benzer şekilde mahkeme tarafından Sözleşme ve Protokollarının ihlal edildiğine karar verilmesi halinde hakkaniyete uygun bir surette zarar gören tarafın tatminine hükmedileceği hükmüne yer verilmiştir. Bu şekilde idarenin işkenceden doğan mali sorumluluğu düzenlemiş ve sözleşmelerle kayıt altına alınmıştır.

Bu sorumluluğun tespiti ve kapsamı konusunda gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin gerekse Danıştay'ın birçok kararı bulunmaktadır. İdarenin işkenceden kaynaklanan mali sorumluluğuna ilişkin öncelikle uluslararası bir mahkeme olan AİHM'nin kararları, daha sonra ise bu konuda verilen Danıştay kararları incelenecektir.

2.2.1. AİHM Kararlarında İdarenin İşkenceden Kaynaklanan Sorumluluğu

2.2.1.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da taraf devletler tarafından imzalanmış ve Türkiye tarafından 6366 sayılı Kanunla 18 Mayıs 1954 tarihinde onaylanmıştır.¹³⁴ Böylece Türkiye, AİHS'yi imzalamakla sözleşme kapsamındaki bütün hak ve özgürlükleri gerek kendi vatandaşları gerekse ülkede bulunan yabancılar için kabul etme yükümlüğü altına girmiştir.

AİHS, nev'i şahsına münhasır (**sui generis**) bir Sözleşmedir. Sözleşme, taraf devletlerin çıkarlarını uzlaştıran “**snallagmatik**” bir antlaşma değil sözleşmenin

¹³⁴ GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, a.g.e.: 10.

başlangıç kısmında belirtildiği üzere taraf devletlerin Sözleşme¹³⁵ metninde açıklanan hakların her yerde etkin olarak tanınması ve uygulanması müşterek amacını gerçekleştirmeye yönelik bir yasa antlaşmasıdır¹³⁶.

Sözleşme, Taraf Devletler bakımından bir yandan uluslararası hukuk alanında yasal yükümlülükler doğururken öte yandan iç hukukun parçası haline gelmiştir¹³⁷. Sözleşme, AİHM'in de kararlarında kabul ettiği gibi iç hukukta ulusal bir düzenlemeye gerek kalmadan doğrudan uygulanır¹³⁸.

Sözleşmenin önsözünde İnsan Hakları Evrensel Bildirgesine atıf yapılarak Bildirgedeki bazı hakların gerçekleştirilmesine yönelik ilk adımların atıldığı söylenebilir.¹³⁹ Bununla birlikte AİHS'nin Bildirgeden esaslı farkı bir sözleşme olması nedeniyle taraf devletler açısından bağlayıcı olmasıdır.

AİHS'nin özelliklerini kısaca şu şekilde sıralayabiliriz. Sözleşme, bireye haklarını çiğneyen devlete karşı Mahkeme'ye başvuru yolunu açarak, bireyi uluslararası hukukta hak sahibi yapmıştır. Bu bağlamda bireysel başvuru, Sözleşme ile getirilen denetimin en önemli parçasıdır. Sözleşme organlarının devreye girmesi için Sözleşmede korunan hakların taraf devletçe ihlal edilmesi gerekir. Sözleşme organları, taraf devletlerin yargı organlarının yasaları doğru uygulayıp uygulamadığını bir temyiz mercii gibi incelememektedir. Sözleşmenin sağladığı koruma ikincil niteliktedir. Ayrıca Sözleşme karşılıklılık esasına dayanmaz¹⁴⁰.

Sözleşmenin ilk maddesi ile Sözleşmeye taraf olan devletlerin, Sözleşme'nin ilk bölümünde tanınan hak ve özgürlükleri¹⁴¹ yetki alanı içinde bulunan herkese

¹³⁵ Sözleşme metni, 21 Eylül 1970'de yürürlüğe giren 3 no'lu Protokol'un 20 Aralık 1971'de yürürlüğe giren 5 no'lu Protokol'un ve 1 Ocak 1990'da yürürlüğe giren 8 no'lu Protokol'un düzenlemelerine uygun olarak değiştirilmişti ve ayrıca, yürürlüğe girdiği 21 Eylül 1970'ten bu yana 5. maddesinin 3. fıkrasına uygun olarak Sözleşme'nin bir parçası olan 2 no'lu Protokol'un metnini içermekteydi. Protokolların getirdiği bütün bu değişikliklerin veya eklemelerin yerini, yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Kasım 1998'den itibaren 11 no'lu Protokol aldı. Bu tarihten itibaren, 1 Ekim 1994'te yürürlüğe giren 9 no'lu Protokol yürürlükten kaldırıldı. <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/aihs.htm>, E.T.: 09.06.2010

¹³⁶ GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, a.e.: 22.

¹³⁷ REIDY, a.g.e.: 6.

¹³⁸ GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, a.g.e.: 21.

¹³⁹ ÖNOK, a.g.e.: 158.

¹⁴⁰ GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, a.g.e.: 13-15.

¹⁴¹ Yaşam hakkı (md.2), işkence yasağı (md.3), kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (md.4), özgürlük ve güvenlik hakkı (md. 5), adil yargılanma hakkı (md.6), cezaların yasallığı (md.7), özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı (md. 8), vicdan ve din özgürlüğü (md.9), ifade özgürlüğü (md.10), dernek kurma ve toplantı özgürlüğü (md.11), evlenme hakkı (md. 12).

tanıyacakları düzenlenmiştir. Bu şekilde taraf devletler, Sözleşme ile korunan hak ve özgürlükleri yetki alanında yaşayan herkes için uygulama ve ihlalden kaçınma yükümlüğü altına girmiştir¹⁴².

Sözleşme, koruma yöntemi olarak en gelişmiş ve en zengin içtihat koleksiyonuna sahip bir enstrüman olarak AİHM kararlarının teşviki ile ayakta duran, sürekli gelişen ve yaşayan bir araçtır¹⁴³. Sözleşme, yapılan başvuruları çözmek, ihlalleri denetlemek ve taraf devletlerin sorumluluklarını gerçekleştirmesini sağlamak amacıyla devletleri yargılama yetkisine sahip AİHM'nin kurulmasını öngörmüştür¹⁴⁴.

Sözleşmenin öngördüğü denetim mekanizması, 11 nolu ek protokol ile yapılan değişikliğe kadar, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ve Avrupa İnsan Hakları Divanı'ndan oluşmaktaydı. Avrupa Konseyi üyesi olan devlet sayısının ve Komisyona yapılan bireysel başvuru sayısının artması nedeniyle, sözleşmedeki denetim mekanizmasının günün koşullarına uygun hale getirilmesi amacıyla 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren reform niteliğindeki AİHS'ne Ek 11 Nolu Protokol ile yukarıda bahsedilen iki organ yerini, tam zamanlı çalışan tek bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bırakmıştır. Daimi Mahkeme, eski Mahkemenin ve Komisyonun yerini almış ve Bakanlar Komitesi'nin yargısal görevi ortadan kaldırılmıştır. Bu değişiklikle bireysel başvuru hakkı zorunlu hale gelmiş ve tüm mağdurların doğrudan Mahkeme'ye erişebilmesi mümkün hale gelmiştir. Yapıyı basitleştirerek, yargılama süresinin kısaltılmasını amaçlayan Yeni Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 1 Kasım 1998 tarihinde 11 nolu Protokolün yürürlüğe girmesi ile çalışmaya başladı. Eski Divan işlevine 31 Ekim 1998 tarihinde son verdi. Komisyon ise 31 Ekim 1999 tarihine kadar önceden kabul edilebilirlik kararı verilen dosyalarla uğraşmak üzere bir yıl daha varlığını devam ettirdi. Nitekim 31 Ekim 1999 tarihinde Komisyon da tarihteki yerini aldı.¹⁴⁵

¹⁴² REIDY, a.g.e.: 6.

¹⁴³ ÖNOK, a.g.e.: 159.

¹⁴⁴ Musa SAĞLAM, "Küreselleşme Sürecinin Anayasa Üzerine Etkileri", **Devletin Dönüşümü ve Yeni Dönem Kamu Yönetimi**, Ed.: Mehmet ÖZEL, Veysel EREN, Çizgi Kitabevi, Konya, 2008: 123.

¹⁴⁵ Vahit BIÇAK, "Uluslararası İnsan Hakları Normlarının Yorum Organı Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kararlarının Türk Hukukunun Gelişimine Katkısı", <http://www.bilkent.edu.tr/~vahit/ar7.htm>, E.T.: 09.06.2011

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmenin 20. maddesine göre Yüksek Sözleşen Taraflar sayısına eşit sayıda yargıçtan oluşur ve 19. madde uyarınca devamlı görev yapar. Yeni haliyle AİHM; Genel Kurul, Büyük Daire, Daireler ve Komiteler şeklinde görev yapmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin iş yükünün sürekli artması karşısında, uzun dönemde denetim sisteminin etkinliğinin sağlanması ve geliştirilmesi için Sözleşmenin belirli hükümlerinin acilen değiştirilmesi ihtiyacı ve özellikle Mahkeme'nin Avrupa'da insan haklarının korunması alanındaki üstün rolünü devam ettirebilmesinin sağlanması gereksinimini gözönünde bulundurarak 14 nolu Protokol¹⁴⁶, 13 Mayıs 2004 tarihinde Sözleşmeye taraf devletlerin imzasına açılmıştır.

Protokol ile AİHM tarafından incelemeye değer bulunmayan önemsiz nitelikteki başvuruların ilk incelemelerinin daha hızlı yapılarak sonuçlandırılması, kabul edilebilirlik şartlarına başvuran kişinin önemli oranda zarar görmesi unsurunun eklenmesine ilişkin düzenlemeler getirilmekte ve başvuruların daha az sayıda yargıç tarafından incelenebilmesine imkan sağlanması amaçlanmaktadır¹⁴⁷.

Protokol ile tek yargıç düzeni, yargıçların görev süreleri, komitelerin yetkileri, kabul edilebilirlik şartları, dostane çözümler, davanın incelenmesi ve kararların bağlayıcılığı ve uygulanması ile ilgili birçok yeni düzenleme getirilmektedir. Protokol ile bazı maddelerin yürürlükten kaldırılması nedeniyle madde numaralarında değişiklikler yapılmıştır. Yapılan bu değişiklikler Sözleşme ve Mahkemenin denetim sistemini daha da etkinleştirmeye yöneliktir¹⁴⁸.

14 nolu Protokol ile yapılan değişiklikle Sözleşmenin 23. maddesi uyarınca Yargıçlar 9 yıl seçilirler. Görev süresi dolan yargıçlar tekrar seçilemezler. Yargıçların görev süreleri 70 yaşında sona erer. Yargıçlar, yerlerine başkası seçilinceye kadar görevlerini sürdürürler. Yerlerine başkası seçildikten sonra da kendilerine havale edilmiş olan davalara bakmaya devam ederler. Hiçbir yargıç,

¹⁴⁶ 14 nolu Protokol ile getirilen değişiklikler için bkz. <http://www.aihm.info/index.php=protokol14>, E.T.:07.06.2011

¹⁴⁷ Faruk BİLİR, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve 14 Nolu Protokol", **AÜHFD**, C.55., Sy. 1, 2006: 135., <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2006-55-01/AUHF-2006-55-01-Bilir.pdf>, E.T.: 09.06.2011

¹⁴⁸ BİLİR, a.e.: 136.

diğer yargıçlar tarafından gerekli koşulları yerine getirmediğine üçte iki çoğunluk ile karar verilmedikçe, görevden alınamaz.

Sözleşmenin 21. maddesinde “Görev için aranan koşullar” başlığı altında Mahkeme’de görev alacak yargıçların üstün ahlaki vasıflara ve yüksek bir hukuki göreve atanmak için gerekli niteliklere sahip ve ehliyetleriyle tanınmış hukukçu olmaları gerekmektedir. Yargıçlar Mahkeme’ye kendi adlarına katılırlar. Görev süreleri içerisinde yargıçlar bağımsızlıkları, tarafsızlıkları ve daimi görevin gerekleri ile bağdaşmayan herhangi bir görev üstlenemezler, bu duruma ilişkin sorunlar Mahkeme’ce karara bağlanır.

AİHM’in kararları, Sözleşmenin 46. maddesi uyarınca taraf devletler için bağlayıcıdır ve Bakanlar Komitesi, mahkeme kararların uygulanıp uygulanmadığını ve yeni ihlallerin önlenmesi amacıyla devletlerin gerekli önlemleri alıp almadığını denetlemekle yetkili kılınmıştır¹⁴⁹. Bakanlar Komitesi, kesin kararın icrasının denetlenmesinin kararın yorumlanmasına dair bir mesele tarafından engellendiği görüşünde ise, konuyu yorum meselesi hakkında bir hüküm vermesi için Mahkeme’ye gönderebilir. Gönderme kararının, Komite’ye katılmaya yetkili temsilcilerin en az üçte ikisinin oyuyla verilmesi gerekir.

2.2.1.2. AİHM Kararlarında İşkence

AİHM, önüne gelen başvurularda öncelikle somut olayda Sözleşmenin 3. maddesinin uygulanabilir olup olmadığını incelemekte, ikinci olarak başvuruya konu muamele ve cezanın uygun delil veya karinelerle kanıtlanabilir olmasını veya muamelenin gerçekleştiğine dair makul şüphenin bulunmasını aramakta ve üçüncü olarak kanıtlandığı kabul edilen muamelenin nitelendirilmesini yapmaktadır.

Sözleşmenin 3. maddesinin koruduğu hakka yönelik müdahalenin yasak kapsamda kabul edilebilmesi için “asgari ağırlık düzeyine ulaşması” gerekmektedir. Buna “**de minimis kuralı**” denmektedir¹⁵⁰. Mahkeme, asgari ağırlık düzeyinin 18 Ocak 1978 tarihli İrlanda-Birleşik Krallık kararında, (parag. 162); yapılan muamelenin süresi, mağdur üzerindeki fiziksel ve psikolojik etkileri, mağdurun yaşı, cinsiyeti ve sağlık durumunun göz önüne alınarak belirlenmesi gerektiğini

¹⁴⁹ SAĞLAM, a.g.m.: 123.

¹⁵⁰ REIDY, a.g.e.: 14; DOĞRU, **İşkence Yasağı**, s. 3; ANAYURT, a.g.m.: 219.

belirtmiştir. Yine Mahkeme, 7 Temmuz 1989 tarihli Soering-Birleşik Krallık kararında, (parag.100); asgari ağırlık düzeyinin belirlenmesinde olayı çevreleyen verilerin bütünü göz önüne alınarak özellikle muamele veya cezanın niteliğinin ve uygulandığı koşulların dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir¹⁵¹.

Mahkeme, “asgari ağırlık düzeyine ulaşma” kavramını 25 Nisan 1978 tarihli Tyrer-Birleşik Krallık kararında, (parag.31) dinamik bir yorumla günün koşulları ışığında değerlendirmek gerektiğini belirterek, maruz kalınan muamelenin asgari düzeye ulaşip ulaşmadığının tespiti yanında muamelenin 3. maddede belirtilen yasaklardan hangisine girdiğinin tespitini yapmaktadır. Bu bağlamda daha önce 3. madde kapsamında değerlendirilmeyen muamelenin daha sonra 3. madde kapsamında olduğu, aynı şekilde daha önce “işkence” değil ama “insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele” olarak kabul edilen eylemin daha sonra “işkence” olarak kabul edilebildiği görülmektedir.

AIHM, Sözleşmenin 3. maddesinde belirtilen işkence yasağını, kişinin beden bütünlüğünü ve haysiyetini mutlak surette koruyan¹⁵² ve Avrupa Konseyini oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden biri olarak kabul etmekte ve bu maddenin hiçbir şekilde istisnasını kabul etmemektedir. Bu bağlamda Sözleşmenin 15. maddesinin 1. fıkrasında savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde taraf devletlerin, durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek şartıyla Sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirleri alabileceğini düzenlemiş olmasına rağmen 2. fıkrasında, 2. maddedeki yaşam hakkını, 3. maddedeki işkence yasağını, 4. maddedeki kölelik yasağını ve 7. maddedeki cezaların yasallığı hükümlerinin hiçbir surette ihlal edilemeyeceği belirtilmiştir.

AIHM, işkence yasağının mutlaklığını, Chahal kararında¹⁵³ şu şekilde belirtmiştir:

“Mahkeme, modern zamanlarda devletlerin kendi toplumlarını terör faaliyetlerinden korumak için karşılaştıkları büyük güçlüklerin farkındadır. Ancak bu

¹⁵¹ DOĞRU, a.e.: 3; ÖNOK, a.g.e.: 175.

¹⁵² 25.04.1978 tarihli Tyrer-İngiltere kararı için bkz. GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, a.g.e.: 198.

¹⁵³ 15.11.1996 tarihli Chahal-Birleşik Krallık kararı, (parag. 79); ayrıca Mahkeme 21.12. 2000 tarihli Eğmez/Kıbrıs kararı (parag. 77)’de bu ifadeye “organize suçlar” deyimini de eklemiştir., Akt.: DOĞRU, **İşkence Yasağı**, s. 2.

koşullarda bile Sözleşme, mağdurun eylemi ne olursa olsun, işkenceyi ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleyi mutlak bir ifadeyle yasaklamaktadır.”

AİHS'nin 3. maddesi kapsamında korunan hakkın karşısında devletin, bireyi işkenceye ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutmama şeklindeki negatif yükümlülüğü vardır. Yine devletin, bireyin 3. madde kapsamında yasaklanan eylem ve davranışların mağduru olmasını önlemek üzere gerekli önlemleri almak şeklindeki pozitif yükümlülüğü ve her şeye rağmen işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza gerçekleşmiş ise bu durumu etkili bir şekilde soruşturma ve kovuşturma yükümlülüğü şeklindeki soruşturma (usül) yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁵⁴.

Bir haksız fiilin AİHM tarafından işkence olarak nitelendirilmesi ve Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmesi o fiilin idare hukuku açısından görev kusuru olduğunu gösterir¹⁵⁵. Bu durumda Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali niteliğindeki fiilleri gerçekleştiren kamu görevlisinin kişisel kusurundan bahsetmek mümkün değildir. AİHM'in yapısı gereği verdiği kararlar cezai nitelikte kararlar değildir, Mahkeme'nin kararları tazmin esasına dayanmaktadır. Bu nedenle Mahkeme'ce 3. maddenin ihlal edildiğine dair verilen her karar idarenin hizmet kusuru bulunduğu ve mali açıdan sorumlu olduğunun da ifadesidir.

Sözleşmenin kabul tarihinden sonra yapılan 1961 ve 1982 Anayasaları da Sözleşmede güvence altına alınan hak ve özgürlükleri esas itibarıyla kabul etmiştir¹⁵⁶.

Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuruyu 28 Ocak 1987 tarihinde tanımış ve 22 Ocak 1990 tarihinde Mahkeme'nin zorunlu yargı yetkisini kabul etmiştir. Mahkemenin resmi internet sitesinde yayınlanan verilere göre 31.12.2009 tarihi itibarıyla Türkiye aleyhine Mahkeme'ye 2295 başvuru yapılmış olup bunlardan 273 tanesi AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine yöneliktir¹⁵⁷.

¹⁵⁴ DOĞRU, a.e.: 2.

¹⁵⁵ BAYINDIR, a.g.m.: 442.

¹⁵⁶ GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, a.g.e.: 18.

