

TÜRKİYE'NİN

CEZASIZLIK

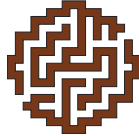
MEVZUATI

YRD. DOÇ. DR. ÖZNUR SEVDİREN

HAKİKAT ADALET HAFIZA MERKEZİ

HAFIZA  MERKEZİ

**TÜRKİYE'NİN
CEZASIZLIK MEVZUATI**



**TÜRKİYE'NİN
CEZASIZLIK MEVZUATI**

YRD. DOÇ. DR. ÖZNER SEVDİREN

HAKİKAT ADALET HAFİZA MERKEZİ
Tütün Deposu
Lüleci Hendek Caddesi 12
Tophane 34425 İstanbul/Türkiye
+90 212 243 32 27
info@hafiza-merkezi.org
www.hafiza-merkezi.org

YAYIMA HAZIRLAYANLAR
Emel Ataktürk Sevimli
Murat Çelikkan

SON OKUMA
Nazım Dikbaş

TASARIM
BEK

BASKI
Sena Ofset
Ofis: Litros Yolu 2. Matbaacılar Sitesi
E Blok 6. Kat 4NE 20 Zeytinburnu/İstanbul
T. +90 212 6133846
www.senaofset.com.tr

© HAKİKAT ADALET HAFİZA MERKEZİ, 2015



Hafıza Merkezi, bu raporun yayımlanmasına ve rapora esas teşkil eden araştırmaların yapılmasına maddi ve ayni katkılarından ötürü Açık Toplum Vakfı, Avrupa Birliği Türkiye Delegasyonu Demokrasi ve İnsan Hakları için Avrupa Aracı, Chrest Vakfı, Mott Vakfı ve Oak Vakfı'na teşekkür eder.



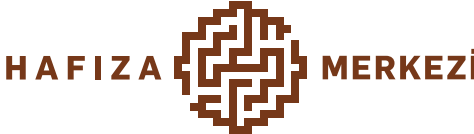
Bu yayın Avrupa Birliği'nin finansal desteği ile yayımlanmıştır. Yayının içeriğinin sorumluluğu tamamen Hafıza Merkezi'ne aittir ve hiçbir şekilde Avrupa Birliği'nin görüşlerini yansıtmaz.

TÜRKİYE'NİN CEZASIZLIK MEVZUATI

YRD. DOÇ. DR. ÖZNUR SEVDİREN

Yaşamını, kaybedilenlerin,
keyfi infazların,
katliamların faillerinin yargılanması ve
cezalandırılmasına adayan,
Türkiye'de cezasızlıkla mücadele denince
ilk akla gelen isimlerden olan dostumuz,
yol arkadaşımız, rehberimiz
TAHİR ELÇİ anısına....

HAKİKAT ADALET HAFIZA MERKEZİ



İÇİNDEKİLER

6 ÖNSÖZ

12 GİRİŞ: CEZASIZLIK: SINIRLAR VE SORUNLAR

18 CEZASIZLIK KAVRAMI VE YÖNTEM ÜZERİNE

22 ULUSLARARASI SUÇLAR VE CEZASIZLIK

İnsanlığa Karşı Suçlar
Savaş Suçları
Uluslararası Suçlarda Cezasızlık Meselesi

39 TÜRKİYE'DE ZORLA KAYBETME SUÇU: HUKUKSAL BİR BOŞLUK

Uluslararası Mevzuatta
Zorla Kaybetme Suçu
Türkiye'de Zorla Kaybetme Suçu
Zorla Kaybetme Suçunun Unsurları

52 YASADIŞI, KISA YOLDAN VE KEYFİ İNFAZLAR

Kavramsal Çerçeve
Türkiye'de Yargısız İnfazlar

58 YAŞAM HAKKI İLE İLGİLİ MEVZUAT VE CEZASIZLIK

Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri ve
1982 Anayasası
Anayasal İstisna Rejimleri

Olağan Dönem Güç Kullanma Mevzuatı

1. Terörle Mücadele Kanunu
2. Yaşam Hakkı İhlallerinde Güvenlik Güçleri Mevzuatı
- Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ve İlgili Mevzuat
- Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve İlgili Mevzuat
- Köy Kanunu'nda Geçici Köy Korucularının Zor ve Silah Kullanma Yetkisi
- Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu
- Türk Ceza Kanunu'nun Hukuka Uygunluk Sebepleri ve Kusurluluğu Kaldıran veya Etki Eden Haller ile İlgili Genel Düzenlemeleri
- Yaşam Hakkı ile İlgili Mevzuata İlişkin Ara Sonuçlar

86 İŞKENCE

Bir Cezasızlık Kaynağı Olarak İşkence Suçu Mevzuatı
Eski Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu ve Yorum Yoluyla Oluşan Cezasızlık
12 Eylül Darbesi 'Ara Rejimi' ve İnsanlığa Karşı Suç Olarak İşkence
İşkence İçin Cezasızlığa Dair 12 Eylül 'Metodolojisi'
12 Eylül Davası ve Soruşturmaları
1990'lar, OHAL ve İnsanlığa Karşı Suç Olarak İşkence
İşkence Suçlarında Cezasızlık [ve] Olağanüstü Hal Mevzuatı İlişkisi
İşkencenin Değişen Araç ve Yöntemleri ve Devam Eden Cezasızlık Sorunu
İşkencenin Cezasızlığı ve Yeni Ceza Kanunu, Yorumu ve Uygulaması
İşkence Suçunun Yorumunda Sınırlar ve Sorunlar: Karşılaştırmalı Bir Yaklaşım
İşkencenin Ağırlık veya Yoğunluk Eşiği
İşkencede Süreklilik ve Sistematiklik Zorunluluğu ve Yorumu
İşkenceye TCK md. 256 Parantezi

Kolluğun Toplumsal Gösterilere Hukuka Aykırı Müdahalesi
Kolluğun "Orantısız" Güç Kullanımı
Yeni TCK'daki İşkence Suçuna İlişkin Düzenlemeye Dair Ara Sonuçlar

137 TÜRKİYE'NİN CEZASIZLIK MEVZUATINA İLİŞKİN SONUÇ VE ÖNERİLER

1. Yaşam Hakkı ve Güvenlik Güçlerinin Faili Olduğu Kasten Öldürme Fiilleri Açısından
2. Yakın Geçmişte ve Bugün İşlenen Uluslararası Suçlara İlişkin Cezasızlık Mevzuatı Açısından
3. İşkence Yasağı Açısından

150 BİBLİYOGRAFYA

157 BİYOGRAFİ

ÖNSÖZ

Türkiye'de kolluk kuvvetlerinin insan hakları ihlallerine karışmakla sorumlu tutuldukları neredeyse her durumda devreye muazzam bir cezasızlık zırhı giriyor; deliller hızla örtbas ediliyor, sorumlular korunuyor, kollanıyor, ödüllendiriliyor.

Üstelik bu uygulama arızı de değil, süreklilik arz eden yaygın bir devlet pratiği, öyle ki iktidarlar değişse de yasama, yürütme ve yargı alanında bu konudaki yaklaşım birliği hiç değişmiyor.

Bu topraklarda 'Cezasızlık' siyasal muhaliflerden, kadınlara, insan hakları savunucularından, lgbti bireylere, basından gezi protestolarına kadar bir çok alana yönelik suçlarda tezahür eden son derece yaygın bir devlet pratiği.

Cezasızlık kavramı en sadeleştirilmiş tanımıyla bir ihlalin faillerinin suçlanmalarına, alıkonulmalarına, yargılanmalarına ve suçlu bulundukları takdirde uygun şekilde cezalandırılmalarına dair cezai, hukuki, idari veya fiili her türlü imkansızlık hali olarak tarif ediliyor.

Türkiye ne yakın dönemde Kürtlere yönelen Cizre'de, Lice'de, Silvan'da ve daha bir çok ilde yaşanan ağır insan hakları ihlallerinin, ne 90'lı yıllarda uygulanan sistematik ve yaygın şiddetin, ne de askeri darbe dönemlerinde gerçekleşen vahşi uygulamaların askeri, idari, siyasi sorumlularının yargı önünde hesap vermesini sağlayamadı.

Bu raporun yayına hazırlandığı 2015 yılının son aylarında geçmişte yaşanan kaçırma, zorla kaybetme, işkence ve keyfi infaz gibi ağır insan hakları ihlallerinde dahil oldukları gerekçesi ile yargılanan birçok üst düzey askeri komutan yeni bir siyasal konseptin ürünü olarak arka arkaya beraat ettirildi. Bu kişilerden biri olan Tuğgeneral Musa Çitil beraatinin ardından Diyarbakır Jandarma Bölge Komutanı olarak atandı.

Peki bu beraatler nasıl okunmalı ve bu tür atamalar nasıl izah edilmeli? TSK'de Diyarbakır Jandarma Bölge Komutanı olarak atanabilecek başka bir asker yok muydu?

Görünen o ki devlet içi uzlaşma ve cezasızlık zırhı yine devreye girdi, mağdurların adalet arayan yakarışları Mahkeme binalarının soğuk duvarlarına çarpıp bir kez daha umutsuzca parçalandı. Sanıklar mı? Onlar da bir kez daha devletin sıcak koruması altında...

Bu koruma, kollama nereye kadar sürecek? Toplumun böylesine acil ve büyük bir adalet beklentisi varken yaşananlar ne zamana kadar görmezden gelinecek?

Yakın ve uzak tarihte yaşanan her türden insan hakları ihlalleri ile yüzleşmek, cezasızlığı sonlandırmak ve sorumluların yargı önünde hesap vermesini sağlamak gerekiyor.

Suçların kimler tarafından, kimlerin aldığı kararlar kapsamında, nasıl işlendiğini bilmeye hepimizin hakkı var. 'Hakikati bilme hakkı' bu bakımdan sadece mağdur yakınlarını değil bu ülkede yaşayan herkesi, hepimizi ilgilendiren kolektif bir hak.

Cezasızlık problematiğinin bütün boyutlarıyla ele alınması, mevzuat sorunlarından yargısal aktörlerin algı ve donanım sorununa, soruşturmaların sürüncemede bırakılması yaklaşımından zamanaşımı duvarına kadar cezasızlık kalkanını oluşturan tüm sebeplerin birer birer ortadan kaldırılması gerekiyor.

Hafıza Merkezi bu rapor ile öncelikle cezasızlık sonucu doğuran yasal düzenlemeleri mercek altına almaya devam ediyor ama aynı zamanda uygulamaya ve bu konunun demokrasi ile ilişkisine dikkat çekmeyi de amaçlıyor.

Devletin hukuk normları içinde hareket etme zorunluluğunu ve sorumluluklarını bıkmadan usanmadan hatırlatmak gerekiyor.

Hafıza Merkezi olarak 2012 yılından bu yana Şırnak, Diyarbakır, Mardin, Batman, Hakkari, Bursa, İstanbul ve Ankara olmak üzere sekiz ilde ve bu illere bağlı birçok ilçede çeşitli ölçeklerde saha çalışmaları yaptık.

Hukuksal açıdan amaç zorla kaybedilen kişilere ait yargısal süreçlerin nasıl işletildiğini somut veriler üzerinden ortaya koymak ve devlet görevlilerinin yargılandığı bu tür davalarda yargının pratiğine ilişkin bir profil çıkarmaktı.

Topladığımız bilgi ve belgeleri devletin ulusal ve uluslararası hukuksal yükümlülüklerindeki kriterlere göre analiz ettik. Teoriyi, mevzuatı daima yargısal uygulama pratiği ışığında okumak gerekiyor. Bu ayrıntılı çalışmayı kamuoyuna sunarken bu nedenle Hafıza Merkezi'nin hukuk alanındaki araştırma ve analiz sonuçlarını kısaca paylaşmak istedik.

90'lı yıllarda tüm olağanüstü hal bölgesinde uygulanan devlet şiddetine yargının katkısını görünür kılmayı, bu katkının nasıl halen sürdüğünü göstermeyi ve bu araştırma sonuçları üzerinden mevzuat ve uygulama sorunlarının tartışılmasına katkıda bulunmayı hedefliyoruz.

90'lı yılların üstünden yirmi yıldan fazla zaman geçti. Barış ümidi tam ortaya çıkmışken tekrar kayboldu. Göreli çatışmasızlık koşulları altında mümkün olabilen saha çalışmaları şimdiki şartlar altında olsa yapılamazdı.

Adalet arayışı kolay bir arayış değil. Saha çalışmaları için bölgedeki illere yol alırken yüzlerce kilometre yol gittik. Hayalete dönmüş, yakılmış, yıkılmış, boşaltılmış halleriyle tüyler ürperten köyler, mahalleler gördük. Çatışmaların ortasında kalmamak için gece yarısı tehlikeli yolculuklar yaptık.

Bu raporun yayıma hazırlandığı tarih itibarıyla sorumluluğun tamamı Kürt tarafının çeşitli aktörlerine yüklenerek çözüm sürecinin buzdolabına alındığı ve dondurulduğu açıklandı. Oysa toplumsal çoğunluğun barış talebi yakıcı bir şekilde halen mevcut! Gerekli olan devletin bu toplumsal talebe yanıt vermesi yasama, yürütme ve yargı erklerinin bizatihi kendilerinin de bir arınma sürecinden geçerek bütünlüklü bir geçmişle yüzleşme başlatılması. Şiddet mağdurlarının, avukatların, sivil toplum temsilcilerinin yaşadıklarına, anlattıklarına, tanıklıklara kulak verilmesine, sorumluların yargı önünde hesap vermelerinin sağlanmasına, toplanan verilerden fıskıran hukuksuzluklara ve vahşetin yaralarını sarmaya yönelik bir onarım ve barış sürecine girilmesine ihtiyaç var.

Kısa Analiz Sonuçları;

Amaç: Somut veriler üstünden bir 'terörle mücadele' stratejisi olarak uygulanan zorla kaybetme politikasının, kime karşı, hangi kişi/kurumlar aracılığıyla, nasıl uyguladığını ve 'yargı'nın bu yoğun hak ihlalleri karşısında nasıl bir tutum takındığını saptamak.

Veriler: Raporun yazıldığı tarih itibarıyla 296 zorla kaybedilen kişi hakkındaki hukuki verilere ulaşıldı, bu veriler kayıp kişilerin yakınlarının olaya ilişkin anlatımları ile karşılaştırıldı, değerlendirildi.

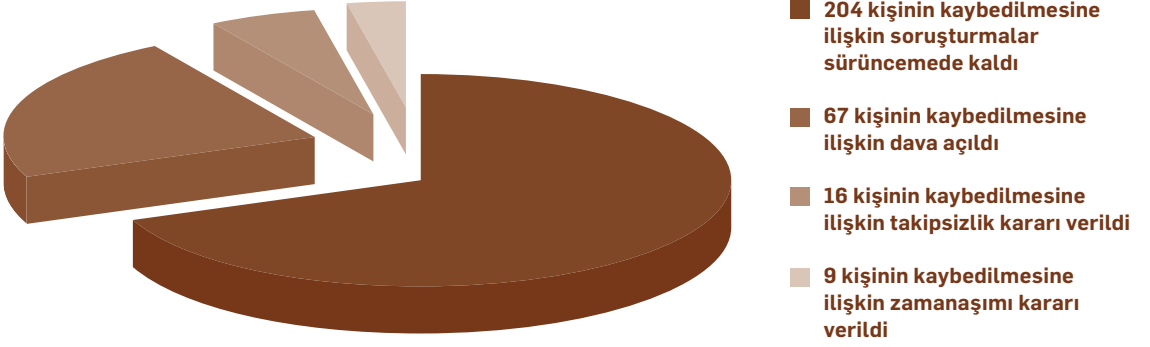
Failler: Sonuçlar yakınmaların JİTEM başta olmak üzere, MİT, Özel Kuvvetler Komutanlığı'na bağlı polisler, itirafçılar ve korucular olmak üzere beş grup devlet görevlisi ve/veya paramiliter güçle ilgili olduğunu gösterdi.

Süre: Suç tarihinden bugüne kadar geçen ortalama süre 19 yıl 9 ay.

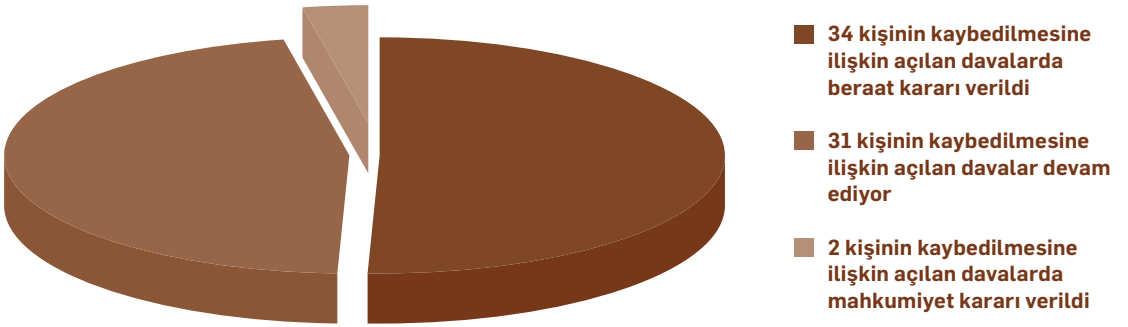
Sevk Maddeleri: Türkiye'de bu tür suçlara ilişkin hukuki süreçlerde suç tarihi esas alınarak 765. s. eski Türk Ceza Kanunu'nun 448-450 maddeleri uygulanıyor.

Zamanaşımı: Zamanaşımı süresinin 20 yıl olduğu kabul ediliyor. Bu yoruma göre 90'lı yıllarda işlenen suçlarla ilgili soruşturmaların büyük bir kısmı ya zamanaşımına uğradı ya da uğrama riskiyle karşı karşıya.

Merkez olarak bugüne kadar zorla kaybedilen 296 kişiye dair hukuki veriye ulaştık. Bu veriler üzerinden yaptığımız incelemelerde 204 kişinin kaybedilmesine dair soruşturmanın sürüncemede bırakıldığını, 9 kişiyle ilgili soruşturmanın zamanaşımı kararıyla sonlandırıldığını ve 16 kişiyle ilgili takipsizlik kararı sonucu dava açılmadığını gördük. 67 kişinin zorla kaybedilmesiyle ilgili ise dava açıldı.



67 kişinin zorla kaybedilmesi ile ilgili toplam 13 dava açıldı. Bu davalardan 34 kişinin zorla kaybedilmesini içeren 7 davada beraat kararı verildi. 31 zorla kaybedilen kişiyle ilgili açılan 4 dava hala devam ediyor. Yalnızca 2 kişiyle ilgili açılan 2 davada ise mahkûmiyet kararı verildi.

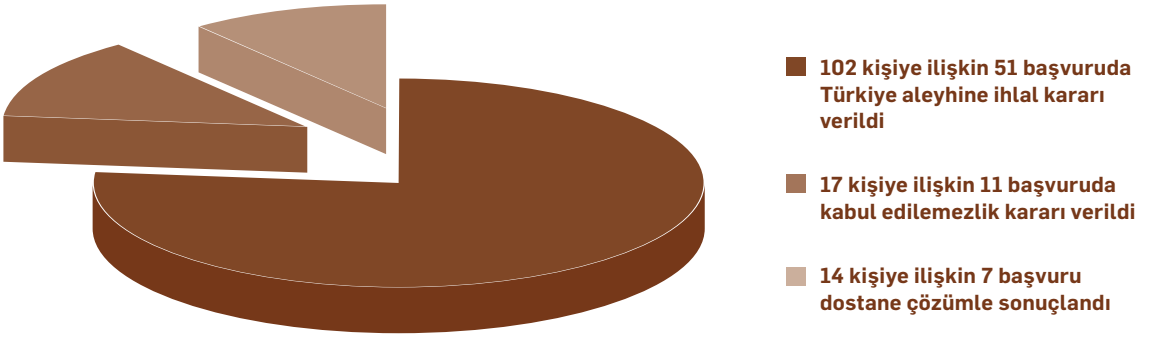


Hukuki verisi incelenen 296 zorla kaybedilen kişiden 131 kişiye dair Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne 69 başvuru yapıldı.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, iç hukuktaki seyrin tam tersi yönde, 102 kişiye ilişkin 51 başvuruda Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni ihlal ettiğine karar verdi. 14 kişiye ilişkin 7 başvuruda devlet tarafından dostane çözüm teklif edildi.

Böylece genel toplamda 131 zorla kaybedilen kişiden 116'sında, 69 başvurudan ise 58'inde Türkiye'nin sorumluluğunun saptandığı görüldü.

17 kişiye ilişkin 11 başvuru ise kabul edilemezlik kararı sonucu incelenmedi.



Sonuçlar 90'lı yıllardaki zorla kaybetme uygulamasının sivilleri hedef aldığı, sistematik ve yaygın olarak yürütüldüğünü, suçların 'insanlığa karşı suç' karakteri taşımasına rağmen yargısal makamların bu devlet pratiği karşısında etkili soruşturma yürütmediğini ve zamanaşımı kurallarının arkasına sığınıldığını gösterdi.

Araştırma Cezasızlık problematiğinin bütün boyutlarıyla ele alınması gerektiğini, mevzuat sorunlarından yargısal aktörlerin algı ve donanım sorununa, soruşturmanın sürüncemede bırakılması yaklaşımından zamanaşımı duvarına kadar cezasızlık kalkanına kadar tüm sebeplerin birer birer ortadan kaldırılması gerektiğini açıkça ortaya koydu.

Bu çok kıymetli çalışması için Yrd. Doç. Dr. Öznur Sevdiren'e teşekkür ederken bu yayının hukuk normlarının esas alındığı demokratik bir Türkiye'nin tesisine, cezasızlık zırhının delinmesine, hesap verilebilirliğin sağlanmasına katkıda bulunmasını diliyoruz.

Emel Ataktürk Sevimli

GİRİŞ

Cezasızlık:

Sınırlar ve Sorunlar

Ağır insan hakları ihlallerinin yaygın ve sistematik bir biçimde ancak devlet adına hareket eden kişi ve gruplar tarafından işlenebilmeleri dolayısıyla faillerinin cezadan başışık kalması, uluslararası hukuk metinlerinde artık daha tereddütsüz biçimde yer aldığı üzere bir 'devlet politikası'dır.¹ Geçiş süreçleri ile bu pratiklerle belli bir kopuş yaşanan dönemlerde dahi 'yeni' olma iddiasındaki siyasi iktidarlar kendilerine tevarüs eden bu miras ile Arjantin² gibi önemli örneklerin ayrıksı niteliği teslim edilirse, çoğunlukla³ hesaplaşmazlar⁴ veya hesaplaşmaları örneğin Almanya'da olduğu gibi ancak '68 hareketi gibi köklü dönüşümlerle⁵ ve daha çok siyasal ve toplumsal zeminde mümkün olabilir. Dolayısıyla, ağır insan hakları ihlallerinin faillerinin yargı önünde işledikleri suçlar

1 Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü md. 7/2, 'insanlığa karşı suçlar'ın uluslararası ceza hukuku açısından zorunlu maddi unsuru 'sivil bir nüfusa karşı gerçekleştirilmiş saldırı'yı, bir başka deyişle context/bağlam unsurunu tanımlarken, suç tanımında belirtilen fiillerin bir 'devlet (veya örgüt) politikası' dahilinde hareket edilmesini aramaktadır. Aynı şekilde, Suçların Unsurları (Elements of Crimes) belgesinde, insanlığa karşı suçlara ilişkin 7. madde açıklanırken yine 'devlet politikası' kavramı kullanılmıştır (md. 2, 3). İlgili belgelerin asıllarına Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne ait şu linkten erişilebilir: www.icc-cpi.int. Türkçe tercümelere de Türkiye için Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu sayfasından erişilebilir: www.ucmk.org.tr (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

2 Nino, S. Carlos, 'The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put into Context: The Case of Argentina', *Yale Law Journal*, c. 100, sy. 8, 1991, s. 2619-2640; Lessa, Francesca, 'Beyond Transitional Justice: Exploring Continuities in Human Rights Abuses in Argentina between 1976 and 2010', *Journal of Human Rights Practice*, c. 3, sy. 1, 2011, s. 25-48 ve *Memory and Transitional Justice in Argentina and Uruguay Against Impunity*, Palgrave Macmillan, New York, 2013. Ayrıca, bkz. Arditti, Rita, 'the Grandmothers of the Plaza De Mayo and the Struggle against Impunity in Argentina', *Meridians: Feminism, Race, Transnationalism*, c. 3, s. 1, 2002, s. 19-41.

3 Şili'de Augusto Pinochet hakkında Londra'daki yakalama kararının hemen ardından kararın ülkenin demokrasiye geçiş sürecini baltalayacağı ve nihai olarak ülkeyi istikrarsızlaştıracağı iddia edilmiştir. Human Rights Watch, *Selling Justice Short (Why Accountability Matters for Peace)*, New York, 2009, s. 115.

4 İspanya örneği için bkz. Tamarit Sumalla, Josep Maria 'Transition, Historical Memory and Criminal Justice in Spain', *Journal of International Criminal Justice*, no. 9, 2011, s. 729-752.

5 Cornils, Ingo, 'Successful Failure? The Impact of the German Student Movement on the Federal Republic of Germany', in Taberner, Stuart/Finlay, Frank (ed.), *Recasting German Identity: Culture, Politics and Literature in the Berlin Republic*, Berghan Books, Woodbridge, s. 123-140.

dolayısıyla hesap vermeleri ve cezalandırılmaları veya mahkum olduklarında işledikleri suçların ağırlığı nispetinde bir cezaya mahkum olmaları esasen istisnaidir. İnsan hakları örgütlerinin,⁶ insan hakları mahkemelerinin (örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) ve konuyla ilgili literatürün⁷ cezasızlık⁸ olarak tanımladığı bu

6 Uluslararası Af Örgütü'nün konuyla ilgili çok sayıda belgesi arasında bkz., örneğin, Amnesty International, Report 1996 Updated, AI INDEX: POL 10/05/96, 1996, Amnesty International Report 2014/15, 2015, <https://www.amnesty.org/en/documents/pol10/0001/2015/en/> (Son erişim tarihi: Ekim 2015). İnsan Hakları İzleme Örgütü'nün konuya dair çok sayıda yayını arasında, The State of the World's Human Rights, Human Rights Watch, *Systemic Injustice, Torture, 'Disappearance', and Extrajudicial Execution in Mexico*, HRW, New York, 1999 ve World Report 2015, https://www.hrw.org/sites/default/files/wr2015_web.pdf, 2015 (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

7 Penrose, Mary, Margaret, 'Impunity – Inertia, Inaction and Invalidity: A Literature Review', *Boston University International Law Journal*, c. 17, sy. 2, 1999, s. 269-310; McSherry, Patrice, J./Molina Mejia, Raul, 'Introduction to "Shadows of State Terrorism: Impunity in Latin America"', *Social Justice*, c. 26, sy. 4, 1999, s. 1-12; Molina Melja, Raul, 'the Struggle Against Impunity in Guatemala', *Social Justice*, c. 26, sy.4, 1999, s. 55-83; Giraldo, Javier, 'Corrupted Justice and the Schizophrenic State', *Social Justice*, c. 26, sy. 4, 1999, s. 31-54; Rojas Baeza, Paz, 'Impunity: An Impossible Reparation', *Nordic Journal of International Law*, c. 69, 2000, s. 27-34; Opatow, Susan, 'Reconciliation in Times of Impunity: Challenges for Social Justice Research', *Social Justice Research*, c. 14, s. 2, 2001, s. 149-170.

Bkz., örneğin, uluslararası suçlara ilişkin Akhavan, Payam, 'Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?', *American Journal of International Law*, c. 95, sy. 1, 2001, s. 7-31; Angermaier, Claudia, 'Ending Impunity Through International Judicial Institutions', *Criminal Law Forum*, c. 17, sy. 2, 2006, s. 229-233; Eser, Albin, 'Transnational Measures Against the Impunity of International Crimes', *Journal of International Criminal Justice*, c.10, 2012, s. 621-634. Ayrıca bkz., Eser, Albin, 'Rechtspolitische Reflexionen zur Aufarbeitung und Verhinderung von Systemunrecht' in Eser, Albin ve Arnold, J. *Transitionsstrafrecht und Vergangheitspolitik. Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht*, c. 14, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, s. 392-470.

8 Bkz. BM özel raportörü Nigel Rodley tarafından hazırlanan rapor, 'Report of the Special Rapporteur: Sir Nigel Rodley, submitted pursuant to Commission on Human Rights Resolution 1995/37, E/CN.4/1999/61/Add.1, 27 Ocak 1999, para. 69- 98. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/104/37/PDF/G9910437.pdf?OpenElement> (Son erişim tarihi: Ekim 2015). Nigel Rodley, işkence iddialarının coğrafi dağılımını, potansiyel mağdurları ve tanık ifadelerini göz önüne alarak rapora konu dönemde işkencenin hala yaygın biçimde devam ettiği görüşünde olduğunu belirtmiştir, para. 107.

Uluslararası suçlar ve cezasızlık problemi için bkz., Beigbeder, Yves, *International Justice against Impunity*, Martinus Nijhoff, Boston, 2005; Grover, Sonya, C., *The European Court of Human Rights as a Pathway to Impunity for International Crimes*, Springer, Berlin, 2010.

olgu, bu bakımdan evrensel bir insan hakları problematiğini imlemektedir. Nitekim, cezasızlık olgusu ile mücadele edilmesi, insan hakları hukukunun temel gündemlerinden biri haline gelmiş,⁹ insan hakları mahkemeleri kararlarında bu olguya çeşitli veçheleriyle işaret edilmiş ve Birleşmiş Milletler¹⁰ ve Avrupa Konseyi¹¹ bu konuda önemli kararlar almıştır.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen '*Ağır Uluslararası İnsan Hakları Hukuku İhlalleri ve Ciddi Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlalleri Mağdurlarının Çözüm ve Tazminat Hakkına Dair Temel Prensipler ve Kurallar*' ile Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin '*Ciddi İnsan Hakları İhlalleri Bakımından Cezasızlığın Sona Erdirilmesine Yönelik Rehber İlkeler*' bu bakımdan cezasızlık kavramına ilişkin ayrıntılı değerlendirmelere dayanan tespit ve çözüm önerilerini içermektedir. Bağlayıcı niteliği olmayan bu ilke ve kuralları, başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi olmak üzere insan hakları hukukunun temel metinlerinde izhar edilen devletin insan hakları ile ilgili yükümlülüklerine dair sorunlar manzumesi olarak kabul etmek mümkündür. Zira, söz konusu metinlerde hem devletin insan hakları ihlalleri ile ilgili pozitif ve negatif yükümlülüklerinin altı çizilmekte, hem de uygulama ve insan hakları mahkemeleri

9 BM İnsan Hakları Komisyonu (UN Commission on Human Rights), Impunity: Report of the Independent Expert to Update the Set of Principles to Combat Impunity, Diane Orentlicher, 18 Şubat 2005, E/CN.4/2005/102; UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Final Report on the Question of the Impunity of Perpetrators of Human Rights Violations (Economic, Social and Cultural Rights), El Hadji Guissé, E/CN.4/Sub.2/1997/8, 1997 ve 'Question of the Impunity of Perpetrators of Human Rights Violations (Civil and Political), Revised Final Report, 2 Ekim 1997, E/CN.4/Sub.2/1997/Rev.1.

10 Commission on Human Rights, 'Impunity', 1999/34, 26 Nisan 1999, 55. Bileşim. http://ap.ohchr.org/documents/E/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-1999-34.doc (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

11 Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesi'nin 2009 tarihli 1675 sayılı kararı, 'State of Human Rights in Europe: the Need to Eradicate Impunity', <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17756&lang=en> ve 1876 sayılı kararı 'State of Human Rights in Europe: the Need to Eradicate Impunity', http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/DH-I/AP_Recommendation%201876_en.pdf (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

içtihatları doğrultusunda sorun başlıkları işaretlenmektedir.

Cezasızlık kavramını tanımlayan ve bu olguyla nasıl mücadele edilmesi gerektiğine ilişkin manifesto niteliğindeki bu kurallarda ve önceki hazırlık çalışmalarında cezasızlık ile mücadeleye izafe edilen dört temel amacın öne çıktığı görülür.¹² Birincisi, uluslararası insan hakları hukuku ve insancıl hukuk ihlallerinde cezasızlık uygulaması ve beklentisinin bu tür ihlalleri teşvik ettiği kabulüdür. Dolayısıyla cezasızlık ile mücadelenin geleceğe dönük etkisinin altı çizilirken, cezasızlığın pozitif önleme fonksiyonu üzerinde durulur. İkincisi, ve belki bu metinlerin varlık nedenleri düşünüldüğünde daha da önemlisi, adaletin tesis edilmesi, "mağdurların çektikleri acıların kabul edilmesi ve hatırlanması" gibi başlıklarla ifade edilen gerek cezalandırıcı gerek onarıcı adalet paradigması/paradigmaları işaret edilerek faillerin hesap vermesi zorunluluğuna dair yapılan vurgudur.¹³ Üçüncüsü, ağır insan hakları ihlalleri ile hakikatleri bilme hakkıdır, bu hak devletin ihlalleri kayıt altında tutma, bu ihlallerle ilgili delil ve belgeleri arşivleme ve dolayısıyla kolektif hafızanın revizyonist ve inkarcı eğilimlerle ortadan kalkmasını önleme ödevi ile iç içe tanımlanır.¹⁴ Dördüncüsü ise işlenen ihlallerin varlığını inkar yerine kabulün mağdurlar üzerinde yaratacağı

12 Däubler-Gmelin, Herta, 'The State of Human Rights in Europe: the Need to Eradicate Impunity'. (Report submitted to Committee on Legal Affairs and Human Rights), Doc. 11934, 2009, <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewHTML.asp?FileID=12695&Language=en> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

13 Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konsey'e Bağımsız Uzman Diane Orentlicher'in sunduğu rapor, Independent Study on Best Practices, Including Recommendations, to Assist States in Strengthening Their Domestic Capacity to Combat All Aspects of Impunity, Diane Orentlicher, Promotion and Protection of Human Rights, 27 Şubat 2004, E/CN.4/2004/88, http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=9200S (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

Ağır uluslararası insan hakları hukuku ve ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlalleri mağdurlarına ilişkin bkz. Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, 16 Aralık 2005, A/RES/60/147 http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/60/147 (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

14 E/CN.4/2004/88, para. 40.

iyileştirici/rehabilite edici etki dolayısıyla kamu barışına veya bu metinlerdeki ifade ile "uzlaşma ve istikrar" sağlanmasına yapacağı katkıdır.

Bu kurallar henüz bağlayıcı bir uluslararası sözleşmeye vücut vermese de giderek uluslararası örfi hukukta emredici normlar haline gelmektedir, bu bakımdan kuşkusuz içerdikleri çözümler son derece önemlidir. Ne var ki, devletlerin onay ve desteğini almanın son derece önemli olması, sözü edilen kuralların esas itibarıyla cezasızlık ve devlet politikaları arasındaki sistematik bağı önemli ölçüde yadsıyan bir içerikle malul olmaları sonucunu doğurmaktadır. Mutabakat metinleri olarak ortaya çıkan bu metinlerin cezasızlığın kaynaklarına ilişkin tespitlerinde sorunu daha dolaylı bir biçimde tanımlama eğilimi bu bağlamda dikkat çekicidir. Örneğin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 2011 yılında kabul edilen 'Ağır İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Ortadan Kaldırılması' ile ilgili rehber ilkelerde cezasızlık olgusunun kaynakları aşağıdaki biçimde açıklanmıştır:¹⁵

"Cezasızlık, ağır insan hakları ihlallerine karşı kurumların veya devlet yetkililerinin gereken tepkiyi vermemeleri nedeniyle ortaya çıkmakta ve kolaylaşmaktadır. Bu koşullar altında sorun devlet kurumları ile yargı veya idarenin her seviyesinde aranabilir".

Bu teşhis, bir kurumlar bileşkesi olarak devletin ağır insan hakları ihlallerindeki rolünü perdelemekte veya başka bir deyişle bu ihlallerin oluşumunda devletin rolünü sadece 'gereken tepkiyi vermemek' olarak ve nihayet izole bir biçimde 'her seviyede' aranacak bir olgu olarak merkezi devlet örgütlenmesine dışsal bir biçimde tanımlamaktadır. Bu biçimde, en başta özellikle faşist rejimler ve askeri darbeler sırasında işlenen suçların karakterini ortaya koymakta yetersiz kalmaktadır.

¹⁵ Guidelines of the Committee of Ministers of Europe on Eradicating Impunity for Serious Human Rights Violations (Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 1110. Oturum), <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1769177>, (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

Türkiye, bu açıdan cezasızlık pratiğinin doğrudan siyasi iktidarların politik açılım ve eğilimlerine göre şekillendiği son derece önemli bir örnektir. Kavramın AİHM tarafından ilk kez *Yaşa/Türkiye* kararında, 1990'lı yıllarda olağanüstü hal bölgesindeki yaşam hakkı ile ilgili ihlallerde uygulamayı ifade etmek üzere kullanılması bu açıdan tesadüf değildir.¹⁶ Dahası, güncel olarak Türkiye, cezasızlık olgusunu anlamak için uygulama ve mevzuat arasındaki gerilimlere işaret etmesi bakımından da emsalinin bulunması güç bir çerçeveye arz etmektedir. Zira, Türkiye'nin yakın tarihine dair bir okuma, son olarak 12 Eylül 1980'de gerçekleşen askeri darbeden bu yana insan hakları mevzuatında ciddi bir değişime işaret etmektedir. Gerçekten, Avrupa Birliği ile ilişkilerin merkezi bir rol üstlendiği bir süreçte, son on yılda Gemalmaz'ın 1994 yılında "ayıplı ölçütler"¹⁷ olarak betimlediği dayanak pozitif hukukun değişiminde kayda değer adımlar atıldığı söylenebilir. Aradan geçen zaman içinde, Türkiye, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'ne, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6 ve 13 no'lu Protokole taraf olmuş ve 2004 yılında amaçları arasında kişi ve hak özgürlüğünü korumak (md. 1) da yer alan 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nu kabul etmiştir.

Pozitif hukuk açısından olumlu olarak değerlendirilecek bu gelişmelere rağmen, aşağıda kimi detaylarıyla tartışılacağı gibi cezasızlık sorunsalının hala bütün yakıcılığıyla devam ettiğini gösteren sayısız veri ve vaka bulunmaktadır. Cezasızlık olgusu bu bakımdan bir taraftan yargı üzerinden geçmişle hesaplaşılmasında ortaya çıkmakta ve ağır insan hakları ihlallerini cezasız bırakma biçiminde tezahür etmektedir. 1994'te Kuşkonar ve Koçağılı köylerine yapılan hava saldırısında

¹⁶ *Yaşa/Türkiye*, (Başvuru no: 22495/93), 2 Eylül 1998, para. 104, 'cezasızlık iklimi' ('climate of impunity').

¹⁷ Gemalmaz, Türkiye'de hak ihlallerinin en yoğun olarak yaşandığı 1994 yılında Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı adlı kitabının önsözünde şöyle ifade etmektedir: "Hak ihlallerinin iki dayanağı veya belirleş alanı, normatif standartların yetersizliği ile, hem bu ayıplı ölçütlere dayanan hem de bunlara bile aykırı düşen yönetsel pratiklerdir". Gemalmaz, Semih, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, 2. baskı, Kavram Yayınları, İstanbul, 1994, s. 7.

38 kişinin savaş uçakları ile atılan bombalar sonucu öldürülmesine¹⁸ ilişkin AİHM'nin yaşam hakkı ihlaline dair kararına¹⁹ rağmen zamanaşımı dolayısıyla düşme kararı,²⁰ 12 Eylül sürecinde işlenen işkence suçlarına ilişkin ardi ardına verilen takipsizlik kararları,²¹ konuya dair 'devlette devamlılık' yaklaşımının terkedilmediğini göstermektedir. Diğer taraftan Türkiye'de yargının cezasızlık pratiği başka bazı ülkelerde olduğu gibi, örneğin İspanya,²² sadece geçmiş dönemlerde işlenen suçların cezalandırılması hususunda değil, aynı zamanda kolluğun orantısız güç kullanımı adı altında işlenen suçlardan, cezaevlerinde tutuklu ve mahkum ölümlerinden²³ kışlada gerçekleşen şüpheli asker ölümlerine²⁴ kadar çok geniş bir yelpazedeki fiiller bakımından yaygın bir biçimde gözlenmeye devam etmektedir. Bu konudaki en vahim örneklerden biri, Roboski/Uludere'de 17'si çocuk 34 köylünün öldürülmesine ilişkin Askeri Savcılığın verdiği takipsizlik kararıdır.²⁵

18 Cumhuriyet, '38 köylünün ölümünde zamanaşımı', 17 Nisan 2014, http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/61587/38_koylunun_olumunde_zaman_asi_mi_.html. Bkz ayrıca, Tahincioğlu, Gökçer, 'Bütün İrmakları Kurumuş Bir Dünya', *Milliyet*, 17 Kasım 2013 (Son erişim tarihi: Ağustos 2015). Güçlükonak katliamına ilişkin bkz., Türker, Yıldırım, 'Güçlükonak Katliamı', *Radikal*, 9 Şubat 2009, Tahincioğlu, Gökçer, 'Yakılmamış Ceset, Yanmayan Kimlik', *Milliyet*, 26 Ocak 2014.

19 Benzer/Türkiye, (Başvuru no: 23502/06), 12 Kasım 2013.

20 Askeri Savcılık Kuşkonar Bombardımanı Dosyasını Kapatdı (Ayça Söylemez), 17 Nisan 2014, <http://www.bianet.org/bianet/insan-haklari/155013-askeri-savcilik-kuskonar-bombardimani-dosyasini-kapatti> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

21 Bkz. aşağıda, '12 Eylül Davası ve Soruşturmaları Yeniden' başlığı altında.

22 Bkz., örneğin, Guarino, Angela, M., 'Chasing Ghosts : Pursuing Retroactive Justice for Franco-Era Crimes Against Humanity', *Boston College International & Comparative Law Review*, c. 33, sy. 1, 2010, s. 61-85.

23 Bkz., örneğin, Sevimli, Güçlü, *Hayata Dönüş Operasyonu*, ÇHD Yayınları, İstanbul, 2012.

24 Konuya dair bkz., Kerem Çiftçioğlu (yayına hazırlayan), 'Zorunlu Askerlik Sırasında Yaşanan Hak İhlalleri', <http://www.askerhaklari.com/rapor.pdf>, (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

25 Konuya dair bkz., Sevdiren, Öznur, 'Roboski Takipsizlik Kararı: Kuzey Irak Tezkeresi ile Yargısız İnfaz', *Radikal*, 21 Ocak 2014 ve 'Savaş Suçu Olarak Roboski', *Radikal*, 8 Şubat 2014.

Bu bakımdan, konuya dair BM ve Avrupa Konseyi kurallarında da vurgulandığı ve spesifik olarak cezasızlık pratik ve söylemlerine dair yapılan çalışmaların da ortaya koyduğu üzere, halihazırda cezasızlık olgusunun esas itibarıyla mevzuatın uygulanmasına dair bir sorun olduğu açıktır.²⁶ Nitekim, ağır insan hakları ihlallerini etkili biçimde soruşturmaya ve cezalandırmaya uygun bir kanuni çerçeve olsa dahi, belirli fiillerin yine de cezasız kalması mümkündür. Çok katmanlı bu sorunun merkezinde, siyasi iktidarların karar ve icraatlarının yanında, yer yer merkezi siyasi iktidarın yönelimlerinden de özerkleşmesi mümkün kolluk mensuplarından hakim ve savcılara kadar kamu görevlilerinin zihniyet ve algı yapılarını yansıtan tutumlarının da belirleyiciliği yadsınmaz.

Türkiye'de başta polis olmak üzere kolluğun çalışma biçimi ve mesleki alt kültürlerine ilişkin henüz sadece embriyonik düzeyde bir bilgi birikiminden söz edilebilir.²⁷ İktidarın dolaysız ajanı olarak resimde yerini bulan kolluk teşkilatının içinde, Türkiye'de hükümet yanlısı ve başta Gülen cemaati olmak üzere farklı cemaatlerin arasında ciddi bir 'iktidar savaşı'nın her düzeyde yaşandığı, özellikle 17 Aralık 2013'te başlatılan yolsuzluk operasyonu ile alenileşmiştir.²⁸ Yine, bir Polis Sendikası kurulmuş ve aksi yöndeki yargı kararlarına rağmen varlığını fiilen devam ettirmektedir.²⁹ İktidar bloku içindeki bütün bu gelişmelere rağmen, Türkiye'de hak ihlallerinin aktörleri arasında polisin geçmişte olduğu gibi birinci sırada yer aldığını söylemek mümkündür.

26 Bkz. örneğin, Atılğan, Mehmet/İşık, Serap, *Cezasızlık Zırhını Aşmak: Türkiye'de Güvenlik Güçleri ve Hak İhlalleri*, TESEV, İstanbul, 2011, s. 11-12. Bkz. ayrıca, Kurt (2014).

27 Konuya dair bir çalışma için bkz., Koca, A. Erkan, *Polisliğin Kitabını Yazmak*, Atf Yayınları, Ankara, 2013.

28 Konuya dair gelişme ve haberler için bkz., <http://www.cnnturk.com/guncel-konular/17-aralik-operasyonu> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

29 Emniyet-Sen'e dair tüm haberler ve Sendika'nın basın açıklamaları için, bkz. <http://emniyetsen.org.tr/>

Daha vahimi, Türkiye'de insan hakları ihlallerinin denetim mekanizması olarak yargı organlarının insan hakları ihlallerine karşı duyarlı olduklarını söylemek son derece güçtür.³⁰ AİHM'nin de çok sayıda kararda tespit ettiği üzere, savcılar, etkin soruşturma yükümlülüğünü sıklıkla ihlal etmişlerdir,³¹ hatta bu durum AİHM tarafından 'kurumsal bir ihmal'in (*institutional negligence*) göstergesi olarak kabul edilmiştir.³² Uzun yıllar sonuçlanmayan işkence yasağı ile ilgili yargılamalar³³ ve hayata ve beden bütünlüğüne kasteden saldırılara ilişkin verilen erteleme kararları³⁴ bu tutumun açık kanıtlarıdır. Nitekim, 1995 tarihli TBMM Faili Meçhul Siyasi Cinayetler Araştırma Komisyonu Raporunda dahi, savcılarının faili meçhul cinayet ve diğer iddialarla ilgili haberleri "adeta normal bir vatandaş gibi" sadece okumakla yetindikleri ve işlem yapmadıkları kaydedilmiştir.³⁵ Bu konuya dair yapılan sınırlı sayıda alan araştırmalarının öncülü niteliğinde, hakim ve savcılarının zihniyet ve algı yapılarını ortaya koyan bir çalışmada hakim ve savcılarının devletin güvenliği ile ilgili meseleleri adaletin tecellisinden üstün tutabildikleri ortaya çıkmıştır.³⁶ Öte yandan, Türkiye'de yargının tutumuna dönük daha 'içeriden', Demokrat Yargı

30 Bkz., Kurt, Gülşah, *Cezasızlık Sorunu, Soruşturma Süreci, Hafıza Merkezi, İstanbul, 2014.*

31 Abdülsamet Yaman/Türkiye (Başvuru no: 32446/96), 2 Kasım 2004.

32 Däubler-Gmelin, II.v.

33 Ekim 1980'de gözaltına alındıktan sonra, gözaltında öldürülen Teren Aksakal'a ilişkin AİHM'ye yapılan başvuruda, Mahkeme, Türkiye'nin bireysel başvuruyu kabul ettiği 1987 yılından önce yargı yetkisi olmadığına karar vermekle birlikte ulusal mahkemelerin neredeyse "bütünüyle hareketsiz (total inactivity)" kaldığından söz etmektedir. Teren Aksakal/Türkiye (Başvuru no. 51967/99). Bkz. Bianet, '12 Eylül İşkencesini AİHM Gördü ve Cezalandırdı', 12 Eylül 2007, <http://www.bianet.org/bianet/insan-haklari/101717-12-eylul-iskencesini-aihm-gordu-ve-cezalandirdi>.

34 Okkalı/Türkiye, (Başvuru no: 52067/99), 17 Ekim 2006, para. 76.

35 TBMM Faili Meçhul Siyasi Cinayetler Araştırma Komisyonu Raporu, 12 Ekim 1995, s. 159. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem19/yil01/ss897.pdf> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

36 Sancar, Mithat/Atılğan, Eylem Ümit, "Adalet Biraz Es Geçiliyor..."-*Demokratikleşme Sürecinde Hakimler ve Savcılar*, TESEV, İstanbul, 2009.

Derneği adına yapılan değerlendirmeler de, yargının temel hak ve özgürlüklerin ihlalleri ile ilgili bir gelenek oluşturmadığını ve hatta tam tersine, "hak ve hürriyetlerin kısıtlanmasının bir aracına" dönüştüğünü vurgulamaktadır.³⁷ Demokrat Yargı Derneği'nin Türkiye'de yargının konumunu ve kültürünü anlamak için geliştirdiği analitik bir araç olarak 'hakim vasatı' kavramsallaştırması da son derece önemlidir. Yargının gündelik reflekslerini çözümlerken başvurulan bu kavram, HSYK ve yüksek yargı bürokrasisi tarafından belirlenen ve her halükarda "apolitik, toplum ve siyaset düşmanı bürokratik bir siyasal kültür ile anti-entelektüel, taşralı ve sokağın parçası olan lümpen bir algı ve tutum"u ifade etmek üzere kullanılmaktadır.³⁸

Bu rapor, cezasızlığın iki temel aktörü olarak yargı ve kolluk ile ilgili son derece önemli söz konusu tartışmaları ele alma iddiasında değildir. Zira, bu çalışma odak noktasına Türkiye'de yargıtama organlarının keyfi ve partizanca uygulamalarına zemin hazırlayan mevzuatı koymaktadır. Aşağıda tartışılacağı gibi, mevzuatın, ihlaller ve cezasızlık ile ilgili pratiklere dair ciddi illi katkısı devam etmektedir. Nitekim, konuya dair verili sınırlı sayıda çalışma, Türkiye'nin ağır insan hakları ihlalleri ile ilgili sicilinin ihlallere imkan tanıyan bir yasal zemin ve uygulama arasındaki etkileşime işaret eden bir çerçeve sunmaktadır.³⁹ Bu çalışma, konuya pozitif hukuk açısından yaklaşacak ve cezasızlık sonucu doğuran maddi ceza hukuku mevzuatını irdeleyecektir. Fakat, bu bakımdan öncelikle cezasızlık kavramının mercek altına alınması zorunludur.

37 Ertekin, Orhan Gazi, 'Türkiye'de Neden Bir Yargı Yoktur ve Adliyeler Neden Çökmektedir', Orhan Gazi Ertekin vd., *Türkiye'de Yargı Yoktur* içinde, Nika, Ankara, 2013, s. 21-29.

38 Özsu, Faruk, 'Geleneksel Yargı Şenlikleri', Orhan Gazi Ertekin vd., *Türkiye'de Yargı Yoktur* içinde, Nika, Ankara, 2013, s. 191.

39 Uçum, Mehmet vd., *Geçmişle Yüzleşme ve Mevcut Davalar*, TESEV, İstanbul, 2012.

CEZASIZLIK KAVRAMI VE YÖNTEM ÜZERİNE

Çerçeve bir kavram olarak cezasızlık terimi, aile içi şiddet ve kadınlara dönük öldürme ve cinsel saldırı fiillerinden iş kazalarına, nefret suçlarından yolsuzluk (*corruption*) başlığında değerlendirilmesi mümkün suçlara kadar geniş bir yelpazede mevzuat ve/veya uygulama nedeniyle soruşturma veya kovuşturmanın açılmaması veya açılan soruşturma ve kovuşturmaların gerektiği gibi yürütülmemesi ya da ortaya çıkan hükmün adalet ile bağdaşmaması veya verilmiş olan hükmün muhtelif nedenlerle infaz edilmemesi durumunu ifade etmek üzere kullanılmaktadır.⁴⁰ Kavramın temas ettiği problematiği tarif etmek ve ihlalin boyutlarını göstermek üzere iki temel referansa başvurulduğunu gözlemek mümkündür: 'Ağır veya ciddi'⁴¹ insan hakları ihlalleri' ve 'uluslararası hukuk aleyhine işlenen suçlar'. Ağır insan hakları ihlallerinin bu bağlamda daha genel ve kapsayıcı bir terim olduğunu belirtmek gerekir. Ağır ihlal olarak belirtilen fiillerin büyük bölümünün yaygın veya sistematik bir biçimde işlenmesi veya bir çatışma bağlamında işlenmesi bu ihlalleri uluslararası bir suçun maddi unsurları haline getirir. Avrupa Konseyi kurallarında, ağır ihlaller şu biçimde sıralanmıştır:

1. Yargısız infazlar;
2. Yaşam veya sağlığı ciddi bir şekilde riske eden ihmaller;
3. Kolluk kuvvetleri, infaz koruma memurları veya diğer kamu görevlileri tarafından işkence veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele;
4. Zorla kaybetmeler;
5. İnsan kaçırma;
6. Kölelik, zorla çalıştırma veya insan ticareti;
7. Tecavüz (cinsel saldırı) veya cinsel taciz;
8. Aile içi şiddet bağlamında meydana gelen saldırılar dahil ciddi fiziksel saldırı;
9. Konut ve malvarlığını kasten yakma.

40 Däubler-Gmelin, 2009, bkz. 'Summary', 5.4.6., Lessa 2011, s. 30, Kadınlara ilgili, bkz. 'Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, its Causes and Consequences', Rashida Manjoo, 23 Mayıs, 2012, A/HRC/20/16, ayrıca BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi'nin konuya dair yaklaşımının genel çerçevesi için bkz. 'Impunity for Violence against Women is a Global Concern' ('Kadın dönük şiddette cezasızlık küresel bir sorun.') açıklaması, Ağustos 2012. <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/ImpunityForVAWGlobalConcern.aspx> (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).

41 'Serious human rights violations'. Bkz. Däubler-Gmelin, 2009, bkz. Summary.

Sadece Türkiye'de değil, dünyada da cezasızlık problematiğinin merkezinde sıklıkla vurgulandığı üzere⁴² yargısız infazlar, zorla kaybetme ve işkence suçları yer almaktadır. Bu çalışmada suç tipleri, sözü edilen üç önemli başlıkla sınırlanmış, örneğin AİHM kararlarına da yansıyan köy boşaltmalar,⁴³ orman yangınları çıkarma, cinsel saldırı fiilleri, tarla yakma, gıda stoklarının imhası gibi bazı fiiller⁴⁴ bu kapsam dışında tutulmuştur. Yargısız infazlar veya başka bir deyişle kamu görevlileri tarafından işlenen kasten öldürme fiilleri, zorla kaybetme ve işkence suçlarının koruduğu hukuki değerlerin veya başka bir deyişle her üç başlığın ihlal ettiği hakların niteliği ve ihlal sıklığı nedeniyle bir kalıp haline gelmesi⁴⁵ gerekse de halihazırda Türkiye'de cezasızlık probleminin merkezinde yer almaya devam etmeleri dolayısıyla bu raporun odağını oluşturmaktadırlar.

Ağır insan hakları ihlallerinin üç kategorisi olarak, yargısız infaz, zorla kaybetme ve işkence bu çalışmada üç ayrı bölümde incelenecektir. Özellikle yargısız infaz teşkil eden öldürme fiilleri ile zorla kaybetme fiilleri, suçun ihlal ettiği hak veya suçla ihlal edilen hukuki değer bakımından kuşkusuz çok önemli benzerlikler arz etmektedir. Sadece ceza hukuku dogmatigi açısından değil, kast ve hareket yönünden suç tipinin belirlenmesi maddi ceza hukuku açısından güçlükler arz etmemekte, pratik olarak da yargısız infazlar ile işkencenin birbirinden ayrılması her zaman mümkün olamamaktadır. Çok sayıda zorla kaybetme fiilinde mağdurlar, kaçırılıp kısa bir süre sonra işkence ile öldürülmüştür. Örneğin Hafıza Merkezi'nin Şırnak'ta yaptığı alan araştırması verilerine göre, Türkiye'de zorla kaybetme fiiline maruz kalan mağdurların en

42 Däubler-Gmelin, 2009, 5.1.

43 Selçuk ve Asker/Türkiye, (Başvuru no: 23184/94 23185/94), 24 Nisan 1998; Ayder vd/Türkiye (Başvuru no. 23656/94), 8 Ocak 2004, para. 110

44 Ndiaye, Bacre Waly, 'Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions' (Report by the Special Rapporteur, submitted pursuant to Commission on Human Rights Resolution 1997/61), 19 Aralık 1997, E/CN.4/1998/68/Add.1, s. 95, s. 111.

45 Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi, Res. 1675 (2009) 5.2, <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta09/ERES1675.htm> (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).

azından % 17'si muhtemelen bilgi vermelerini sağlamak amacıyla ağır ve öldürücü işkence fiillerine maruz kalmıştır.⁴⁶ Bununla birlikte, ihlalin dayanağı, konuya dair ulusal ve uluslararası hukuk kaynakları ve pratik olarak soruşturma usulü yönünden incelemeye konu suç tipleri farklılık gösterdiği için ayrıca değerlendirilmelerinde zorunluluk bulunmaktadır.

Bu bağlamda bir not da Türkiye'de cezasızlık probleminin temel başlıklardan biri olan faili meçhuller⁴⁷ üzerine düşülmelidir. Faili meçhul kalan siyasi cinayetlerin Türkiye'de cezasızlık olgusunun kadim meselelerinden biri olduğu konusunda hiç kuşku yok. 765 sayılı TCK'da öldürme fiillerinde zamanaşımı süresi olarak 20 yıl öngörülmesi dolayısıyla binlerce faili meçhul dosyasının zamanaşımına uğrayacak olması nedeniyle de konu muhtemelen hiç olmadığı kadar yakıcı ve güncellik arz ediyor. Bu itibarla, Türkiye'de faili meçhullerin tepe noktasına vardığı, TİHV Yönetim Kurulu üyesi Üsterci'nin ifadesi ile, Kürt sorununa ilişkin "kontrgerilla ve harp yöntemlerinin"⁴⁸ öne çıktığı 1990-1994 arası dönem de aşağıda kayıplar ve yargısız infazlar bölümlerinde bağlamında tartışılacak. AİHM'nin muhtelif kararlarında⁴⁹ da, bu olgunun varlığını görmek mümkün. Özellikle OHAL bölgesinde işlenen faili meçhul cinayetleri yargısız infazlar ve zorla kaybetme olgularından bağımsız

⁴⁶ Bkz. örneğin, Seyhan Doğan, Davut Altunkaynak, Nedim Akyol, Mehmet Emin Aslan, Abdurrahman Coşkun, Abdullah Olcay, Süleyman Seyhan'ın kaybedilmeleri, Sevimli-Ataktürk, Emel, 'Zorla Kaybetmelerde Yargının Tutumu', *Zorla Kaybetmeler ve Yargının Tutumu* içinde, Hafıza Merkezi, İstanbul, 2013, s. 19.

⁴⁷ Faili meçhul siyasal cinayet "siyasal düşüncesinden ötürü cinayet eylemine kurban gidenleri veya siyasal nedenden dolayı gerçekleştirilen cinayet eylemlerinin faillerinin bilinmemesi halini tanımlamak için kullanılmaktadır.", TBMM Faili Meçhul Siyasal Cinayetler Araştırma Komisyonu Raporu, s. 12.

⁴⁸ TİHV üyesi Coşkun Üsterci'nin Meclis İnsan Hakları İnceleme Komisyonu bünyesinde oluşturulan 'Terör ve Şiddet Olayları Kapsamında Yaşam Hakkı İhlallerinin İncelenmesi Alt Komisyonu'nun sorularına cevaben, bkz., *Bianet*, 26 Ocak 2012, <http://bianet.org/bianet/insan-haklari/135716-pervasizca-bahceye-gommusler> (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).

⁴⁹ Yaşa/Türkiye, (Başvuru no: 22495/93), 2 Eylül 1998; Tanrıkulu/Türkiye, (Başvuru no: 23763/94), 8 Temmuz 1999; Kılıç/Türkiye, (Başvuru no: 22492/93), 28 Mart 2000; Akkoç/Türkiye, (Başvuru no: 22947/93, 22948/93), 10 Ekim 2000.

bir biçimde ele almak güçtür. Bu itibarla bu çalışmada faili meçhul siyasi cinayetler ile ilgili ayrı bir başlık açılmayacaktır.

Cezasızlık olgusunun boyutlarını açıklamak üzere yukarıda belirtilen referans metinlerde kullanılan diğer terim, 'uluslararası suçlar' kavramı ise, uluslararası hukuk aleyhine işlenen suçlardan mürekkep bir biçimde kullanılmaktadır. BM İnsan Hakları Komisyonu Raportörü Orentlicher, uluslararası suçlar kataloğunun Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde ifadesini bulan çerçeveden kısmen ayrılarak bu kavramı savaş hukuku ihlalleri, soykırım, insanlığa karşı suçlar ve işkence, gözaltında kaybetme, yargısız infaz ve kölelik gibi suçları ifade etmek üzere kullanmaktadır.⁵⁰ Aşağıda tartışılacağı gibi, bir fiilin ulusal veya uluslararası suç olarak tanımlanması suçun tanımı, kapsamı, yaptırım ve zamanaşımı bakımından önemli sonuçlar doğurur.

Kuşkusuz, Türkiye'nin cezasızlık meselesini anlamak için ağır insan hakları ihlalleri kavramsallaştırması yanında, 'uluslararası suç' kavramı gerek tarihsel gerek güncel olarak özel bir önem taşımaktadır. Ermenilerin büyük felaket, '*medz yeğern*' olarak andıkları katliamlara ilişkin uluslararası hukuk doktrininde soykırım ve insanlığa karşı suç tanımlarının zaman zaman kullanılabilirdiği canlı bir tartışma yaşanmaktadır.⁵¹ Keza, Dersim katliamı ile ilgili meclis kürsüsünde anlaşılmaz bir biçimde 'literatürde bulunması şerhi' ile ifade edilen özü,⁵² hakikatin ifşasında bir başlangıç

⁵⁰ Orentlicher, E/CN.4/2005/102/add.1, s. 8.

⁵¹ Dadrian, Vahakn, N., 'Genocide as a Problem of National and International Law: The World War I Armenian Case and Its Contemporary Legal Ramifications', *Yale Journal of International Law*, c. 14, sy. 2, 1989, s. 249-251; de Zayas, Alfred, *The Genocide Against the Armenians 1915-1923 and the Relevance of the 1948 Genocide Convention*, Haigazian University, Beirut, 2010; Akçam, Taner, *The Young Turks' Crime Against Humanity: The Armenian Genocide and Ethnic Cleansing in the Ottoman Empire*, Princeton University Press, Princeton, 2012. Ayrıca bkz, Sezer, Devrim, 'Soykırım, Yüzleşme, Sorumluluk: Lemkin, Jaspers, Arendt', *Toplum ve Bilim*, sy. 132, s.7-32, 2015 ve Turan, Ömer/Özcan, Güven Gürkan, 'Türkiye'de Devlet Aklı ve 1915', *Toplum ve Bilim*, sy. 132, 2015, s. 78-131.

⁵² 'Böyle Bir Literatür Varsa Özü Dilerim', *Birgün*, 23 Kasım 2011.

olup, sonuç alınması mümkün görünmese de Uluslararası Ceza Mahkemesi nezdinde kimi sivil toplum örgütlerinin katliamı tartışma girişimleri bulunduğu belirtilmektedir.⁵³ Nitekim Nisan 2015 itibarıyla, mağdur ailelerin girişimleri sonucunda Dersim katliamı sırasında öldürülen kişilerin bulunmasına dönük kazı çalışmalarının başladığı bildirilmektedir.⁵⁴ Her ne kadar işlendikleri dönemler itibarıyla uluslararası ceza hukuku henüz gelişmekte ve faillerin cezadan bağışık kalmamasını güvence altına alan mekanizmalar henüz ihdas edilmemişse de, Ermeni soykırımı ve Dersim'de 1930'lu yılların sonunda işlenen insanlığa karşı suçların doğru biçimde tavsifi kuşkusuz önemlidir. Dahası, Türkiye'nin cezasızlık tartışmalarında yakın dönemlerde Alevi yurttaşlara dönük Kahramanmaraş⁵⁵ ve Çorum katliamları⁵⁶ gibi bu rapor için bir milat oluşturan 12 Eylül rejiminden bugüne olağan ve olağanüstü rejimler döneminde işlenen fiilleri anlamak için de uluslararası suç kavramsallaştırması önemlidir. Yine, 20 Temmuz 2015'te Suruç'ta 34 kişinin yaşamını yitirdiği ve 100'den fazla insanın yaralandığı,⁵⁷ 10 Ekim 2015'te Ankara'da 102 kişinin hayatını kaybettiği ve 508 kişinin yaralandığı⁵⁸

53 'Dersim Katliamı Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde', *Taraf*, 24 Kasım 2012.

54 'Dersim'e ilk kazma vuruldu, 8 kemik bulundu', *Cumhuriyet*, 15 Nisan 2015. http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/254605/Dersim_e_ilk_kazma_vuruldu__8_kemik_bulundu.html (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).

55 Konuya dair bkz., '30 Yıl Önce Maraş Katliamında Neler Olmuştu?', <http://www.bianet.org/bianet/siyaset/111379-30-yil-once-maras-katliaminda-neler-olmustu>, 16 Aralık 2008 (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).