¹⁵⁷ http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E26094FC-46E7-41F4-91D2-2B1EC143721/0/Tableau_de_violations_19592009_ENG.pdf, E.T.: 09.06.2010

2.2.1.3. AİHM Kararlarında İspat Yükümlülüğü

Hukukun temel prensiplerinden birisi, iddia edenin iddiasını ispatlamak zorunda olmasıdır. Bu kural her mahkeme gibi AİHM tarafından da kabul edilmektedir¹⁵⁸. Daha önce ulusal makamlar tarafından soruşturulmuş veya kovuşturulmuş olaylar açısından taraflar dava konusu olayın sübutunda hem fikir iseler AİHM bu olayları yalnızca nitelemekte ve hüküm vermektedir. Ancak dava konusu olay, ulusal makamlar tarafından soruşturulmamış ise bu durumda AİHM kendisi soruşturma yapmaktadır¹⁵⁹. 14 nolu Protokolla yapılan değişiklikle Sözleşme'nin 38. maddesi uyarınca Mahkeme, başvuruyu tarafların temsilcileriyle birlikte inceler ve gerekirse, ilgili Yüksek Akit Tarafların, etkin olarak yürütülmesi için gerekli tüm kolaylıkları sağlayacakları bir soruşturma yapar. Taraf devletler bu soruşturmada mahkemeye gerekli kolaylıkları sağlamakla yükümlüdürler. Bu yükümlülüğe uyulmaması bir başka deyişle, Mahkemenin istediği bilgilerin Hükümet tarafından tatmin edici bir açıklama getirilmeden sunulmaması durumunda, Mahkeme iddiaların temeli bulunduğu dair sonuç çıkarmaktadır¹⁶⁰.

Mahkeme, kararlarında delilleri değerlendirirken “makul kuşku kalmayacak” şekilde kanıtlama standardını kullanmaktadır¹⁶¹. Mahkeme, bu kanıtlama standardına yeterince sağlam, kesin ve birbirleriyle uyumlu çıkarsamaların veya aynı biçimde çürütülememiş maddi karinelerin bir arada bulunması durumunda ulaşılabileceğini belirtmektedir¹⁶². Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, bireyin devletin sorumluluğu altına (yakalama, gözaltı, tutuklama) alınmadan önce sağlık durumunun iyi olmasına karşılık salıverildiği zaman yaralanmış olduğunun tespit edildiği durumlarda, bu yaraların nasıl meydana geldiğini “aklın kabul edebileceği bir şekilde açıklamak” devletin yükümlülüğüdür. Aksi takdirde bu durum Sözleşme'nin 3. maddesi açısından açık bir mesele oluşturur¹⁶³.

Yukarıda belirtildiği gibi Mahkeme, 3. maddenin ihlali açısından, kişinin devletin kontrolü altında bulunduğu sırada almış olduğu yaraları kanıtlamak için

¹⁵⁸ 12. 06. 2002 tarihli Orhan-Türkiye Kararı (parag. 266), Akt.: DOĞRU, **İşkence Yasağı**, s. 7.

¹⁵⁹ DOĞRU, **a.e.**: 7.

¹⁶⁰ 02.08.2005 tarihli Tanış ve diğerleri-Türkiye Kararı (parag.162-164), Akt.: DOĞRU, **a.e.**, s. 7.

¹⁶¹ 18.01.1978 tarihli İrlanda-Birleşik Krallık Kararı (parag. 161), 10 Ekim 2000 tarihli Satık ve diğerleri-Türkiye Kararı (parag. 55), 21 Aralık 2000 tarihli Büyükdağ-Türkiye Kararı (parag. 46).

¹⁶² 27.06.2000 tarihli Salman-Türkiye Kararı (parag. 100), Akt.: DOĞRU, **İşkence Yasağı**, s. 8.

¹⁶³ 28.07.1999 tarihli Selmouni-Fransa Kararı (parag. 87), Akt.: DOĞRU, **a.e.**: 8.

kanıt başlangıcı niteliğinde bulguların varlığını yeterli görmektedir. Devletin sorumluluktan kurtulabilmek için bu durumun aksini yani yaralanmanın kamu görevlilerinin eylemlerinden kaynaklanmadığına dair olayın akışına uygun, mağdurun iddialarını çürütecek “akıl kabul edebileceği bir açıklama” getirmesi gerekmektedir. Aslında bu gibi durumlarda kanıtlama yükümlülüğünün, tatminkâr ve ikna edici bir açıklamada bulunmaları gereken yetkililerin üzerinde olduğu söylenebilir¹⁶⁴. Bu durumda ispat külfeti yer değiştirmektedir.

2.2.1.4. AİHM Kararlarında İdarenin Sorumluluğu

1982 Anayasa'nın 125. maddesinin idarenin sorumluluğunu düzenlediğini daha önce değinmiştik. AİHM, kararlarında konuyla ilgili iç hukuku incelerken “İdarenin sorumluluğu ile ilgili Anayasa'daki hükümler” başlığı altında Anayasa'nın bu maddesindeki düzenlemeye ilişkin bakışını açıklamaktadır. Mahkeme bu maddedeki sorumluluğu, objektif nitelikte “sosyal risk” teorisine dayalı mutlak bir sorumluluk olarak kabul etmektedir. Mahkeme, Anayasa'daki bu hükmün olağanüstü hal veya savaş şartlarında bile sınırlamaya tabi olmadığını belirtir. Ayrıca bu sorumluluk için idarenin kusurunun kanıtlanması gerekmez; buna göre idarenin sorumluluğu mutlak ve objektif nitelikte olup, kollektif genel sorumluluk kavramına dayanmaktadır. Mahkeme, sosyal risk teorisine gönderme yapmaktadır. Bu sorumluluk için haksız fiil niteliğindeki eylemin yetkili makamlara yüklenmesine gerek yoktur; devletin kamu düzeni koruma, emniyeti sağlama ve insanların can ve mal güvenliğini koruma yükümlüğünü yerine getirmediğini göstermek yeterlidir. İdare, bu sorumluluk çerçevesinde kimliği belirsiz kişiler tarafından işlenen eylemlerden dolayı zarara uğrayan kişinin zararını tazmin etmekle yükümlü tutulabilir¹⁶⁵.

Devletin kontrolü altında bulunan dönemlerde meydana gelen yaralanmaların kamu görevlilerinin eylemlerinden kaynaklanmadığının ileri sürülmesine rağmen yaralanmanın sebebini açıklayamamak veya uygulanan şiddetin asgari ağırlık düzeyine ulaşmadığını ileri sürmek devleti sorumluluktan

¹⁶⁴ 26.06.2000 tarihli Salman-Türkiye Kararı, (parag. 100)

¹⁶⁵ 08.07.1999 tarihli Çakıcı-Türkiye Kararı (parag. 61), 10.10.2000 tarihli Akkoç-Türkiye Kararı (parag. 49), 27.06.2000 tarihli Salman-Türkiye Kararı (parag. 66), 10.10.2000 tarihli Satık ve Diğerleri-Türkiye Kararı (parag. 39), Akt.: DOGRU, **İHAMİ**, s. 136-137,273, 221,255-256.

kurtaramayacaktır. Bu konu ile ilgili olarak Mahkeme, 27 Ağustos 1992 tarihli Tomasi-Fransa kararında şöyle demiştir:

“Hükümet, yaraların nedeni ile ilgili bir açıklama yapamayacağını kabul etmekte, fakat bunların Tomasi'nin şikâyet ettiği muameleden kaynaklanmadığını ileri sürmektedir. Hükümete göre tıbbi raporlar, tespit edilen hafif bere ve aşınmaların başvuruçunun tanımladığı şiddet eylemleri ile tamamen tutarsız olduğunu göstermektedir.

Komisyon gibi Mahkeme de kendi görüşünü farklı noktalara dayandırmaktadır.

İlk olarak hiç kimse, başvuruçunun vücudu üzerinde tespit edilen izlerin gözaltına alınmasından önceki bir tarihte meydana gelmiş olabileceğini veya başvuruçunun kendi kendine yaptığı eylemlerden kaynaklanmış olabileceğini veya kaçmaya teşebbüs etmesinin bir sonucu olduğunu ileri sürmemiştir.

Ayrıca başvuruçusu, sorgu yargıcının karşısına ilk çıktığında göğsünde ve kulağındaki izlerine dikkat çekmiş, yargıç bunu tespit etmiş ve hemen bir uzman görevlendirmiştir.

Dahası, biri cezaevi doktoru olan dört değişik doktor, gözaltının bitiminden sonraki günlerde başvuruçuyu muayene etmişlerdir. Bu doktorların raporları, açık ve birbirleriyle uyumlu tıbbi tespitler içermekte ve yaraların meydana geliş tarihi olarak polis binalarında geçirilen gözaltı dönemine işaret etmektedir.

...

Mahkeme tamamen bağımsız hekimler tarafından düzenlenen tıbbi belge ve raporların Tomasi'ye çok sayıda darbe vurulmuş olmasını ve darbelerin şiddetini doğrulamış olmasını yeterli bulmaktadır. Bunlar böyle bir muameleyi insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olarak nitelenecek için yeterli ciddiyette iki unsurdur. Sorgulama şartları ve bir suçta, özellikle terör suçlarına karşı mücadelenin doğasında bulunan inkar edilemeyecek güçlükler, bireylerin maddi bütünlüklerinin korunmasına sınır getirilmesi sonucu doğuramaz.

Bu nedenlerle, Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmiştir.”¹⁶⁶

¹⁶⁶ DOĞRU, **İşkence Yasağı**, s. 31-33

İşkence yaptıklarına dair haklarında şikâyet bulunan kamu görevlilerinin bu suçu işlemediklerinden¹⁶⁷, haklarında yeterli delil bulunmadığından¹⁶⁸ ya da yaralanmaya mağdurun davranışının yol açtığı veya meşru savunma gibi haklı gerekçenin bulunduğu¹⁶⁹ bahisle savcılıkça verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karar veya mahkemece verilen beraat kararı yine AİHM'e göre hükümeti sorumluluktan kurtaramayacaktır.

Devletin kontrolü altında bulunduğu sırada maruz kalınan işkence şikâyetleri ile ilgili olarak yerel mahkemeler ile AİHM'in kullandığı kanıtlama standardı arasında farklılıklar vardır¹⁷⁰. Ceza Mahkemeleri masumiyet karinesine dayanarak yargılama yaparlar ancak AİHM kişinin devletin kontrolü altında bulunduğu sırada kötü muamele görmüş olmasını devletin sorumluluğu açısından yeterli kabul etmektedir.

Mahkeme, Salman-Türkiye davasında, PKK terör örgütünün eylemlerine katıldığından bahisle 28 Nisan 1992 tarihinde gözaltına alınan Agit Salman'ın 29 Nisan 1992 tarihinde gözaltında ölmesi olayı ile ilgili olarak, Adana Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 26 Aralık 1994 tarihinde haklarında dava açılan kamu görevlilerinin Agit Salman'a karşı zor kullandıkları veya şiddet uyguladıkları veya ikrar elde etmek için işkence yaptıkları veya tehdit ettiklerinin ortaya konmadığından bahisle delil yetersizliğinden beraat kararı verilmesine ve bu kararın temyiz merciince onanmasına rağmen Hükümetin sağlıklıyken gözaltına alınmış Agit Salman'ın daha sonra vücudunda bulunan yara ve izler hakkında ve Adana Emniyet Müdürlüğünde gözaltında tutulduğu sırada kalp krizinden kaynaklanan ölümüne aklın kabul edebileceği bir açıklama getirememesi nedeniyle AİHS'nin 2. ve 3. maddelerinin ihlal edildiğine ve devletin sorumlu olduğuna karar vermiştir.

Mahkeme bu tür durumlarda konuyu, etkili başvuru hakkının düzenlendiği AİHS'nin 13. maddesi çerçevesinde ele almaktadır. Mahkeme, Büyükdağ-Türkiye kararında bu durumu şu şekilde değerlendirmektedir:

“Mahkeme, Sözleşme'nin 13. maddesinin, iç hukuk düzeninde hangi biçimde korunmuş olurlarsa olsunlar, Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerin esasının

¹⁶⁷ 09.12.1995 tarihli Ribitch-Avusturya Kararı, Akt.: DOĞRU, a.e.: 33-34.

¹⁶⁸ 27.06.2000 tarihli Salman-Türkiye Kararı, Akt.: DOĞRU, a.e.: 8.

¹⁶⁹ 01.04.2004 tarihli Rivas-Fransa Kararı, Akt.: DOĞRU, a.e.: 37.

¹⁷⁰ DOĞRU, a.e.: 33.

uygulanması için ulusal düzeyde bir hukuk yolunun mevcudiyetini güvence altına aldığını hatırlatır. Bu nedenle bu madde, Sözleşmecî Devletlere yükümlülüklerini yerine getirme tarzı konusunda bir ölçüde takdir yetkisi tanısa bile, yetkili bir ulusal makamın Sözleşmedeki haklara dair şikâyetlerin hem esasının ele alınmasına hem de uygun bir karşılık verilebilmesine imkân tanıyan bir hukuk yolunu sağlamayı gerektirir. Sözleşme'nin 13. maddesinin öngördüğü yükümlülüğün önemi, başvuruçunun Sözleşmeden kaynaklanan şikâyetinin niteliğine göre değişiklik göstermektedir. Bununla birlikte 13. maddenin gerektirdiği hukuk yolu, hukuken olduğu gibi fiilen de etkili olmalıdır; özellikle bu hukuk yolunun kullanılması, davalı devletin yetkililerinin eylemleri veya ihmalleriyle haksız yere engellenmeme anlamında etkili olmalıdır (bk. 18.12.1996 tarihli Aksoy-Türkiye kararı, parag. 95; 25.09.1997 tarihli Aydın-Türkiye kararı, parag.103; 19.02.1998 tarihli Kaya-Türkiye kararı, parag. 106).

Buna göre “etkili hukuk yolu” kavramı, bir kimsenin devlet görevlilerinin gözetimi altındayken uygunsuz, hukuka ve ahlaka aykırı fiillere tabi tutulduğu yönünde savunulabilir bir iddiasının bulunması halinde, kendisine tazminat ödenmesi dışında, sorumluların ortaya çıkartılmasına ve cezalandırılmalarına yol açabilecek ve şikâyetçinin soruşturma sürecine etkili bir biçimde katılabileceği tam etkili bir soruşturma yapılmasını gerektirir.”¹⁷¹

Yine bir kimsenin devletin kontrolü altında bulunduğu sırada işkenceye maruz kalmasına rağmen, dava açılan kamu görevlilerinin hangisinin sorumlu olduğunun tespit edilememesi veya yürürlüğe giren tecil yasası nedeniyle davanın ertelenmesi devleti sorumluluktan kurtaramayacaktır.

Mahkeme'nin 8 Haziran 2008 tarihli Ali ve Ayşe Duran kararına konu olan olayda, başvuranların oğlu Bayram Duran, 16 Ekim 1994 tarihinde Gazi Polis Karakolu'nda gözaltında bulunduğu sırada ölmüştür. Olayla ilgili olarak yürütülen soruşturma sonucunda, 29 Aralık 1994 tarihinde savcılıkça yapılan otopsi sonucunda hazırlanan raporda, ölüm nedeninin kanama olmadığının belirlenmesi gerekçesi ile takipsizlik kararı verilmiştir. Ölen Bayram Duran'ın babası Ali Duran, 21 Şubat 1995 tarihinde Beyoğlu Ağır Ceza Mahkemesi'ne oğlunun vücudundaki kanamanın nasıl

¹⁷¹ 21.12.2000 tarihli Büyükdağ-Türkiye Kararı (parag. 64), Akt.: DOĞRU, **İHAMİ**, s. 305

oluşmuş olabileceğini belirtmemesi nedeniyle otopsi raporunun yetersiz olduğunu ileri sürerek itirazda bulunmuştur. 9 Nisan 1996 tarihinde Beyoğlu Ağır Ceza Mahkemesi takipsizlik kararını kaldırmış ve Bayram Duran'ın yakalanmasına ilişkin 15 Ekim 1994 tarihli evrakı imzalayan yedi polis hakkında kamu davası açılmasına karar vermiştir.

6 Haziran 1996 tarihinde yedi polis memuru hakkında Eyüp Ağır Ceza Mahkemesi'ne 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 452/2. ve 251. maddeleri gereğince şiddet sonucu kasıtsız olarak ölüme sebebiyet verme suçundan dava açılmıştır. 28 Ağustos 1996 tarihinde Eyüp Ağır Ceza Mahkemesindeki dava kamu güvenliği gerekçesiyle Denizli Ağır Ceza Mahkemesi'ne nakledilmiştir. Denizli Ağır Ceza Mahkemesi, 6 Eylül 2000 tarihli kararında olay zamanında görevli polis memurları M.S., A.A., A.K. ve İ.U.'nun belirlenemeyen nedenlerle Duran'ı dövmelemleri sonucunda kasıtsız olarak ölümüne neden oldukları kanaatine varmış ve sanıkları 765 sayılı TCK'nın 448 ve 452/2. maddeleri uyarınca beş yıl hapis cezasına mahkûm etmiştir. Mahkeme, A.Ş., A.Ç. ve H.A. adlı polis memurları hakkında ise delil yetersizliğinden beraat kararı vermiştir.

Ağır Ceza Mahkemesi, Bayram Duran'ın başına gelen darbeye asıl neden olan kişinin belirlenememesini dikkate alarak polis memurlarının hapis cezalarını eski TCK'nın 463. maddesi gereği 2 yıl 6 aya indirmiştir. Polis memurlarının, suç görev başında işlemiş olmaları nedeniyle cezaları eski TCK'nın 251. maddesi gereğince 3 yıl 4 aya çıkarılmış ve ceza son olarak bazı sanık polis memurlarının ifadelerinin yetkililere dava olaylarının tespitinde yardımcı olduğu dikkate alınarak TCK'nın 59. maddesi uyarınca her bir polis memuru için 2 yıl 9 ay 10 güne indirilmiştir.

Mahkeme, başvuruların maruz kaldıkları maddi ve manevi zararları talep haklarını saklı tutmuştur. 1 Ekim 2001 tarihinde Yargıtay, 6 Eylül 2000 tarihli kararı usul yönünden bozmuştur. 10 Aralık 2001 tarihinde Denizli Ağır Ceza Mahkemesi sanıkları bir kez daha aynı cezaya mahkûm etmiş ve başvuruların tazminat talep etme haklarını saklı tutmuştur.

Başvuranlar, avukatları vasıtasıyla kararı temyize götürmüşlerdir. Oğullarının işkence sonucunda öldüğünü ve birinci derece mahkemesinin dava olaylarını doğru bir şekilde yorumlamadığını iddia etmişlerdir. Polis memurlarının AİHS'nin 3.

maddesi, İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Avrupa İşkence ve İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Muamele veya Cezanın Önlenmesi Sözleşmesine uygun olarak eski TCK'nın 243 ve 450/3. maddeleri uyarınca cinayet suçundan mahkûm edilmeleri gerektiğini savunmuşlardır. Başvuranlar son olarak sanık polis memurlarının kamu görevinden men edilmeleri gerektiğini iddia etmişlerdir.

Yargıtay başvuruların temyiz talebini reddetmiş ve kararı onamıştır.

1 Haziran 2005 tarihinde 5237 sayılı yeni TCK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte A.A., A.K. ve İ.U. mahkumiyetlerinin yeni kanun hükümlerine göre gözden geçirilmesini talep etmişlerdir

24 Kasım 2005 tarihinde Denizli Ağır Ceza Mahkemesi şahısların mahkûmiyetlerini gözden geçirmiş ve eski kararında değişiklik yapmamıştır.

Mahkeme, yürürlükteki adli sistemin işkence veya kötü muamelenin önlenmesi ve yasaklanmasında oynaması gereken rolün önemini Ali ve Ayşe Duran-Türkiye karında şu şekilde değerlendirmektedir¹⁷²:

“AİHM, bir kişinin 3. maddeye aykırı olarak polis tarafından ciddi bir kötü muameleye tâbi tutulduğu yönünde savunulabilir bir iddia ortaya attığı durumlarda, sözkonusu hükmün, AİHS'nin 1. maddesinde yer alan devletin “kendi yetki alanı içinde bulunan herkese AİHS'de yer alan hak ve özgürlükleri tanıması” genel yükümlülüğüyle birlikte okunduğunda, etkili bir resmi soruşturma yapılması gerekliliğini içerdiğini hatırlatır. Soruşturma, sorumluların belirlenmesi ve cezalandırılmasını sağlar nitelikte olmalıdır. Aksi takdirde, yaşam hakkını koruma yükümlülüğü ve kötü muamelenin yasaklanması, taşıdıkları yadsınamaz öneme rağmen, uygulamada etkisiz olacaktır ve bazı durumlarda Devlet görevlilerinin, fiili bir dokunulmazlıkla kontrolleri altındaki kişilerin haklarını suistimal etmeleri mümkün olacaktır.

Yerel mahkemelerde dava açılmasına yol açtığı takdirde, 2. ve 3. madde gerekleri resmi soruşturmanın ötesine geçmektedir: kovuşturma, yargılama aşaması da dâhil, bir bütün olarak, kanunlar ve kötü muamelenin yasaklanması yoluyla yaşamın korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüğünün gereklerini yerine getirmelidir. Tüm adli kovuşturmaların, mahkûmiyet veya belirli bir hüküm giyme ile

¹⁷² <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/aihmtkliste.asp>, E.T.: 09.06.2010

sonuçlanmasına ilişkin kesin bir zorunluluk bulunmamakla birlikte, yerel mahkemeler hiçbir koşul altında yaşamı tehdit eden suçların ve fiziksel ve ruhsal bütünlüğe yapılan ağır saldırıların cezasız kalmasına izin vermemelidir.

Bu nedenle Mahkeme'nin değerlendirmesi gereken önemli nokta, mahkemelerin kararlarını verirken, yürürlükteki adli sistemin caydırıcı etkisinin ve bunun, yaşam hakkı ve kötü muamelenin yasaklanmasını engellemede oynaması gereken rolün öneminin zayıflamaması için davayı AİHS'nin 2. ve 3. maddelerinin gerektirdiği titizlikle davrandıklarının varsayıp sayılmayabileceği ve ne dereceye kadar varsayılabileceğidir.

Bu bağlamda zımni olarak bir ivedilik ve makul süre zorunluluğu da bulunmaktadır. Yetkili makamlar tarafından gözaltında tutulduğu sırada ölen bir kişinin davasında yine yetkili makamların verecekleri ivedi cevabın, hukukun üstünlüğüne bağlılıklarına duyulan kamu güveninin korunmasında ve kanun dışı fiillere karıştıkları ya da bu fiilleri hoş gördükleri manzarasının önlenmesinde önemli rol oynadığı kabul edilebilir.

Mahkeme son olarak bir devlet görevlisinin, işkence veya kötü muamele içeren suçlarla itham edildiği hallerde soruşturma ve yargılama sırasında görevden alınmasının ve mahkûm edildiği takdirde görevine son verilmesinin büyük önem taşıdığını yinelemektedir.

Ayrıca, Yeni Ceza Kanunu'nun 1 Haziran 2005'te yürürlüğe girmesini müteakiben A.A., A.K. ve İ.U. tarafından Denizli Ağır Ceza Mahkemesi'ne sunulan dilekçelerden mahkûm edilmiş polis memurlarının, 4616 nolu Kanun uyarınca ifası ertelendiği için hiçbir zaman hapis cezalarını çekmedikleri anlaşılmaktadır. Mahkeme daha önce de bir devlet görevlisinin, kötü muamele içeren suçlarla itham edildiği hallerde, cezai takibatın ve cezalandırmanın zamanaşımına uğramamasının ve genel af veya af çıkarma gibi tedbirlere müsaade edilmemesinin büyük önem taşıdığı sonucuna varmıştır. AİHM, mahkûm edilen polis memurlarının cezalarının ifasının 4616 Nolu Kanun uyarınca ertelenmesinin, kısmi bir genel aftan farklı olmadığı ve mahkûm edilen polis memurlarının, mahkûmiyetlerine rağmen dokunulmazlığa sahip olmaları nedeniyle içtihadı uyarınca müsaade edilemez bir tedbir olduğu kanısındadır.

Sonuç olarak, Mahkeme polis memurlarına verilen cezaların ifasının ertelenmesine ilişkin, söz konusu davada uygulandığı şekliyle ceza hukuku sisteminin, titizlikten uzak olduğu ve başvuruların şikâyetçi olduğu gibi kanun dışı fiillerin etkin şekilde önlenmesini temin eden caydırıcı bir etkiye sahip olmadığı kanısındadır. Bu nedenle, sorumlu devletin söz konusu davada kişilerin yaşamlarını ve fiziksel ve ruhsal bütünlüklerini kanunlar aracılığıyla koruma hususundaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği sonucuna varmaktadır.

Dolayısıyla AİHM, Hükümet'in iç hukuk yollarının tüketilmemesine ilişkin ön itirazını reddetmiş ve AİHS'nin 2. ve 3. maddelerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.¹⁷³

Yukarıdaki kararlarda Mahkeme, devletin kontrolü altında tutulan kişiye işkence yapmakla suçlanan kamu görevlilerinin ulusal makamlar tarafından soruşturulmuş ve kovuşturulmuş olması ve haklarında beraat veya takipsizlik kararı verilmiş olması halinde de devletin sorumluluktan kurtulamayacağını belirtmiştir. Devletin mağdurda oluşan yaralanmanın neden ve nasıl meydana geldiğine, başvuran tarafından ortaya konulan iddialara ve raporlara ilişkin makul ve aklın kabul edebileceği bir açıklama getirmesi gerektiğini belirtmektedir.

Mahkemenin, 3. madde kapsamında yapılan ihlal iddialarını devletin etkili bir şekilde soruşturması gerektiğine dair yerleşik içtihadı vardır¹⁷⁴. Soruşturma kavramı, ceza hukuku anlamında soruşturma ve kovuşturmayı, idare hukuku alanında idari soruşturma ve tazminat talebi ile açılan tam yargı davasını ve medeni hukuk alanında haksız fiilin sorumlusunu ortaya çıkartabilecek tazminat davasını kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır¹⁷⁵.

Mahkeme birçok kararında 3. maddenin yanında tam ve etkili bir soruşturma yapılmadığından 13. maddenin de ihlal edildiği hükmüne varmıştır¹⁷⁶. Yaşama hakkının korunmasının temel önemi karşısında AİHS'nin 13. maddesi kapsamında

¹⁷³ Dışişleri Bakanlığı Çok Taraflı Siyasî İşler Genel Müdürlüğü tarafından Türkçe'ye çevrilmiş olup, gayriresmî tercümedir.

¹⁷⁴ DOĞRU, **İşkence Yasağı**, s. 165.

¹⁷⁵ DOĞRU, **a.e.**: 166.

¹⁷⁶ Benzer yöndeki Mahkeme kararları: Aksoy Kararı, Aydın Kararı, İlhan Kararı, Tekin Kararı, Eğmez Kararı, Büyükdağ Kararı, Berktaş Kararı, Batı ve diğerleri Kararı, Z. ve Diğerleri-Birleşik Krallık Kararı, D.P. ve J.P.- Birleşik Krallık Kararı, E ve Diğerleri- Birleşik Krallık Kararı, Yankov Kararı, Zilcihan ve Diğerleri Kararı, Anasyev Kararı, Akt: DOĞRU, **İşkence Yasağı**, s. 167.

devletin, sorumluların kimliklerinin açığa çıkarılmasına ve cezalandırılmasına götürecektir derinlemesine, etkili soruşturma yürütmek ve şikâyetçi tarafın etkili soruşturma sürecine erişimini sağlamak yükümlülüğü bulunmaktadır. Aksi durumda başvuranın yargı mercileri karşısında tazminat elde edebilecek dayanak sunması ve bu merciler önünde gözaltında kötü muamelenin mağduru olduğunu kanıtlaması engellenmiş olacaktır. Mahkeme, bu durumları tespit ettiğinde ilgili devleti sorumlu tutmaktadır.

Mahkeme'ye göre soruşturmanın amacı, işkence eylemlerini gerçekleştiren sorumluların bulunması ve cezalandırılması ile mağdura tazminat ödenmesine imkân sağlamaktır. Bu nedenle sadece mağdura tazminat ödenmesini sağlayan ancak sorumluları ortaya çıkarmayan ve cezalandırmayan bir soruşturma Mahkeme'ye göre tam ve etkili bir soruşturma değildir¹⁷⁷.

Mahkeme, 3 Haziran 2004 tarihli Batı ve Diğerleri-Türkiye kararında tam ve etkili soruşturmanın taşınması gereken koşulları şu şekilde belirtmiştir:

a) İşkence ve kötü muamelenin işlediğine dair yazılı ya da sözlü şikâyet veya açık bir şikâyet olmasa bile işkence veya kötü muamelenin yapılmış olabileceğine dair belirtiler varsa soruşturma makamınca soruşturmanın başlatılması (parag. 133),

b) şikâyeti soruşturacak soruşturma organlarının, soruşturulan kişi, kurum ve kuruluşlardan şeklen değil uygulamada da bağımsız olması (parag. 135),

c) soruşturmanın, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması ile sorumluların tespiti ve cezalandırılmasına bağlamında etkili olması (parag. 134),

d) yürütülen soruşturmanın, halkın hukukun üstünlüğüne bağlılık duygusunun sürdürülmesini ve hukuka aykırı eylemlere karşı hoşgörü ve işbirliği görüntüsünü önleyecek tarzda makul bir özen ve hızla yapılması (parag.136),

e) soruşturma, hesap vermeyi teoride olduğu gibi pratikte de sağlamak için kamu denetimine açık ve şeffaf olmalı, ayrıca şikâyetçinin soruşturma sürecine etkili bir şekilde katılımını sağlamalıdır (parag. 137).

Mahkeme, işkence ve kötü muamele içeren suçların, zamanaşımına uğramasına ve genel af veya af çıkarma gibi tedbirlerle cezasız kalmasına müsaade edilmemesi kanaatini taşımaktadır.

¹⁷⁷ DOĞRU, a.e.: 170.

2.2.1.5. AİHM Kararlarında Zararın Tazmini

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yaptığı soruşturma sonucunda, Sözleşmenin 3. maddesi kapsamında işkence ve kötü muamele eylemlerinin gerçekleştiğini tespit etmesi durumunda Sözleşmenin 41. maddesi uyarınca devletin sorumluluğuna hükmettiğini daha önce belirtmiştik. Sözleşmenin “Hakkaniyete uygun tatmin” başlıklı 41. maddesi şu şekildedir.

“Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder.”

Devletin, bu sorumluluğu mağdurun uğramış olduğu maddi ve manevi zararların tazminine yöneliktir. Sözleşmenin 3. maddesi açısından mağdur, işkence ve kötü muamele neticesinde, kişilik hakları çiğnenen, ekonomik kayıplara uğrayan, fiziksel ya da psikolojik travmalara maruz kalan gerçek kişidir. İşkence veya kötü muameleyle maruz kalan kişinin yakın aile bireyleri de bu muameleden dolayı fiziksel ve ruhsal acı ve ıstıraba maruz kalmaları ve ekonomik kayba uğramaları koşuluyla 3. madde bağlamında mağdur kapsamında kabul edilebileceklerdir.

Örneğin Mahkeme, Kurt-Türkiye davasında gözaltına alınıp sonradan eve bir daha dönmeyen oğlunun, gözaltında kaybolması olayıyla ilgili olarak anne tarafından yetkili makamlara yapılan başvuru konusunda bir yandan yetkili makamların ilgisizliği, vurdumduymazlığı ve yeterince bir araştırma yapmaması diğer yandan bu süreçte yaşanan korku, endişeli bekleyiş, uzun süre belirsizlik ve ıstırabın anne açısından 3. madde ihlali oluşturduğuna hükmetmiştir¹⁷⁸.

Çakıcı-Türkiye kararında Mahkeme, başvurucunun kardeşi bakımından Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine hükmederek başvurucunun kardeşinin mirasçılarına maddi ve manevi tazminat ödenmesine hükmetmiştir. Bununla birlikte Mahkeme başvurucunun, güvenlik güçlerinin kardeşini götürdükleri sırada başka bir yerde ailesi birlikte yaşadığını ve olay yerinde olmadığını belirterek başvurucu açısından 3. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmesine rağmen başvurucunun hiç kuşkusuz Mahkeme tarafından tespit edilen ihlallerden dolayı zarara uğradığını, bu

¹⁷⁸ 25.05.1998 tarihli Kurt-Türkiye Kararı (parag.174-175), Akt.: DOĞRU, **İşkence Yasağı**, s. 77.

nedenle Sözleşmenin 41. maddesi kapsamında zarar gören taraf olduğunu kabul ederek başvurucuya manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir¹⁷⁹.

Mahkeme, maddi zarar kapsamında gelir kaybı ile ilgili taleplerde başvurucunun iddia ettiği zarar ile Sözleşme'nin ihlali arasında açık bir nedensellik bağı bulunması gerektiğini ve bu durumun elverişli olaylarda kazanç kaybına ilişkin tazminatı da içerebileceğini kabul etmektedir¹⁸⁰. Gelir kaybına ilişkin talepler genelde Sözleşmenin 2. maddesinde korunan “Yaşama Hakkı”nın ihlali durumunda söz konusu olmaktadır. Maddi zararlar bakımından Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağının varlığı aranmaktadır. Ancak Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edildiği her durumda insan onuru ile bağdaşmayan, haysiyet kırıcı ve küçük düşürücü davranışın varlığı kabul edildiğinden mağdurun maruz kaldığı üzüntü, acı ve sıkıntıların telafisi için manevi zararın varlığının kabulü ile hakkaniyete uygun tazmin gereklidir. AİHM tespit edilen ihlal ile talep edilen maddi tazminat arasında illiyet bağı kuramadığı durumda talebi reddetmektedir. Ancak tespit edilen ihlali dikkate alarak ve hakkaniyete uygun değerlendirmeye mağdura manevi tazminat ödenmesine karar vermektedir¹⁸¹.

Gözaltında tutulduğu sırada kendisine işkence ve kötü muamele yapıldığını iddia eden Sevtap Veznedaroğlu-Türkiye davasında Mahkeme, davalı devletin yetkili makamlarının başvurucunun işkence şikâyetini soruşturmadıkları gerekçesiyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiş ancak şikâyetin esasına ilişkin bir sonuca ulaşamamıştır. Mahkeme bu şartlar altında, usul başlığı altında 3. maddenin ihlal edildiğinin tespit edilmiş olmasının, başvurucunun uğradığı manevi zararı tazmin bakımından tek başına yeterli bir adil karşılık oluşturmayacağını düşünerek, başvurucunun şikâyetiyle ilgili, yetkililerin gösterdiği hareketsizliğin başvuruda düş kırıklığı ve ıstırap yarattığı sonucuna vararak başvurucuya tazminat ödenmesine karar vermiştir¹⁸². Görüldüğü gibi Mahkeme, 3. madde kapsamında etkili soruşturmanın yapılmamasını ihlal kabul etmekte ve bu nedenle başvuranın uğradığı manevi zarar için ilgili devleti sorumlu tutmaktadır.

¹⁷⁹ 08.07.1999 tarihli Çakıcı-Türkiye Kararı (parag. 99,125,130).

¹⁸⁰ 08.07.1999 tarihli Çakıcı-Türkiye Kararı (parag. 127), 27.06.2000 tarihli Salman-Türkiye Kararı (parag. 137), 10.10.2000 tarihli Akkoç-Türkiye Kararı (parag.133).

¹⁸¹ 21.10.2008 tarihli Çağlayan-Türkiye Kararı, 17.07.2008 tarihli Çamlıdere-Türkiye Kararı, Akt: ATAY-ODABAŞI, **a.g.e.**: 1248-12672.

¹⁸² 11.04.2000 tarihli Veznedaroğlu-Türkiye Kararı (parag. 39), Akt: DOĞRU, **İHAMİ**, s. 203.

Mahkeme yerleşik içtihatlarında Sözleşmenin ihlal edildiğine karar verdikten sonra hüküm kısmında; başvurana, AIHS'nin 44/2 maddesi uyarınca kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içinde ödeme tarihinde geçerli olan kur üzerinden Türk Lirasına çevrilerek maddi ve manevi tazminat ödenmesine; yargılama masrafları ve giderler ile bu miktarlara uygulanabilecek her türlü verginin ödenmesine; süresinde ödeme yapılmaması durumunda Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal faizlere uyguladığı faiz oranına üç puan eklenmek suretiyle elde edilecek oranda gecikme faizi uygulanmasına karar vermektedir¹⁸³.

2.2.2. Danıştay Kararlarında İdarenin İşkenceden Kaynaklanan Sorumluluğu

2.2.2.1. İdarenin İşkenceden Kaynaklanan Sorumluluğuna İlişkin Kararlar

Danıştay da AIHM gibi kararlarında işkencenin tanımını yapmamış ancak kamu görevlilerinin işkence ve kötü muamele niteliğinde eylemlerinin idarenin sorumluluğuna yol açıp açmadığını incelemiştir. Danıştay'ın zaman içerisinde insan hak ve özgürlükleri konusunda pozitif bir yaklaşım sergilediği görülmektedir. Örneğin İstanbul Emniyet Müdürlüğünde kötü muameleye maruz kalan mağdurun tazminat talebine ilişkin davada görevli polis memurlarının eski TCK'nın 228, 243, 245, 246 ve diğer maddelerine göre suç teşkil eden fiil ve hareketlerinden dolayı zararın meydana geldiğini ve bu nedenle hizmetle bir ilişkisinin bulunmadığına dair 1968 yılında verdiği karara¹⁸⁴ karşı daha sonraki yıllarda bu tür kötü muamelelerin hizmet kusuru teşkil ettiğine ve idarenin meydana gelen zararı karşılamakla yükümlü olduğuna dair kararlar vermiştir¹⁸⁵.

Yine Danıştay başka bir kararında¹⁸⁶ "... İşkence sonucu ölüm olayı görevli polis memurunun şahsi, görevden ayrı kusurundan değil, yukarıda tanımlanan

¹⁸³ 21.10.2008 tarihli Çağlayan-Türkiye Kararı, 17.07.2008 tarihli Çamlıdere-Türkiye Kararı, 17.06.2008 tarihli Abdullah Yılmaz-Türkiye Kararı, 24.03.2009 tarihli Beker-Türkiye Kararı; Akt: ATAY-ODABAŞI, **a.g.e.**: 1248-1295.

¹⁸⁴ Dan. 12. Da., 24.04.1968 tarih ve E. 1968/777, K. 1968/925 sayılı kararı, GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **Yönetmelik Yargı**, 1996: 262, Akt.:GÜNDAY, **a.g.e.**: 339.

¹⁸⁵ Dan. 10. Da., 20.01.2009 tarih ve E. 2008/10556, K. 2009/27 sayılı, 06.02.2009 tarih ve E. 2006/1212, K. 2009/652 sayılı, 11.01.2007 tarih ve E. 2004/2216, K. 2007/4 sayılı kararları için bkz. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, E.T.: 12.11.2010

¹⁸⁶ Dan. 10. Da., 02.11.1999 tarih ve E. 1999/1746, K. 1999/5376 sayılı kararı için bkz. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, E.T.: 12.11.2010

anlamda idareyle bütünleşerek, idarenin verdiği görev, yetki ve olanakları kullanarak hizmet sırasındaki görev kusuru nedeniyle meydana geldiğinden; davalı idarenin, ölüm olayının personelin şahsi kusuru nedeniyle meydana geldiği bu nedenle idarelerinin tazmin sorumluluğu bulunmadığı yolundaki iddiasının da dayanağı bulunmamaktadır.” demek suretiyle kolluk görevlisinin işkence eyleminin idarenin sorumluluğunu kaldıran kişisel kusur değil idarenin sorumluluğuna yol açan hizmet kusuru olduğunu belirtmektedir.

Danıştay aynı kararda görev kusurunu “kamu görevlilerinin idari bir tasarruf yaparken, mevzuatın, üstlendiği ödevin ve yürüttüğü hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı olarak, kendisine izafe edilebilecek boyutta ve biçimde, ancak gene de resmi yetki, görev ve olanaklardan yararlanarak, onları kullanarak hareket ettiği, bu nedenle de idaresinden tamamen ayrılmasını önleyen ve engelleyen kusur” şeklinde belirtmektedir.