56 Çorum katliamına ilişkin olarak bkz., 'Çorum Katliamının Yıldönümüne Çağrı: Katliam Dosyası Yeniden Açılsın', *Evrensel*, 3 Temmuz 2015 <http://www.evrensel.net/haber/255070/corum-katliaminin-yil-donumunde-cagri-katliam-dosyasi-yeniden-acilsin> (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).

57 'Suruç'ta korkunç patlama' (Namık Durukan), *Milliyet*, 20 Temmuz 2015, <http://www.milliyet.com.tr/suruc-ta-patlama-gundem-2090029> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

58 Başbakanlık Koordinasyon Merkezi'nin 11 Ekim 2015 tarihli açıklaması yaralı sayısına ilişkin veriler de içermektedir: http://www.basbakanlik.gov.tr/Forms/_Article/pg_Article.aspx?Id=4fb00379-6412-4b85-ba20-8c8c630aec69 (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

saldırıları da ancak uluslararası suç bağlamında değerlendirilebilecek nitelikte katliamlardır.

Uluslararası suç kavramının Türkiye'nin pozitif ceza hukuku mevzuatına girmesi ancak 2004 yılında 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu ile mümkün olduğu için, haliyle bu suçların niteliklerine ve hukuki sonuçlarına ilişkin tartışma ve değerlendirmeler henüz olgunlaşmış değildir. Nitekim, ilk bakışta, kanunilik ilkesi ve en önemli sonuçlarından biri olarak geçmişe yürümezlik ilkesinin sözü edilen fiillere dönük bu tavsiflerin anlamını önemli ölçüde sınırlandıracakı düşünülebilir. Yine, her ne kadar yeni Türk Ceza Kanunu ikinci kitap birinci kısım başlığı 'uluslararası suçlar' olarak düzenlenmiş olsa da, Türkiye, 1998 yılında kurucu antlaşması imzalanmış ve 2002 yılından itibaren yargı yetkisi doğan Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisini tanımadığı için 'uluslararası suç' kavramının pratik olarak daha sınırlı bir etkisinin olduğu kabul edilebilir. Fakat aşağıda tartışılacağı gibi uluslararası suç tavsifi zamaşımı bakımından önemli sonuçlar doğurmaktadır. Dolayısıyla, Türkiye'nin cezasızlık sorununa ilişkin yapılan tartışmalarda bu duruma kayıtsız kalması düşünülemez. Bu itibarla, cezasızlık ile ilgili tartışmalar gerek iç hukuk gerekse uluslararası ceza hukuku açısından değerlendirilmeyi zorunlu kılmaktadır.

Bu çerçevede, uluslararası suçlara dönük açıklamaların ardından, raporun ikinci bölümünde ise, üç suç tipi, yargısız infazlar, zorla kaybetme ve işkence suçları bakımından Türkiye'de cezasızlık olgusu, sorunun karakteri ve boyutlarını göstermesi açısından uygulama diyalektikliği ile ve fakat esas itibarıyla mevzuat perspektifinden değerlendirilecektir.

ULUSLARARASI

SUÇLAR VE

CEZASIZLIK

Uluslararası suç "uluslararası toplumun tarih içinde geliştirdiği ırk ayrımcılığı, soykırım, köleleştirme yasağı, işkence ve kötü muamele yasağı gibi insan varlığının korunması için temel önem arz eden uluslararası yükümlülüklerin ağır ve geniş çaplı ihlâli"⁵⁹ olarak tanımlanabilir. Bu fiiller, uluslararası toplumun düzen ve huzuru ile güvenliğini bozmaya matuf uluslararası hukukun temel kurallarının ihlâli biçiminde ortaya çıktıkları için cezalandırılmalarına ilişkin kurallar da uluslararası hukukta emredici kural (peremptory norm, *zwingendes Recht*, *jus cogens*) niteliği arz eder.⁶⁰ Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra, özellikle 1915 olayları ile 'insanlığa karşı suç' ifadesinin kullanılması doğrultusunda kimi girişimler olsa da, ancak başta Holokost olmak üzere, İkinci Dünya Savaşı sırasında işlenen ağır ve sistemli insan hakları ihlallerinin ardından bu ihlalleri uluslararası hukukta cezai müeyyideye bağlamanın zorunluluğu anlaşılmıştır. Savaş sonrasında Londra Antlaşması ile Nuremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Şartı'nda insanlığa karşı suç, savaş suçları ve saldırı suçunun o dönemki adlandırması ile 'barışa karşı suç' tanımlanmıştır. İkinci Dünya Savaşı'nın hemen ardından, Polonyalı hukukçu Raphael Lemkin tarafından tanımlanan soykırım suçu; Lemkin'in belirttiği çerçeveden daha sınırlı bir biçimde 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nde⁶¹ benimsenmiştir. Soğuk savaş dinamikleri ile açıklamabilecek uzun bir durgunluk döneminden sonra, uluslararası hukukta bu suçlara ilişkin düzenleme zorunluluğu eski Yugoslavya topraklarındaki savaş ve Ruanda soykırımı ile yeniden güncellik

⁵⁹ Wright, Quincy, 'The Scope of International Criminal Law: A Conceptual Framework', *Virginia Journal of International Law*, c. 15, sy.3, 1975, s. 561-578; Cryer, Robert, 'The Doctrinal Foundations of International Criminalisation' in Bassiouni, Cherif, M. (ed.), *International Criminal Law*, 3. baskı, Brill, Leiden, c. 1, 2008, s. 107-128. Bkz. ayrıca, Schabas, William, *The UN International Criminal Tribunals*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

⁶⁰ Bassiouni, Cherif, M., 'International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes', *Law and Contemporary Problems*, c. 59, sy. 4, 1996, s. 63-74.

⁶¹ Sözleşme'nin Türkçe metni için bkz. http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/bm/bm_11.pdf, Şubat 2014.

kazanmıştır. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından, hukuki alt yapısı çok tartışmalı olmakla birlikte, BM Şartı'nın 7. Bölümü'ne dayanarak kurulan Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri statülerinde soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları düzenlenmiştir. Nihai olarak, 1998 yılında kabul edilen Roma Antlaşması'na dayanarak kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'ne⁶² göre dört suç tipi kategorisi; soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçu⁶³, sözleşmeye taraf devletlerin ülkeleri sınırlarında veya taraf devletlerin vatandaşları tarafından işlenmek kaydıyla nerede işlendiğine bakılmaksızın Mahkeme'nin görev bakımından yetki kapsamı içinde tanımlanmıştır.

Nihai olarak, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde düzenlenen uluslararası suçların mutlaka sınır aşan bir niteliğinin olması kuşkusuz zorunlu değildir.⁶⁴ Bu suçların işlenmesi ve işlenmesinin önlenmesi, içerdikleri haksızlık içeriği dolayısıyla nerede işlendiğine bakılmaksızın uluslararası toplumun üyelerini yakından ilgilendirir. Dolayısıyla, uluslararası bir suçun cezadan bağışık kalmamasında uluslararası toplumun bir bütün olarak menfaati bulunduğu için, uluslararası suçların faillerini bütün devletlerin yargılama hakkı bulunduğu, diğer

⁶² Bkz. Schabas, William, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

⁶³ Mahkeme Statüsü, Mahkeme'nin Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararı ile veya taraf olmayan bir devletin Mahkeme'nin yargı yetkisini geçici olarak tanınması ile de yetkilendirileceğini belirtmektedir (md. 12(3)). Mahkeme'nin saldırı suçu ile ilgili yargı yetkisi, 2010 yılında Kampala'daki Gözden Geçirme Konferansı'nda kabul edilen değişiklikleri (15bis ve 15ter) ile ilgili 1 Ocak 2017 tarihinden sonra Taraf Devletler Asamblesi'nin Statü'nün 121. maddesi uyarınca 2/3 çoğunluğu ile karar alınmasının ardından 30 taraf devletin kabulünden veya onayından bir yıl sonra doğacaktır. Kampala Toplantısı'nın ilgili kararları için bkz. http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).

⁶⁴ Nitekim, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin halihazırdaki iş yükü değerlendirildiğinde, yürütülen soruşturmanın hemen hepsinin suçun işlendiği devletin ülke sınırları içinde meydana geldiği, fail ve mağdurların çoğunlukla aynı devletin vatandaşları olduğu gözlemlenmektedir. Bkz., örneğin, Cryer, Robert, 'The Definitions of International Crimes in the Al Bashir Arrest Warrant Decision', *Journal of International Criminal Justice*, c. 7, sy. 2, 2009, s. 283-296.

İnsanlığı Karşı Suçlar

bir deyişle, 'evrensel yargı yetkisi' doğduğu kabul edilmektedir. Bu bakımdan, söz konusu suçların işlenmesi halinde, suç yabancı bir ülke topraklarında bir yabancı aleyhine ve bir yabancı tarafından işlenmiş olsa dahi devletlerin söz konusu suçların faillerini yargılama yetkisi doğar. Türk Ceza Kanunu'nda, örneğin, bu yetki uluslararası örf ve adet hukuku ile uyumlu bir biçimde TCK 13/a'da düzenlenmiştir.

Cezasızlık veya sıklıkla tanımlandığı üzere cezasızlık kültürünün ortadan kaldırılması küresel bir adalet talebi ile de örtüşmektedir. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin varlık nedeni (*raison d'être*) olan cezasızlığa son verilmesi, uluslararası toplumu ilgilendiren en ağır suçlarla ilgili olarak faillerin cezadan başıksık kalmaması şeklinde Statü'nün başlangıç metninde ifadesini bulmuştur.⁶⁵

Hukuki bir terim olarak insanlığa karşı suç ifadesi ilk kez Birinci Dünya Savaşı sonrasında Büyük Britanya, Fransa ve Rusya tarafından yayımlanan bir deklarasyonda 1915 Ermeni tehciri ve bu tehcirin neden olduğu uluslararası insancıl hukuk ihlalleri için kullanılmıştır.⁶⁶ Birinci Dünya Savaşı sonrasında özellikle Paris Barış Konferansı görüşmeleri sırasında sadece savaş hukuku ve teamüllerinin değil, insanlık hukukuna karşı suç işleyenlerin de cezalandırılması talep edilmiş ise de,⁶⁷ nihai olarak bu suç, kavramın muğlak ve değişken olabileceği gerekçesi ile ABD Delegasyonu'nun itirazları ile konferans sonuç bildirgesine girmemiştir. Bu itibarla 1. Dünya Savaşı sonrasında gerek Versay Antlaşması'nda gerekse de Sevr Antlaşması'nda sadece savaş hukuku ihlalleri ile ilgili yargılama yapılması öngörülmüş, "insanlığa karşı suç" ifadesinden ve bir suç tipi olarak tanımlanmasından imtina edilmiştir.

İnsanlığa karşı suç⁶⁸ ilk kez, "savaş suçları" ve "barışa karşı suç" (veya bugünkü adıyla saldırı suçu)⁶⁹ ile birlikte İkinci Dünya Savaşı sonrasında Londra Antlaşması ile kurulan Nuremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Şartı 6/c maddesinde tanımlanmıştır:⁷⁰ Söz konusu Şart'a göre, insanlığa karşı suç:

⁶⁶ Matas, David, 'Prosecuting Crimes Against Humanity: The Lessons of World War I', *Fordham International Law Journal*, c. 13, s. 1, 1989, s. 86-104, s. 88-92.

⁶⁷ A.g.e., Raporun metni için bkz., 'Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, Report Presented to the Preliminary Peace Conference', *American Journal of International Law*, c. 14, 1920, s.1/2, s. 95-154.

⁶⁸ Chesterman, Simon, 'An Altogether Different Order: Defining the Elements of Crimes Against Humanity', *Duke Journal of Comparative and International Law*, c. 10, sy. 2/3, 2000, s. 306-343; Bassiouni, 2011, Mettraux, Guénaël, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2005, s. 147-192.

⁶⁹ Tezcan, Durmuş, 'Saldırgan Savaş', *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, c. 49, s.1-2, 1994, s. 349-363.

⁷⁰ Nuremberg Şartı ve yargılamalara ilişkin belgelere Yale Üniversitesi'nin şu linkinden erişilebilir: <http://avalon.law.yale.edu/imt/mtconst.asp> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

⁶⁵ "Bu (uluslararası) suçların cezasız kalmasına son verme ve böylece bu tip suçları önleme konusunda kararlı olarak."

"Savaş öncesinde veya savaş sırasında insan öldürme, kıyım, köleleştirme, sınır dışı etme ve diğer gayri insani fiillerin veya politik, ırki ve dini nedenlerle zulüm fiilinin, bu mahkemenin yargı yetkisine giren bir suçun işlenmesi sırasında veya bu suçlardan biri ile bağlantılı olarak işlenmesidir."⁷¹

Nuremberg Mahkemesi içtihadında bu biçimde savaş hali ile bağlantılı bir biçimde tanımlanan insanlığa karşı suç, eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi statü ve içtihatlarında geliştirilmiştir. Nihai olarak bu suç 1998 yılında Roma Antlaşması ile kabul edilen ve 1 Temmuz 2002 yılında yürürlüğe giren Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde tanımlanmıştır. Statü'nün 7. maddesi, fıkrada geçen ve aşağıda belirtilen fiillerin yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenmesi durumunda insanlığa karşı suç tanımının unsurlarının gerçekleşmiş olacağını belirtmektedir. Bu fiiller sırasıyla:

1. Öldürme,
2. Kıyım,
3. Köleleştirme,
4. Sürgün veya nüfusun zorla nakli,
5. İşkence,
6. Hapsetme veya uluslararası hukukun temel kurallarına aykırı olarak kişinin hürriyetinden mahrum edilmesi, işkence, tecavüz, cinsel kölelik, fuhuşa zorlama, zorla hamile bırakma, zorla kısırlaştırma veya benzer ağırlıkta cinsel saldırı fiilleri,
7. Belirlenebilir bir gruba veya kolektife politik, ırki, milli, etnik, kültürel, cinsiyet nedeniyle veya uluslararası hukukta yasak diğer nedenlerden dolayı insanlığa karşı suç oluşturan diğer fiiller ile veya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisine giren diğer fiillerden dolayı zulüm edilmesi,
8. Kişilerin zorla kaybedilmesi,
9. İrk ayrımcılığı (Apartheid),
10. Ağır biçimde acı veren veya fizik ve ruh sağlığı bakımından ciddi yaralama teşkil eden diğer gayriinsani fiiller.

71 <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

Bu biçimde insanlığa karşı suçun unsurları ve insanlığa karşı suç oluşturacak fiiller belirtildikten sonra Statü'nün 7/2(a) fıkrasında ise insanlığa karşı suç tipinin hareketlerinin yaygın biçimde bir devlet veya örgüt politikasının icrası çerçevesinde bir saldırı bağlamında işlenmiş olması gerektiği belirtilmiştir.⁷²

Roma Statüsü bağlamında insanlığa karşı suçun işlenebilmesi için yaygın veya sistematik olması yeterlidir. Yaygın veya sistematik şartının birlikte gerçekleşmiş olması Statü'deki tanım çerçevesinde aranmamaktadır. Saldırı ifadesi ise 7/2(a) fıkrasında suç tanımında belirtilen fiillerin birçok kez gerçekleşmiş olduğu bir bağlamı ifade etmektedir. Bu bakımdan "saldırı" teriminin, mutlaka silahlı çatışma veya şiddet içeren fiilleri belirtmek için kullanılmadığı ifade edilmektedir.⁷³ Şiddet içermeyen ırk ayrımcılığı (*apartheid*) veya zulmün (*persecution*) dahi saldırı tanımının içine girdiği kabul edilmektedir. Statü'de diğer bir koşul olarak ortaya çıkan bir devlet politikasının icrası çerçevesinde işlenmiş olması unsuruna değinmeden önce, yaygın veya sistematik ifadesinin uluslararası ceza hukuku içtihatlarında ve doktrininde nasıl yorumlandığını belirtmek gerekir.

İnsanlığa karşı suç bakımından "yaygın" ifadesi değişik biçimlerde tanımlanmakla birlikte genellikle saldırının büyüklüğünü ve mağdur sayısını belirtmek için kullanılmaktadır.⁷⁴ Bu açıdan sayısal herhangi bir kriter uluslararası ceza yargılama organları tarafından belirlenmiş

72 Bu kriter, Uluslararası Ceza Mahkemesi Ön Soruşturma Dairesi'nin Kenya'daki insani krize ilişkin muhtelif kararlarında yeniden yorumlanmıştır. Bu bakımdan Ön Soruşturma Dairesi çoğunluk görüşü, "sivil bir nüfusa karşı yaygın veya sistematik bir saldırı gerçekleştirebilecek herhangi bir örgüt" olarak değerlendirirken, azınlık görüşü ise "bu örgütün devlet-benzeri bir oluşum olmasının zorunlu olduğunu" vurgulamıştır. Bkz., Werle, Gerhard/Burghardt, Boris, 'Do Crimes Against Humanity Require the Participation of a State or 'State-Like' Organisation', *Journal of International Criminal Justice*, c. 10, sy. 5, 2012, s. 1151-1170.

73 Schabas, 2006, s. 194.

74 Kayishema vd. (ICTR-95-1-T), 21 Mayıs 1999, para. 123; Kordic vd. (IT-95-14/2-A), 17 Aralık 2004, para. 94; Blaskic (IT-95-14-T), 3 Mart 2000, para. 206; Bagilishema (ICTR-95-1A-T) 7 Haziran 2000, para. 77.

değildir. *Akayesu* kararında Ruanda Mahkemesi, yaygın kriterini "kolektif olarak ve ciddi biçimde büyük çaplı, devamlı, geniş kapsamlı ve çok sayıda mağduru hedef alan hareket" olarak tanımlamıştır.⁷⁵ Yugoslavya Mahkemesi, *Kordic* kararında ise yaygın ifadesinin "bir dizi insanlık dışı fiilin yarattığı kümülatif etki veya çok büyük bir etkisi olan bir tek insanlık dışı fiil" olarak yorumlanması gerektiğini belirtmiştir.⁷⁶ İnsanlık dışı fiil, burada insanlığa karşı suç oluşturulan fiilleri ifade etmek için kullanılmıştır.

Sistematiği kavramı ise Yugoslavya ve Ruanda Mahkemeleri içtihatlarında muhtelif biçimlerde tanımlanmıştır. Bu çerçevede 'sistematiği' ifadesi, benzer fiillerin tesadüfi olarak ortaya çıkmaması, aynı bağlam içinde gerçekleşen fiillerin bir organizasyon dâhilinde belli bir model/seyriz izlemesi olarak yorumlanmıştır.⁷⁷ Ruanda Mahkemesi, *Akayesu* kararında ise sistematiği unsurunu bu tanımdan ayrılarak "kamusal ve özel kaynakların esaslı biçimde kullanımını gerektiren, ortak bir politika çerçevesinde bütünü itibarıyla organize edilmiş ve düzenli bir seyriz izleyen/belirli bir çerçevede gerçekleşen saldırı" olarak tanımlamıştır.⁷⁸

Yaygın ve sistematiği kavramları, her ne kadar Roma Statüsü'nde "veya" ifadesi ile bağlanarak saldırının yaygın veya sistematiği olması insanlığa karşı suçların oluşması bakımından yeterli görülmüşse de bu iki kavramın sık sık örtüştüğü veya aynı kriterler dâhilinde ortaya çıktığı gözlemlenmektedir.⁷⁹ Bu açıdan Yugoslavya ve Ruanda Mahkemeleri, insanlığa karşı suçun unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit için mağdur sayısı, işlenen fiillerin karakteri, bu fiillerin işlenmesindeki amaçlar, bir planın olup olmadığı, bu fiillerin arka planında

⁷⁵ *Akayesu* (ICTR-996-4-T), 2 Eylül 1998, para. 580, ayrıca bkz. Rutaganda (ICTR-96-13-T), 6 Aralık 1999, para. 69.

⁷⁶ *Kordic* vd. (IT-95-14/2-T), 26 Şubat 2001, para. 179.

⁷⁷ *Kunarac* vd. (IT-96-23/1-A), 12 Haziran 2002, para. 93-97.

⁷⁸ *Akayesu* (ICTR-996-4-T), 2 Eylül 1998, para. 580.

⁷⁹ *Schabas*, 2006, s. 193.

belli bir grubun imhası, zayıflatılması veya bu gruba zulüm edilmesi gibi politik bir amacın veya ideolojinin bulunup bulunmadığı, yüksek rütbeli askeri yetkililerin veya önemli politik figürlerin söz konusu fiillerin işlenmesinde rollerinin olup olmadığı, kamusal ve özel kaynakların kayda değer bir biçimde kullanılıp kullanılmadığı hususlarını da değerlendirmişlerdir.⁸⁰

Statüdeki diğer şart olan bir devlet veya örgüt politikasının icrası çerçevesinde işlenmiş olması Statü'nün eki durumundaki Suçların Unsurları belgesinde⁸¹ tanımlanmıştır. Suçların Unsurları belgesinde insanlığa karşı suçların işlenmesi bakımından plan, "devletin veya örgütün aktif bir biçimde insanlığa karşı suçların unsuru olan saldırıyı desteklemesi ve teşvik etmesi" olarak tanımlanmaktadır. Fakat aynı maddenin açıklayıcı dipnotuna göre, (dipnot 6) istisnai hallerde, *bilerek*⁸² hareketsiz kalmak suretiyle insanlığa karşı suç teşkil eden bir "saldırının" teşvik edilmesi durumunda bir planın varlığı kabul edilecektir. Şerhin şerhi olarak aynı dipnotun 3. cümlesi ise *sadece* hükümet ve örgütün herhangi bir biçimde hareketsiz kalması vakiasının zorunlu olarak böyle bir planın varlığını sonuçlamayacağını belirtmektedir. Doktrinde, iç tutarlılığı bakımından epeyce sorunlu bu madde bağlamında plan genellikle hareketsiz kalma, hoş görme veya rıza gösterme olarak anlaşılacaktır.⁸³

⁸⁰ *Kunarac* vd. (IT-96-23/1-A), 12 Haziran 2002, para. 95; *Jeticic* (IT-95-10-T), 14 Aralık 1999, para. 53; *Blaskic* (UT-95-14-T), 3 Mart 2000, para. 203. Ayrıca bkz., Uluslararası Ceza Mahkemesi Ön Soruşturma Dairesi'nin El Beşir ile ilgili verdiği karar, ICC, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest Against Omar al-Bashir, Al Bashir (ICC-02/05-01/09), 1, 4 Mart 2009, para. 81.

⁸¹ *Elements of Crimes*, <http://www.icc-cpi.int> adresinden erişilebilir.

⁸² Bilme unsuru burada kuşkusuz bir tüzel kişilik olan ve uluslararası ceza hukuku bakımından ceza sorumluluğu olmayan devlet açısından değil, devlet adına hareket eden kişiler ile bağlantılı olarak aranacaktır.

⁸³ *Ambos, Kai, 'Crimes Against Humanity and the International Criminal Court'*, in *Sadat, Leila, Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, s. 286.

Roma Statüsü'nde 'saldırı' olarak tanımlanan bağlam (*context/chapeau*) unsurunun fail tarafından bilinmesi zorunludur. Başka bir ifade ile fail, işlediği suçun, "karakteri ve sonuçları itibarıyla"⁸⁴ Roma Statüsü'nün aradığı özellikleri içeren saldırının bir parçası olduğunu bilmelidir.⁸⁵ Bilme unsuru Roma Statüsü'nde "bir şartın varlığının veya bir sonucun hayatın olağan akışı içinde gerçekleşeceğinin bilinmesi" (md. 30(3)) olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla, uluslararası örfi hukuku büyük oranda açıklayıcı bir belge niteliğinde olan Roma Statüsü'nde failin suç ile saldırı arasındaki bağlantıyı bilmesinin yeterli olduğu, ayrıca soykırım suçunda olduğu gibi özel kast aranmayacağı belirtilmektedir. Ceza hukuku dogmatikliğinde tartışmalı bir kavram olarak özel kast, suçun unsurları tanımlanırken failin amaç veya saikin de tanımlanmış olmasıdır.⁸⁶ Örneğin soykırım suçunun işlenebilmesi için özel kastın zorunlu olduğu konusunda genel bir görüş birliği vardır, zira soykırım suçunun belirli sayıda fiilin ulusal, etnik, ırki veya dini bir grubun tamamen veya kısmen imha edilmesi amacı/saiki ile işlenmiş olması gerekir. Buna karşılık, insanlığa karşı suçlara ilişkin Nuremberg Statüsü ile Roma Statüsü'nde failin amacına yer verilmemiştir. Nitekim, Yugoslavya Mahkemesi, Tadic kararında ayrımcı saikin sadece "zulüm" suçu bakımından gerekli olduğuna, insanlığa karşı diğer suçların manevi unsurunu oluşturmadığına hükmetmiş idi.⁸⁷ Mahkeme, aksi yorumun insanlığa karşı suçların kapsamını daraltacağını ve sivil nüfusa karşı rastgele/gelişigüzel ve herhangi bir ayırım gözetmeyen şiddetin bu suç adı altında cezalandırılmasının mümkün olmaması sonucu doğuracağını belirtmektedir. Nitekim, Nazi rejimi

⁸⁴ Kunarac (IT-96-23/1-A), 12 Haziran 2002, p. 99, Bkz. ayrıca, deGuzman, Margaret, 'Crimes Against Humanity', Brown, Bertram (der.), *Research Handbook on International Criminal Law* içinde, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2011, s. 62-113, s. 74.

⁸⁵ Blaskic (IT-95-14-T), 3 Mart 2000, para. 244-247; Bagilishema (ICTR-95-1A-T), 7 Haziran 2001; Kunarac vd. (IT-96-23/1-A), 12 Haziran 2002, para. 102; Tadic (IT-94-1-A), 15 Haziran 1999, para. 271.

⁸⁶ Bkz. Özgenç, 'amaç veya saik' başlığı altında, Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014, s. 274-275.

⁸⁷ Tadic, (IT- 94-1-A), para. 284-288.

döneminde fiziksel ve zihinsel engellilik hali, cinsel yönelimi, yaşı dolayısıyla da insanlığa karşı suçların işlendiğini söylemek mümkün. Bu bakımdan, ayrımcı saiki insanlığa karşı suçun oluşması için zorunlu sayan düzenlemelerin, Roma Statüsü'nün açık hükmü ve uluslararası örfi hukuk ile çelişki içinde bulduklarının kabulü zorunludur. Failin saikinin, örneğin kişisel veya ayrımcı bir saikle hareket etmiş olmasının, önemi bulunmadığı genel olarak kabul görmektedir.⁸⁸

Son olarak, insanlığa karşı suçun unsurlarından yaygın veya sistematik saldırının sivil nüfusa karşı işlenmiş olması bağlamında kullanılan 'sivil nüfus' kavramı bu suçun işlenmesi için mağdur sayısının da önemli olduğunu ortaya koyarken sadece birbiri ile bağlantısız münferit mağdurlar aleyhine belirtilen suçların işlenmiş olmasının insanlığa karşı suç oluşturmayacağını belirlemektedir.⁸⁹ Diğer yandan "sivil nüfus"un askeri personeli içine almadığı genel kabul görmektedir. Sivil nüfus, bu bakımdan, uluslararası örfi hukuku kural hâline getirdiği düşünülen 1949 Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek 1997 tarihli Protokol I'in 50. maddesi çerçevesinde aktif bir biçimde çatışmanın içinde yer almayan kişileri ifade etmek için kullanılır.⁹⁰ Fakat, sivil grubun içinde silahlı çatışmanın taraflarına mensup kişilerin bulunması, işlenen suçların insanlığa karşı suç olma vasfını ortadan kaldırmaz.⁹¹

5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nda insanlığa karşı suç ilk kez tanımlanmıştır. Bu tanım insanlığa karşı suçun Roma Statüsü ve örfi hukuktaki çerçevesinden önemli farklılıklar

⁸⁸ Ambos, 2011, s. 292.

⁸⁹ Kunarac vd. (IT-96-23/1-A), 12 Haziran 1990, para. 90; Semanza (ICTR-97-20-T), 15 Mayıs 2003, para. 330; Naletilic vd. (IT-98-34-T), 31 Mart 2003, para. 235.

⁹⁰ Rutaganda (ICTR-96-3), Tadic (IT-94-1-A), 7 Mayıs 1997 para. 643; Kordic (IT-95-14/2-T), 26 Şubat 2001, para. 180; Bkz., Cryer ve diğerleri, s. 193.

⁹¹ Tadic (IT-94-1-A) 7 Mayıs 1997, para. 638; Kordic (IT-95-14/2-T), para. 180; Kayishema ve diğerleri (ICTR-95-1-T), 21 Mayıs 1999, para. 128.

taşımaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun 77. maddesine göre:

"Aşağıdaki fiillerin, siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan 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 tabi kılma,
- f) Cinsel saldırıda bulunma, çocukların cinsel istismarı,
- g) Zorla hamile bırakma,
- h) Zorla fuhşa sevk etme."

Bu tanım çerçevesinde Türk ceza hukukunda insanlığa karşı suçun unsurları bakımından ilk bakışta dikkat çeken husus, Roma Statüsü'ndeki "yaygın veya sistematik bir saldırı" ifadesinin yerine "bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi" ifadesinin benimsenmiş olmasıdır. Dolayısıyla Türk ceza hukukunda maddede belirtilen fiiller açısından yaygın olma koşuluna yer verilmemiş, sadece "bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi" aranmıştır.

Yine, insanlığa karşı suç, Roma Statüsü'nde genel kastla işlenebilen bir suç iken yeni Türk Ceza Kanunu'nda "siyasal, felsefi, ırki veya dini saikler" ifadesi ile özel kast ile işlenebilen bir suç olarak tanımlanmış,⁹² böylelikle soykırım suçunu karakterize eden özel kast unsuru eklenerek insanlığa karşı suçun kapsamı ciddi biçimde daraltılmıştır.

Madde gerekçesinde insanlığa karşı suçun Nuremberg Statüsü'nün 6/c maddesinden esinlenilmiş olduğu belirtilmektedir. Fakat yukarıda belirtildiği gibi, Nuremberg Statüsü'nde ayrımcı saik, sadece zulüm (*persecution*) fiili için aranmaktadır, bu suç tipinin dışında insanlığa karşı suçun tipik manevi unsuru olarak tanımlanmış değildir. Bu itibarla, bu

değerlendirmenin isabetli olmadığını söylemek herhalde yanlış olmayacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nda insanlığa karşı suçun maddi unsurları arasında Roma Statüsü'nde düzenlenen kimi suçlara yer verilmemiştir. Bu suçlar: kıyım (topyekûn imha); zorla kısırlaştırma; siyasi, ırki, ulusal, etnik, kültürel, dini, cinsiyet ayırımı ya da uluslararası hukuk bakımından izin verilmeyen diğer herhangi bir temele dayalı olarak Statü'nün 7. maddesi veya Statü'deki diğer suçlardan biri ile bağlantılı olarak işlenmesi halinde zulüm fiili; zorla kaybedilme; ırk ayrımcılığı ve cinsel kölelik. Bu fiillerin TCK'da tanınması zorunludur.

Aşağıda tartışılacağı üzere, zorla kaybetme fiilleri Türkiye'de yaygın ve sistematik bir biçimde gerçekleşmiş olmasına rağmen aynı suç Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Madde metninde, maddenin kaynağının Fransız Ceza Kanunu olduğu belirtilmektedir. Paradoksal bir biçimde, kaynak Fransız Ceza Kanunu'nda insanlığa karşı suçlar başlığı altında "kişilerin kaybettirilmesi ile sonuçlanan kaçırılma" suçu bulunmasına rağmen (md. 212-2) Kanun metninde zorla kaybetmenin spesifik olarak düzenlenmemiş olması, kuşkusuz bilinçli bir tercihtir. Türk Ceza Kanunu'nda zorla kaybetme suçunu karşılayabilecek tek hüküm kişi hürriyetini tahdittir ve açıktır ki, bu suç tipi, uluslararası bir suç tipi olarak zorla kaybetme suçunun vahametini yansıtmaktan uzaktır.

⁹² Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat, Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin, Ankara, 2009, s. 558.

Savaş Suçları

Savaşlar sırasında uyulması gereken kurallara ilişkin teamül hukuku; tarihin ilk medeniyetleri arasındaki savaşlara kadar uzanmakla birlikte, bu hukukun sözleşmelerle kodifikasyonu ancak 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren mümkün olmuştur.⁹³ 1864 tarihinde imzalanan 'Savaş Alanındaki Ordularda Bulunan Hasta ve Yaralıların Durumunun İyileştirilmesine Dair Cenevre Sözleşmesi' uluslararası insani/insancıl hukuk olarak ifade edilen savaş hukuku metninin kodifikasyonu açısından bir başlangıç olarak kabul edilmektedir. Savaş hukukuna ilişkin uluslararası örfi hukukta kuralları yazılı hale getirme ve yeni kurallar benimseme eğilimi yüzyılın sonunda ivme kazanmıştır. 1899 tarihinde üç önemli sözleşme imzalanmıştır: *I nolu Milletlerarası Uyuşmazlıkların Barışçı Yollarla Çözümüne Dair Sözleşme, II nolu Kara Savaşındaki Kural ve Teamüllere İlişkin Sözleşme, III nolu 1864 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin Deniz Savaşına Uyarlanmasına İlişkin Sözleşme*. Bu sözleşmeleri, 1907'de yine Lahey'de yapılan bir konferans sonucu kabul edilen sözleşmeler izlemiştir. Milletlerarası uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözümü, sözleşme borçlarının ödenmesi, kara savaşlarında tarafsız güçlerin ve kişilerin hak ve görevlerine ilişkin esasları düzenlemekle birlikte, on üç sözleşmenin büyük çoğunluğu savaş hukukunun denizlere uyarlanması amacıyla imzalanmıştır.⁹⁴

⁹³ Bkz. Cullen, s. 140; La Haye, Eve, *War Crimes in Internal Armed Conflicts*, Cambridge University Press, 2010, Cambridge, s. 104-106. Bkz. ayrıca, Tütüncü, Ayşe Nur, *İnsancıl Hukuka Giriş*, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2012, s. 4-12; Cryer vd., 267-268.

⁹⁴ I nolu Milletlerarası Uyuşmazlıkların Barışçıl Yollardan Çözümüne Dair Sözleşme, II nolu Sözleşme Borçlarının Ödenmesinde Kuvvet Kullanımının Sınırlanmasına Dair Sözleşme, III nolu Çarpışmaların (*Hostilities*) Başlamasına Dair Sözleşme, IV nolu Kara Savaşındaki Kural ve Teamüllere Dair Sözleşme, V nolu Kara Savaşında Tarafsız Güçlerin ve Kişilerin Hak ve Görevlerine Dair Sözleşme, VI nolu Çarpışmaların Başlangıcında Düşman Ticaret Gemilerinin Statüsüne Dair Sözleşme, VII nolu Ticaret Gemilerinin Savaş Gemilerine Dönüştürülmesine Dair Sözleşme, VIII nolu Otomatik Denizaltı Mayınların Döşenmesine Dair Sözleşme, IX nolu Savaşta Deniz Kuvvetlerinin Bombardmanına Dair Sözleşme, X nolu Cenevre Sözleşmesi İlkelerinin Deniz Savaşına Uydurulmasına Dair Sözleşme, XI nolu Deniz Savaşında Zapt Hakkının Kullanılmasına Dair Bazı Sınırlamalara İlişkin

Savaş hukukuna ilişkin kuralların kodifikasyonuna ilişkin son derece önem arz eden bu hükümlerin, esasen devletler bakımından yükümlülükler içerdiği, bireyler açısından cezai sonuç doğuracak hükümler ihdas etmediği belirtilmelidir.

Savaş hukuku ihlallerinden doğan cezai sorumluluk ilk kez 1919 tarihli Versay Antlaşması ile gündeme gelmiştir. Versay Antlaşması'nın 228. maddesinde, savaş hukuku ve teamüllerini ihlal eden kişilerin müttefik kuvvetler ve bu kuvvetlere yardımcı kuvvetler tarafından askeri mahkemelerde yargılanmalarının sağlanabileceği belirtilmiştir. 'Savaş hukuku ve teamüllerinin ihlali' kavramı savaş suçu biçiminde ise ilk kez Nuremberg Mahkemesi Statüsü'nde, md. 6/b ile doğrudan kullanılmıştır. Nuremberg Statüsü'nde, savaş suçları, uluslararası insani hukukun (savaş hukukunun) ihlali olarak tanımlanmış ve suçun maddi unsurları:

"işgal altındaki sivil nüfusa karşı öldürme, kötü muamele, tehcir, köleleştirme, savaş esirlerinin veya denizlerdeki insanların öldürülmesi ve kötü muamele, kamu ve özel mülkiyetin yağması, kentlerin ve köylerin hiçbir neden yokken yakılmaları, askeri bir gereklilik olmadığı halde yakıp yok etmeler (devastation)"

olarak tahdidi olmayacak biçimde sayılmıştır.⁹⁵ Statü'de savaş suçunun ilk kez tanımlanmış olması dolayısıyla, savaş suçları daha önce bir uluslararası hukuk metninde düzenlenmemiş olduğu için Nuremberg yargılamaları sırasında dile getirilen geçmişe yürüme yasağı, yukarıda değinildiği gibi, son derece güçlü bir argümandır.

İkinci Dünya Savaşı'nın yarattığı ağır tahribat ve devam eden soğuk savaş koşulları, savaşlar sırasında uyulması gereken asgari kuralların belirlenmesi zorunluluğu ile ilgili bir mutabakata ulaşılmamasını sağlamıştır. Savaş kavramını

Sözleşme, XII nolu Milletlerarası Ganaim (Ganimetlerin Müsaderesine) Mahkemesi Kurulmasına Dair Sözleşme, XIII nolu Deniz Savaşı Sırasında Tarafsız Devletlerin Hak ve Yükümlülüklerine Dair Sözleşme. Bkz. Tütüncü, s. 6-8.

⁹⁵ Cullen, Anthony, 'War Crimes' in Schabas, William/Bernaz, Nadia (der.) *Routledge Handbook of International Criminal Law*, Routledge, Londra, 2011, 2013 aynen baskısı, s. 140.

ikame eden 'silahlı çatışma' kavramı ilk kez 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nde kullanılmıştır.⁹⁶ Cenevre'de imzalanan dört sözleşme sırasıyla: I no'lu *Savaş Alanında Yaralı ve Hasta Silahlı Kuvvet Mensuplarının İyileştirilmesine Dair Sözleşme*, II no'lu *Denizdeki Yaralı ve Hasta Silahlı Kuvvet Mensuplarının İyileştirilmesine Dair Sözleşme*, III no'lu *Savaş Esirlerine Yapılacak Muameleye İlişkin Sözleşme*, IV no'lu *Savaşta Sivil Kişilerin Korunmasına İlişkin Sözleşme*'dir. Bu dört sözleşmenin ortak 2. maddesinde Sözleşme(ler) hükümlerinin ilan edilmiş savaş veya iki veya daha fazla taraf devlet arasında cereyan eden 'silahlı çatışma'larda uygulanacağını hükme bağlamıştır. 'Silahlı çatışmanın' iki devlet arasında ortaya çıkan ve silahlı kuvvetlerin müdahalesini gerektiren her türlü anlaşmazlığı kapsadığı kabul edilmektedir.⁹⁷ 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin uygulanabilmesi için savaşın mutlaka ilan edilmiş olması zorunluluğu yoktur, hatta bir devletin ülkesinin kısmen veya tamamen işgalinin direnişle karşılaşmaması durumunda dahi Cenevre Sözleşmeleri'nin hükümleri geçerlidir.

Bu dört sözleşmenin ortak 2. maddesinde "uluslararası silahlı çatışma" ifadesi tanımlanıp, hangi tür çatışmaların bu kapsamda değerlendirileceği belirtilmiştir. Ortak 3. maddede ise "iç çatışma" (internal/non-international armed conflict) kavramı tanımlanmaksızın,⁹⁸ bu maddede tanımlanan ihlallerin bir "iç çatışma" halinde işlenmesi durumunda da savaş hukukunun ağır ihlalleri (*grave breaches*) olarak değerlendirileceği hüküm altına alınmıştır. Anılan maddeye göre:

⁹⁶ 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin orijinal metinleri ve Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) ve Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 Haziran 1977 için bkz. <http://www.icrc.org/eng/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/index.jsp>. (Mart 2013).

⁹⁷ 'Silahlı çatışma' tanımına ilişkin bkz, Batur Yamaner, Melike, *Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması*, Arkan, İstanbul 2007, s. 22; Krş., Tütüncü, s. 53-54.

⁹⁸ Ayrıntılı olarak bkz., Moir, Lindsay, *The Law of Internal Armed Conflict*, 2. baskı, Cambridge University Press, Cambridge., 2004, s. 30-88.

"Yüksek Akit Devletlerden birinin toprağı üzerinde cereyan eden ve uluslararası silahlı çatışma niteliğı taşımayan silahlı çatışmalarda, çatışmanın her bir tarafı en azından aşağıdaki kuralları uygulamakla yükümlüdür.

Silahlarını bırakmış silahlı kuvvetler mensupları ve hastalık, yaralanma, tutukluluk veya diğer herhangi bir nedenle çatışma dışı kalmış kişiler (*hors de combat*) de dahil olmak üzere muharebelere (*hostilities*) katılmayan kişiler, ırkı, rengi, dini veya inancı, cinsiyeti, doğum ya da servet veya benzeri kriterlere dayalı olarak ayrımcılığa maruz kalmaksızın, her halükarda insanca muamele görecektir.

Bu amaçla, aşağıda belirtilen fiiller her zaman ve her yerde ne olursa olsun yukarıda belirtilen kişilere karşı yasaktır ve yasak kalacaktır:

- hayata ve vücut bütünlüğüne dönük saldırılar, özellikle her biçimde öldürme, sakatlama, zalimce muamele, işkence ve eziyet;*
- rehin almalar;*
- insan onuruna saldırı ve özellikle aşağılayıcı ve küçük düşürücü muameleler;*
- olağan biçimde teşekkül eden uygar milletler tarafından tanınan adli güvenceleri haiz bir mahkeme tarafından önceden verilmiş bir mahkumiyet hükmü olmaksızın verilmiş mahkumiyetler ve gerçekleştirilen infazlar.*

..."

Uluslararası silahlı çatışmaları düzenleyen Cenevre Sözleşmeleri içinde yer alan iç çatışmalar ile ilgili bu hüküm; karakter ve muhtevası itibarıyla 'sözleşme içinde sözleşme', 'minyatür sözleşme' olarak nitelenmiştir.⁹⁹ Ortak 3. maddenin, uluslararası hukukta sadece sözleşme değil, aynı zamanda insancıl hukukun genel esaslarını hüküm altına aldığı Uluslararası

⁹⁹ Bartels, Rogier, 'Timelines, Borderlines and Conflicts (The Historical Evolution of the Legal Divide Between International and Non-International Armed Conflicts)', *International Review of Red Cross*, c. 91, no. 873, 2009, s. 35-67, s. 38; Pictet, Jean, *The Geneva Conventions of 12 August 1949, Commentary, III Geneva Convention, Relative to the Treatment of the Prisoners of War*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1960, s. 34. Bu maddenin kabul edilmesine ilişkin tarihsel arka plana dair bkz., a.g.e. s. 27-34.

Adalet Divanı'nın *Nikaragua/ABD* kararında vurgulanmıştır.¹⁰⁰ Ne var ki, kısa süre içinde kabul edildiği dönem itibarıyla son derece önemli bir düzenleme öngören bu hükmün yetersiz olduğu kanaatine ulaşılmıştır. Zira 2. Dünya Savaşı'nın sona erdiği 1945 yılından itibaren silahlı çatışmaların çok önemli bir bölümünün iç silahlı çatışma olduğu ve iç silahlı çatışmaların uluslararası çatışmalara göre daha zalimane bir biçimde sürmekte olduğu anlaşılmıştır.¹⁰¹

1949 Cenevre Sözleşmeleri'ne, 1977 yılında ilave edilen I. ve II. Ek Protokol ise Cenevre Sözleşmeleri'nin silahlı çatışma tanımına önemli değişiklikler getirmiştir. Ek Protokol I md. 1(4) çerçevesinde BM Şartı'nda ve Devletlerarasında İşbirliği ve Dostane İlişkilere Dair Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirgesi'nde hüküm altına alınan ulusların kendi kaderlerini tayin hakkı kapsamında, sömürgeci hakimiyetine, yabancı işgale ve ırkçı rejimlere karşı yürütülen çatışmaların da silahlı çatışmalar olarak değerlendirileceğini ifade etmektedir. 1977 tarihli Ek II. Protokol'ün 1. maddesinde iç çatışma şöyle tanımlanmıştır:

"Bir yüksek akit tarafın ülkesinde, bu devletin silahlı kuvvetleri ile sorumlu bir komuta altında sürekli ve düzenli askeri operasyon yapmasına izin verecek ve bu Protokolün uygulanmasını gerektirecek ölçüde ülkesinin bir bölümünde kontrolü sağlayan silahlı kuvvetler veya örgütlenmiş isyancı silahlı gruplar arasında geçen çatışma".

Aynı maddenin 2. fıkrasında "iç karışıklık ve ayaklanma, izole şiddet eylemleri ve benzeri diğer eylemler", 'silahlı çatışma' tanımının dışında tutulmuştur. Protokolün 3. maddesinde ise, iç çatışmalarla ilgili bu Protokolün hükümlerinin "devletin egemenliği veya hükümetin sorumluluğu çerçevesinde bütün

¹⁰⁰ International Court of Justice, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, 27 Haziran 1986, s. 104 <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

¹⁰¹ Schindler, Dietrich/Toman, Jiri, *The Laws of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988, s. 689.

meşru araçlarla hukuk ve düzeni yeniden tesis etmesini veya millî birlik ve toprak bütünlüğünü sağlamasını engelleyecek biçimde" ileri sürülemeyeceği hükmü yer almaktadır.

Türkiye topraklarında bu anlamda bir iç çatışma bulunup bulunmadığı sorusunun aşağıda tartışılacağı gibi konu ile ilgili az sayıda çalışmada, sorunun Ek Protokol II çerçevesinde çözümlenmeye çalışıldığı gözlenmektedir. Örneğin, Türkiye topraklarında işlenen bazı fiillerin uluslararası ceza adaleti bağlamında değerlendirilmesi ihtimalini nihai olarak teslim eden bir görüşe göre:

"Uluslararası insancıl hukukun yerleşmiş anlayışından yola çıkılırsa, PKK ile yürütülen mücadelenin iç silahlı çatışma kapsamına sokulması hukuken tartışmalı görünmektedir. Zira, 1977 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek II. Protokole göre iç silahlı çatışmadan söz edebilmek için, hükümet karşıtı grubun "ülkenin bir bölümünde sürekli ve düzenli askeri hareket yürütmeye izin verecek ... düzeyde denetim sağlaması şarttır. PKK, bu amaca asla ulaşmamıştır".¹⁰²

Türkiye, II. Ek Protokole taraf değildir ve yukarıda belirtildiği üzere Türkiye açısından bağlayıcı olan uluslararası örfî hukukta bağlayıcı nitelikte bir kural haline gelen Cenevre Sözleşmeleri'nin anılan ortak 3. maddesidir. Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin (ICRC) belirttiği üzere,¹⁰³ Ek II. Protokol; Ortak 3. Maddeyi, bu maddenin halihazırda var olan uygulanma koşullarını değiştirmeksizin geliştirmekte ve tamamlamaktadır. Dolayısıyla, silahlı çatışma tanımına ilişkin sınırlayıcı tanım sadece anılan Protokol'ün uygulanması, daha açık bir deyişle

¹⁰² Önok, Rifat Murat, *Uluslararası Ceza Divanı'nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddî Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor*, Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu, Almanya Büyükelçiliği, (tarihsiz), s. 39. http://www.ucmk.org.tr/dosya/Yayin/UCM_rapor-web.pdf (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

¹⁰³ International Committee of the Red Cross (ICRC) Opinion Paper, Mart 2008, s. 4. <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict.pdf>

söz konusu Protokol'ün tarafları açısından bağlayıcıdır.

Nitekim II. Ek Protokol'den sonra, bu protokoldeki iç çatışma tanımını aşan çok önemli gelişmeler kaydedilmiştir. *Tadic* kararında Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (İstinaf Dairesi), "silahlı çatışma" kavramını yeniden yorumlamış ve "devletler veya devlet güçleri ile örgütlü silahlı güçler arasında veya bu grupların kendi içinde gerçekleşen *uzayan silahlı çatışma*" tanımını benimsemiştir.¹⁰⁴ Bu tanım Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin savaş suçlarını düzenleyen 8(2)(f) maddesine aynen alınmıştır.¹⁰⁵ Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, 8(2)(c)'ye göre:¹⁰⁶

"Uluslararası nitelik taşımayan bir silahlı çatışma, 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin müşterek 3. maddesinin ciddi ihlalleri; yani, çatışmalarda aktif olarak yer almayan kişilere, silahlarını bırakmış silahlı kuvvetler mensupları dahil hastalık, yaralanma, tutulma veya herhangi bir nedenle çatışma dışı kalmış (hors de combat) kişilere karşı işlenen ve Cenevre Sözleşmeleri Ortak 3. Madde'de belirtilen fiilleri savaş suçu olarak kabul etmiştir. Bu fiiller:

- a. Yaşam hakkına ve kişiye karşı şiddet, özellikle her türlü öldürme, sakat bırakma, zalimane muamele ve işkence;*
- b. İnsan onuruna hakaret eden, özellikle aşağılayan ve küçük düşürücü davranışlar;*
- c. Rehine alma;*
- d. Kanuna dayalı ve gerekliliği genel kabul görmüş hukuksal güvencelere sahip, olağan bir mahkeme kararı olmadan cezalandırma ve infaz."*

Mahkeme Statüsü'nde iç silahlı çatışma sırasında savaş suçu oluşturacağı belirtilen fiiller yukarıda sayılanlardan ibaret değildir. Aynı maddenin

¹⁰⁴ *Tadic*, (IT- 94-1-A), 2 Ekim 1995, para. 70 "protracted armed violence". Ayrıca bkz., s. 110-114. Haradinaj, Balaj ve Brahimaj (IT-04-84-T), 3 Nisan 2008, para. 394-398.

¹⁰⁵ Bkz., Cullen, 2011, s. 146-149.

¹⁰⁶ Sözleşmenin Türkçe çevirisi için bkz., Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu, http://www.ucmk.org.tr/images/belgeler/uluslararası_ceza_mahkemesi_roma_statusu.pdf, (Son erişim tarihi: Eylül 2015).

e bendinde uygulanabilir hukukun ve teamüllerin diğer ciddi ihlalleri şöyle sayılmıştır:

- a.** Çarpışmalarda doğrudan yer almayan sivillere karşı veya sivil nüfusa karşı kasten saldırı düzenlenmesi;
- b.** Uluslararası hukuka uygun bir şekilde Cenevre Sözleşmelerinin ayırt edici amblemlerini kullanan personele, malzemeye, tıbbi birimlere ve nakliye araçlarına kasten saldırı düzenlenmesi;
- c.** Silahlı çatışma hukukuna göre, sivillere ve sivil nesnelere sağlanmış korumaya hak kazanmaları şartıyla, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne uygun bir şekilde insani yardımda veya barış gücü görevinde bulunan personele, tesislere, malzemeye, birimlere veya araçlara karşı kasten saldırı düzenlenmesi;
- d.** Askeri amaçlı olmaması koşuluyla dini, eğitim, sanat, bilim veya hayır amaçlarıyla kullanılan binalara, tarihi eserlere, hastanelere ve hasta ve yaralıların toplandığı yerlere bilerek saldırı düzenlenmesi;
- e.** Saldırı sonucu ele geçirilmiş olsa dahi, bir kenti ya da yeri yağmalama;
- f.** 7.maddenin 2(f) paragrafında tanımlandığı gibi ırza geçme, cinsel köleleştirme, fahişeliğe zorlama, hamileliğe zorlama, kısırlaştırmaya zorlama veya Cenevre Sözleşmeleri'ni ciddi şekilde ihlal eden diğer cinsel şiddet çeşitlerine başvurulması;
- g.** 15 yaşından küçük çocukların, ulusal silahlı kuvvetlere çağırılması, askere alınması veya çatışmalarda aktif olarak kullanılması;
- h.** Çatışmadan kaynaklanan nedenlerden dolayı, sivillerin güvenliği veya askeri nedenler gerektirmedikçe sivillerin yer değiştirilmesi talimatı verilmesi;
- ı.** Karşı tarafın savaşanlarını haince öldürme veya yaralama;
- j.** Merhamet gösterilmeyeceğini ilan etme;
- k.** Karşı tarafın hakimiyeti altında bulunan kişilerin tıp, dış veya hastane tedavisi gerekliliği olmadan, kişisel çıkarlarına aykırı bir şekilde ölüme yol açabilecek veya sağlığı ciddi tehlikeye düşürebilecek nitelikte tıbbi veya bilimsel deneylere tabi tutulması veya fiziksel sakatlanmaya maruz bırakılması;
- l.** Savaşın gereklilikleri elkoymayı veya imha etmeyi zorunlu kılmadıkça düşman mallarının

imha edilmesi veya bu mallara el konulması;
m. Zehir ya da zehirlenmiş silahlar kullanılması;
n. Boğan, zehirli ya da diğer gazların ve buna benzer her türlü sıvı, madde veya aletlerin kullanılması;
o. Çekirdeği tamamen kaplamayan sert kovanlı ya da yarıkları olan mermiler gibi, insan vücudunda patlayan ya da ilerleyen mermilerin kullanılması.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde, Ek Protokol II ile paralel olarak iç karışıklık ve gerginlikler, isyanlar ile izole ve düzensiz şiddet olaylarıyla benzer nitelikteki hareketlerin iç çatışma olarak değerlendirilmeyeceği belirtilmiştir (8(2)(d) ve (2)(f)). Dolayısıyla Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü 'uzayan silahlı çatışma' olarak açık bir biçimde iç silahlı çatışmanın tanımında sürenin belirleyici önemi haiz olduğunu belirtmiş ve örnek olarak saydığı ve bu bağlam içinde doğası gereği değerlendirilmesi mümkün olmayan kısa süreli iç karışıklık ve gerginlikleri, münferit ve düzensiz şiddet olaylarını bu kapsamın dışında tutmuştur. Bu haliyle, uluslararası hukuk doktrininde haklı olarak belirtildiği üzere, sonra gelen hukuk kuralı, '*lex posterior*', olduğu ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü uluslararası bir konferansta kabul edildiği için iç çatışmaya ilişkin geçerli tanımın bu tanım olduğu kabul edilmektedir.¹⁰⁷

Uluslararası örfi hukukta ve sözleşmeler hukukunda "uzayan silahlı çatışma" tanımı çerçevesinde olağanüstü hâl bölgesinde bir iç çatışma hâlinin bulunduğunu söylemek mümkündür. Nitekim bu durum, dolaylı bir biçimde hükümet mensupları tarafından kabul edilmiştir. Bu açıdan, 1993 yılında dönemin Başbakanı Tansu Çiller'in "Türkiye, milis hareketi niteliğine dönüşmüş ve yaygınlaşmış bir terör hareketiyle karşı karşıyadır" saptaması da çatışmanın niteliğine ilişkin dönemin siyasi iktidarının en yetkin sözcüsünün yaklaşımını kısmen de olsa gözler önüne sermektedir.¹⁰⁸ Yine gerek Oslo

¹⁰⁷ Batur Yamaner, s. 36 (Eric David, *Principes de Droit des Conflits Armes* kitabındaki görüşlerine atfen).

¹⁰⁸ Konuyla ilgili bir haber için bkz, *Vatan*, 7 Temmuz 2009: http://haber.gazetevatan.com/Devleti_ciplak_gormustum/242283/1/Haber (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

görüşmeleri gerekse barış sürecine ilişkin görüşmeler gerekse de Eylül 2015 itibarıyla süreç kesintiye uğramış olsa da çatışmaların niteliği, çatışmaların uluslararası hukuk bakımından iç silahlı çatışma olarak değerlendirilmesinin zorunluluğuna işaret etmektedir.

Yine, aşağıda belirtileceği üzere, BM Yasadışı, Acil ve Keyfi İnfazlar Komisyonu raporlarında bölgedeki çatışma, 'istikrarlı ve tutarlı bir biçimde silahlı çatışma' (armed conflict) olarak tavsif edilmiştir.¹⁰⁹ Çok yakın bir tarihte, AİHM, Şırnak'ın Kuşkonar ve Koçağılı köylerinin bombalanması sonucu 38 kişinin öldüğü olaya ilişkin yaşam hakkı ve işkence yasağının ihlal edildiğine ilişkin *Benzer vd./Türkiye* kararında Cenevre Sözleşmeleri Ortak 3. Maddeye atıfta bulunmuştur.¹¹⁰ Günlük basında, teyidi şu an için mümkün olmamakla birlikte, Genelkurmay tarafından söz konusu atfın TSK mensuplarının "uluslararası ceza mahkemelerinde sanık yapılmasının önünü açabileceği" için kararın temyiz edileceği haberleri yer almıştır.¹¹¹

İlgili haberin kaynağına ilişkin resmi bir doğrulama söz konusu olmasa da Türkiye'nin bölgedeki çatışmaya ilişkin terminolojiye dönük hassasiyetinin nedenleri açıktır. Türkiye Cumhuriyeti devleti iç çatışma tanımının kabulünü kesinlikle reddetmektedir. Türkiye'de

¹⁰⁹ Commission on Human Rights, 'Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions' (Report by the Special Rapporteur Bacre Waly Ndiaye, submitted pursuant to Commission on Human Rights Resolution 1993/71), E/CN.4/1994/7, 7 Aralık 1993, s. 133, 138; Commission on Human Rights, 'Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions', Report by the Special Rapporteur Bacre Waly Ndiaye, submitted pursuant to Commission on Human Rights Resolution, 1994/82, E/CN.4/1995/61, 14 Aralık 1994; Commission on Human Rights 'Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions' (submitted by the Special Rapporteur, Bacre Waly Ndiaye, pursuant to Commission on Human Rights Resolution), E/CN.4/1995/61, 14 Aralık 1994, s. 96; Commission on Human Rights, Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions (submitted pursuant to Commission on Human Rights Resolution 1995/73), Bacre Waly Ndiaye, 25 Ocak 1996, E/CN.4/1996/4, s. 113.

¹¹⁰ *Benzer vd. /Türkiye* (Başvuru no: 23502/06), 12 Kasım 2013, para. 89.

¹¹¹ Zeyrek, Deniz, "Özgürlük Savaşçısı' Ne Demek?", *Hürriyet*, 24 Şubat 2014, <http://www.hurriyet.com.tr/ozgurluk-savascisi-ne-demek-25877930> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

bu söylemin temel dinamiklerini özetleyen bir çalışmaya uzun bir atıfta bulunmak bu bakımdan burada zorunlu hale gelmektedir:¹¹²

“(B)ir terör örgütü olan PKK/Kongra-gel'e, ortak 3. madde altında hak ve yükümlülük sahibi olmasını gerektirecek kadar bile olsa hukuksal bir kişilik kazandıracak olması nedeniyle maddenin uygulanmasına karşıdır. İkinci olarak Türkiye, ortak 3. madde hükmünü kabul etmenin, uluslararası topluma, devletin iç güvenliğini sağlamaktan bile aciz olduğu yönünde yanlış bir mesaj gönderebilecek olmasından dolayı rahatsızdır. Üçüncü olarak, Türkiye'nin taraf olduğu insan hakları belgeleri ve iç mevzuatı hiçbir ayırım yapmadan herkese çok daha fazla hak ve özgürlük sağlamaktadır... Türkiye'nin terörle mücadele ortamında uluslararası insancıl hukuk yaklaşımını kabul etmemesinin ardındaki dördüncü nedeni, PKK'nın bir terör örgütü olarak savaş hukuku kurallarına saygı göstermemesidir. Beşinci neden, PKK terör örgütünün saldırılarını yalnızca ülke içinde değil; ülke dışından özellikle Irak'ın kuzeyindeki terör üslerinden gerçekleştirmeye devam etmesidir. Tüm bu nedenlerle, Türkiye, Güneydoğu'da (yaşananları mı?), ülke içi terörizmle karşı koyma hareketi (domestic counter terrorism) olarak nitelendirmektedir.”

Resmi görüş bu çerçevede birbirinden farklı argümanları içermektedir. Çatışmanın özellikle başta Irak'ın kuzey bölgesi olmak üzere komşu ülkelere yayılan niteliği ve PKK'nın ulusların kendi kaderini tayin hakkı çerçevesinde hareket ettiği deklarasyonu ile¹¹³ II. Protokol yerine I. Protokol'e taraf olma isteğinin uluslararası hukuk ve uluslararası ceza hukuku bakımından sonuçları ayrıca değerlendirilmeye muhtaçtır. Fakat her halükarda, Türkiye topraklarında cereyan eden çatışmalar en azından bir iç çatışma niteliği görünümündedir.

Kuşkusuz, silahlı iç çatışmanın bir iç çatışma değil, salt terörle mücadele olarak değerlendirilmesi

¹¹² Taşdemir, Fatma, *Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku*, Adalet, Ankara, 2009, s. 290-293.

¹¹³ Bkz. Batur Yamaner, s. 28.

Türkiye'ye özgü değildir.¹¹⁴ Örneğin Kolombiyalı FARC'ın silahlı çatışmanın taraflarından biri olduğu uzun bir zaman inkar edilmiştir, keza Çeçenistan'da Rusya ve Çeçen güçler arasında benzer bir tavsif sorunu öteden beri bulunmaktadır. Fakat örneğin Amerikan İnsan Hakları Komisyonu 1997 tarihli Abella/Arjantin kararında isyancı grupların örgütlenmiş olmasına özel bir önem atfederken, çatışmanın büyüklüğü ve belli bir toprak parçası üzerinde kontrolü ele geçirmiş olması şartının varlığını zorunlu bulmamıştır.¹¹⁵ Bu davada önemli bir kriter olaya silahlı kuvvetlerin dahilidir, zira bir çatışmada devletin genel kolluk gücü olarak polisin yanında silahlı kuvvetlerin müdahalesinin, çatışmanın niteliğini iç çatışma düzeyine çıkardığı kabul edilmiştir. Bu görüş, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Fatmir Limaj kararında benimsenmiş¹¹⁶ ve Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin görüş bildiren raporlarında da ifadesini bulmuştur.¹¹⁷ Nitekim, uluslararası hukuk doktrinde de silahlı çatışmalar konusunda temel referans metinlerden birini yazan Dietrich Schindler çarpışmaların (*hostilities*) silah gücüyle sürmesi ve hükümeti isyancılara karşı sadece polis kuvvetlerinin değil, silahlı kuvvetlerin kullanılmasını zorunlu kılacak yoğunluğa erişmesi gerektiğini belirtmektedir.¹¹⁸

Fakat yukarıda belirtildiği gibi, Türkiye Ek Protokol II'ye taraf olmadığı gibi, uluslararası

¹¹⁴ Abresch, William, 'A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya', *European Journal of International Law*, c. 16, sy.4, 2005, s. 741-767, s. 755.

¹¹⁵ Kararı zikreden Batur Yamaner, s. 32.

¹¹⁶ Fatmir Limaj (IT-03-66-T), 30 Kasım 2005, para. 135-170.

¹¹⁷ International Committee of the Red Cross (ICRC) Opinion Paper, Mart 2008, s. 3. <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict.pdf> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

¹¹⁸ Schindler, Dietrich, *The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols*, Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye, c. 163, 1979, s. 117-164, s. 147. Schindler, devamla şu belirlemelerde bulunmuştur: İkinci olarak, isyancılarla ilgili olarak, çarpışmaların kolektif bir karakter arz etmesi gerekir, başka bir deyişle sadece tekil gruplar tarafından sürdürülmemesi gerekir. Ayrıca, isyancıların da asgari düzeyde bir örgütlülük sergilemesi zorunludur. İsyancıların silahlı güçlerinin sorumlu bir komuta altında ve uluslararası insancıl hukukun minimum kurallarını yerine getirebilecek durumda olması gerekir.

hukukta halen geçerli olan tanım bu Protokol'ün belirlediği tanım olmaktan çıkmıştır. Türkiye Dışişleri Bakanlığı'nın¹¹⁹ sayfasındaki resmi açıklaması dikkate alınır, 1978 yılından beri varlığını sürdüren, 1984 yılından beri "düzenli şekilde silahlı eylem" gerçekleştiren ve 35.000 yurttaşın hayatını kaybettiği bir çatışmanın 'uzayan silahlı çatışma' olarak değerlendirilmemesine imkan bulunmamaktadır.