Danıştay, idarenin işkenceden doğan tazminat sorumluluğunu aynı ifadelerle bazı kararlarında şu şekilde belirtmektedir:

“İdare kendisine verilen suçu önleme ve işlenmiş bir suç nedeniyle suçun failini yakalama ve adalete teslim etme şeklindeki kamu hizmetini yürütürken bu hizmetin gerektirdiği personeli de hizmetin gereklerine uygun olarak yetiştirmek zorundadır. Hizmeti yürüten kamu ajanının suçu önleme veya işlenmiş bir suçta sanığı adalete teslim etme maksadıyla da olsa kişileri veya sanığı dövmesi ve işkence etmesi, insan hak ve özgürlükleri ile ve özellikle kişi dokunulmazlığı ilkesi ile bağdaşmayacağı gibi Ceza Kanunumuza göre de suç teşkil etmektedir. Hizmetin bu şekilde yürütülmesi ise personelini yeterli düzeyde eğitmeyen, yeterli ve etkili bir denetimle bu tür olayların meydana gelmesini önleyici tedbirleri almayan idarenin hizmet kusurunu oluşturur ve bu yüzden kişilere verilen zararların hizmeti kusurlu yürüten idarece tazmini gerekir.”¹⁸⁷

Danıştay, bir cinayet soruşturması nedeniyle üç gün süre ile gözaltında tutulan davacının bu süre içerisinde kendisine kötü muamelede bulunduğundan ve işkence edildiğinden bahisle duyulan acı ve üzüntünün karşılığı manevi

¹⁸⁷ Dan. 10. Da., 30.03.1983 tarih ve E. 1982/206, K. 1983/665 sayılı kararı; 01.05.1983 tarih ve E. 1982/2539, K. 1983/1357 sayılı kararı; 12.02.1986 tarih ve E. 1984/2297, K. 1986/253 sayılı kararı için bkz. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, E.T.: 12.11.2010

tazminatın yasal faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle açılan davada, İdare mahkemesinin devletin, yurdun iç güvenliğini ve asayişini, kamu düzenini, genel ahlakı ve Anayasa'da yazılı hak ve hürriyetleri korumakla görevli kılınan polisin, bu yetkiyi kullanırken kanunen tanımlanan görev alanı dışına çıkmak suretiyle davacıya hukuka aykırı eylem ve işlemi ile verdiği zararı tazminle yükümlü olduğuna dair verdiği kararı onamıştır¹⁸⁸.

AİHM'in işkence ve kötü muamelenin ispatı konusunda kişinin, devletin kontrolü altında bulunduğu sırada almış olduğu yaraları kanıtlamak için kanıt başlangıcı niteliğinde bulguların varlığını yeterli görmesine ve devletin sorumluluktan kurtulabilmek için bu durumun aksini yani yaralanmanın kamu görevlilerinin eylemlerinden kaynaklanmadığına dair olayın akışına uygun, mağdurun iddialarını çürütecek "aklın kabul edebileceği bir açıklama" getirmesi gerektiğine dair yaklaşımına rağmen Danıştay'ın işkence yapıp yapılmadığının açıkça ve hiç bir tereddüde yer vermeyecek şekilde kanıtlanmasını aradığı kararları mevcuttur¹⁸⁹. AİHM işkence iddiaları karşısında başvuranın delil başlangıcı niteliğindeki iddialarına karşı başvuranın kamu görevlilerinin kontrolü altında işkence ve kötü muamele görmediğine ilişkin devlet'in aklın kabul edebileceği bir kurutuluş beyyinesi getirmesini isterken, Danıştay mağdurun kontrol altında tutulduğu sırada işkence gördüğünü hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde Adli Tıp raporu ile belgelenmesini istemektedir.

AİHM, davalı devletin yetkili makamlarının başvuruçunun işkence şikâyetini soruşturmadıkları gerekçesiyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiş olmasına ve şikâyetin esasına ilişkin bir sonuca ulaşamadığı durumda dahi usul başlığı altında 3. maddenin ihlal edildiğini tespit ederek bu nedenle başvuruçunun uğradığı manevi zararı tazminine hükmetmesine rağmen¹⁹⁰, Danıştay'ın işkence iddialarını etkili bir şekilde soruşturmayan idareyi sorumlu tuttuğuna dair kararı bulunmamaktadır. AİHM, 3. madde ile ilgili içtihatlarında, devletin yükümlülüklerini, 3. maddenin yanında Sözleşme'nin 13. maddesi

¹⁸⁸ Dan. 10. Da., 08.02.2009 tarih ve E. 2006/1212, K.2009/652 sayılı kararı için bkz. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, E.T.: 12.11.2010

¹⁸⁹ Dan. 10. Da., 22.12.2006 tarih ve E. 2004/2015, K. 2006/7347 sayılı kararı için bkz. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, E.T.: 04.01.2011

¹⁹⁰ 11.04.2000 tarihli Veznedaroğlu-Türkiye Kararı (parag. 39), Akt.: DOĞRU, **İHAMİ**, s. 203.

kapsamında da değerlendirmektedir. Mahkemeye göre devlet, bir kimsenin devlet görevlilerinin gözetimi altındayken uygunsuz, hukuka ve ahlaka aykırı fiillere tabi tutulduğu yönünde savunulabilir bir iddiasının bulunması halinde, kendisine tazminat ödenmesi dışında, sorumluların ortaya çıkartılmasına ve cezalandırılmalarına yol açabilecek ve şikâyetçinin soruşturma sürecine etkili bir biçimde katılabileceği tam etkili bir soruşturma yapılmasını sağlamakta yükümlüdür¹⁹¹. Bununla birlikte Danıştay'ın işkence iddialarına ilişkin davalarda devletin sorumluluğunu hizmet kusuru çerçevesinde ele aldığı görülmekte, bu tür davalarda işkence iddialarının etkili bir şekilde soruşturulması, failerin ortaya çıkarılması ve cezalandırılması hususlarını aradığından söz etmek mümkün değildir.

2.2.2.2. Dava Açma Süresi

2577 sayılı İYUK'un 13. maddesinde, idari eylemler nedeniyle hakları ihlal edilen ilgililerin, eylemleri öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde idareye başvurup haklarının yerine getirilmesini isteyebilecekleri; bu isteklerin reddedilmesi üzerine altmış günlük dava açma süresi içerisinde dava açabilecekleri hükme bağlanmıştır.

Bir yıllık süre işkence ve kötü muamele eylemlerini gerçekleştiren kamu görevlileri hakkında ceza davası açılmış ise bu davanın sonucunda verilen karar tarihinden itibaren başlayacaktır. Danıştay, bu durumu söz konusu eylemlerin idariliği ve doğurduğu zararların, bazen eylemin yapılması ile birlikte ortaya çıkarken bazen de çok sonra, değişik araştırma, inceleme ve hatta ceza yargılamaları sonucunda ortaya çıkabileceği gerekçesi ile açıklamaktadır¹⁹².

2.2.2.3. Maddi ve Manevi Tazminat

İşkence ve kötü muamele eylemleri, halkın can ve mal emniyetinin korunması şeklinde ortaya çıkan kamu hizmetinin düzenlenmesindeki yetersizlik ve kamu personeli üzerindeki denetimin yapılmamış olması nedeniyle hizmetin kötü işlemesi biçimindeki hizmet kusurudur. İdarenin bu kusurdan dolayı sorumluluğu ise tazmine

¹⁹¹ 21.12.2000 tarihli Büyükdağ-Türkiye Kararı (parag. 64), Akt.: DOĞRU, İHAMİ, s. 305.

¹⁹² Dan. 10. Da., 25.04.2008 tarih ve E. 2006/3717, K. 2008/2820 sayılı kararı, 30.01.2008 tarih ve E. 2006/5414, K. 2008/318 sayılı kararı, Akt.: ATAY-ODABAŞI, a.g.e.: 239-475.

yönelik bir sorumluluktur. Mağdurun uğramış olduğu maddi ve manevi zararlar bu sorumluluğun kapsamındadır.

Maddi tazminat, idarenin belli bir eylem ve işleminden dolayı kişilerin mal varlığında meydana gelen eksilmeyi önlemeye yöneliktir.

Danıştay maddi zararı, idari işlem veya eylem nedeniyle kişinin mal varlığının (patrimuanın) aktifinde meydana gelen azalma nedeniyle uğranılan zarar ile elde edilmesi kesin olan gelirden yoksun kalma sonucu uğranılan zarar şeklinde tanımlamış olup, bedensel maddi zararı ise kişinin sağlığına kavuşmak için yaptığı tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalması ya da yok olması nedeniyle elde edeceği gelirden meydana gelen azalma olarak kabul etmektedir¹⁹³.

Danıştay, işkence ve kötü muameleye maruz kalınması nedeniyle talep edilen manevi tazminatı miktarını, patrimuanda meydana gelen eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı değil, olay nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçlayan tatmin aracı olarak kabul etmektedir. Ancak bu miktarın zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerektiğini, bununla birlikte tam yargı davalarının niteliği gereği takdir edilecek miktarın aynı zamanda idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak bir oranda olmasını gerektiğini belirtmektedir¹⁹⁴.

Danıştay, belirli bir miktar paranın getirisi olan faizin, olay nedeniyle duyulan üzüntünün kısmen giderilmesini amaçlayan manevi tazminatta uygulanamayacağını belirttiği eski tarihli kararlarına¹⁹⁵ rağmen yeni tarihli kararlarında¹⁹⁶ manevi tazminat için idareye başvuru tarihinden itibaren yasal faiz uygulanmasına hükmetmiştir.

Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre tazminat davalarında hükmedilecek tazminat miktarının davacının istemini aşmaması gerekmektedir¹⁹⁷.

¹⁹³ Dan. 10. Da., 06.02.2009 tarih ve E. 2007/1433, K. 2009/654 sayılı, 04.04.2007 tarih ve E. 2004/7323, K. 2007/1661 sayılı, 08.07.2009 tarih ve E. 2006/6137, K. 2009/7477 sayılı kararları için bkz. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, E.T.: 12.11.2010

¹⁹⁴ ATAY-ODABAŞI, a.g.e.: 476.

¹⁹⁵ Dan. 10. Da., 05.02.1998 tarih ve E. 1996/3984, K. 1998/545 sayılı kararı için bkz. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, E.T.: 12.11.2010

¹⁹⁶ Dan. 10. Da., 11.01.2007 tarih ve E. 2003/2216, K. 2007/4 sayılı kararı bkz. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, E.T.: 12.11.2010

¹⁹⁷ Dan. 10. Da., 20.06.2001 tarih ve E. 1999/2410, K. 2001/2637 sayılı kararı; Akt.: ŞAHİN-BAL-KARABULUT, a.g.e.: 45.

Bu bölümde idarenin işkenceden kaynaklanan mali sorumluluğunu genel olarak İdare Hukuku; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ve Danıştay kararları çerçevesinde incelmış bulunmaktayız. İdarenin bu sorumluluğunu yerine getirdikten sonra sorumluluğa yol açan kamu görevlisine rücu etmesini bir sonraki bölümde inceleyeceğiz.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM KAMU GÖREVLİSİNE RÜCU

Bu bölümde işkence ve kötü muameleden dolayı mali olarak sorumlu tutulan idarenin, bu sorumluluğu yerine getirdikten sonra sorumluluğa yol açan kamu görevlisinden ödediği tazminatı geri almasına yönelik şartları ve buna ilişkin sorunları inceleyeceğiz.

3.1. RÜCU KAVRAMI

Kelime anlamı olarak rücu “geri dönme, sözünü geri alma, cayma, tersinme” olarak tanımlanmaktadır¹⁹⁸. Hukuki anlamda rücu “bir ödemede bulunan kimsenin, yaptığı bu ödemeyi, kısmen veya tamamen yapması gereken diğer kişilerden istemesi”¹⁹⁹ anlamına gelmektedir.

İdare hukuku bakımından rücu, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle idare aleyhine açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde, idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal yollara başvurarak kamu görevlisinden tahsil etmesi şeklinde tanımlanabilir²⁰⁰.

Hukuk devletinin bir gereği olarak Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca idare, eylem ve işlemlerinden dolayı kişilerin uğradıkları zararları ödemekle yükümlüdür. Yine Anayasanın 129. maddesi uyarınca kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlarından doğan tazminat davaları kendilerine rücu edilmek şartıyla ancak idare aleyhine açılabilir. Bu düzenlemelerle Anayasa, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu davranışlarından dolayı açılacak davalar nedeniyle gereksiz yere yargı mercileri önüne çıkarılmasını önlemek, kamu hizmetinin bu davalar nedeniyle kesintiye uğramasını engellemek ve zarara uğrayan kişi açısından kamu görevlisine oranla ödeme gücü daha yüksek olan devleti muhatap kılarak kamu

¹⁹⁸ <http://www.tdk.gov.tr/TR/Genel/SozBul>, E.T.: 16.12.2010.

¹⁹⁹ YILMAZ, a.g.e.: 747.

²⁰⁰ Dan. 5. Da., 10.11.1997 tarih ve E. 1995/3611, K. 1997/2485 sayılı kararı için bkz. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, E.T.: 12.11.2010

düzenini ve zarara uğrayan bakımından ise bireysel hak ve özgürlükleri korumayı hedeflemiştir²⁰¹.

3.2. RÜCU'YA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER

İdarenin kamu görevlisine rücu hakkına ilişkin düzenlemeleri normlar hiyerarşisine uygun olarak önce Anayasal düzenlemeleri, daha sonra kanunlar ve diğer düzenlemeleri inceleyeceğiz.

3.2.1. Anayasal Düzenlemeler

1982 Anayasasının “Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması” başlıklı 40. maddesinin 3. fıkrasında rücuya ilişkin düzenleme şu şekildedir:

“Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.”

Anayasasının bu hükmü ilk bakışta lâfzî olarak işkenceden doğan zararlar bakımından uygulama imkânı olmadığı düşünülmektedir. Çünkü madde metninde kamu görevlisi tarafından yapılan haksız işlemlerden doğan zararlar bakımından sorumluluk düzenlenmiştir. İşkence ise kamu görevlisinin eylemi neticesinde ortaya çıkmaktadır. Ancak bu maddenin Anayasasının “Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması” başlığı altında düzenlenmesi nedeniyle hem idari işlemleri hem de idari eylemleri kapsadığı söylenebilir²⁰².

Yine Anayasamızın kamu hizmeti görevlileri ile ilgili “Görev ve Sorumlulukları, Disiplin Kovuşturmasında Güvence” başlıklı 129. maddesinin 5. fıkrası şu şekildedir:

“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.”

Anayasasının bu düzenlemelerinden açıkça anlaşılacağı üzere idari işlem ve eylemlerden doğan tazminat davaları öncelikle idare aleyhine açılacak, idare ödemiş olduğu tazminatı tahsil amacıyla anayasal bir hak olarak bu işlem veya eylemi tesis

²⁰¹ ATAY-ODABAŞI, a.g.e.: 98.

²⁰² BAYINDIR, a.g.m.: 444.

eden kamu görevlisine rücu edecektir. Yukarıda İkinci Bölümde belirttiğimiz gibi işkence ve kötü muamele eylemleri idarenin sorumluluğuna yol açan bir hizmet kusurudur.

Anayasadaki bu düzenleme ile memurlar ve diğer kamu görevlilerinin tesis ettikleri idari eylem ve işlemler nedeniyle idare edilenlere karşı doğrudan sorumluluğu kaldırılmış olmakla memurlar ve diğer kamu görevlileri idare edilenlerce açılacak davalara karşı korunmuştur. Bu kuralın tek istisnası İYUK'un 28. maddesinin 4. fıkrasında²⁰³ belirtilen idari yargı kararlarını 30 gün içinde kasden uygulamayan kamu görevlisi aleyhine açılacak tazminat davası teşkil etmektedir²⁰⁴.

Danıştay, Anayasanın 129/5 maddesi ile ilgili olarak “ ... memur ve diğer kamu görevlilerinin işledikleri kusurdan doğan tazminat davalarının kurum aleyhine açılabileceği öngörülürken, kamu görevlilerinin idareden ayrılamayan, idari yetki ve olanaklarla bütünleşerek oluşturduğu görev kusurlarının, idare yönünden nesnel nitelik taşıyan ‘hizmet kusuru’ nu oluşturduğu görülerek, konunun kamu hizmetinin işleyişinin ve gereklerinin hukuka uygunluğunu denetlemekte uzman olan idari yargı önüne götürülmesi amaçlanmıştır.” yorumunu yapmıştır²⁰⁵.

Anayasanın bu düzenlemeler ile ödeme gücü kamu görevlisine göre daha fazla olan idareyi birinci derecede sorumlu tutarak temel hak ve özgürlüklere daha etkili koruma getirdiği söylenebilir.

3.2.2. Kanuni Düzenlemeler

3.2.2.1. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu

Devlet memurlarının hizmet şartlarını, niteliklerini, atanma ve yetiştirilmelerini, ilerleme ve yükselmelerini, ödev, hak, yüküm ve sorumluluklarını, aylıklarını ve ödeneklerini ve diğer özlük işlerini düzenleyen 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi şu şekildedir:

²⁰³ İYUK'un 28. maddesinin 4. fıkrası “Mahkeme kararlarının (otuz) gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde ilgili, idare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir.” şeklindedir.

²⁰⁴ GÜNDAY, a.g.e.: 559.

²⁰⁵ Dan. 10. Da., 20.10.1999 tarih, E. 1997/721, K. 1999/5266 sayılı kararı, Dan. Der. Sy. 103: 872, Akt.: ATAY-ODABAŞI, a.g.e.: 94.

“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 kâğıtların 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.

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.

12. maddeyle bu maddede belirtilen zararların nevi, miktarlarının tespiti, takibi, amirlerin sorumlulukları ve yapılacak işlemlerle ilgili diğer hususlar Başbakanlıkça düzenlenecek yönetmelikle belirlenir.”

Kanunun bu maddesinin, Anayasa'nın 40/2 ve 129/5 maddeleri ile benzerlik gösterdiği görülmektedir. İkinci fıkrası, 26.3.2002 tarihli 4748 sayılı Kanunun 3. maddesi ile eklenmiştir. Bu fıkra ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye aleyhine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinde düzenlenen "İşkence Yasağı" hükmünün ihlali gerekçesiyle vereceği mahkûmiyet kararlarından dolayı ödenecek tazminatların, işkence yapan kamu personelinden tahsil edilmesi yolunu açmak ve işkence konusunda caydırıcı bir etki yaratmak amaçlanmıştır²⁰⁶.

Rücu hususunun, DMK'nın 13. maddesindeki “saklıdır” ifadesinden dolayı idarenin takdir yetkisinde olduğu akla gelse de normlar hiyerarşisine uygun olarak Anayasanın 129/5. maddesindeki “rücu edilmek kaydıyla” ifadesi ve Danıştay kararları karşısında bu yetkinin bağlı yetki olduğunu kabul etmek gerekir.

DMK'nın 13. maddesi “güvence sistemi” getirmiştir. Bu sistem bir yandan devlet memurunu açılacak davalara karşı korurken, diğer yandan hakları ihlal olan kişilerin memura göre ödeme gücü daha fazla olan devlete karşı dava açarak zararların karşılanmasına güvence getirmektedir²⁰⁷.

²⁰⁶ Türkan Yalçın SANCAR, “İşkence Yapan Kamu Personeline Rücu Sorunu”, **AÜSBFD**, C. 57, Sy. 4: 158., <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/469/5374.pdf>, E.T.: 12.12.2010

²⁰⁷ GÜNDAY, **a.g.e.**: 559; ATAY-ODABAŞI, **a.g.e.**: 97-98.

3.2.2.2. Borçlar Kanunu

Halen yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanununun²⁰⁸ haksız fiilden kaynaklanan müteselsil sorumluluk ve rücuyla ilişkin 50. maddesi şu şekildedir:

“Birden ziyade kimseler birlikte bir zarar ika ettikleri takdirde müşevvik ile asıl fail ve fer'an methali olanlar, tefrik edilmeksizin müteselsilen mesul olurlar. Hakim, bunların birbiri aleyhinde rücu hakları olup olmadığını takdir ve icabında bu rücuun şumulünün derecesini tayin eyler.”²⁰⁹

Borçlar Kanununun 51. maddesinde, muhtelif sebeplerin içtimarı halinde sorumluluk aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

“Müteaddit kimseler muhtelif sebeplere (haksız muamele, akit, kanun) binaen mesul oldukları takdirde haklarında, birlikte bir zarar vukuuna sebebiyet veren kimseler hakkındaki hükümlere göre muamele olunur.”

Gerek Anayasa'nın 40/2 ve 129/5 maddeleri gerekse DMK'nın 13. maddesinde belirtilen zarara sebep olan kamu görevlisine rücu hakkını idare, genel hükümlere göre adli yargı mercileri önünde kullanacaktır. İdare ödemiş olduğu tazminat miktarını tahsil amacıyla sorumlu kamu görevlisine dava açacak ve bu davayı BK'nın 51. maddesine dayandıracaktır.

Yargıtay, kişilerin hukuka aykırı eylemleri sonucu, 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkındaki Yasa kapsamı içinde bulunan kamu görevlisine ödemedede bulunan idarenin yaptığı ödemenin davalılardan rücu

²⁰⁸ Bkz. RG., 29.04.1926 tarih ve 359 sayı, <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/407.html>, E.T.: 09.06.2011

²⁰⁹ 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun²⁰⁹ (TBK) müteselsil sorumluluğu düzenleyen 60. maddesi “Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.” şeklindedir. Müteselsil sorumlular arasındaki iç ilişkiyi düzenleyen 61. Maddesinde “Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaşılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur. Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur.” hükmü yer almaktadır.

Müteselsil borçluluğun tanımı ve doğuşu ise TBK'nın 162. maddesinde “Birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar. Böyle bir bildirim yoksa, müteselsil borçluluk ancak kanunda öngörülen hâllerde doğar.” şeklinde düzenlenmiştir. Müteselsil borçluların sorumluluğunu düzenleyen 163. Madde “Alacaklı, borcun tamamının veya bir kısmının ifasını, dilerse borçluların hepsinden, dilerse yalnız birinden isteyebilir. Borçluların sorumluluğu, borcun tamamı ödeninceye kadar devam eder.” hükümlerini içermektedir. Bkz. RG., 04.02.2010 tarih ve 27836 sayı; <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/407.html>, E.T.: 09.06.2011

ödetilmesine ilişkin kararında “... Buradaki Devletin sorumluluğu, yasadan doğan ve zaman itibariyle öncelik taşıyan bir sorumluluktur. Bu bağlamda Devlet öncelikle ve ivedilikle yaptığı bu ödeme ile ilgili olarak, zararlandırıcı eylemin meydana gelmesinde sorumluluğu bulunup-bulunmadığını gözetmeden, daha sonra değerlendirme yapılmak ve sorumluluğun kapsamını ve failin kimler olduğunu belirlemek üzere bir bakıma zarar verenin yükümlülüklerini yerine getirmektedir. İşte Devlet zarar verenin yükümlülüğü oranında onun yerine geçmek suretiyle yaptığı ödeme nedeniyle ona dönme hakkını elde edebilmektedir.

Öte yandan, BK'nın 51. maddesinde, zincirleme sorumluluk halleri yer almış ve sorumlu olanlardan tamamının ayrı ayrı hukuki nedenlerden dolayı da olsa zincirleme sorumlu olacakları düzenleme altına alınmıştır. Maddenin şu düzenleniş biçimi itibariyle somut olaya uygulandığında, davacı idarenin meydana gelen zarardan yasa gereğince, zarar verenin de haksız eylem nedeniyle sorumlu olduklarını kabul edilmek gerekir. İşte Devlet, bu yasal sorumluluğu nedeniyle başkaca kimlerin sorumlu olduğunu bu bağlamda zarar vereni belirleme yoluna gitmeden öncelik ve ivedilikle yasadan doğan yükümlülüğünü yerine getirmektedir. Devletin yasadan doğan bu yükümlülüğü sonucu yaptığı ödemenin bir bağış ve atıfet olmadığı için kapsam ve niteliğinden anlaşılmaktadır. Aksi halde, zarar veren 2330 sayılı Yasa kapsamı içinde yer alan bir görevliye karşı verdiği zarardan sorumlu tutulmamış olacaktır. Böyle bir sonucun hukuken uygun görülemeyeceği açıktır. Şu durumda, Devletin yaptığı ödemede, zarar verene, kusuru oranında rücu etme hakkının var olduğu kabulü sorumluluk hukukunun genel bir kuralıdır.” şeklinde karar vermiştir²¹⁰.

Borçlar Kanununun 51. maddesinde belirtilen sorumluluk birden fazla kişinin aynı zarardan kanun, akit veya haksız fiil gibi değişik hukuksal nedenlerden dolayı sorumlu tutulmasıdır. Bu haliyle BK'nın 51. maddesi, aynı zarara birden fazla kişinin ortak kusuruyla neden olması halinde sorumluluğu düzenleyen 50. maddesinden farklıdır. Zarara kusurlarıyla neden olan kişi ya da kişilerin yanında bu

²¹⁰ Yarg. 4. HD., 08.04.2003 tarihli E. 2002/14005, K. 2003/4287 sayılı kararı için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr>, E.T.. 29.12.2010

zarardan kusursuz olarak sorumlu olan kişi ya da kişiler varsa bu durumda kusursuz olan kişinin sorumluluğu BK'nın 51. maddesine dayandırılacaktır²¹¹.

3.2.3. Yönetmelik

Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi gereğince "Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti Takibi, Amirlerin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmelik"²¹² Bakanlar Kurulu'nca yayımlanmıştır. Bu yönetmelik memurların kasıt, kusur, ihmal ve tedbirsizlik sonucu idareye verdikleri zararlar ile kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak kişilerin uğradıkları zararların nevi ve miktarlarının tespiti, takibi, amirlerin sorumlulukları, yapılacak işlemlerle ilgili usul ve esasları belirlemek amacıyla hazırlanmıştır.

Yönetmeliğin 2. maddesinin 1. fıkrasında, yönetmelik hükümlerinin DMK'nın 1.maddesinin 1.fıkrası kapsamına giren Genel ve Katma Bütçeli Kurumlar, İl Özel İdareleri, Belediyeler, İl Özel İdareleri ve Belediyelerin kurdukları birlikler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlarda, kanunlarla kurulan fonlarda, kefalet sandıklarında veya Beden Terbiyesi Bölge Müdürlüklerinde çalışan memurlar hakkında uygulanacağı, aynı maddenin 2. fıkrasında ise DMK'nın 1. maddesinin 3. fıkrasında sayılanlar²¹³ hakkında uygulanmayacağı belirtilmektedir.

Yönetmeliğin 3. maddesinde, memurların idareye veya kişilere bile bile isteyerek zarar vermesi, kasdi zarar; memurların sorumlu oldukları işlere gerekli özeni göstermemeleri veya işleri savsaklamaları sebebiyle idare veya kişilerin zarara uğraması, ihmal sonucu zarar; memurların gerekli önlemleri zamanında almamaları

²¹¹ Ahmet M. KILIÇOĞLU, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002: 298; REİSOĞLU, **a.g.e.**: 169; OĞUZMAN-ÖZ, **a.g.e.**: 672.

²¹² Bkz. RG., 13.08.1983 tarih ve 18134 sayı, <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/407.html>, E.T.: 09.06.2010

²¹³ Anayasa Mahkemesi üye ve yedek üyeleri ile raportörleri; hâkimlik ve savcılık mesleklerinde veya bu mesleklerden sayılan görevlerde bulunanlar, Danıştay ve Sayıştay meslek mensupları ve Sayıştay savcı ve yardımcıları, Üniversitelerin, İktisadi ve Ticari İlimler Akademilerinin, Devlet Mühendislik ve Mimarlık Akademilerinin, Devlet Güzel Sanatlar Akademilerinin, Türkiye ve Orta - Doğu Amme İdaresi Enstitüsünün öğretim üye ve yardımcıları, Cumhurbaşkanlığı Senfoni Orkestrası üyeleri, Genelkurmay Mehtaran Bölüğü Sanatkârları, Devlet Tiyatrosu ile Devlet Opera ve Balesi ve Belediye Opera ve tiyatroları ile şehir ve belediye konservatuvar ve orkestralarının sanatkar memurları, uzman memurları, uygulatıcı uzman memurları ve stajyerleri; Spor Toto Teşkilatında çalışan personel; subay, astsubay, uzman çavuş ve uzman jandarmalar ile Emniyet Teşkilatı mensupları

veya eksik olarak almaları sonucunda idarenin veya kişilerin zarara uğraması, tedbirsizlik sonucu zarar olarak tanımlanmıştır.

Yönetmeliğin altıncı maddesinde memurların tazmin sorumluluğunun doğabilmesi için zararın mevcut olması, zararın doğrudan doğruya memurun fiilinden doğması ve zararın mücbir sebepten hasıl olmaması şartlarına bağlanmıştır. Kanun, tüzük ve yönetmelik hükümleri ile belirlenmiş görevlerini kasıt, ihmal veya tedbirsizlik sonucu gerekli dikkat ve itina ile yapmamaları sebebiyle idarenin veya kişilerin uğradığı zararlar yönetmelik hükümlerince memurlarca tazmin edilecek zararlardır.

Yönetmeliğin 11. maddesi Anayasa ve DMK'ya paralel olarak "Memurların görevlerini, kasıt, ihmal veya tedbirsizlik sonucu gereken dikkat ve itina ile yapmamaları sebebiyle zarara uğrayan kişilerin zararları, başvurdukları mahkeme veya makamlarca verilen kararlar uyarınca ilgili kurumlarca karşılanır. Kurumların genel hükümlere göre sorumlu memurlara rücu hakları saklıdır." şeklindedir.

İşkence ve kötü muamele fiillerinin kamu görevlileri tarafından kasten işlenen bir suç olduğunu daha önce belirtmiştik. Bu yönetmelik kapsamına giren kamu görevlileri ile ilgili işkence ve kötü muameleden kaynaklanan tazminat ödemeleri bu yönetmelikteki usullere göre tahsil edilecektir.

3.3. İDARENİN RÜCU YETKİSİ

Gerek kanuni düzenlemelerden gerekse yargı kararlarından idarenin, kusurlu davranışlarıyla sorumluluğuna yol açan kamu görevlisine rücu hak ve yetkisinin bulunduğu anlaşılmaktadır. İdarenin bu yetkisi takdir yetkisi kapsamında mıdır yoksa bağlı yetki olarak mı değerlendirilmelidir?

Anayasa'nın 40. maddesi ve DMK'nın 13. maddesinin düzenleniş biçimi açısından bu yetki takdir yetkisidir. Ancak Anayasa'nın 129. maddesi bakımından bu yetki bağlı yetkidir. Anayasa'nın 40. maddesi esasa ilişkin hüküm olmasına rağmen Anayasa'nın 129. maddesi ve DMK'nın 13. maddesi usuli hükümlerdir²¹⁴. Normlar hiyerarşisinde Anayasa'nın, kanundan üstün olması nedeniyle idare açısından rücunun bağlı yetki olduğu söylenebilir.

²¹⁴ BAYINDIR, a.g.m.: 459.

Danıştay, idarenin kamu görevlisine rücu etmesini Anayasal bir zorunluluk olarak bağlı yetki kabul etmektedir²¹⁵. Danıştay bu konuyu tartıştığı bir kararında “Anayasa’nın 129. maddesinin 5. fıkrasında; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabileceği şeklinde emredici bir kurala yer verilmiştir. Anayasa’nın sözü edilen maddesindeki ‘kendilerine rücu edilmek kaydıyla’ ibaresinin; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle idareye karşı açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal yollara başvurarak ilgili kamu görevlisinden tahsil etmeyi amaçladığında kuşkuyla yer bulunmamaktadır. Bu hüküm karşısında, yargı kararlarını uygulamamak veya etkisiz kılmak amacına yönelik davacı hakkında bir işlem kuran ve sorumluluğu bulunan ilgililerin kişisel kusuru bulunduğu açık olduğundan, hükmedilen tazminatı ödeyecek olan idarenin, sorumluluğu saptanan ilgili kişi veya kişilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesi Anayasa hükmü gereği bulunmaktadır. ... Bu olayda kişisel kusuru bulunan kişi ya da kişilere rücu edilmesi için kararın bir örneğinin Maliye Bakanlığına tebliğine 24.03.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.” şeklinde karar vermiştir²¹⁶. Bu karardan da anlaşılmaktadır ki rücu konusunda idarenin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Danıştay, kararın bir örneğin Maliye Bakanlığına tebliğ edilmesine karar vererek, ödenen tazminatın ilgili kamu görevlisinden bir kamu alacağı olarak tahsil edilmesini başka bir ifade ile idarenin kamu görevlisine rücu etmesini istemektedir.

Danıştay, aynı konuya ilişkin başka bir kararında²¹⁷ “Anayasanın 129/5’inci maddesi uyarınca kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle idare aleyhine açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde, idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal yollara başvurarak ilgili kamu görevlisinden tahsil etme zorunluluğu bulunduğu ve bu anayasal zorunluluk nedeniyle dava

²¹⁵ Dan. İDDGK., 20.09.2002 tarih ve E. 2002/191, K.2002/644 sayılı kararı; Dan. 5. Da., 29.04.2004 tarih ve E.2003/3316, K.2004/3372 sayılı kararı; Dan. 10. Da., 08.02.2009 tarih ve E.2006/1212, K.2009/652 sayılı kararı için bkz. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, E.T.: 12.11.2010

²¹⁶ Dan. 10. Da., 24.03.2008 tarih ve E. 2005/8237, K. 2008/1359 sayılı kararı için bkz. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, E.T.:12.11.2010

²¹⁷ Dan. 5. Da., 10.11.1997 tarih ve E. 1995/3611, K. 1997/2485 sayılı kararı için bkz. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, E.T.:12.11.2010

dilekçelerinde ayrıca rücu talebinde bulunmaya gerek olmadığına” karar vererek idarenin bu konuda takdir yetkisinin bulunmadığını, Anayasa hükmü gereğince bağlı yetki çerçevesinde ilgili kamu görevlisine rücu etmek zorunda olduğunu belirtmiştir.

Bergamalı 10 vatandaşın, yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle AİHM’e başvuruları sonucunda Türkiye aleyhine hükmedilen tazminatın Hazine tarafından ödenmesi üzerine, bu tutarın 1998 yılından bu yana T.C. Hükümetlerinin Başbakanları ve bakanlarına, Çevre, Orman ve Sağlık Bakanlığı müsteşarları ve müsteşar yardımcıları, ilgili genel müdür ve yardımcıları, daire müdürü ve imzası bulunan uzmanlarına rücuen ödetilmesi isteğiyle yaptıkları başvurunun reddine ilişkin 01.06.2006 tarihli işlemin iptali istemiyle açılan davada Danıştay, “Rücu mekanizmasının işletilmesi, kamu kurumunun yetkileri arasında bulunmakla birlikte, idarenin bunu kendiliğinden yapmadığı durumlarda, yurttaşların bunu sağlamak amacıyla idareye başvurmalarına 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.” şeklinde görüşünü belirtmiştir²¹⁸. Bu kararda rücu konusunda idarenin takdir yetkisi olmadığı gibi kişilerin rücu mekanizmasını işletmeyen idareyi bu yetkisini kullanması hususunda zorlamak amacıyla idari yargıda dava açabilecekleri de belirtilmektedir.

DMK’nın 13. maddesi bağlamında rücu için tazminata idare mahkemesi veya AİHM tarafından hükmedilmesi açısından bir fark yoktur²¹⁹. Madde metninde,

²¹⁸ Dan. 5. Da., 03.06.2008 tarih ve E. 2007/7369, K. 2008/3234 sayılı kararı için bkz. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, E.T.:12.11.2010

²¹⁹ BAYINDIR, a.g.e.: 460.

AİHM tarafından verilen kararlardan dolayı ödenen tazminatından ilgili kamu görevlisinden tahsil edilmesi açıkça düzenlenmiştir.

3.4. RÜCUDA USÛL ve GÖREVLİ YARGI YERİ

3.4.1. Rücuda Usûl

Kamu görevlisinin kusurlu davranışı sonucu tazminat ödemek zorunda kalan idare, Anayasa ve kanun gereği zarara yol açan eylemi gerçekleştiren kamu görevlisine DMK'nın 13. maddesi uyarınca "genel hükümlere" göre rücu edecektir. Kanunun "genel hükümler" ibaresinden kastı özel hukuk (medeni hukuk ve borçlar hukuku) kapsamında sorumluluktur. Kamu görevlisinin bu sorumluluğu kusuru ile orantılı olacaktır.

İdare, kamu görevlisinin eylem veya işlemlerinden dolayı ödemek zorunda kaldığı tazminatı doğrudan kamu görevlisinden 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerince doğrudan tahsil edemeyecektir. Kamu görevlisinin idareye karşı sorumluluğu kişisel kusurundan dolayı Borçlar Hukuku kapsamında bulunan sorumluluğudur.

Rücu için harekete geçip geçmeme kararı, idari işlem niteliğinde bir karardır. Tazminat ödemeye mahkûm olan idare tarafından Hazine adına dava açma yetkisine sahip Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğüne ilgili kamu görevlisine rücu edilmesi hususunda bildirimde bulunulmalı ve bu bildirim üzerine kamu görevlisi aleyhine adli yargı mahkemelerinde dava açılmalıdır. Bu bildirim tazminatı ödemeye mahkûm olan idarenin en üst yetkilisi tarafından yapılacaktır.

Danıştay uygulamasında kişisel kusuru bulunan kamu görevlisine, idarenin sorumluluğuna yol açan eylemi nedeniyle rücu edilmesi için kararın Maliye Bakanlığına tebliğ edilmesine karar verildiğine daha önce değinmiştik.

Karşılaştırmalı hukuk açısından memurun kastı ve ağır ihmalinin bulunması halinde memura rücu edilmekte, hafif kusuru halinde ise rücu yapılmaması öngörülmektedir. Amerika, Almanya ve İsviçre'de uygulama bu yöndedir. Rücu konusunda kamu görevlisinin hafif kusuru, ağır kusuru, kastı, suç niteliğindeki fiil ayrımını yaparken rücunun zorunluluğunu ihlalin ağırlığına paralel tutmak gerekir.

Suç niteliğindeki fiillerde rücu kaçınılmazdır²²⁰. Mevzuatımız açısından bu ayırım öngörülmemiş olmasına rağmen, kamu hizmetlerinin çeşitliliği, teknik ve mali bakımından gelişmişliği ve bu hizmetlerin görülmesi sırasındaki risk faktörünün artmış olması göz önüne alındığında küçük bir ihmalden dolayı hafif kusuru bulunan kamu görevlisine sorumluluğu bulunduğundan bahisle rücu edilmesi hakkaniyete uygun olmayacaktır.

3.4.2. Rücuda Görevli Yargı Yeri

Anayasa ve DMK’da idarenin sorumluluğu ve rücu hususu düzenlenmesine rağmen rücu davasında görevli yargı koluna ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. İdare mahkemelerinde kişilere dava açılmayacağından rücu davasında görevli yargı kolu adli yargıdır²²¹. Danıştay bir kararında bu durumu “idarenin sorumlu personele rücuuna ilişkin davalar ile görevli personelin kişisel kusurundan doğan davalara bakmakla görevli yargı mercii adliye mahkemeleri” şeklinde belirtmektedir²²².

Uyuşmazlık Mahkemesi de idarenin kamu görevlisine rücuunda adli yargı mahkemelerinin görevli olduğuna dair karar vermiştir. Kararın konuya ilişkin kısmı şu şekildedir: “657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun ‘Kişisel sorumluluk ve zarar’ başlıklı 12. maddesinde, ‘Devlet memurları, görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek ve kendilerine teslim edilen Devlet malını korumak ve her an hizmete hazır halde bulundurmak için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar. Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır. Zararların ödettilmesinde bu konudaki genel hükümler uygulanır.(...)’ hükmüne yer verilmiştir. Bu duruma göre, Devlet memurunun sebebiyet verdiği Kurum zararının ödettilmesi amacını taşıyan davanın, özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerince çözümlenmesi gerekeceği açıktır. Öte yandan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun ‘İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı’ başlıklı 2.