Son olarak, konuya dair bir başka bakış açısı da yaklaşımını iç çatışma koşullarında insan hakları hukukunun uygulanmasının reddi üzerine kuran Ankara Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Anıl Çeçen'in görüşüdür. Çeçen, Türkiye'de, kendi ifadesi ile 'etnik terör'ün artık silahlı bir çatışmaya dönüştüğünü kabul etmekte ve savaş hukukunun uygulanmasını savunmaktadır.¹²⁰ TBMM Terörle Mücadelede Yaşam Hakkı İhlalleri Alt Komisyonu'na yaptığı açıklamaya göre, daha önce bu çerçevede ifade ettiği görüşlere paralel olarak, uygulanması gereken hukukun, yine kendi ifadesi ile "1899-1907 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve protokolleri... (bir de) Lahey'de 13 tane sözleşme" olduğunu savunmuştur. Bu sözleşmelerin Türkiye topraklarında devam eden iç silahlı çatışma ile bağlantısını izaha dönük bir açıklama sözü konusu raporda bulunmadığı gibi, 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin bu bağlamda kategori dışı olarak değerlendirilip değerlendirilmediğini de anlamak mümkün değildir.¹²¹ Çatışmanın arz ettiği süreklilik ve asgari olarak uluslararası

¹¹⁹ Türkiye Dışişleri Bakanlığı'nın konuya ilişkin yaklaşımı şu linkte özetlenmiştir: http://www.mfa.gov.tr/pkk_kongra-gel.tr.mfa (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

¹²⁰ Çeçen'e göre, "terör kavramı aşılımıştır. Terör kavramı geride kalmıştır. Çünkü terör belirli bir noktada istisnaidir, kural dışıdır, süreklilik arz etmez." TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu, Terör ve Şiddet Olayları Kapsamında Yaşam Hakkı İhlallerini İnceleme Raporu', 24. Dönem, 3. Yasama Yılı (13 Şubat 2012), s. 178.

¹²¹ Konuyla ilgili bir haberde, Çeçen'in Cenevre Sözleşmeleri'ne atıfta bulunduğu anlaşılma birlikte, bu sözleşmelerin 1949 Cenevre Sözleşmeleri olup olmadığı konusunda bir netlik bulunduğu söylenemez. Bkz., Hülya Karabağlı'nın T24'teki 'Dünya Bankası Kürtleri Çocuk Yapmaya Teşvik Ediyor' haberi, <http://t24.com.tr/haber/prof-anil-cecen-dunya-bankasi-kurtleri-cocuk-yapmaya-tesvik-ediyor>, 191227.

insani hukukun uygulanmasını gerektiren bir boyutta olduğunun kabulünden ise bu bölgede insan hakları hukukunun uygulanmaması sonucu çıkmasının anlaşılması güçtür. Nitekim, emekli AİHM Yargıcı ve CHP eski milletvekili Rıza Türmen Cenevre Sözleşmeleri'nin uygulanması halinde mahkum olan PKK'luların savaş tutsağı sayılacağını ve savaş esiri sayıldıkları için Kızılhaç tarafından ziyaret edilebilecekleri ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden doğan yükümlülüklerin de kalkmayacağını savunmuştur.¹²²

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'ndeki tanımı belirleyen *ad hoc* Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve doktrinindeki görüşler çerçevesinde çatışma ile işlenen suç arasında bir illiyet bağlantısı bulunmalıdır. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'ne göre fiil, "özellikle, bir plan, siyasa (policy) ya da bu fiillerin geniş çaplı olarak işlenmesinin bir parçası" olarak işlenmiş olmalıdır. Doktrinde isabetle belirtildiği üzere 'özellikle' ifadesi fiilin mutlaka belli bir plan, siyasa ya da benzeri fiillerin geniş çaplı ihlal edildiği bir bağlamda işlenmesinin gerekmediğini imlemek için kullanılmıştır. Başka bir deyişle, sistematik olmayan fiiller de savaş suçu olarak değerlendirilecektir. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'ne ek Suçların Unsurları belgesinde belirtildiği üzere 'sistematik olmayan fiiller', failin işlediği "suçun çatışma bağlamında veya çatışma ile bağlantılı bir biçimde işlendiğini"¹²³ ifade eder. Nitekim *Kunarac* kararında, Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, savaş suçunu ulusal hukukta

¹²² Bkz., 'İnsan Hakları Hocası Kendi Dersinden Sınıfta Kaldı' haberi, *Radikal* (Tarık Işık), 12 Ocak 2012, http://www.radikal.com.tr/turkiye/insan_haklari_hocasi_kendi_dersinden_sinifta_kaldi-1075334 (Son erişim tarihi: Ekim 2015). Gazeteci Tarık Işık'ın toplanma ve örgütlenme hakkının sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı sorusuna Çeçen'in verdiği yanıt da dikkat çekicidir: "Tabii sınırlandırılabilir. Nerde bir topluluk varsa uydu üzerinden yer tespiti ile bir füze göndermek mümkün. 40-50 kişi bir araya geldiye ve bu olaylar tırmandırılmak isteniyorsa pek ala hedef olacak. O zaman terörün tırmanmasını önlemek üzere geçici bir süre, silahlı çatışma ortamı ortadan kalkana kadar bu tür toplantılar sınırlandırılabilir. Ama sürekli olur demiyorum."

¹²³ Suçların Unsurları (Elements of Crimes), md. 8(c).

tanınmış adi bir suçtan ayıran özelliğin suçun işlendiği silahlı çatışma bağlamı olduğunu, silahlı çatışma bağlamında işlenen fiillerin mutlaka planlı veya belirli bir plan ve politika (siyasa) ile desteklenmesi gerekmediğini belirtmektedir. Yugoslavya Mahkemesinin (ICTY), işlenen suç ile silahlı çatışma bağlamı arasında bulunması gereken illiyet bağlantısı bakımından da daha aşağı bir eşiği/standartı benimsediği iddia edilebilir. Zira Mahkeme'ye göre, savaş suçu teşkil eden fiilin mutlaka silahlı çatışma ile doğrudan doğruya bağlantılı olması gerekmez; silahlı çatışmanın varlığının suçun işlenmesinde önemli bir etkisinin bulunması asgari olarak yeterli olacaktır.¹²⁴ Mahkeme, işlenen fiil ile çatışma arasında böyle bir ilişkinin varlığının tespit edilmesinde, "silahlı çatışmanın mevcudiyetinin, failin suçu işleyebilmesi veya suç işleme kararını alması, işleme tarzı ve amacı bakımından" önemli olması halinde fiilin savaş suçu olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Yine, fiilin işlendiği zaman ve yer konusunda Mahkeme, mutlaka, çatışmaların bulunduğu belirli bir toprak parçasında ve belirli bir zamanda işlenmesinin zorunlu olmadığını vurgulamıştır.¹²⁵ Dolayısıyla çatışmaların sürdüğü coğrafyaya uzak bir yerde de savaş suçunun işlenmesi mümkündür.¹²⁶

Türkiye'de 2004 yılındaki değişiklikle 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nda uluslararası suçlar başlığı altında, karşılaştırmalı hukukta, başta yeni TCK'nın önemli ölçüde esinlendiği Alman Ceza Kanunu'ndan farklı olarak, soykırım ve insanlığa karşı suçlara yer verilirken savaş suçları ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Halihazırda, Askeri Ceza Kanunu'nda savaş suçları ile korunan hukuki değer ve suçun mağduru bakımından savaş suçlarına benzer fiiller olarak değerlendirilen suçlar: 'ganimet' (md. 122), 'yağmacılık' (md. 123), 'zaruret

¹²⁴ Kunarac (IT-96-23/1-A), 12 Haziran 2002, para. 58.

¹²⁵ Kunarac (IT-96-23/1-A), 12 Haziran 2002, para. 57.

¹²⁶ Dörmann, Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, s. 19-20; Cryer vd., s. 285.

olmaksızın başkasının mal ve mülkünü imha ve tahrip' (md. 125), 'zorla yağmacılık' (md. 126), 'muharebe meydanlarında ölülerin, esirlerin ve yaralıların mallarına tecavüz' (md. 127), 'ahaliye kanunsuz tasarrufta bulunma suçu' (md. 128), 'muharebe meydanında hıyanet ve muhriplerin mallarına tecavüz etme'dir (md. 159).¹²⁷ Fakat Askeri Ceza Kanunu'nda yer alan söz konusu suç tipleri hem savaş suçları bağlamında değerlendirilemediği için bu tavsifin vahametinin damgalayıcı etkisinden uzaktır hem de paralel biçimde yaptırım bakımından savaş suçları ile karşılaştırılması mümkün olmayacak hafiflikte yaptırımlara bağlanmıştır. Bu bakımdan, savaş suçları en kısa zamanda, başta Cenevre Sözleşmeleri ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü olmak üzere, karşılaştırmalı hukuk sistemlerindeki örnekler de dikkate alınarak TCK'da tanımlanmalıdır.

Türkiye'de, savaş suçu düzenlemesi yer almamasına rağmen, uluslararası hukuk çerçevesinde iç çatışmalarda işlenmesi mümkün suç tipleri, yaşam hakkına ve beden bütünlüğüne dönük suçlar, işkence ve kötü muamele yasağını ihlal eden fiiller, kişi özgürlüğünü tahdit eden rehine alma fiili ve adil yargılama ilkesine uygun biçimde verilen mahkeme kararları olmadan cezalandırma ve infazlar bu çatışma bağlamında işlendiğinde, bunların uluslararası hukukta savaş suçu olarak değerlendirilmesi zorunludur. Bu bakımdan Cizre olayları son derece kaygı vericidir.¹²⁸ Yukarıda belirtildiği gibi Türkiye'de halihazırda sancılı ve barış sürecinin kesintiye uğraması ile akıbeti şimdilik belirsiz silahlı çatışmanın süreç içinde Suriye ve Irak'taki gelişmeler dolayısıyla giderek daha fazla uluslararası bir nitelik kazanması dahi mümkündür. Dolayısıyla Türkiye'de iç hukukta bu fiillerin, aşağıda tartışıldığı üzere AİHS 7. madde ve BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi 15. madde çerçevesinde savaş suçu

¹²⁷ Aslan, Muzaffer Yasin, *Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları*, Seçkin, Ankara 2006, s. 274; Önok, s. 40.

¹²⁸ Bkz., Türkiye İnsan Hakları Vakfı'nın Cizre'de yaşam hakkı ihlallerine ilişkin raporu, 11 Eylül 2015, <http://tihv.org.tr/6163-2/> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

olarak kabul edilmesi mümkündür. Fakat aşağıda tartışılacağı gibi, başta yargısız infaz ve işkence fiilleri olmak üzere iç hukukta savaş suçu teşkil eden fiiller, iç hukuktaki tanımı çerçevesinde soruşturulmamış, hatta esasen teknik olarak bu suçların soruşturulmasını ve kovuşturulmasını engellemek için sayısız yöntemle başvurulmuştur.

Uluslararası Suçlarda

Cezasızlık Meselesi

Uluslararası suçların, ulusal ceza hukukundan kaynakları bakımından farklı olması dolayısıyla kanunilik ilkesinin dayanakları da farklıdır.

Uluslararası hukukun kaynaklarını belirlediği konusunda mutabakat bulunan¹²⁹ Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesine göre uluslararası hukukun kaynakları:

1. Uluslararası sözleşmeler,
2. Örfi hukuk,
3. Hukukun genel ilkeleri,
4. Mahkeme içtihatları ve uluslararası hukuk doktrini'dir.

Ulusal hukuk sistemlerinde ise; Kıta Avrupası hukuk sisteminde, ceza hukukunun yegane kaynağı kanundur. Dolayısıyla kanunla düzenlenmemiş bir suç tipi ile ilgili cezai bir sorumluluk kuralı doğmaz. Fakat, uluslararası ceza hukukunun kapsamındaki suçların, genellikle devlet ajanları tarafından işlenen ve cezasız kalması çok muhtemel suçlar olduğu için sadece iç hukuktaki tanımlamalarla yetinilmesi en azından tarihsel olarak mümkün olmamıştır.

Bu itibarla uluslararası hukukun da bir dalı olmak vasfıyla, uluslararası örfi hukuk, teamüli hukuk veya başka bir ifade ile 'yapılageliş hukukunun' da uluslararası ceza hukukunun kaynağı olduğu açıktır. Nitekim, uluslararası suçları yargı yetkisi kapsamında tanımlayan ve daimi olmayan uluslararası ceza mahkemeleri de (Nuremberg, Tokyo, Eski Yugoslavya ve Ruanda Mahkemeleri), fiilden sonra suçun yaratılması itirazına (*ex post facto law*) öncelikle ve temel olarak bu suçların örfi hukukta tanımlanmış olduğu tespiti ile karşılık vermektedirler.

¹²⁹ Bassiouni, Cherif, M. 'The Discipline of International Criminal Law' Bassiouni 2008 içinde, s. 3-40; Bantekas, Ilias/Nash, Susan, *International Criminal Law*, Cavendish, London, 2003, s. 2; Cassese, Antonio/Acquaviva, Guido/Whiting, Alex, *International Criminal Law: Cases and Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 5-26.

Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7.¹³⁰ ve Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 15. maddesi kanunilik ilkesini tanımlarken uluslararası hukukun bu niteliğine atıfla 'ulusal ve uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan fiil'den bahsetmiş ve her iki maddenin ikinci fıkrası kanunilik ilkesinin işlendiği zaman uluslar topluluğu (veya AİHS'e göre uygar uluslar) tarafından tanınan hukukun genel ilkelerine göre bir kimsenin yargılanıp, cezalandırılmasını istisna olarak tanımıştır.

Türkiye'de işlenen uluslararası suçlar açısından durum çok daha net olarak görünmektedir. Zira, Türkiye hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne hem de Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ne taraftır. Her iki sözleşmede de suç ve cezaların kanuniliği ilkesi belirtilirken ceza kanunları yanında uluslararası hukukun da ceza mevzuatının kaynakları arasında olduğu belirtilmiş ve işlendiği zaman yürürlükte olmasa dahi hukukun genel ilkelerine göre suç kabul edilen fiillerin suç vasfı taşıyacağı belirtilmiştir. İnsanlığa karşı suç, savaş suçları gibi uluslararası hukukta varlığı tanımlanmış bir suçtur. Hukukun genel ilkeleri çerçevesinde, insanlığa karşı suçun belirtilmemiş olması fiilin insanlığa karşı suç olarak tavsif edilmesini değiştirmeyecektir. Nitekim, 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 27. maddesi bir devletin, iç hukukunu, sözleşmeden kaynaklanan

130 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7. maddeye göre:

"1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

2. Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir."

Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi 15. maddesinde ise aşağıdaki düzenleme yer almaktadır:

"1. Hiç kimse işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir fiil veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Hiç kimseye işlendiği zaman verilebilecek cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Suçun işlenmesinden sonra, bir suça daha hafif bir ceza öngören bir yasa değişikliği yapıldığı takdirde fail yapılan bu değişiklikten yararlanır.

2. Bu maddedeki hiçbir hüküm işlendiği zaman uluslar topluluğu tarafından tanınan hukukun genel ilkelerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmalden ötürü bir kimsenin yargılanıp cezalandırılmasına engel oluşturmaz.

yükümlülüklerini yerine getirmemesinin gerekçesi olarak ileri süremeyeceğini hüküm altına almıştır.

1982 Anayasası md. 90/5'te normlar hiyerarşisinde usulüne göre yürürlüğe konulmuş anlaşmaların kanun hükmünde olduğu hükme bağlandıktan sonra, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı belirtilmektedir.¹³¹ Bu itibarla kanunilik ilkesinin dayanaklarından biri olarak uluslararası hukuku belirttikten sonra, ikinci fıkrasında kanunilik ilkesi bağlamında hukukun genel ilkeleri istisnası ve kriterini getiren, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7/2 ve Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi 15/2 maddeleri, iç hukukumuz açısından evleviyetle (*a fortiori*) bağlayıcı düzenlemelerdir.

Bu açıklamalar ışığında her ne kadar Türkiye henüz taraf olmamış olsa, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün, uluslararası hukukta hem sözleşme hem de örfi hukuk açısından son merhale olmak itibarıyla,¹³² Türkiye açısından da bağlayıcı sonuçlar taşıdığını kabul zorunludur. Nitekim, Uludere örneğinde olduğu gibi bazı suç tiplerinin ulusal hukuktaki tanımlar ışığında anlaşılabilmesi son derece güçtür.

131 Bu konuda eleştirel bir yaklaşım için bkz, Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2015, s. 279-281.

132 Önok, R. Murat, *Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Davanı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

TÜRKİYE'DE

ZORLA KAYBETME SUÇU:

HUKUKSAL BİR BOŞLUK

Uluslararası

Mevzuatta Zorla

Kaybetme Suçu

İkinci Dünya Savaşı sırasında Nazi Almanyası'nda çıkarılan bir kararname ile yaygın bir uygulama olarak ortaya çıkan¹³³ zorla kaybetme suçu, ilk kez uluslararası bir suç olarak Nuremberg Mahkemesi yargılamasında (Wilhelm Keitel)¹³⁴ ve yine Nazi rejiminin önde gelen hukukçularının yargılandığı Denetim Konseyi *Josef Altstoetter vd.* (*Justice* davası olarak da bilinmektedir)¹³⁵ davasında ortaya çıkmıştır. Alpkaya tarafından detaylarıyla tartışıldığı gibi, zorla kaybetmenin sadece savaş zamanlarında değil, uluslararası hukuka göre barış zamanlarında devletlerin kendi vatandaşlarına karşı işlemelerinin giderek Arjantin, Şili, Brezilya ve Uruguay olmak üzere Latin Amerika ülkeleri¹³⁶ ile Türkiye, Sri Lanka, Çeçenistan gibi ülkelerde yaygın bir pratik haline gelmesi ve böylelikle uluslararası insan hakları belgelerinin tanıdığı temel hak ve özgürlüklerin ağır ve geniş çaplı ihlâli, zorla kaybetme suçunun muhtelif deklarasyon ve sözleşmelerle tanımlanması zorunluluğunu beraberinde getirmiştir.¹³⁷ Bu sözleşmeler

¹³³ Bkz. Werle, Gerhard/Jeßberger, Florian, *Völkerstrafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, s. 362.

¹³⁴ Wilhelm Keitel'in ifade tutanaklarına şu adresten ulaşılabilir: <http://avalon.law.yale.edu/imt/04-03-46.asp#keitel1> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

¹³⁵ Justice Case, şu adresten erişilebilir: http://www.loc.gov/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-III.pdf (Son erişim tarihi: Eylül 2015).

¹³⁶ Bkz., örneğin, Ambos, Kai, *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen: Zur "Impunidad" in südamerikanischen Ländern aus völkerstrafrechtlicher Sicht*, Edition Iuscrim, Freiburg, 1997, Ott, Lisa, *Enforced Disappearance in International Law*, Intersentia, Cambridge, 2011.

¹³⁷ Arjantin, Bolivya, Brezilya, Şili, Kolombiya, El Salvador, Haiti, Honduras, Meksika, Peru ve Uruguay'da 1966 ve 1986 yılları arasında 90.000 kişinin zorla kaybetme suçuna maruz kaldığı tahmin edilmektedir. Molina Theissen'den aktaran Ott, s. 4. BM Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu'nun çalışmaları da bu bakımdan önemli veriler ortaya çıkarmaktadır. Örneğin, A/HRC/4/41/Add.1. 20 Şubat 2007 tarihli raporunda (s. 6) Çalışma Grubu, Guatemala'daki Hakikat Komisyonu verilerine

ve Birleşmiş Milletler deklarasyonları, zorla kaybetme suçunun faillerinin yargılanmaları konusunda uluslararası toplumun ve iç hukuk sistemlerinin hassasiyetini göstermekte ve uluslararası hukuktaki gelişmeyi ortaya koymaktadır. Nitekim, zorla kaybetmeyi engellemenin ve bu suçların soruşturulması ve faillerinin cezalandırılmasının uluslararası hukukta emredici (*jus cogens*) bir kural olma doğrultusunda olduğu yaklaşımı, başta Latin Amerika ülkeleri bakımından Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen kararlar olmak üzere, uluslararası yargı organları içtihatlarına yansımaktadır.¹³⁸ Bu itibarla, zorla kaybetme fiili, önce uluslararası hukukun ihlâli olarak kınanmış¹³⁹ ve giderek uluslararası sözleşmelerde ve örfi hukukta unsurları tanımlanan *uluslararası* bir suç olarak tavsif

göre 1979 ile 1986 yılları arasında 45.000 kişinin kaybolduğunu bildirmektedir. Birleşmiş Milletler Çalışma Grubu'na bu kayıpların 3.152'sinin yansımış olduğu kaydedilmektedir. Birleşmiş Milletler Çalışma Grubu'na göre El Salvador'da 8.000 kişinin zorla kaybedilmiş olduğu belirtilmektedir. (A/HRC/7/2/Add.2, 2007, s.9). Birleşmiş Milletler Çalışma Grubu'nun Sri Lanka ile ilgili 1999 tarihli raporunda 1980 yılından itibaren 12.258 zorla kaybetme vakası olduğu belirtilmektedir. E/CN.4/2000/64/Add.1, 21 Aralık 1999. Bu belgelere, www.ohrc.org/EN/HRBodies/CED adresinden ulaşılabilir (Son erişim tarihi: Eylül 2015).

¹³⁸ Bkz. örneğin, *Goiburu v. Paraguay* kararında Amerikalılararası Mahkeme zorla kaybetme suçu yasağının uluslararası hukukta *jus cogens* bir nitelikte olduğunu belirtmektedir, para. 84, http://www.univie.ac.at/bimtor/dateien/jachr_2006_Goiburu_vs_paraguay.pdf *Radilla-Pacheco v. Mexico*, para. 139, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_ing.pdf, s. 203; Casyto v. Peru, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_ing.pdf (Son erişim tarihi: Eylül 2015).

¹³⁹ Bkz., örneğin, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Kararı 33/173, 20 Aralık 1978, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu bünyesinde Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu'nu kuran belge E-CN.4-RES_1980-20(XXXVI) 'Question of Missing and Disappeared Persons', 29 Şubat 1980, Birleşmiş Milletler Deklarasyonu, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun 19 Nisan 2004 tarihli 2004/40 sayılı Kararı (<http://www.unhcr.org/refworld/docid/43f3136f.html>) (Son erişim tarihi: Eylül 2015), 19 Nisan 2004. Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi de 1984 yılında üye ülkeleri zorla kaybetme suçunun insan hakları bakımından sonuçlarını ve bu suç tipi bakımından mevcut düzenlemelerin yetersizliğini vurgulayarak zorla kaybetmeyi insanlığa karşı suç olarak tanımalarına ilişkin (md. 12) bir karar almıştır. <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=16239&lang=en> (Son erişim tarihi: Ekim 2015). 2005 yılında 1463 sayılı kararla bu ilkeleri yeniden vurgulamıştır. Karar metni için bkz., <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=17371&lang=en> (Son erişim tarihi: Eylül 2015).

edilmiştir. Bu deklarasyon ve sözleşmelerin tamamında zorla kaybetmenin *insanlığa karşı suç* oluşturduğunun altı çizilmiştir.

20 Aralık 2006 tarihinde kabul edilen ve 23 Aralık 2010 tarihinde yürürlüğe giren Herkesin Zorla Kaybetmelere Karşı Korunması Hakkında Uluslararası Sözleşme'de (md. 2) zorla kaybetme suçunun tanımı şu biçimde yapılmıştır: "Kişinin devlet görevlileri veya devletin yetkilendirilmesi, desteği veya göz yumması ile hareket eden kişi ve gruplar tarafından yakalanması, tutulması (*Entzug der Freiheit*), kaçırılması veya hürriyetinden başka herhangi bir biçimde mahrum edilmesi ve ardından hukukun korunmasından uzak kalması sonucunu doğuracak biçimde kişinin hürriyetinden mahrum bırakıldığının kabul edilmemesi veya kayıp kişinin akıbeti veya bulunduğu yerin gizlenmesi".¹⁴⁰ Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, zorla kaybetme öncelikle bir kimsenin herhangi bir biçimde hürriyetinden mahrum bırakılmasından mürekkep bir fiildir. Bu itibarla, zorla kaybetme fiilinin bu bakımdan nasıl başlamış olduğunun önemi bulunmamaktadır. Bu tespitin sonucu şudur: Sadece, hukuka aykırı biçimde tutulan kişiler değil, gözaltına alınmış veya hakkında tutuklama kararı verilen kişiler de zorla kaybetme suçunun mağduru olabilirler. Zorla kaybetme suçunun ikinci önemli unsuru, bu fiil ile mağdurun 'hukukun koruma alanı' dışına çıkarılmasıdır. Hukukun koruma alanı kavramı, kişinin akıbeti ve yerinin bilinmemesi, ulusal hukukun tanıdığı kanun yollarına başvuru imkanının bertaraf edilmesini anlatır. Kaybolan kişinin "habeas corpus", derhal hâkim karşısına çıkma hakkının varlığı inkâr edilirken, beden bütünlüğü, hayat, onur, cinsel dokunulmazlık, malvarlığı haklarının ciddi bir biçimde ihlâli riskinin ortaya çıkar. Suçun mağdurları tipik olarak, muhalif gruplar, aydınlar, siyasi parti temsilcileri, illegal örgüt üyeleri, sivil toplum örgütleri temsilcileridir. Zorla kaybetme suçunun mağdurları, kaybedilmiş

¹⁴⁰ Tanıma ilişkin tartışmalara dair bkz. Andreu-Guzmán, Federico, 'The Draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance', *The Review of the International Commission of Jurists*, c. 62-63, 2001, s. 73-106.

kişi yanında, akıbetine ilişkin hakikate dair aylarca, kimi zaman yıllarca bilgi verilmeyen mağdurun aile üyeleri ve yakınlarıdır.¹⁴¹ Kayıp yakınlarının zorla kaybetme fiilinin mağduruna ilişkin hakikati öğrenememesinin yarattığı acı ve endişe İnsan Hakları Mahkemeleri içtihatlarında, işkence, zâlimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele oluşturmaktadır.¹⁴² Bunun dışında zorla kaybetme fiilinin, mağdurun dâhil olduğu topluluğa, kolektife gözdağı vermeyi amaçladığı, bu bakımdan toplumun bütününe dönük yıkıcı etkilerinin olduğu konusunda da Birleşmiş Milletler Zorla ya da İrade Dışı Kaybetmeler Hakkında Çalışma Grubu'na yansıyan ciddi veriler bulunmaktadır.¹⁴³

Yukarıda belirtildiği üzere, zorla kaybetme suçu en yaygın biçimde Arjantin, Brezilya, Uruguay, Şili, Peru ve Guatemala gibi Latin Amerika ülkelerinde işlenmiştir.¹⁴⁴ Arjantin'i bu bakımdan zorla kaybetme fiilinin en yaygın biçimde gerçekleştiği ülke olarak değerlendirmek herhalde yanlış olmaz. Bu ülkedeki uygulama, sakinleştirici ilaçla uyutulan kişilerin Okyanus'a atılmasıdır. Ulusal Arjantin Komisyonu'na göre, 8.960 kişi sadece bu biçimde kaybedilmiştir.¹⁴⁵

¹⁴¹ BM Genel Kurulu'nun 33/173 sayılı "Kayıp Kişiler"e ilişkin kararı 20 Aralık 1978 ve 43/159 (1988); 44/160 (1990); 46/125 (1991) ve 47/132 (1992) sayılı kararları. Ayrıca aynı bağlamda, bkz. Amerikalulararası İnsan Hakları Komisyonu 1978 ve 1980-1981 yıllık raporları. Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1978, OEA/Ser.L/II.47, doc., 1979; Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights, 1980-1981, OEA/Ser.G, CP/doc.1201/1981, 1981, bu belgelere, <http://www.wcl.american.edu/humright/digest/database3.cfm> adresinden erişilebilir (Son erişim tarihi: Eylül 2015).

¹⁴² Scovazzi, Tulio/Citroni, Gabriella, *Struggle Against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007, s. 30.

¹⁴³ Bkz., örneğin, United Nations document E/CN.4/1985/15, para. 291, <http://www.ohchr.org> adresinden erişilebilir. (Ekim 2015). Ayrıca, bkz., XXIV International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Manila, 1981, Resolution II "Forced or involuntary disappearances", www.icrc.org (Ekim 2015).

¹⁴⁴ Vermeulen, M.L. *Enforced Disappearance, Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, Intersentia, Antwerp, 2012, s. 8.

¹⁴⁵ Göral, Özgür Sevgi/İşık, Ayhan/Kaya, Özlem, *Konuşulmayan Gerçek: Zorla Kaybetmeler*, Hafıza Merkezi, İstanbul, 2013, s. 2.

Bu bakımdan fiilin cezalandırılması ve tanımlanması çabaları öncelikle bu ülkelerde gündeme gelmiştir. Nitekim, başlangıçta kayıplar veya Latin Amerika ülkelerinde kullanılan ifadesi ile *desaparecidos* ile ilgili yargılamalar öncelikle kişi hürriyetinden mahrumiyet suç tipi bağlamında gerçekleştirilmiş ise de,¹⁴⁶ hâlihazırda, kişi hürriyetinden mahrumiyete göre özel bir düzenleme (*lex specialis*) teşkil eden zorla kaybetme suçu ile ilgili yargılamalar sürmektedir.

Zorla kaybetme Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 7/2(i) maddesinde "devletin veya siyasi bir örgütün yetkilendirmesi, destek vermesi veya göz yummasıyla, kişinin yakalanması, tutulması veya kaçırılması ve hukukun korumasından uzun bir süre faydalanmaması amacıyla kişinin hürriyetinden mahrum bırakıldığı kabul edilmemesi veya kişinin yeri veya akıbeti konusunda bilgi verilmemesi" olarak tanımlanmaktadır. Hukukun korumasından faydalanılmasını önlemenin amaç olarak belirtilmesi burada suçun spesifik karakterini ortaya koyarak fiil bakımından zorunlu tipik manevi unsuru ortaya koymaktadır. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü çerçevesinde fiil çok hareketli bir suç olarak tanımlanmıştır. Statü'de bu hareketler, bir veya birden fazla kişinin yakalanması, kaçırılması veya tutulması ve kaçırılmanın kabul edilmemesi veya kişi veya kişilerin yeri veya akıbeti hakkında bilgi verilmemesi olarak tanımlanmaktadır. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'ne ilave Suçların Unsurları belgesinde suçun niteliği gereği normal koşullarda fiilin bir veya birden fazla kişi tarafından işlenmesi gerekeceği belirtilmektedir.¹⁴⁷ Bu tanım ile öncelikle, devlet görevlileri veya herhangi bir biçimde devlet adına çalışanların dışında 'siyasi örgüt' mensuplarının da bu suçun faili olabileceği belirtilmiştir. Madde metnindeki ikinci yenilik, Uluslararası Ceza

Mahkemesi Statüsü'nde zorla kaybetme fiilinin gerçekleşmesi için kaybetmeyi nitelemede kullanılan "uzun bir süre" ifadesidir. Statü ile eklenen uzun bir süre ifadesiyle ilgili her ne kadar açıklık bulunmamakta ise de uluslararası sözleşmeler ile güvence altına alınan kişinin derhal hâkim karşısına çıkma zorunluluğu karşısında bu ifadenin dar yorumlanması gerekeceği açıktır.

¹⁴⁶ Bkz. Lafontaine, Fannie, 'Limitation for Enforced Disappearances: The Sandoval Case before the Supreme Court of Chile', *Journal of International Criminal Justice*, c. 3, sy. 2, 2005, s. 469-484.

¹⁴⁷ Suçların Unsurları (Elements of Crimes) metninde 7. Madde açıklaması ile ilgili 23. dipnot.

Türkiye'de

Zorla Kaybetme

Suç

Zorla kaybetme suçu, Türkiye kamuoyunun gündemine esas itibarıyla 1980'li yıllarda girmiştir. Aşağıda işkence suçu bağlamında kimi ayrıntılarıyla ele alınacağı üzere, 12 Eylül darbesi ve sıkıyönetim rejimi dönemi, öldürme, işkence, zulüm (*persecution*) gibi diğer fiillerin sivil nüfusa dönük saldırının bir parçası olarak olarak işlendiği bir dönemi karakterize etmektedir.¹⁴⁸ Zorla kaybetme suçu bakımından ise bu dönemin Türkiye'de, insanlığa karşı suçun tanımını gerçekleştirecek biçimde yaygın veya sistematik bir saldırının bir parçası olarak Roma Statüsü'ndeki tanımıyla "bir devlet politikası" dâhilinde işlendiğinin kuvvetle muhtemel olduğu ilk dönem olduğunu söylemek mümkündür. Bu ilk dönem, zorla kaybetme suçunun insanlığa karşı suç oluşturan diğer fiillere nazaran daha seyrek bir biçimde gerçekleştiğini belirtmek gerekir. Hafıza Merkezi verilerine göre, örneğin, 1980-1990 yılları arasında zorla kaybetme suçuna maruz kalan kişi sayısı 33'tür.¹⁴⁹

İkinci dönem ise, zorla kaybetmenin faili meçhul cinayetlerle birlikte yaygın ve sistematik hâle gelerek sivil nüfusa karşı terörle mücadele adı altında "özel harp yöntemleri"¹⁵⁰ uygulayan bir istisna rejimi çerçevesinde Olağanüstü Hâl Kanunu'nun¹⁵¹ yürürlükte olduğu 1990'lı

¹⁴⁸ Gökdemir, Orhan, *Faili Meçhul Cinayetler Tarihi*, 3. Baskı, Destek Yayınevi, İstanbul, 2011; Mavioğlu, Ertuğrul/Şık, Ahmet, *Kırk Katır Kırk Satır, Kontrgerilla ve Ergenekon'u Anlama Kılavuzu*, c. 1, İthaki, İstanbul, 2011; Yalçın, Soner, *Binbaşı Ersever'in İtirafı*, Doğan Kitap, İstanbul, 2011.

¹⁴⁹ Göral/Işık/Kaya, s. 22.

¹⁵⁰ Türkiye İnsan Hakları Vakfı İzmir temsilcisi Coşkun Üsterci'nin bu konudaki tespitleri ile ilgili bkz. *Evrensel*, 15 Aralık 2011, <http://www.evrensel.net/news.php?id=19408> (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).

¹⁵¹ 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu, 25 Ekim 1983, Resmi Gazete no: 18204, 27 Ekim 1983.

yıllardır.¹⁵² Hafıza Merkezi verilerine göre, gözaltında kayıpların en yoğun olduğu yıllar, sırasıyla 1994 (518), 1995 (232), 1996 (170) yıllarıdır.¹⁵³ Zorla kaybetmelerin dramatik bir biçimde arttığı 1990'lı yıllar, yukarıda belirtildiği gibi olağanüstü hâlin devam ettiği bölgelerde kimi yorumcular tarafından 'düşük yoğunluklu savaş' veya çatışmanın içinde aktif olarak yer alanlar açısından "gayri nizami harp"¹⁵⁴ olarak adlandırılan silahlı bir çatışmanın sürdüğü yıllardır. 1990'lı yıllarda, olağanüstü hâl bölgesinin dışında da, ya çatışma ile bağlantılı olarak veya terörle mücadelenin başka bir başlığı olarak değerlendirilen illegal örgütlerin üyeleri kişilere karşı da bu fiil işlenmiştir.¹⁵⁵ Zorla kaybetmenin, olağanüstü hâl bölgesi ile ülkenin diğer bölümlerinde benzer bir organizasyon ve şema içinde işlendiğine ilişkin ciddi işaretler bulunmakta ise de burada yaygın ve sistematik niteliği gereği olağanüstü hâl bölgesinde işlenen zorla kaybetmeler üzerinde durulacaktır.

Yukarıda belirtildiği gibi, zorla kaybetmenin yaygın veya sistematik bir biçimde bir devlet politikası dâhilinde işlendiğinin en önemli göstergesi, olağanüstü hâl bölgesinde işlenen gözaltında kayıpların benzer bir seyir izlemesi, aynı kişiler tarafından işlendiği yönünde kuvvetli delillerin bulunmasıdır. Zorla kaybetme fiillerinin hemen hepsinde, mağdurun bölge halkı tarafından daha önce bilinen kişiler tarafından aleni biçimde yakalandığı veya gözaltına alındığı, mağdurun akıbetine ilişkin bilgi verilmediği veya mağdurun akıbetine ilişkin gerçek dışı bilgiler verildiği ve sorumluların yargılanması için

¹⁵² Alpkaya, Gökçen, 'Uluslararası Hukukta Zorla Kaybetmeler', *Zorla Kaybetmeler ve Yargının Tutumu* içinde, Hafıza Merkezi, İstanbul, 2013, s. 45-60.

¹⁵³ Göral/Işık/Kaya, s. 26.

¹⁵⁴ Türkiye'de yaygın deyimle 'derin devlet' yapılanmasının önemli isimlerinden ve kendisi de faili meçhul bir cinayette öldürülen Binbaşı Cem Ersever "gayri nizami harp" ifadesini kullanmıştır, Yalçın, s. 53.

¹⁵⁵ Alpkaya, Gökçen, "'Kayıp'lar Sorunu ve Türkiye", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, c. 50, sy. 3-4, 1995, s. 31-63; Elçi, Tahir, Türkiye'de Gözaltında Kayıplar, *Diyalog*, 2009, http://e-kutuphane.ihop.org.tr/pdf/kutuphane/22_81_0000-00-00.pdf, s. 91-97 (Son erişim tarihi: Eylül 2015).

Zorla Kaybetme

Suçunun Unsurları

girişimde bulunan mağdur yakınlarının da açık veya zımnî biçimde tehdit edildiği insan hakları örgütleri tarafından rapor edilmiş, Başbakanlık ve TBMM komisyon raporlarına yansımış,¹⁵⁶ failleri tarafından açıklanmış ve yakın tarihlerde muhtelif davaların iddianamelerine yansımıştır. Yine, 1998 yılında Türkiye'ye bir ziyaret gerçekleştiren Birleşmiş Milletler Komisyonu da zorla kaybetme fiillerinin birbirine benzeyen bir seyir içinde gerçekleştiğini açıklamıştır.¹⁵⁷

Hafıza Merkezi'nin raporu da bu bakımdan bölgede zorla kaybetmelerin nasıl gerçekleştiğine ışık tutmaktadır.¹⁵⁸ Merkez'in yaptığı saha çalışması, zorla kaybetme suçunun nasıl işlendiğine ilişkin önemli veriler sunmaktadır. Bu sonuçlara göre, zorla kaybetme suçu mağdurları evlerinden, işyerlerinden veya sokakta gözaltına alınmakta, resmi kayıtları bulunmayan yakalamanın ardından ya mağdurlardan haber alınamamakta veya ölü bedenleri bulunmaktadır. Bu kişilerin akıbetine dair yürütülen soruşturmalarda da etkili soruşturma kriterlerine uygun bir soruşturma yürütülmemekte, yapılması zorunlu usulî işlemlerden imtina edilmektedir.¹⁵⁹

Bir bütün olarak iddianamelerde gösterilen deliller, raporlar ile tanık ve müşteki beyanları, "itirafçı" faillerin ikrarları¹⁶⁰ dikkate alındığında 1990'lı yıllarda gerçekleştirilen zorla kaybetme fiillerinin büyük bir bölümünün ordu içinde bir yapılanma olarak ortaya çıkan Jandarma İstihbarat ve Terörle Mücadele (JİTEM)¹⁶¹ mensupları tarafından işlendiği anlaşılmaktadır. JİTEM'in 1990'lı yıllardan bugüne Türk Silahlı Kuvvetleri içinde varlığı, konumu ve nihayet hâlihazırda devlet içindeki diğer güvenlik ve istihbarat birimleri ile ilişkisinin inkârı veya ancak kısmi kabulü, Türkiye'de zorla kaybetme suçu ile ilgili aşağıda tekrar değinileceği gibi neden etkin soruşturma yürütülemediğini açıklamaktadır.

JİTEM yapılanması ilk kez TBMM Faili Meçhul Siyasi Cinayetler Araştırma Komisyonu Raporu'nda geçmektedir.¹⁶² Bu raporda, Komisyon JİTEM'in faaliyetlerinin ne olduğunun anlaşılamadığını belirtmekle birlikte, komisyona verilen bilgiler çerçevesinde Jandarma bünyesinde yeni bir birim olarak tanımlanan JİTEM'in 'fonksiyon gaspı' üzerinde uzun bir değerlendirme yapmıştır. Komisyona göre, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'na göre (md. 4/a) "yıkıcı, bölücü terör ve devlet ile cumhuriyet aleyhine faaliyetler hakkında" istihbarat toplanması MİT'in görevidir, devletin başka organlarının bu konulara ilişkin yeni düzenlemelere giderek kendi görev ve yetkilerini aşmaması gerekmektedir, aksi durum ciddi karışıklıklara neden olabilecektir. JİTEM'in OHAL bölgesindeki faaliyetlerine bu biçimde itiraz

¹⁵⁶ Bkz. TBMM Faili Meçhul Siyasi Cinayetler Araştırma Komisyonu Raporu.

¹⁵⁷ BM Çalışma Grubu Türkiye Raporu, E/CN.4/1999/62/Add.2, s. 4.

¹⁵⁸ Hafıza Merkezi Hukuk Çalışmaları Ekibi adına, Ataktürk Sevimli (2013).

¹⁵⁹ A.g.e., s. 28.

¹⁶⁰ İtirafçı ifade ve ikrarlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz., Mavioğlu/Şık, s. 83-100.

¹⁶¹ A.g.e., s. 81-140.

¹⁶² TBMM Faili Meçhul Siyasi Cinayetler Araştırma Komisyonu Raporu, s. 57.

yükselten Komisyon ise, esasen kendisi yasadığı bir kurum olan JİTEM'in itirafçılarla işbirliği halinde faaliyetlerine dair tanıklıkları 'şaiya' olarak nitelendirilmiştir.¹⁶³

Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanı Kutlu Savaş tarafından hazırlanan Susurluk Raporu'nda JİTEM geçmektedir.¹⁶⁴ Söz konusu raporda, JİTEM'in ihtiyaçtan doğmuş olduğu belirtilirken, ancak zamanla aralarında geçici köy korucuları ve 3419 sayılı Pişmanlık Kanunu'ndan faydalanan "itirafçıların" da katılımı ile mensuplarının suç işlemeye tevessül ettikleri ifade edilmektedir. Bu raporda JİTEM'in hareket anlayışını yansıttığı belirtilen şu ifadeler özellikle dikkat çekicidir:

"OHAL bölgesinde bu karar (infaz kararı) mercii başçavuşlara, komiser yardımcılara çok daha önemlisi bu yetki dünkü terörist yarınki potansiyel suçlu itirafçılara kadar inmiştir. 1996 yılında Kolordu Komutanı'nın her türlü düzensizliğe son vermek için harekete geçmesi bu adam öldürmedeki keyfiliği de bir noktaya kadar önlemiştir. Çünkü mahkemelere kadar gitmiş bir konu nedeniyle elden ele teslim edilen kişilerin devlet elindeyken köprü altında ölü olarak bulunmasının faili meçhul olamayacağı

¹⁶³ A.g.e., s.57.

¹⁶⁴ Kutlu Savaş Raporu'nda JİTEM ile ilgili şu değerlendirmelerde bulunmaktadır: "Jandarma Genel Komutanlığı reddetse de JİTEM'in varlığı unutulabilir bir gerçek değildir. JİTEM kaldırılmış, tasfiye edilmiş, personeli başka birimlerde görevlendirilmiş, evrakları arşive gönderilmiş olabilir. Ama JİTEM'de görev yapan pek çok görevli hayattadır. Ayrıca JİTEM'in mevcudiyeti bir kusur da oluşturmamaktadır. Aslında JİTEM bir ihtiyaçtan doğmuştur. Korucular ve itirafçılar, PKK ile mücadelede ilk dönemde güvenlik kuvvetlerine büyük kolaylıklar sağlayarak etkili görev yapmışlardır. Bu durum güvenlik kuvvetlerinin sempatisini arttırmıştır. Özel Timler'in kırsal kesimde yetkili, etkili ve serbestçe hareket edebilmeleri giderek görev dışı davranışlara yönelmelerini ve içlerinde suç işleyenleri hoşgörür ile karşılama eğilimlerini arttırmıştır. Özel timlerin sevk ve idaresini koordine etmek için Jandarma içinde JİTEM olarak adlandırılan gurubun faaliyete geçirildiği görülmüştür. JİTEM bölgede etkili çalışmalar yapmıştır. Bunların çoğundan da mahalli Jandarma birliklerinin dahi haberi olmamıştır. Zaman içinde, JİTEM bünyesinde görev alan sivil ve askeri şahısların faaliyetleri yörede dikkati çeker hale gelmiştir. Bünyesinde çok miktarda korucu ve itirafçı bulunması sebebiyle ferdi suç oranı yükselmiştir." http://tr.wikisource.org/wiki/Susurluk_Raporu_%28Kutlu_Sava%C5%9F%29 (Şubat 2013).

aşikârdır."¹⁶⁵ (Vurgular ilave edilmiştir.)

TBMM Susurluk Komisyonu Raporu'nda da JİTEM'in varlığı, bilgilerine başvuru pek çok kişi tarafından doğrulanmıştır. Komisyon Raporu'nun genel değerlendirme bölümünde ise devlet içindeki istihbarat teşkilatları arasında koordinasyonsuzluk ve 'çekişmeden' bahsedilirken "JİTEM'in ne görev yaptığı tam olarak öğrenilememiştir. JİTEM'in varlığı tartışılırken eylemlerinin tartışmasız gerçek olduğu ortaya çıkmıştır."¹⁶⁶ ifadelerine yer verilmiştir.

Son olarak Kutlu Savaş tarafından hazırlanan rapora dayanarak, TBMM Darbeler Komisyonu Raporu'nda¹⁶⁷ da faili meçhul cinayetler JİTEM ilişkisi üzerinde durulmakta, JİTEM tarafından gözetilene alınan kişilerin kısa bir süre sonra cansız bedenlerinin köprü altlarında ve yol kenarlarında bulunduğu, büyük çoğunluğunun ise cesetlerinin dahi bulunmadığının altı çizilmektedir. Bu rapora göre, JİTEM'in varlığının inkar edilmesinin altında yatan sebep, esasen jandarmanın istihbarat sağlama yetkisinin olmayışı ve bu yetkinin PVSK Ek 7. maddede¹⁶⁸ yapılan değişiklikle Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Daire Başkanlığı'na verilmiş olmasıdır.

Her iki rapordaki (TBMM ve Kutlu Savaş raporları) ve 2006 tarihli Şemdinli Raporu'ndaki

¹⁶⁵ A.g.e.

¹⁶⁶ TBMM Araştırma Komisyonu Raporu, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1153.pdf> (Şubat 2013).

¹⁶⁷ TBMM 'Ülkemizde Demokrasiye Müdahale Eden Tüm Darbe ve Muhtıralar ile Demokrasiyi İşlevsiz Kılan Diğer Bütün Girişim ve Süreçlerin Tüm Boyutları ile Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyon Raporu', c.1, Dönem: 24, Yasama Yılı: 3, S. Sayısı: 376, s. 16, s. 125-126, http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss376_Cilt1.pdf (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

¹⁶⁸ Ek Madde 7 – (Ek: 16/6/1985 - 3233/7 md.) Polis, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayiş sağlama üzere, ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar.

beyanlar¹⁶⁹ ve eski "itirafçıların" itirafları 1990'lı yılların sonunda JİTEM mensuplarınca işlenen faili meçhul, insan öldürme, zorla kaybetme, işkence, uyuşturucu ve silah kaçakçılığı gibi suçların gündeme gelmesini sağlamıştır.¹⁷⁰ 1989 yılında dönemin İdil Cumhuriyet Savcısı İlhan Cihaner tarafından JİTEM'in kurucusu olduğu iddia edilen ve bu iddia bilahare kendi beyanı ile de doğrulanan Albay Arif Doğan hakkında üç köylünün öldürülmesi ile ilgili soruşturma başlatılmış ve nihai olarak dosya Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcılığı'na görevsizlik kararı ile gönderilmiştir.¹⁷¹ Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcılığı, Başbakanlık Teftiş Kurulu Raporu doğrultusunda soruşturmayı genişletmiş, JİTEM mensubu bir kısım şüpheli hakkında dava açılmıştır. Açılan bu davada görevli mahkeme, Diyarbakır 3 no'lu Devlet Güvenlik Mahkemesi, Diyarbakır 3. Ağır Ceza Mahkemesi, 7. Kolordu Askeri Mahkemesi, Diyarbakır Özel Yetkili 6. Ağır Ceza Mahkemesi ile Uyuşmazlık Mahkemesi arasında 10 yılı aşkın bir süre içinde ancak belirlenebilmiştir.¹⁷² Bu dosyanın ardından, 2004 yılında itirafçı Abdülkadir Aygan'ın 1994 yılından beri kayıp Murat Arslan'ın JİTEM tarafından öldürüldüğüne ilişkin Özgür Gündem gazetesine verdiği demecin ardından Murat Arslan'ın kemiklerinin bulunması üzerine aralarında 'Yeşil' kod adlı Mahmut Yıldırım, Abdülkadir Aygan gibi isimlerin de bulunduğu yeni bir soruşturma başlatılmıştır. İddianamede sanıklara "JİTEM adı altında 'sözde devlet' adına ancak yasadışı olarak" suç işlemek

169 Hakkari Merkez, Yüksekova ve Şemdinli İlçelerinde Meydana Gelen Olayların Araştırılması Amacıyla Kurulan (10/322, 323, 324) Esas Numaralı Meclis Araştırması Komisyonu Raporu, Dönem 22, Yasama yılı: 4, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1153.pdf> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

170 Eski "itirafçı" Abdülkadir Aygan ile yapılan röportaj için bkz. *Evensel*, 4 Ekim 2008, Abdülkadir Aygan'ın gazeteci Neşe Düzel ile önemli bilgiler ifşa eden röportajı için bkz. *Taraf*, 27 Ocak 2009, <http://www.taraf.com.tr/nese-duzel/makale-abdulkadir-aygan-olmedi-hastaneden-alip-yine.htm> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

171 Mavioğlu/Şık, s. 98.

172 'JİTEM davası' ile ilgili ayrıntılar ve güncel gelişmeler için bkz. Işık, Serap, 'JİTEM Davası', 24 Eylül 2008, http://failibelli.org/wp-content/uploads/2013/01/Jitem_Ana_Dava_Genis_Ozet.pdf (Son erişim tarihi: Ocak 2016)

için teşekkül oluşturma, işkence yapma ve taammüden öldürme suçlamaları yer almıştır. Bu davada da yetkili mahkeme Uyuşmazlık Mahkemesi'nin verdiği kararın ardından ancak 17 yıl sonra belirlenebilmiştir.¹⁷³

JİTEM mensuplarının yargılandığı diğer bir davanın iddianamesi de, hem JİTEM'in varlığına işaret etmekte hem de JİTEM mensuplarının işledikleri suçların genel karakteristiğini ortaya koymaktadır.¹⁷⁴ Bu davada gizli tanıkların anlatımı ile sanıklar tarafından işlendiği dosya kapsamı itibarıyla kuvvetle muhtemel görünen zorla kaybetme suçları ortaya çıkmaktadır. Bu dosyadaki gizli tanığın terör ile mücadele için "milis yapılanmasının *temizlenmesinin*" şart olduğu ifadesi, JİTEM mensuplarının hangi saikle hareket ettiğini göstermektedir. Kamuoyunda 2. Ergenekon davası olarak bilenen yargılamada, 2014 yılında ölen emekli Albay Arif Doğan sorgusunda:¹⁷⁵"JİTEM'in, üst düzey yetkili komutanların bilgisi ve kararları doğrultusunda denenmek üzere kurulmuş bir yapılanma olduğunu, kendisinin de bunun kurucusu olduğunu, faaliyet alanının OHAL bölgesi olduğunu, kadrolu elemanının bulunmadığını, mesai sonrası saatlerinden zaman ayırmak suretiyle bu yapılanma içerisinde terörle mücadele ettiklerini" belirtmiştir. Yargılama sırasında da JİTEM'i kendisinin kurduğunu teyit etmiştir.¹⁷⁶ Son savunmasında da JİTEM'ci olduğunu ve 21 yıl

173 A.g.e., ayrıca bkz., 'JİTEM'de 7 Yıl Sonra Görevsizlik Kararı', *Milliyet* (Gökçer Tahincioğlu), 18 Şubat 2014.

174 Bkz. http://tr.wikisource.org/wiki/2._Ergenekon_İddianamesi (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

175 A.g.e., savunmalar alt başlığında. Ergenekon gerekçeli karar, s. 730. "Arif Doğan, 1998 yılında Albay rütbesinde iken Türk Silahlı Kuvvetlerinden emekli oldum. Görev alanı Türkiye'nin geneli olan Jandarma İstihbarat Grup Komutanlığını ve sonrasında da Jandarma İstihbarat ve Terörle Mücadele Komutanlığını (JİTEM) ben kurdum. Bunların kuruluşları yasaldir. Operasyonel görevler yapmak üzere kurulan JİTEM'in sorumluluk alanı Doğu ve Güneydoğu Anadolu'daki OHAL Bölgeleridir. JİTEM çalışanları tamamen sivilidir. Kayıtlara göre 10.000 JİTEM çalışanı vardı. JİTEM çalışanlarına kod adı verildi."

176 Ergenekon Davası gerekçeli karar, s. 1844.

bu yapı içinde bulunduğunu belirtmiştir.¹⁷⁷

Albay Arif Doğan bilahare kendisi ile yapılan röportajın yayımlandığı bir kitapta¹⁷⁸ JİTEM'in nasıl yapılandırıldığına ilişkin son derece ayrıntılı bilgiler vermiştir. Nitekim hakkında başlatılan soruşturma ile aramalar neticesinde elde edilen belgeler ile, TBMM Komisyonu Raporu'nun eylemlerini tartışmasız kabul ettiği JİTEM'in, nasıl ortaya çıkmış olduğu iddianamede ayrıntılı olarak tartışılmıştır. İddianameye ekli "çok gizli", "gizli" gibi başlıkları bulunan belgelerde "kırsal kesimdeki terörist faaliyetleri etkisiz hale getirmek maksadıyla" Jandarma Genel Komutanlığı bünyesinde ve Jandarma İstihbarat Gruplar Komutanlığı'na bağlı olarak Ankara, İzmir, Diyarbakır, Van, Adana, Erzurum, İstanbul ve Samsun'da kurulması planlanan Jandarma İstihbarat Grup Komutanlıklarının ve bağlı (24) Jandarma İstihbarat timlerinden bilahare vazgeçilerek Ankara ve Diyarbakır merkezli iki "grup komutanlığının" oluşturulduğu belirtilmektedir. Bu grup komutanlıklarının da süreç içinde Jandarma İstihbarat ve Terörle Mücadele Gruplar Komutanlığı'na dönüştüğü iddianame dayanağı evraktan anlaşılmaktadır. Bu dönüşüm, bahsi geçen belgelerde "ilk etapta, istihbarat zafiyetinin giderilmesi amacıyla", "bölgeyi iyi tanıyan ve istihbarat faaliyeti" yürütmüş olan Albay Arif Doğan'ın da içinde olduğu bir kısım rütbeli askerinin inisiyatifini ile kurulduğu, fakat bilahare üst makamlarca onaylandığı ve kendilerine kadro tahsis edilmiş olduğu vurgulanmaktadır.

JİTEM ile ilgili ele geçen çok sayıda diğer belgede ise "Güneydoğu bölgesinde cereyan eden iç güvenlik harekâtı" ile bağlantılı çok sayıda bilginin faaliyet raporlarına yansdığı görülmektedir. Söz konusu raporlarda, JİTEM'in varlığı, bölgede iç güvenlik ve istihbarat organları arasında yaşanan

¹⁷⁷ 'JİTEM'i ben kurdum diyen Arif Doğan hayatını kaybetti', Hürriyet (Serpil Kırkeser), 18 Ekim 2014, <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/27403329.asp> (Son erişim tarihi: Eylül 2015).

¹⁷⁸ Doğan, Arif, 'JİTEM'i Ben Kurdum', (yayına hazırlayan Cüneyt Dalgakıran) Timaş Yayınları, İstanbul, 2011.

koordinasyon gücünü ve rekabeti çözmek üzere istihbarat, sorgu ve operasyon konusunda etkin hâle getirilmesi bakımından önemi açıklanmıştır.¹⁷⁹ Ele geçirilen JİTEM belgelerinde hem bu yapılanmanın çalışma anlayışı hem de eylem hedefleri ortaya çıkmaktadır. Devletin bölge halkı üzerinde "psikolojik panik" yaratmasının önemini muhtelif biçimlerde vurgulandığı iddianamede net olarak belirtilmese de, Hizbullah benzeri yapılanmalarla işbirliğinin altının çizilmiş olduğu bölümler dikkat çekicidir.¹⁸⁰ JİTEM mensuplarının aşağıdaki değerlendirmeleri bu yapılanmanın niteliğini ortaya koyar niteliktedir:

"(Y)öre halkının adil ve otoriter davranıştan hoşlandığını da unutmamak gerekir ki bu da suçluyu adil yargılayıp anında infaz durumunu ortaya çıkarır. Bu olgu devlet terörü yaratmayacak şekilde icra edilirse PKK terör örgütünün bölgedeki üstünlüklerinden bir tanesi dengelenmiş olur." (Vurgular ilave edilmiştir.)

ifadesi yer almaktadır. Keza, bu iddianamede işlenen "anında infaz" niteliğinde kasten öldürme suçları örnek olarak verilmiş ve JİTEM'in operasyonlarda kullandığı silahların kayıtlı olmadığı hususu vurgulanmıştır. Bu iddianamede yine JİTEM örgütlenmesi içinde yer aldığı iddia edilen ve iddianamede zikredilen muhtelif isimlerin, sürekli irtibat halinde olduğu vurgulanmıştır. Yine, Arif Doğan'ın 'halefinin' Tuğgeneral Veli Küçük olduğu belirtilmiştir. Nitekim, birinci Ergenekon iddianamesinde de Veli Küçük'e¹⁸¹ isnat edilen

¹⁷⁹ Susurluk Skandalı sonrasında oluşturulan TBMM Susurluk Komisyonu'na bilgi veren eski Jandarma Genel Komutanı Teoman Koman, "Jandarma teşkilatı içinde JİTEM adında legal ya da illegal bir örgüt kurulmamıştır, yoktur. Ama jandarma dışında bu ismi kullanıp kanunsuz işler yapan bir grup vardır" demişti. Bkz., Hürriyet, 20 Kasım 2005, <http://www.hurriyet.com.tr/pazar/3542856.asp> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

¹⁸⁰ İddianame ekleri, (1) nolu torbanın (9)uncu klasöründe, 'Gizli Faaliyetler' başlığı altında 2930. sayfalarda, ayrıca bkz., Mavioğlu/Şik, s. 90-91.

¹⁸¹ Veli Küçük Ergenekon davasındaki savunmasında JİTEM'e ilişkin dava dosyasında JİTEM'e dair evrak için ilginç bir savunma geliştirmiştir: "Ben Jandarma İstihbarat Gruplar komutanı olarak Jandarma Genel Komutanlığı bünyesinde görev yaptım. Halk arasında yanlış bir deyim olarak benim komutanlığıma JİTEM denildi. Bu görevdeyken çeşitli yerlerden istihbarat amaçlı bilgi belge ve dosyalar

suçlar açıklanırken JİTEM geniş yer tutmaktadır.¹⁸² Nitekim Ergenekon kararı gerekçeli hükümde Veli Küçük'ün "JİTEM olarak anılan devlete ait kurumda görevli iken irtibatlı olduğu ve tıpkı Susurluk çetesi gibi devletin ve kanunların kendisine görev gereği vermiş olduğu yetkileri örgütsel amaçlı olarak kullandığı"nın anlaşılmasında olduğu belirtilmiştir.¹⁸³

JİTEM'in varlığının ilgili teşkilatlarca da kabul edildiğine dair önemli bir gelişme,¹⁸⁴ Ankara Özel Yetkili Savcılığı tarafından yürütülen soruşturmada İçişleri Bakanlığı'ndan gelen yazıda JİTEM'in doğrulanmasıdır. Anadolu Ajansı ve diğer yazılı ve görsel basın yayın organlarının haberine göre,¹⁸⁵ söz konusu yazıda JİTEM'in İçişleri Bakanlığı ve Genelkurmay Başkanlığı'nın bilgisi dışında, Jandarma Genel Komutanlığı'nın kendi inisiyatifi ile kurulmuş olduğu, fakat 1990'da lağvedilmiş olduğu ifade edilmektedir. Sadece devam eden yargılamalarda elde edilen deliller gözetildiğinde bile böyle bir kabule imkân olmadığı açıkken JİTEM mensupları tarafından en fazla suç işlenen yıllarda varlığının kabul edilmemesi söz konusu açıklamanın sorumlular bakımından cezadan

bana bağlı istihbarat gruplarından ve timlerinden sık sık geliyordu. Bu teşkilatlanma tüm Türkiye'yi kapsıyordu birçok belge bilgi ve dosyayı yetkili birimde inceleyip birimin yetkilisinin vereceği bilgi neticesinde gerekli işleme tabi tutuyorduk. Ancak birçoğunun da istihbari bir değeri olmadığına karar verirsek envantere ve işleme sokmadan kaldırıyorduk. Belki bu kesin olmamakla beraber, bu bilgi dosyalarının resmi ve istihbari değeri olmadığını değerlendirdiklerimiz, bu belirttiğiniz dosyalar içerisinde olduğunu değerlendirmekteyim. Sormuş olduğunuz bu en son dokümanda bunlardan birisi olabilir." s. 1596.

¹⁸² http://tr.wikisource.org/wiki/Ergenekon_iddianamesi/ (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

¹⁸³ Ergenekon Davası gerekçeli karar, s. 1596.

¹⁸⁴ Yine, her ne kadar Türkiye'de darbe ve kontrgerilla hesaplaşmak yerine, mevcut hükümetin meşruiyetini ve 'mağduriyetini' tahkim aracı haline gelse de, Ergenekon davası gerekçeli hükmünde de JİTEM'in varlığı teyit edilmiştir. Ergenekon Gerekçeli Karar, s. 164, 170. Dava sanıklarından Ulaş Özel JİTEM'in kendisini cezasını infaz ettiği cezaevinden atarak silahlı terör operasyonlarına sokuğunu belirtmektedir. *A.g.e.* s. 721-722.

¹⁸⁵ Bkz, örneğin, *Radikal* 'Malumun İlanı: JİTEM var', 10 Temmuz 2011, <http://www.radikal.com.tr/adresinden-erisilebilir>, ayrıca *Birgün Gazetesi*'nin 'JİTEM ölmedi, kılık değiştirdi' haberi, 13 Temmuz 2011, <http://www.birgun.net/> adresinden erişilebilir.

bağışıklık yaratmak amacıyla yapılmış olduğu konusunda derin tereddütler oluşturmaktadır. JİTEM bağlantılı sanıkların dosyalarında, JİTEM ile yapılan resmi yazışmaları gösterir çok sayıda evrak bulunmakta ve mensuplarının kimlik kartlarında ve maaş bordrolarında çalışılan birim olarak JİTEM görünmektedir.¹⁸⁶ JİTEM'in de bağlı olduğu Jandarma Genel Komutanlığı'nın, bu bağlamda Genelkurmay Başkanlığı'nın, İçişleri Bakanlığı'nın ve Başbakanlığa bağlı çalışan Milli İstihbarat Teşkilatı'nın ve bütün bu kurumları bünyesinde barındıran ve millî güvenlik siyasetinin 'koordinasyonu' görevi verilen dönemin Milli Güvenlik Kurulu üyelerinin JİTEM'in varlığını bilmemesi mümkün değildir.¹⁸⁷ Dahası yukarıda belirtildiği gibi, 1990'lı yıllarda dönemin başbakanının bu tarz bir yapılanmayı teşvik edecek biçimde demeçler verdiği yorumcular tarafından sıklıkla dile getirilmektedir.

JİTEM yapılanmasının veya arkasındaki 'derin' güçlerin sadece bir terör sorunu olarak değerlendirdikleri Kürt sorununa ilişkin stratejisinin çok boyutlu olduğu anlaşılmaktadır. Her halükarda JİTEM'in 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nde tanımlanan biçimiyle devletin siyasi birliğini ve toprak bütünlüğünü sağlamaya dönük meşru araçlara başvurmadığı anlaşılmaktadır. Bu yapılanmanın ortaya çıkmasında eski JİTEM üyelerinin itiraf ve tanıklıklarının önemli rolü olmuş ve bu ifadelerle muhtelif yerlere gömülmüş kişilerin cesetlerine ulaşılması mümkün olmuştur.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Ayrıca bkz. 'Timurtaş: Binin üzerinde Terörist Öldürdüm', *Milliyet*, 14 Ağustos 2012. İtirafçı Adil Timurtaş savcılık ifadesinde maaş aldıklarını doğruluyor.

¹⁸⁷ Örneğin, Susurluk Komisyonu'na ifade veren Eyüp Aşık, "Devlete dayanmayan, devlette bir görevliden destek almayan çetenin, mafyanın bir gün ayakta durması mümkün değil.", aktaran, Gökdemir, s. 215; Doğan, s. 33-38.