²²⁰ BAYINDIR, **a.g.m.**: 458.

²²¹ GÜNDAY, **a.g.e.**: 560.

²²² Dan. 5. Da., 22.06.1982 tarih ve E. 1979/4849, K. 1982/7836 sayılı kararı, Evren ALTAY, 1999, “İdarenin İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Sorumluluğu”, AÜHF. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Akt.: ATAY-ODABAŞI, **a.g.e.**: 115.

maddesinin 1/b bendinde, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları, idari dava türleri arasında sayılmış olup; olayda hakları ihlâl edilen kişi tarafından idare aleyhine açılmış bir tam yargı davası bulunmadığı gibi, idari yargı yerinde gerçek kişiler aleyhine dava açılmayacağından, ortada idari yargı yerince çözümü gereken bir dava bulunduğundan söz etmek olanaksızdır.”²²³

Yargıtay’ın rücu davalarının temyiz incelemesinde, adli yargı mahkemelerinin verdiği kararları incelediği ve işin esasına girdiği görülmektedir²²⁴.

Konuya ilişkin bir kararında Yargıtay; “657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13 ve Anayasanın 129’uncu maddesinde getirilen hükümlerle memurun sorumluluğu kaldırılmamış, kamu görevlisi olan memurun tazminat alacaklısına karşı sorumluluğu diğer sorumlu olan Devlete kanalize edilmiştir. Devlet bu düzenlemeyle, memurun kişiye olan tazminat borcunu yasa gereği doğrudan yüklenmiş olan kişi durumundadır. Borcun zarar görene ödenmesiyle Devlet, zarara uğrayan kimsenin yerine geçerek rücu edebilecektir. Bu nedenle memurun Devlete karşı rücu sorumluluğunun belirlenmesinde özel hukuk kuralları esas alınmalıdır. Çünkü memurun kaldırılmayan ancak geçici olarak Devlete kanalize edilen kişilere karşı sorumluluğunun kaynağı Borçlar Kanunudur.”²²⁵

Adli yargıdaki görevli mahkeme ise talep edilen tazminat miktarına göre Sulh Hukuk Mahkemesi veya Asliye Hukuk Mahkemesi olacaktır. Rücu davası, haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen BK’nın 41. maddesi ile meydana gelen zarardan müteselsilen sorumluluğu ve rücuyla ilişkin hükümleri düzenleyen BK’nın 50. maddesi ve birden fazla kişinin aynı zarardan kanun, akit veya haksız fiil gibi değişik hukuksal nedenlerden dolayı sorumlu tutulması hususunu düzenleyen BK’nın 51. vd. maddeleri çerçevesinde görülecektir.

Rücu davasında kamu görevlisi kusuru oranında sorumlu olacaktır. İşkence ve kötü muamele fiilleri ceza mevzuatımız açısından suçtur ve bu suç kasden işlenen bir suçtur. Bu durumda işkence ve kötü muameleye maruz kalan mağdurun uğradığı

²²³ UM, 04.07.1985 tarih ve E. 1985/4, K. 1985/14 sayılı kararı

²²⁴ Yarg. 4. HD., 22.09.2003 tarih ve E. 2003/4573, K. 2003/10365 sayılı kararı; Yarg. 4. HD., 15.09.2003 tarih ve E. 2003/4690, K. 2003/9983 sayılı kararı; Yarg. 4. HD., 01.10.2003 tarih ve E. 2003/5519, K. 2003/10941 sayılı kararı için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr>, E.T.. 29.12.2010

²²⁵ Yarg. 4. HD., 14.11.1985 tarih ve E. 1985/7369, K. 1985/9399 sayılı kararı, Akt.: TURGUT, **a.g.m.**: 196-197.

zararı ödemek zorunda kalan idare, bu miktarın tamamı için kamu görevlisine rücu etmelidir. Burada kamu görevlisinin kusurunu azaltacak bir durum söz konusu değildir. Çünkü hiçbir davranış işkence ve kötü muamelenin hafifletici sebebi olamaz.

Birden fazla kamu görevlisinin birlikte gerçekleştirdiği işkence veya kötü muamele fiilinden dolayı, eylemi gerçekleştirenler BK'nın 50. maddesi uyarınca idarenin ödemiş olduğu tazminattan dolayı idareye karşı müteselsilen sorumlu olacaklardır. Müteselsil sorumluluğun sonucu olarak bu görevlilerden idareye karşı sorumluluğunu yerine getiren kendisi ile birlikte zarara yol açan diğer görevlilere yine Borçlar Kanunu çerçevesinde idarenin yerine geçerek borcun kendisine düşen miktarı dışında kalanı için rücu edebilecektir.

İşkence ve kötü muamele fiillerinin suç olması nedeniyle kamu görevlisi hakkında ceza soruşturması yürütülecektir. Yürütülen soruşturma sonucunda suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşmuşsa Cumhuriyet savcısı tarafından ilgili kamu görevlisi hakkında ceza mahkemesinde dava açılacaktır. İdarenin ödediği tazminattan dolayı ilgili kamu görevlisine rücu edebilmesi için, öncelikle kamu görevlisi hakkında işkence veya kötü muamele suçundan ceza mahkemesince verilmiş ve kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı gerekli olduğunu savunan görüşler bulunmaktadır²²⁶.

Ceza mahkemesince verilen karar rücu davasında, hukuk mahkemesi açısından bağlayıcı mıdır?

Borçlar Kanununun, ceza hukuku ile medeni hukuk arasındaki münasebeti düzenleyen 53. maddesi şu şekildedir:

“Hakim, kusur olup olmadığına yahut haksız fiilin faili temyiz kudretini haiz bulunup bulunmadığına karar vermek için ceza hukukunun mesuliyete dair ahkemiyle bağlı olmadığı gibi, ceza mahkemesinde verilen beraet kararıyla de mukayyet değildir. Bundan başka ceza mahkemesi kararı, kusurun takdiri ve zararın miktarını tayin hususunda dahi hukuk hakimini takyit etmez.”²²⁷

²²⁶ SANCAR, a.g.m.: 161.

²²⁷ 6098 sayılı TBK'nın konuya ilişkin 74. maddesi düzenlemesi “Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla

Kanunun bu düzenlemesi fiilin suç teşkil etmediği veya illiyet bağının bulunmadığı gerekçeleri ile verilen beraat kararları için geçerlidir. Çünkü fiil suç teşkil etmese dahi tazminat açısından hukuka aykırı olabilir ve tazminat hususunda illiyet bağı ceza verme bakımından aranan illiyet bağından farklılık göstermektedir. Bu nedenlerle hukuk hakimi, ceza mahkemesinin bu nedenlerden dolayı verdiği beraat kararıyla bağlı değildir²²⁸.

Borçlar Kanununun bu maddesi, ceza hukuku prensipleri ve ceza mahkemesi kararları karşısında hukuk hakimine takdir yetkisi tanımaktadır. Bu yetki “bağımsızlık prensibi” olarak adlandırılmaktadır²²⁹.

Borçlar Kanununun 53. maddesinin açıkça hukuk hakiminin kusurun takdiri ve tayini, zararın miktarı ve haksız fiil failinin temyiz kudretine sahip olup olmadığı hususlarında ceza mahkemesi karşı bağımsız olduğunu, ceza mahkemesinin bu hususlara ilişkin kararlarının hukuk hakimini bağlamayacağını belirtmektedir. Gerek doktrin gerekse mahkeme kararlarında bu hususlar bağımsızlık prensibi kapsamında değerlendirilmektedir²³⁰.

Hukuk hakiminin ceza mahkemesi tarafından verilen beraat kararı karşısında ki durumu ise iki şekilde ele alınmalıdır.

Birinci durum ceza mahkemesi tarafından yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması, yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması ve yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması nedeniyle verilen beraat kararlarının hukuk hakimini bağlayıp bağlamayacağıdır. BK'nın 53. maddesinde belirtilen beraat kararlarının bu nedenlerden dolayı verilen beraat kararları olduğunu kabul etmek ve bu kararların hukuk hakimini bağlamayacağını belirtmek gerekir²³¹. Yargıtay'ın yerleşik uygulaması da bu yöndedir²³².

da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.” şeklindedir.

²²⁸ OĞUZMAN-ÖZ, a.g.e.: 525.

²²⁹ KILIÇOĞLU, a.g.e.: 305.

²³⁰ KILIÇOĞLU, a.e.: 307-309.

²³¹ KILIÇOĞLU, a.e.: 311.

²³² Yarg. 4. HD., 10.02.2005 tarih ve E. 2004/7447 , K. 2005/1044 sayılı kararı; 4. HD., 04.12.2003 tarih ve E. 2003/9016, K. 2003/14088 sayılı kararı için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr>, E.T.:29.12.2010

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, ceza mahkemesinde işkence suçundan yargılanan kamu görevlisinin işkence fiillerinin sabit olmasına rağmen suçun failer tarafından işlendiğine dair delil yetersizliğinden beraat etmelerine rağmen tazminata mahkûm edilmesi ile ilgili kararında: “Ceza davasında, işkencenin kimin tarafından gerçekleştirildiğinin kesin olarak anlaşılamadığından beraat kararı verildiği doğrudur. Ne var ki, hukuk hakimi, kanıtları ceza hukuku açısından ve bu usullere göre değerlendiren, ceza hakiminin beraat kararıyla bağlı değildir. Davacı, ...müşteki olarak verdiği ifadesinde kendisine karakolda sürekli işkence yapıldığını; maznunlardan hepsinin işkence yaptığını kesin olarak söylemeyeceğini ancak bir defasında gözündeki bağın kaymasıyla davalı ...'ı gördüğünü açıklamıştır. Davacının karakolda işkence gördüğü tartışmasız olduğuna göre bu samimi beyanı değerlendirilmelidir. ... O halde bütün bu kanıtlar ve olgular birlikte değerlendirildiğinde işkence olgusuna davalılardan ...'in karıştığı kabul edilmelidir”²³³ şeklinde hüküm vermiştir.

İkinci durum ise ceza mahkemesi tarafından yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması nedeniyle verilen beraat kararlarının hukuk hakimini bağlayıp bağlamayacağıdır. Bu durumda suç fail tarafından işlenmemiş demektir. Beraat kararı suçun fail tarafından kesin olarak işlenmediğine yönelik ise bu tür beraat kararı hukuk hakimini bağlayıcıdır²³⁴. Yargıtay birçok kararında bu hususu kabul etmiştir. 2330 sayılı yasa gereği ödenen tazminatın rücu alınması istemine ilişkin davada, ceza davasında beraat eden davalının sorumlu olmadığına dair kararında²³⁵, “Dosyadaki kanıtlara ve taraf açıklamalarına göre; davalıların dava dışı kişiyi tehdit ettikten sonra kaçarken, polis memuru Sinan tarafından takip edildiği, bu esnada davalı Mustafa'nın silahla havaya ateş ettiği, bu kovalamaca esnasında anılan polis memurunun ayağının burkularak yaralandığı anlaşılmaktadır. Nitekim davalı Mustafa, memura mukavemet suçundan mahkum olmuş; davalı Şerif ise bu suçtan beraat etmiştir. Davanın konusu anılan polis memuruna ödenen tazminattır. Açıklanan şu durum itibariyle, davalı Şerif'in kaçmaktan başka bir eylemi, bu

²³³ Yarg. 4. HD., 17.11.1986 tarih ve E. 1986/4898, K. 1986/7786 sayılı kararı, Akt.: BAYINDIR, **a.g.m.**: 472.

²³⁴ KILIÇOĞLU, **a.g.e.**: 312.

²³⁵ Yarg. 4. HD., 06.11.2003 tarih ve E. 2003/12925, K. 2003/12949 sayılı kararı için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr>, E.T.: 29.12.2010

bağlamda polise karşı bir hareketi yoktur. Bu nedenle anılan davalının sorumlu tutulmaması, hakkındaki davanın reddedilmesi gerekir. Yerel mahkemece bu yön gözetilmeksizin onun da sorumluluğuna karar verilmesi doğru değildir.”²³⁶

Rücu davasının idari yargıda görülmesi gerektiğini savunan görüşler mevcuttur. Bu görüşü savunanlara göre, Anayasanın 129/5. maddesinde öngörülen rücu mekanizmasına işlerlik kazandırabilmek hem idarenin sorumluluğuna hükmetmek hem de varsa kamu görevlisinin kusurunu ve kusuruna oranla tazminatın ne kadarından sorumlu olduğunu belirtmekle mümkündür²³⁷. Esas kamu hukukuna ilişkinse usulde kamu hukukuna tabi olmalıdır, kuralı gereğince idare ile kamu görevlisi arasındaki uyumsuzluk idare hukuku kuralları çerçevesinde çözümlenmelidir ve bu hususun çözüm yeri idari yargıdır²³⁸. Ancak pozitif düzenlemeler bakımından idari yargıda kişiler aleyhine dava açılmayacağından bu görüş isabetli görünmemektedir.

3.5. RÜCU YAPILACAK KAMU GÖREVLİSİNİN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN SORUNLAR

İşkence ve kötü muamele eylemlerinden dolayı mağdur olanlar AİHM’de Devlete, idare mahkemelerinde ise eylemi gerçekleştiren kamu görevlisinin bağlı bulunduğu idari kuruluşa karşı tazminat davası açmaktadırlar. Gerek AİHM’de gerekse idare mahkemesinde yargılanan işkence ve kötü muamele fiillerini işleyen kamu görevlisi değil idaredir. İdare, mahkûm olduğu tazminatı ödedikten sonra kamu görevlisine rücu edecektir. Rücu edilecek kamu görevlisinin belirlenmesinde bir kısım sorunlar bulunmaktadır.

AİHM’in yargılama esası failden çok ihlal sayılacak eylemlerin saptanmasına yöneliktir. Bu durumda AİHM kararlarına bakarak faili tespit etmek her zaman mümkün değildir. Bu durum yargılananın kişiler değil devlet olmasının sonucudur²³⁹.

²³⁶ Sanığın fiili işlemediği gerekçesiyle verilen beraat kararında tespit edilen maddi olgunun hukuk hakimini bağlayacağı hususunda Yarg. HGK., 11.10.1989 tarih ve 11-373/472 sayılı kararı, Akt: OĞUZMAN-ÖZ, **a.g.e.**: 525.

²³⁷ Bahtiyar AKYILMAZ, “İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, 2006: 1056, Akt.: TURGUT, **a.g.m.**: 198.

²³⁸ AKYILMAZ, **a.g.m.**: 1054, Akt.: TURGUT, **a.g.m.**: 197.

²³⁹ SANCAR, **a.g.m.**: 160.

AİHM’de mahkûm olan devlet, bu tazminatın ödenmesine neden olan kamu görevlisini kendisi tespit edecek ve rücu mekanizmasını işletecektir.

İdarenin, ödemiş olduğu tazminatı kamu görevlisinden almak amacıyla rücu davası açabilmesi için öncelikle ilgili kamu görevlisi hakkında suç teşkil eden işkence fiillerinden dolayı ceza mahkemesince verilen bir mahkûmiyet kararı gereklidir. Bu durum yukarıda bahsi geçen Yargıtay kararı ile çelişkili gözükmesine rağmen farklılık arz eden durum vardır.

Karara konu davada, davacı işkenceye maruz kalan kişi, davalı ise işkence yaptığı iddia edilen kamu görevlisidir. Burada davacı idare değildir. İşkence teşkil eden fiiller görev kusuru şeklinde meydana gelen hizmet kusurudur. İşkence eylemini gerçekleştirip gerçekleştirmediği tespit edilemeyen, olay yerinde bulunmaktan ibaret eyleminden dolayı kamu görevlisinin ödenen tazminattan sorumlu tutulması hakkaniyete uygun olmayacaktır.

Ayrıca idare, kamu görevlisine rücu alacağı idari bir kararla gerçekleştireceğinden rücu yapılacak kamu görevlisinin belirlenmesi ancak ceza davası sonucunda mümkün olabilecektir. Aksi halde rücu yapılacak kamu görevlisinin belirlenmesi hazine adına dava açma yetisine sahip Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğüne bırakılmış olacaktır.

Yine kamu hukukuna tabi ceza davasının amacı maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Amaç işlenen suça fail bulmak değil işlenen suçun failini bulmaktır. Yine ceza davasında resen araştırma ilkesi uygulanmaktadır. Ceza davasında maddi olgu hukuk mahkemesine göre daha iyi araştırılmaktadır. Devletin işkence fiillerinden dolayı cezai anlamda sorumlu tutamadığı bir kişiyi tazminat anlamında sorumlu tutması hakkaniyete uygun olmayacaktır.

Bununla birlikte ödenen tazminattan dolayı rücu edebilmek için ceza mahkemesince verilecek mahkûmiyet kararının aranmaması gerektiğini, idare mahkemesinin ceza kararına bağlı olmaksızın rücu edilecek kamu görevlisi belirtebileceğini, bunlar aleyhine rücu davasının açılabileceğini savunan görüşler bulunmaktadır²⁴⁰.

²⁴⁰ BAYINDIR, a.g.m.: 461.

Memur veya diğerk kamu görevlileri hakkında işkence suçundan ceza davası açılır ve mahkûmiyet hükmü verilirse, rücu edilecek görevlinin belirlenmesi kolay olmaktadır. Ancak her işkence olayında ceza davası açılmayabilir veya açılrsa bile kamu görevlisi hakkında beraat veya düşme kararları verilebilir. Bu hususla ilgili sorunlar aşağıdaki şekilde ele alınabilir.

3.5.1. Soruşturma İzni Verilmemesi

Kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar 1999 yılına kadar 4 Şubat 1329 tarihli “Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat” hükümlerine göre soruşturulmaktaydı. 4 Aralık 1999 tarihinde ise 4483 sayılı “Memurlar ve Diğerk Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun” yürürlüğe girmiş ve 4 Şubat 1329 tarihli Kanunu Muvakkat yürürlükten kaldırılmıştır.

Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat, memurun görevi sırasında veya görevi ile ilgili olarak işlediğı suçu “görev suçu” kabul etmekte ve görev suçu işleyen memur hakkında yapılacak ceza kovuşturmasının son soruşturmaya kadar olan kısmını idare içinde son soruşturmanın savcılık ve yargılamanın ise ceza mahkemesinde yapılmasını düzenlemekteydi. Bu bağlamda görevi sırasında veya görevi ile ilgili suç işleyen memur hakkında ön soruşturma yapma yetkisi, merkezi idarenin başkent teşkilatında bakana, taşra teşkilatında vali, kaymakam ya da il idare şube başkanına aitti²⁴¹. Ülkemiz aleyhine işkence ve kötü muameleden dolayı AİHM’de açılan davalara konu olayların 90’lı yıllarda gerçekleştiğı ve bu eylemleri gerçekleştiren kamu görevlileri hakkında yapılan soruşturma ve verilen mahkûmiyet kararlarının azlığı dikkate alındığında soruşturma izni uygulamasının işkenceyle mücadelede etkili olmadığı aşikardır.

4483 sayılı Kanun memurlar ve diğerk kamu görevlilerinin sadece görevleri nedeniyle işledikleri suçları “görev suçu” kabul etmiş ve görev suçunun kapsamını daraltmıştır²⁴². Kanun, Cumhuriyet savcılarının memurların bu kanun kapsamına giren suçu işlediklerinden haberdar olduğunda Kanun’da soruşturma izni vermeye yetkili olduğu belirtilen makamdan izin alınmasını öngörmektedir. İlgili memur hakkında soruşturma izni verildiğinde soruşturmaya başlanacak, verilmediğı takdirde

²⁴¹ GÜNDAY, a.g.e.: 553-554.