¹⁸⁸ Ahmet Şık/Özgür Cebe haberi 'Susurluk Hortladı', 2 Nisan 2005, *Radikal*, <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=148387>; Ertuğrul Mavioğlu haberi, 'Jitem Cinayetleri İtinayla Örtbas Edilir...', 22 Temmuz 2009, *Radikal*, <http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalDetayV3&ArticleID=946147&CategoryID=77>; 'JİTEM'in Kanlı Bıçağı', *Cumhuriyet*, 18 Eylül 2014, http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/120904/JiTEM_in_kanlı_bicagi.html, (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

Bu açıklamalar ışığında, JİTEM yapılanmasının Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'ndeki tanımı ve Türk Ceza Kanunu 77. maddede düzenlenme biçimi ile bir plan dâhilinde veya aynı anlama gelmek üzere sistematik bir biçimde hareket ettiğine ilişkin son derece güçlü veriler bulunmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Roma Statüsü çerçevesinde plan unsurunun mutlaka resmi bir devlet politikası ile bağlantılı olarak ortaya çıkması gerekmez; bu plan, devlet adına hareket eden veya devletten tamamen bağımsız olarak rejim karşıtı bir örgüt tarafından da yapılabilir. Bu itibarla merkezi bir devlet politikasının dışında özerk bir biçimde insanlığa karşı suç teşkil eden fiillerin planlanmış olması mümkündür. JİTEM iddia edildiği gibi devletin terörle mücadele yapılanmasına paralel bir örgüt inşa etmiş olsa dahi bu durum JİTEM tarafından işlenen suçları adi suç haline getirmez. PKK ile bağlantısı konusunda herhangi bir biçimde şüphe duyulan veya benimsediği anlayışa muhalefet eden bazı asker ve subaylar dâhil olmak üzere herkesin bertaraf edilmesi saiki ile hareket eden ve Latin Amerika'da yaygın olduğu üzere bir "infaz grubu"¹⁸⁹ oluşturan JİTEM'in Roma Statüsü'ndeki tanım çerçevesinde sistemli hareket ettiğinin kabulü zorunludur. Mevcut iddianemelerde dahi, örgüt olarak değerlendirilen JİTEM'in¹⁹⁰ askeri disiplin içinde, süreklilik arz

189 Temizöz davasının sanıklarından Astsubay Ahmet Öznalbant "infaz grupları" ile ilgili şöyle demektedir: "Ölüm grubu kurulmuştu. Bu kişiler ile birlikte 6-7 kişi, sivil giyimle karakolumuzun sorgu bölümünde çalışır ve ifade alırlardı. Benim çalıştığım dönemde ciddi miktarda faili meçhul yaşanırdı. Gözaltı işlemlerini bu grup yapar, bize bilgi vermezlerdi" Bkz. *Radikal*, 22 Şubat 2013 tarihli 'JİTEM'in infaz mangasının amiri 'Yavuz' ortaya çıktı' www.radikal.com.tr adresinden erişilebilir.

190 İddianamede şu belirlemeler yer almaktadır: "TCK'nun 313. maddesindeki suç oluşturmasının ötesinde Anayasanın 6. maddesindeki "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz" hükmüne karşın bir örgütlenme ve yetki kullanımı yoluna gittiklerinin görüldüğü, bunun ise hukuk devleti kuralları içinde savunulur yerinin olamayacağı, terörle mücadele adı altında da olsa açıklandığı gibi hukuk dışı bir örgütlenme ile devletin meşru güçleri gibi güç kullanarak yürürlükteki yasalar yerine kendi güç ve kuralları ile sözde yasalar oluşturmanın, devleti, hukuk devleti olmaktan çıkaracağı, bu koşullarda da gücünün sözünün geçtiği, nerede başlayıp nerede sona ereceği belli olmayan her türlü yasadışıluğun egemen olduğu bir sistem oluşacağı, sonuçta yurttaş-devlet ilişkisinde hukuk kuralları yerine korku ve kaygının geçerli olacağı, bunun da bir Anayasa ve Yasa ihlalinin ötesinde tam bir hukuk

edecek biçimde, yani Türk Ceza Kanunu'nda cürüm işlemek için örgüt kurma suçunun tanımını oluşturduğu belirtilmektedir. Teorik bir varsayım olarak bir an için JİTEM'in hukuk dışı bir yapılanma olarak devletin diğer birimlerinden bağımsız olarak ve devletin Kürt meselesi ile ilgili o dönem belirlediği yaklaşımının dışında faili meçhul ve zorla kaybetmelere tevessül ettiği düşünülse dahi, bu durum insanlığa karşı suçun oluşmasını engellemez.

Esasen, doğruluğu hayatın olağan akışına son derece aykırı bu önerme teorik bir varsayım olmaktan öteye geçememektedir. Zira, hiyerarşinin, görev ve sorumlulukların net bir biçimde tanımlanmış olduğu ordu içinde böyle bir yapılanmanın bağımsız biçimde hareket ettiğini, Olağanüstü Hal Kanunu çerçevesinde tek merkezden, olağanüstü hâl valiliği tarafından, idare edilen bölgede, böyle bir yapılanmanın özerk veya paralel bir biçimde varlığını bu kadar uzun bir süre devam ettirmesini kabule imkân yoktur. Bu bakımdan, TBMM Susurluk Raporu ve Başbakanlık (Kutlu Savaş) Raporu'na da yansıdığı üzere, JİTEM'in varlığının ve faaliyetlerinin dönemin Milli Güvenlik Kurulu'nu oluşturan birimler tarafından bilinmemesi mümkün değildir. Bu bakımdan JİTEM'in işlediği suçların bir politika çerçevesinde sistemli bir biçimde işlendiğine kuşku yoktur. Zira Roma Statüsü açıkça bir devlet veya örgüt politikasından bahsetmektedir. Roma Statüsü'ne ek Suçların Unsurları Belgesi'nde, devlet politikası kavramı ile devlet yetkililerinin bilerek sessiz kalmak suretiyle suça teşvik etmeleri, sistematik bir planın varlığına delalet eden bir unsur olarak değerlendirilmiştir.

Anılan dosya içeriklerinden ve tanık ve "itirafçı" anlatımlarından JİTEM mensupları tarafından

ihlâli niteliği taşıyacağı ve hukuk devletinin bütünü ile ortadan kalkması sonucunu doğuracağı göz önüne alındığında mahkemenin sanıkların eylemlerini TCK'nun 313. maddesine uyar niteliktedir" tespitini yaptığı, Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin bu olaya ilişkin yaptığı ve yukarıda açıklanan tespitlerin gerek yapılanma gerekse kullanılan yöntemler açısından neredeyse tamamının olayımızda şüphelilerin oluşturduğu teşekkül açısından da büyük benzerlikler gösterdiği," Bkz. http://tr.wikisource.org/wiki/2._Ergenekon_Iddianamesi (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

işlenen suç delillerini karartmak için sahte tutanaklar hazırlandığı, yöre halkının yaptığı başvuruların değerlendirilmediği, yapılan soruşturmalarda tanık ifadelerinin alınmadığı anlaşılmaktadır. Cizre eski Jandarma Komutanı Binbaşı Cemal Temizöz'e ilişkin iddialar bu bakımdan çok dikkat çekicidir. "5 Kasım 2015 tarihinde Eskişehir 2. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından sanıkların beraatine karar verilen davanın dayanağı iddianameye göre",¹⁹¹ Cizre'de işlenen suçlarla ilgili soruşturmaların hukuka aykırı bir biçimde takipsizlik ile sonuçlanması veya tıkanmasının önündeki en büyük engellerden biri, Cemal Temizöz'ün, azmettiricisi olduğu yönünde kuvvetli deliller bulunan pek çok suç ile ilgili soruşturmayı bizzat jandarma komutanı olarak kolluk amiri sıfatıyla yürütmesidir. Nitekim, kaybedilmiş kişilere dönük yürütülen soruşturmalarda, tutanaklarda imza farklılıklarının bulunması, tutanakların kimin tarafından tutulduğunun belli olmaması, fotokopi ve asıl evrak içerikleri arasındaki farklılıklar ayrıca delillerin karartılmış olduğu yönünde de kuvvetli şüphe teşkil etmektedir. Delillerin karartılmasına ilişkin en trajik örneklerden birisi, Diyarbakır'ın Lice ilçesinde 1994 yılında gözaltına alındıktan sonra kendilerinden haber alınamayan kişilere ait olduğu sanılan kemiklerin 2003 yılında Kulp ilçesinden İstanbul Adli Tıp Kurumu'na gönderilirken postada kaybolmasıdır.¹⁹²

JİTEM yapılanmasının seçtiği mağdur tipolojisi de dikkate değerdir. Alpkaya'ya göre mağdurların birinci kuşağı illegal örgüt üyeleridir. İkinci gruptaki kayıpların ortak özelliği ise Alpkaya'ya göre "kentlerde yaşayan ve muhalif kimliklerini açıkça dışı vuran tanınmış Kürtler"dir.¹⁹³ Bunlar arasında sırasıyla, HEP, ÖZDEP, DEP ve HADEP il ve ilçe yöneticileri ile Özgür Gündem ve Özgür

Ülke gazetelerinin çalışanları, sendikacılar ve İHD üyeleri bulunmaktadır. Alpkaya, Kürt işadamlarını da bu grupta değerlendirmektedir. Üçüncü gruptaki kişiler de olağanüstü hâl bölgesinde bulunan ve belli bir biçimde PKK ile bağlantılı kişilerdir. Görüldüğü gibi mağdurlar tesadüfen/rasgele seçilmiş birbirleriyle ilintisi olmayan kişiler değildir. Mağdurların kaybedildiği yerlerin özellikle belli bir coğrafi alan içinde yoğunlaşmış olduğu görülmektedir. Hafıza Merkezi'nin bu çalışmada yayımlanan verilerine göre, kayıpların % 28'i Diyarbakır, % 14'ü Şırnak, % 13'ü Mardin, % 5'i Batman, % 5'i Hakkari ve % 3'ü Tunceli'de gerçekleşmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun 77. maddesinde, insanlığa karşı suçların bir plan dâhilinde sistemli bir biçimde işlenmesi, bu suçların tipik maddi unsuru olarak zorunlu görülmüştür. JİTEM mensuplarının planlı bir biçimde koordineli olarak hareket ettiklerine dair, nasıl bir plan ve yöntem izleyeceklerinin ayrıntılı bir biçimde tartışıldığı belgeler iddianamelere yansımıştır. Tanık anlatımları ve sanık ikrarları bu belgelerin içeriklerini doğrulamaktadır. Zorla kaybetme fiillerinin birbirinden bağımsız ve tesadüfi bir biçimde ortaya çıkmaması, maktullerin cesetlerinin saklanması için belirlenen yöntemler, mağdurların akıbetine ilişkin bilgilerin sistemli olarak ailelerinden saklanması ve mağdur yakınlarının bilgi alma çabalarının mütemediyen önlenmesi zorla kaybetme suçunun sistematik karakterine işaret etmektedir. Yine, iddianame evrakında kamu kaynaklarının JİTEM operasyonları ve JİTEM'de istihdam edilen başta "itirafçılar" olmak üzere muhtelif kişilere aktarılması (maaş bordrolarından da anlaşıldığı üzere) zorla kaybetme suçunun sistematik olarak bir plan dâhilinde gerçekleşmiş olduğunu göstermektedir.

Bu bakımdan daha da tartışmalı bir husus, insanlığa karşı suçun tipik manevi unsurunu Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nden daha farklı tanımlayan Türk Ceza Kanunu bağlamında insanlığa karşı suçun oluşup oluşmadığı hususudur. Yukarıda belirtildiği üzere insanlığa karşı suç, uluslararası sözleşmeler

¹⁹¹ Işık, Serap, 'Temizöz Davası', (tarihsiz), "http://failibelli.org/wp-content/uploads/2013/02/Temizoz_Genis_Ozet.pdf (Son erişim tarihi: Ocak 2016)".

¹⁹² Mavioğlu/Şık, s. 122.

¹⁹³ Alpkaya, s. 45, ayrıca, bkz. Gülmez, Mesut, 'Düşünce Özgürlüğü, Kayıplar ve İşkence: BM Özel Raportörlerinin Türkiye Ziyaretleri', *Amme İdaresi Dergisi*, c. 32, sy.3, 1999, s. 57-59.

hukuku ve örfi hukuktaki tanımının aksine, Türk Ceza Kanunu'nda özel kast ile işlenebilen bir suç olarak tanımlanmıştır. Türk Ceza Kanunu'nun 77. maddesi bu bakımdan fiilin "siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle" işlenmiş olmasını aramaktadır. Türkiye'de zorla kaybetmelerin dönemin milli güvenlik siyaseti ile bağlantılı bir biçimde gerçekleştiği konusunda çok az tereddüt bulunabilir. Türk Ceza Kanunu 77. maddede "etnik" veya "milli" terimlerine yer verilmemesi, bu açıdan önem arz etmemektedir, zira mağdurlar, etnik veya milli kimlikleri nedeniyle değil, çoğunlukla meclis dışı bulunan etnik kimlik eksenli birbirinin ardılı siyasi partilerin üye ve taraftarı olmaları dolayısıyla 'siyasal saiklerle' zorla kaybetme fiillerine maruz kalmıştır.

Türk Ceza Kanunu'nun 77. maddesi bakımından ele alınması gerekli diğer bir husus, Türkiye'de zorla kaybetme suçunun yaygınlığına rağmen uluslararası hukuktaki tanımıyla zorla kaybetmenin bu madde çerçevesinde tanımlanmamış olmasıdır. Yukarıda belirtildiği gibi, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü çerçevesinde zorla kaybetme kişinin yakalanması, tutulması (*Entzug der Freiheit*) veya kaçırılması ve kişinin yeri veya akıbeti ile ilgili bilgi verilmemesini kapsamaktadır. Akıbeti henüz belli olmayan kişiler bakımından 77. maddenin uygulanması gereken fıkrası, bu bakımdan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suç tipini içeren 1(d) fıkrasıdır. Zorla kaybetme suçunu açıkça insanlığa karşı suç olarak belirlememiş karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde de benzer bir yorum söz konusudur. Örneğin, Belçika İnsancıl Hukukun Ağır İhlâlleri Kanunu'nda da zorla kaybetme suçu bulunmamaktadır, fakat suçun hareketlerinden biri olan kişi hürriyetinden mahrumiyet, insanlığa karşı suçun işleniş biçimi olarak "hapsetme veya kişinin hürriyetinden uluslararası hukukun temel kurallarına aykırı olarak ağır ihlâli" bendi altında (md. 2(5))¹⁹⁴ düzenlendiği için zorla kaybetme

¹⁹⁴ Smis, Stefaan/Van der Borght, Kim, 'Belgium: Act Concerning the Punishment of Grave Breaches of International Humanitarian Law', *International Legal Materials*, c. 38, sy. 4, 1999, s. 918-925.

suçu, doktrinde bu çerçevede mütalaa edilmektedir.¹⁹⁵

Türkiye'de (bahsedilen dönem içinde) işlenen ve objektif maddi unsurları ortaya konulan zorla kaybetme suçlarının insanlığa karşı suç oluşturduğu konusunda bu bağlamda çok az tereddüt olabilir. Yukarıda belirtildiği gibi zorla kaybetmelerin JİTEM mensupları tarafından dönemin hükümetinin ve Milli Güvenlik Kurulu'nun bilgisi dâhilinde, ilke ve uygulamaları zaman zaman siyasi parti temsilcileri tarafından ortaya konulan bir milli güvenlik siyaseti ile, en azından başlangıç itibarıyla, büyük oranda uyumlu olarak işlendiği kuvvetle muhtemeldir. Mağdurların çok büyük bir bölümünün 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin yukarıda belirtilen tanımı uyarınca silahlı çatışma ile doğrudan bağlantısı bulunmadığı anlaşılmaktadır. İşlenen suçların insanlığa karşı suç vasfına rağmen, bu suçlara ilişkin başlatılan ve yukarıda bahsi geçen az sayıda davada fiiller, iddianamelerde insan öldürme ve cürüm işlemek için teşekkül oluşturma gibi 'adi suçlar' olarak nitelendirilmiştir.

¹⁹⁵ Andreu-Guzmán, s. 73.

YASADIŞI,

KISA YOLDAN VE

KEYFİ İNFAZLAR

Kavramsal Çerçeve

Kamu görevlilerinin ya da devlet namına hareket eden diğer kişilerin meşru savunma gibi mutlak bir zorunluluk olmadan veya bir mahkeme tarafından karar verilen ölüm cezasının infazının dışında gerçekleştirdiği öldürme fiilleri konvansiyonel olarak yargısız infaz kavramı ile karşılanmıştır.¹⁹⁶ Bu olgu, Arjantin, Brezilya, Çad, El Salvador, Guatemala, Güney Afrika, Filipinler, Paraguay, Peru, Kamboçya Malezya, Paraguay, Ruanda, Türkiye, Zaire gibi ülkelerde yaygın bir biçimde devlet ajanları tarafından işlenen öldürmeler dolayısıyla giderek daha fazla dikkat çekmiş,¹⁹⁷ 1980'lerde konuya dair BM nezdinde bir dizi adımın atılmasına neden olmuştur. Nihayet, 1982 yılında, BM Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından alınan bir karar ile (1982/35) yasadışı, ani ve keyfi infazlar ile ilgili bir raportör görevlendirilmesi ile bu olgu zorla kaybetme olgusundan bağımsız bir biçimde ele alınmaya başlanmıştır.¹⁹⁸ Bu bağlamda en önemli adım, kuşkusuz 1989 yılında Ekonomik ve Sosyal Konsey'in Yasadışı, Acele ve Keyfi İnfazlara İlişkin Etkin Önleme ve Soruşturma Kuralları'nı benimsemesidir.¹⁹⁹ Bu kurallarda Konsey, savaşın veya savaş tehdidinin, iç politik istikrarsızlık (*instability*) veya başka surette olağanüstü halin

¹⁹⁶ Tanör, Bülent, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. Baskı, BDS Yayınları, 1994, s. 32.

Konuya dair uluslararası kaynaklar, BM Yasadışı, Kısa Yoldan ve Keyfi İnfazlar Raportörlerinin ülke ziyaretleri ve raporları için bkz., <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Executions/Pages/SRExecutionsIndex.aspx>.

Yargısız infaz teriminin işaret ettiği olgu özellikle ABD'nin sınır ötesi operasyonları bağlamında konuya dair uluslararası literatürde muhtelif farklı kavramlarla gündeme gelebilmektedir. Melzer, Nils, *Targetted Killing in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, s. 6-7.

¹⁹⁷ Lawson, Edward H./Bertucci, Mary Lou, *Encyclopedia of Human Rights*, 2. baskı, Taylor & Francis, Washington, 1996, s. 483.

¹⁹⁸ Özel raportörün görevlendirilmesi ile ilgili İnsan Hakları Komisyonu'nun giriş niteliğindeki açıklamaları için bkz. <http://www2.ohchr.org/english/issues/executions/>

¹⁹⁹ 24 Mayıs 1989, Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions, E.S.C. res. 1989/65, annex, 1989 UN ESCOR Supp. (No.1), s. 52, UN Doc. E/1989/89.

(*public emergency*) bu türden infazların gerekçesi olamayacağını; hükümetlerin yakalama, gözaltı, tutuklama ve hapis gibi tedbir ve cezaların infazından sorumlu kişiler ile hukukun zor ve silah kullanma yetkisini verdiği diğer kişilere ilişkin açık bir sorumluluk silsilesi ile birlikte katı bir denetimin sağlanması zorunluluğu yüklendiğini belirtmiş ve her halükarda bu türden infazların faillerinin soruşturma ve kovuşturmadan masun olamayacağı yaklaşımını benimsemiştir.

Esasen, yerleşik bir terim olarak yargısız infazın sadece Avrupa ülkelerinin tamamı bakımından değil, Türkiye açısından da anakronik bir göndermeyi tanımı gereği içerdiği belirtilmelidir, zira ölüm cezasının kaldırıldığı hukuk sistemlerinde yargı kararı sonucu ortaya çıkabilecek bir infazdan söz edilmesi zaten mümkün değildir. Ne var ki, ölüm cezasını ancak görece yakın zamanlarda mevzuatından kaldıran Türkiye'de²⁰⁰ bu kavram artık yerleşmiştir ve sıklıkla kullanılmaktadır.

²⁰⁰ Zira, Türkiye'de 1984 yılından savaş ve barış halleri bakımından tümüyle kaldırıldığı 2004 yılına kadar ölüm cezası uygulanmamıştır. Bilindiği üzere Türkiye, 4709 Sayılı Kanun ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6 no'lu Ek Protokol'ü kabul etmiş, fakat Anayasa'da Protokol hükümleri ile kısmen tezat içeren "Savaş, çok yakın savaş tehdidi ve *terör suçları dışında* ölüm cezası verilemez" şeklinde değişiklik yapmıştır. Türkiye savaş halinde dahi ölüm cezasına yer verilmeyeceği ile ilgili 13 no'lu Protokol'ü 2004 tarihinde imzalamış ve bu Protokol 2006'da Türkiye açısından yürürlüğe girmiştir. 5170 sayılı Kanun ile 2004 yılında Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 87. maddeden Anayasa Mahkemesi'nin ölüm cezasına ilişkin 1963 tarihli kararına (1963/207 Esas, 1963/175 Karar, 1.7.1963) dayanak noktası olan 'mahkemelerce verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar vermek' hükmü ilgili madde metninden çıkarılmıştır. Aynı değişiklik ile 38. maddenin 9. fıkrası "ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez" biçiminde değiştirilmiştir. Nihayet, Türkiye, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi 2 no'lu Ek Protokol'ü 2.3.2006'da herhangi bir çekince koymadan imzalamıştır. Dolayısıyla, her ne kadar ölüm cezasının yeniden kabulüne ilişkin kimi tartışmalar gündeme gelse de, infazın mümkün olmadığı iç hukuk sistemimizde yargısız infazdan söz etmek mümkün değildir.

Bkz. Feyzioğlu, Metin, 'Ölüm Cezası Üzerine Düşünceler ve Anayasa Değişikliği ile 4771 Sayılı Kanun'un Getirdiği Yeni Düzenlemeler', *Ankara Barosu Dergisi*, s.4, 2002, s. 13-35.

Türkiye mevzuatında 'yargısız infaz' kavramının esasen kullanılmasının mümkün olmamasına rağmen başta insan hakları örgütleri tarafından olmak üzere kamusal tartışmalarda bu denli sık kullanılması Türkiye'de kolluk tarafından işlenen kasten öldürme fiillerinin boyutlarını göstermesi bakımından önemlidir. Gerek *de facto moratorium* döneminde gerek sonrasında, ölüm cezasının yerini alan yargısız infaz ve zorla kaybetmeler insan hakları örgütlerinin çalışmaları ve AİHM kararları ile gün ışığına çıkarılmıştır. Bir terörle mücadele stratejisi olarak "ölü olarak ele geçirme"nin sadece OHAL bölgesinde değil, Türkiye'nin metropollerinde yasadışı sol örgütlere dönük operasyonlarda da öne çıktığı retrospektif olarak söylenebilir.²⁰¹ Bu bakımdan 1988 yılında İstanbul Tuzla'da²⁰² 300'e yakın kurşun atılarak dört gencin öldürülmesi ile ilgili davada sanık müdafisinin daha sonra bir röportajda "sokakta silahlı örgütlerle mücadele eden polisleri koruyan bir şemsiye"den, bu konuda "devletin milli refleksi"nden söz etmesi dikkat çekicidir. Sözü edilen refleksin muhtelif biçimlerle, en fazla 1991 yılında kabul edilen 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ile yasal bir zırha bürünmüş olduğu anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi tarafından yargının takdir hakkına müdahale anlamına geldiği ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu için iptal edilmeden önce²⁰³ ilgili Kanunun 15. maddesinde terörle

²⁰¹ Amnesty International, 1996, s. 24, Tanör, s. 24. Bkz, ayrıca, Human Rights Watch, *The Kurds of Turkey: Killings, Disappearances and Torture*, New York, 1993, s. 13-14.

²⁰² '22 yıl sonra gelen yargısız infaz itirafı' (İsmail Saymaz), *Radikal*, 26 Ekim 2010, http://www.radikal.com.tr/turkiye/22_yil_sonra_gelen_yargisiz_infaz_itirafi-1025628 "O dönem, sokakta silahlı örgütlerle mücadele eden polisleri koruyan bir şemsiye olduğunu kimse inkar edemez." (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

²⁰³ Anayasa Mahkemesi'ne SHP tarafından yapılan iptal başvurusunda 15. maddeye ilişkin olarak "Burada söz konusu edilen herhangi bir istihbarat ve kolluk görevlisi değil, yasaları çiğnemiş, dolayısıyla suç işlemiş istihbarat ve kolluk görevlisidir. Böyle bir koruma işkence ve eziyet yapanlara cesaret vermekte,

mücadelede görev alan istihbarat ve zabita amir ve memurları ile diğer personelin görevlerinin ifası sırasında işledikleri suçlarla ilgili haklarında açılan kamu davası sonuçlanıncaya kadar tutuksuz yargılanacakları hükme bağlanmıştır. Aynı Kanunun 6/1 fıkrası uyarınca terörle mücadelede görev ifa eden kamu görevlilerinin kimliklerin açıklanması veya yayınlanması yasaklanarak yargısız infazları kolaylaştıran bir başka düzenleme kabul edilmiştir.²⁰⁴ Yine, aşağıda özellikle işkence suçu bahsinde kimi detaylarıyla tartışılacak OHAL Kanun Hükmünde Kararnameleri ile muhtelif biçimlerde cezasızlığı teşvik eden bir iklim yaratılmıştır.²⁰⁵

Bu cezasızlık iklimi altında işlenen ve Türkiye'de 1990'larda yaygın bir biçimde devam eden yargısız infazlar, BM Yasadışı, Kısa Yoldan ve Keyfi İnfazlarla ilgili özel raportörlerin de bir dizi raporuna yansımıştır. Örneğin, Türkiye ile ilgili yargısız infazlara ilişkin²⁰⁶ 1992 tarihli raporunda Özel Raportör, neredeyse her gün, yasadışı, acil ve keyfi infazların gerçekleştiğine ilişkin bilgi ve haberlerin geldiğini bildirmekte ve infazların, "ölüm tehditleri, baskı ve sindirmenin" mağduru grupları şöyle tanımlamaktadır: "yerel siyasetçiler, özellikle Kürtlerin menfaatlerinden yana tutum alan Halkın Emek Partisi (HEP) mensupları, İnsan

hukuka aykırı yöntemlere ve işlemlere prim tanımaktadır. Devleti korumak ve terörü önlemek amacıyla da olsa, bu hukuka aykırı yöntemler kabul edilemez. Bu tür olanaklar, demokratik hukuk devleti özellikleriyle de bağdaştırılamaz". Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik ilkesine ilişkin gerekçesi önemlidir. Mahkeme bu yaklaşımını şöyle gerekçelendirmektedir: "Ne var ki, özellikle terörle mücadele alanında yaptıkları görevin öneminin güvenlik güçlerine her türlü desteğin sağlanmasını zorunlu kıldığında kuşku bulunmamakla birlikte, bu desteğin hukuk içinde ve hukuk devleti ilkesine uygun nitelikte olması gerekir. Yaptıkları görev sebebiyle bütün kolluk gücü ilgilileri özel bir meslek tehlikesi altındadırlar. Bu yönüyle kolluk gücü içinde bir ayırım, haklı bir nedene dayanamaz. Yargılamada ve suçluların cezalandırılmasında objektif davranmak gereklidir. Aynı suçu işleyen kişiler arasında temelde hukuksal bir eşitlik söz konusudur." 1991/18 Esas, 1992/20 Karar, 31.3.1992.

²⁰⁴ Tanör, s. 26.

²⁰⁵ Bkz., örneğin, E/CN.4/1997/60/Add.1, s.114; E/CN.4/1998/68/Add.1, s. 98. Bitlis, Bingöl ve Batman'da olağanüstü halin kaldırılması o bölgelerde süregelen cezasızlık halinin izalesi bakımından önemli bir gelişme olarak değerlendirilmiştir.

²⁰⁶ 'Newroz; 1991-2002 Neler oldu?' başlıklı haber <http://bianet.org/bianet/siyaset/17453-newroz-1991-2002-neler-oldu>.

Hakları Derneği Temsilcileri, insan hakları ihlallerini araştıran gazeteciler, köy koruculuğu sistemine dahil olmayı reddeden köylüler, özellikle de PKK ile bağlantıları konusunda şüphe altında bulunanlar, bizzat kendileri veya aile üyeleri".²⁰⁷ Rapor, 1992 yılında Newroz olaylarında göstericilerin üzerine ağır silahlarla ateş edilmesine de değinmektedir.²⁰⁸ Hatırlanacağı gibi, 1992 yılında, Newroz bayramı dolayısıyla gösteri düzenlemek isteyen kimselerin üzerine açılan ateş sonucunda, çocukların da içinde bulunduğu 94 kişi yaşamını yitirmiştir.²⁰⁹ TİHV verilerine göre, aynı yıl 283 kişi yasadışı ve keyfi infazlar sonucu hayatını kaybetmiştir.²¹⁰ BM Özel Raportörüne göre, 18-21 Ağustos 1992 günleri arasında devam eden çatışmalarda güvenlik güçleri herhangi bir ayırım gözetmeksizin bomba kullanmıştır, sivillerin ev ve işyerleri bombalanmıştır. 24 Eylül 1992'de tanklar ve panzerler sivillerin bulunduğu binalara 'saldırmak' için kullanılmıştır.²¹¹

Uluslararası Af Örgütü'nün bu dönemi aydınlatan bir diğer raporuna göre ise,²¹² 1991 bahar aylarından itibaren Şırnak'ta infaz timleri tarafından gerçekleştirilen yargısız infazlar başlamıştır. Kırsal bölgelerde işlenen yargısız infazlarda ise mağdurlar çoğunlukla korucu olmayı reddeden köylülerdir.²¹³ 1991 yılı ortalarında ise raporun ifadesi ile "Kürt politik liderlere" dönük suikastlar işlenmeye başlanmıştır. Rapora göre, cinayetlerin önemli bir bölümü o dönem itibarıyla aydınlatılmamış olmasına rağmen, güvenlik güçleri tarafından azmettirildiği konusunda deliller bulunmaktadır.

²⁰⁷ UN Commission on Human Rights, 'Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions' (Report by the Special Rapporteur, submitted pursuant to Commission on Human Rights Resolution 1992/72), Bacre Waly Ndiaye, E/CN.4/1993/46, s. 137-138.

²⁰⁸ UN Commission on Human Rights, E/CN.4/1993/46, s. 149.

²⁰⁹ UN Commission on Human Rights, E/CN.4/1996/4, s. 115.

²¹⁰ OHAL'in yürürlükte olduğu dönemlerde ülke genelinde, 1993'te 189, 1994'te 129, 1995'te 96, 1996'da 129, 1997'de 98, 1998'de 80, 1999'da 63, 2000'de 56, 2001'de 37, 2002'de 38 kişi hayatını kaybetmiştir.

²¹¹ UN Commission on Human Rights, E/CN.4/1993/46, s. 139.

²¹² Amnesty International, 1996, s. 20.

²¹³ A.g.e. s. 22.

Yukarıda ele alındığı üzere, bu dönem JİTEM'in kurulduğu ve 'faaliyetlerine' başladığı yıllardı.

Yukarıda belirtildiği gibi, başta JİTEM olmak üzere güvenlik güçleri tarafından işlenen bu çapta fiillerin o dönem itibarıyla uluslararası suçlara yer vermeyen iç hukuk düzeni çerçevesinde anlaşılmasına imkan yoktur. Nitekim, Türkiye'de yargısız infazlar öylesine yoğun biçimde gerçekleşmiştir ki, yargısız infazların ve zorla kaybetmelerin bu düzeyde gerçekleştiği çatışma bağlamı, İnsan Hakları Komisyonunu'nun Özel Raportörü tarafından silahlı çatışma olarak kabul edilmiştir. Dönemin Komisyon Raportörü, Bacre Waly Ndiaye, Türkiye'de yaygın ve ağır insan hakları ihlallerine ilişkin olarak, Türkiye'yi sivillerin ve silahlarını bırakmış veya yakalanmış silahlı muhalefet (*armed opposition*) güçleri mensuplarının yaşam haklarına saygı duyulması konusunda çağrıda bulunmayı zorunlu görmüştür.²¹⁴

Bu dönem yaşam hakkına ve beden bütünlüğüne yönelen ağır ve yaygın ihlallerin esasen bir özel harp yöntemi olduğuna ilişkin en önemli göstergelerden biri işlenen suçların ağırlığına rağmen, pek çok olayda kamu davasının dahi açılmamış olmasıdır. 1996 tarihli raporunda BM Özel Raportörü, "özellikle Kürt etnik orijinli kişilere karşı aralıksız devam eden yaşam hakkı ihlallerine ilişkin bir örüntü/kalıp/pattern" olduğunu ifade etmektedir.²¹⁵ Aynı yıl ülke raporlarında, Özel Raportör, yaşam hakkı ihlallerine ilişkin iddiaların yarısından fazlasının Güneydoğu Anadolu'da cereyan ettiğini ve mağdurların "Kürt köylüler, öğrenciler, gazeteciler ve siyasi parti üyeleri" olduğunu belirtmektedir.²¹⁶ 1994 yılında da benzer bir biçimde failerin güvenlik güçleri ve korucular olduğu, mağdurların arasında Halkın Demokrasi Partisi (HADEP) üyelerinin ve çocukların (Muş/Altınova) ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na işkence yasağı ihlali dolayısıyla şikayet

²¹⁴ UN Commission on Human Rights, E/CN.4/1994/7, s. 138.

²¹⁵ UN E/CN.4/1996/4, s. 116.

²¹⁶ Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions' (Report by the Special Rapporteur, submitted pursuant to Commission on Human Rights Resolution 1996/74), 23 Aralık 1996, E/CN.4/1997/60/Add.1, s. 114.

başvurusunda bulunan bir kişinin (Zeki Aksoy) olduğu yasadışı infazlara dikkat çekmektedir.

Bu yasadışı infazlara ilişkin en açık örneklerden biri kuşkusuz Musa Çitil aleyhine açılan soruşturma ve kovuşturmalara ilişkin gelişmelerdir. 1992-1994 yıllarında Mardin/Derik'te 13 kişinin öldürülmesinden sorumlu tutulan o dönemin Jandarma İlçe Komutanı Musa Çitil hakkında dava ancak 2012 yılında açılabilmiştir.²¹⁷ Halen muvazzaf asker olan Musa Çitil kendisine yönelen ve AİHM'nin *Aydın/Türkiye* davasında Musa Çitil tarafından gerçekleştirildiği konusunda çok kuvvetli bulgular bulunan işkence ve cinsel saldırı ile ilgili mahkumiyet kararına rağmen hiçbir zaman görevden alınmamıştır. Ne ilginçtir ki, Çitil hakkında açılan bu dava 2014 Mayıs ayında delil yetersizliği nedeniyle beraatla sonuçlanmıştır.²¹⁸

Söz konusu dönemde işlenen yargısız infazlarda cezasızlığın genel bir adli ve idari pratik olduğu bir dizi başka gelişme ile de sabittir. Muş'un Altınova (Vartinis) beldesinde 1993 yılında aynı aileden 9 kişinin yakılarak öldürüldüğü olayda ise dönemin Hasköy Jandarma Karakol Komutanı B.K., Jandarma Karakol Komutanı Başçavuş T.N. ile İl Emniyet Müdürlüğü Özel Harekat Şube Müdürü Vekili Ş.U hakkında "kasten ev yakmak suretiyle birden çok kişinin ölümüne sebebiyet vermek" suçlamasıyla ancak 2013 yılında dava açılmıştır. İlk duruşmada tutuklama kararı vermeyen Muş Ağır Ceza Mahkemesi, sanıklar hakkında verdiği yurtdışına çıkış yasağını yeterli bulmuştur.²¹⁹ 1993'te 16 kişinin öldürüldüğü, çok sayıda ev ve işyerinin yakıldığı, yüzlerce kişinin göçe zorlandığı olayla ilgili dönemin Diyarbakır Jandarma Bölge Komutanı emekli Albay Eşref Hatipoğlu ve Üsteğmen Tünay Yanardağ hakkında 'taammüden öldürme', 'halkı isyana ve birbirini öldürmeye teşvik', 'cürüm işlemek üzere teşekkül oluşturma' suçlamalarıyla tanzim

²¹⁷ <http://failibelli.org/dava/musa-citil-davasi/> (Son erişim tarihi: Ocak 2016).

²¹⁸ Radikal, 22 Mayıs 2014. Bkz. ayrıca, Şenses, Erkan, 'Çitil Davası: Adalet Kaybı', 2 Haziran 2014, <http://failibelli.org/yorum-analiz/citil-davasi-adalet-kaybi/> (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).

²¹⁹ Radikal, 4 Eylül 2013.

edilen iddianameyle açılan yargılama ancak 16 Ocak 2014'te başlayabilmiştir.²²⁰

Yargısız infazların bağlamına dair ikinci önemli nokta ise, infazların önemli bir bölümünün faili meçhul kalmasıdır. 1993 yılında oluşturulan TBMM Faili Meçhul Siyasi Cinayetler Araştırma Komisyonu bu bakımdan faili meçhul olgusunun devlet katında ilk kez kabul edilmesi itibarıyla kuşkusuz son derece önemlidir.²²¹ Nitekim, Faili Meçhul Siyasi Cinayetler Araştırma Komisyonu, başta Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi olmak üzere kimi devlet kurumlarının, Komisyonun talepleri konusundaki tutumundan yakınmakta, Komisyon'a bilgi veren kamu görevlilerin görevlerinden uzaklaştırıldığına dikkat çekmekte²²² ve bu cinayetlerin aydınlatılmamasında 'devlet sırrı' kavramının ne denli önemli olduğuna dolaylı da olsa değinmektedir. Fakat, söz konusu Komisyon raporu içerdiği kimi önemli verilere rağmen faili meçhul cinayetlerin, sebep ve sonuçları ile failleri ile ilgili soyut tavsiflerle yetinmekte ve genel olarak devlet aygıtının faili meçhullerdeki rolünü karanlıkta bırakan bir üslubun benimsendiği gözlemlenmektedir. Örneğin, OHAL bölgesinde görüşlerine başvuru alan kişiler, faili meçhul cinayetlerin devlet görevlileri tarafından ve genellikle aynı şekilde işlendiği, bir merkezden hareket ediliyormuş gibi davranıldığı ve maktullerin öldürülüş şekillerinin aynı olduğu yolundaki görüşlerini Komisyon ile paylaşmıştır. Fakat, Komisyona göre, bu veriler, cinayetleri, devletin içerisindeki herhangi bir grup veya devlet destekli bir grup olarak tanımladığı kontrgerillanın işlediğine dönük somut veriler değildir.²²³ Oysa, Komisyonun da teslim ettiği üzere cinayetlerin

²²⁰ Bianet, 'Lice Katliamı 21 Yıl Sonra Yargıda' (Ayça Söylemez) 15 Ocak 2014. <http://www.bianet.org/bianet/insan-haklari/152841-lice-katliami-21-yil-sonra-yargida>. Bkz. ayrıca, TİHV'in 20 Şubat 2014 tarihli raporu, <http://www.tihv.org.tr/20-subat-2014-turkiye-insan-haklari-vakfi-dokumantasyon-merkezi-gunluk-insan-haklari-raporu/> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

²²¹ TBMM Faili Meçhul Siyasi Cinayetler Araştırma Komisyonu Raporu, 1995.

²²² Örneğin, Komisyona il sınırlarında Jandarma ile bağlantılı Hizbullah kampları ile ilgili bilgi veren dönemin Emniyet Müdürü görevinden hiçbir gerekçe gösterilmeden alınmıştır. A.g.e., s. 34.

²²³ A.g.e.

gündüz saatlerinde şehrin en işlek yerlerinde işlenmesi, cinayet tanıklarının tanıklık yapmaktan korkması, "ilk zamanlarda" tanıklık yapanların da yeni bir faili 'meçhul' cinayetin kurbanı olmaları²²⁴ Komisyonun her nedense inanmakta zorlandığı 'kontrgerilla' rolünü gözler önüne sermektedir.

İlginçtir, Komisyon bu bakımdan faili meçhul cinayetler olgusunu, Rapor'da benimsenen ifade ile "Güneydoğu'da şehir merkezlerinde aynı yöntemlerle" öldürülen kişiler ile "büyük şehirlerde toplumda infial uyandırıp, karışıklığa sebebiyet verebilecek bir şekilde, bazı yazar, öğretim üyesi, gazeteci ve hukukçunun öldürülmeleri"ni aynı çerçevede değerlendirmiştir. Faili meçhul cinayetlerin sorumluluğunu devlet aygıtından bağımsız bir biçimde ele alan Komisyon, faillerin arasında da yabancı istihbarat örgütlerini,²²⁵ Hizbullah'ı ve İran'ı işaret etmiştir.²²⁶ Ne var ki, faili meçhullerin her iki bağlamının siyasal saik ve amaçları yönünden birbirinden ciddi farklılıklar içerdiğini iddia etmek mümkündür. Uğur Mumcu, Turan Dursun, Bahriye Üçok cinayetleri gibi henüz aydınlatılmamış başka cinayetlerin, Vedat Aydın, Musa Anter, Savaş Buldan, Behçet Cantürk, Yusuf Ekinci ve dönemin OHAL bölgesinde işlenen diğer cinayetlerle amaç, yöntem ve organizasyon bakımından farklılık arz ettiği gözlemlenmektedir.²²⁷ Zorla kaybetmeler başlığında yer verilen diğer raporlarda da ortaya çıktığı üzere, faili meçhul yargısız infazların en azından bir bölümü yukarıda belirtildiği üzere "anında infaz" temel stratejilerinden biri olarak açıklanan JİTEM mensupları tarafından işlenmiştir. Nitekim, TİHV verilerine göre, faili meçhul cinayetlerin en yoğun işlendikleri dönem 1992-1993 yılları arasında sırasıyla 316 ve 314'tür. 2013 tarihli TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu'nun 'Terör ve Şiddet Olayları

224 A.g.e. 33-34.

225 Komisyon'un MİT'e yazısı, 18.10.1993, A.01.1.GEÇ/135-246, s. 16.

226 "(O)lağanüstü profesyonellikte işlenen iyi eğitilmiş, disiplinli ve güçlü odaklarca desteklenen örgütler ve örgütlenmeler vardır." A.g.e. s. 1.

227 Faili meçhullerde ilk sıralar 259 cinayette Diyarbakır, 155 Mardin, 145 İstanbul, 125 Batman, 34 Şırnak, 25 Malatya, 23 Adana, 15 Tunceli. (Öğrenciler, işçiler, serbest meslek mensupları vs.)

Kapsamında Yaşam Hakkı İhlallerini İnceleme Raporu' için TİHV ve İHD verilerinin birlikte değerlendirilmesi üzerine ulaşılan rakamlara göre, faili meçhul cinayet sayısı 1990 yılında 11 iken, 1993'te bu rakam 467'ye çıkmaktadır.²²⁸ Faili meçhul cinayetlerin toplam sayısı içinde 259'u Diyarbakır'da, 125'i Batman'da, 155'i o günkü il sınırları içinde Mardin'de işlenmiştir.

Türkiye'de özellikle 1990'larda OHAL bölgesinde uluslararası suç vahametine erişen yargısız infazlara dönük cezasızlık pratiğinin esas itibarıyla hukuk dışı bir zeminde geliştiği kuşkusuzdur. Kayıpların da bu bakımdan Tanör'ün ifadesi ile "yargısız infaz pratiğinin örtülü ya da kılıflanmış biçimi" olarak değerlendirilmesi gerekir.²²⁹ Dolayısıyla yaşam hakkı ile ilgili bu biçimde tezahür eden *de facto* rejimin kaynaklarının, "devlet için kurşun atanların da şerefli" ilan edildiği bir özel harp stratejisine içkin olduğu aşıkardır. Bu stratejinin merkezinde yer alan bir unsur olarak JİTEM'in lağvedildiği açıklanmış ve Mehmet Ağar, Veli Küçük, Arif Doğan, Cemal Temizöz gibi dönemin kimi aktörlerinin yargılandığı ve/veya hüküm giydiği bir süreç işlemekte ise de söz konusu kişilerin tamamının yargılanmasında 'suç işlemek için örgüt kurma' suçlaması ile söz konusu fiillerin bir devlet politikası olduğu gizlenmektedir. Özellikle Mehmet Ağar'ın yargılanması, hüküm giymesi ve cezasının infazındaki olağanüstülükler söz konusu cezasızlık ikliminin devam ettiğini göstermektedir.²³⁰ Çatışma nedeniyle hukukun sustuğu bu dönem içinde yaşam hakkını ihlal ile ilgili mevzuatın rolü kuşkusuz sınırlıdır. Ne var ki, o dönem gerçekleşen yargısız infazlarla ilgili davalar bakımından da temel referans teşkil ettiği gibi, yaşam hakkına dönük ihlaller sayısal olarak azalmakla birlikte bugün de devam etmektedir. Aşağıdaki bölümde yaşam hakkı ile ilgili mevzuatın cezasızlık sonucu doğuran veya doğurması muhtemel hükümleri değerlendirilecektir.

228 'Terör ve Şiddet Olayları Kapsamında Yaşam Hakkı İhlallerini İnceleme Raporu', s. 74.

229 Tanör, s. 33.

230 Bkz., örneğin, 'Mehmet Ağar'ın varestede tutulma kararı kaldırıldı', T24, <http://www.hurriyet.com.tr/mehmet-agarin-vareste-tutulma-karari-kaldirildi-28084438> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

YAŞAM HAKKI İLE İLGİLİ

MEVZUAT VE CEZASIZLIK

Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri ve 1982 Anayasası

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından yayımlanan istatistiklere göre, 1959-2014 yılları arasında Türkiye aleyhine yaşam hakkı ihlalleri ile ilgili AİHM, 3095 başvuru incelemiş; bu başvuruların 2733'ünde ihlal kararı vermiş, sadece 64'ünde yaşam hakkı ihlali bulunmadığı yönünde karar vermiştir.²³¹ Türkiye'nin, Mahkeme'nin yargı yetkisini 1987 tarihinden itibaren kabul etmiş olduğu ve Türkiye hükümetini AİHM nezdinde savunan Bakır Çağlar'ın da ifade ettiği üzere²³² pek çok dosyada esasen dostane çözüme varıldığı hatırlanırsa (ilgili istatistiğe göre bu sayı 207 civarındadır) Türkiye'de yaşam hakkı ihlallerinin boyutlarına ilişkin tablo, Avrupa Konseyi üyesi ülkelere kıyasen daha iyi anlaşılacaktır.

Bu rakamsal veriler, sadece buzdağının görünen yüzü olarak Türkiye'deki uygulamaya ilişkin fikir vermemekte, ama aynı zamanda aşağıda tartışılacağı gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yaşam hakkına ilişkin düzenlemesi ile iç hukukumuz arasındaki farklılıkları da yansıtmaktadır. Aşağıda kimi detaylarıyla, Sözleşme ve Anayasa'nın yaşam hakkına ilişkin düzenlemeleri tartışılacaktır. Zira gerek AİHS gerekse AİHM kararları sadece yarattığı içtihat birikimi dolayısıyla değil, Türkiye iç hukuku bakımından, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun ancak AİHS kapsamındaki hak ve özgürlükler açısından başvurulacağı şeklindeki düzenleme ile önem kazanmıştır. Bireysel başvuru, Sözleşme hükümleri ve yorumunun Türkiye uygulaması açısından normlar hiyerarşisindeki konumunu pratik olarak

²³¹ Bkz., http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_2014_ENG.pdf, ayrıntılı bir analiz için bkz., Buckley, Carla, 'The European Convention on Human Rights and the Right to Life in Turkey', *Human Rights Law*, c. 1, sy. 1, 2001, s.35-66.

²³² Neşe Düzcel Röportajı ('Türk Devletinin Avukatlığını Yaptığım İçin Pişmanım'), *Radikal*, 26 Temmuz 2011.

da pekiştirmiştir. Dolayısıyla, AİHS'nin yaşam hakkı ile ilgili düzenlemeleri özel bir önem arz etmektedir. Bu bakımdan öncelikle, BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin yaşam hakkı ile ilgili düzenlemesini kısaca değerlendirmek ve daha sonra kimi detaylarıyla AİHS ve AİHM içtihatları ile belirlenen çerçevenin üzerinde durmak gerekir.

BM Sözleşmesi yasadışı ve keyfi infaz pratiğine ilişkin net bir yasağı bünyesinde barındırmaktadır. Zira, BM Sözleşmesi'nin 6. maddesinde "hiç kimsenin yaşama hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamayacağı" düzenlenmiştir.²³³ İnsan Hakları Komitesi'nin Genel Yorumunda²³⁴ devletlere yalnızca öldürmeye ilişkin fiiller değil, aynı zamanda devletin güvenlik güçlerinin keyfi yaşam hakkı ihlallerini önleme ve cezalandırma yükümlülüğü bulunduğu hatırlatılmış ve devlet yetkilileri (*authorities of the State*) tarafından insan yaşamına son verilmesinin vahametinin altı çizmiştir. Fakat, aşağıda tartışılacağı üzere AİHS'den farklı olarak BM Sözleşmesi istisna hallerine değinmemiştir ve esas itibarıyla

²³³ Md. 6 "1. Her insanın niteliğinden gelen yaşama hakkı vardır. Bu hak, yasayla korunur. Kimse keyfi olarak yaşamından yoksun bırakılamaz.

2. Ölüm cezasını kaldırmamış olan ülkelerde, bu ceza, suçun işlendiği tarihte yürürlükte olan ve bu Sözleşmeyle Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesinin hükümlerine aykırı olmayan yasalar uyarınca en ağır suçlar için konabilir. Bu ceza, ancak yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş bir kesin hüküm üzerine yerine getirilebilir.

3. Yaşamdan yoksun bırakma bir soykırım suçu oluşturduğunda, bu maddenin hiçbir hükmü bu Sözleşmeye Taraf herhangi bir Devlet, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesinin hükümlerine göre üstlenilen yükümlülüklerle herhangi bir biçimde aykırı davranma yetkisi verdiği biçimde anlaşılabilir.

4. Ölüm cezasına hüküm giyen bir kimse bu cezanın başışlanmasını ya da hükmün değiştirilerek hafifletilmesini isteme hakkına sahiptir. Ölüm cezasının affı, başışlanması ya da hafifletilmesi kararı her durumda verilebilir.

5. Ölüm cezası, on sekiz yaşın altındaki kişiler tarafından işlenen suçlar için verilemez ve gebe kadınlar için yerine getirilemez.

6. Bu maddenin hiçbir hükmü, bu Sözleşmeye Taraf herhangi bir Devlet tarafından ölüm cezasının kaldırılmasını geciktirmek ya da engellemek amacıyla dayanak olarak kullanılmaz."

²³⁴ UN Human Rights Instruments (Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted By Human Rights Treaty Bodies, Volume 1), IHRI/GEN/1/Rev.9(Vol.1), 27 Mayıs 2008, s. 177, aşağıdaki linkten erişilebilir: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11

ölüm cezası dışında kişinin yaşamından yoksun bırakılmasını mümkün kılabilecek başka bir belirleme içermemektedir.²³⁵

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1. madde, taraf devletlerin kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin Sözleşme'de belirtilen temel hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlamaları gerektiğine ilişkin pozitif bir yükümlülük ihdas etmektedir.²³⁶ AİHS 1. maddede taraf devletlere kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, Sözleşmede belirtilen hak ve özgürlüklerden yararlanılmasının sağlanması yükümlülüğünün de devletlere yaşam hakkı ihlallerini etkili bir biçimde soruşturma yükümlülüğü getirdiği kabul edilmektedir. AİHS yaşam hakkı ile doğrudan ilgili 2. maddesinde aşağıdaki düzenlemeyi içermektedir:

1. Herkesin yaşama hakkı hukuk tarafından korunur. Kanunun ölüm cezası öngördüğü bir suç nedeniyle bir mahkemenin verdiği ölüm cezasının infazı dışında, hiç kimse yaşam hakkından kasten yoksun bırakılamaz.

2. Aşağıdaki hallerde yaşamdan yoksun bırakma, kullanılması mutlaka gerekli bir gücün sonucu olarak meydana gelmişse, bu maddeye aykırı sayılmaz:

- a.** bir kimsenin hukuka aykırı şiddete karşı savunması;
- b.** hukuka uygun bir gözaltına alma kararını uygulama veya hukuka uygun olarak tutulan bir kimsenin kaçmasını önleme;
- c.** bir ayaklanma veya isyanı hukuka uygun olarak bastırma."²³⁷

Yukarıda belirtildiği gibi Sözleşme'nin ölüm

²³⁵ Yukarıda da değinildiği üzere BM Sözleşmesi'nin yaşam hakkı ile ilgili bu düzenlemesi ve Sözleşmeye 1989 yılında eklenen II. Ek Protokol (md. 1) esas itibarıyla ölüm cezasına ilişkin sınırlamaları ve yasakları ihtiva eden hükümlerdir.

²³⁶ Bu maddeye ilişkin hazırlık çalışmalarına (travaux préparatoires) dair bkz. Schabas, William, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, 3. baskı, s. 261-264.

²³⁷ Doğru, Osman, *Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İçtüzüğü*, XII Levha, İstanbul, 2010., s. 5.

cezası ile ilgili hükmü 6 ve 13 no'lu Protokol dolayısıyla esasen ilga edilmiştir. Dolayısıyla, gerek Sözleşme, gerekse 1982 Anayasası'ndaki paralel bir düzenleme, hangi hallerde yaşam hakkından yoksun bırakacak güç kullanımının mümkün olabileceğini belirtiyor. Nitekim, AİHM, Sözleşmenin 2. maddesini yorumlarken, maddede belirtilen hallerin dar yorumlanması gerektiğinin altını çiziyor.²³⁸

1982 Anayasası'nın yaşam hakkı ve işkence yasağı ile ilgili 17. maddesi ise aşağıdaki düzenlemeleri içeriyor:

Madde 17 – Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.

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

(5170 s. Kanun md. 2 ile değişik) Meşru 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.

Görüldüğü üzere, 17. madde birinci fıkra, devletin yaşam hakkı ile ilgili pozitif yükümlülüğünün ihdas ederken, 4. fıkra ise negatif yükümlülüğünü hüküm altına alıyor ve hangi hallerin bu kapsam dışında kaldığını belirliyor.

1982 Anayasası ve Sözleşme'nin ilgili hükümlerinin lafzi ve amaçsal yorumu; her iki

²³⁸ Salman/Türkiye (Başvuru no: 21986/93), 27 Haziran 2000, para. 97; Erdoğan vd./Türkiye (Başvuru no. 19807/92), 13 Eylül 2006, para. 65.

metinde ölümcül güç kullanımının nedenleri ile ilgili benzer fakat önemli farklılıkları bulunan iki ayrı rejimin benimsendiğini gösteriyor. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile 1982 Anayasası'nın yaşam hakkına ilişkin düzenlemelerinde önemli bir farklılık, 1982 Anayasası'nda, Sözleşme'de öngörülme "sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması" halinin de kişinin yaşam hakkından yoksun bırakılması için bir neden olarak düzenlenmiş olmasıdır.

Daha önemli bir farklılık ise 1982 Anayasası'ndan farklı olarak AİHS'in açık bir biçimde "kullanılması mutlaka gerekli güç" kriteri ile orantılılık ilkesinin altını çizmesidir.²³⁹ AİHM, "kullanılması mutlaka gerekli güç" ifadesinin Sözleşme'nin 8-11. maddelerinde geçen "demokratik bir toplumda zorunlu" olup olmadığı değerlendirilirken başvuru zorunluluk koşulunda daha katı ve sıkı bir zorunluluk ölçütü olduğuna işaret ederek, Sözleşme md. 2/a, b ve c bentlerinde belirtilen amaçlarla sıkı sıkıya orantılı olması gerektiğinin altını çizmektedir.²⁴⁰ Mahkeme, yaşam hakkının demokratik bir toplumdaki önemi uyarınca, ölüme sebebiyet verecek kasti güç kullanımı söz konusu olduğunda, öldürme olaylarının son derece titiz bir şekilde gözden geçirilmesi ve sadece kuvvete başvuran devlet görevlilerinin fiillerini değil, bu eylemlerin planlaması ve denetimi de dahil olmak üzere davaya ilişkin tüm koşulların göz önünde bulundurulması gerektiğinin altını çizmektedir.

Sözleşme'nin AİHM tarafından bu biçimde yorumlanan 2. maddesindeki "kullanılması mutlaka gerekli güç" ifadesine karşılık, Anayasa md. 17 son derece muğlak "zorunlu durumlar" ibaresini kullanmaktadır. Doğru'nun da ifade ettiği üzere "kanunun silah kullanmasına cevaz verdiği zorunlu durumlar" ifadesinden gücün

²³⁹ Doğru, s. 5-7.

²⁴⁰ *Salman/Türkiye*, para. 98; *Giuliani ve Gaggio/İtalya*, para. 174-178; *Avşar/Türkiye* (Başvuru no 25657/94), 10 Temmuz 2001, para. 390-391; *Musayev vd./Rusya*, (Başvuru no: 57941/00, 58699/00, 60403/00), 26 Temmuz 2007, para. 142.

orantılı olması gerekliliğini çıkarmak güçtür.²⁴¹ Nitekim, bu duruma, Yasadışı, Keyfi ve Kısa İnfazlara İlişkin Komite'nin Türkiye'ye ilişkin raporlarında dikkat çekilmektedir. Komitenin dönem sözcüsü Christof Heyns tarafından da belirtildiği üzere, söz konusu Anayasa hükmü, uluslararası insan hakları hukukunun yaşam hakkının ihlaline ilişkin gereklilik ve zorunluluk kriterlerini tam olarak yansıtmamaktadır. Heyns, Anayasa 17. maddedeki genel ifadelerin bu maddenin yanlış/yetersiz/inadequate yorumlanma ihtimalini doğurduğunu belirtmekte ve bu maddenin gözden geçirilmesinin gerekli olduğuna işaret etmektedir.²⁴²

Kuşkusuz, Anayasa md. 17; md. 13'teki temel hak ve özgürlüklerle ilgili sınırlamalara dair kanuni düzenlemelere ilişkin "(A)nayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.)" hükmü ile ve yine yaşam hakkını savaş halinde dahi dokunulması mümkün olmayan çekirdek içinde tarif eden 15. madde ile birlikte değerlendirilmek durumundadır.²⁴³ Fakat, aksi yorumun mümkün olduğu, bu hükmün ilgili hallerde öldürmeye cevaz verdiği şeklinde, örneğin yeni Türk Ceza Kanunu'nun yazarlarından Özgenç tarafından ileri sürülen görüş²⁴⁴ dikkate alınır, bu düzenlemenin yeniden değerlendirilmesi elzemdir. Özgenç'e göre:

²⁴¹ Doğru (2010), s. 6.

²⁴² Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, Christof Heyns (Addendum), 18 Mart 2013, A/HRC/23/47/Add.2, s. 4, para. 14.

²⁴³ IV. Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması Madde 15 – 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.

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler (...) dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanincaya kadar kimse suçlu sayılamaz."

²⁴⁴ Özgenç, 2014, s. 306.

"1982 Anayasasının "yaşama hakkı"yla "vücut dokunulmazlığı"ni teminat altına alan 17. maddesinin dördüncü fıkrasında bu hak ve dokunulmazlığın istisnaları düzenlenmiştir. Yani, maddede zikredilen hallerde kişi yaşama hakkının veya vücut dokunulmazlığının varlığından bahsedemeyecektir. Söz konusu hükme göre, "...bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi.... sırasında silah kullanılmasına kanunen cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiileri" hayat (yaşama) hakkının ihlali olarak telakki edilemez! Bu hüküm, tutuklu veya hükümlünün kaçmasını önlemek için silah kullanılmasına cevaz veren bir kanuni düzenlemeye imkan tanımaktadır. Verilen cevaz, sadece soyut silah kullanmaya ilişkin olmayıp, kaçan tutuklu veya hükümlünün silah kullanmak suretiyle öldürülmesini de kapsamına almaktadır."²⁴⁵

AİHS md. 2'de de yaşam hakkının sınırlanmasının mümkün olabildiği istisna halleri düzenlenmektedir. Fakat, McCann ve Diğerleri/ Birleşik Krallık davasında da vurgulandığı üzere buradaki istisna halleri, bir kişinin kasten öldürülebileceği halleri düzenlememekte, mutlak zorunluluk nedeniyle "başvurulan kuvvetin istenmeyen bir sonuç olarak ölüme sebebiyet verdiği" durumları ele aldığını göstermektedir.²⁴⁶ Anayasa 17. maddenin bu bakımdan paralel biçimde herhangi bir orantılılık gözetilmeksizin yorumlanması mümkün olamayacağı gibi, Anayasa md. 90/son çerçevesinde Türkiye iç hukukunun parçası olan AİHS'nin arzettiği çerçeve ile de uyumlu değildir.

²⁴⁵ A.g.e.

²⁴⁶ McCann ve Diğerleri/Birleşik Krallık, para. 148.

Anayasal İstisna

Rejimleri

Türkiye'de insan hakları ihlallerinin en fazla yoğunlaştığı dönemler, olağanüstü hal ve sıkıyönetim dönemleridir. Bu ihlallerin başında ise yaşam hakkına ilişkin ihlaller gelmektedir. Örneğin, ilk kez 1984 yılında 8 ilde geçerli olmak üzere ilan edilen²⁴⁷ olağanüstü hal dönemine ilişkin sadece Milli Savunma Bakanlığı tarafından bir soru önermesine verilen yanıtla göre, OHAL Valiliğinin yetki kapsamında olan yerleşim yerlerinde:

"Yasadışı örgüt mensupları ile güvenlik güçleri arasında meydana gelen çatışmalarda 772 örgüt mensubu, 11.830 güvenlik görevlisi, 5.887 sivil insan yaralanmış; 25.334 örgüt mensubu 3.541 güvenlik görevlisi, 5.105 sivil insan hayatını kaybetmiştir. Bölgede meydana gelen mayın ve bomba patlamalarında ise 864 sivil insan, 1.848 TSK ve diğer güvenlik görevlisi yaralanmış; 572 sivil insan, 371 TSK ve diğer güvenlik görevlisi de hayatını kaybetmiştir."²⁴⁸

Nitekim, OHAL döneminde Türkiye'nin AİHM nezdinde yaşam hakkını ihlal ettiği tespit edilen davalar bu bölgede ölümcül biçimde zor ve silah kullanımına ilişkin önemli veriler sunmaktadır. Bu kararların envanterini Tanrıkulu ve Yavuz'un çalışmasında bulmak mümkündür. Buna göre, Türkiye'nin, Çakıcı/Türkiye, Taş/Türkiye, Timurtaş/Türkiye, Ertak/Türkiye, Kılıç/Türkiye, Kaya/Türkiye, Akkoç/Türkiye, Ergi/Türkiye, Oğur/Türkiye, Gül/Türkiye, Avşar/Türkiye, Akdeniz ve diğerleri/Türkiye, Demir/Türkiye, Yaşa/Türkiye, Tanrıkulu/Türkiye kararlarında yaşam hakkını ihlal ettiği hüküm altına almıştır.²⁴⁹ Yine, Olağanüstü Hal Kanunu

²⁴⁷ 1.3.1984 tarih ve 84/7781 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı.

²⁴⁸ Diyarbakır Milletvekili Mesut Değer'in soru önermesine Milli Savunma Bakanlığı'nın 28.2.2003 tarih ve 1400-249 no'lu cevabı, zikreden Tanrıkulu, M. Sezgin/Yavuz, Serdar, 'İnsan Hakları Açısından Olağanüstü Hal'in Bilançosu', *Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi*, sy. 6, 2005, s. 493-521.

²⁴⁹ Tanrıkulu/Yavuz, s. 509.

çerçevesinde gerçekleşen yaşam hakkı ihlalleri Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin dikkatini çekmiş ve 2005 tarihli bir kararında, yaşam hakkının ihlal edildiği 40 vakanın 34'ünün ülkenin güneydoğusunda meydana gelmiş olduğunun altı çizilmiştir.²⁵⁰

Her iki istisna rejimi dönemindeki ihlallerin boyutları her iki kanunun lafzı ve uygulaması açısından suistimal ve keyfi muamelelere son derece açık bir niteliğe sahip olması ile yakından ilgilidir.²⁵¹ Aşağıda kısaca değinilecek bu düzenlemelerin gerek 1982 Anayasası'nda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen 13. ve 15. maddelere gerekse Anayasa 90/son çerçevesinde AİHS ve Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile kolluk güçlerinin zor ve silah kullanma esaslarını belirleyen Birleşmiş Milletler kurallarına aykırı olduğu açıktır.

Sıkıyönetim Kanunu 4. maddesi, Sıkıyönetim Komutanlığı emrinde görevli Silahlı Kuvvetler mensupları emniyet ve asayişe ilişkin zabıta kuvvetleri ile diğer güvenlik görevlilerine, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanun ve Yönetmeliği, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, Jandarma Teşkilat ve Vazife Nizamnamesinde silah kullanmayı mümkün kılan hallerde silah kullanma yetkisini haiz olduğunu belirttiikten sonra ikinci fıkrada istisnai bir düzenlemeye yer veriyor. Buna göre silah kullanma yetkisine sahip güvenlik kuvvetlerinin teslim ol emrine itaat edilmemesi veya silahla mukabeleye (karşılık verme) yeltenilmesi veya güvenlik kuvvetlerinin meşru müdafaa durumuna düşmeleri halinde görevli güvenlik kuvvetleri mensupları doğruca ve duraksamadan hedefe ateş edebilirler.

²⁵⁰ Council of Europe, Committee of Ministers, Interim Resolution ResDH(2005)43 'Actions of the Security Forces in Turkey- Progress Achieved and Outstanding Problems', metne şu linkten erişilebilir: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=ResDH\(2005\)43&Language=lanEnglish&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=ResDH(2005)43&Language=lanEnglish&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864) (Son erişim tarihi: Ağustos 2015). Ayrıca bkz., Human Rights Watch, Time for Justice (Ending Impunity for Killings and Disappearances in 1990s Turkey), s. 11.

²⁵¹ Örneğin, Yargıtay CGK'nın 1986/169 Esas, 1986/419 Karar sayılı 6.10.1986 tarihli kararına konu olayın bu açıdan bir örnek olduğu iddia edilebilir.