²⁴² GÜNDAY, a.e.: 555.

ise memur hakkında soruşturma yapılamayacaktır. Soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ilişkin kararlar idari yargı denetimi kapsamındadır.

Sancar, işkence fiillerinden dolayı soruşturma izni istenmesini şu gerekçe ile eleştirmiştir:

“Bu iznin verilmediği ve iznin verilmemesi kararına karşı ilgili Kanun 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.”²⁴³

Bu gibi haklı eleştiriler sebebiyle Kanun Koyucu, 4483 sayılı Yasanın 2. maddesine 02.01.2003 tarihli 4778 sayılı Kanunun 33. maddesi ile aşağıdaki fıkrayı eklemiştir:

“765 sayılı Türk Ceza Kanununun 243 ve 245 inci maddeleri ile 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 154 üncü maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında açılacak soruşturma ve kovuşturmalarda bu Kanun hükümleri uygulanmaz.”

Eklenen bu fıkra ile 765 sayılı TCK'nın 243. maddesinde tanımlanan işkence suçu ile 245. maddesinde tanımlanan efrada suimuamele suçundan yapılacak soruşturmalarda soruşturma izni alma şartı kaldırılmıştır. Yapılan değişiklikten sonra 765 sayılı TCK. 1.6.2005 tarihinde 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesi ile yürürlükten kaldırılmış olmasına rağmen bu fıkranın 5237 sayılı TCK'nun 94. maddesinde tanımlanan işkence suçu için de geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Bu bağlamda işkence suçu ile ilgili soruşturma herhangi bir izin alınmadan Cumhuriyet savcısı tarafından doğrudan yapılabilir. Bu uygulama işkencenin önlenmesinde ve rücu edilecek personelin tespitinde pozitif etki yapacaktır.

²⁴³ SANCAR, a.g.m.: 161.

3.5.2. Kovuşturmayaya Yer Olmadığına Dair Karar Verilmesi

Cumhuriyet savcısı, CMK'nın 160. maddesi gereğince 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 başlayacaktır. Cumhuriyet savcısı, yaptığı soruşturma sonunda topladığı deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa iddianame ile ceza mahkemesine dava açacaktır. Aksi takdirde Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde kovuşturmayaya yer olmadığına karar verir. Bu karara mağdur tarafından itiraz edilebilir. Ancak mağdur tarafından itiraz edilmemiş veya yapılan itiraz reddedilmiş ise işkence suçunu işleyen kamu görevlisi hakkında yeni delil bulunmadan ceza mahkemesine dava açılmayacaktır. Bu durum ise idarenin kamu görevlisine rücu yapabilmesinin önünü tıkayacaktır. Çünkü kamu görevlisinin işkence suçunu işlediği sabit olamayacaktır.

Çözüm önerisi olarak; Cumhuriyet savcısınca verilecek kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar kesinleştiğinde mağdur için iç hukuk yolları tükenmiş olacağından mağdur tarafından AİHM'ye dava açılmış ve AİHM tarafından işkence ve kötü muamelenin gerçekleştiği ve etkili soruşturma yapılmadığından bahisle AİHS'nin 3. veya 13. maddelerinin ihlal edildiğine karar verilmesi halinde bu durumun aynı CMK'nın 311. maddesindeki yargılamanın yenilenmesi düzenlemesi gibi yeni delil kabul edilerek Cumhuriyet savcısının kararını kaldırması gerektiği yönünde görüşler ileri sürülmektedir²⁴⁴. Bu çözüm önerisinin işkenceyle mücadele ve devletçe ödenen tazminatın rücu geri alınması açısından olumlu etki yapacağı değerlendirilmektedir.

3.5.3. Mahkemece Beraat Kararı Verilmesi

Cumhuriyet savcısı yaptığı soruşturma sonunda, topladığı deliller işkence suçunun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa ceza mahkemesine dava açacaktır. Mahkeme yargılama sonucunda işkence suçunun fail tarafından işlendiğinin sabit olması halinde mahkûmiyet kararı verecek, aksi takdirde beraat

²⁴⁴ SANCAR, a.g.m.: 163.

kararı verecektir. İşkence suçundan yapılan yargılama sonucunda beraat eden kamu görevlisine AİHM veya idare mahkemesi kararı dayanak gösterilerek, işkence fiilinin sorumlusuymuş gibi rücu edilmesi mümkün değildir²⁴⁵.

Ceza yargılamasının amacı maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasıdır. AİHM'in verdiği karar nedeniyle yargılamanın yenilenmesi, suçun fail tarafından işlendiğinin sabit olmaması nedeniyle verilen beraat kararları açısından isabetli görünürken, suçun fail tarafından işlenmediğinin sabit olduğu beraat kararları açısından isabetli değildir. Ceza yargılamasında amaç işlenen suça fail bulmak değil, suçu işleyen faili bulmaktır. Bu durumda AİHM'in gerçekleşen işkence fiillerinden dolayı devleti yargıladığı ve faili bulmaya yönelik yargılama yapmadığı dikkate alındığında suçun işlemediği sabit olduğundan beraat eden kamu görevlisine rücu edilemeyecektir²⁴⁶.

3.5.4. Zamanaşımı Nedeniyle Verilecek Düşme Kararları

Bir suçun işlendiği tarihten itibaren kanunda öngörülen belli bir sürenin geçmesi ile bu suç bakımından cezalandırabilirlik niteliği ortadan kalkar. Devlet, fail hakkında kovuşturma işlemlerinin yapılmasından vazgeçmektedir. Dava zamanaşımı, işlenen suçun cezalandırabilirliğini ortadan kaldıran bir sebeptir²⁴⁷. Kanunda öngörülen sürenin soruşturma aşamasında dolması halinde kovuşturmaya yer olmadığına, yargılama aşamasında dolmasında ise davanın düşmesine karar verilir.

5237 sayılı TCK, mülga 765 sayılı TCK'ya göre zamanaşımı sürelerini daha uzun olarak düzenlemiştir. Şöyle ki; 765 sayılı TCK'nın 102. maddesinde ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis ve müebbet ağır hapis cezalarını müstelzim cürümlerde yirmi sene; yirmi seneden aşağı olmamak üzere muvakkat ağır hapis cezasını müstelzim cürümlerde on beş sene; beş seneden ziyade olmamak üzere ağır hapis veya hapis yahud sürgün veya hidematı âmmeden muvakkaten mahrumiyet cezalarını ve ağır para cezasını müstelzim cürümlerde beş sene; bir aydan ziyade hafif hapis veya otuz liradan ziyade hafif para cezasını müstelzim fiillerde iki sene olarak düzenlenmesine karşın 5237 sayılı TCK'nın 66. maddesinde bu süreler, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda otuz yıl; müebbet hapis

²⁴⁵ SANCAR, a.g.m.: 163.

²⁴⁶ SANCAR, a.e.: 164.

²⁴⁷ ÖZGENÇ, a.g.e.: 733.

cezasını gerektiren suçlarda yirmibeş yıl, yirmi yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıl, beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda onbeş yıl,beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl olarak düzenlenmiştir. Bu sürelerin belirlenmesinde suçun kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı göz önünde bulundurulur.

765 sayılı TCK'da işkence suçunun düzenlendiği 243. maddede suçun cezasının üst sınırı sekiz yıl olarak düzenlenmesine rağmen 5237 sayılı TCK' nın 94. maddesinde suçun basit halinin cezasının üst sınırı oniki yıl olarak düzenlenmiş olması dava zamanaşımı uzatan bir düzenlemedir. Bu haliyle suçun basit şeklinin zamanaşımı süresi 765 sayılı TCK'ya göre on yıl iken 5237 sayılı TCK'ya göre onbeş yıldır.

Soruşturma ve kovuşturma aşamasında yaşanan ispat güçlükleri, ilgili kurum ve organların işkence iddialarını takip etme konusundaki isteksizlikleri, mahkemelerin kolluk ve diğer birimlerle yaptığı uzun yazışmalar, kovuşturma aşamasında duruşmalar arasındaki sürelerin çok uzun olması, muhakemelerin nakledilmesi olaylarının sıklığı karşısında pek çok işkence ya da kötü muamele olayı dava zamanaşımına uğrayabilmektedir²⁴⁸. Zamanaşımı sürelerinin uzatılmasına ilişkin düzenlemeler, işkence suçundan yargılanan kamu görevlilerinin davanın zamanaşımından dolayı düşmesi nedeniyle cezasız kalmasını önlemeye yönelik düzenlemelerdir.

Dava zamanaşımı süresinin geçmesi ile hakkında işkence suçundan soruşturma veya kovuşturma yapılan kamu görevlisi hakkındaki dava düşeceğinden bu kamu görevlisine idarenin ödediği tazminattan dolayı rücu etmesi mümkün olmayacaktır. Çünkü kamu görevlisinin işkence fiillerini gerçekleştirdiği sabit değildir.

5237 sayılı TCK'nın "İnsanlığa Karşı Suçlar" başlıklı 77. maddesinin 1 fıkrası şu şekildedir:

²⁴⁸ SANCAR, a.g.m.: 166.

“Aşağıdaki fiillerin, siyasal, felsefî, ırkî veya dinî saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plân doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi, insanlığa karşı suç oluşturur:

- a) Kasten öldürme,
- b) Kasten yaralama,
- c) İşkence, eziyet veya köleleştirme,
- d) Kişi hürriyetinden yoksun kılma,
- e) Bilimsel deneylere tâbi kılma,
- f) Cinsel saldırıda bulunma, çocukların cinsel istismarı,
- g) Zorla hamile bırakma,
- h) Zorla fuhşa sevk etme.”

Aynı maddenin 4. fıkrasında ise “ bu suçlardan dolayı zamanaşımı işlemez” hükmü düzenlenmiştir. Bayındır, işkence suçu bakımından “insanlığa karşı suçlar” kapsamında kaldığından bahisle zamanaşımın işlemeyeceğini savunmaktadır²⁴⁹. Ancak kanunun bu haliyle bu fikir isabetli görünmemektedir. Çünkü birinci fıkrada sayılan suçların siyasal, felsefî, ırkî veya dinî saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plân doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi halinde insanlığa karşı suç oluşturacağı belirtilmektedir. Aksi görüş ise kasten öldürme, kasten yaralama, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, cinsel saldırı ve çocuklarının cinsel istismarı, zorla fuhşa teşvik gibi suçlar hakkında da zamanaşımının işlemeyeceğini kabul etmek gerektirir ki bu durumda bu suçları işleyen kişinin ömrünün sonuna kadar yargılanma tehdidi altında kalması demektir.

AİHM işkence suçuna ilişkin davalarda zamanaşımından dolayı ceza davasının düşürülmesini “Mahkeme daha önce de bir devlet görevlisinin, kötü muamele içeren suçlarla itham edildiği hallerde, cezai takibatın ve cezalandırmanın zamanaşımına uğramamasının ve genel af veya af çıkarma gibi tedbirlere müsaade edilmemesinin büyük önem taşıdığı sonucuna varmıştır” şeklinde eleştirmekte, davanın düşürülmesi ve sanıkların cezasız kalması halinde devleti sorumlu tutmaktadır. Mahkemeye göre bu durum taraf devletin işkence ve kötü muamelelerle mücadele ve faillerinin cezalandırılması konusunda AİHS ile üstlenmiş olduğu

²⁴⁹ BAYINDIR, a.g.m.: 473.

yükümlülüklerin yerine getirilmesindeki standartları karşılamamaktadır. Böyle bir durumda hukuk sisteminin, işkence ve kötü muamele fiillerinin etkili bir şekilde önlenmesini sağlayabilecek yeterli bir caydırıcı etkisinin olmadığı ve başvuru maruz kaldığı kötü muameleyle karşılık yeterli telafi imkânı sunmadığı görülmektedir. Dolayısıyla bu düzenleme ve uygulamanın işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin ihlallerin önlenmesinde yetersiz kaldığı söylenebilir²⁵⁰.

Bu başlık altında incelediğimiz sorunlar nedeniyle idarenin işkence veya kötü muamele fiillerinden dolayı ödediği tazminatı tahsil etmek amacıyla rücu edeceği kamu görevlisinin belirlenmesi kolay olmayacaktır²⁵¹. İşkence ve kötü muamele

²⁵⁰ ANAYURT, a.g.m.: 277-278.

²⁵¹ “Rücu edilecek kamu görevlilerinin belirlenmesindeki zorluğu göstermek amacıyla Emniyet Genel Müdürlüğü Hukuk Müşavirliği’nin görüş isteme yazısı ile İçişleri Bakanlığı Hukuk Müşavirliği’nin yanıtını içeren yazışma aşağıdaki gibidir.

GÖRÜŞ İSTENİLEN KONU:..... vd., 12 Mart 1995 tarihinde İstanbul ili Gaziosmanpaşa ve Ümraniye ilçelerinde meydana gelen olaylarda yaşamını yitiren 17 kişinin yakınları olduğu, yakınlarının ölümünden görevlilerin sorumlu olduğu ve olaylarla ilgili yeterli soruşturma yapılmadığı iddiasıyla, 7 Şubat 1997 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunmuşlar, AİHM de söz konusu başvuruyu, 26.07.2005 tarihinde, AİHS’nin 2. (yaşam hakkı) ve 13. (etkili başvuru hakkı) maddeleri bakımından ihlal kararı ile sonuçlandırılmıştır. AİHM tarafından verilen ihlal kararı nedeniyle söz konusu şahıslara ödenen meblağın rücuunu gerektirir bir durumun bulunup bulunmadığı konusunda Bakanlık Hukuk Müşavirliği görüşü istenilmektedir.

İLGİLİ BİRİMİN GÖRÜŞÜ: Emniyet Genel Müdürlüğü konuyla ilgili olarak;

1-AİMH’nin, AİHS’nin 2 nci maddesinin hem esas hem usul yönünden, hem de 13. (etkili başvuru hakkı) maddesinin ihlal edildiği anlaşılmaktadır. Söz konusu ihlal kararı incelendiğinde; “a-Polise, ateşli silahları nasıl ve hangi şartlar altında kullanabileceğine dair açık ve net talimatlar verilmelidir. Dava dosyasından, her iki olayda da görevli memurlara çok geniş hareket serbestisi tanındığı ve polis memurlarının panik ve baskı altında, kendilerine uygun eğitim ve talimat verilmiş olsa muhtemelen alamayacakları inisiyatifleri aldıkları anlaşılmaktadır. (paragraf 109,110) b-Kalabalığı dağıtmak için göz yaşartıcı bomba, plastik kurşun, basınçlı su gibi gerekli ekipmanı sağlama, görevi her iki ilçedeki gergin durumdan haberdar olan Güvenlik Kuvvetleri’nin sorumluluğundadır. AİMH’nin kanaatine bu ekipmanın yokluğu kabul edilemez. Dolayısıyla, göstericileri dağıtmak için kullanılan ve 17 kişinin ölümüne neden olan kuvvet, AİHS’nin 2 nci maddesi anlamı dahilinde kesinlikle gerekli olandan fazladır. (paragraf. 111,112)c-Yargılamanın sonunda iki polis memurunun dört kişiyi öldürmekten suçlu bulunmasına karşın, yerel mahkemeler, yargılamanın hiçbir aşamasında makamların operasyonunun yürütülmesindeki kusurlara ilişkin genel sorumluluğunu ve göstericileri dağıtmak için orantılı bir kuvvet kullanmadaki yetersizliklerini incelememiştir. (paragraf 120) d-Soruşturmaya ilişkin olarak, AİHM, polis tarafından orantısız ölümcül kuvvet kullanıldığı yolundaki böylesine ciddi bir iddia karşısında, Cumhuriyet Savcısının daha fazla inisiyatif almasının gerektiği kanısındadır. AİHM, yerel makamların, başvuranların akrabalarının ölümleri hakkında hızlı ve yeterli soruşturma yapılmaması nedeniyle, AİHS’nin 2 nci maddesinin usulü yönünden ihlal edildiğine karar verir. (paragraf 122,125)” denilmektedir. AİHM’nin ihlal kararı, sadece iki görevlinin ölümcül kuvvet kullanımından değil, yukarıda bahsi geçen tüm nedenleri kapsamaktadır. Bu bağlamda, anılan davada iç hukuk sistemimizde kastın aşılması suretiyle ve faili belli olmayacak şekilde adam öldürmek suçundan yargılanan ve hüküm giyen iki polis memurunun, Devletimizce ödenen tazminattan sorumlu tutulmasının hem hukuka hem de hakkaniyete uygun olmadığı değerlendirilmektedir. Zira, AİHM kararı, bahsedildiği gibi sadece kusurlu davranan polis memurlarının eylemine dayandırılmıştır.

2-Devlet veya kamu idaresinin, tazminatı ödedikten sonra, zarara, kusurlu ve hukuka aykırı (haksız) işlem veya eylemiyle sebep olan memur ve kamu görevlisine (resmi görevliye) rücu hakkı, Borçlar

fiilleri nedeniyle idarenin gerek AİHM gerekse idare mahkemelerinde tazminata mahkûm olduğu her durumda kamu görevlilerinin eylemi bulunmayabilir. Örneğin cezaevi şartlarının insan onuru bağdaşmadığından verilen mahkûmiyet kararında kamu görevlisine yükletilebilecek hizmet kusuru bulunmamaktadır.

İşkence ve kötü muamele kamu görevlisi için görev kusuru olmakla birlikte idare açısından hizmet kusuru teşkil etmektedir. İdarenin ajanı konumunda bulunan kamu görevlisinin kamu gücü, yetkisi ve ayrıcalıklarını kullanarak vatandaşa karşı gerçekleştirdiği işkence ve kötü muamele fiilleri kamu otoritesini sarsacağı gibi kamu vicdanını da yaralayacaktır.

Demokratik, insan haklarına saygılı ve hukukun üstünlüğüne inanılan ülkelerde idarenin sistematik olarak işkence ve kötü muamele uygulayacağı düşünülemeyeceğinden bu tür uygulamalar idarenin iç işleyişi açısından bir disiplinsizliği, başıboşluğu, keyfi uygulamaları ve denetim eksikliğini akla getirmektedir. Ayrıca bir kamu görevlisinin, kamu hizmetinin yürütülmesi için tahsis edilmiş idari mekanizmaları kanuna ve görevinin gereklerine aykırı olarak işkence ve kötü muamele için kullanması da kabul edilemez.

İdarenin işkence ve kötü muamele uygulanmasından dolayı ödemiş olduğu tazminatı kamu görevlisinden tahsil etmek amacıyla rücu yükümlüğünün bulunması kamu hizmetlerinin yürütülmesi için vergi ödeyen bireylerin ödediği vergilerin kamu görevlisinin keyfi ve kanuna aykırı davranması nedeniyle tazminat ödenmesinde kullanılması, kamu kaynaklarının eksilmesine ve hizmetin yürütülmesinde aksaklığa

Kanununun 55 nci ve 41 nci maddelerinde düzenlenen genel hükümlerinden farklı olarak Anayasamızın 40/2 ve 129/5 nci maddelerinde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13 ncü maddelerinde düzenlendiği ve karara konu olan olay gerçekleştiği sırada sanıkların devlet memuru olduğu mütalaa edildiğinden, söz konusu şahıslar hakkında Borçlar Kanununun 55 ve 41 nci maddelerinin uygulanamayacağı,

3-Devletimizin tazminat ödedikten sonra açacağı "Rücu davası" niteliği itibariyle "Hukuk davası" dir. Borçlar Kanununun 60 ncı maddesine göre ise, bu tür davaların açılması zamanaşımı süresine tabidir. Söz konusu olayın gerçekleştiği tarih gözönüne alındığında, (yaklaşık11 yıl) konunun zamanaşımı açısından da incelenmesi gerektiği"ni belirtmektedir.