Anılan hükmün 4. fıkrası ise iki ayrı kanuna yollama yaparak bu kanun kapsamında silah kullanma yetkisi bulunanlar için istisna rejimini pekiştiriyor. Buna göre, 23/4. fıkrasının yollama yaptığı Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesi ayrıca sanıklar hakkında açığa alma ve işten el çektirme tedbirlerinin uygulanmayacağını belirtiyor.²⁵² Daha da ilginç bir düzenleme, ileride tekrar değinilecek, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmetler Kanunu'nun 87/VI. fıkrasıdır. Bu fıkra hükmünce: "Her olayın cereyan ettiği haller ve şartlar göz önünde tutulmak kaydıyla bu madde hükümlerine göre silahını kullanan askere ve silah kullanma emrini veren birlik komutanına sorumluluk yüklenemez."²⁵³ Sıkıyönetim kanunu haklarında bu kanun kapsamında yetkilerini kullanmaktan ötürü soruşturma açılan polis ve askerlerle ilgili soruşturma süresi içinde tutuklama kararı verilemeyeceğini de hüküm altına almaktadır.

Olağanüstü Hal Kanunu'nun 23. maddesi de, aynı kanunun 3. maddesine atıfla 'Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması hallerinde" ilan edilen olağanüstü hal durumunda zor ve silah kullanma yetkisine ilişkin Sıkıyönetim Kanunu'na paralel bir düzenleme öngörüyor. Söz konusu fıkra silah kullanma yetkisine sahip bulunan güvenlik kuvvetlerinin teslim ol emrine

²⁵² 1481 sayılı 1971 tarihli Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun'a göre (md. 3), "(B)u kanun hükümleri dairesinde silah kullanan polis veya jandarma hakkında hazırlık soruşturması Cumhuriyet Savcıları veya yardımcıları tarafından bizzat yapılır. Dava açıldığında sanık duruşmadan vareste tutulabilir ve hakkında açığa alma, işten el çektirme işlemi uygulanmaz."

²⁵³ VII - Soruşturma usulü ve adli yardım (Ek : 22/11/1990 - 3683/5 md.) Silah kullanmak zorunda kalan asker kişiler hakkında, hazırlık soruşturması Askeri Savcı, Cumhuriyet Savcısı veya yardımcıları tarafından yapılır. Haklarında dava açılan sanık asker kişiler duruşmadan vareste tutulabilir. Olayın mahiyetine ve kusurun derecesine göre sanığın mensup olduğu Bakanlıkça durumu uygun görülürlerince vekalet verdiği avukatın ücreti, bu bakanlıkların bütçesine konulacak ödenekten karşılanır. Avukat tutma ve avukatlık ücretinin ödeme usul ve esasları, Millî Savunma ve İçişleri bakanlıklarınca bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

itaat edilmemesi veya silahla mukabeleye yeltenilmesi veya güvenlik kuvvetlerinin meşru müdafaa durumuna düşmeleri halinde görevli güvenlik kuvvetleri mensuplarının doğruca ve duraksamadan hedefe ateş edebileceklerini hükme bağlıyor. Anılan hükmün 4. fıkrası ise iki ayrı kanuna yollama yaparak bu kanun kapsamında silah kullanma yetkisi bulunanlar için Sıkıyönetim Kanunu kapsamında belirtilen rejimi burada aynen tekrarlıyor. Buna göre, Olağanüstü Hal kapsamında silah kullanan polisler ile ilgili, 23/4. fıkra yollaması ile Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesine göre kamu davası devam ederken açığa alma ve işten el çekirme tedbirleri uygulanamaz.²⁵⁴ Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 87/VI. fıkrasının yukarıda belirtilen hükmü uyarınca da kural olarak ("her olayın cereyan ettiği haller ve şartlar göz önünde tutulmak kaydıyla") silahını kullanan askere ve silah kullanma emrini veren birlik komutanına sorumluluk tevcih edilemeyecektir. Yine, Olağanüstü Hal Kanunu'nun belirtilen fıkrasına göre silah kullanma yetkisini haiz güvenlik güçlerinin silah kullanması durumunda haklarındaki soruşturma işlemi tutuksuz yapılmak durumundadır.

Görüldüğü üzere, silah kullanma yetkisini haiz kolluk ve güvenlik güçlerine her iki *de jure* istisna halinde "doğruca ve duraksamadan" silah kullanma yetkisi veriliyor. Bu hallerden biri olarak genel bir hukuka uygunluk sebebi olan meşru müdafaa'nın madde metinlerde tekrar edilmiş olmasının kanun yapma tekniği açısından yerinde olmayan bir yöntem olduğu konusunda kuşku bulunmuyor, zira herhangi bir düzenleme olmasa da meşru müdafaa hükümlerinin uygulanacağı izahtan varestedir. Daha vahimi "doğruca ve duraksamadan" ibaresine yer veren her iki kanunda orantılılık kıstasına ilişkin herhangi bir açıklığın bulunmamasıdır.

Yine her iki hükümde son derece önemli bir nokta 'silah kullanmaya yeltenme' ifadesinin

²⁵⁴ 1481 sayılı 1971 tarihli Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun md. 3.

benimsenmiş olmasıdır. Yeltenme kavramının gerek eski gerek yeni Türk Ceza Kanunu'nda sınırları önemli ölçüde belirlenen teşebbüs kavramına ikame etmek için kullanılması da dikkat çekicidir. Bu bakımdan, her iki hüküm; teşebbüsün varlığı için zorunlu 'elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlama' kriteri (TCK md. 35/1) yerine daha düşük bir eşiğin arandığı biçiminde yorumlanmaya müsaittir. Nitekim, Türk Dil Kurumu'nun Türkçe Sözlüğü'ne göre, yeltenme: "Yapamayacağı bir işe girişmek, özenmek heves etmek, meyletmek" olarak tanımlanmaktadır.²⁵⁵ Söz konusu sözcüğün güncel ve popüler kullanımları da bu merkezdedir.²⁵⁶ Kuşkusuz olağanüstü hal düzenlemesi içeren her iki düzenlemedeki kelime/terim seçimi tesadüfi olarak yorumlanamaz. Yeltenme kavramının muğlaklığı ve kusurluluğu kaldıran veya azaltan bir hal olarak hallerinin (TCK md. 30) uygulanmasını kolaylaştıran bir ifade olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

²⁵⁵ Türkçe Sözlük'e tdk.gov.tr adresinden erişilebilir.

²⁵⁶ Örneğin, bkz., Ekşi Sözlük, <https://eksisozluk.com/yeltenmek--218445>.

OLAĞAN DÖNEM GÜÇ KULLANMA MEVZUATI

1. Terörle Mücadele Kanunu

1991 tarihli Terörle Mücadele Kanunu bu çalışmanın muhtelif bölümlerinde değinildiği üzere Türkiye hukuk sistemi bakımından her açıdan ikili bir yapıyı beraberinde getirmiş ve teröre ilişkin muğlak bir tanımdan yola çıkarak Türkiye'de toplumsal muhalefetin kriminalizasyonu için kanuni bir dayanak oluşturmuştur. Hatırlanacağı üzere, Terörle Mücadele Kanunu'nun ilk halinde 'terör':

*"baskı, cebir ve şiddet, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzenini değiştirmek, Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye düşürmek, devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü eylem"*²⁵⁷

olarak tanımlanmıştır. Aynı kanuna göre örgüt "iki veya daha fazla kimsenin aynı amaç etrafında birleşmesi" olarak tanımlanmış ve nihayet terör suçlusu da:

²⁵⁷ Maddenin güncel hali şu biçimdedir: "Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir."

"birinci maddede belirlenen amaçlara ulaşmak için meydana getirilmiş örgütlerin mensubu olup da, bu amaçlar doğrultusunda diğerleri ile beraber veya tek başına suç işleyen veya amaçlanan suçu işlemese dahi örgütlerin mensubu olan kişi terör suçlusudur.

Terör örgütüne mensup olmasa dahi örgüt adına suç işleyenler de terör suçlusu sayılır ve örgüt mensupları gibi cezalandırılır."

Terör kavramının ve dolayısıyla suçlusu kavramının bu denli geniş tutulmasının yol açacağı sorunların başında kuşkusuz yaşam hakkı ile ilgili ihlaller gelmektedir. Yukarıda belirtildiği gibi, Türkiye'de 1990'lı yıllarda gerçekleştirilen yargısız infazların önemli bir bölümü Terörle Mücadele Kanunu çerçevesinde operasyon yapılması ile gerekçelendirilmiştir. 1996 tarihli 4178 sayılı Kanun ise Ek md.2 ile yaşam hakkı bakımından Anayasa'ya aykırı ve kötüye kullanılmaya çok açık bir hüküm benimsemiştir. Ek md. 2 ilk halinde:

*"Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk kuvveti görevlileri, failleri etkisiz kılmak amacıyla doğruca ve duraksamadan hedefe karşı silah kullanmaya yetkilidir."*²⁵⁸

şeklinde bir düzenleme içermekte idi. Bu düzenlemenin ilk halinde kaçmaya yeltenme ifadesi vardır ve TBMM'de görüşmeler devam ederken kanun metninden çıkarılmıştır.²⁵⁹ Söz konusu madde ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'ne yapılan iptal başvurusunda, başvuruçular teşebbüs deyiminin kullanılmasının isabetsiz olduğunu, zira teşebbüs ifadesinin çok geniş bir kavram olduğunu belirtmişlerdir.²⁶⁰ Yine, doğruca ve duraksamadan hedefe karşı silah kullanılması durumunda takdir yetkisinin

²⁵⁸ Kanun no 4178, Resmi Gazete, 4.9.1996, no: 22747.

²⁵⁹ Anayasa Mahkemesi, 1996/68 Esas, 1999/1 Karar sayılı 6.1.1999 tarihli kararı.

²⁶⁰ A.g.e.

tamamen güvenlik güçlerine bırakıldığını ifade etmişlerdir. Nihayet, başvuru, sadece durumun gereklerine uygun silah değil, ateşli silah kullanılabileceğini, ezcümle "zorunluluğun" yerini "keyfiliğe" bıraktığını ve kademeli güç kullanma ilkesini kadükleştirmiş olduğunu savunmuşlardır.

Anayasa Mahkemesi de, teslim ol emrine uyulmaması ve silâh kullanmaya teşebbüs edilmesinin, görevlilerin her zaman doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silâh kullanmalarını zorunlu kılacak nitelikte bir durum olmadığını;²⁶¹ kimi olaylarda failerin, can güvenliğini daha az tehlikeye sokan yöntemlerle de etkisiz hale getirilmelerinin olanaklı olduğunu belirtmiş; olayların özelliğine göre, bu yöntemlere başvurulmaksızın doğruca ve duraksamadan hedefe karşı "ateşli silâh" kullanılmasının yaşama hakkının ihlali sonucunu doğuracağını hükme bağlamıştır. AİHS 2. maddeye atıfla, Mahkeme; hukuka uygunluk hallerinden devletlerin yararlanabilmeleri için, kuvvete başvurma "zaruret halinde olması" ilkesinin benimsendiğinin altını çizerek, gerçekleştirilen müdahale ile ulaşılmak istenilen sonuç arasında orantının bulunması gerekliliği gözetilerek hüküm iptal edilmiştir.

İlginçtir, aynı hüküm dönemin Genelkurmay Başkanı Yaşar Büyükanıt'ın çabaları ile²⁶² 2006 yılında küçük değişikliklerle bir kez daha kabul edilmiştir. Halihazırda bu maddeye göre:

"Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda "teslim ol" emrine itaat edilmemesi veya silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk görevlileri, tehlikeyi etkisiz kılacak ölçü ve orantıda, doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı silah kullanmaya yetkilidirler."

²⁶¹ Anayasa Mahkemesi'nin yaşam hakkının tartışma konusu yapıldığı diğer kararları için bkz. Altan, Alparlan 'Türk Anayasa Mahkemesi ve Yaşam Hakkı' Üskül, Zafer/Gülfidan, Serkan (der.) İnsan Hakları Konferansları I-II içinde, s. 77-97, 2013.

²⁶² Özgenç, 2014, s. 316.

Yeni düzenleme ile 'teslim ol' emrine itaat edilmemesi halinde silah kullanma yetkisi tanınmıştır. Bu hükmün kaçan bir kişinin de 'terör örgütü mensubu' bulunduğu gerekçesi ile arkasından ateş edilmesinin olanaklı olduğu biçimde yorumlanması mümkündür. Bu itibarla, yeni düzenlemedeki "ölçü ve orantıda" ibaresinin bu ifade ile taban tabana zıt "doğruca ve duraksamadan" kriterini sınırlaması mümkün değildir. Yine, 'teslim ol' ihtarına itaat edilmemesi halinde silah kullanımına cevaz verilmesi hükmü Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önceki 'teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi' ile sınırlayan düzenlemeden de geri bir noktadır. Sadece 'teslim ol' ihtarına uyulmaması halinde ateş edilmesini düzenleyen Ek 2. maddenin Anayasaya aykırılığı açıktır.

Ne var ki, Türkiye uygulaması Terörle Mücadele Kanunu Ek. 2. maddenin de gerisindedir. Hatırlanacağı gibi, Uludere/Roboski'de 17'si çocuk 34 yurttaşın savaş uçaklarıyla bombalanarak hayatını kaybettiği olay ile ilgili askeri savcılık, herhangi bir ihtar yapılmaksızın ve silahlı saldırıya teşebbüs edilmediği halde bombalamayı başlattığı için, muhtemelen Ek 2. madde kriterlerinin dahi karşılanmadığı düşüncesiyle bombalamayı söz konusu kanun hükmü ile değil, TBMM'nin 5.10.2011 tarihli ve daha sonra uzatılan Kuzey Irak tezkeresine atıfla gerekçelendirmiştir. Yukarıda belirtildiği gibi temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamalar ancak kanuni bir düzenleme ile mümkündür. Kabul edilme usulü, yayımlanması ve denetimi açısından kanundan farklı bir yasama işlemi olan *parlamento kararı*²⁶³ niteliğindeki Kuzey Irak tezkeresinin kanun olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Yine, yukarıda belirtildiği gibi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması mümkün olmayan çekirdek alanı içinde yer alan yaşam hakkına dönük, Anayasa'nın 15. maddesi ve AİHS 15. madde gereğince, böyle bir istisna kanunla düzenlenmiş olsa dahi herhangi bir geçerliliği bulunmamaktadır.

²⁶³ Gözler, 2015, s.243-250.

2. Yaşam Hakkı

İhlallerinde Güvenlik

Güçleri Mevzuatı

Türkiye'de güvenlik güçlerine yaşam hakkı ile ilgili ihlallere yol açabilecek biçimde silah kullanma yetkisini veren mevzuat son derece geniştir. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'ndan Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'na kadar uzanan bu mevzuatı tartışmadan önce, konuya dair AİHM'nin standart olarak referans kabul ettiği ilkeleri değerlendirmekte fayda bulunuyor.

Kolluğun zor ve silah kullanılmasına ilişkin ilk ulusalüstü metin, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 1979 yılında kabul edilen 'Kolluk Güçlerinin Davranışlarına İlişkin Kurallar'dır.²⁶⁴ Bu metnin 3. maddesinde kolluk güçlerinin, ancak mutlaka gerekli olması ve görevlerini yerine getirmeleri için gerektiği ölçüde zor kullanabileceği ifade edilmektedir. Bu maddeye ilişkin yorum paragrafında ise bu ilke şöyle açıklanmıştır:

- a. Güç kullanımı her halükarda istisnai bir araçtır. Kolluk, suçun önlenmesi ve suçluların veya şüpheli kişilerin yakalanmasını sağlamak veya yardımcı olmak amacıyla ve makul biçimde gerekli olacak ölçüde güç kullanmalıdır, bu sınırı aşan kuvvet kullanılmamalıdır.
- b. Güç kullanımı orantılı olmalıdır, bu bakımından bu maddenin hiçbir biçimde meşru amaca ulaşılmasında orantısız müdahaleyi haklı kılmayacağı belirtilmiştir.
- c. Ateşli silahlar ancak ekstrem araçlardır. Özellikle ateşli silahların çocuklara karşı kullanılmasından kaçınılmalıdır. Genel olarak, ateşli silahlara suç şüphesi altındaki kimse silahlı biçimde direnmedikçe veya başka bir surette başkalarının hayatlarını tehlikeye düşürmedikçe ve daha az risk taşıyan bir araçla denetiminin

²⁶⁴ Code of Conduct for Law Enforcement Officials, BM Genel Kurulu'nun 34/169 sayılı kararı, şu linkten erişebilir: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/LawEnforcementOfficials.aspx>.

ve yakalanmasının mümkün olmadığı bir durum söz konusu olmadıkça başvurulmamalıdır. Ateşli silahın kullanıldığı her durumda yetkililere durumun derhal bildirilmesi gerekmektedir.

Bu kurallarda kolluk güçlerinin işkence veya diğer zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye başvuramayacağı, azmettirmeyeceği (instigation) veya hoş göremeyeceği ve savaş hali de dahil olmak üzere, milli güvenlik, iç politik istikrarsızlık veya olağanüstü hal gibi nedenlerin bu kurallardan sapma için ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir (md. 5).

Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konsey 1986 yılında aldığı bir kararla, BM üyesi devletleri bu ilkelere uymaya davet etmiştir.²⁶⁵ BM Genel Kurulu da aynı yıl 41/149 no'lu Kararı'nda Konsey'in bu davetine dikkat çekmiştir.²⁶⁶

Bu ilkeler Birleşmiş Milletler bünyesinde 1990 yılında Havana'da yapılan Suçun Önlenmesi ve Suçluların İslahı (Tretman) Kongresi'nde ise 'Kuvvet Kullanmaya Yetkili Memurlar Tarafından Zor ve Ateşli Silahların Kullanılması Hakkında Temel İlkeler'in benimsenmesi ile pekiştirilmiştir.²⁶⁷ Anılan İlke Kurallarda, zor ve ateşli silah kullanılması kaçınılmaz hale geldiğinde uyulması gerekli ilkeler sıralanırken 'suçun ağırlığı ve ulaştırılması istenen meşru amaç ile orantılı' bir biçimde hareket edilmesinin ve 'zarar ve ziyanın' asgariye indirilmesi ve insan yaşamına saygı gösterilmesinin ve korunmasının gerekliliği vurgulanmıştır. Yine, çok önemli olarak, 1979 yılında kabul edilen kurallardan farklı

²⁶⁵ UN Economic and Social Council, 1986/10, Implementation of the Conclusions and Recommendations of the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, 21.5.1986, kararın orijinal metni için bkz., https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/Crime_Resolutions/1980-1989/1986/ECOSOC_Resolution_1986-10.pdf, s. 14.

²⁶⁶ UN General Assembly, Resolution 41/149, 4 Aralık 1986, 41. Oturum, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/41/149&Lang=E&Area=RESOLUTION, bkz., s. 200.

²⁶⁷ Kararın orijinal metni için bkz., 'Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials': <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/UseOfForceAndFirearms.aspx> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

olarak, sadece işkence ve kötü muamele yasağı ile ilgili değil, genel hükümlerin tümü bakımından iç politik istikrarsızlık (instability) veya herhangi bir başka kamusal olağanüstü durumun bu İlke Kurallara istisnaların benimsenmesi için bir neden olarak değerlendirilmeyeceğinin altı çizilmiştir.

Aynı ilkelerin 'özel hükümler' (*special provisions*) başlıklı bölümünde, kolluk güçlerinin ateşli silahları ancak meşru müdafaa halinde veya gerçekleşmesi muhakkak öldürme veya ciddi yaralanma riski yaratan saldırganlara karşı veya kişilerin hayatına dönük saldırı tehlikesi içeren ciddi bir suçun işlenmesinin önlenmesi veya böyle bir tehlike arz eden kişinin yakalanması amacıyla ve ancak daha hafif araçlarla ulaşılmak istenen amaca ulaşılması mümkün olmazsa ateşli silah kullanabileceği belirtilmiştir. Her halükarda ölümcül kuvvet kullanımının ancak yaşam hakkını korumak amacıyla mümkün olması gerektiğinin altı çizilmiştir (md. 9). Yine, açık bir ihtarın ve ihtar uymak için yeterli zamanın verilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Böyle bir ihtardan ancak, aksi halin kolluk güçlerini tehlikeye düşürebileceği ve üçüncü kişiler açısından ölüm ve ciddi zarar tehlikesi doğabileceği veya açık bir biçimde uygun veya gereksiz olduğu durumun mahiyeti nedeniyle anlaşılabilirse, imtina edilebileceği belirtilmiştir (md. 10).

İlke Kurallar ile hukuka aykırı gösterilere müdahale konusunda benimsenen yaklaşım da önemlidir. Bu bakımdan önce yasal ve barışçıl gösterilere katılmanın İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde tanınan bir hak olduğunun altı çizilmektedir (md. 12). İlke Kurallar, gösteri hakkını vurguladıktan sonra, kolluğun müdahale edeceği gösterileri, hukuka aykırı barışçıl gösteriler ve şiddet içeren gösteriler olmak üzere ikili bir tasnife gitmektedir. Buna göre, kolluğun hukuka aykırı fakat barışçıl gösterilere silahlı müdahale etmemesi; müdahalenin kaçınılmaz olması durumunda kuvvet kullanımının asgari seviyede olması gerektiği belirtilmiştir (md. 13). Şiddet içeren gösterilerde de kuvvetin asgari seviyede ve ancak 9. maddedeki şartlar çerçevesinde kullanılabilirliği ifade edilmiştir (md. 14).

'Bildirme ve Denetim Usulleri' ile ilgili bölümde ise emir veren kişinin sorumluluğu ile birlikte, astın ateşli silah kullanmanın ölüm veya ciddi yaralanma sonucu doğurmasının hukuka açıkça aykırı olacağını bilmesi ve böyle bir emri uygulamamak konusunda makul bir olanağının olması durumunda astın da sorumlu olacağını düzenlemiştir (md. 24, 26). Aşağıda görüleceği gibi, bizim mevzuatımız bakımından önemli bir kuralı da BM Kolluk Güçlerinin Kuvvet Kullanımını Düzenleyen İlkeler çerçevesinde hareket eden kimsenin güç ve kuvvet kullanmamaktan dolayı hakkında idari ve cezai işlem yapılamayacağı düzenlemesidir.

Bu ilkelere AİHM'nin muhtelif kararlarında değinilmiştir.²⁶⁸ Bu kararlar arasında, 12 Mart 1995'te başlayan ve 17 insanın hayatını kaybettiği Gazi Mahallesi'nde gerçekleşen olaylara ilişkin verdiği karar son derece önemlidir.²⁶⁹ 2005 tarihli Şimşek vd./Türkiye kararında Mahkeme, Sözleşmenin yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesi bakımından incelemesinde bu kurallara da yaptığı atıfla polisin güç kullanımının orantısız olduğuna karar vermiştir.²⁷⁰ Bu olaylarda sanıkların aldığı ceza miktarları dikkat çekicidir. Davanın 1 no'lu sanığı Adem Albayrak uzun bir yargılama sonucunda, Fevzi Tunç, Reis Kopal ve Dilek Sevinç'i öldürmekten suçlu bulunmuş, beş yıl hapis cezasına ve üç ay süre ile kamu hizmetlerinden men cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. Diğer sanık, Mehmet Gündoğan, Mümtaz Kaya'nın öldürülmesinden mahkum olmuş ve 1 yıl 8 ay hapse mahkum olmuş ve fakat cezası ertelenmiştir.

²⁶⁸ Konuya dair çok sayıda karar içinde AİHM'nin İlke Kuralları yorumladığı şu kararlara bakılabilir: McCann/Birleşik Krallık, Başvuru no: 18984/91, 27 Eylül 1995, para. 138-139; Erdoğan ve diğ.leri/Türkiye, Başvuru no: 19807/92, 25 Nisan 2006, para. 56-57; Finogenov ve diğ.leri/Rusya, Başvuru no: 18299/03 ve 27311/03, 20 Aralık 2011, para. 162-163; Hugh Jordan/Birleşik Krallık, Başvuru no: 24746/94, 4 Mayıs 2001, para. 87-89.

²⁶⁹ Dava sürecine ilişkin bkz., Kazmaz, Remzi, 'Gazi Davası'nın Seyri ve Hukuka Aykırılıklar...ve Söz Savunmanın', *Hukuk ve Toplum*, c. 33, sy. 4, 2009, s. 11-24.

²⁷⁰ Şimşek vd./Türkiye, 26 Temmuz 2005, para. 91-92.

Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ile İlgili Mevzuat

Kolluk güçlerinin zor ve silah kullanmasına ilişkin temel metin 1933 tarihli 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'dur. Bu kanun, hem polise, hem jandarmaya, hem de sahil güvenliğe yani tüm genel kolluğa yetki veren normalsal çerçeveyi oluşturmaktadır. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu değerlendirildiğinde kolluğa silah kullanma yetkisi verirken son derece cömert davranılmış olduğu anlaşılabacaktır.²⁷¹

Zor ve silah kullanımını düzenleyen 16. madde iki ayrı fıkrada meşru müdafaa hükmüne yer vermiştir. Birincisi, 16/7(a) 'meşru müdafaa hakkının kullanılması kapsamında', ikinci hal de aynı maddenin 9. fıkrasında:

"Polis, direnişi kırmak ya da yakalamak amacıyla zor veya silah kullanma yetkisini kullanırken, kendisine karşı silahla saldırıya teşebbüs edilmesi halinde, silahla saldırıya teşebbüs eden kişiye karşı saldırı tehlikesini etkisiz kılacak ölçüde duraksamadan silahla ateş edebilir."

hükmü bulunmaktadır. Esasen Türk Ceza Kanunu'nun 25. maddesi herkes için "gerek kendisinin ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı" faile ceza verilmeyeceğini hükme bağlamaktadır. PYSK'da 2007 yılında yapılan değişikliğin gerekçesi, meşru müdafaa hallerine ilişkin bu vurgunun suçun önlenmesinde polisin tereddütte düşmesine mahal vermemek olarak

²⁷¹ Altıparmak, Kerem/Aytaç, Ahmet Murat/Karahanoğulları, Onur/Hançer, Türkan/Aydın, Devrim, 'Polis Vazife ve Salahiyet Kanununda Değişiklik: Durdurma, Parmak İzi Alınması, Silah Kullanma', *Hukuk ve Adalet*, sy. 11, 2007, http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makale/pvsk.htm#_Toc172375669 (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).

açıklanmıştır.²⁷² İlk bakışta PYSK düzenlemesinin TCK hükümlerine paralel bir düzenleme getirdiği düşünülebilir. Fakat, özellikle 9. fıkradaki her ne kadar silah kullanmanın tehlikeyle orantılı olmasını ifade etmek üzere 'saldırı tehlikesini etkisiz kılacak ölçüde' ifadesi kullanılmış ise de, 'duraksamadan' ifadesi aranan orantılılık koşulunu önemli ölçüde etkisizleştirmektedir.

PYSK 16. madde ile ilgili önemli diğer bir nokta, 'silah' kavramına verilecek anlam ile ilgilidir. Yeni TCK'nın 6. maddesinde silah²⁷³ kavramı çok geniş bir biçimde tanımlanmıştır. Özellikle "saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler" ifadesi belirlilik ilkesine aykırıdır ve sıklıkla izahı güç kararlara neden olmaktadır.²⁷⁴ Toplumsal olaylar bakımından ise pankart sopalalarının dahi bu kategoride değerlendirilmesi çok olasıdır.

Yine meşru müdafaa içinde filhal saldırının değil, teşebbüs halinin aranması, aslında kanun koyucunun kolluk bakımından meşru müdafaa farklı kriterler ihdas etmiş olduğunu göstermektedir.

İkincisi ve 2007 düzenlemesinin en tartışmalı 'yeniliklerinden' birisi, maddenin kolluk kuvvetlerinin "tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da *suçüstü* halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silah kullanmaya yetkili" olduğunu bildiren hükmüdür. Bu madde kapsamında silah kullanılması durumunda polisin öncelikle

²⁷² Eryılmaz, Mesut Bedri/Bozlak, Ayhan, 'Hukukumuzda Zor Kullanma Yetkisi', *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, s. 223-277, s. 247.

²⁷³ f) Silah deyiminden; 1. Ateşli silahlar, 2. Patlayıcı maddeler, 3. Saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, 4. Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, 5. Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler.

²⁷⁴ Bkz., örneğin, 'Yargıtay, terlikten sonra leğeni de silah saydı', *Diken*, 27 Eylül 2015, <http://www.diken.com.tr/yargitay-terlikten-sonra-legeni-de-silah-saydi/> (Son erişim tarihi: Eylül 2015).

'dur' ihtarında bulunması gerekir. Kişinin "buna rağmen kaçmakta ısrar etmesi dolayısıyla ele geçirilmesinin mümkün olmaması halinde ise kişinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde" ateş edilebilir. Suçüstü kavramı son derece geniş bir kavramdır. Sadece dur ihtarına uymayan kişilerin vurulmasının bu biçimde düzenlenmiş olması ne Anayasa 17. madde ne de AİHS 2. madde ile telifi kabil değildir.

Eski PVSK gerek suçüstü, gerekse diğer durumlarda yakalamak için silah kullanmayı, suçun ağır cezalı bir suç olmasına bağlamışken, yeni PVSK'da adli para cezasını gerektiren suçlar dahil her türlü suç için bu yetkiyi kolluğa vermektedir. Nitekim, eski PVSK ile paralel tüzükte (normlar hiyerarşisini alt üst eder biçimde) bu yönde bir hüküm vardır. Tüzük'te ateşli silah kullanmanın "tüm diğer yolların etkisiz kaldığı hallerle" sınırlı olacağına ilişkin bir hüküm bulunmakta ve polis suçlu kişileri en az fiziksel zararlar, öldürmeyi değil yakalamayı hedeflemesi ve kalabalık yerlerde ateşli silah kullanmaktan kaçınması gerektiği hüküm altına alınmaktadır.²⁷⁵

Yine eski PVSK md. 16, tutuklu ve mahkumların kaçarken yakalanmasını sağlamak için silah kullanılması durumunda da işlenen suça ilişkin ayırım yapmazken, bir kere kaçan tutuklu ve mahkumun yakalanmasını sağlamak için silah kullanılmasını ancak suçun ağır ceza mahkemesi görevine giren bir suç olması ile sınırlamıştır.

Konuya ilişkin az sayıda örnek dahi bu hükmün Yargı tarafından nasıl yorumlandığını ortaya koyacaktır. İzmir'de trafikte aracıyla seyir halindeyken dur ihtarına uymadığı için arkasından açılan ateş sonucu ölen Baran Tursun vakasında, Tursun'un suç olarak addedilebilecek tek fiili, büyük ihtimalle Karayolları Trafik Kanunu'nun belirlediği hız limitinin üstüne

²⁷⁵ Madde 17: "Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun altıncı maddesi mucibince polis için silah kullanmak salahiyetinin kabul edildiği hallerde silah kullanılması silah kullanmaktan başka bir çare bulunmadığı hallerde münhasırdır. Bu takdirde mümkün olduğu kadar suçlunun öldürülmekten ziyade yaralı olarak yakalanmasına dikkat edilmesi ve kalabalık yerlerde silah kullanmaktan imkan nispetinde sakınılması icap eder."

çıkmasıdır ki, bu fiil esasen suç değil kabahattir. Baran Tursun'u öldüren polis söz konusu hüküm gerekçe gösterilerek kasten değil taksirle öldürmeden yargılanmış ve ceza almıştır. İkinci bir vaka, Aydın'da kız arkadaşının babasının şikayetiyle gözaltına alınan Mahir Zorbey Demirkaya'nın, izin sonrası birliğine dönmediği için Adliye'ye sevk edilmesi sırasında kaçmaya çalışırken öldürülmesidir.²⁷⁶ Olası kast ile öldürme suçu ile başlayan dava, nihai olarak taksirle öldürme olarak, 2 yıl 2 ay 20 gün hapis cezası ile sona ermiştir.²⁷⁷

Bu bakımdan, Antalya'da 27 Ekim 2008'de dur ihtarına uymadığı gerekçesiyle motosikleti ile hızlı giden Çağdaş Gemik'e ateş ederek ölümüne neden olan Mehmet Ergün'e ilişkin ilk mahkemenin verdiği karar Türkiye uygulaması açısından istisnai bir nitelik taşıyordu.²⁷⁸ Antalya 3. Ağır Ceza Mahkemesi bu olayda, olası kastla insan öldürme suçundan hüküm kurarak sanığın 16 yıl 8 ay hapis cezası ile tecziyesine karar vermişti. Fakat temyiz üzerine dosya önüne gelen Yargıtay 1. Ceza Dairesi öldürme fiilini 'neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama' olarak değerlendirdiği için bozmuş, bozma üzerine karar kendisine gelen Antalya 3. Ağır Mahkemesi'nin direnme yönündeki kararını da Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bozması üzerine, Mahkemenin "suçun işleniş biçimi ve suç işlemede kullanılan araç ve yöntemler göz önünde bulundurularak" cezayı alt sınırdan hükmetmesi üzerine 12 yıl hapis cezası ve takdiri hafifletici nedenler dolayısıyla 10 yıl ceza ve hükümlü polis tahliyesine karar verilmiştir.

Nihayet, Gezi Parkı protestoları ile toplumsal muhalefeti dizginlemeyi amaçladığı anlaşılan

²⁷⁶ 'Polis kurşunuyla ölen Mahir'e askeri tören', *Radikal* (Turaç Top-Cem Ulucan), 6 Mart 2012, http://www.radikal.com.tr/turkiye/polis_kursunuyla_olen_mahire_askeri_toren-1080905 (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).

²⁷⁷ 'Sendeledim, düştüm' kurşununa iki yıl hapis çıktı', *Radikal* (İsmail Saymaz), 4 Haziran 2013, http://www.radikal.com.tr/turkiye/sendeledim_dustum_kursununa_iki_yil_hapis_cikti-1136213, (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).

²⁷⁸ Özer, Evren (yayına hazırlayan), *Türkiye İnsan Hakları Raporu 2012*, TİHV Yayınları 86, Ankara, 2013, s.17.

siyasi iktidar protestolar esnasında, İç Güvenlik Paketi ile PVSK 16. maddeyi yeniden gözden geçirmiştir. Ek fıkraya göre,

"kendisine veya başkalarına, işyerlerine, konutlara, kamu binalarına, okullara, yurtlara, ibadethanelere, araçlara ve kişilerin tek tek veya toplu halde bulunduğu açık veya kapalı alanlara molotof, patlayıcı, yanıcı, yakıcı, boğucu, yaralayıcı ve benzeri silahlarla saldırıya teşebbüs edenlere karşı, saldırıyı etkisiz kılmak amacıyla ve etkisiz kılacak ölçüde...silah kullanmaya yetkilidir."

Hükümet tasarısında toplumsal olayların terör örgütlerinin propagandasına dönüşmüş olduğunu, kamu adına yurttaşların can ve mal güvenliğinin korunmasının bu paketi zorunlu kıldığı belirtmiştir.²⁷⁹ Toplumsal muhalefetin bu biçimde kriminalize edildiği bir arka planda, 16. maddede polisin toplumsal gösterilere silahlı müdahalesinin olanakları arttırılmış, bu müdahaleler sonucunda ortaya çıkacak can kayıpları ve yaralanmalardan doğan cezai sorumluluk yasa metniyle bertaraf edilmeye çalışılmıştır. Nitekim, İç Güvenlik Paketi'nin söz konusu düzenlemeye ilişkin gerekçesi siyasi iktidarın bu amacını ifşa etmektedir. Gerekçeye göre, orantılılık esasına göre düzenlenen ve eski haliyle "çok soyut" olan bu hüküm, silah kullanılması dolayısıyla yaşanan tereddütleri ve kullanıldığı takdirde açılan soruşturmalarda mağduriyeti önlemek amacıyla ihdas edilmiştir.²⁸⁰ Bu haliyle hükmün, polis açısından bir cezasızlık zırhı olarak işlev gören 16. maddenin fonksiyonunu perçinlediğini herhalde uzun uzadıya anlatmak gereksiz olacaktır.

Türkiye uygulamasında bir diğer husus, özellikle 2013 yaz aylarında meydana gelen olaylarla daha fazla kamuoyunun gündemine geldiği üzere

²⁷⁹ Başbakanlık, Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü'nün 24 Kasım 2014 tarihli tasarısı metnine şu linkten ulaşılabilir: <http://web.tbmm.gov.tr/gelenkagitlar/metinler/354189.pdf> (Son erişim tarihi: Ağustos 2015), s. 30.

²⁸⁰ A.g.e., s. 34.

AİHM'nin Abdullah Yaşa vd.²⁸¹ Kararı ile tespit ettiği üzere gaz kapsüllerinin silaha eşdeğer biçimde kullanılmasındır.²⁸² AİHM, bu davada, biber gazı kapsülünün göstericilere doğru fırlatılmış olmasının "ciddi ve hatta ölümcül yaralara" neden olabileceğine işaret etmiş²⁸³ ve dava konusu olayın geçtiği 2006 yılında Diyarbakır'da gerçekleşen gösteri sırasında iç hukukta toplu gösterilerde biber gazı kullanımını düzenleyen hiçbir hüküm ve yönergenin olmadığını tespit etmiştir.²⁸⁴ Mahkeme, iki kişinin gaz kapsülü isabet etmesi sonucu öldüğü ve başvuru Abdullah Yaşa'nın da yaralandığı bu olayda da "polis memurlarının büyük bir serbesti içinde faaliyet gösterip ölçüsüz inisiyatifler alabildikleri" sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme kolluk kuvvetlerine taş atılması dolayısıyla barışçıl olarak nitelendirmediği söz konusu gösteriye ilişkin polisin müdahalesinin Sözleşme'nin işkence ve kötü muamele yasağını ihlal ettiği sonucuna varmıştır.²⁸⁵

Bununla birlikte, Yaşa kararına rağmen, kolluk tarafından biber gazı kapsülünün ölümcül yaralanmalara neden olabilecek bir biçimde kullanılmasına devam edilmektedir. Türk Tabipler Birliği, İHD, ÇHD, Makine Mühendisleri Odası gibi 30 bileşeni bulunan Biber Gazı Yasaklansın İnisiyatifine göre, sadece 2014 yılında 8 kişi hayatını kaybederken en az 435 kişi yaralanmıştır.²⁸⁶

²⁸¹ Abdullah Yaşa vd./Türkiye (44827/08), 16 Temmuz 2013.

²⁸² TİHV'in 2012 yılına göre, 11 yaşındaki Mazlum Akay, 29.7.2012 tarihinde yapılan bir gösteride başından gaz bombası ile vurularak hayatını kaybetmiştir. Bkz. TİHV, Türkiye İnsan Hakları Raporu 2012, s.10.

²⁸³ Abdullah Yaşa vd./Türkiye, para. 44.

²⁸⁴ A.g.e., para. 49.

²⁸⁵ A.g.e., para. 34-52.

²⁸⁶ Biber Gazı Yasaklansın İnisiyatifine 2014 Raporu için bkz., <http://bibergaziyasaklansin.net/37-2014-yili-verileri-acik-olarak-gosterilmektedir-ki-biber-gazi-yasaklanmalidir.html> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

Türk Silahlı

Kuvvetleri İç Hizmet

Kanunu ve İlgili Mevzuat

Askeri personelin silah kullanma yetkisi Kara Sınırlarının Korunması ve Güvenliği Hakkında Kanun'dan²⁸⁷ İl İdaresi Kanunu'na, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'ndan Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'na kadar çok geniş bir alanda sadece dış güvenliğe değil, aynı zamanda iç güvenliğe ilişkin hükümler bağlamında dağınık biçimde düzenlenmektedir. Bununla birlikte, askeri personelin silah kullanma yetkisinin esasını, muhtelif kanunların da gönderme yaptığı 1961 tarihli ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu oluşturmaktadır. Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu md. 87, askeri personeli silah kullanma konusunda çok geniş bir yelpazede yetkilendirmektedir. Anılan hükme göre, aşağıdaki durumlarda silah kullanabilir:

"Askeri personel karakol, karakol nöbetçisi, devriye, nakliyat muhafazası hizmetlerinde veya asayişi temin için görevlendirildiklerinde...:

a. Bu hizmetlerden birini yaparken müessir bir fiil ile taarruza uğranıldığı veya müessir fiil veya tehlikeli bir tehdit ile bu hizmetlerle yapılmasına mukavemet edildiği takdirde bu taarruz ve mukavemetleri gidermek için,

b. Bir taarruz veya mukavemete hazırlanan ve silahını veya mukavemete elverişli bir aleti bırakmaya davet edildiği halde, bu davete derhal itaat etmeyen veyahut bıraktığı silahı veya aleti tekrar eline almaya davranan veya alan kimseyi itaate zorlamak için,

c. Bu kanunun 80. ve 81. maddeleri gereğince muvakkaten yakalanan bir şahsın veyahut muhafaza ve sevki kendisine tevdi edilmiş olan bir tutuklunun veya hükümlünün kaçması veya kaçmaya teşebbüs etmesi ve verilecek dur

287 3497 sayılı Kara Sınırlarının Korunması ve Güvenliği Hakkında Kanun md. 2/3'te şöyle bir düzenleme bulunmaktadır: "Sınır birlikleri mensupları kendilerine bu Kanun ile verilen görevlerin yapılmasında; diğer kanunların, silah kullanma yetkisi dahil, güvenlik kuvvetlerine tanıdığı bütün hak ve yetkilere sahiptir."

emrini dinlemediği görüldüğünde başka türlü ele geçirilmesi kabil olmadığı takdirde yakalanması için,
d. Kendi muhafazasına tevdi edilmiş olan insan ve her türlü eşyaya karşı vuku bulan taarruzu defetmek için,
e. Bu maddede sayılan görevleri yapan askerlere karşı, sözle yapılan sataşma veya hareketlerin bertaraf edilmesi sırasında mukavemet, taarruz, müessir fiil veya tehlikeli bir tehditle karşılaşıldığında bu halleri gidermek için."

Madde metninde açıkça ifade edildiği üzere sadece 'sözle yapılan sataşma' dahi askerin silah kullanma yetkisini kullanmasına neden olabilecektir. Nitekim bu maddede askeri personele, görevini yaparken mukavemet ile karşılaşılması durumunda veya "muhafazasına tevdi edilmiş eşyaya" karşı gerçekleşen saldırı ile ilgili silah kullanma yetkisi verilmekle yetinilmemiş, aynı zamanda 87. madde içeriği 89. madde ile tekrar edilmiştir. Madde 89'a göre mukavemet ile karşılaşması nedeniyle veya askere ya da askeri eşyaya karşı yapılan bir 'tecavüze' karşı koymak için silah kullanma zarureti doğduğunda, askere sadece yetki vermemekte, aynı zamanda silah kullanmayı görev haline getirmektedir.²⁸⁸ Yine, 87. maddedeki geniş kataloğa rağmen 90. madde 87. ve 89. maddede gösterilen hallerden başka her askerin meşru müdafaa halinde silah kullanmaya yetkili olduğu hükmünü içermektedir. Gerek 765, gerekse de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda meşru müdafaa halihazırda tanımlandığı için ayrıca böyle bir hükmün varlığını izah güç olduğu gibi, md. 87 ve 89'da sayılan haller dışında askeri hizmetin görülmesi sırasında bir meşru müdafaa hali düşünmek güçtür. Dolayısıyla, PVSK 16. maddede olduğu üzere burada da silah kullanımı bakımından adeta bir teşvikin söz konusu olduğunu belirtmek herhâlde ifrata kaçmak olarak değerlendirilemez.

288 Madde 89: "87inci maddede gösterilen hallerden başka hizmete ait bir vazifeyi yaparken maruz kaldığı bir mukavemeti bertaraf etmek veyahut askere veya askeri eşyaya karşı yapılan bir tecavüze karşı koymak için silah kullanmak zarureti hasıl olursa, her asker silah kullanmaya salahiyyetli ve vazifelidir."

Bununla birlikte, TSK İç Hizmet Kanunu belirlenen bu geniş yetkilerin kullanımı bakımından, güvenlik güçlerinin silah kullanma yetkisini düzenleyen diğer mevzuata göre önemli bir fark arz etmektedir. Maddenin 'silah kullanma derecesi' başlıklı ikinci fıkrasında, silah kullanılması için; "başkaca bir çare kalmaması veya zaruret olması şartı" hükmü yer almakta²⁸⁹ ve daha önemli olarak üçüncü fıkrasında silah kullanmaya ilişkin ayrıntılı bir düzenleme öngörülmektedir. Buna göre:

- 1. Silah çeşitlerine göre etkili olabilecek şekilde kullanılır. Önce kesici ve dürtücü silahlar ile ateşli silahlar hedefe tevcih edilir, sonra ateşli silahların dipçik ve kabzaları kullanılır, daha sonra kesici ve dürtücü ve ateşli silahlar bilfiil kullanılır.*
- 2. Silah kullanmak mutlaka ateş etmek değildir. Ateş etmek son çaredir. Önce havaya ihtar ateşi yapılır. Sonra ayağa doğru ateş edilir, mukavemet veya taarruza veyahut tehlikeli bir tehdide varan mukavemet hali devam ederse, hedef gözetilmeksizin ateş edilir.*

Silah kullanılması bakımından doğan fiiller ile ilgili sorumluluğa ilişkin İç Hizmet Kanunu md. 87/VI şu düzenlemeyi içermektedir:

"Her olayın cereyan ettiği haller ve şartlar göz önünde tutulmak kaydıyla bu madde hükümlerine göre silahını kullanan askere ve silah kullanma emrini veren birlik komutanına sorumluluk yüklenemez."

'Hal ve şartlar' gibi muğlak bir ifade ile emri veren ve emri uygulayan asker bakımından cezai sorumluluğun kaldırılması elbette mümkün olmamalıdır. Nitekim, AİHM Ölmez ve diğerleri/ Türkiye kararında sehven Jandarma Teşkilat

289 II Silah kullanma derecesi. Bu maddede yazılı hizmetlerin yapılması sırasında silah kullanılması için başkaca bir çare kalmaması veya zaruret olması şarttır.

- 1. Şahıs veya topluluk silahsız ise; mukavemet, taarruz, müessir fiil veya tehdidin derecesine göre asayiş hizmeti ile görevli birlik komutanı gerekli uyarıyı yaparak silah kullanılacağını ihtar eder. Bu ihtar itaat edilmezse bunu sağlayacak dereceden başlamak üzere silah kullanılır.*
- 2. Şahıs veya topluluk silahlı veya taarruzun önemli derecede etkili kılacak şekilde aletleri taşıyorsa, silah veya aletlerin bırakılması ihtar olunur. Tecavüz taarruz veya mukavemet buna rağmen devam ederse itaati sağlayacak dereceden başlamak üzere silah kullanılır.*

Görev ve Yetkileri Kanunu'na atıfta bulunulmuş olsa da, "üst kanun" olarak kabul edilen ilgili askeri mevzuat TSK İç Hizmet Kanunu md. 87'dir. AİHM bu kararda "her olayın kendine has özelliği" kriterinin belirsiz bir kıstas olduğunun altını çizmektedir.²⁹⁰

Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin önüne gelen bir olay askeri mevzuat çerçevesinde silah kullanma yetkisinin uygulanmasına ilişkin önemli ipuçları içeriyor. Asker firarisi mağdura önce 'dur' ihtarında bulunulmuş, ardından havaya ikaz atışı yapılmış ve daha sonra açılan ateş sonucu firari asker hayatını kaybetmiştir.²⁹¹ Yargıtay, 'sırf askeri suç' olan ve Askeri Ceza Kanunu'ndaki karşılığı niteliksiz hali bakımından 1 seneden 3 seneye kadar hapis olan bir fiil nedeniyle kaçan erin öldürülmesi emrini veren komutana ceza verilmesine yer olmadığı, sanık komutanın hukuka uygunluk sebebi ile hareket etmiş olduğu ve emrin sınırlarının aşılmasında kusuru bulunmadığı kanaatine varmıştır.

Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu md. 87'nin belirlediği esaslar, askeri mevzuatın bütünü için temel referanstır. Bu bakımdan genel kanun niteliğindeki İç Hizmet Kanunu, özel kanunlardaki düzenlemeleri tamamlayıcı niteliktedir. Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu, jandarmanın silah kullanma yetkisini düzenlediği 11. maddede; jandarmanın görevlerini yerine getirmesi sırasında "hizmet özelliğine uygun ve görevin gereği olarak kanunlarda öngörülen silah kullanma yetkisi"nin verildiğini hüküm altına alarak TSK İç Hizmet Kanunu ve PVSK md. 16 çerçevesinde hareket edileceğini hükme bağlamıştır. Jandarmanın silah kullanımı ile ilgili kriterler normlar hiyerarşisine ve temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla düzenlenebileceği kuralına aykırı olarak yönetmelikte düzenlenmiştir. Yargıtay kararlarının değerlendirilmesi de söz konusu

290 Ölmez ve diğerleri/Türkiye, (Başvuru no: 22746/03), 9 Kasım 2010. Türkçe çeviride 'Esasa ilişkin AİHM'nin Değerlendirmesi' başlığı altında.

291 Yargıtay 1 CD, 2002/3659, 2002/4665, 12.12.2002.

yönetmeliğin önemini ortaya koyar niteliktedir.²⁹²

Yönetmeliğin, İç Hizmet Kanunu md. 87 ile büyük ölçüde paralel hükümlerine göre jandarma aşağıdaki hallerde silah kullanabilir:

- a. Nefsini müdafaa etmek için,
- b. Başkasının ırz ve canına vuku bulan ve başka suretle men'i mümkün olmayan bir saldırıyı savmak için;
- c. Ağır cezayı gerektiren bir suçtan sanık olarak yakalanıp nezaret altında bulunan veya herhangi bir suçtan hükümlü veya tutuklu olup da tutulması veya nakil ve sevki jandarmaya verilmiş olunan kişilerin kaçmaları veya bu maksatla jandarmaya saldırıları halinde yapılacak "dur" ihtarına itaat edilmemiş ve kaçmaya ve saldırıya engel olmak için başka çare bulunmamışsa,
- d. Korumakla memur oldukları yer, tesis ve diğer yapılar ile karakol ve silah deposu gibi yerlere, elindeki silaha veya kendisine teslim edilmiş kişilere karşı vuku bulacak saldırıyı başka türlü savuşturma imkanı olmamışsa,
- e. Ağır cezayı gerektiren ve meşhut cürüm halinde bulunan suçlarda suçlunun veya infaz kurumu ve tutukeviden kaçan hükümlü veya tutuklunun saklı olduğu yerin aranması sırasında, o yerden şüpheli bir şahıs çıkararak kaçtığı ve dur emrine kulak asmadığı görülerek başka türlü ele geçirilmesi mümkün olmazsa,
- f. Görevi sırasında jandarmaya tecavüze veya karşı koymaya elverişli silahların ve aletlerin teslimi emredildiği halde, emrin derhal yerine getirilmeyerek karşı gelinmesi veya teslim edilmiş silah ve aletlerin zorla tekrar alınmasına kalkışılmışsa,
- g. Jandarmanın görevini yapmasına yalnız veya toplu olarak fiili mukavemette bulunmuş veya fiili saldırı ile karşı gelinmişse,
- h. Devlet nüfuz ve icraatına silahlı olarak karşı gelinmişse,
- i. Ülke içinde rastlanan kaçakçılar "dur" emrini dinlemez ve havaya ateş açılarak yapılan uyarıya da aldırılmaz ise kaçakçıları ele geçirmek için,
- j. Ceza infaz kurumlarıyla tutukevlerinden kaçma girişiminde bulunan, tutuklu ve hükümlüler tekrarlanan "dur" emrine itaat etmeyerek girişimlerini sürdürürlerse kaçmalarını önlemek

²⁹² Örneğin bkz., Yargıtay 1 CD. 2003/1762, 2004/185, 9.2.2004.

için; topluca fiili saldırıya kalkışılırsa, saldırılarını savuşturup ele geçirmek için,
k. Ceza infaz kurumları ile tutukevlerinde, iç yönetimce bastırılmayan isyan, kargaşa, direnme ve kavga çıkması durumunda; cezaevi müdürü ile gardiyanların başvurusu üzerine kuruma girilmesi halinde,(a) ve (b) bentlerinde gösterilen silah kullanma yetkileri çerçevesinde."²⁹³

Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği, silah kullanma biçimi ile ilgili de ayrıntılı düzenlemeler öngörüyor. Silah kullanmanın mutlaka ateş etmek olmadığı belirten Yönetmelik, silah ifadesinin, "ateşli silahları, kesici ve dürtücü silahları, önleyici, etkisiz duruma getirici ve savunmaya ilişkin aletleri cop, sis ve gaz bombalarını; gaz, boyalı ve boyasız basınçlı su püskürtün, personel ve malzeme taşıyabilir zırhlı ve zırhsız araçları, helikopter ve uçakları" kapsadığını ifade ediyor. Yönetmelik'e göre, jandarmanın silah kullanması zorunlu olup, amir ve görevliler yetkilerini zamanında kullanmaz ya da "yeterince" kullanmazlarsa, davranış ve tutumun niteliğine göre cezalandırılır. Bu hüküm şu anlama gelmektedir, yükümlülüklerinin çatışması halinde, örneğin silah kullanmanın kendi hayatı bakımından yaratacağı tehlikeye rağmen bu yetkisini kullanması gerekir. Nitekim, maddenin kendisini şerh eden devamında ise Askeri Ceza Kanunu md. 45 ve 46 hükümlerine²⁹⁴ paralel bir biçimde şöyle bir hüküm bulunmaktadır: "Din ve vicdana göre lazım sayılan hareketler" ile "şahsi tehlike korkusu" yüzünden silah kullanmaktan kaçınmış olmak cezayı kaldırmaz ve hafifletmez. Bu hükmün askerliğin her türlü

²⁹³ Maddenin son fıkrasına göre, "Ayrıca, 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun, 1481 sayılı Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun ve 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nda öngörülen, silah kullanmaya ilişkin özel hükümler de göz önünde bulundurulur."

²⁹⁴ Din ve vicdana göre lazım sayılan hareketler, cezaya ehliyeti ve tesiri: Madde 45– Bir şahsın hareketini vicdanına veya dine göre lazım saymış olması, yapmak veya yapmamakla vukua gelen bir cezayı mucip olmasına mani teşkil etmez. Korku ve ihtiyari sarhoşluğun cezaya tesiri: Madde 46– 1 -Vazife ve hizmette şahsi tehlike korkusu cezayı hafifletmez. 2 -Disiplin tecavüzünde ve kabahatlerinde veya hizmet esnasında yapılan suçlarda ihtiyari sarhoşluk cezayı hafifletmez.

insani, vicdani, dini mülahazadan ve dahi kişinin hayatından daha önemli olduğu anlayışı üzerinde bina edildiği açıktır. Nitekim, Yüksekova ilçesi Dağlıca bölgesinde rehin alınan ve daha sonra serbest bırakılan askerler aleyhine Van Askeri Mahkemesi'nde açılan davada, er Ramazan Yüce hakkında bu hükümlere atıfta bulunularak mahkumiyet hükmü tesis edilmiştir.²⁹⁵

Silah kullanma ile ilgili olarak Yönetmelik'te, TSK İç Hizmet Kanunu'na paralel biçimde silah kullanmaya ilişkin kademeli bir müdahale esasını benimsenmiştir. İlk bakışta, takdir hakkını sınırlandırdığı izlenimi uyandıran bu yetkiler, yasadışı ve keyfi infazları önlemek bir yana, bizzat buna katkı sunabilir. Zira, 40. maddenin c ve d fıkrasına göre:

"c. Silah kullanmada, olayın ve durumun özellikleri göz önünde bulundurularak; savunmaya ilişkin aletlerle önleyici ve etkisiz duruma getirici aletlerin kullanılmasına öncelik verilir. Daha sonra, kesici ve dürtücü silahlarla, ateşli silahların hedefe yöneltilmesi safhasına geçilir. Etkili olunmadığında, dipçik ve kabzalar kullanılır. Buna rağmen amaç sağlanamamışsa, kesici ve dürtücü silahlarla, ateşli silahlar kullanılır. Ateşli silahların kullanılmasında sırasıyla; önce havaya ihtar atışı yapılır, sonra ayağa doğru ateş edilir. Buna rağmen silah kullanmaya yol açan olay ve durum bastırılmamışsa hedef gözetilmeden ateş edilir.

Bu sıranın her olayda aynen izlenmesi zorunlu değildir. Olayın özelliğine göre, sıra atlanabileceği gibi, şartları varsa doğrudan doğruya hedefe de ateş edilebilir.

²⁹⁵ Bkz. 'Mahkeme 'asker teslim olmaz' dedi', *Cumhuriyet*, 20 Ocak 2010, "Şartlar her ne kadar olumsuz olursa olsun, açıklanan mevzuat hükümleri uyarınca sanıkların şahsi tehlike korkusunu yenerek mücadelelerine devam etmeleri, silahlarını bırakarak teslim olmamaları gerektiği açıktır. Yakın tarihimizde daha da olumsuz şartlara rağmen atalarımızın hayatlarını feda ederek bu vatani bizlere emanet etmiş olduklarını gözden uzak tutmamak gerekmektedir. Aksi takdirde, yani bu tür insani duyguları bahane ederek olaya yaklaşılmaması durumunda, askerlik mesleği ve dolayısıyla vatan savunmasının yapılamayacağı bir gerçektir. Nitekim olay esnasında da yaşanan olumsuz şartlara rağmen, üs bölgesinde görevli olan personel, 12 şehit, 17 yaralı olmasına rağmen canları pahasına çatışmaya devam etmiş, silahlarını bırakarak teslim olmamışlardır." Konuya dair bkz., Doğru, Osman, 'Öldürme Hakkı, Ölmeme Suçu', *Radikal* 2, 31 Ocak 2010.

Bu gibi durumlarda, neden bu şekilde hareket edildiği olay tutanağında açıkça ve özellikle belirtilir.

d. Ateşli Silahlarla Ateş Edilmesi;

(1) Öncelikle bu konuda emir verilmiş olmasına bağlıdır.

(2) Ateş emri verilmemiş olsa bile 39. maddede sayılan, durum ve özelliklerin ortaya çıkması nedeniyle, silahın kullanma zamanını, ölçü ve tarzını, her alandaki özel şartları göz önünde tutarak; her görevli kendisi değerlendirir ve saptar.

Diğer silahların kullanılması, emirle ve emirde belirtildiği şekilde olur."

Jandarma mevzuatı her ne kadar silah kullanma yetkisinin sınırlarını insan hakları hukuku ile bağdaşması mümkün olmayacak derece geniş tutuyorsa da, jandarmanın silah kullanmasına ilişkin belirlenen silsilede, önce ayağa ateş edilmesi ve silah kullanmaya yol açan olay ve durum bastırılmamışsa hedef gözetilmeksizin ateş edilmesi hükmünün, polis mevzuatı ile karşılaştırıldığında suistimale daha az açık ve yaşam hakkını bu itibarla daha fazla koruyan bir içeriği haiz olduğu iddia edilebilir.

Jandarma, kolluk olarak görev yapması halinde genel kolluk olan polis mevzuatına tabidir. Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu md. 10'a göre jandarmanın görev ve sorumluluk alanı; 'genel olarak' polis görev sahası dışı olup, bu alanlar il ve ilçe belediye sınırları haricinde kalan veya polis teşkilatı bulunmayan yerlerdir. Jandarma kolluk olarak görevini yürüttüğü durumlarda PVSK md. 25 çerçevesinde hareket edecektir. Nitekim dönemin İçişleri Bakanı Muammer Güler'e göre jandarma "ülkenin yüzde 93'ünde güvenliği sağlayan" teşkilattir.²⁹⁶

Türkiye mevzuatında güvenlik güçlerinin silah kullanması ile ilgili bir başka önemli düzenleme, 1996 yılında 4178 sayılı Kanunla değiştirilen

²⁹⁶ İlgili değerlendirme için bkz. http://www.radikal.com.tr/politika/bakan_guler_sokaga_cikan_kamu_calisani_sonucuna_katlanir-1137969 (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

297 D) (Değişik: 29/8/1996 4178/1 md.) Valiler, ilde çıkabilecek veya çıkan olayların, emrindeki kuvvetlerle önlenmesini mümkün görmedikleri veya önleyemedikleri; aldıkları tedbirlerin bu kuvvetlerle uygulanmasını mümkün görmedikleri veya uygulayamadıkları takdirde, diğer illerin kolluk kuvvetleriyle bu iş için tahsis edilen diğer kuvvetlerden yararlanmak amacıyla, İçişleri Bakanlığında ve gerekirse Jandarma Genel Komutanlığının veya Kara Kuvvetleri Komutanlığının sınır birlikleri dahil olmak üzere en yakın kara, deniz ve hava birlik komutanlığından mümkün olan en hızlı vasıtalar ile müraacaat ederek yardım isterler. Bu durumlarda ihtiyaç duyulan kuvvetlerin İçişleri Bakanlığında veya askeri birliklerden veya her iki makamdan talep edilmesi hususu, yardım talebinde bulunan vali tarafından takdir edilir. Valinin yaptığı yardım istemi geciktirilmeksizin yerine getirilir. Acil durumlarda bu istek sonradan yazılı şekle dönüştürülmek kaydıyla sözlü olarak yapılabilir.

Vali tarafından askeri birliklerden yardım istenmesi halinde; muhtemel olaylar için istenen askeri kuvvet, valinin görüşü alınarak olaylara hızla el koymaya uygun yerde, cereyan eden olaylar için ise olay yerinde hazır bulundurulur. (Değişik cümle: 17/6/2003-4897/1 md.) Olayların niteliğine göre istenen askeri kuvvetin çapı, vali ile koordine edilerek askeri birliğin komutanı tarafından, görevde kalış süresi, askeri birliğin komutanı ile koordine edilerek vali tarafından belirlenir. *Askeri kuvvetin müstakilen görevlendirilmesi durumunda; verilen görev askeri kuvvet tarafından kendi komutanının sorumluluğu altında ve onun emir ve talimatlarına göre Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununda belirtilen yetkiler ile kolluk kuvvetlerinin genel güvenliği sağlamada sahip olduğu yetkiler kullanılarak yerine getirilir.* Güvenlik kuvvetleri ile yardıma gelen askeri kuvvet arasında işbirliği ve koordinasyon, yardıma gelen askeri birliğin komutanının da görüşü alınarak vali tarafından tespit edilir. Ancak, bu askeri birliğin belirli görevleri jandarma ya da polis ile birlikte yapması halinde komuta, sevk ve idare askeri birliklerin en kıdemli komutanı tarafından üstlenilir. Birden fazla ili içine atan olaylarda ilgili valilerin isteği üzerine aynı veya farklı askeri birlik komutanlarından kuvvet tahsis edilmesi durumunda iller veya kuvvetler arasında işbirliği, koordinasyon, kuvvet kaydırması, emir komuta ilişkileri ve gerekli görülen diğer hususlar yukarıda belirtilen hükümler çerçevesinde Bakanlar Kurulu tarafından belirlenecek esaslara göre yürütülür. Bu esasların uygulanmasında, işbirliği ve koordinasyon sağlamak amacıyla gerekli görülen hallerde İçişleri Bakanı ilgili valilerden birini geçici olarak görevlendirir. Olayların sınır illerinde veya bu illere mücavir bölgelerde cereyan etmesi ve eylemcilerin eylemlerini müteakip komşu ülke topraklarına sığındıklarının tespit edilmesi durumunda valinin talebi üzerine ilgili komutan eylemcileri ele geçirmek veya tesirsiz hale getirmek maksadı ile, her defasında Genelkurmay Başkanlığı kanalı ile Hükümetin müsaadesi tahtında, ihtiyaca göre kara, hava, deniz kuvvetleri ve Jandarma Genel Komutanlığı unsurları ile komşu ülkelerin mutabakatı alınmak suretiyle mahdut hedefli sınır ötesi hareket planlayıp icra edebilir. (Değişik Cümle: 13/7/2013-6496/ 16 md.) Bu fıkra uyarınca görevlendirilen Türk Silahlı Kuvvetleri birliklerinin, bu fıkra kapsamındaki faaliyetleri, askerlik hizmet ve görevlerinden sayılır. Yukarıda belirtilen hususlar nedeniyle doğan acil ve zaruri ihtiyaçları karşılamak amacıyla yapılacak harcamalar Bakanlar Kurulunca uygun görülecek fonlardan yapılacak aktarmalar ve İçişleri Bakanlığı bütçesine konulan ödenekten yapılır. (1) Her yıl İçişleri Bakanlığı bütçesine aktarılacak olan paraların illere dağıtımı ve kullanımı ile ilgili esaslar İçişleri Bakanlığınca belirlenir. Bu madde uyarınca kuruluş ve kişilerden

olaylarında görüldüğü üzere Jandarma belirli hallerde "müstakilen" yetkilendirilebilir. Bu durumda; ilgili maddeye göre verilen görevler, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nda belirtilen yetkiler ile kolluk kuvvetlerinin genel güvenliği sağlamada sahip olduğu yetkiler kullanılarak yerine getirilecektir. 11/D maddesinin 1996 yılında tanımladığı yetki ise sınır ötesi operasyonlara ilişkin Türkiye'de devlet aklının insan hakları algısını gözler önüne sermektedir.

"Olayların sınır illerinde veya bu illere mücavir bölgelerde cereyan etmesi ve eylemcilerin eylemlerini müteakip komşu ülke topraklarına sığındıklarının tespit edilmesi durumunda valinin talebi üzerine ilgili komutan eylemcileri ele geçirmek veya tesirsiz hale getirmek maksadı ile, her defasında Genelkurmay Başkanlığı kanalı ile Hükümetin müsaadesi tahtında, ihtiyaca göre kara, hava, deniz kuvvetleri ve Jandarma Genel Komutanlığı unsurları ile komşu ülkelerin mutabakatı alınmak suretiyle mahdut hedefli sınır ötesi hareket planlayıp icra edebilir. (Değişik Cümle: 13/7/2013-6496/ 16 md.)"

İl İdaresi Kanunu, eylemcileri ele geçirmek ifadesini kullandıktan sonra açık bir biçimde 'eylemcileri tesirsiz hale getirmekten' yani öldürmekten söz etmektedir. 'Eylemcileri tesirsiz hale getirmek' ifadesinin burada askeri²⁹⁸ ve siyasi yetkililer²⁹⁹ tarafından sıklıkla dile

sağlanan ve satın alınan malzeme, araç ve gereçlerin satın alma, kira ve kullanım bedelleri ile işçi ücretleri ve benzeri giderler için ödeme emri beklenmez. İçişleri Bakanı veya valinin onayı yeterli sayılır. Ödemeler usul ve esasları Maliye Bakanlığının görüşü alınarak İçişleri Bakanlığınca yürürlüğe konulacak bir yönetmelikle düzenlenir.

298 Genelkurmay Başkanlığı'nın Ağustos 2011 tarihli bir açıklamasında örneğin şu ifadelere yer verilmektedir: "Elde edilen ilk bilgilerden; hava taarruzunun teröristler üzerinde baskın tesiri yarattığı, 90-100 teröristin etkisiz hale getirildiği, 80'den fazla yaralı teröristin bölgedeki hastaneler ve köylere taşındığı, çok sayıda terörist ile temasın kesildiği, çok sayıda teröristin yerel sivil halkın bulunduğu köylere kaçarak halkı canlı kalkan olmaya zorladığı öğrenilmiştir." *Milliyet*, 23 Ağustos 2011.

299 Başbakan Recep Tayyip Erdoğan, Eylül 2012'de Denizli'de bir İmam Hatip Lisesi'nin açılışında: "Tüm bu alçakça saldırılara rağmen bölücü terör örgütüne karşı en kararlı şekilde mücadelemizi sürdürüyoruz. Son 10 günde sadece Hakkari'de

getirildiği gibi aslında 'öldürme' veya 'ölü olarak ele geçirme'³⁰⁰ ifadesinin yerine kullanıldığı anlaşılmaktadır. Öldürmeye açıkça cevaz veren bu hükmün, savaş hukukuna uygun fiiller dışında yaşam hakkını temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması mümkün olmayan alanı içinde kabul eden 1982 Anayasası'na aykırı olduğu açıktır. Yine, bu hükmün Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına izin verme yetkisinin TBMM'de olduğunu hüküm altına alan Anayasa'nın 92. maddesi ile, yine bu hükmü gönderme yapan 130. maddeye aykırı olduğunu da burada belirtmek gerekir,³⁰¹ zira "Genelkurmay Başkanlığı kanalı ile Hükümetin müsaadesi" ile "komşu ülkelerin mutabakatı" TBMM uhdesindeki bir yetkinin yürütme organlarına verilmesinin gerekçeleri olamaz.

123 *terörist etkisiz hale getirildi.* Şubatla Ağustos ayları arasında 373, son bir ay içinde ise bölgede yaklaşık 500 terörist etkisiz hale getirildi. Terör örgütüyle yılmadan mücadeleye devam edeceğiz.» *Star*, 17 Eylül 2012.

300 'TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu'nu bünyesindeki alt komisyon raporunda da 'ölü olarak ele geçirme' ifadesine yer verilmesi düşündürücüdür. TBMM, Terör ve Şiddet Olayları Kapsamında Yaşam Hakkı İhlallerini İnceleme Raporu, 2013, s. 61. Tanör, 'ölü olarak ele geçirme' ifadesinin kullanılmasını sert bir biçimde eleştirmektedir. Tanör'e göre, "(ö)lü olarak ele geçirme diye bir şey olamaz; "öldürme" ya da "ele geçirme" olur. Ölü vücut "ele geçirilmiş" sayılmaz; ancak "sağ" kalan için bu ifade kullanılabilir. Dolayısıyla, bu terminoloji insan onurunu da küçük düşürücüdür." Tanör, s. 26, dn. 16.

301 Anayasa md.130 "Anayasanın 92 nci maddesinin birinci fıkrası gereğince, Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına belli bir süre için, Bakanlar Kurulunun istemi üzerine, Türkiye Büyük Millet Meclisince izin verilir."

Köy Kanunu'nda

Geçici Köy

Korucularının Zor ve

Silah Kullanma Yetkisi

1924 tarihli Köy Kanunu; köy koruculuğu sistemini, "çapulcular ve eşkiya türemiş ise yağmadan köy halkını korumak" maksadıyla "köylünün eli silah tutanlarından" oluşan bir 'yerel güvenlik teşkilatı'³⁰²olarak tanımlamaktaydı. Erken Cumhuriyet dönemindeki bu adım, henüz güvenlik teşkilatının esas itibarıyla merkezde örgütlenmiş olması ve taşrada merkezi idareyi tehdit eden Köy Kanunu'nun çapulcular ve eşkiyalar olarak adlandırdığı yapıları saf dışı edecek güç ve ölçekte olmaması ile açıklanmaktadır.³⁰³ Jandarma teşkilatının yaygınlaşması ile işlevsizleşen köy koruculuğu sistemi Türkiye'nin iç güvenlik politikasında 1980'li yıllardan itibaren merkezi bir yere iltihak etmiştir.³⁰⁴ 1985 yılında 3175 sayılı Kanunla Köy Kanunu 74. maddede yapılan bir değişiklikle geçici köy koruculuğu sistemi ihdas edilmiştir. Bu değişikliğe göre geçici köy koruculuğuna, köyde veya çevresinde şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya köylerde can ve mala vaki 'tecavüz hareketlerinin' artması üzerine başvurulacağına ilişkin bir düzenleme kabul edilmiştir. Aynı maddede, geçici köy korucusu görevlendirmenin Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen illerde valilerin teklifi ve İçişleri Bakanı'nın onayı ile mümkün olduğu ve 40,000 kişiyi geçmeyeceği, fakat Bakanlar Kurulu'nun bu sayıyı yüzde elli oranında arttırabileceği belirtilmiştir. 1986 yılında yapılan iptal başvurusunda geçici köy korucularının özel ve yeni bir kolluk kuvveti

302 Paker-Balta, Evren/Akça, İsmet, 'Askerler, Köylüler ve Paramiliter Güçler: Türkiye'de Köy Koruculuğu Sistemi', *Toplum ve Bilim*, s. 126, 2013, s. 7-35.

303 A.g.e.

304 Bkz., ayrıca, Kurban, Dilek, 'Bir 'Güvenlik' Politikası Olarak Koruculuk Sistemi', Bayramoğlu, Ali/İnsel, Ahmet (der.), *Almanak Türkiye 2006-2008 Güvenlik Sektörü ve Demokratik Gözetim* içinde, TESEV, İstanbul, 2009, s. 253-259.

olarak "köyde veya çevrede meydana gelebilecek olağandışı durumlar için düzenleme getirmesinin" Anayasa'da öngörülmeleyen bir olağanüstü hal nedenini öngörmüş olduğu yönündeki son derece haklı itiraz;³⁰⁵Anayasa Mahkemesi tarafından temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin benimsenen rejime istisna getirmediği gerekçesi ile reddedilmiştir.

Geçici Köy Korucuları uygulamalarını kayda geçiren ilk önemli belge TBMM Faili Meçhul Siyasi Cinayetleri Araştırma Komisyonu Raporu'dur.³⁰⁶ Raporda, koruculuk sisteminin bölgede nasıl bir suç örgütü olarak çalıştığına ilişkin bulgulara değinilmiştir. Raporun, esasen, koruculuk sisteminin geçici köy koruculuğu görevini üstlenmiş kimi kişilerce kötüye kullanıldığı yönündeki değerlendirmesi ile sorunu daha münferit bir biçimde tanımlama eğiliminde olduğu belirtilmelidir. Bu itibarla kimi korucuların uyuşturucu ve silah kaçakçılığı yapması, kimilerinin tehdit ile haraç almaya tevessül etmesi, bölge halkı üzerinde özellikle aşiret ağalarının baskı kurması, köylerini terke zorlanmaları ve kimi köylülerin PKK mensubu oldukları iddiasıyla öldürülmeleri aynı bağlamda ele alınmıştır.³⁰⁷ Rapor, bu bakımdan geçici köy koruculuğu sisteminin yapısal olarak barındırdığı sınırları belirsiz yetkinin neden olduğu keyfi tutum ve suç işleme eğilimini not ederek sistemin kötüye kullanıldığını veya bu durumun muhtelif biçimlerde suç işlemeye uygun bir zemin yaratmaya çalıştığını³⁰⁸ belirtmekle birlikte,

305 İptal başvurusu gerekçesi son derece doğru bir değerlendirme ile şu biçimde ifade edilmiştir: "Vali Yasada açıkça belirtilmemekle beraber geçici korucu görevlendirme gibi bir işleme başvururken olağanüstü hal durumunun meydana geldiğini kabul ve tespit ederek bunun karşısında önlem almış olmaktadır. Daha açık ifadesiyle geçici köy korucusu görevlendirilmesi talebi ve İçişleri Bakanlığının onayı doğrudan doğruya olağanüstü hal ilanı anlamı ve sonucunu da içermektedir." 1985/E., 1985/23 K., 10/12/1985 (RG: 21.01.1986, 18995).

306 TBMM Faili Meçhul Siyasi Cinayetler Araştırma Komisyonu Raporu, s. 44-47.

307 A.g.e., s. 45-46.

308 Komisyon raporuna göre, korucular tarafından muhtelif illerde işlenen suçlar arasında, öldürme, yaralama, 6136 sayılı Ateşli Silahlar, Bıçaklar ve Diğer Aletler Hakkında Kanun'a muhalefet, yağma, insan kaçırma, silah ve mermi kaçakçılığı bulunmaktadır.

koruculuk sisteminin 'terörle mücadele' adı altında yürütülen özel harp rejiminden bağımsız değerlendirilemeyeceğini esasen yadsımaktadır. Köy koruculuğu esasen OHAL'in köy boşaltma rejiminde önemli bir rol üstlenmektedir.³⁰⁹ Göç-Der tarafından 2013 yılında yapılan bir araştırmaya göre, köyleri yakılan ve/veya zorla yerlerinden edilen insanların korucular tarafından uygulanan baskıyı birinci sebep olarak gösterme oranı % 65,9 ve baskının yoğunlaştığı iller Mardin, Siirt, Batman ve Şırnak olarak görünüyor.³¹⁰

Nitekim, başta İnsan Hakları Derneği olmak üzere, insan hakları örgütlerinin konuya ilişkin dokümantasyon faaliyeti geçici köy korucuları tarafından işlenen suçlara ilişkin önemli veriler sunmaktadır.³¹¹ Örneğin, İnsan Hakları Derneği'nin 1990-2009 Döneminde Köy Korucuları Tarafından Gerçekleştirilen İnsan Hakları İhlalleri verilerine göre, köy korucuları belirtilen bu zaman dilimi içerisinde 183 kişiyi öldürmüş, 259 kişiyi yaralamış, 2 zorla kaybetme fiili işlemiş ve 562 kişiye işkence ve kötü muamelede bulunmuştur.³¹² Söz konusu

A.g.e, s. 47-53.

309 Konuya dair bkz., GÖÇ-DER, 'Türkiye'de Koruculuk Sistemi: Zorunlu Göç ve Geri Dönüşler', 2013, İstanbul, http://hakikatadalethafiza.org/wp-content/uploads/2015/02/Goc-Der_Koruculuk-Raporu_2013.pdf adresinden erişilebilir (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).

310 A.g.e., s. 7.

311 9 Kasım 2005 tarihinde Şemdinli'de Umud Kitabevi'nin bombalanması üzerine kurulan 'Hakkâri Merkez, Yüksekova ve Şemdinli İlçelerinde Meydana Gelen Olayların Araştırılması Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu'nun 'Hakkâri Şemdinli İnceleme Raporu'nda şu tespitlere yer verilmektedir: "Devlet vatandaşının güvenliğini korumakla yükümlüdür. Devletin meşru güvenlik güçleri ise emniyet ve askeri güçlerdir. Bu itibarla koruculuk sistemi yanlış olmuştur. Zira koruculuk sistemi ile vatandaşlar devlet yanlısı veya devletin potansiyel tehlike olarak görülmeye başlanmış veya en azından bölge halkı arasında böyle algılanır hale gelmiştir. Hatta bir kısım köy korucuları bölgelerinde bazı kişilerin mal ve mülklerine el koymuşlar; aşiretler arasındaki ihtilaflardan buldukları konumu kötüye kullanarak bölgedeki tansiyonu yükseltmişlerdir. Bazı köy korucularının ise teröristlere yardım ettikleri de görülmüştür." http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/belge/kr_22HakkariSemdinli.pdf (Ocak 2014).

312 İnsan Hakları Derneği, 'Ocak 1990-Mart 2009 Döneminde Köy Korucuları Tarafından Gerçekleştirilen İnsan Hakları İhlallerine İlişkin Özel Rapor', 2009, s.2. <http://www.ihd.org.tr/images/pdf/>

rapora da yansıyan yaşam hakkı ve işkence ve kötü muamele yasağı ile ilgili ihlallerde aşağıda görüleceği gibi köy korucularına zor ve silah kullanma yetkisini veren mevzuatın da önemli etkileri bulunmaktadır.

Köy Kanunu'nun, silah kullanma yetkisinin düzenlendiği ve kanunun çıktığı dönemin ruhunu yansıtan 77. maddesi genel olarak yaşam hakkı ile ilgili mevzuatla uyum arzetmeyen arkaik ve muğlak terminoloji içermektedir. Anılan hükme göre, köy korucuları aşağıdaki hallerde silah kullanabilirler:

- “1 - Vazifesini yaparken kendisine saldıran ve hayatını tehlikeye koyan kimselere karşı hayatını korumak için mecburi olursa;
- 2 - Vazifesini yaparken ahaliden bir kimsenin can veya ırz tehlikesi altında kaldığını görür ve onu kurtarmak için başka bir çare bulamaz da bunalırsa;
- 3 - Cürmü meşhutta (yani yapılrken veyahut yapıldıktan sonra henüz izi meydanda iken) bir cinayetin failini yahut maznun bir şahsı yakalamak istediği halde o kimse silahla karşı korsa;
- 4 - Tutulan bir canı kaçar ve “dur” emrini dinlemez ve onu tekrar yakalamak için silah kullanmaktan başka çare bulunmazsa;
- 5 - Eşkiya takibi sırasında yatak olan yerlerden şüpheli bir adam çıkar ve korucunun “dur” emrine itaat etmeyip kaçar.”

Bu hüküm her yönüyle tartışmaya açıktır. Birincisi, birinci fıkrada silah kullanımı için 'hayatını tehlikeye sokma' dışında 'saldırı' ifadesinin neyi karşıladığı belirsizdir. Her ne kadar bu hükmün korucuların vücut bütünlüğüne dönük saldırı olarak anlaşılması gerekse de sadece itme gibi cebir içeren bazı fiillerin saldırı kavramı içinde mütalaa edilmesi olanaklıdır.

İkinci fıkrada, üçüncü şahıslar için meşru müdafaa hali bir hukuka uygunluk hali olarak düzenlenmiştir. Bu durumda müdahalenin son çare olması gerektiğini açık seçik ifade eden bir düzenleme yerine 'çare bulamaz da bunalırsa' ifadesinin kullanılması veya böyle bir ifadenin

ocak_1990_mart_2009_koy_koruculari_ozel_raporu.pdf (Son erişim tarihi: Ağustos 2015). Ayrıca bkz, GÖÇDER 2013, s. 9.

mevzuatta halihazırda muhafazasını anlamak mümkün değildir. 'Bunalmak' sözcüğü Güncel Türkçe Sözlük'te “soluk alması güçleşmek”, “çok sıkılmak, çok tedirgin olmak” olarak tanımlanıyor.³¹³ Türkiye Türkçesi Ağzları Sözlüğü'nde ise, usanmak, yorulmak ve darda kalmak sözcükleri ile aynı anlamda kullanılmaktadır. Her iki ifadenin de gerek 765 sayılı TCK'da gerekse de 5237 sayılı TCK'daki savunma zorunluluğu³¹⁴ şartlarını net bir biçimde karşılamadığı açıktır, zira 'bunalmak' bireyin ruh hali ile ilgili bir durumu ifade etmekte, bu bakımdan objektif değil, esasen sübjektif bir kriter getirmektedir.

Yine, aynı hükmün 4. fıkrasında “tutulan bir canı kaçar ve “dur” emrini dinlemez veya onu tekrar yakalamak için silah kullanmaktan başka çare bulunmazsa” hükmünde geçen 'canı' ifadesi hukuki bir terim değildir. 'Canı' sözcüğü Türkçe Sözlük'te, 'cinayet işlemiş olan kimse, kıyacı” ve “acımasız, gaddar” anlamında kullanılmaktadır.³¹⁵ Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu bakımından bu hükmü anlamlandırmak mümkün görünmemektedir. Zira, TCK'nın tanımlar maddesi olan 6. maddede 'itiyadi suçlu', 'suçu meslek edinen suçlu', 'örgüt mensubu suçlu' gibi terimler bulunmakta olup canı ifadesinin kullanılmasının pozitif dayanağı bulunmamaktadır.³¹⁶ Eski TCK'da da canı ifadesine yer verilmemiştir. Yine,

313 Söz konusu tanıma tdk.gov.tr adresinden erişilebilir.

314 5237 sayılı TCK'da “Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu”ndan söz edilmektedir. 765 sayılı TCK'da ise bu hüküm şu biçimde ifade edilmişti: “Gerek kendisinin gerek başkasının nefesine veya ırzına vukubulan haksız bir taarruzu *filhal defi zaruretinin* bais olduğu mecburiyet”.

315 tdk.gov.tr adresinden ulaşılabilir.

316 Türk Ceza Kanunu md. 6'ya göre “h) İtiyadi suçlu deyiminden; kasıtlı bir suçun temel şeklini ya da daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekillerini bir yıl içinde ve farklı zamanlarda ikiden fazla işleyen kişi,
i) Suçu meslek edinen kişi deyiminden; kısmen de olsa geçimini suçtan elde ettiği kazançla sağlamaya alışmış kişi,
j) Örgüt mensubu suçlu deyiminden; bir suç örgütünü kuran, yöneten, örgüte katılan veya örgüt adına diğerleriyle birlikte veya tek başına suç işleyen kişi...” anlaşılacaktır.

aynı fıkradaki sadece kaçan bir kişiye ateş edilmesini mümkün kılan düzenlemeyi yaşam hakkı ile ilgili benimsenen rejimle bağdaştırmak mümkün değildir. Aynı hükmün 5. fıkrasında da yaşam hakkı ile ilgili bu "ayıplı" standart tekrar edilmektedir. Çıkarıldığı zamanın ruhunu yansıtan ve Askeri Ceza Kanunu 10. maddenin "Silahlı eşkiya düşman olarak kabul edilir" şeklindeki hükmü ile uyumlu bu bentte,³¹⁷ "eşkiya yatağından" çıkan şüpheli *adama*³¹⁸ dur ihtiarında bulunulması silahla ateş edilmesi için yeterlidir" denmektedir. Sadece basit şüphe uyandıran kişinin kaçması durumunda ölümcül kuvvet kullanılması yaşam hakkının yasa ile etkin bir biçimde korunamadığını göstermektedir.

Nihayet, 77. maddenin son fıkrasında "korucu silah kullanmaya mecbur olduğu zaman bile mümkün merteye öldürmeksizin yaralayarak tutmaya dikkat eder" şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır. İlk bakışta buradaki hükmün 'orantılılık' ilkesini ifade etmek üzere kullanıldığı düşünülebilir. Ne var ki, saldırıyı bertaraf etme veya etkisiz hale getirecek ölçüde silah kullanma ölçütü yerine 'mümkün merteye' gibi soyut ve kötüye kullanmaya çok açık bir kriter bulunması silah kullanmada orantılılık ilkesini ifade etmekte son derece yetersiz kalmaktadır.

Köy Kanunu'nda bu biçimde düzenlenen köy korucularının silah kullanma yetkisi 2000 tarihli Geçici Köy Korucuları Yönetmeliği 10. maddede, kanunun ilgili 77. maddesi kısmen Türkçeleştirilerek düzenlenmiştir. Ne var ki, bu yönetmelik genel olarak köy korucuları ile ilgilidir. Bu konuda normlar hiyerarşisine aykırı bir biçimde kısmen ayrıksı hükümler ihtiva etmesi mümkün Geçici Köy Korucuları Yönetmeliği, Resmi Gazete'de yayımlanmış değildir.³¹⁹ CHP Diyarbakır eski milletvekili Mesut Değer'in

³¹⁷ 74. maddenin 1. fıkrası da bir hayli dikkat çekicidir.

³¹⁸ 'Şüpheli adam' ifadesinin cinsiyetçi bir ifade olduğu kuşkusuzdur. Yeni TCK'da bu bakımdan kasten öldürmeyi düzenleyen 81. maddede 'bir insanı kasten öldüren kişi'den söz edilmektedir.

³¹⁹ Adnan Keskin'in haberi için bkz., 'Yönetmeliği Bile Gizli', *Taraf*, 8 Mayıs 2009.

konuya ilişkin soru önergesi üzerine "terörü önlemeye yönelik olarak istihdam edilecek olan personelin atanmasını, görev alanlarının belirlenmesini, görevlerini, sorumluluklarını, eğitimlerini ve işten çıkarılmasını düzenleyen Geçici Köy Korucuları Yönetmeliği'nin Resmi Gazete'de yayımlanmasının birtakım mahzurları beraberinde" getireceği iddia edilmiştir. Bu cevapta ilgili yönetmeliğin Resmi Gazete'de yayımlanmamasının pozitif dayanağı Anayasa'nın 124. maddesi gereğince³²⁰ Resmi Gazete'de Yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanun'dur. 3011 sayılı Kanun md. 1'e göre³²¹ "kamuyu ilgilendiren" yönetmeliklerin Resmi Gazete'de yayımlanması gerekir. İkinci fıkradaki milli emniyet ve milli güvenlikle ilgili olan ve gizlilik derecesi taşıyan yönetmeliklere ilişkin yapılan atfın bir kolluk teşkilatı olarak faaliyet yürüten geçici köy korucularına ilişkin yönetmeliği kapsadığı düşünülemez.

³²⁰ 1982 Anayasası'nın 'Yönetmelikler' başlıklı 124. maddesi şu düzenlemeyi içermektedir: "Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler. Hangi yönetmeliklerin Resmî Gazetede yayımlanacağı kanunda belirtilir."

³²¹ "Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin; a) İşbirliğine, yetki ve görev alanlarına ait hükümleri düzenleyen, b) Kamu personeline ait genel hükümleri kapsayan, c) Kamuyu ilgilendiren, Yönetmelikler Resmî Gazetede yayımlanır. Ancak, millî emniyet ve millî güvenlikle ilgili olan ve gizlilik derecesi taşıyan yönetmelikler yayımlanmaz."

Kaçakçılıkla

Mücadele Kanunu

Türkiye'nin kaçakçılıkla mücadele mevzuatı,³²² idareye keyfi bir biçimde hareket etme yetkisi veren ve hatta Anayasa Mahkemesi'nin konuya dair iptal kararından önce,³²³ kanunilik ilkesine aykırı bir biçimde 2003 yılında yapılan bir değişiklikle kararname ile ceza tayininin mümkün olabileceği yönünde bir hukuk anlayışının ürünüdür. Bilindiği üzere, Avrupa Birliği'ne üyelik süreci ile birlikte gümrük mevzuatında yapılması zorunlu değişiklikler nedeniyle önce 2003 yılında 4926 sayılı Kanun, daha sonra 2007 yılında 5607 sayılı 'Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu' kabul edilmiştir. Söz konusu mevzuattaki değişikliğe rağmen, silah kullanma yetkisi ile ilgili düzenlemenin ise büyük ölçüde muhafaza edildiğini belirtmek gerekir.

Kaçakçılık mevzuatına ilişkin ilk düzenleme olan 1932 tarihli Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun'un ilk halinde İçişleri, Ekonomi ve Gümrük ve İnhisar (Tekel) Bakanlıkları tarafından belirlenecek kapı ve yollardan başka yerlerden izinsiz girilmesi ve çıkılması halinde dur ihtarına uymayan kişiye ihtarın önce havaya ateş etmek ile yapılacağı; sonuçsuz kalması durumunda ise ateş edileceği düzenlenmiştir.

Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun'da 1983 tarihinde 2867 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle silah kullanmaya yetkili personelin "doğruca hedefe ateş" edebileceği haller düzenlenmiştir. Buna göre, silahla mukabeleye yeltenilmesi, meşru müdafaa durumuna düşülmesi veya Bakanlar Kurulu'nca ihdas edilen emniyet bölgelerinde dur ihtarına itaat edilmemesi halinde silah kullanmaya yetkili personel ateş edebilecektir.

³²² Bkz., örneğin, İçel, Kayahan, '1918 Sayılı Kaçakçılık Kanununa İlişkin İki Hukuki Sorun', İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, c. 55, sy. 1-2, 1995, s. 89-102; Çulha, Rifat, '4926 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Yasası', *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sy. 49, 2003, s. 115-136.

³²³ Anayasa Mahkemesi, 2006/47 E., 2008/144 K., 18.9.2008, Resmi Gazete (27096:30.12.2008).

AİHM, Akın/Türkiye kararında Van'ın Özalp ilçesinin Yukarı Tugalı köyünde koyunlarını otlatan başvuranın akaryakıt kaçakçılığı yapan kişilere dönük yapılan bir operasyon sırasında kaçakçı zannedilerek ateş edilmesi sonucu ağır yaralanması olayını Sözleşme'nin yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesi bakımından değerlendirmektedir.³²⁴ AİHM, 1918 sayılı Kanun'un kişinin silah taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın tek bir uyarıdan sonra ateş edilmesine cevaz vermesi ve kullanılan gücün orantılı olması gerektiğine ilişkin herhangi bir açıklık bulunmaması nedeniyle, AİHM'nin yaşama hakkını düzenleyen 2. maddesi ile bağdaşmadığına karar vermiştir.³²⁵ AİHM, bu düzenlemenin ulusal makamların kolluk güçlerinin operasyonları sırasında ortaya çıkacak "gerçek ve yakın tehditleri" ortadan kaldıracak kanuni güvenceyi sağlamadığını vurgulamaktadır.

2003 tarihli Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu uyarınca, "dur" uyarısına uymayan kişiler için önce havaya ateş edilmek suretiyle uyarı yinelenir. Bu uyarıya da uyulmaz ise görevli memurlar durmaya zorlayacak şekilde silah kullanmaya yetkilidir. Ancak, silahla karşılığa yeltenilmesi veya meşru müdafaa durumuna düşülmesi hallerinde yetkili memurlar doğrudan hedefe ateş edebilir.

Son olarak, 2007 yılında kabul edilen 5607 sayılı yeni Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu silah kullanma yetkisi ile ilgili görünüşte yeni bir düzenleme benimsemiştir (md. 22/1). Buna göre:

"Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden gümrük bölgesine girmek, çıkmak veya geçmek isteyen kişiye "dur" uyarısında bulunulmasına rağmen bu uyarıya uymaması halinde, havaya ateş edilmek

³²⁴ Halis Akın (Başvuru no: 30304/02), 13 Ocak 2009. Kararın özet Türkçe çevirisine hudoc.echr.coe.int sayfasından erişilebilir. Hükümet, başvuranın kendi şüpheli hareketlerinden dolayı jandarma ateşine maruz kaldığını, olayın "sık sık akaryakıt kaçakçılığının gözlemlendiği ve birçok terörist faaliyetin yürütüldüğü bir yerde ve özellikle giriş yasağı bulunan askeri bir alanda meydana geldiğini" belirtmiştir.

³²⁵ A.g.e.

suretiyle uyarı yinelenir. Ancak silâhla karşılığa yeltenilmesi ve sair surette meşru müdafaa durumuna düşülmesi halinde, yetkili memurlar saldırıyı etkisiz kılacak oranda doğrudan hedefe ateş edebilir.”

Yeni hüküm ile her ne kadar, 'saldırıcı etkisiz kılacak oranda' ifadesini içermekte ise de pratik olarak savunmanın sınırlarını belirlemeyi imkansızlaştıracağı için bu kriteri etkisizleştirecek 'doğrudan hedefe ateş etme' yetkisi muhafaza edilmiştir. Yine, 'silahla karşılığa yeltenilmesi' ifadesi de korunmuştur. Yukarıda belirtildiği üzere, 'teşebbüs' yerine 'yeltenme' ifadesinin benimsenmesi isabetli değildir. 'Yeltenme' ifadesi hata hükümlerinin uygulanmasını son derece genişleten ve bu biçimiyle de 'yasadışı ve keyfi infazlara' yol açabilecek niteliktedir.

Türk Ceza Kanunu'nun Hukuka Uygunluk Sebepleri ve Kusurluluğu Kaldıran veya Etki Eden Haller ile İlgili Genel Düzenlemeleri

Yukarıda sayılan kanunlar anayasallığı son derece tartışmalı zor ve silah kullanma yetkisini kullanırken öldürme ve yaralamanın meydana gelmesi durumunda cezai sorumluluk doğmasını bertaraf etmeye matuf düzenlemeleri içermektedir. Türk Ceza Kanunu ise sorumluluğun tespitinde belirlediği ölçütler ile bu cezasızlık halini pekiştirmektedir.

Birincisi, 765 sayılı eski TCK'dan farklı olarak 5237 sayılı TCK meşru müdafaa'nın kapsamını genişletmiştir.³²⁶ Hükümün yeni halinde kişinin sadece kendisine veya başkasının eski kanunda olduğu gibi hayatına ve cinsel dokunulmazlığına (nefis ve ırz kavramları ile karşılanmıştır) karşı haksız saldırılar değil, herhangi bir hakka yönelik saldırı meşru müdafaa kapsamında değerlendirilmiştir. Bu durumda malvarlığı haklarına yönelik saldırılar da meşru müdafaa kapsamına alınmıştır. Dolayısıyla böyle bir saldırıya karşı hareket eden kişi hukuka uygun hareket etmiş olduğu için suç işlemiş olmayacak, hakkında beraat kararı verilmesi gerekecektir. Fakat yukarıda belirtildiği gibi, AİHS'nin 2. maddesi hangi hallerde ölümcül güç kullanılabilceğini belirtmiştir ve bu hükümde meşru müdafaa'yı karşılamak üzere kullanılan "bir kimsenin yasa

³²⁶ Bkz., Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2013, Seçkin, Ankara, s. 281-291; Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2012, s. 283-293.

dışı şiddete karşı korunması" ifadesinden de anlaşılacağı üzere salt malvarlığı haklarına dönük bir saldırının bu kapsamda değerlendirilemeyeceği anlaşılmaktadır.³²⁷ Keza, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde de malvarlığını korumaya yönelik meşru müdafaa, yukarıda anılan 6. maddeye ilişkin tasarıda bulunmasına rağmen güçlü bir muhalafet ile karşılaşınca madde metnine dahil edilmemiştir.³²⁸ Bu bakımdan Türk Ceza Kanunu'nda, ilgili insan hakları sözleşmelerinde yaşam hakkına dönük bir 'istisna' hali olarak düzenlenen meşru müdafaa hükümleri, Alman Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeye paralel olarak düzenlenmiştir. Ne var ki, gerek Alman Ceza Kanunu'ndaki bu hüküm gerekse Türk Ceza Kanunu'ndaki hüküm, devletlerin kanun ile yaşama hakkını etkili bir biçimde koruma yükümlülüğünün ihlali niteliğindedir.³²⁹ Zira, AİHM standartları çerçevesinde, sadece yaşam hakkını ve beden bütünlüğünü korumak için ölümcül kuvvet kullanılmasına başvurulması mümkündür. Bu bakımdan meşru müdafaa düzenlemesi AİHS'e aykırıdır.

Daha vahimi, ceza sorumluluğunu kaldıran hallerde sınırın aşılmasını düzenleyen 27. madde düzenlemesidir. Uygulamada bu hüküm yargının, kolluğun hukuka aykırı zor ve silah kullanmasında sıkça başvurduğu bir düzenlemedir. 27. maddeye göre:

"(1) Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur.

(2) Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez."

³²⁷ Bkz. Korff, Douwe, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap (Çev. Özgür Heval Çınar/Abdülcelil Kaya), Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Strazburg, 2006, s.23. http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/el_kitaplari/aihsmad2yasamhakkı.pdf (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

³²⁸ A.g.e.

³²⁹ McCann ve Diğerleri/Birleşik Krallık, para. 51.

Birinci fıkranın anlamı, esasen kişinin meşru müdafaa halinde iken dahi ancak ve sadece vaki bir saldırıya karşı kendisini savunmak için hareket edebileceğidir. Dolayısıyla hükmün gerekçesinde de belirtildiği üzere öldürmenin zorunlu olmadığını bile bile sadece bulunduğu durumdan yararlanarak saldırganı etkisiz hale getiren kişi meşru müdafaa halinde hareket etmiş olmaz. Fakat hükme göre, saldırıyı bertaraf edecek savunmada oranlılık kasten aşılmamışsa bu durumda, öldürme ve yaralama gibi taksirle de işlenebilen suçlar bakımından cezai sorumluluk doğar. Buradaki kritik hüküm, aslında maddenin ikinci fıkrasındaki meşru savunmada sınırın aşılmasının mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan kaynaklanmış ise faile ceza verilemeyeceği hükmüdür. Oranlılık ilkesinin dışında, ayrıca mazur görülebilecek heyecan, korku ve telaş farklı yorumlara son derece açık olduğu gibi, aslında her meşru müdafaa halinde bulunduğu görüşü ileri sürülmektedir.

Nitekim Yargıtay bir kararında Siirt'te şehir içinde basın açıklaması yapan bir grubun taşlı saldırısına uğrayan askeri araçtaki çavuşun "herhangi bir hedef gözetmeden kalabalıktaki kişilerin üzerine rasgele" ateş etmesini meşru savunmada sınırın aşılması olarak kabul etmiş, ancak savunmada sınırın sanığın duyduğu heyecan, korku veya telaş ile aşıldığını belirtmiştir. Yargıtay, kararını, "olayın uzun yıllardır yaygın terör olaylarının yaşandığı Güneydoğu Anadolu Bölgesi'nde bulunan Siirt ilinde meydana gelmesi" ile gerekçelendirmişti.³³⁰ Yargıtay, yine yakın tarihli bir kararında da 27/2'nin nasıl bir cezasızlık durumu haline gelebileceğine ilişkin bir karar vermiştir. Yüksek Mahkeme, taksit ücretini 3 TL eksik ödeyen üç müşterisi ile tartışan, silahını çekerek önce havaya ateş eden ve silahı ile gruptan sustalı çakı çıkaran bir kişiyi de 1.5-2 metre mesafeden göğsünden vuran taksicinin de heyecan, korku ve telaş nedeniyle meşru müdafaaada sınırı aştığına karar vermiştir.³³¹

³³⁰ CGK, 2008/1 Esas, 2009/81 Karar, 19.3.2009.

³³¹ Kemal Göktaş haberi, <http://kemal-goktas.blogspot.com.tr/2014/05/yargitay-silah-cekip-ates-edeni-de-mesru.html> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

Yine, Ethem Sarısülük'ün öldürülmesine ilişkin hazırlanan iddianame de TCK 27/2. maddenin nasıl yorumlanacağına ilişkin yargı pratiğine dair fikir vermektedir.³³² Söz konusu iddianamede, öncelikle "Ethem Sarısülük'ün de aralarında bulunduğu gösterici grubun şüpheliye yönelik taşlı saldırısı ile şüphelinin silahlı savunması arasında bir orantı olmadığı, meşru savunmada sınırın kasten aşılması halinde ceza sorumluluğunun kalmayacağı" belirtildikten hemen sonra bu önerme ile çelişen bir yaklaşım benimsenmiştir. İddianameye göre:

"şüphelininin kendisine saldırıda bulunan gösterici gruba karşı tabancasını çekerek havaya uyarı atışı yaptığı sırada, 3. atışı yapmak isterken dönüp kaçmaya çalıştığı esnada, omuz hizasından yukarı tuttuğu tabancasının dönme hareketinin etkisi ile yere paralel hale gelmesi ve o konumda iken atış yapması sonucu Ethem Sarısülük'ün yaralanmış olması ile atış öncesi ve atış esnasında şüphelinin vücudunun muhtelif yerlerine isabet eden taşlar dikkate alındığında şüphelinin meşru savunma sınırını kasten aştığının söylenemeyeceği, sınırın kasıt olmaksızın aşıldığı... Meşru savunmada sınırın kasıt olmaksızın aşılması halinin TCK 27/1. madde(de) düzenlendiği" savunulmuştur. Görüldüğü üzere savcılık makamı orantı bulunmadığını belirttiikten hemen sonra meşru müdafada sınırın korku, heyecan ve telaş nedeniyle aşılmasını, orantılılık ilkesini bertaraf eden bir düzenleme olarak yorumlamıştır. Böyle bir yorumun hukuka aykırılığı açıktır.

Yine, genel bir hukuka uygunluk nedeni olarak kanunun hükmü ve amirin emri (TCK md. 24) düzenlemesi üzerinde durulmalıdır. Esas itibarıyla, kanunsuz emir ile ilgili olarak astın sorumluluğunu düzenleyen Anayasa md. 137/2 ile bu hükmü izleyen TCK md. 24/3, konusu suç teşkil eden bir emrin hiçbir biçimde yerine getirilmeyeceğini hükme bağlamaktadır. Her ne

³³² Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2013/1494 no'lu 12.7.2013 tarihli iddianamesi, ayrıca bkz. http://www.milliyet.com.tr/ethem-sarisuluk-un-olumune-iliskin/gundem/detay/1737477/default.htm?utm_source=haberler.com&utm_medium=manset&utm_campaign=HaberlerComCoop (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

kadar md. 137/3 "Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır" şeklinde bir düzenleme öngörüyor ise de bu hükmün, hukuk devleti ilkesi (Anayasa md. 2) dolayısıyla konusu suç teşkil eden emir ile ilgili astın cezai sorumluluğuna ilişkin değil, maddenin 1. fıkrasında belirtilen hukuka aykırı fakat konusu suç teşkil etmeyen emirden doğan hukuki sorumluluk ile ilgili olduğu sonucuna varılmalıdır. Benzer bir tartışma, emrin hukuka uygunluğunun ast tarafından denetlenememesi durumunda sorumluluğun emri verene ait olacağını belirten TCK md. 24/4 maddesi için de geçerlidir. TCK md. 24/4 "emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur" düzenlemesini içermektedir. Bir an TSK İç Hizmetler Kanunu md. 87 ve 89 çerçevesinde hareket eden ve esas itibarıyla konusu suç teşkil eden emri yerine getiren ast aynı Kanunun 'astın vazifeleri' başlıklı 14. maddesindeki "mutlak itaat"³³³ çerçevesinde hareket etmiş olsa dahi cezai sorumluluğu doğacağı konusunda kuşku bulunmamalıdır. Zira öldürmeye ilişkin bir yetki verilemez, verilmesi Anayasa'nın 15. maddesine aykırıdır. Dolayısıyla, Anayasa md. 137/3'ün ve TCK md. 24/4'ün yaşam hakkı bakımından bu biçimde yorumlanmasına olanak yoktur. Nitekim, astın cezai sorumluluğuna ilişkin 'BM Rehber İlkeler'de de bu durumun kusurluluğu kaldıran bir hal olarak düzenlenmediği ve dolayısıyla ancak somut cezanın tayininde etkili olmasını belirten bir yaklaşımın esas itibarıyla benimsenmiş olduğu anlaşılıyor.³³⁴

³³³ "Ast; amir ve üstüne umumi adap ve askeri usullere uygun tam bir hürmet göstermeye, amirlerine mutlak surette itaate ve kanun ve nizamlarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaate mecburdur.

Ast muayyen olan vazifeleri, aldığı emri vaktinde yapar ve değiştiremez, haddini aşamaz. İcradan doğacak mesuliyetler emri verene aittir."

³³⁴ XII. Astarın hesap verilebilirliği: "Üstünün emir veya talimatlarına göre hareket etmiş olması kişiye verilecek cezayı etkileyebilir ancak, ağır insan hakları ihlalleri için hesap verilebilirliği önleyecek bir koşul olarak değerlendirilmeyebilir."

Yaşam Hakkı ile İlgili

Mevzuata İlişkin

Ara Sonuçlar

AİHM yaşam hakkını düzenleyen 2. maddenin devlete sadece kasti ve hukuka aykırı öldürmelerden kaçınmak değil, aynı zamanda kendi yargı yetkisi sınırları içinde bulunan kişilerin yaşamlarını güvence altına almak için uygun adımlar atması yükümlülüğü getirdiğinin altını çizmektedir. Devlete verilen bu yetki, kişilerin yaşamlarına dönük olarak işlenen suçların önlenmesine ilişkin etkin ceza hukuku hükümlerine mevzuatında yer vermesi, yaşam hakkı ile ilgili ihlallerin önlenmesi, bastırılması ve cezalandırılması için kolluk önlemleri ile desteklenmesi gerektiğinin altını çizmektedir.³³⁵

Türkiye'nin yaşam hakkı ile ilgili mevzuatı pek çok yönden taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal eder niteliktedir. En başta yaşam hakkını düzenleyen Anayasanın 17. maddesi, AİHS'in aradığı orantılılık kriterine yer vermemekte, bu itibarla yaşam hakkının korunması için uygulanabilir ve etkin bir koruma öngörmemektedir.

Yasadışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazlara İlişkin Komite Sözcüsü Christof Heyns, Türkiye'deki mevzuatın uluslararası insan hakları hukukunda ölümcül sonuçlar doğurabilecek güç kullanımına ilişkin, güç kullanımının yaşam hakkını korumak için son çare olması, dolayısıyla gerekli olması ve orantılı olması gibi ilkeleri yeterli bir biçimde yansıtmadığı görüşündedir. Heyns'e göre, ölümcül güç kullanımına ilişkin mevzuat, yeterli biçimde açık/net düzenlenmiş değildir.³³⁶ Bu durum ölümcül güç kullanımının mümkün olduğu durumlarda şartların çok geniş bir biçimde yorumlanmasına neden

olabilecektir. Heyns'e göre, her ne kadar orantılılık ve gereklilik kavramına bir dizi kanuni düzenlemede yer verilmiş olsa da, mevzuatımız bu düzenlemelerden farklı ve ihlallere daha fazla kapı aralayan/müşamahakar bir biçimde kaleme alınmıştır.

Yasadışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazlara İlişkin Komite Sözcüsü Heyns, kolluk görevlilerine verilen yetkinin muğlak biçimde tanımlanmış olduğunu, dolayısıyla kolluğa potansiyel olarak direnme ve kaçma halinde uluslararası hukukta izin verilen ölçünün ötesinde güç kullanabilmeyi mümkün kılacak biçimde geniş yetkiler verildiğini belirtmektedir.³³⁷ Özellikle yaşam hakkı ile ilgili herhangi bir risk yaratmayan kaçan şüpheliye karşı güç kullanımına dikkat çekmekte ve PVSK madde 16 metnindeki (md. 16/para.7(c)) "yakalanmasını sağlayacak ölçüde" ifadesini etkili bir güvence olarak değerlendirmemektedir.

³³⁵ Kılıç/Türkiye, para. 62; Makaratzis/Yunanistan, para. 56-57; Isayeva, para. 173.

³³⁶ A/HRC/23/47/Add.2, s. 4, para. 13.

³³⁷ A/HRC/23/47/Add.2, s. 5, para. 17.

İŞKENCE

Türkiye'de işkence sorununun devlet aklı çerçevesindeki temel tariflerinin merkezinde geleneksel olarak sorunun münferit bir sorun olduğu yaklaşımı öne çıkmaktadır. Bu tespit, devlet aygıtının belli tarihsel kesitlerde doğrudan doğruya sistemli bir biçimde yürüttüğü, teşvik ettiği ve her halükarda göz yumduğu işkence olgusunun inkarına dayandığı gibi, aynı zamanda sorunu bireysel patolojik/ kriminolojik etkenlerle açıklayıp işkence suçu ile ilgili faillerin cezasız kalmasını sağlayan bir cezasızlık kültürü yaratmakta ve yeniden üretmektedir. Siyasal iktidarların devlet zoruna ilişkin tasarruflarını icraya ve nihayet faillerine cezadan muafiyet sağlamaya elverişli bir mevzuatın işkence suçlarının işlenmesini kolaylaştırdığı ve hatta neredeyse teşvik ettiği söylenebilir. Bununla birlikte, sorunun bir mevzuat meselesi olmadığı açıktır, zira işkence ile ilgili mevzuatta başta yeni Türk Ceza Kanunu ile suçun unsurları ve öngörülen yaptırım olmak üzere 1990'lı yıllardan itibaren yapılan bir dizi önemli değişikliğe rağmen, işkence izale edilmiş değildir. Her ne kadar karakollarda ve diğer tutulma mekanlarındaki işkence aşağıda tartışılacağı gibi sayısal olarak azalmışsa da, işkence kayıt dışı gözaltı pratikleri ile gözaltında da çıplak arama başlığında ve cezaevlerinde artarak sürmektedir. Dolayısıyla, cezasızlığın esas itibarıyla "önyargı ve ayrımcılıktan da beslenen" bir uygulama ve zihniyet sorunu olduğu konusunda kuşku bulunmamalıdır.³³⁸ Konunun mevzuat ile ilgili boyutları aşağıda tartışılacaktır. Fakat, işkenceyi inkarın kamusal tartışmalarda, akademisyen ve uygulamacı görüşlerinde nasıl derine nüfuz ettiğine ilişkin birkaç örnekle başlamak, bu koordinatlar ekseninde gelişen yargı pratiğini anlamak bakımından yararlı olacaktır.

Bu bağlamda, darbeden hemen sonra 'sivil' olarak adlandırılan rejime geçişin hemen sonrasında işkenceye ilişkin yapılan tartışmalar

³³⁸ Bkz., örneğin, Helsinki Yurttaşlar Derneği/İnsan Hakları Gündemi Derneği, Türkiye'de İşkence, Kötü Muamele ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Ceza Sorunu ile Çözüm Önerileri, 2008, http://www.stramap.org/images/cust_files/080513134126.pdf.

bilhassa dikkat çekicidir. İşkenceye ilişkin tartışmalarda, özellikle 1980'lerde giderek daha fazla görünür hale gelen işkence pratiğinin sorgulanmasına ilişkin olarak "kolluk örgütünün suç işleyenler karşısında etkisiz bırakmayı amaçladığı, dışa karşı ulusal saygınlığı yıpratmış" biçimindeki savlar etkili olmuştur. Nitekim, meselenin Güney Dinç'in ifadesi ile 'yapay bir yurtseverlik' tartışmasına çekildiği konuya dair söz alan hemen herkesin aşırı ihtiyatlı tutumundan sezilmek mümkündür.³³⁹ Hatta bu öylesine bir etki yaratabilmiştir ki, Türkiye'de işkencenin önlenmesinde önemli katkıları bulunan çok değerli bir aydın olan Sema Pişkinsüt, sistematik işkenceyi bizzat kendisi delillendirdiği halde, bir röportajında işkencenin sistematik olup olmadığı sorusu ile karşılaştığında Türkiye'nin bu açıdan yıpratılmaması gerektiğini ve sorunun münferit olduğunu söyleyebilmiştir.³⁴⁰

Daha spesifik olarak ceza hukukçularının akademik ve doktriner tartışmalarında da durum daha farklı değildir. Erem gibi işkencenin "geleneksel karakol tatbikatı" olduğunu, kolluğun "dayak zoru ile suça suçlu bulmak" faaliyetini yürüttüğünü, "bireysel olayların gerçekleştiğinin muhakkak" olduğunu teslim eden hukukçuların yanında,³⁴¹ işkencenin bu düzeydeki varlığını külliyen reddeden yaklaşımlara rastlamak mümkündür. Örneğin, Kunter'e göre,

"Polisten çok şikayet edilmektedir. Polis toplumun pislikleri ile uğraşan nankör bir meslektir. Toplumun pislikleri, yani suçlular, her vesileden

³³⁹ Dinç, Güney, 'Savunma Hakkı ve İşkence', *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1988, s. 54-63, s. 55.

³⁴⁰ Pişkinsüt'ün ihtiyatlı yaklaşımını aynı çizideki Demirbaş'ın şu paragrafında da gözlemlemek mümkündür, "...Türkler'de hiç işkence yapılmadığı anlamına gelmez; yani bugün olduğu gibi bireysel olayların gerçekleştiği muhakkaktır. Fakat bizim burada vurgulamak istediğimiz nokta, Batı'nın aksine, Türklerde işkenceye hiçbir zaman bir sorgu tekniği olarak hukuki bir nitelik verilmemesidir. Bu nedenle Avrupa işkence altında inim inim ilerlerken, bizde buna yer verilmemesi nedeniyle ne kadar övünsek azdır." Demirbaş, Timur, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1992, s. 18.

³⁴¹ Erem, Faruk, 'İşkence', *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sy.2, 1988, s. 197-207.

faydalanarak polisi kötölemek isterler.”³⁴²

Öte yandan bu tartışmalara dokunmadan bağımsız bir işkence suçunun gerekliliğini/ varlığını tartışan görüşler de dikkat çekicidir.³⁴³ Bu yaklaşıma göre, işkence teşkil eden fiiller esas itibariyle, müessir fiil (etkili eylem/ yaralama), hakaret, sövme, tehdit, ırza tasaddi ve ırza tecavüz niteliği taşıyan fiillerdir. İşkenceyi bu fiillerden ayıran özellik, işkencenin belli bir amaç dahilinde işlenmesidir. Bu bakımdan bağımsız bir işkence suçu düzenlemesi yerine sözü geçen suçlarda amacın ikrar veya delil edilmesi ya da delillerin ortaya çıkarılmasının önlenmesi amacıyla işlenmesi durumunda söz konusu suçların nitelikli hallerinin gerçekleştiğinin kabul edilmesinin doğru olacağı savunulmuştur.

Dolayısıyla işkence suçunun esas itibariyle bir uygulama ile ona eşlik eden ve türlü kanallardan beslenen bir zihniyet sorunu olduğu konusunda kuşku yoktur. Bu bakımdan işkence ve kötü muamele ile ilgili şikayetlerin soruşturulmaması, özellikle herhangi bir biçimde darp ve cebir izine rastlanmadığını belirten ve esasen belgede sahtecilik teşkil eden suçlarla delillerinin karartılması, işkence davalarının zamanaşımına uğramalarını sağlamak üzere sürüncemede bırakılması, kolluk görevlilerinin yargılanmasında izin müessesesinin çoğunlukla mevzuata rağmen bir cezasızlık kalkanı olması gibi muhtelif yöntem ve biçimleri ortaya çıkmaktadır.³⁴⁴ Bu

342 Kunter, Nurullah, 'Reformlar ve Suç Kolluğu', İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, c. 77, sy. 1-4, 1971, s.73, 97, s. 89.

343 "İşkence teşkil eden fiiller aslında müessir fiil, hakaret, sövme, tehdit, ırza tasaddi ve hatta ırza tecavüz niteliği taşıyan fiillerdir. Ancak, bu fiillerin işlenişi sırasında belli bir amaç güdülmektedir. Özellik taşıyan nokta da burasıdır. Kanımızca, sadece bu amaçtan hareketle bu fiillere ayrı bir suç niteliğinin verilmesi yerinde olmamıştır. Kanunda yapılacak bir değişiklikle, müessir fiil, hakaret, sövme, tehdit, ırza tasaddi veya ırza tecavüz suçlarının bir suç vakıası hakkında ikrar veya herhangi bir delil elde edilmesi ya da delillerin ortaya çıkarılmasının önlenmesi amacıyla işlenmesi durumunda bu suçların nitelikli bir şeklinin oluştuğunu kabul etmek daha yerinde olacaktır." Özgenç, İzzet/Şahin, Cumhuriyet, 'İşkence Suçu', Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IV, S.1-2, 2000, sayfa numarası belirtilmeden şu linkten ilgili makaleye erişilebilir, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/4_9.pdf.

344 Amnesty International, 1996, s. 28-33.

raporun ikinci bölümünde Türkiye uygulaması açısından işkencenin cezasız kalmasını sağlayan uygulamadaki bu tür sorun alanları ayrıntıları ile ele alınacaktır. Bu bölümde işkence fiillerinin cezasız kalmasında maddi ceza hukuku mevzuatının rolü değerlendirilecektir.

Bir Cezasızlık

Kaynağı Olarak

İşkence Suçu Mevzuatı

İşkence yasağının Osmanlı-Türk anayasacılık hareketlerine kadar uzandığı, Türkiye'de işkence ile ilgili mevzuat tartışmasının temel girizgahıdır. Bu biçimde işkence suçu düzenlemesinin ne kadar köklü olduğunun vurgulanması amaçlanır. Osmanlı ceza hukukunda ve bu sistemin esasını oluşturan İslam ceza hukukunda işkencenin bir ceza muhakemesi işlemi olarak bulunmadığı biçiminde kimi tartışmalı tespitlerle de birleşen bu değerlendirmeler kısmen doğrudur.³⁴⁵ İşkence ve kötü muamele ile ilgili düzenlemeler, anayasal bağlamda 1876 Anayasası'na kadar uzanmaktadır.³⁴⁶ Erken dönem Osmanlı ceza hukuku kodifikasyonu içinde de işkence suçu düzenlemesine yer verilmiştir. İşkence, suç ve cezalara ilişkin genel ilkeleri içermediği için bir 'code', olarak kabul edilmeyen³⁴⁷ 1840 tarihli Ceza Kanunu'nda ve 1851 tarihli Kanun-u Cedid'de kamu görevlilerin kişilere karşı kötü muamelede bulunması olarak düzenlemiştir.³⁴⁸ Yine, Osmanlı Ceza Kodu, Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda ise daha spesifik bir biçimde kişiye suçunu ikrar etmesi için yapılan işkence suç olarak kabul edilmiştir. Bu madde bu haliyle, Türk Ceza Kanunu'nun kaynağını oluşturan 1889 tarihli Zanardelli Kanunu'nda bulunmamasına rağmen, 1926 tarihli eski Türk Ceza Kanunu'na alınmıştır. İşkence suçu ile ilgili bu düzeyde

³⁴⁵ Üzülmüş, İhan, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, Turan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 39-47, Demirbaş, s. 17-18.

³⁴⁶ Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, 2014, s. 165-167; Akçam, Taner, *Siyasi Kültürümüzde Zulüm ve İşkence*, İletişim Yayınları, İstanbul, 1992, s. 144-145. Fakat bu konuda farklı bir perspektif için bkz., Alpkaya, Gökçen, 'Osmanlı Hukuk Reformu ve Kişi Özgürlükleri', *İnsan Hakları Yıllığı*, c. 12, 1990, s. 167-182.

³⁴⁷ Gürelli, Nevzat, *Introduction for Turkish Criminal Code, the American Series of Foreign Penal Codes*, Sweet & Maxwell, Londra, s. 1, 1965, ayrıca bkz. Berkes, Niyazi, *The Development of Secularism in Turkey*, McGill University, Montreal, s. 160-164.

³⁴⁸ Üzülmüş, s. 53-58.

eskiye uzanan bir tarihe rağmen, işkence yasağının mutlak niteliğinin ve bu bağlamda korumaya yöneldiği hukuki değerlerin yargı pratiğinde anlaşıldığını veya teslim edildiğini söylemek güçtür.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu, ilk halinde işkence suçu,³⁴⁹ 'Devlet İdaresi Aleyhine Cürümler' başlığı altında ve 'Hükümet Memurları Tarafından Efrada Karşı Yapılacak Suimuameleler' adlı fasılda yer almaktaydı. İşkence suçu bu düzenlemede, belirli fail kategorilerinin (ifade alma ve sorgu yapma yetkisine sahip olan kolluk memurları, savcılar ve yargıçlar) mağdura cürümünü söyletmesi haline münhasır bir biçimde tanımlanmıştı. İşkence emrini veren amirin ancak *yardım eden sıfatıyla* yargılanabileceğini öngören bu düzenlemede, işkence sonucunda ölüm meydana gelmesi halinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama hükmünü düzenleyen eski TCK 452. madde, organ kaybı veya sürekli maluliyet veya mayubiyet durumunda ise müessir fiil/yaralama hükümlerine göre (TCK 456) cezalandırılmasını öngörüyordu. Bu hükümlerdeki ceza aralığı, özellikle ölüm halinde, üst sınır belirtilmeksizin 8 yıllık³⁵⁰ bir aşağı sınır belirlendiği düşünülürse işkence suçunun vahametini yansıtmaktan uzaktı. Bu ilk düzenlemede son derece ilginç bir husus, emri veren amir durumunda bulunan kişinin asli fail olarak değil, ancak yardım eden sıfatı ile sorumlu tutulacağı hükmüydü.

İşkence suçunu düzenleyen TCK 243, 1961 yılında 235 sayılı Kanun ile 'işkence dışında' suçun maddi unsurunun hareket kısmına işkence

³⁴⁹ "Mahkemeler veya meclisler reis ve azalarından ve sair hükümet memurlarından biri maznun bulunan kimselere cürümlerini söyletmek için işkence ederlerse beş seneye kadar ağır hapis ve müebbeden veya muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezasıyla mahkum olur./Bunu maiyet memurları mafevkinde bulunan amirlerin emir ve teşvikiyle yapmış olsa dahi cezadan kurtulmaz./Amirler cürümde feran zimethal sayılır./ İşkence olunan kimse bundan müessiren ölüre fail 452. madde ile cezalandırılır. Ve eğer işkence bir uzvun katı veya amelden sukutunun veya diğer daimi maluliyet veya mayubiyeti mucip olursa faili 456 ncı madde mucibince cezalandırılır."

³⁵⁰ Maddenin 1953 yılında 6123 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki halinde aşağı sınır 5 yıl olarak belirlenmişti.

Eski Türk Ceza

Kanunu'nda İşkence

Suçu ve Yorum Yoluyla

Oluşan Cezasızlık

suçuna vücut veren diğer seçimler hareketler “zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muameleler” eklenerek suç, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin “hiç kimse işkence, zalimane, insanlık dışı yahut aşağılayıcı muamele ya da cezaya maruz bırakılamaz” hükmü ile uyumlu hale getirilmek istenmiştir.³⁵¹ Yine, ilk düzenlemede emri veren amirin yardım eden (fer'i fail) olarak cezalandırılmasını öngören hüküm kaldırılmıştır. Nihayet, işkence sonucu ölüm veya müessir fiil sonucunun doğması durumunda yukarıda belirtilen hükümlere göre (TCK 452 ve 456) tayin edilecek cezanın üçte birden yarıya kadar arttırılacağı hükmü ilave edilmiştir.

Öte yandan işkence ile ilgili ikinci madde TCK 245. maddede ise zor kullanma yetkisine sahip memurların görevlerini ifa ederken bu yetkinin aşılması suretiyle kişilere kötü muamele edilmesi, cismen eza verilmesi veya yaralama (darp ve cerh) üç aydan üç seneye kadar hapis ve geçici olarak memuriyetten mahrumiyet cezası ile karşılanmıştır. Dolayısıyla, uygulamada bu suçun, sadece ifade ve sorguya yetkili memurlar tarafından işlenebilen işkence suçundan farklı olarak mutlaka zor kullanmaya yetkili memurlar tarafından işlenmesi gerekmektedir.³⁵²

İşkence ve kötü muamele suçuna ilişkin bu düzenlemelere rağmen, işkence suçunun yorumu bu suç tipini kanunda kadükleştirmiş ve işkence suçuna ilişkin hükümlerin uygulanması istisnai bir hal almıştır. Özellikle bu suç tipinde korunan hukuki yararın gözetilerek amaca uygun yorum yapılması gerekirken, Türkiye'deki uygulama, bu maddenin lafzını dahi muhtelif biçimlerde kanuna aykırı bir biçimde yorumlamıştır.

Birincisi, Yargıtay 'sanık' ifadesini, doktrinde daha geniş olarak şüpheli kavramını içerdiği konusunda ancak son dönemlerde ortaya çıkabilen mutabakata³⁵³ rağmen genel olarak son derece dar yorumlamıştır. Örnek olarak, hırsızlık yaptığı söylenen mağdurların olay hakkında beyanlarını almak üzere jandarma karakoluna getirildiği ve burada darp edildikleri ve elektrik verildiği bir olayda dahi şüphelilerin suçlarını ikrar ettirmek ve suç kanıtlarını ortaya çıkarmak için işkenceye maruz kaldıklarının kesin olarak açıklığa kavuşmadığı düşüncesi ile fiilin işkence değil, TCK 245. maddede düzenlenen kötü muamele olduğuna karar verilmiştir.³⁵⁴ Bu bakımdan TCK 245. maddenin kamu görevlilerinin işledikleri işkence fiillerine ilişkin “torba bir madde” olarak kullanıldığı ve 765 sayılı Kanun döneminde işkence faillerinin cezasızlığının araçlarından birisi olduğu doğrudur.³⁵⁵

³⁵¹ Önok 2006, s. 272; Üzülmüş, s. 57; Artuk/Gökçen/Yeni Dünya, s. 166. Yargıtay ancak 1987 yılında verdiği bir kararda işkence ve insani olmayan ve zalimane muameleler ile haysiyet kırıcı muameleler açısından bir tanım yapma zorunluluğu görmüştür. Yargıtay'a göre, işkence, bir kimseye maddi ve manevi mahiyette eza verici hareketleri; insani olmayan muameleler, insanlık kişiliğini ve duygusunu önemli derece incitici fiilleri; zalimane muameleler, mağdura yapılan maddi veya manevi ıstırap verici her türlü muameleleri; haysiyet kırıcı hareketler ise, bir kimsenin namus, şöhret veya haysiyetine saldırı niteliğinde olan fiilleri ifade etmektedir. CGK, E. 1987/8-186, 1987/423 K., 05.10.1987.

³⁵² Önok 2006, s. 325.

³⁵³ Bkz., konuya ilişkin Yargıtay kararları için bkz. Gözübüyük, Abdullah Pulat, *Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi*, 5. baskı, Kazancı, İstanbul, 1989, s. 940.

³⁵⁴ Yargıtay CGK, E. 1993/8-314, K. 1994/11, 31.1.1994. Aynı yönde, 8 CD, E. 1981/2821, K. 1981/4069, 19.6.1981.

³⁵⁵ Gemalmaz, Mehmet Semih, 'Türkiye Yargısının İşkence Karşısında Tavrı', İnsan Hakları Yıllığı, c. 14, sy.1, 1992, s. 65-107; Koç, Aysun/Üçpınar, Hülya/Sakallı, Nazan/Ataş, Nergiz Tuba, 'İşkenceye Açık Kapılar' Mevzuat ve Uygulama Çerçevesinde Cezasızlık Olgusunun Değerlendirilmesi, TİHV, İstanbul, 2011, s. 66.

İşkence ve kötü muamele fiili arasındaki bu ayrımında, yargının işkence ile ilgili tutumunda yine anlaşılması güç bir nokta ise TCK 243'ün lafzının yani "cürmünü söyletmek" ifadesinin sadece şüpheli ve sanıktan ikrar elde etmek için yapılan işkenceyi kapsayacak biçimde yorumlanmasıdır. 1970 tarihli bir kararında Yargıtay "memurun, sanığın cürmünü değil de cürmünün delilini söyletmek için kötü muamele yapması halinde TCK md. 245 uygulanır" şeklinde bir sonuç benimsemiştir ki³⁵⁶ bu ifade daha sonra hükmün amacına uygun olarak suç delillerini söyletmeyi içine alacak biçimde yorumlanmakla birlikte bu tartışma varlığını hep sürdürmüştür. Örneğin, hırsızlık suçu şüphelisi mağdurlara sanık polisin "su dökerek dövdüğü, kışlarına (sic) cop soktuğu, vücutlarını ateşle dağladığı" anlaşılmasına rağmen ilk mahkemenin işkence suçu ile ilgili mahkumiyet kararı, Yargıtay 8. Ceza Dairesi tarafından cürümlerini söyletmek saiki bulunmadığı gerekçesi ile bozulmuştur.³⁵⁷

Yine, 'cürmünü söyletmek' ifadesindeki cürüm ifadesi de sadece 765 sayılı Türk Ceza Kanunu sistematığında sadece cürümlere münhasır olmak üzere yorumlanmış, kabahat nev'inden suçlar dolayısıyla maruz kalan işkence bu kapsamda değerlendirilmemiştir.³⁵⁸

Bu biçimde işkence olarak değerlendirilmeyen fiillerin kötü muamele olarak tavsif edildiği yanlış bir uygulama, süreç içinde yerleşik

³⁵⁶ Yargıtay, 1 CD, E. 1969/3576, K. 1970/2486, 15/9/1970, aktaran Gemalmaz (1992), s. 80-81.