HUKUK MÜŞAVİRLİĞİNİN GÖRÜŞÜ: Söz konusu olayların başlangıcından sonuna kadar tüm aşamalarında, gerek olayların önlenmesinde görevlendirilen personelin sayısı, yetki ve görev sınırı, kullanılacak teçhizatın niteliği, miktarı ve nasıl kullanılması gerektiğinin belirlenmesi, gerekse verilen yetki ve görev sınırını aşan, kusurlu davranan personel olup olmadığı ve bunların tespitinin yapılıp yapılmadığı ve olayın zamanaşımı kapsamına girip girmediği gibi tüm hususların bilgi-belge ve dosyasına sahip olan ilgili kuruluşun emniyet Genel Müdürlüğü olması nedeniyle, ödenen tazminatın rücuunun gerekip gerekmediği hususunu da takdir etmesinin uygun olacağı düşünülmektedir. (<http://hukukgorus.icisleri.gov.tr/bilgibankasi.aspx>) E.T.:11.02.2009", Akt.: BAYINDIR, **a.g.m.**: 462.

yol açacaktır. Bu nedenle işkence ve kötü muamele fiillerini gerçekleştiren kamu görevlisine mutlaka idare tarafından rücu edilmelidir.

SONUÇ

Hukuki bir terim olarak “işkence” kavramının doktrinde, yargı kararlarında, uluslararası ve ulusal metinlerde genel kabul görmüş, üzerinde uzlaşılan bir tanımı bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu metinlerden esinlenerek işkence şu şekilde tanımlanabilir:

İşkence, kamu görevlisi veya onun rızası, teşviki veya gözetimi altında hareket eden bir kişi tarafından herhangi bir kimseye her ne amaçla olursa olsun sistematik ve süreklilik arz edecek şekilde insan onuruyla bağdaşmayan, aşağılayıcı, küçük düşürücü bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine yol açacak davranışta bulunulmasıdır.

Uluslararası belgeler arasında işkencenin tanımı yapan BM belgeleri olduğu gibi AIHS ve AIÖS gibi işkencenin tanımını yapmamakla beraber bu konuda etkin koruma mekanizmalarını düzenleyen sözleşmeler de mevcuttur. Gerçekten AIHS tarafından öngörülen AIHM, işkence ile mücadele konusunda çok etkin bir tutum izlemektedir. Mahkeme, Sözleşmenin 3. maddesinde “Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz” şeklinde belirtilen işkence yasağını, kişinin beden bütünlüğünü ve haysiyetini mutlak surette koruyan ve Avrupa Konseyini oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden biri olarak kabul etmektedir. Mahkeme, işkencenin tanımını yapmaktan kaçınmakta ve zamanla işkence ile ilgili içtihadının değişebileceğini, eskiden işkence sayılmayan fiillerin; yapılan muamelenin süresi, mağdur üzerindeki fiziksel ve psikolojik etkileri, mağdurun yaşı, cinsiyeti ve sağlık durumu göz önüne alınarak daha sonra işkence olarak nitelendirilebileceğini belirtmektedir.

Küreselleşme sürecinin önde gelen taşıyıcılarından ve insani etkileşim biçimlerinden biri olan hukuk, küreselleşmeden en fazla etkilenen alanlardan birisidir. Bu bağlamda “hukukun evrensel değerleri” veya “ortak değerler” adı verilen normların farklı toplumlar tarafından benimsenmesi küreselleşmenin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun sonucu olarak ulusal otoriteler uluslararası kuruluş ve mekanizmalara daha bağımlı hale gelmekte ve dünya devletleri ortak norm ve standartlara doğru yönelmektedirler²⁵². Bu bağlamda 1982

²⁵² SAĞLAM, a.g.m.: 120-121.

Anayasa'sının Başlangıç kısmında belirtildiği üzere dünya devletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olan Türkiye Cumhuriyeti, BM, AĞİT ve Avrupa Konseyi gibi birçok uluslararası kuruluşa üye ve birçok uluslararası antlaşmaya taraftır.

İlke olarak uluslararası antlaşmalar, Anayasanın 90. maddesi uyarınca usulüne uygun olarak yürürlüğüne konulduklarında kanun hükmündedir. İç hukukta doğrudan uygulanabilmektedir. Bununla beraber temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı yine Anayasada açıkça belirtilmektedir. Uluslararası antlaşmalar ile düzenlenen hususların ulusal merciler tarafından antlaşmaya aykırı olarak düzenlenmesi durumunda; idare ve yargı organları uluslararası antlaşmayı uygulayacaktır. Bu düzenleme açık bir şekilde küreselleşmenin Türk hukukuna etkisini göstermektedir.

Anayasanın 17. maddesinde “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan onuruyla bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz” hükmü ile işkence (görmeme hakkı) yasağı anayasal bir güvenceye kavuşturulmuştur. Yine Anayasanın 15. maddesinde savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabileceği belirtilmiştir. Bu maddede yer alan “milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler” ifadesi küreselleşmenin Türk Anayasasını “uluslararası insan hakları hukuku” bağlamında etkilemesidir²⁵³.

İşkencenin önlenmesi hususunda Türkiye'nin taraf olduğu en etkili sözleşme Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir. Sözleşme, birinci maddesinde sözleşmenin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerin Sözleşen Taraflar bakımından kendi yetki alanlarında bulunan herkes için tanınacağını belirtmektedir.

AİHM'in işkence teşkil eden fiilleri ve işkenceden dolayı devletin sorumluluğu hususunda AİHS'yi çok geniş yorumladığı söylenebilir. Bu şekilde

²⁵³ SAĞLAM, a.e.: 122.

Mahkeme, Sözleşmeyi yaşayan ve içtihatlar ile gelişen bir enstrüman olarak kabul etmektedir.

Mahkemenin işkence iddiaları karşısında devletlerin sorumluluklarına ilişkin ortaya koyduğu yükümlülüklerden ilki Sözleşmenin 3. maddesinin lafzından da açıkça anlaşıldığı üzere bireyin işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulmaması şeklinde ki negatif yükümlülüğü; ikincisi bireyin 3. maddede tanımlanan eylem ve davranışların mağduru olmasını önlemek amacıyla alınması gereken tedbirlere ilişkin pozitif yükümlülük ve üçüncüsü ise işkence veya kötü muamele gerçekleşmiş ise bunu etkili bir şekilde soruşturma ve kovuşturma yükümlülüğüdür.

Bu sorumlulukların yanında devletin, meydana gelen işkence ve kötü muamele eylemleri nedeniyle hakları ihlal edilen bireye karşı bir de bu muamelenin etkisini ortadan kaldırmak; maddi ve manevi zararlarını gidermek; işkence sonucunda meydana gelmesi muhtemel psikolojik rahatsızlıkları ortadan kaldırmak için rehabilitasyon imkanı sağlamak gibi mali sorumluluğu bulunmaktadır.

AİHM'de Sözleşme ile koruma altına alınan hakları ihlal eden devletler yargılanmakta ve yargılama sonucunda devlet, hakları ihlal edilen tarafa adil bir karşılık ödemeye mahkûm edilmektedir. Meydana gelen işkence ve kötü muamele eylemleri nedeniyle devletin, AİHM'de mahkûm olması idare açısından hizmet kusuru teşkil etmektedir.

Doktrin ve Danıştay kararlarında hizmet kusuru, idarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk ile ilgili personeli üzerindeki gözetim ve denetim görevini gereği gibi yerine getirmemesi şeklinde tanımlanmaktadır.

Kamu görevlilerinin yürüttükleri hizmetle ilgili olmayan tutum ve davranışları başka bir deyişle hizmetten ayrılabilir nitelikteki davranışları kişisel kusur olarak kabul edilmektedir.

İdarenin yürüttüğü hizmet sırasında ortaya çıkan kişisel kusur ile hizmet kusuru arasında, başka bir ifadeyle bu kusurlar nedeniyle kamu görevlisinin sorumluluğu ile idarenin sorumluluğu ayrımı gerek pozitif düzenlemeler gerekse mahkeme içtihatları doğrultusunda önemi kalmayan bir ayrımdır. Kişisel kusurun varlığı halinde dahi öncelikli sorumlu olanın idare olduğu kabul edilmektedir.

Bu konuda Anayasa'sının 125. maddesinin son fıkrasında "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür" hükmü düzenlenmiş ve Anayasanın 40. maddesinin son fıkrasında "Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir" denilmek suretiyle idarenin sorumluluğu kabul edilmiştir. Kamu görevlisine göre ödeme gücü fazla olan idarenin, idari işlem ve eylemler nedeniyle hakları ihlal edilen kişilere karşı birinci dereceden sorumlu olması hakkaniyet ve adalet gereğidir. DMK'nın 13. maddesi bu konuda açık bir düzenleme içermektedir: "Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar."

Hizmet kusuru ile kişisel kusurun iç içe geçtiği durumları açıklamak için yargı içtihatları ile görev kusuru kavramı geliştirilmiştir. Görev kusuru, kamu görevlilerinin idari bir tasarruf yaparken, mevzuatın, üstlendiği ödevin ve yürüttüğü hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı olarak, kendisine izafe edilebilecek boyutta ve biçimde, ancak gene de resmi yetki, görev ve olanaklardan yararlanarak, onları kullanarak hareket ettiği, bu nedenle de idaresinden tamamen ayrılmasını önleyen ve engelleyen kusurdur.

İşkence ve kötü muamele fiilleri, görev kusuru şeklinde ortaya çıkan kişisel kusurlardır. İşkence ve kötü muameleye maruz kalan kişiler, idareden uğramış oldukları haksızlığın giderilmesi ve zararların tazminini isteyebilecektir. Kişiler bu zararlarının tazmini için İYUK'un 13. maddesi uyarınca tam yargı davası ile idari yargı yoluna başvurabilirler. Ancak Anayasa'nın 40. ve 129. maddeleri ile DMK'nın 13. maddesinde belirtildiği üzere kamu görevlisinin idari eylem ve işlemler nedeniyle verdiği zararlardan dolayı açılacak davalar sadece idare aleyhine açılacaktır. İdare bu davalardan dolayı ödemek zorunda kaldığı tazminatı yine Anayasa ve DMK uyarınca tahsil etmek amacıyla kamu görevlisine rücu edecektir.

Danıştay'ın süreklilik kazanan içtihatlarına göre idarenin kamu görevlisine rücu konusundaki yetkisi takdiri bir yetki değil bağlı yetkidir. Anayasa ve kanunlar uyarınca bu yetkinin kullanılması zorunludur. Çünkü Anayasanın 129. maddesinde bu şekilde açılacak tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir denilmektedir. Danıştay bu tür davalarda kararın bir örneğinin rücu edilmesi için

Maliye Bakanlığına tebliğine karar vermektedir. Ayrıca Danıştay, kişilerin rücu mekanizmasını işletmeyen idareyi bu yetkisini kullanması hususunda zorlamak amacıyla idari yargıda dava açabileceklerini kabul etmektedir.

Kamu görevlisinin kamu gücü, yetkisi ve ayrıcalıklarını kullanarak vatandaşa karşı gerçekleştirdiği işkence ve kötü muamele fiilleri kamu otoritesini sarsacağı gibi kamu vicdanını da yaralayacaktır. İdarenin işkence ve kötü muamele uygulanmasından dolayı ödemiş olduğu tazminatı kamu görevlisinden tahsil etmek amacıyla rücu yükümlüğünün bulunması kamu hizmetlerinin yürütülmesi için vergi ödeyen bireylerin ödediği vergilerin kamu görevlisinin keyfi ve kanuna aykırı davranması nedeniyle tazminat ödenmesinde kullanılması kamu kaynaklarının eksilmesine ve hizmetin yürütülmesinde aksaklığa yol açacaktır. Bu nedenle işkence ve kötü muamele fiillerini gerçekleştiren kamu görevlisine mutlaka idare tarafından rücu edilmelidir.

Rücu davasının açılması gereken yargı kolunun idari yargı ve uygulanacak hükümlerin de idare hukuku hükümleri olması, idare mahkemelerinin hizmet kusuru ve kişisel kusur alanında uzmanlaştığını savunan görüşler olmasına rağmen rücu davası genel hükümler çerçevesinde özel hukuk hükümlerine göre adli yargıda görülmektedir. Gerek Yargıtay ve Danıştay gerekse Uyuşmazlık Mahkemesi içtihatları doğrultusunda idarenin kamu görevlisine rücuunda görevli yargı kolu adli yargı mahkemeleridir.

Belirtmek gerekir ki rücu edilecek kamu görevlisinin belirlenmesi kolay olmayacaktır. Çünkü devleti meydana gelen işkence ve kötü muamele fiillerinden dolayı yargılayan AİHM ve Danıştay somut olayda idarenin sorumluluğunu doğuran fiillerin bulunup bulunmadığını saptamakta; var ise idareyi tazminata mahkûm etmektedir. Yapılan yargılamalarda olayın faileri araştırılmamaktadır.

İşkence ve kötü muamele fiilleri aynı zamanda suç teşkil ettiğinden öncelikle bu fiilleri gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında ceza davası açılıp açılmadığına bakılacaktır. Ceza yargılaması sonucunda kamu görevlisi işkence suçundan dolayı mahkûm olursa rücu konusunda herhangi bir sorun olmayacaktır. İdare işkence fiilini gerçekleştiren kamu görevlisine bu fiillerinden dolayı ödemek zorunda kaldığı tazminatı tahsil amacıyla rücu edebilecektir. Ancak kamu görevlisi hakkında savcılıkça kovuşturma yapılmasına yer olmadığına veya mahkemece beraat ya da

düşme kararı verilmesi durumunda rücu edilecek kamu görevlisinin belirlenmesi mümkün olamayacaktır. Çünkü mağdurun maruz kaldığı işkence fiillerinin ilgili kamu görevlisi tarafından yapıldığı sabit değildir. Bu durumda idare rücuyu gerçekleştireceği kamu görevlisini tespit edemeyecektir.

Sonuç olarak insanın maddi ve manevi varlığına yapılan en ağır saldırılardan biri olan işkence ile mücadele insan haklarına saygılı demokratik bir hukuk devletinin asli görevlerindedir.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ, Bahtiyar (2006), “İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara: Yetkin Yayınları.

ALTAY, Evren (1999), **İdarenin İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Sorumluluğu**, Yüksek Lisans Tezi, AÜHF. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

ANAYURT, Ömer (2009), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Ed.: İlyas DOĞAN, Akara: Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı.

ATAY, E. E., ODABAŞI H. (2010), **İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

BAŞLAR, Kemal (2004), “Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni:Prof. Dr. Sevim Toluner’e Armağan**, 24/1-2, Ankara, <http://www.anayasa.gen.tr>

BAYINDIR, Savaş (2009), “İşkenceden Doğan Mali Sorumluluk ve Türk Hukukundaki Sorunlar”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Ed.: İlyas DOĞAN, Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı.

BIÇAK, Vahit (2000), “Uluslararası İnsan Hakları Normlarının Yorum Organı Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kararlarının Türk Hukukunun Gelişimine Katkısı”, <http://www.bilkent.edu.tr>

BİÇEN, Gürkan (2001), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İşkencenin Önlenmesi”, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli

BİLİR, Faruk (2006), “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Yapısı ve 14 Nolu Protokol”, **AÜHFD**, C.55., Sy. 1: 135-156., <http://auhf.ankara.edu.tr>

- DEMİRBAŞ**, Timur (1992), **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Ankara: DEÜHF Yayınları No:23.
- DOĞAN**, İ., **AKIL**, A., **ÇAMUROĞLU** G. (2009), “Uluslararası Hukukun Değişim Süreci ve İstanbul Protokolünün Uygulamadaki Anlamı”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Ed: İlyas DOĞAN, Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı.
- DOĞAN**, İ., **KAYA** M. (2010), **İstanbul Protokolü ve İşkencenin Önlenmesi**, Ankara: Adalet Yayınevi.
- DOĞRU**, Osman (1998), **İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı (Mevzuat)**, İstanbul: Beta Yayınları.
- DOĞRU**, Osman (2006), **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı (İşkence Yasağı)**, Ankara: Legal Yayıncılık.
- DOĞRU**, Osman (2008), **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları (İHAMİ)**, C. 4, Ankara: Legal Yayıncılık.
- DURAN**, Lütfi (1974), **Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu**, Ankara: Sevinç Matbaası.
- EREN**, Abdurrahman (2007), **Türkiyede İnsan Haklarının Korunması, Uluslararası Koruma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü**, Ankara: Turhan Kitabevi.
- GEMALMAZ**, Mehmet S. (1990), **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda İşkencenin Önlenmesi**, İstanbul: Amaç Yayınları.
- GÖLCÜKLÜ**, A. F., **GÖZÜBÜYÜK**, A. Ş. (2004), **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Ankara: Turhan Kitabevi.
- GÖZLER**, Kemal (2000), **Türk Anayasa Hukuku (Anayasa)**, Bursa: Ekin Kitapevi Yayınları.

- GÖZLER**, Kemal (2009), **İdare Hukuku Dersleri**, Bursa: Ekin Kitapevi Yayınları.
- HAKERİ**, Hakan (2009), “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Ed.:İlyas DOĞAN, Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı.
- KABOĞLU**, İbrahim Ö. (2007), **Anayasa Yargısı Avrupa Modeli ve Türkiye**, Ankara: İmge Kitabevi.
- KANADOĞLU**, O. Korkut (2004), **Anayasa Mahkemesi**, İstanbul: Beta.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M. (2002), **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Turhan Kitabevi.
- NUHOĞLU**, Ayşe (1999), “İşkence Yasağı ve İşkence Suçu”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, **İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayın No:8**, İstanbul.
- OĞUZMAN**, M. K., ÖZ, M. T. (1995), **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- OZANSOY**, Cüneyt (1989), **Tarihsel ve Kurumsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu**, Doktora Tezi, AÜHF. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- ÖNOK**, R. Murat (2006), **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ÖZGENÇ**, İzzet (2006), **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı.
- REIDY**, Aisling (2002), **İşkencenin Yasaklanması**, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları Serisi No: 6, Strasbourg, <http://www.yargitay.gov.tr>

- REİSOĞLU**, Sefa (2000), **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gün. 14. bs., İstanbul: Beta.
- SCOTT**, Ryley G. (2001), **İşkencenin Tarihi**, Ankara: Dost Kitabevi.
- SAĞLAM**, Musa (2008), “Küreselleşme Sürecinin Anayasa Üzerine Etkileri” **Devletin Dönüşümü ve Yeni Dönem Kamu Yönetimi**, Ed: M. ÖZEL, V. EREN, Konya: Çizgi Kitabevi.
- SANCAR**, Türkan Y. (2002), “İşkence Yapan Kamu Personeline Rücu Sorunu”, **AÜSBFD**, C. 57, Sy: 4: 154-169., <http://dergiler.ankara.edu.tr>
- ŞAHİN**, Y., **BAL**, Y., **KARABULUT**, M. (2003), **Tazminat Davaları İle İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları**, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- TEZİÇ**, Erdoğan (1998), **Anayasa Hukuku**, 5. bs., İstanbul: Beta.
- TURGUT**, Tuğba (2011), “İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu”, **Adalet Dergisi**, Sy. 39: 185-203.
- ÜZÜLMEZ**, İlhan (2003), **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Ankara: Turhan Kitabevi.
- YAŞAR**, O., **GÖKCAN**, H. T., **ARTUÇ**, M. (2010), **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C. 3, Ankara: Adalet Yayınevi.
- YILMAZ**, Ejder (2001), **Hukuk Sözlüğü**, 6. bs., Ankara: Yetkin Yayınları.

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://www.yargitay.gov.tr>

<http://www.ucmk.org.tr>

<http://www.adlitabiplik.saglik.gov.tr>

<http://www.tbmm.gov.tr>

<http://tez2.yok.gov.tr>

<http://tr.wikipedia.org>

<http://emsal.yargitay.gov.tr>

<http://hukukgorus.icisleri.gov.tr>

<http://www.danistay.gov.tr>

<http://www.echr.coe.int>

<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr>

<http://www.anayasa.gen.tr>

<http://tdkterim.gov.tr>

<http://www.aihm.info>

<http://auhf.ankara.edu.tr>

<http://dergiler.ankara.edu.tr>

<http://www.bilkent.edu.tr>

<http://www.mevzuat.adalet.gov.tr>