³⁵⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 1976 yılında 8. Ceza Dairesi'nin söz konusu kararını bozduğu kararda, suç aletinin ve maddi delillerinin elde edilmesi 'çabaları' sırasında "doğru olmamakla birlikte tazyik ve işkence edildiklerini", hırsızlık olaylarında çalınan malın veya paranın bulunması için çok sık uygulanan bu tutuma dair TCK m.d 245'in uygulandığını belirtmektedir. Anlaşıldığı kadarıyla, Yargıtay'ın bu pratikten somut olay bakımından ayırılma nedeni, işkencenin fotoğraflar ve adli tıp raporu ile delillendirilmiş olmasıdır. Hırsızlık zanlısı mağdurların, "elbiselerinden tamamen tecrit" edildikten sonra üzerlerine soğuk su dökülerek copla dövülmesi, makattan cop sokulmaya yetenilmesi ve vücutlarının göbük bölümü de dahil sigara ateşiyle yakılması fiillerini nihai olarak işkence kabul etmiştir. Yargıtay CGK, E. 1976/8-100, K. 1976/133, 22.3. 1976.

³⁵⁸ Bkz., örneğin, kumar oynatmaya ilişkin kabahat suçu ile ilgili olarak Yargıtay 8. CD E. 1995/9314, K. 1995/10352, 29.6. 1995.

bir yargı pratiği halini almıştır.³⁵⁹ Örneğin, mağdurların dövüldüğü, hakarete uğradıkları ve beton zeminde su dökülerek ıslatıldıkları tespit edilmesine rağmen Yargıtay kararına konu olayda fiil, kötü muamele olarak kabul edilmiştir.³⁶⁰ Bir başka olayda, tartıştığı mobilya satıcısını emniyete ait oto ile karakola götürerek üç gün iş ve gücüne engel olacak şekilde döven memurun fiili, memurun böyle bir görevi bulunmadığı için kötü muamele olarak dahi değerlendirilmemiştir.³⁶¹ Yine, işkence suçunun oluşması için "en azından 10, 15 günü geçecek derecede iş ve gücünden kalınması"nın zorunlu gören³⁶² "yoğun bir biçimde bezdirici, usandırıcı, dayanılmaz ve çekilmez"³⁶³ olması gerektiğine hükmeden, "müdahili cürmünü söyletmek için bir hafta iş ve gücüne engel teşkil edecek şekilde dövmesinin" işkence olarak mütalaa edilmeyeceğini hükme bağlayan kararlar işkence suçunun kapsamını son derece ciddi bir biçimde sınırlandırmıştır.³⁶⁴ Bu bağlamda, sanığa suçunu söyletmek için yapılan darbin

³⁵⁹ 'İzmir Barosu İşkenceyi Önleme Grubu Raporu', *TBB Dergisi*, sy. 53, 2004, s. 141-147.

³⁶⁰ CGK, Esas 1986/4-223, Karar 1986/545, 1.12.1986, aktaran Gözübüyük Şerhi, s. 966.

³⁶¹ A.g.e., CGK, Esas 1985/4-207, Karar 1985/580, 18.11.1985, s. 967.

³⁶² Özgen, Eralp, 'İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması', *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1988, sy. 2, s. 219. Erem, Ankara Yenimahalle 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 10.2.1987 tarihli 177/47 no'lu kararına atf yapmıştır. Bu kararda Mahkeme, işkence suçunun varlığı için basit bir dövmenin kafi olmayıp, en azından 10-15 günü geçecek derecede rapor alınması gereğinin Yargıtay içtihadına uygun düşeceğine hükmetmiştir, s. 207. "İşkenceye maruz kalan, doğru cevap vermek zorundadır. Çünkü yanlış bir cevap verdiği takdirde, işkencenin daha da arttırılacağını bilir. İfadenin işkence altında alınmış olduğu sabit olsa bile bu, ifadenin gerçek dışı olduğunu ve bu nedenle itibar edilemeyeceğini ortaya koymaz. İşkence ayrı, işkence sonucu verilen ifadelerin doğruluğu ayrı şeylerdir." *Erzincan Sıkıyönetim Mahkemesi*, 1984/107 E., K. 1984/375, 4.9.1984 aktaran Algan, Bülent, 'İşkence ile Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu' in *Zabunöğlü Armağanı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2011, s. 15.

³⁶³ 8 CD, 30.1.1990, 10896/893 aktaran Savaş, Vural/ Mollamahmutoğlu, Sadık, *Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu 2. Cilt*, Seçkin, Ankara, 1995, s. 2508-2509.

³⁶⁴ CGK, E. 1987/8/186, K.1987/423, 5.10.1987.

mutlaka işkence teşkil etmeyeceğine dair daha sonra Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı ile düzeltilen bir daire kararı bu bağlamda ayrıca zikredilmelidir.³⁶⁵ Dava konusu olayda, falakaya yatırıldığını söyleyen mağdurenin "gluteal bölgede –kalça bölgesi- ekimoz ve sol elinde ödem görüldüğüne ilişkin raporu bulunmasına rağmen Yargıtay 8. Ceza Dairesi "rapordaki bu arazın, falakaya yatırılmakla değil, sopa ile gluteal –kalça kabalarına- vurulduğu, müdahilin korunmak için elini tutunca sopa değerek ödem yapmış olması"nın "kuvvetle muhtemel" olduğu, "sopa ile gluteala vurmak, 7 gün işe mani olacak bir darp olup işkence niteliğinde görülmeceğinden TCK'nın 245. maddesi yerine 243. maddesiyle ceza verilmesi" gerektiği yönünde hüküm kurmuş, Ceza Genel Kurulu ise fiilin işkence teşkil etmese bile 'insani olmayan' ve 'haysiyet kırıcı muamele' olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Yargıda işkenceyi 'olağanlaştıran' başka bir yaklaşım, işkence sonucu elde edilen delillerin mahkumiyet hükümlerinin esasını oluşturabilmesiydi. 1992 yılında 3842 sayılı Kanun ile Ceza Muhakemesi Kanunu'na eklenen 135/a³⁶⁶ maddesinde düzenlenen ifade ve sorgu sırasında yasak yöntemlere başvurulması hükmüne kadar pozitif bir düzenleme bulunmaması durumu kolaylaştırıyordu. Zira, bu tarihten önce genel yaklaşım, yasak sorgu yöntemleri ile elde edilen delilin yan delillerle desteklenmesi halinde hükme esas alınabileceğiydi.³⁶⁷ 12 Eylül ara döneminde ise, yasak sorgu yöntemleri ile ilgili tartışmalar

³⁶⁵ CGK, E. 1987/8-186, K. 1987/423, 5.10.1987.

³⁶⁶ Yasak sorgu başlıklı md. 135/A düzenlemesi şu biçimdeydi: "İfade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni veya ruhi müdahaleler yapılamaz. Kanuna aykırı bir menfaat vaat edilemez. Yukarıdaki fıkralarda belirtilen yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez."

³⁶⁷ CGK 6-257/335, 10 Aralık 1990; CGK 3-104, 7 Mart 1983; CGK 6/511-182, 1 Nisan 1985, zikreden Yaşar, Osman, *Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu*, 2. baskı, Seçkin, Ankara, 2007.

vahim bir boyut kazanmıştı. Örneğin, bir Sıkıyönetim Mahkemesi tarafından verilen bir kararda işkence sonucu elde edilmiş delillerle ilgili tartışmada vicdani delil sistemi dayanak yapılarak tartışıldığı söylenen aşağıdaki karar dikkat çekicidir.³⁶⁸

"Bir an için işkence yapıldığı kabul edilse bile, işkence sanıktan (doğru cevap almak) için yapılmaktadır. Eğer doğru olmayan, uydurma cevaplar verilirse, işkencenin gayesi (doğru cevap almak) olduğuna göre, işkence daha da arttırılacaktır. O halde bu durumun da bilinmesi tabii olduğuna göre, bu önermenin mantıklı sonucu, işkenceye maruz kalanın doğru cevap vermesidir. Aksi takdirde işkenceye arttırılarak devam edilecektir. Öyleyse, ifadelerin işkence altında alındığı sabit bile görülse, ifadenin gerçekdışı olduğunu, itibar edilemeyeceğini ortaya koymaz. Şu halde işkence ayrı, işkence sonucu verilen ifadelerin doğruluğu ayrı şeylerdir."

Yine Askeri Yargıtay da, "Eğer baskı ile temin edilen itiraflar ve ifadeler hakikat ise, bu ifadelerin baskı neticesi temin edilmiş olması hükümsüzlüğünü gerektirmeyecektir" biçiminde bir görüş ile yasak sorgu yöntemlerine ilişkin çok sakıncalı bir yaklaşım benimsemiştir. Nitekim Askeri Yargıtay Başkanı Mart 1989'da şu açıklamayı yapmıştır:

"Diyelim ki, polis ifadesindeki olaylar doğru çıktı, ama ifadenin de işkence altında alındığı ispat edildi. Biz o polisi de yakalar cezalandırırız, ama bu ifadeyi de kabul ederiz..."³⁶⁹

Yargıda işkence ile ilgili cezasızlık sonucu doğuran uygulamalardan bir diğeri de işkence ile ilgili her iki hükmün, gerek (md. 243) gerek (md. 245), uygulanmasında cezanın alt sınırının, hapis cezalarında ve memuriyetten uzaklaştırmada geçici memuriyetten uzaklaştırma cezasına

³⁶⁸ Erzincan SYM, E. 1984/107, K. 1984/375, 4 Eylül 1984, aktaran Tanör, s. 28.

³⁶⁹ Askeri Yargıtay Başkanı Hakkı Erhan'ın açıklaması, *Nokta Dergisi*, 5 Mart 1989, s. 12-13, aktaran Gemalmaz, *İşkence Yasağı*, s. 150.

başvurulması veya verilen cezaların ertelenmesiydi.³⁷⁰

Özetle, işkence fiillerinin etkin bir cezalandırılmasını ve önlenmesinin sağlanmasını sağlamak bir tarafa yargıda bu konuda “esnek”,³⁷¹ yer yer hayırhah bir yaklaşımın bulunduğunu dahi söylemek mümkündür. Bu esnek yaklaşım, aşağıda bir muhalefet şerhinden yapılan alıntıda da görüleceği üzere kimi yargı mensuplarının ifadelerinde fazlasıyla dikkat çekicidir:

“İşkence etmek yahut zalimane, gayriinsani veya haysiyet kırıcı muameleler, cürmünü söyletmek için yapıldığı takdirde TCK'nın 243/1. maddesiyle cezalandırılacağına göre; yoğunluğa varmamış, başka bir deyişle normal bir insanın cürmünü söylemesine yetecek derecede yoğunluk kazanmamış hiçbir hareketi madde kapsamında mütalaa etmeye imkan yoktur. Aksi bir görüşün kabulü halinde, sorgusu sırasında sanığa yapılan bir küfür veya kulağını çekmek dahi 'haysiyet kırıcı muamele' kabul edilip bu eylemi yapanlar TCK'nın 243/1. maddesine göre cezalandırılabilir.”³⁷²

Türkiye'de yargının işkence ile ilgili bu biçimde yorumlarının 12 Eylül ara rejimi ve 1990'lı yıllar ile çakışması elbette tesadüf değildir. Bu iki dönem için iki ara başlık açmak gerekecektir. Her iki dönemde işlenen işkence fiillerinin, sadece iç hukuk düzenini değil aynı zamanda uluslararası toplumun barış ve güvenliğini tehdit edecek nitelikte insanlığa karşı suç olarak işlendiği kabul edilmelidir.

³⁷⁰ Gemalmaz (1992), s.90.

³⁷¹ A.g.e., 106.

³⁷² A.g.e., s. 101.

12 Eylül Darbesi

“Ara Rejimi” ve

İnsanlığa Karşı

Suç Olarak İşkence

Türkiye tarihinde bir milat olarak 12 Eylül askeri darbesinin çıkışına, darbenin arkasındaki ABD bağlantılarına, darbenin dayattığı siyasi, akademik ve entelektüel yaşama ilişkin kayda değer bir literatürün varlığından söz etmek mümkündür. Ne var ki, siyaseti bu düzeyde kriminalize eden, kitlesel gözaltılara, tutuklamalara, işkenceye, kayıp ve ölümlere neden olan 12 Eylül askeri darbesi ile hukuksal açıdan nasıl hesaplaşılabileceği meselesi ancak görece yakın zamanlarda tartışılmaya başlanmıştır.³⁷³ Başta iktidar partisi AKP olmak üzere sağ siyasi partilerin dahi mağduriyetten söz ettiği 12 Eylül askeri darbesinin sorumlularının yargılanamamasını ceza hukuku açıdan bir imkansızlık hali olarak değerlendirmek mümkün değildir. Nitekim, 2010 yılındaki referandumun ardından Kenan Evren ve Tahsin Şahinkaya hakkında geçici 15. maddenin kaldırılmasının hemen ardından dava açılabilmiştir. Bununla birlikte, açılan davada isnat edilen suçun ağırlığına rağmen, tutuklama tedbirine gerek görülmemiş, hatta Mahkeme sanıkları bizzat dinlemeden eski TCK 146. maddede düzenlenen ‘anayasayı tağyir ve tebdil’ suçundan mahkumiyet kararı vermiştir. Yargılama süresince hiç tutuklanmayan

³⁷³ Bu bakımından muhtemelen daha fazla yankısı olan bir girişim Adana Cumhuriyet Savcısı Sacit Kayasu'nun hazırladığı iddianamedir. Kayasu, 2000 yılında hazırladığı iddianame ile darbenin yapıldığı tarih 12 Eylül 1980 ile MGK'nın kurulduğu 12 Aralık 1980 arasındaki eylemler bakımından zamanaşımının işlemeyeceğini belirtmiş ve Kenan Evren'in eski Türk Ceza Kanunu'nun anayasayı tağyir ve tebdil ile ilgili hükmünden (765 s. TCK 146/1 ve 2) yargılanmasını talep etmiştir. Fakat Kayasu hakkında görevi kötüye kullanma (765 s. md. TCK 240) ve devletin askeri kuvvetlerini tahkir ve teyzif (765 s. TCK md. 159) hakkında dava açılmıştır. Kayasu birinci sınıf hakim olduğu için görevli Yargıtay (9.) Ceza Dairesi tarafından ilgili suçlardan nihai olarak mahkumiyetine karar verilmiş ve görevinden uzaklaştırılmıştır. Ayrıntılar için bkz., Kayasu/Türkiye (Başvuru no: 64119/00 ve 76292/01), 13 Kasım 2008.

sanıklara ilişkin kararların temyiz süreci uzamış, nihayetinde her iki sanık da 2015 yılında ölmüşlerdir. Dolayısıyla, 12 Eylül referandumu ile önü açılmış gibi görünen 12 Eylül ile hukuki zeminde hesaplaşmanın, gerçek bir yüzleşme olmaktan çok iktidar partisinin ve temsil ettiği zihniyetin pragmatik bir hamlesi olduğu dava süreci ile daha net bir biçimde ortaya çıkmış görünüyor. Aşağıda tartışılacağı gibi, bunun en önemli göstergelerinden biri 12 Eylül davasında, dava dosyasındaki yüzlerce delile rağmen işkencenin insanlığa karşı suç olarak değerlendirilmemesidir. Ne var ki, sadece 12 Eylül davasında ikame edilen deliller dahi işkencenin insanlığa karşı suç olarak işlendiğini ortaya koymaktadır.

Yukarıda belirtildiği gibi bir suçun ve *inter alia* işkencenin uluslararası suç olarak kabulü için, Statü çerçevesinde, yaygın veya sistematik olarak sivil bir nüfusa karşı işlenmesi gerekmektedir. Yine, 'insanlığa karşı suç'u tanımlayan TCK md. 77 çerçevesinde fiilin 'siyasal, felsefi, irki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli' olarak işlenmesi gerekir. Aşağıda tartışılacağı gibi, 12 Eylül sonrası devlet güçleri tarafından muhtelif mekanlarda işlenen işkence fiili gerek uluslararası hukukta gerekse bugün Türk Ceza Kanunu'nda tanımlanan biçimiyle insanlığa karşı suç tanımını karşılamaktadır.

Uluslararası ceza hukukunda insanlığa karşı suç için aranan 'saldırı' bağlamı, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun mülga 35. maddesine dayanarak ordunun yönetime cebir ve tehdit ile el koymasdır. Resmî kayıtlara göre, 650 bin kişinin gözaltına alındığı, 1 milyon 683 bin kişinin fişlendiği, açılan 210 bin davada 230 bin kişinin yargılandığı, 7 bin kişi için idam cezası istendiği, 517 kişiye idam cezası verildiği, bu cezayı alan 50 kişinin asılarak idam edildiği, 98 bin 404 kişinin örgüt üyesi olmak suçundan yargılandığı, 30 bin kişinin sakıncalı olduğu için işten atıldığı, 14 bin kişinin yurttaşlıktan çıkarıldığı, 30 bin kişinin mülteci olarak yurtdışına çıkmak zorunda kaldığı, 300 kişinin şüpheli bir biçimde, 171 kişinin ise

işkence sonucunda öldürüldüğü ve cezaevlerinde toplam 299 kişinin yaşamına son verdiğinin tespit edildiği³⁷⁴ bir istisna döneminin, esas itibarıyla sadece işkence suçu bakımından değil insanlığa karşı suçun unsurlarını oluşturan diğer suçlar bakımından bağlam/context şartını gerçekleştirdiği konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

Yukarıda belirtildiği üzere insanlığa karşı suçun işlenmesi bakımından "yaygın" ifadesi genellikle saldırının büyüklüğünü ve mağdur sayısını belirtmek için kullanılmaktadır. Sadece 12 Eylül iddianamesi verilerine göre dahi Diyarbakır Cezaevi, Mamak Cezaevi, Ankara Emniyet Müdürlüğü DAL (Derin Araştırma Laboratuvarı), Harbiye'de bulunan Askeri İnzibat Merkezi, Malatya Askeri Havalimanı, İstanbul Gayrettepe Siyasi Şube, Antalya Emniyeti Siyasi Şube, İzmir Buca Cezaevi, Şirinyer Askeri Cezaevi, Diyarbakır Kolordu Komutanlığı, Fatsa Et Balık Kurumu,³⁷⁵ Maraş Cezaevi'nde işkence suçu işlenmiştir.³⁷⁶ Yine Devrimci 78'liler Federasyonu'nun Genelkurmay Başkanlığı belgelerine dayanarak hazırladığı işkence suçunu işleyen polis ve askerler ve amirleri, işkenceyi gizleyen doktorlar, işkenceleri beraat ettiren yargıçlar, cezaevlerinde işkenceyi sürdüren gardiyanların isimlerinden oluşan liste bu bakımdan işkencenin yaygınlığını ve sistematikliğini ortaya

374 937 film sakıncalı bulunduğu için yasaklandı. 23 bin 677 derneğin faaliyeti durduruldu. 3 bin 854 öğretmen, üniversitede görevli 120 öğretim üyesi ve 47 hakimin işine son verildi. 400 gazeteci için toplam 4 bin yıl hapis cezası istendi. Gazetecilere 3 bin 315 yıl 6 ay hapis cezası verildi. Gazeteler 300 gün yayın yapmadı. 39 ton gazete ve dergi imha edildi. İddianame, s. 19-20.

375 Fatsa Et Balık Kurumu'nda 40 gün boyunca işkenceye maruz kalan öğretmen Sait Özdemir'in tanıklığına dair bir haber için bkz., 'İşkence mağduruna ilginç mektup', 4 Ekim 2013, Radikal (Mesut Hasan Benli), http://www.radikal.com.tr/turkiye/iskence_magduruna_ilginc_mektup-1153887 (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

376 Maraş Cezaevi'nde o dönem Afşin Elbistan Termik Santrali'nde işçi olarak çalışan Duman Bal ile röportaj için bkz. <http://www.ilkehaberajansi.com.tr/haber/12-eyul-darbesi-magduru-konustu.html>, 26 Eylül 2013 (Son erişim tarihi: Ekim 2015). Bal bu röportajda, kum torbası işkencesinin iç organlarda harabiyete neden olarak ölüme neden olduğunu; o dönem ölmesi istenen kişilere kum torbası ile işkence yapıldığını belirtmektedir. Aynı cezaevinde tutuklu bulunan Ali Temür'ün bu biçimde öldürüldüğünü kaydetmektedir.

koymaktadır.³⁷⁷ 1650 kişinin yer aldığı bu listede, gözaltında veya cezaevlerinde ölümler dahil haklarında kamu davası açılan kamu görevlileri, dava açılmayıp haklarında takipsizlik kararı verilenler veya yargılanıp beraat edenler ayrı ayrı gruplandırılmıştır. Rapora göre hakkında soruşturma başlatılması gereken kamu görevlisi sayısı 521'dir.

Fiilin uluslararası suç olarak tavsifi için diğer kriter 'sistematiik' olması, benzer fiillerin aynı bağlam içinde ortaya çıkması ve belli bir organizasyon izlemeleridir. İşkence fiillerinin işlenmesi muhtelif biçimlerde kolaylaştırılmıştır. Sıkıyönetim Kanunu 15. maddenin ilk halinde 30 gün olarak belirlenen azami gözaltı veya bu kanunun ifadesi ile 'gözetim süresi' 7 Kasım 1980'de yapılan bir değişiklikle 90 gün olarak belirlenmişti.³⁷⁸ Darbeler Komisyonu'na bilgi veren emekli Askeri Hakim Ümit Kardaş'ın belirttiği üzere 90 günlük süre işkence fiillerinin işlenmesi bakımından önemli olmuştur.³⁷⁹ Örneğin, eski 78'liler Vakfı Başkanı Celalettin Can, Malatya Merkez Komutanlığı'nda 72 gün işkenceye maruz kaldığını belirtmektedir.³⁸⁰

377 Bkz., '12 Eylül'ün İşkence Listesi', Taraf (Adnan Keskin), 26 Ağustos 2012, <http://arsiv.taraf.com.tr/haber-12-eytul-un-iskence-listesi-100881/>. (Son erişim tarihi: Ekim 2015.)

378 7/11/1980 tarih ve 2337 sayılı Kanun ile değiştirilen 15. Madde şöyle bir düzenlemeyi içermekteydi: "Sıkıyönetim komutanı bu Kanunda yazılı suçlardan sanık kişileri Sıkıyönetim Komutanlığı nezdindeki askeri mahkemeye sevk ve tutuklanmaları gerekip gerekmediği hakkında bir karar alınincaya kadar gözetim altında tutabilir. Bu süre 30 günden fazla olamaz. Ancak delillerin araştırılıp saptanmasının uzun süre alması nedenleriyle sanıkların 30 gün içinde hakim önüne çıkarılmalarına olanak bulunmaması halinde sanıklar soruşturmanın bitiminde ve her halde 90 gün içinde yetkili hakim önüne çıkarılır. Gözetim altında bulunanlar ilk 30 gün sonunda hakim önüne çıkarılmadıkları takdirde sıkıyönetim komutanı anılan kişilerin durumunu bu süre sonunda ve bunu takip eden 20'şer günlük dönemlerde inceler ve hakim önüne çıkarılıp çıkarılmamaları konusunda karar verir. Aynı kişi için aynı suç isnadı sebebiyle ve yeni deliller çıkması gibi haklı bir sebep yok iken bu yetki bir defadan fazla kullanılamaz."

379 http://www.tbmm.gov.tr/arastirma_komisyonlari/darbe_muhtira/docs/tutanak_son/12_eytul_alt_komisyonu/12_eytul_alt_komisyonu/10.10.2012/%C3%9Cmit%20Karda%C5%9F-10.10.2012.pdf, (10.10.2012) s. 2 (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

380 Bkz., '12 Eylül'ü asil onlardan dinleyin!', *Habertürk*, 3 Şubat 2012, <http://www.haberturk.com/gundem/haber/712235-12-eylulu-asil-onlardan-dinleyin> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

12 Eylül iddianamesinde tanık ifadelerine göre işkence yöntemleri: elektrik, falaka, Filistin askısı, cinsel saldırı, tehdit, kaba dayak (darp), tazyikli soğuk su, buz üzerinde yürütme, ıslak elbiselerle bırakma, lağıma sokma, havalandırmaya çıkarmama, aç ve susuz bırakmadır. İddianame ayrıca işkence yöntemlerinin bir kataloğunu da oluşturmuştur.³⁸¹ Bu katalogda belirtilen işkence

381 İddianameye göre, '12 Eylül Darbe Döneminde Gözaltı Merkezleri ve Cezaevlerinde Uygulanan İşkence Yöntemleri' şöyle sıralanmıştır (numaralandırma yazar tarafından yapılmıştır): **1. Falaka:** Yaygın ve sürekli kullanıldı. Ayak tabanı, ellerin içi gibi vücudun kaslı bölümlerine kalas, cop, zincir, saz sapı, pik demir vb. vurularak gerçekleştirilirdi. Bu yöntem, ayak tabanlarını ve el ayaklarını pattatır, kaba yerleri ezer, morartır, tırnakları sökerdi. El ayak gibi herhangi bir yeri kırar, sakat bırakırdı. **2. Köpek Saldırma:** Tutuklu çırılçıplak soyulur, kurt köpeği üzerine saldırtılırdı. Köpeğin ilk kaptığı yer bacak arası olurdu. **3. Zincir:** 20-25 metre uzunluğundaki zincirin uçları iki tutuklunun boynuna bağlanır, tutuklular sırt sırta verdirilerek ters yönde hızla itilir. Tutuklu tek ayağından zincire bağlanır, bu zincir yüksek bir yere asılır, tutuklu bayılıncaya kadar askıda kalırdı. **4. Germe:** Tutuklunun bir bacağı merdiven kenarlığına bağlanır, diğer bacağı da açık bırakılan koğuşun gözetleme deliğine bağlanıp kapı kapatılır, tutuklunun bacakları koğuş kapısının eni kadar gerilir ve öyle kalırdı. Koşuşturulur, zincir tam gerilince, her iki tutuklu da sırtüstü yere düşerdi. **5. Ayaktan Asma/Tepe:** 50-60 kişi havalandırmaya alınır. Gardiyan "tepe ol" komutu verince tüm tutuklular üst üste bindikten sonra, bir tutuklu da üst üste yatan tutukluların üstüne çıkar, İstiklal Marşı'nın on kütası okutulurdu. **6. Kule:** Havalandırmaya çıkan tutuklular altı kişilik daire oluşturulardı. Bunların üzerine 3-4 kat olacak biçimde tutuklular çıkarıldıktan sonra, gardiyanın "yıkıl" komutuyla kule oluşturan tutuklular kendini yere bırakır ve böylece tutukluların değişik yerlerinde kırılma, incinme ve çıkık olurdu. **7. Ranza Altı:** Gardiyanların ellerinde kalaslarla koğuşa girip, "ranza altı ol" komutunu verince, koğuşta bulunan tutukluların hepsi ranzaların altına girerdi. Herhangi bir yerlerinin açığta kalmaması gerekiyordu. Ranzaların altına tüm tutuklular sığmadığı için kimini eli, kiminin kolu dışarıda kaldığından, gardiyanlar ellerindeki kalaslarla tutukluların dışarıda kalan kısımlarına vurmaya başlardı. **8. Kantar:** Tutuklular havalandırmada çırılçıplak soyundurulup tek sıra halinde dizilirler, sıranın ön tarafında duran tutuklu sırt üstü yatırılırdı. İkinci tutuklu, yatan tutuklunun testis ve erkeklik organlarından tutarak yukarı kaldırır, tutuklunun kaç kilo geldiğini söylemesi istenirdi. Tüm tutuklular birbirini tartana kadar bu işlem devam ederdi. **9. Kervan:** Havalandırmada, tutuklular tek sıra dizilir, her tutuklu önündeki tutuklunun sırtına bindirilip, bacakları altındaki tutuklunun boynundan aşağıya sarkıtılır ve kulaklarından tutması istenirdi. Gardiyanın komutuyla tutuklular yürümeye başlar ve bu işlem tutuklular ayakta duramayacak duruma gelene kadar sürerdi. **10. Sehpa:** Tutuklu gece koğuştan alınıp, koğuş koridorunda gardiyan ve subaylardan mizansen olarak oluşturulan bir mahkemede sorgulanırdı. Mahkeme, tutukluyu idam cezasına çarptırır, ikinci katın merdiven kenarlığına bir ip geçirilip, ipin ucuna tutuklunun boyun kemiğini kırmayacak düzeyde kalın bezden bir ilmik takılır, tutuklunun boynu bu ilmiğe geçirilir ve temsili infaz gerçekleştirilirdi. Tutuklu tam boğulacağı sırada ip açılırdı. **11. Cop Sokma:** Gardiyanlar copu zeytinyağına batırır ve yağlı copu

tutuklunun makatına zorla sokardı. Sonra bu copu kendisine ya da bir başka tutukluya yalattırlardı. **12. Çek-çek:** Tutuklu çırılçıplak soyundurulur ve erkeklik organına bir ip takılırdı. Gardiyan ipin diğer ucunu alıp hızla koşar, tutuklu da zorunlu olarak gardiyanın peşinden koşar. **13. Lağım Suyuna Sokma:** Tecrit bölümünün alt katındaki bazı tuvaletlerin delikleri tıkanır. Hücrelerin pisliği ve lağım suları burada biriktirilir, diz boyu kadar oluşturulan pisliğin içine tutuklu atılır ve pislik yedirilirdi. **14. Kitap Okuma:** Koğuştaki bir tutuklunun eline kitap verilir, tutukluya avazı çıktığı kadar yüksek sesle tek tek sözcükler okutulurken, diğer tutuklular bu sözcükleri tekrarlardı. Sabahtan akşama kadar yapılan bu işlem sırasında, tutuklular ayakta durmak zorundaydı. **15. Marş Söyletme:** Cezaevinde bulunan herkes elliye aşkın marş ezberlemek zorundaydı. Bu marşlar tutukluların ses telleri tahriş oluncaya kadar söylenilirdi. **16. Öl Dediğimde:** Tutuklu havalandırmanın orta yerine çıkarılır, hazır ol durumuna geçirilirdi. Gardiyanın "öl" komutuyla tutuklu kaskatı, eklemelerini kırmadan eyer düşürülürdü. Bu işlem gardiyanını keyfine göre tekrarlanırdı. **17. Sigara İçirme:** Bunun çok çeşitli yöntemleri vardı. En çok uygulananları şunlardı: Koğuştaki kalan tutukluların eline beş adet sigara verilir, sigaraların tümü yakılarak devamlı ağızda tutulurdu. Gardiyanın "çek-bırak" komutuyla sigaralar bitinceye kadar içirilirdi, sigaralar-filtreleri dahil tutuklulara yedirilirdi. Bu sırada koğuş pencereleleri kapatılır, havasızlık ve dumanla boğulma ortamı yaratılırdı. **18. Banyo:** Tutuklular çırılçıplak soyundurulur ve tek sıra halinde banyoya götürülürdü. Banyoda sabun kullanılmazdı. Hortumla tazyikli su tutukluların üzerine fişkırtılırdı. Daha sonra tutuklular koridora çıkarılır, "yat-sürün" komutuyla tutuklular yerlerde süründürülerek koğuşlarına götürülürdü. **19. Sayım Düzeni:** Tutuklular günde en az beş kez sayılırdı. Her sayımdan önce, tutuklular sayım düzenine geçer, sayım talimi yaptırılır, yüksek sesle tekmil verilir, rahat-hazır ol ile, çöker kalkarlardı. **20. Gece Nöbeti:** Geceleri her koğuştaki mevcuda göre 2-7 kişiye kadar tutukluya sırayla nöbet tutturulurdu. Nöbet sırasında devriye gezen gardiyanlar, koğuşun mazgal deliğini açar, nöbetçi tutuklunun mazgaldan dışarı elin uzatmasını ister, tutuklunun ellerine cop veya kalasla istediği kadar vururdu. **21. Lokomotif:** Tutuklular havalandırmaya çıkarılır. İki kişi çırılçıplak soyundurulur, bunlardan birisi domalıp iki eliyle diz kapaklarını tutar, diğeri de arkadan bunu kucaklardı. Gardiyanın "uygun adım marş" demesiyle her iki tutuklu havalandırmada dolaşırlar, diğer tutuklular zorunlu olarak bunları izlerdi. **22. Pislik Yedirme:** Her havalandırmanın ortasında bir lağım çukuru vardı. Lağım suları ve insan pislikleri burada toplanırdı. Tutuklulara bu çukurdan avuç avuç pislik alıp yemeleri istenirdi. **23. İşeme:** Havalandırmada bir tutuklunun yere yatması istenir, diğer tutuklulara, yerde yatan tutuklunun yüzüne işemesi istenirdi. **24. Tecavüz:** Cezaevinde görev yapan gardiyanlar, genç tutuklulara merdiven atlarında zorla tecavüz ederlerdi. Ayrıca iki tutuklu çırılçıplak soyundurulurak birbirlerine tecavüz etmeleri istenirdi. **25. Hastane:** Hastanede cezaevindeki kurallar geçerliydi. Hasta, tuvalete götürülmez, yatakta da hazır ol vaziyetinde yatardı. **26. Verem:** Veremlilerle, sağlam tutuklular birbirinden tecrit edilmez, aynı kaptaki yemek zorunda bırakılırdı. Aynı battaniyenin altında yatırılırlardı. Veremlilerin balgamları tahlil yapılacak bahanesiyle toplanır, karavanadaki yemeklere karıştırılır ve bu yemekler tüm tutuklulara yedirilirdi. **27. Ayakta Bekletme:** Bu yöntem cezaevinde her gün geçerliydi. Sabah saat 05'den akşam 17-19'a kadar tutukluların oturması yasaktı. **28. Konuşma Yasağı:** Koğuş içindeki iki kişinin birbirine konuşması, tutuklunun gülmesi ve düşünür gibi görünmesi yasaktı. Böyle bir suç işleyen tutuklulara yukarıdaki işkence yöntemleri uygulanırdı. **29. Gece Baskını:** Nöbetçi subay ve gardiyanlar, gece geç saatte tutukluların koğuşuna girerek, uyku sırasında tutuklulara cop veya kalaslarla dayak atarlardı. **30.**

yöntemlerinin belli bir organizasyon olmadan işlenmesi mümkün değildir. Nitekim, müşteki ifadelerinde işkence ile görevli personelin belli bir eğitimden geçmiş olduğu ve psikolojik harp metotları ile işkenceye hazırlandıklarına dair beyanlar bulunmaktadır. İşkence teşkil eden fiillerin idarenin ve infaz memurlarının katılımı olmadan işlenmesi mümkün olabilir.

Nitekim, yine, mağdur anlatımları, işkence faillerinin itiraf³⁸² ve açıklamaları,³⁸³ tıbbi

Avukat-Ziyaret Dayığı: Avukat görüşmesine ve diğer görüşmelere gidip gelirken tutuklulara dayak atılırdı. Görüşlerde hiçbir şey konuşulmaması tembih edilirdi. Tutuklular avukatlarıyla savunma konusunda görüş alışverişinde bulunamazlardı. **31. Mahkeme Dayığı:** Tutuklular mahkemeye götürülürken cenaze arabasına bindirilirdi. Elleri arkadan kelepçeli olurdu. Cenaze arabasına binerken ve çıkarken gardiyanlar tarafından dövülürlerdi.

382 Darbe döneminde polis memuru olan Sedat Caner'in itirafları 2 Şubat 1986 tarihli *Nokta Dergisi*'nde yayımlanmıştır. Bkz., '12 Eylül İşkence Dosyası', *Bianet* (İpek Çalışlar/Can San), 5 Mayıs 2011, <http://bianet.org/bianet/insan-haklari/129786-ben-bir-iskenceciyim>. 9 Şubat 1986 tarihli *Nokta Dergisi*'nde yayımlanan "İşkenceci Polisin İtirafı – 2 ('Gözleri Bile Yara Olmuştu)" başlıklı haber için bkz., '12 Eylül İşkence Dosyası', *Bianet* (İpek Çalışlar/Can San), 5 Mayıs 2011, <http://bianet.org/bianet/insan-haklari/129788-gozleri-bile-yara-olmustu>. Sedat Caner'in verdiği bilgiler doğrultusunda işkence yöntemlerinin resmedildiği ve açıklandığı *Nokta Dergisi*'nin ilgili sayısı için ise, bkz. http://muhalefet.org/images/cust_files/120619102558.pdf. (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).

383 12 Eylül iddianamesinde, Sendikacı Yılmaz Kızılırmak ve MHP davasından yargılanan Osman Başer'in tanıklıkları bu durumu ortaya koymaktadır. Yılmaz, ifadesinde şöyle demektedir: "12 Eylül'de cezaevlerinde görev yapan askerlerin özel olarak seçilip, özel eğitim aldıklarını düşünüyorum. Çünkü sıradan askerlerin daha doğrusu halkın içinden çıkmış köylü, işçi çocuklarının bu şekilde işkence yapabileceklerini düşünmüyorum. Bunların kullandıkları yöntemlerin, konuşmalarındaki jargonların birbirinin aynı olması, kalıp cümleler olması özel olarak eğitilip cezaevlerinde işkenceci olarak görevlendirildiklerini ortaya koymaktadır."

MHP'li Osman Başer'in ise iddianameye ifadesi şöyle yansımıştır: "Cezaevinde bize işkence yapan kişiler askerlerdi. Bunların başlarında subay ve astsubay bulunuyordu. Bu askerler askere alındıktan sonra acemi birliği eğitimini takiben iç güvenlik adı altında eğitime alınıyor, orada 1980 öncesi asker, polis ne kadar cinayet olayı varsa bunlara anlatılıyordu. Bu eğitimden sonra askerler kendilerine anlatılan olaylardan sonra intikam hissiyle hareket eden insanlara dönüşüyorlardı. Bizleri insan olarak değil de birer canı olarak görüyorlar ve o şekilde acımasızca işkence ediyorlardı. Askerlerin cezaevine gelmeden önce bu şekilde eğitim aldıklarını ben kendilerinden bizzat dinledim. Hatta bu şekilde eğitim alan Bingöl'ün Genç ilçesinden Ali GÜLELİ bu şekilde almış olduğu eğitimi bize anlattığı için tutuklanarak asker koğuşuna konulmuştu, sonra ne olduğunu bilmiyorum." 12 Eylül iddianamesi için bkz, bianet.org/files/doc_files/000/000/402/

personelin³⁸⁴ anlatımları belli bir sistematik dahilinde hareket ettiklerini göstermektedir. O dönem Mamak Cezaevi'nde askerlik yapan ve kendilerine zorla işkence yaptıkları gerekçesi ile darbeyi yapanlar ile Mamak Cezaevi'ndeki görevliler hakkında Ankara Cumhuriyet Savcılığı'na suç duyurusunda bulunan Doğan Eşlik bir gazetenin kendisi ile röportajında işkence için özel eğitim aldıklarını³⁸⁵ belirtiyor ve işkencenin sistematik olduğunu şu sözlerle anlatıyor:

"Ben her gün dayak yemedim' diyen mahkûm yoktur. Bir mahkûm, iki defa sayımda, havalandırmaya çıkarıldığında, bir de bizim pozisyonumuzda nöbet tutan askerlerden dayak yerd. Yani sistematik bir işkence yapıldı mahkûma. Günde iki defa sayım vardı. Sayım Mangası, mahkûmların komple her yerini arardı. Bu esnada, canı isteyen asker herhangi bir gerekçeyle mahkûmu döverdi."

İnsanlığa karşı suçun bir unsuru olarak özellikle Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi içtihadında öne çıkan bir kriter olarak "yüksek rütbeli askerlerin veya önemli politik figürlerin" katkısı 12 Eylül döneminde gerçekleştirilen işkencelerde belirgindir. Devrimci 78'lilerin yukarıda anılan raporuna göre, darbenin başındaki isim Kenan Evren ve Millî Güvenlik Konseyi üyeleriyle birlikte, kuvvet komutanları, diğer orgeneraller, Mehmet Ağar, Abdülkadir Aksu, Necdet Menzir, Kemal Yazıcıoğlu, Ünal Erkan (Ankara Emniyet Müdürü) dahil

original/12eyluliddianamesi.doc. (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).

384 Diyarbakır Askeri Cezaevinde askerliğini yaptığı sırada doktor olarak çalışan CHP Milletvekili Prof. Nurettin Demir ile Yelda Gökdağ'ın röportajı, Akşam, 11 Ağustos 2013, <http://www.aksam.com.tr/siyaset/12-eylulde-diyarbakirdaki-iskenceleri-anlatticesetlere-bile-yetisemiyorduk/haber-234181> (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).

385 'İşkence yaptıklarım hakkını helal etsin', *Habertürk*, 4 Şubat 2012, <http://www.haberturk.com/gundem/haber/712683-iskence-yaptiklarim-hakkini-helal-etsin>. Mamak Cezaevinde o dönem asker olan Doğan Eşlik bu röportajda: "Komutanımız bize 'Direk boyna vurmayın iz kalır. Buraya vurmayın bu olur. Şuralara vurun deniliyordu. Mahkûm cinsel organını tutsun, eğilsin. Siz, kalçalarına coplarla vurun. Ellerine vurun, bacaklarının şuralarına vurun." şeklinde talimatlar aldıklarını belirtiyor. (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

dönemin emniyet mensuplarının, mülki idare amirlerinin yargılanması talep edilmiştir. İşkence mağdurlarından Hamit Kapan, dönemin Kahramanmaraş Sıkıyönetim Komutan Yardımcısı Tümgeneral Yusuf Haznedaroğlu'nun mağdurlara uygulanan işkence fiillerinin işlenmesine zaman zaman katılıp kimi zaman da seyrettiğini kaydetmektedir.³⁸⁶

12 Eylül Davası'nın sanığı Mayıs 2015'te ölen Kenan Evren de 2006 yılında katıldığı bir televizyon programında tevîl yoluyla işkenceyi ikrar etmiştir. 12 Eylül iddianamesinde de geçen bu programda Kenan Evren sistematik ve yaygın işkence pratiğine ilişkin şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

*"Evet itiraf ediyorum. Hapishanelerde işkencelere engel olamadık. Birçok insan bu yüzden sakat kaldı, öldü. O kadar rica ettik. Yapmayın filan diye. Ama bizi dinlemediler. O gardiyanlar yok mu; ah o gardiyanlar... Onlar yapıyorlardı. Çünkü 12 Eylül'den önce seslerini çıkaramıyorlardı. Mahkûmlar hep onları dövüyorlardı. 12 Eylül olunca başlarına teğmenler falan diktik. Fırsat ellerine geçince gardiyanlar da ne yapsınlar? İşkence yaptılar. Fena muamelede bulundular. Çok rica ettik, yapmayın falan dediysek de maalesef dinletemedik, bu müessif olaylar oldu... Ama tespit ettiklerimizi yakaladık. Hatta sanırım bir polisle, bir astsubay mahkûm oldu. Hem her ülkede işkence var. Bakın bugün bile bizde var. Amerika da yapıyor, mahpushanedeki Iraklılara... Ama başına diktığımız teğmenler işe yaradı. Onlara İstiklal Marşımızı söylediler. Sabahları hani ilköğretimde söylerler ya, her sabah Türküm, çalışkanım falan diye onları söyledirlerdi."*³⁸⁷

Milliyet Gazetesi'nden Fikret Bila'ya verdiği bir röportajda da benzer bir biçimde işkence

386 'İki Arkadaşım İşkencede Öldü', *Radikal* (İsmail Saymaz), 30 Nisan 2011, http://www.radikal.com.tr/turkiye/iki_arkadasim_iskencede_oldu-1047806, (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

387 Bu ifadeler, 12 Eylül iddianamesinde de 'Şüphelilerin ve İlgililerin Konuya Işık Tutan Diğer Beyanları' başlığında yer almaktadır.

yapıldığını belirtmiş ve polisin rolünü de şu sözlerle teslim etmek durumunda kalmıştır.

"Sanki, işkence, 12 Eylül'den önce karakollarda yok muydu? Bütün karakollarda vardı. Yani karakola düştün mü, kötü muamele yapıyordu. 12 Eylül'de biz polisi serbest bıraktık, rahat çalışsın diye. Onlar yine yaptılar bunu.

Sorgulama yapılıyor. Söyletebilmek için bazı usulleri var onların. Onları kullanarak bilgi alıyorlar. Bunları Almanlar da yapıyordu, İngilizler de, ABD'liler de, Fransızlar da... Onlar yapmadı mı? Vaktiyle herkes işkence yapıyordu. Yaptılar, sonra 'intihar etti' dediler Almanlar, Baader-Meinhof çetesi için..."³⁸⁸

Sistematik işkencenin mağdurları geniş bir yelpazededir. Yukarıda görüşlerine yer verilen o dönemde belli bir süre savcılık yapmış olan Ümit Kardeş, "önüne gelen her insanın yaşı ne olursa olsun, cinsiyeti ne olursa olsun" işkence gördüğünü tespit ettiğini ve tutanağa geçirdiğini belirtmektedir. Her ne kadar, fikirleri iktidarda kendileri cezaevinde kimi ülkücülerin de işkence gördüğüne ilişkin beyan ve açıklamalar söz konusu ise de, darbenin esas itibarıyla, sendikacılar, aydınlar, yayıncı İlhan Erdost Mamak Askeri Cezaevi'nde işkence sonucu hayatını kaybetmiştir, sanatçılar, sosyalist siyasi partiler ve illegal sol örgüt üyeleri olmak üzere siyasetin soluna dönük zora dayalı bir müdahale olduğu söylenmelidir.

Diyarbakır Cezaevi³⁸⁹ bu bağlamda özel bir

³⁸⁸ Milliyet, PKK'yla Geçen 24 Yılın Komutanları-Fikret Bila, 7 Kasım 2007, <http://www.milliyet.com.tr/2007/11/07/siyaset/siy01.html>, (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

³⁸⁹ Neşe Düzel'in Selim Dindar ile Radikal Gazetesi için yaptığı röportaj. Radikal, 'Üç Yıllını 'Cehennem'de Geçirdi', 23.6.2003, http://www.radikal.com.tr/turkiye/uc_yilini_cehennemde_gecirdi-673856; Neşe Düzel'in Hüseyin Yıldırım ile röportajı, Taraf, 26 Temmuz 2010, <http://www.taraf.com.tr/yazilar/nese-duzel/huseyin-yildirim-hurriyet-diyarbakir-cezaevini/12224/> Ayrıca Metris Cezaevi'ne ilişkin olarak bkz., 'Darbenin şarkısına en ağır darbe', Radikal (Ertuğrul Mavioğlu), 12 Eylül 2009, http://www.radikal.com.tr/turkiye/darbenin_sarkısına_en_agir_darbe-954104. (Son erişim tarihi: Ekim 2015). Mavioğlu bu yazıda, maruz kaldıkları işkenceye ilişkin şu belirlemede bulunmaktadır: "Niyetleri bizi sıradan askerler gibi, verilen her komuta itirazsız

başlıkta değerlendirilmelidir. Diyarbakır Cezaevi yaşamı Diyarbakır Cezaevi Gerçeğini Araştırma ve Adalet Komisyonu tarafından "askeri eğitim ve askeri disiplinle örülül gündelik hayat döngüsü; sürekli fiziksel ve psikolojik baskı, eziyet ve işkence sonucunda sakat bırakılma ya da öldürülme; Kürtlük ve Kürtçenin sürekli aşağılanması/kimliklesizleştirme uygulamaları; itirafçılaştırılma" şeklinde betimlenmiştir. Komisyon Raporuna göre, 2008-2011 Urfa, Antep, Mardin, Diyarbakır, Batman, Siirt, Hakkari, Yüksekova, Şemdinli, Çukurca, Van, Mersin, Adana, Osmaniye, İzmir, Ankara ve İstanbul'da 517 kişi ile yapılan görüşmeler sonucunda tanıklığına başvuru alan kişiler sürekli işkenceye maruz kaldıklarını belirtmişlerdir. 336 kişi sağlık sorunlarının o güne kadar devam ettiği ve bunların içinde 168 kişide işkencenin fiziksel bulgularının görülebildiği ve mağdurların yüzde 17'sinde muhtemel travma sonrası stres bozukluğu saptanmıştır.³⁹⁰

uyan, kimliğini, kişiliğini reddetmiş, düşünmeyen itiraz etmeyen birer robot haline çevirmekti."

³⁹⁰ Bkz. 'İnsanlığa Karşı Suçların Merkezi', Milliyet (Burcu Karakaş), 4 Aralık 2011, <http://www.milliyet.com.tr/insanliga-karsi-suclarin-merkezi/gundem/gundemdetay/04.12.2011/1470789/default.htm>. (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

İşkence İçin

Cezasızlığa Dair

12 Eylül “Metodolojisi”

12 Eylül döneminde insanlığa karşı suç olarak işlenen işkencenin cezasız kalması bir devlet politikasıdır. Örneğin gözaltı merkezlerinde işkence sonucu gerçekleşen ölümler 'fraksiyon çatışmaları', intihar gibi muhtelif gerekçelerle örtbas edilmeye çalışılmıştır.³⁹¹ İşkenceye ilişkin ezik ve yırtılmalar ve ekimozlar, çökme ve gözle görülür kırıklar gibi fiziksel bulguları ortaya koyacak nitelikte olmasına rağmen, mağdurların cenazelerinin ailelere teslimi de işkencenin örtbas edilmesini sağlayacak biçimde gerçekleşmiştir.³⁹² Kafatası ve kemik kırıkları gibi işkence izlerinin görülmemesi için ailelerin ölen kişilerin cesetlerinin görülmemesi için mezarların başında nöbet tutulmuş, hatta cesedin daha çabuk çürümesi için kireç dökülmüştür.³⁹³

Bir biçimde gün ışığına çıkan işkence fiilleri ile ilgili etkili adli ve idari soruşturma yapılmamıştır. Bu döneme ilişkin resmi istatistiksel veri bulmanın son derece güç olduğunu ifade etmek gerekir. Fakat, 1 Temmuz 1982 tarihinde Fransa, Danimarka, Hollanda, Norveç ve İsveç'in Türkiye'ye karşı Komisyon'a başvurmasıyla Komisyon'a verilen bilgiler bu bakımdan önemli bazı veriler içermektedir. Bu davada, ilgili devletler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin başta işkence yasağı olmak üzere, kişi özgürlüğü

³⁹¹ Öğretmen Ali Ekber Yürek sorgulanmak için bulunduğu Afşin Yatılı Bölge Okulu'nda işkence sonucunda hayatını kaybettiğinde işkenceye ilişkin son derece kuvvetli delillere rağmen, otopside ölüm nedeni 'ası ile asfikal' olarak belirlenmiş ve ölümüne ilişkin soruşturmada ölümün nedeninin intihar olduğu ve başka bir şahsa atıf kabil kusur ve kast bulunmadığı şeklinde bir gerekçe ile takipsizlik kararı verilmiştir. Bkz., Saymaz, İsmail, *Oğlumu Öldürdünüz Arz Ederim*, Postacı, İstanbul, 2012, s. 242-243.

³⁹² Bkz. örneğin, Gazeteci İsmail Saymaz işkence sonucu öldürülen Mehmet Ceren'in babası Vahip Ceren'in anlatımlarına kitabında yer vermiştir, *A.g.e.* s. 247.

³⁹³ Dönemin genç tanıklarından (Hakim) Orhan Gazi Ertekin, işkence sonucunda hayatını kaybeden Fehim Özarslan'ın kabrinin kireçlendiğini bildirmektedir. Aktaran, Saymaz (2012), s. 244.

ve güvenliği ile ilgili 5. madde, adil yargılanma ile ilgili 6. madde, düşünce ve vicdan özgürlüğü ile ilgili 9., ifade özgürlüğü ile ilgili 10. ve toplantı ve dernek kurma özgürlüğü ile ilgili 11. maddeyi ihlal ettiğini belirterek başvurmuştur.³⁹⁴ Bu başvuruda Türkiye'de işlenen işkence fiillerinin yaygın ve sistematik niteliği vurgulanmıştır. Buna karşılık Türkiye hükümeti, Sözleşmenin 15. maddesindeki yetkisi çerçevesinde hareket ettiğini, alınan tedbirlerin durumun gerektirdiği ölçünün dışına çıkmadığını, işkence ve kötü muamelelerin Türkiye'de idari pratik haline geldiğine ilişkin iddianın gerçeği yansıtmadığını, sıkıyönetim yetkililerinin kötü muameleyi önlemek için çok sayıda direktif verdiğini iddia etmiş ve belirli sayıda olayda kötü muameleden sorumlu kişilerin cezalandırıldığını söylemiştir. Türkiye hükümetinin Komisyon'a verdiği bilgiye göre 12 Eylül ile 6 Aralık 1982 tarihleri arasında ilgili mercilere 582 işkence veya kötü muamele şikayeti yapılmış, tamamlanan 263 soruşturmada 58'i ile ilgili olarak dava açılmış ve bunlardan 15'i sonuçlanmış ve 7 davada 16 görevli mahkum edilmişti. 22 Ağustos 1983 tarihinde Türkiye hükümetinin Komisyon'a verdiği bilgiye göre 669 kötü muamele şikayeti yapılmış, bunlardan 256'sı hakkında takipsizlik kararı verilmiş, 312'si hakkında soruşturma devam etmekteydi. 63 olay hakkında dava açılmış ve bunlardan 38'inde yargılama sona ermişti. Sonuçlanan bu davalarda da 63 kamu görevlisi mahkum edilmiş, 50 görevli beraat etmişti. Komisyon, bu bilgiler çerçevesinde işkence yasağına aykırı “tekrar eden fiiller” bulunduğu ilişkin ilk bakışta yeterli ölçüde delilin (*prima facie*) bulunduğu hükmetmiştir. Komisyon bu konuda (dış kamuoyunu yanıltma amacı ile daha fazla öne çıkan) kimi açıklamalar bulunmasına rağmen, 12 Eylül ile 1 Temmuz 1982 arasında işkence yasağına aykırı fiillere “hoşgör” gösterildiğine ilişkin delil bulunduğunu tespit etmiştir.³⁹⁵ Nihai olarak, Komisyon'un 6 Aralık

³⁹⁴ 'European Commission on Human Rights: Report on the Applications by Denmark, France, Netherlands, Norway and Sweden against Turkey and the Conclusion of a Friendly Settlement', *International Legal Materials*, c. 25, sy. 2, s. 308-318, 1986.

³⁹⁵ Doğru, Osman, Yargılanan 12 Eylül, *Radikal* 2, 27 Mayıs 2012.

1983 tarihinde kabul edilebilir bulduğu başvuru, daha sonra Türkiye'nin kimi taahhütlerde bulunması ile dostane çözüm ile sonuçlanmıştır.

Sadece söz konusu başvuru sonucunda ortaya çıkan veriler dahi hakim ve savcılarının fiili olarak bağımsız olmadıklarını ortaya koymaktadır. Döneme ilişkin çok sayıda mağdur ifadesi, hatta bizzat fail itirafları, o dönem görev yapan hakim ve savcılarının anlatımları durumu bütün açıklığıyla gözler önüne sermektedir. Fakat, o dönem hakimlerin hukuki olarak da bağımsız olamadıklarının altını çizmek gerekir. Bu durum, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun sıkıyönetim rejimi sona erdikten sonra Sıkıyönetim Mahkemeleri'nin sivilleri devletin güvenliğine karşı işlenmiş suçlar bakımından yargılamalarını adil yargılanma ilkesine aykırı bulduğu Mitap ve Müftüoğlu/Türkiye kararında ifade edilmiştir.³⁹⁶ Komisyon, bu kararında, sıkıyönetim mahkemesi üyelerinin seçilme ve özlük haklarına dikkat çekmiştir. Sıkıyönetim Mahkemesi'nde iki askeri hakimin Genelkurmay Başkanlığı Personel Daire Başkanı, Adli Müşaviri ve atanacak hakimin bağlı olduğu Kuvvet Komutanlığı Personel Daire Başkanı ile Adli Müşaviri ve Milli Savunma Bakanlığı Adalet İşleri Başkanı'ndan oluşan bir komite tarafından Genelkurmay Başkanı'nın onayı alınarak ve kararname ile Milli Savunma Bakanı, Başbakan ve Cumhurbaşkanı tarafından imzalandıktan sonra atanmaları; atanan hakimlerin Milli Savunma Bakanı tarafından yürütülebilecek soruşturmaya maruz kalması gerekçeleriyle Sıkıyönetim Mahkemeleri'nin bağımsız ve tarafsız olamayacağı tespitine haklı olarak ulaşmıştır. Ne yazık ki, aradan geçen

zamana rağmen hakim ve savcılarının 12 Eylül darbesi döneminde işlenen suçlara ilişkin tarafsız ve bağımsız hareket ettiklerini söylemek zordur. Yukarıda belirtildiği üzere 12 Eylül davasının ve darbe sırasında işlenen işkence suçlarına ilişkin soruşturmaların akıbeti bu durumu açıklıkla ortaya koymaktadır.

³⁹⁶ Karar için bkz. Gemalmaz, Semih, 'Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Önünde Türkiye 2: Nihai Raporlar, Beta, İstanbul, 1998, s. 22-29. Mamak 2 No'lu Sıkıyönetim Mahkemesi'nde görevlendirilen ve hali hazırda Yargıtay 8. Ceza Dairesi üyesi Naci Ünver'in Radikal Gazetesi'ne verdiği demeç de işkence konusunda tarafsız ve bağımsızlığın ne denli güç olduğuna işaret etmektedir. "...Yönetimle aramı bozan işkenceci polislerin davaları oldu. Benim bu davalardaki ödünsüz tutumum askerleri kızdırdı. İşkence davalarında etraftan gelen ricacılar beraat ettirmemi istiyorlardı. Ben de kendilerine dosyadaki kanıtlar ne diyorsa ona göre karar vereceğimizi söylemişim. Birçok polis şefinin ve DAL grubundan birçok kişinin davaları karar aşamasına geldiği sabah elime bir yazı tutuşturarak 'Yargıtay'daki görevinize iade edildiniz' dediler." '12 Eylül'ün değiştirdiği hayatlar', Radikal (Şule Çizmecici), 12 Eylül 2006.

12 Eylül Davası ve

Soruşturmaları

Askeri darbeler özellikle soğuk savaş döneminde solun toplumsallaştığı ülkelerde küresel bir olgu niteliğinde ise de, Anayasa'da darbecilerin cezasızlığına ilişkin açık bir hüküm bulunması ve bu cezasızlığın uluslararası hukuka karşı işlenmiş en ağır suçlar bakımından on yıllara yayılan bir süreç içinde devam etmesi herhalde epeyce istisnaidir. Hatırlanacağı üzere, insanlığa karşı suç ile ilgili cezasızlık zırhını sağlayan en önemli düzenleme, 1982 Anayasası'nın geçici 15. maddesidir. 12 Eylül 2010 tarihinde gerçekleştirilen referandumla kaldırılan Geçici 15. Madde, "askeri darbeyi gerçekleştirenlerin ve belirlenen süre içinde darbe dönemi kararlarını uygulayanların yargılanamayacağı hükmünü taşıyordu.³⁹⁷

Bu madde Türkiye'de yargı organları tarafından 12 Eylül'ün soruşturulmasını imkansızlaştıran bir hüküm olarak yorumlanmış ve yorumlanmaya devam edilmektedir. İnsanlığa karşı suç oluşturan fiiller bakımından Geçici 15. maddenin bir engel oluşturması esasen mümkün değildir. Ne var ki, bu maddenin af niteliğinde olması dolayısıyla bir muhakeme engeli oluşturduğu savunulmuştur.³⁹⁸ 12 Eylül davası iddianamesi, bu bakımdan yerinde bir tespit ile, af kanunlarının ancak geriye dönük sonuç doğuracağını, iddianamenin esasını oluşturan mülga 765 sayılı TCK'daki anayasayı taşıyır

397 "12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar geçecek süre içinde, yasama ve yürütme yetkilerini Türk milleti adına kullanan, 2356 sayılı Kanunla kurulu Milli Güvenlik Konseyinin, bu Konseyin yönetimi döneminde kurulmuş hükümetlerin, 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanunla görev ifa eden Danışma Meclisinin her türlü karar ve tasarruflarından dolayı haklarında cezai, mali veya hukuki sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz.

Bu karar ve tasarrufların idarece veya yetkili kılınmış organ, merci ve görevlilerce uygulanmasından dolayı, karar alanlar, tasarrufla bulunanlar ve uygulayanlar hakkında da yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır."

398 Konuya dair değerlendirmeler için Cangı, Arif Ali, '12 Eylül'ün davası', *Radikal*, 1 Nisan 2012.

ve tebdil suçu bakımından bu maddenin af niteliğinde değerlendirilmeyeceğini belirtmiştir. Bu bağlamda yine, söz konusu maddede af kavramı kullanılmamışken işkence ve kötü muamele gören binlerce mağdurun aleyhine yorum yapılamayacağını belirtmiştir.³⁹⁹ Fakat, bu tespite ve iddianamede işkencenin yaygın ve sistematik olduğuna ilişkin delillere rağmen söz konusu iddianame işkence ile ilgili suç isnadında bulunmamaktadır.

12 Eylül davası; 12 Eylül'e neredeyse zimni olarak meşruiyet izafe eden üslubu bir yana, tam da bu nedenlerle daha başlarken bir hayal kırıklığı yaratmış ve haklı olarak geçmişle ve o dönem işlenen insanlığa karşı suçlar ile ilgili yüzleşme açısından anlamlı bir katkı sunmak yerine yeni rejim için bir "restorasyon hamlesi" olarak görülmüştür.⁴⁰⁰

Muhtemelen, kamuoyunda durumun yarattığı rahatsızlığın etkisiyle 4 Nisan 2012 tarihli ilk duruşmada Mahkeme, sistematik işkence ile ilgili CMK 250. madde ile yetkili savcılık nezdinde suç duyurusunda bulunulması yönünde ara karar vermiştir. Özel Yetkili Savcılıklar ise, işkence ile ilgili soruşturma evrakına ilişkin görevsizlik kararı vererek soruşturmaları işkence suçlarının işlendiği savcılıklara göndermiştir. Bu kararda 12 Eylül sırasında işlenen işkence suçlarının insanlığa karşı suç oluşturduğuna ilişkin doğrudan bir değerlendirme yapmamakla birlikte 5237 sayılı yeni TCK'nın insanlığa karşı suç ile ilgili 77. maddesine atıfta bulunulmuştur. AİHS'nin 3. maddesinde düzenlenen işkence ve kötü muamele yasağı ile 15.

399 12 Eylül davası iddianamesi, 1.5.

400 Bkz., Ertekin, Orhan Gazi, 'Adalet Arayışı ve Entellektüel İflas', *Radikal* 2, 13 Mayıs 2012. Yayıncı İlhan Erdost'un ağabeyi Muzaffer İlhan Erdost örneğin bir gazeteye verdiği röportajda 12 Eylül'e ilişkin yargılamayı yargısal bir müdahale olmaktan ziyade yeni bir rejimin inşası için deyim yerindeyse bir restorasyon hamlesi olarak görmektedir. 12 Eylül'e ilişkin gerçek bir yargılamanın ancak, tüm suçlar belirlendikten ve tanıklara ulaşıldıktan sonra mümkün olabileceğini ifade etmiştir. <http://www.odatv.com/n.php?n=gladyo-bize-siritiyor-0604121200> (6 Nisan 2012; Son erişim tarihi: Ekim 2015).

maddede savaş halinde dahi yaşam hakkı ve işkence yasağı ile ilgili yükümlülüklerin askıya alınmayacağı belirtilmiştir. AİHM'nin bu çerçevede verdiği bir dizi kararına⁴⁰¹ atıfla yaşam hakkını ihlal ettiği ve/veya işkence ve kötü muamele işlediği iddia edilen kamu görevlilerinin af ve zamanaşımından yararlanamayacağı belirtilmiştir.⁴⁰²

Bu bakımdan umut verici bir gelişme Kırklareli,⁴⁰³ Amasya/Taşova,⁴⁰⁴ ve Ünye'de işkence suçu ile ilgili yargılamaya başlanması idi.⁴⁰⁵ Ne var ki, günlük basında çıkan haberlere göre, Ankara'da 12 Eylül işkencelerine ilişkin şüphelilerin Mamak Cezaevi Müdürü Raci Tetik, Emniyet Müdürü Ünal Erkan, DAL grubunu yöneten Kemal Yazıcıoğlu gibi şüphelilerin bulunduğu bir soruşturmada henüz bir gelişme kaydedilmemiştir.⁴⁰⁶ Yine zamanaşımı ile ilgili soruşturmalarda zamanaşımı nedeniyle ardı ardına takipsizlik

kararı verilmiştir;⁴⁰⁷ düşme kararları⁴⁰⁸ da basına yansımaktadır. Son olarak Kırklareli Ağır Ceza Mahkemesi'nde görülen davada kendi aralarında yüksek sesle konuştuğu iddia edilen avukatlar dışarı atılmış ve reddi hakim talebine rağmen mahkeme heyeti düşme kararı vermiştir.⁴⁰⁹

Yargı'nın zamanaşımı hükümlerini yorumlarken yaklaşımının büyük ölçüde isabetsiz olduğunu belirtmek gerekir. Bu bakımdan Amasya/Suluova Cumhuriyet Başsavcılığı'nın delil yetersizliği ve zamanaşımı nedeniyle verdiği bir takipsizlik kararını da buraya almakta fayda bulunuyor. Suluova Savcılığı, söz konusu kararda aşağıdaki değerlendirmede bulunuyor:⁴¹⁰

"...her ne kadar 2004 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ait hükümler iç hukukta doğrudan ve öncelikli uygulanma gücüne kavuşmuş ise de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, işkence suçu yönünden zamanaşımının uygulanmayacağına dair açık bir hüküm içermemektedir. Ancak 1949 tarihli

⁴⁰¹ Abdülsamet Yaman/Türkiye, no. 32446/96, 02 Kasım 2004, 55; Okkalı/Türkiye, no. 52067/99 17 Ekim 2006, 76; Yeşil ve Sevim/Türkiye, no. 34738/04, 05 Haziran 2007, 38; Erdoğan Yılmaz ve Diğerleri/Türkiye, no. 19374/03,14 Ekim 2008, 56; Evrim Öktem/Türkiye, no. 9207/2003,04 Kasım 2008, 55; Tuna/Türkiye, no. 22339/03,19 Ocak 2010, 71; Baran ve Hun/Türkiye, no. 30685/05, 20 Mayıs 2010, 58; Musa Yılmaz/Türkiye no. 27566/06 30 Kasım 2010, 51; Alikaj ve Diğerleri/İtalya, no.47357/08, 29 Mart 2011.

⁴⁰² Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'nın (CMK 250. Madde ile Görevli ve Yetkili) 2012/150 no'lu soruşturmasında 2012/16 tarihli görevsizlik kararı (Amasya/Suluova).

⁴⁰³ 'Kırklareli'nde 34 yıl sonra 12 Eylül Davası Açıldı', Radikal (İsmail Saymaz), 27 Mart 2014, http://www.radikal.com.tr/turkiye/kirklarelinde_34_yil_sonra_12_eylul_davasi_acildi-1183487. (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).

⁴⁰⁴ Amasya Cumhuriyet Savcılığı, Soruşturma no: 2013/5707, 2013/1820 Esas, 2013/44 Karar.

⁴⁰⁵ '12 Eylül Davası'nda Karar Yarın Açıklanıyor', Agos, 26 Aralık 2013, <http://www.agos.com.tr/haber.php?seo=12-eylul-davasinda-karar-yarin-aciklaniyor&haberid=6366>.

⁴⁰⁶ 'İşkenceye 'Sıfır' Ceza' Alican Uludağ, Cumhuriyet, 25 Nisan 2014. http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/64525/iskenceye__sifir__ceza.html. (Son erişim tarihi: Ekim 2015)

⁴⁰⁷ Kahramanmaraş'ta kendisine uygulanan işkence ile ilgili Duman Bal'ın şikayeti üzerine verilen takipsizlik kararına itiraz, Gaziantep Ağır Ceza Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. <http://www.ilkehaberajansi.com.tr/haber/12-eylul-darbesi-magdurukonustu.html>. (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

Konya'da avukatlık yapan Hüsnü Yıldırım'ın 1984 yılında gözaltında tutulduğu 15 gün boyunca işkence gördüğü için Konya Cumhuriyet Başsavcılığı'na yaptığı şikayet üzerine başlatılan soruşturmada takipsizlik kararı verilmiştir. Karar temyiz incelemesi için Yargıtay'a gönderilmiştir. Fakat Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, suçun 15 yıllık kesintili zamanaşımı süresine tabi bulunduğu belirterek yerel mahkemenin kararının onanmasını talep etti. Bkz. Kazan, Nejat, '12 Eylül'de işkence Davasında, Zamanaşımında Kritik Karar', 13 Temmuz 2013, <http://www.genbaro.org/guncel/12-eylulde-iskence-davasinda-zamanasiminda-kritik-karar.html>. (Son erişim tarihi: Ekim 2015). Şair-yazar Yılmaz Odabaşı'nın maruz kaldığı işkence ile ilgili Odatv'nin haberi için <http://odativ.com/n.php?n=yilmaz-odabasi-ozur-diledi-1403141200>. (Son erişim tarihi: Ağustos 2015.) Odabaşı "Bu hükümetin 12 Eylül'ü yargılayacağı vaadine inananların, hem kendimize hem kamuoyuna özür borçlu olduğumuzu düşünüyorum".

⁴⁰⁸ '12 Eylülün İşkencesine Zamanaşımı', Vatan, 31 Aralık 2013, <http://www.gazetevatan.com/12-eylul-un-iskencesine-zamanasimi-597017-gundem/>. (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

⁴⁰⁹ '12 Eylül İşkence Sanıklarına Beraat', İleri Haber, 7 Kasım 2014, <http://ilerihaber.org/12-eylul-iskence-saniklarina-beraat/4849/>. (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

⁴¹⁰ Soruşturma no: 2014/313, Karar no: 2014/217, 21.3.2014.

Cenevre Sözleşmesinde (sic), insanlığa karşı suçlarda dava zaman aşımının uygulanmayacağı öngörüldüğünden 2004 yılından sonra artık işkence suçları yönünden dava zaman aşımı uygulanamayacaktır. Bu doğrultuda soruşturmaya konu suçlar ele alındığında; Uluslararası Sözleşme, zaman aşımına dair hükümlerinin zaman aşımının dolduğu tarih itibarıyla şüphelinin aleyhinde uygulanmasını zorunlu kılan bir hüküm içermediğinden, 2004 yılına kadar iç hukukta geçerli olan 765 sayılı yasanın 102 ve devamındaki hükümler uluslararası (sic) sözleşme hükümlerine nazaran aynı yasanın 2/2 maddesi karşısında daha lehe olduğundan, temadinin bittiği son suç tarihi olan 1983 tarihinden anayasa değişikliğinin yapıldığı 2004 tarihine kadar 20 yıllık dava zaman aşımı süresinin dolduğu, başka bir deyişle dava zaman aşımı süresinin 2003 yılında müştekilerin şikayetlerinden yaklaşık sekiz yıl önce dolduğu...”

Bu tespit ile Suluova Savcılığı, zaman aşımı ve delil yetersizliği nedeniyle kovuşturmaya yer olmadığına karar veriyor. Takipsizlik kararında, en az 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nde zaman aşımı ile ilgili herhangi bir hükmün bulunmaması kadar vahim bir hata, zaman aşımı ile ilgili fiilin uluslararası suç olarak tavsifindeki yanılıdır. Yukarıda belirtildiği üzere, 12 Eylül döneminde işlenen işkence suçlarının uluslararası suç niteliğinde olduğu hususu ve AİHS 7. maddenin bağlayıcılığı göz ardı edildiği müddetçe kimi failer bakımından işkence suçları cezasız kalmaya devam edecektir.

1990'lar, OHAL ve İnsanlığa Karşı Suç Olarak İşkence

İşkencenin insanlığa karşı suç olarak işlendiği ikinci dönem; Kürtlerin yoğun olarak yaşadığı illerde “düşük yoğunluklu savaşa” karşı bir dizi tezkere ile Türkiye'nin sınırlarının dışına çıkan bir “iç güvenlik hareketi” unsurunun bir parçası olarak kullanıldığı 1990'lı yıllardır. Bu dönemin karakteristik özelliği Türkiye tarihinde benzerine daha önce hiç rastlanmayan biçimde yargısız infazların ve zorla kaybetme suçlarının işlenmesidir.⁴¹¹ İşkence suçunun ise diğer kolluk güçleri yanında geçici köy korucuları gibi yeni aktörleri⁴¹² bulunmakla birlikte, bu suçun işlenmesi açısından bir devamlılık halinden bahsetmek daha doğru olacaktır. Gerçekten, son olarak beş ilde sıkıyönetimin kaldırılarak artık sivil rejime geçildiği iddia edilen yıllarda da Türkiye'nin işkence pratiğinde kayda değer bir azalma görülmemiş, aksine işkence artarak sürmüştür. Dönemin BM Raportörünün de 1989 tarihli Raporunda belirtildiği üzere⁴¹³ askeri rejimin görünüşte sona ermesi nedeniyle yakalanan ve gözaltına alınan kişilerin sayısında azalma olduğu en azından ülkenin Batı bölgeleri için doğrudur. Fakat, bu raporda da iddia düzeyinde yansıyan şikayetler, gazete

⁴¹¹ Bkz., örneğin Amnesty International, 'No Security Without Human Rights', AI Index: EUR/44/84/96, s. 3-4.

⁴¹² Helsinki Watch Committee'nin 1990 yılında hazırladığı bir rapora yansıyan bir vaka son derece vahimdir. İşkence sonucu öldürülen Osman Esendemir'in bedeni parçalara ayrılmıştır. Helsinki Watch Committee 'Destroying Ethnic Identity: The Kurds of Turkey' (An Update), 1990, (<http://www.hrw.org/reports/pdfs/t/turkey/turkey907.pdf>), s. 33 (Son erişim tarihi: Ağustos 2015). Bu olay TBMM'de tartışma konusu olmuştur. TBMM Tutanak Dergisi, c. 32, 4.10.1989. <http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d18/c032/b012/tbmm180320120186.pdf> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

⁴¹³ Commission on Human Rights, 'Question of the Human Rights of All Persons Subjected to Any Form of Detention or Imprisonment, in particular Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Report by the Special Rapporteur P. Kooijmans, pursuant to 1988/32), E/CN.4/1989/15, 23 Ocak 1989), s. 44, para. 211.

haberleri, insan hakları örgütlerinin çalışmaları, işkencenin aralıksız bir biçimde sürdürdüğünü göstermektedir.⁴¹⁴ Dolayısıyla, bu yıllar için, sayısal olarak bir azalma söz konusu olsa da işkenceye başvurma bakımından oransal olarak kayda değer bir azalmanın olmadığı söylenebilir. Nitekim, 1990'lara gelindiğinde bizzat Türkiye'nin taraf olduğu sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülükler dolayısıyla araştırma ve raporlama yetkisi bulunan ulusüstü insan hakları organlarının raporları işkencenin yaygın ve sistematik niteliğini gözler önüne sermiştir.

1990 yılında, BM İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele ve Cezaya Karşı Sözleşme'nin denetim organı İşkenceye Karşı Komite, 1990 yılında Sözleşmenin 20. maddesi⁴¹⁵ çerçevesinde Türkiye'deki sistematik

414 Commission on Human Rights, 'Question of the Human Rights of All Persons Subjected to Any Form of Detention or Imprisonment' (Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) (Report by the Special Rapporteur P. Kooijmans, pursuant to 1989/23), E/CN.4/1990/17, 18 Aralık 1989, s. 46-52; Commission on Human Rights, 'Question of the Human Rights of All Persons Subjected to Any Form of Detention or Imprisonment' (Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) (Report by the Special Rapporteur P. Kooijmans, pursuant to 1990/34), E/CN.4/1991/17, 10 Ocak 1991, s. 55-63.

415 BM İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme, Md. 20.

"1. Komitenin, bir taraf Devletin ülkesinde işkencenin sistematik bir şekilde uygulandığına dair inandırıcı bilgi alması halinde Komite, ilgili Taraf Devleti, bu bilginin incelenmesinde işbirliği yapmaya ve bu maksatla alınan alınan bilgi dolayısıyla gözlemlerini sunmaya davet edecektir.

2. Komite, ilgili Taraf Devletin sunmuş olabileceği gözlemleri olduğu kadar, temin edilebilecek ilgili başka malumatı da dikkate alarak, gerekli olduğuna karar verdiğinde, üyelerinden birini veya daha fazlasını gizli bir soruşturma yapmak ve acilen Komite'ye rapor vermek üzere tayin edebilir.

3. Soruşturma bu maddenin 2. paragrafına uygun olarak yapılmış ise, Komite ilgili Taraf Devletin işbirliğini isteyecektir. Bu Taraf Devlet ile anlaşmaya varılarak, böyle bir soruşturma o devlet ülkesine bir ziyareti de içerebilir.

4. Bu maddenin 2. paragrafı ile uyumlu olarak görevli üye veya üyelerin bulgularını inceledikten sonra Komite, bu bulguları duruma göre uygun gördüğü yorumları ve önerileriyle birlikte ilgili Taraf Devlete gönderecektir.

5. Bu maddenin 1. ve 4. paragraflarında zikredilen tüm işlemler gizli olacaktır ve işlemlerin bütün aşamalarından Taraf Devletin işbirliği aranacaktır. 2. paragrafa uygun şekilde yapılan soruşturmanın ikmal edilmesinden sonra Komite, ilgili Taraf Devlet ile istişareyi müteakip 24. maddeye uygun olarak düzenlediği yıllık raporunda, işlemlerin sonuçlarının bir özetinin yer almasına karar verebilir."

işkence ile ilgili bir 'soruşturma' başlatmıştır. Komite, bu karardan önce, Uluslararası Af Örgütü, BM Özel Raportörü'nün 1989 tarihli yukarıda belirtilen raporu ve diğer sivil toplum örgütlerinin konuya ilişkin şikayet ve değerlendirmelerini dikkate almıştır. Türkiye'de işkencenin sistematik biçimde uygulandığına ilişkin verilerin inandırıcı/ikna edici olduğunu belirtmiş ve Türkiye hükümetini Komite ile işbirliğine davet etmiştir.⁴¹⁶ Türkiye hükümeti, başlangıç itibarıyla Komite ile işbirliğini reddetmiş, ancak 1991 seçimleri sonucunda DYP (Doğru Yol Partisi) ve SHP (Sosyal Demokrat Halkçı Parti) koalisyonu ile kurulan yeni Hükümet 1992 yılında Komite'nin Türkiye ziyaretini kabul etmiştir.

Komite, 6-18 Haziran 1992 yılında Türkiye ziyaretinin ardından 1993 tarihli raporunu kamuoyuna açıklamıştır.⁴¹⁷ Raporda Komite genel olarak beş uluslararası insan hakları örgütü ile aynı sayıda Türkiye merkezli sivil toplum örgütünün raporları, Türkiye ziyareti sırasında dinlediği çok sayıda işkence mağdurunun ve Komite'ye eşlik eden tıbbi uzmanın değerlendirmeleri ışığında sonuçlara ulaştığını belirtmiştir. Komite Raporunda, Türkiye hükümetinin işkence iddialarını reddettiğini, insan hakları örgütlerinin görüşlerinin politize olduğunu ve tarafsız olamayacaklarını, bu kurumlar teröristlerle aynı çizgide olduğu için işkencenin varlığını ileri sürdüğünü belirtmiştir.⁴¹⁸ Resmi muhataplarının bu tezlerine rağmen, Komite, sadece az sayıda olayda işkencenin kesin olarak saptanmış olmasına rağmen, neredeyse birbirinin aynısı olan tanık ifadelerinin, işkence teknikleri ve yerlerine ilişkin anlatımlarının tutarlılığı karşısında Türkiye'de işkencenin

416 'Inquiry Under Article 20: Committee Against Torture, Findings Concerning Turkey', UN Doc. No. A/48/44/Add.1, 15 Kasım 1993, para. 5 ayrıca bkz. Yasadışı, Kısa Yoldan ve Keyfi İnfazlara İlişkin İnsan Hakları Komisyonu Özel Raportörünün Raporu, E/CN.4/1994/7, s. 138.

417 Committee against Torture pursuant to Article 20 of the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: Turkey, 15.11.1993, A/48/44/Add.1, para. 36.

418 A.g.e. p. 37

sistematiik niteliğinin yadsınamayacağını belirtmiştir.⁴¹⁹

Komite'nin Türkiye'de işkenceyi neden sistematiik olarak değerlendirdiğini belirttiği bölüm ise son derece önemlidir. Komite, işkence iddialarının sadece belli bir yer ve zamanda rastlantı eseri ortaya çıkmış olaylara ilişkin olmadığını, aksine özellikle belli bir coğrafya içinde daimi alışılagelmiş/sürekli, yaygın ve kasıtlı/ tasarlanmış (*deliberate*) bir biçimde cereyan eden bir pratikle ilgili olduğunu vurgulamıştır. Yine, Raporda, Hükümetin işkence ile ilgili doğrudan doğruya kasıt unsuru ihtiva eden bir planının olmayabileceğini ve fakat en azından merkezi hükümet tarafından belirlenen siyasa (policy) ile yerel mülki idarenin uygulaması arasında ciddi farklılıklar bulunduğunu ve merkezi hükümetin denetim kontrolünde sıkıntılar yaşadığını gösteren olgular bulunduğuna işaret etmiştir. Bu itibarla, doğrudan dönemin hkmetine ilişkin daha dikkatli bir dil kullanmayı tercih eden Komite, Türkiye'de işkence pratiğine zemin hazırlayan nitelikte bir mevzuatın rolüne de bu bağlamda dikkat çekmiş ve işkence için öngörülen cezaların arttırılmasını talep etmiştir.⁴²⁰

Avrupa İşkenceye Karşı Komite'nin çalışmaları ise Türkiye açısından daha ciddi etkiler yaratmış ve AİHM kararlarında da sıklıkla atıfta bulunulmuştur. Avrupa İşkenceye Karşı Komite, Türkiye'ye 1990 ile 1997 arasında 7 ziyarette bulunmuştur. Komite, Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların nlenmesine Dair Sözleşmesi'nin 10/2⁴²¹ maddesindeki istisnaen kamuya açıklama

⁴¹⁹ A.g.e., s. 38.

⁴²⁰ A.g.e., para. 35. Komite şu belirlemede bulunmuştur: "ayrıca işkenceye vücut veren fiiller bakımından ceza skalasının yeniden kanun koyucu tarafından açıkça değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir. İşkenceciler hukuktan neredeyse bağışık oldukları inancına kapılmamalıdır."

⁴²¹ İlgili Sözleşmenin 10. maddesinde şu hüküm bulunmaktadır: "1. Her ziyaretten sonra Komite, ilgili Tarafın sunabileceği gözlemleri de dikkate alarak ziyaret sırasında tespit ettiği vakalar hakkında bir rapor düzenleyecektir. Komite, gerekli gördüğü takdirde, tavsiyelerine de yer verebileceği raporunu ilgili Tarafa gönderecektir. Komite ilgili Taraf ile, hürriyetinden yoksun bırakılan kişilerin daha iyi korunmaları konusunda gerekli ise önerilerde

yapma yetkisini kullanarak bu ziyaretlere ilişkin değerlendirmelerini iki kez ulusal ve uluslararası kamuoyu ile paylaşmıştır.⁴²²

15 Aralık 1992 tarihli ilk basın açıklamasında, işkence ve kötü muamelenin gözaltında mutat olarak ve gerek adi suçlar (zelikle hırsızlık, yağma, konut ve işyerlerinde hırsızlık, cinsel suçlar) gerekse de Terörle Mücadele Kanunu erevesindeki suçlar bakımından uygulandığını belirtmiştir. Metinde kötü muamele olarak adlandırılan ve sürekli olarak uygulanan işkence yöntemleri ise Filistin askısı, elektrik şoku, falaka, tazyikli soğuk su sıkılması ve havasız, karanlık ve dar hücrelerde tutulma olarak tespit edilmiştir.⁴²³ Komisyon ziyaretleri sırasında çok sayıda kişinin işkence ve kötü muameleye uğradığı iddiasıyla karşılaşmıştır ve doktor muayeneleri bu iddiaları doğrulamıştır. Ankara ve Diyarbakır illerinde polisin kullandığı işkence aletleri bulunmuştur. Raporun sonuçlar bölümünde, polis nezarethanesinde işkence ve diğer kötü muamele biçimlerinin yaygın olduğunu belirtilmiştir.⁴²⁴

Avrupa İşkenceyi nlleme Komitesi, 1996 tarihli kamuoyu açıklamasında ise,⁴²⁵ Türkiye'de işkencenin nlenmesine dönük yasal çerçevede atılan adımların pratiğe tercümesinin "son derece uzayan bir süreç" olduğunu belirtmiştir.⁴²⁶ Komite, 1994 tarihli ziyaretinde işkence ve

bulunmak maksadıyla, danışmalarda bulunabilir.

2. İlgili Taraf işbirliği yapmadığı ya da Komitenin tavsiyeleri işığında durumun iyileştirilmesini reddettiği takdirde, Komite, ilgili tarafa görüşlerini bildirme imkanının verilmesini müteakip, üyelerinin üçte iki çoğunluğu ile, konu hakkında açıklama yapılmasına karar verebilir."

⁴²² Ayrıca, bkz., Tanca, Antonio, 'The Public Statement on Turkey by the European Committee for the Prevention of Torture', *European Journal of International Law*, c. 4, sy.1, 1993, s. 115-118.

⁴²³ European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 'Public Statement on Turkey', 15 Aralık 1992, CPT/Inf(93)1. para. 5-7, 10.

⁴²⁴ A.g.e., para. 21.

⁴²⁵ European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), 'Public Statement on Turkey', CPT/Inf(96) 34, 6 Aralık 1996.

⁴²⁶ A.g.e. para. 2.

diğer ağır kötü muamele biçimlerinin hala polis nezarethanesinde gözaltının karakteristik özellikleri olduğunu vurgulamıştır. 1995 ve 1996 yıllarında devam eden işkenceye ilişkin sağlam ve güvenilir kaynakların verilerine dayanarak Türkiye hükümeti ile diyalogu arttırmıştır. Ne var ki, Komite, buna rağmen Komite üyelerinin 1996 ziyaretlerinde işkence ve diğer kötü muamele biçimlerine ilişkin güçlü delillerin tespit edildiğini belirtmiştir. Komite'nin 1996 Eylülü'nde gerçekleşen ziyaretinde ise Adana, Bursa ve İstanbul'daki polis merkezleri denetlenmiştir.⁴²⁷ Komite delegelerinin beraberindeki üç adli tıp uzmanı işkence iddialarının muayene sonucunda doğrulandığını ortaya koymaktadır. Komite'ye göre bu açıdan en vahim sonuçlar, tutuklanmadan önce İstanbul Terörle Mücadele Şube Müdürlüğü'nde gözaltında tutulan 4'ü kadın 7 kişideki işkence izleridir. Söz konusu kişilerin kol ve bacaklarındaki semptomların uzun süre 'askıda tutulduklarını' gösterdiği, iki kişinin ise kollarını hissetmediği/kullanamadığı belirtilmiştir. Komite, bu açıklamada 1994 tarihli ziyaretinde İstanbul Emniyeti Narkotik Şube'de (B Binası) de elektrik şoku verilmesi ve kişilerin kollarından asılmasını sağlayacak araç gerece ulaştığını belirtmektedir. Komite, yine çok önemli olarak, savcıların işkence ve kötü muamele iddialarını dikkate almadığını, konuya dair objektif bir tutum yerine işkence ve kötü muamele iddialarına polis lehine yaklaşıtlarını vurgulamıştır.⁴²⁸

Her iki Komite'nin açıklamalarında, uzun ve müdafii ile görüşürülmeden geçen (*incommunicado*) gözaltı uygulaması, işkenceye zemin yaratan en önemli araçlardan biri olarak değerlendirilmiştir.⁴²⁹ 1992 yılında yapılan bir dizi önemli değişikliğe rağmen durumu bu açıdan değerlendiren her iki Komite, bu değişiklikleri işkence ve kötü muameleyi önleme bakımından yetersiz görmüştür. Bu değişiklikleri hatırlamak gerekirse; 1992 yılında çıkarılan 3842 sayılı Kanundan önce,

⁴²⁷ A.g.e., para. 3.

⁴²⁸ A.g.e., para.7.

⁴²⁹ Commission on Human Rights, Report by the Special Rapporteur Mr. P. Kooijmans, pursuant to Resolution 1988/32, E/CN.4/1989/15, 23 Ocak 1989, s. 50.

1985 yılında çıkarılan 3206 sayılı Kanunla değişik, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 128. maddesi üç veya daha fazla kişinin birlikte işlediği suçlarda 'sanık sayısının çokluğu veya sanıkların yahut delillerin durumu veya suçun niteliği sebebiyle' on beş güne kadar gözaltında tutma yetkisini düzenliyordu. Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi, bu süreler içinde işkenceye ilişkin fiziksel izlerin iyileştiğini ve görünmediğini vurgulamıştır. Yine, bütün bu süreler içinde müdafii yardımından yararlanma düzenlenmiş değildi. 3842 sayılı Kanun ile müdafii tayin etme hakkı tanınmıştır. Delil yasakları ile ilgili de, son derece önemli bir hüküm kabul edilmiştir (3842 sayılı Kanun md. 13, mülga 1412 sayılı CMUK md. 135/a). Bu hükme göre, ifade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni veya ruhi müdahalelerde bulunulamaz. Bu yöntemlerle elde edilen ifadeler de rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez.

Fakat esasen bu değişikliklerin dönemin siyasi iktidarı açısından büyük ölçüde "idare-i maslahat" olduğu açıktı. Zira bu düzenlemeler, delil yasakları ile ilgili hüküm dışında, Terörle Mücadele Kanunu kapsamındaki suçlar için geçerli değildi.⁴³⁰ 1992 yılında 3842 sayılı Kanun ile gözaltı süresi, dört güne indirilmiştir. Aynı Kanun, Terörle Mücadele Kanunu'nda 48 ve toplu olarak işlenen suçlar için 15 günlük süreyi muhafaza etmişti (md. 31). Gerçekten, toplu suçlarda o dönem, örneğin olağanüstü hal bölgesinde gözaltı süresinin Olağanüstü Hal Kanunu'nun o dönem yürürlükte bulunan 26. md. sine⁴³¹ yollaması dolayısıyla 30 güne kadar uzayabilmesi mümkündü.

⁴³⁰ A/48/44/Add.1 para. 25. Bkz. ayrıca, TİHV, İşkence Dosyası (Gözaltında ya da Cezaevinde Ölenler, 12 Eylül 1980-12 Eylül 1995), TİHV Yayınları 5, Ankara, s. 29-34.

⁴³¹ Olağanüstü Hal Kanunu md. 26: "Bu Kanunun 3üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince olağanüstü hal ilanında; Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 128. maddesinde açıklanan gözaltında bulundurma süreleri, Cumhuriyet savcısının veya tehirinde zarar umulan hallerde sulh veya sorgu hakiminin yazılı emriyle bir misline kadar uzatılabilir."

Nitekim, AİHM nezdinde işkence ve kötü muamele yasağını Türkiye'nin ihlal ettiğine ilişkin kararların çok önemli bir bölümü Terörle Mücadele Kanunu kapsamında işlenen suçlarla ilgiliydi ve bu kararların önemli bir bölümü OHAL bölgesinde işlenen işkence suçları ile ilgiliydi. Örneğin, Komisyon, 1996 yılında verdiği Aksoy kararında başvurunun 1992 yılında 14 gün müdafii ile götürülmeden gözaltında tutulmasının sadece kişi özgürlüğüne dönük keyfi bir müdahaleye karşı değil aynı zamanda işkenceye karşı da bireyi korumasız bir durumda bırakmakta olduğunu belirtmiştir.⁴³² Gözaltında tutulan kimsenin avukatı ile görüşülmeden, yakınlarına haber verilmeksizin ve hekim kontrolü olmaksızın tutulması ve gözaltı süresi ile ilgili hakim kararı olmaması, olağanüstü hal koşullarında dahi kabul edilmez olduğu için Sözleşmenin kişi özgürlüğü ve güvenliği ile ilgili 5/3 maddesi ihlal edilmiştir. Başvuruya konu Zeki Aksoy'a adli tabibin verdiği darp ve cebir izi bulunmadığına ilişkin rapora rağmen, başta elektrik verme ve Filistin askısı olmak üzere muhtelif işkence yöntemlerine maruz kaldığı için kollarındaki felç dolayısıyla Dicle Üniversitesi Tıp Fakültesi'nde tedavi görmüş ve nihai olarak AİHM'ye yaptığı başvuruyu geri çekmediği için öldürülmüştür.⁴³³ Akkoç/ Türkiye davasında da benzer biçimde Eğitim-Sen üyesi olan eşi Zübeyir Akkoç'un vurularak öldürülmesiyle ilgili başvuru, Komisyon'a yaptığı başvuru nedeniyle işkenceye maruz kalmıştır.⁴³⁴

Sayılan işkence vakalarının da işaret ettiği üzere, işkencenin özellikle OHAL bölgesinde cezasız kalması sorumlular açısından her bakımdan daha kolay mümkün olmuştur. Bu durum, OHAL mevzuatı ile çok yakından ilişkilidir, zira Türkiye'de olağanüstü hal mevzuatı gözaltı süresi ve savunma hakkına ilişkin sınırlamaların dışında başka pek çok bakımdan işkenceye zemin hazırlayan bir yapı arz etmiştir. Aşağıda bu mevzuat kısaca değerlendirilecektir.

⁴³² Aksoy/Türkiye (Başvuru no: 21987/93), 18 Aralık 1996, para. 71-78.

⁴³³ A.g.e., para. 22.

⁴³⁴ Akkoç/Türkiye (Başvuru no: 22947/93, 22948/93), 10 Ekim 2000, para. 32.

İşkence Suçlarında

Cezasızlık ve

Olağanüstü Hal

Mevzuatı İlişkisi

Sıkıyönetimin kaldırılması ile, Temmuz 1987'de Bingöl, Diyarbakır, Elazığ, Hakkari, Mardin, Siirt, Tunceli ve Van'da OHAL ilan edilmiş, Adıyaman, Bitlis ve Muş mücavir il olarak tespit edilmiştir. 285 sayılı 'Olağanüstü Hal Bölge Valiliği'nin İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararname' (KHK)'deki mücavir il kategorisi Anayasa'da olağanüstü hal tanımlanırken bu biçimde bir kategori olmaması dolayısıyla daha sonra Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.⁴³⁵ Olağanüstü hal, sadece bölgede başta yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı gibi muhtelif hak kategorilerine ilişkin ihlallere neden olmamış, fakat kamusal hayatı bütünüyle etkileyen, hatta Diyarbakır Barosu avukatlarının 2001 yılında hazırladığı bir raporda tespit ettikleri üzere, "olağanlaşan keyfi güvenlik önlemleri" ile terörize eden bir rejimi dayatmıştır.⁴³⁶ Kuşkusuz, OHAL'i Türkiye açısından *de facto* bir rejime dönüştürmenin mevzuattaki temel dayanaklarından biri OHAL Kanun Hükmünde Kararnameler (KHK)'dir.⁴³⁷

⁴³⁵ Anayasa Mahkemesi, 1991/6, 1991/20, 3.7.1991. Resmi Gazete 8.3.1992, no: 21165. Bu kararda Anayasa Mahkemesi şu belirlemede bulunmaktadır: "Madde olağanüstü hal bölgesi dışım da (sic, dışını da) kapsamakta, ayrıca mücavir il kavramına da yer vermektedir. Anayasa ve Olağanüstü Hal Kanunu'nda yer almayan bu kavrama ilk olarak 285 sayılı KHK'de yer verilmiş ve daha sonra 421 ve 424 sayılı KHK'lerde yer almıştır. Ancak, mücavir il kavramı anayasal dayanaktan yoksundur. Mücavir iller Bölge Valisi'nin talebi, İç İşleri Bakanının teklifi ve Başbakan'ın onayıyla belirlenmekte ve olağanüstü hal ilan edilmeyen bu bölgelerde olağanüstü hal kuralları uygulanabilmektedir. O halde mücavir iller gerçekte eylemli olarak olağanüstü halin uygulandığı yerler olmaktadır."

⁴³⁶ Haber için bkz, 'OHAL Kamusal Alanı Terörize Etti' (Mehmet Boncuk), <http://www.bianet.org/bianet/siyaset/321-ohal-kamusal-alani-terorize-etti> (Son erişim tarihi: Ekim 2015), ayrıca bkz. Helsinki Watch Committee (1990), s. 35-37 ve 41-43.

⁴³⁷ Bkz., Tanrıkulu/Yavuz, Duran, Lütfi, 'Bunalım Kararnameleri', *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, c. 50, sy. 3,

Halen muhafaza edilen olağanüstü hal KHK'leri rejimine göre, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan bu KHK'ler olağan dönem KHK'leri gibi bir yetki kanunu bulunmadan da çıkarılabilmektedir. Konu bakımından tek sınırlama, "olağanüstü halin gerekli kıldığı konular"dır (Anayasa md. 121/3, 91/5). Dolayısıyla bu maddenin 1982 Anayasası'nda belirlenen temel hak ve özgürlüklerin çekirdek alanı dışındaki konularda düzenleme yapılmasına cevaz verdiği yorumu yapılmıştır.⁴³⁸ Dahası, olağan dönem KHK'leri Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi iken, olağanüstü hal KHK'leri 1982 Anayasası'nın 148. maddesine göre "olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan KHK'lerin Anayasaya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne dava açılmaz" hükmü dolayısıyla anayasa yargısı denetimi dışında bırakılmıştır. Anayasa Mahkemesi, bu bakımdan 1991 yılında KHK'ye verilen ad ile (*nomenclature*) bağlı olmaksızın bir KHK'nin "gerçekten bir olağanüstü hal KHK'si niteliğinde olup olmadığını incelemek ve bu nitelikte görmediği düzenlemeler yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmak zorundadır" tespiti ile OHAL KHK'leri rejimini sınırlandıran iki önemli karar almıştır.⁴³⁹

285 sayılı KHK'de öncelikle Olağanüstü Hal Bölge Valisi'ne, "görev alanı içindeki illerde genel güvenlik, asayiş ve kamu düzeni bakımından çalışmalarında sakınca görülen veya hizmetlerinden yararlanılamayan kamu personelinin yer değiştirmesi veya görev alanı dışında geçici veya sürekli görevlendirilmesini ilgili kurum veya kuruluşlardan isteyebileceği ve OHAL Valisinin bu isteğinin derhal yerine getirileceği" düzenlenmişti. Bu kararnamede hakim ve savcılar ve jandarma dışındaki askeri personel istisna tutulmuştu. Yine, aynı KHK'de köy, mezra, kom ve benzeri yerleşim yerlerinin boşaltılabileceği, değiştirilebileceği ve

1995, s. 141-158.

⁴³⁸ Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2000, s. 764; ayrıca aynı yazarın, *Türk Anayasa Hukuku Derleri*, s. 369.

⁴³⁹ Anayasa Mahkemesi, 1990/25 E., 1991/1 K., 10.1.1991, Resmi Gazete (5.3.1992-21162); 1991/6 E., 1991/20 K., 3.7.1991.

birleştirilebileceği düzenlenmişti.

285 sayılı KHK'nin 4/i maddesinde ise, OHAL Valisi'nin emrinde bulunan güvenlik kuvvetleri hakkında bu görevlerinden ötürü o dönem yürürlükte olan Memurin Muhakematı Kanunu'na göre işlem yapılacağı belirtilmişti. Gerek 285 sayılı KHK'de yollama yapılan Memurin Muhakematı Kanunu'nun⁴⁴⁰ gerek bu yasanın yerine geçen 1999 tarihli 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerin Yargılanması Hakkında Kanun'un izin usulü, işkencenin yargılanmasını son derece güçleştirmişti. Esasen 2005 yılına kadar yürürlükte bulunan 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'nun 154/3. maddesi gereğince adli görev nedeniyle işlenen suçlarda, cumhuriyet savcılarının doğrudan soruşturma yapabileceği düzenlenmişti. Fakat, işkence şüphelinin ikrar etmesini sağlamak amacıyla yapıldığı halde, burada dahi zaman zaman adli görev idari görev nitelmesi yapılarak işkencenin soruşturması engellenmişti. 285 sayılı KHK ile memurların yargılanması hükümlerine yapılan yollama esasen dayanaksız bir biçimde işkenceye ilişkin soruşturma izinlerinin dahi sadece idari makamlar tarafından verilmesini kural haline getirmiştir. Böylelikle, çoğunlukla söz konusu soruşturma ile kendisinin de doğrudan veya dolaylı bir biçimde sorumluluğu gündeme gelebilecek işkence ile suçlanan kişinin üstlerinin soruşturmacı olarak vali ve kaymakamlar tarafından atandığı, çıkan soruşturmama kararlarına itirazlara idari yargıda dosya üzerinden ret kararı verildiği bir süreç işlemiş, dolayısıyla, açık hükme rağmen, işkence suçlarının soruşturulmasının tamamen idarenin keyfiyetine bırakıldığı bir alan yaratılmıştır.⁴⁴¹

413 sayılı OHAL KHK'si ise, 285 sayılı KHK'den de vahim hükümler taşıyan ve Türkiye'de hukuk tarihi açısından üzerinde ibretle düşünülmesi

⁴⁴⁰ 4483 sayılı Kanun md. 16 "Kanunlarda Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatin uygulanacağı belirtilen hallerde bu Kanun hükümleri uygulanır."

⁴⁴¹ Elçi, Tahir, 'İşkencede OHAL Duvarı', *Radikal*, 8 Mayıs 2002.

gereken bir düzenleyici işlemdir.⁴⁴² Bu KHK'de herhangi bir biçimde pozitif hukukta dayanağı olmayan bir dizi hüküm bulunmaktadır. Örneğin 1. maddede "bölgedeki faaliyetleri yanlış aksettirmek veya gerçek dışı haber ve yorumlar yapmak suretiyle bölgedeki kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasını veya bölge halkının heyecanlanmasını yahut güvenlik kuvvetlerinin görevlerini gereği gibi yerine getirmelerini engelleyecek şekilde yayınlanan (sic) her türlü basılmış eser hakkında, bunların bölge dışında basılmış olup olmadığına bakılmaksızın, Olağanüstü Hal Bölge Valisinin teklifi üzerine İçişleri Bakanı'nca belirlenen tedbirleri almak, gerektiğinde ilgili matbaayı kapatmak" yetkisi veriliyordu. OHAL Kanunu'nda "Valilerin bu Kanunun verdiği yetkileri kullanarak yapacakları idari işlemlere karşı açılacak davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemez" hükmü "(B)u kanunla İçişleri Bakanına ve valilere tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili idari işlemlere karşı yargı mercilerince dava açılmaz" şeklinde değiştirilmişti. OHAL Kanunu'na 3076 sayılı Kanun ile eklenen ek maddeler de değiştirilmiş ve eski TCK 125 ve 169. maddeye göre verilecek cezaların bir kat arttırılacağı, hakaret niteliğinde (eski TCK md. 480) yazı, haber, havadis, fotoğraf veya vesikaların neşredilmesi halinde veya her türlü olay ve vesikaların tahrif edilerek yayımlanması suretiyle işlenmesi halinde ilave olarak 30 milyon Liradan 100 milyon Liraya kadar ağır para cezası verileceği, eski TCK'nın diğer hükümlerine göre hakaret suçları işlendiğinde de (md. 158, 159 ve 268) bu madde çerçevesinde hareket edileceğine ilişkin hükümler getirilmiştir. Görüldüğü üzere, Anayasa md. 121/3 uyarınca OHAL bölgesine münhasır olarak uygulama alanı bulması gereken bir olağanüstü hal KHK'si ile OHAL Kanunu değiştiriliyordu ve bu durumun Anayasa'ya aykırılığı izahıta varestedir.⁴⁴³ Yine, suç ve cezalara ilişkin hükümlerin ancak kanunla

⁴⁴² 413 sayılı KHK'nin basın üzerinde yarattığı etki için bkz. örneğin, Helsinki Watch Committee, 1990, s. 14-17.

⁴⁴³ Gözler, Kemal 'Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi', *Ankara Barosu Dergisi*, c. 47, sy. 4, 1990, s. 561-590.

düzenlenmesi gerektiğine ilişkin Anayasa'nın 38. maddesine de aykırı bir düzenleme söz konusu idi.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlardan birine konu 424 sayılı KHK 1/a maddesi, basınla ilgili olarak "bölge içinde veya bölge dışında basılmış olup olmadıklarına bakılmaksızın; basılmalarını, çoğaltılmalarını, yayımlanmalarını, dağıtılmalarını süreli veya süresiz yasaklamak, gerektiğinde bunları basan matbaaları kapatmak" şeklinde sadece olağanüstü hal bölgesi sınırları içinde değil, OHAL dışında da uygulanacak⁴⁴⁴ biçimdeki hükmü ihdas etmekteydi. Yine aynı KHK'nin 1/b maddesinde ise olağanüstü hal bölgesi dışında da zorunlu yerleşim uygulamasını benimseyerek, yine OHAL sınırları dışında da geçerli bir hüküm öngörmekteydi. Anayasa Mahkemesi 1991 tarihinde verdiği kararda şu gerekçe ile KHK'nin ilgili hükümlerini iptal etmiştir.

"olağanüstü hal KHK'si çıkarma yetkisi olağanüstü hal süresiyle sınırlıdır. KHK ile getirilen kuralların nasıl olağanüstü hal öncesinde uygulanmaları olanaksız ise olağanüstü hal sonrasında da uygulanmaları veya başka bir zamanda veya yerde olağanüstü hal ilanı durumunda uygulanmak üzere geçerliliklerini korumaları olanaksızdır"

Aynı gerekçelerle Anayasa Mahkemesi tarafından ilgili hükümleri iptal edilen⁴⁴⁵ diğer bir KHK olan 430 sayılı KHK ise OHAL bölgesinde "kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına veya bölge halkının heyecanlanmasına neden olacak veya güvenlik kuvvetlerinin görevlerini gereği gibi yerine getirmelerini engelleyecek şekilde yayınlanan her türlü basılı eserin" bölgeye girişini ve dağıtımını yasaklamakta ve İçişleri Bakanı'na "bu yayınların bölge içinde veya dışında basılmış olup olmadıklarına bakılmaksızın" yayınlarının gerekirse süreli veya süresiz yasaklama kararı

⁴⁴⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.1.1991, Resmi Gazete (5.3.1992-21162).

⁴⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, 1991/6 E., 1991/20 K., 3.7.1991, 8.3.1992, Resmi Gazete (8.3.1992-21165).

alabilme yetkisi vermektedir.⁴⁴⁶ 430 sayılı KHK'nin 3/b maddesi ise OHAL bölgesindeki cezasızlık halinin en önemli araçlarından birini içermektedir:

"Görev alanı içindeki illerde güvenlik, asayiş ve kamu düzeni bakımından çalışmalarında sakınca görülen ve hizmetlerinden yararlanılamayan kamu personelinin yer değiştirmesini veya görev alanı dışında geçici veya sürekli olarak görevlendirilmesini ilgili kurum veya kuruluşlardan isteyebilir. Bu istekleri derhal yerine getirilir. Bu personel hakkında kendi özel kanunlarındaki hükümler uygulanır.

Olağanüstü hal ilânına neden olan olaylara ilişkin suç dosyalarının dava açılmak üzere mahalli Cumhuriyet Başsavcılığından, Devlet Güvenlik Mahkemesinin görevine giren suçlarda dava açılmasını da Devlet Güvenlik Mahkemesi nezdindeki Cumhuriyet Başsavcısından isteyebilir ve bu istekler yerine getirilir.

Devlet Güvenlik Mahkemelerinin görevine giren suçları ihbar edenlerin hüviyetleri ve rızaları olmadıkça veya ihbarın mahiyeti kendi haklarında suç teşkil etmedikçe açıklanmaz."

Bu hükmün anlamı, Olağanüstü Hal Valisi'nin aynı KHK'deki görev alanı içindeki illerde genel güvenlik, asayiş ve kamu düzeni bakımından çalışmalarında sakınca görülen veya hizmetlerinden

446 430 sayılı KHK 1/a maddesinin tam hali şöyledir: "Olağanüstü Hal Bölge Valisi veya olağanüstü hal bölgesindeki il valisi bölgedeki faaliyetleri yanlış aksettirmek veya gerçek dışı haber ve yayınlar yapmak suretiyle bölgedeki kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına veya bölge halkının heyecanlanmasına neden olacak veya güvenlik kuvvetlerinin görevlerini gereği gibi yerine getirmelerini engelleyecek şekilde yayınlanan her türlü basılmış eserin; kitap, dergi, gazete, broşür, afiş ve benzeri matbuanın basılmasını, bunlardan olağanüstü hal bölgesi dışında basılmış veya çoğaltılmış olanların bölgeye sokulmasını ve dağıtılmasını yasaklar veya izne bağlar; basılması ve neşri yasaklanan kitap, dergi, broşür, afiş ve benzeri matbuayı toplatmakla beraber bu gibi tedbirlerin yetersiz kalması halinde, olağanüstü hal bölge valisinin teklifi üzerine veya görüşünü almak suretiyle İçişleri Bakanı; bu yayınların bölge içinde veya dışında basılmış olup olmadıklarına bakılmaksızın, yayınlarının durdurulması veya yayından kaldırılması için sahip ve/veya sorumlularına ihtarında bulunur; buna rağmen yayma ve dağıtımına devam edilmesi halinde, basılmalarını veya dağıtılmalarını süreli veya süresiz yasaklayabilir, gerektiğinde bunları basan matbaaları on güne kadar, tekerrüründe ise bir aya kadar kapatabilir."

yararlanılamayan kamu personelinin yer değiştirmesi veya görev alanı dışında geçici veya sürekli görevlendirilmesi ile ilgili yetkisinden "hakim, savcılar ve jandarma dışında diğer askeri personel" istisnasını kaldırmış olmasıydı. KHK'de bu biçimde açıkça Anayasa'da güvence altına alınan 'mahkemelerin bağımsızlığı', 'hakim ve savcılık teminatı', 'hakim ve savcılık mesleği ilkeleri'ne (md. 138, 139, 140) aykırı bir biçimde düzenlemeye yer verilmesi haklı olarak "adalet gölge düşürülmesi" olarak değerlendirilmiştir.⁴⁴⁷

Diyarbakır Milletvekili Mesut Değer'in soru önergesine Adalet Bakanlığı tarafından verilen yanıtta söz konusu KHK'nin etkilerini anlamak mümkün. Bu yanıtta göre OHAL'in yürürlükte olduğu dönem boyunca, OHAL Valiliğinin yetki kapsamında olan yerleşim birimlerinde, işkence ve kötü muamele gerekçesiyle toplam olarak 1275 suç duyurusunda bulunulmuş, bu suç duyurularına ilişkin olarak açılan 1177 soruşturmada, 1017 kamu görevlisi hakkında 296 dava açılmış, bu davaların 60 tanesi mahkumiyetle sonuçlanmış, mahkumiyetle sonuçlanan davalardan 56 tanesinde verilen cezalar ertelenmiştir.⁴⁴⁸

430 sayılı KHK'nin c bendi de yine işkence suçu bakımından önemli bir hüküm içermektedir. Buna göre:

"Hükümlü veya tutuklulardan, olağanüstü hal ilânına neden olan suçların soruşturulmasında ifadelerine başvurulması gerekenler, Olağanüstü Hal Bölge Valisinin teklifi üzerine yetkili Cumhuriyet Başsavcısının talebi ve hâkimin kararı ile, her defasında on günü geçmemek üzere ceza infaz kurumu veya tutukeviden alınabilir. Bu süre hükümlülük veya tutuklulukta geçmiş sayılır.

447 Bektaş, Mehdi, '424 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname Üzerine Bir Değerlendirme', *Ankara Barosu Dergisi*, sy. 3, 1990, s. 369-376. Bektaş'ın şu değerlendirmesi burada not edilmelidir: "Bu düzenlemenin uygulanmasıyla olağanüstü hal bölgesinde görev yapan hakim ve savcılar, bağımsız ve endişesiz görev yapabileceği ileri sürülebilir mi? Güvencesiz hakim ve savcılar yaptıkları yargısal işlemlere yurttaşlarca güven duyulabilir mi? Bunun kamuoyunda yaratacağı olumsuzluklar giderilebilir mi? Hiç sanmıyoruz. Bu uygulamanın getireceği sorunlar, yararından çok olacaktır." s. 373.

448 Tanrıkulu/Yavuz, s. 504.

Hükümlü veya tutuklu, ceza infaz kurum veya tutukevinden ayrılış ve dönüşlerinde sağlık durumunun doktor raporu ile tespitini talep edebilir.

Bu süre içinde tutuklama kararının kaldırılması ya da hükümlülük sürelerinin sona ermesi durumunda, keyfiyet derhal bulundurulduğu yer Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilir.”

430 sayılı Kararnamenin bu hükmü, aslında bir dizi AİHM kararında gündeme gelmiş ve AİHM bu hükmün kişi özgürlüğü ve güvenliği açısından ihlal oluşturduğuna karar vermiştir.⁴⁴⁹ Örneğin, AİHM, Dağ ve Yaşar kararında “etkili bir adli bir denetimden uzak” bir işlem olduğuna karar vermiş ve tutuklanan kimsenin sorgulanmak üzere jandarmaya yeniden teslimiyle gözaltı süresi ile ilgili mevzuatın görmezden geldiğini tespit etmiştir. Bu davanın başvuruçularından, her ne kadar hakkında adli tıp raporuna dayanılarak takipsizlik kararı verilmiş ise de, Remziye Dağ, kanlı elbiselerinin evine getirilerek değiştirilmesi istenecek düzeyde işkence gördüğünü beyan etmekte ve bu iddiası başvuruçunun kızları tarafından doğrulanmaktadır. Bu davanın diğer başvuruçularından dövüldüğünü, Filistin askısına alındığını, elektrik verildiğini ve üzerine soğuk su döküldüğünü beyan eden Mustafa Yaşar toplam 44 gün Jandarma Tugay Komutanlığı'nda kalmıştır. OHAL'in hakim ve savcıların adil yargılanmaya ilişkin rollerine dair deyim yerindeyse vesayetini 430 sayılı KHK'nin uygulandığı bu olayda çok net bir biçimde tespit etmek mümkündür. Üçüncü kez Mustafa Yaşar ve diğer sanık Emrullah Karagöz'ün ifadesine başvurma talebi önüne gelen Diyarbakır 3 no'lu Devlet Güvenlik Mahkemesi Yedek Üyesi Ali Haydar Yücesoy talebi reddetmiş, fakat, DGM Başsavcılığı'nın itirazı üzerine, “uzatılma talebinin 430 sayılı KHK'nin 3/c maddesindeki düzenlemenin 'amir hüküm' olduğu gerekçesiyle itirazı üzerine” karar kaldırılmış ve bilahare Hakim Yücesoy hakkında “süregelen genel uygulama ve yasal düzenlemenin aksine ilgili

⁴⁴⁹ Ete/Türkiye, (29315/02, 20 Eylül 2007); Dağ ve Yaşar/Türkiye (4080/02, 8 Kasım 2005).

KHK'ye dayanılarak yapılan teklif ve talepleri olaya özgü değerlendirmeden reddederek ve itiraz merciinin aksi kararlarına karşı hukuka aykırı tutumu sürdürdüğü”, “yasal dayanağı olmadığı halde 430 sayılı KHK'nin 3/c maddesi ile ilgili teklif ve taleplerin nasıl yapılması gerektiği hususunda Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı'na müzekkere yazdığı”, “hizmet içinde resmi sıfatının gerektirdiği güven duygusunun sarsılmasına sebebiyet verdiği” gibi gerekçelerle soruşturma başlatılmıştır.⁴⁵⁰

Yukarıda özetlenen tüm bu çerçevede, OHAL bölgesinde işkence ve diğer suçların işlenmesini kolaylaştıran, kamu görevlileri, en başta hakim ve savcılar, OHAL Valisi'nin keyfi ve suç teşkil eden uygulamalarına sessiz kalmasına neden olan, bağımsız ve tarafsız davranan kamu görevlilerini de soruşturma ve sürgünlerle yıldırmaya çalışan bir istina rejimi yaratmıştır.

⁴⁵⁰ Konuya dair gazeteci Ahmet Şık'ın haberi için, bkz. Radikal, 4 Ocak 2002, <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=25492> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

İşkencenin Değişen Araç ve Yöntemleri ve Devam Eden Cezasızlık Sorunu

İnsan hakları örgütlerinin kararlı çabalarının, AİHM'nin Türkiye aleyhine işkence ve kötü muamele yasağı ile ilgili verdiği kararların, 1992 yılında işkence suçlarıyla ilgili mevzuatta yapılan değişikliklerin kolluk güçleri tarafından bir dönem Erem'in ifadesi ile "geleneksel karakol tatbikatı"⁴⁵¹ haline gelen işkenceyi azalttığı⁴⁵² konusunda bir değerlendirmenin yaygın biçimde paylaşıldığı gözlemlenmektedir.⁴⁵³ Kuşkusuz işkence mevzuatındaki bir dizi çok önemli olarak değerlendirilebilecek değişiklik işkenceye karşı sıfır tolerans ile yaklaştığını belirten AKP hükümetinin Avrupa Birliği'ne tam üyelik konusundaki açıklamaları ile yakından ilgilidir. Hatırlanacağı üzere, Türkiye'nin AB ile üyelik görüşmelerine başlayabilmesi için öngörülen Katılım Ortaklığı Belgesi'nde işkence sorununa 'siyasi kriterler' bölümünde kısa vadeli

⁴⁵¹ Erem, s. 197-207.

⁴⁵² Elbette bu değerlendirme bu dönemde işkence suçunun işlenmediği anlamına gelmemektedir. TİHV verilerine göre, 1999-2005 arasında sadece TİHV'e işkence ve kötü muameleyle maruz kalan 10 bin 449 kişi başvurmuştur. <http://bianet.org/bianet/insan-haklari/81267-onen-iskence-cezasiz-kaldikca-sistematik> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

⁴⁵³ Bkz. örneğin, Yılmaz, Deniz/Özyıldırım, İlker/Ünür, Ümit/Kutlu, Levent/Korur Fincancı, Şebnem, 'Türkiye'de İşkencenin 22 Yılı' (Türkiye İnsan Hakları Vakfı Tedavi ve Rehabilitasyon Merkezleri 1991-2012 Yılları Arasındaki Olguların Değerlendirilmesi), Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları, Ankara, 2014, s. 13, Tablo 1. TİHV Tedavi ve Rehabilitasyon Merkezlerine Yapılan Başvuruların Yıllara ve Temsilciliklere Göre Dağılımı. <http://www.tihv.org.tr/wp-content/uploads/2015/03/100-T%C3%BCrkiyede-%C4%B0%C5%9Fkencenin-22-Y%C4%B1l%C4%B1.pdf> (Son erişim tarihi: Ekim 2015). Helsinki Yurttaşlar Derneği/İnsan Hakları Gündemi Derneği 2008, <http://www.stramap.org/tr/sayfa.aspx?id=10>, Çağdaş Hukukçular Derneği Genel Başkanı Selçuk Kozağaçlı da kendisi ile yapılan bir röportajda, psikolojik işkencenin yoğunluğu artarak sürmesine rağmen, fiziksel işkencenin azaldığını kaydediyor. Çağdaş Hukukçular Derneği Genel Başkanı Selçuk Kozağaçlı ile söyleşi, 'Olağanüstü Yargı Rejimi ve Polis- "Elastik ve Yapışkan Bir Ağ"', *Birikim*, sy. 273, s. 30-40, 2012, s. 30.

öncelikler arasında yer verilmişti.⁴⁵⁴ Kısa bir süre sonra oluşturulan ulusal programda ise işkence ile mücadele konusunda atılan adımlar ve 'işkence ve kötü muamele' ile ilgili mevzuatın gözden geçirilmesinden, Adli Tıp Kurumu'nun modernizasyonuna ve kolluk güçlerinin eğitimine kadar bir dizi başlığa yer verilmişti.⁴⁵⁵

Yer yer "işkenceye karşı sıfır tolerans" yaklaşımı ile reel politik düzlemde ifadesini bulan bu

⁴⁵⁴ Türkiye'nin, «işkenceyle mücadeleye ilişkin hukuki hükümlerin güçlendirilmesi ve gerekli tüm önlemlerin alınması ve Avrupa İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesine riayetini sağlanması» yükümlülüğünün altında olduğu belirtilmiştir. Aktaran, Sancar, Türkan, 'İşkence Yapan Kamu Personeline Rücu Sorunu', Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, c. 57, sy. 4, 2002, s. 154-169, s. 156.

⁴⁵⁵ "Türk Hükümeti, işkenceyle mücadele konusunda karardır. Bunun için, eğitimden başlayarak işkence olaylarının aydınlatılması ve sorumluların cezalandırılmasına kadar uzanan yasal ve idari önlemleri güçlendirmiştir.

Bu bağlamda son dönemde alınmış başlıca önlemler şunlardır: 1. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin etkin bir şekilde uygulanması ve uygulamanın sıkı bir biçimde denetlenmesini sağlamak üzere Haziran 1999'da bir Başbakanlık genelgesi yayımlanmıştır.

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

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

Buna rağmen ortaya çıkan ve Hükümetimiz tarafından hiçbir şekilde müsamaha edilmesi mümkün olmayan işkence ve kötü muamele olaylarının önlenmesi için, ilgili bakanlıkların yanı sıra, yeni kurulan Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı'na da görev verilmiştir. İşkence ve kötü muameleyle mücadelenin güçlendirilmesine yönelik bir dizi yasa ve mevzuat değişikliği yapılması planlanmıştır. Bu doğrultuda kısa vadede,

1. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ve Tüzüğü, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ve Yönetmeliği, Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu ve Tüzüğü'nün gözden geçirilmesi, 2. Adli Tıp Kurumu'nun modernizasyonu çalışmalarına başlanması öngörülmektedir.

Orta vadede ise,

1. Yeni Türk Ceza Kanunu'nun, 2. Yeni Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun yasalama; 3. İnsan hakları ihlallerine meydan verilmemesi için güvenlik güçlerine gerekli eğitimin verilmesi ve ihlallerin yoğun olarak yaşandığı ortamların teknolojiyenin daha fazla yararlanılarak etkin denetimi için mali kaynak tahsisinin araştırılması, 4. İşkenceye uğradığı kanıtlanan kişiye karşı bu fiili işleyenlerin müşterek ve müteselsil hukuki sorumluluğunun yasa hükmüne bağlanması hedeflenmektedir." Resmi Gazete, 24.3.2001 Sayı: 24352 (Mükerrer). Aktaran, Sancar, s. 156-157.

yaklaşımın en önemli sonuçlarından biri kuşkusuz aşağıda kimi detaylarıyla tartışılacağı gibi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 94 ve 95. maddelerinde düzenlenen işkence suçuna ilişkin hükümlerdir. Nitekim, 2005 yılında yürürlüğe giren yeni TCK'nın işkence düzenlemelerinin etkisinin kısmen değerlendirilebileceği ilk dokuz yılda aslında işkencenin sayısal olarak varlığının, Haziran 2013 Gezi Parkı eylemleri ile başlayan ve giderek bütün ülkeye yayılan gösterilerle başlayan süreç hariç tutulursa azaldığı söylenebilir. Örnek olsun, gözaltı sırasında işlenen işkence suçları ile ilgili İHD'ye yapılan başvuruların sayısı 2003 yılında 818 iken, yeni TCK yürürlüğe girdikten bir yıl sonra bu sayı 179'a düşüyor. 2008 yılında, sayı 448'e yükselirken, 2013 yılında 233 olarak kaydediliyor.⁴⁵⁶

Ne var ki, Türkiye'nin işkence ve kötü muameleye ilişkin karnesine daha dikkatli bir bakış, ihlal alanlarının kategorik varlığını başka yöntem ve biçimlerle devam ettirdiğini göstermektedir. Türkiye'de insan hakları örgütleri tarafından da sıklıkla dile getirilen bir olgu, özellikle Gezi Parkı protestolarında da daha net bir biçimde görüldüğü üzere, kolluğun güç kullanımı adı altında toplumsal gösterilere müdahalesine dönük 'şiddet pratikleri'nde ortaya çıkmaktadır.⁴⁵⁷

İşkencenin toplantı ve gösteri yürüyüşü öncesinde ve sonrasında kolluğun müdahalelerinde çoğunlukla yaygın ve sistematik bir seyir izlemesi bu açıdan dikkat çekicidir. 2004 yılında NATO gösterileri, 2008 1 Mayıs'ı, 2006 Newroz'u gibi fiili olarak olağanüstü hal devam eden illerde yapılan

⁴⁵⁶ Bu konuda sayısal veriler bir azalmayı işaret etse de örneğin belli kategorilerde, hırsızlık, yankesicilik gibi adi suçlarla ilgili vakalarda işkence ve kötü muamelede ciddi bir artış bulunduğu da kaydediliyor. Bkz. İHD Yıllık Raporları, şu linkten erişilebilir: <http://www.ihd.org.tr/category/c86-raporlar/c35-yk-raporlar/> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

Helsinki Yurttaşlar Derneği/İnsan Hakları Gündemi Derneği, Türkiye'de İşkence, Kötü Muamele ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Ceza Sorunu ile Çözüm Önerileri, 2008, http://www.stramap.org/images/cust_files/080513134126.pdf (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).

⁴⁵⁷ Bkz., Gezi Hukuki İzleme Grubu, Gezi Raporu (Demokrasi ve Totalitarizm Sarkacında Türkiye), 30 Aralık 2014, TBB Yayınları.

gösterilere karşı polisin müdahalesi işkence ve kötü muamelenin giderek daha fazla sokakta devam ettiğini gösteriyordu.⁴⁵⁸ Nitekim AİHM, 2013 yılında İzci kararında, hükme bağlanan 40'ı aşkın karar ve devam eden 130 dava ışığında Türkiye'de kolluğun gösterilere müdahalesinde sistematik sorunların bulunduğunu vurgulamıştır.⁴⁵⁹ Bu bakımdan, Türkiye İnsan Hakları Vakfı'nın 2008 yılında Van, Hakkari ve Yüksekova'da Newroz kutlamalarına ilişkin rapordaki şu değerlendirmeleri son derece dikkat çekicidir:

"Gösterilere müdahale sırasında sokak ve açık alanlarda, göstericileri yakalama gereğiyle girilen ev ve işyerlerinde, gözaltına alışı sırasında kişileri cezalandırmak, korku ve gözdağı vermek, otoriteyi tesis etmek amacıyla işkence yapıldığı kanaatine varılmıştır.

Her üç kentte de güvenlik güçlerinin adeta gözaltına almaktan kaçınarak kişilere sokak ve açık alanlarda yönelttiği orantısız ve aşırı güç/şiddet kitlesel ve faili meçhul işkence (vurgular orijinal metine ait) uygulaması niteliğindedir.

Nitekim olayların kitlesel boyutuna kıyasla gözaltına alınan kişi sayısının azlığı –özellikle Yüksekova ve Hakkari'de- bu açıdan değerlendirildiğinde dikkat çekicidir."

TİHV'e göre bu durum işkenceyi yapanlarla mağdurları kolektifleştirmekte, ve "işkencenin öznesizleşmesine" neden olmakta ve sorumluları tespit etmeyi zorlaştırmakta ve cezasızlığa neden olmaktadır.⁴⁶⁰ Sokağa inen işkenceyi kuşkusuz izole bir kolluk problemi olarak görmek mümkün değildir. Bu tutum, işkence ve kötü muameleyle ilişkin siyasi iktidarlar tarafından desteklenen, görmezden gelinen ve Haziran 2013'te Gezi'de olduğu gibi 'destan yazan polise teşekkür edilerek' yer yer teşvik içeren bir

⁴⁵⁸ İşkenceye Karşı Komite raporu, CAT/C/TUR/CO/3, 20 Ocak 2011, para. 7.

⁴⁵⁹ İzci/Türkiye, Başvuru no: 42606/05, 23 Temmuz 2013, para. 95-99.

⁴⁶⁰ Koç vd., s. 79.

yaklaşımın somut tezahürüdür.⁴⁶¹

Yine, gözaltı süreçlerinin olağan akışındaki denetim mekanizmalarından imtina edebilmek amacı ile gündeme gelen kayıt dışı gözaltı pratiği de işkence suçlarının işlenmesini kolaylaştırmakta ve faillerinin cezalandırılabilmesini güçleştirmektedir.⁴⁶² İşkencenin bu yeni biçimine dair insan hakları örgütlerinin raporlarında sayısız veriye ulaşmak mümkündür. Türkiye İnsan Hakları Vakfı çalışanları tarafından hazırlanan bir rapora göre, TİHV'e yapılan başvuruların değerlendirilmesi sonucunda, araç içi, ev, sokak/açık alan gibi resmi olmayan yerlerde tutulma oranı 1990'larla birlikte artış göstermeye başlamış, 2011-2012 döneminde ise tepe noktasına ulaşmıştır. İnsan Hakları Derneği raporlarına yansıyan rakamlara göre, 2003 yılında 241 olarak kaydedilen gözaltı yerleri dışında işkence, 517 şikayet ile 2011 yılında tepe noktasına çıkmış ve 2013 yılında 307 olarak yansımıştır.⁴⁶³ Aynı yıllar içinde toplumsal olaylarda şiddete maruz kalan vaka sayısı 2003 yılında 458 iken, 2011 yılında 1425 olarak ve 2013 yılında ise 10422 olarak yansımıştır. 1980-2009 yılları arasında işkence ve kötü muamelenin seyrini değerlendirmek üzere, İnsan Hakları Derneği, Türkiye İnsan Hakları Vakfı ve Cumhuriyet Gazetesi verilerine dayanılarak yapılan bir araştırmada işkence ve kötü muamelenin daha çok gözaltı mekanları dışında açık veya kapalı

⁴⁶¹ 'Erdoğan: Polis kahramanlık destanı yazdı', 24 Haziran 2013, http://www.ntv.com.tr/turkiye/erdogan-polis-kahramanlik-destaniyazdi,uMOX0uTl_EmkP4Ylu_2MEQ (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

⁴⁶² İzmir Barosu İşkenceyi Önleme Grubu 2004 tarihli raporunda, 2003 senesi içinde kendilerine yapılan 423 işkence başvurusundan 164 tanesinde, mağdurlara yöneltilmiş herhangi bir suç isnadının bulunmadığı ve 99 tanesinde de herhangi bir resmi gözaltı işlemi yapılmadığı ve 3 kaçırma olayının ihbarının yapıldığını bildirmişlerdir. İzmir Barosu İşkenceyi Önleme Grubu'nun bu yıl itibarıyla şu sonuca varması dikkat çekicidir: "Son yapılan araştırmalar, gerek toplumda bu konuda oluşan duyarlılık, gerekse son yapılan hukuki düzenlemelerden kaçınmak amacıyla bu tür yasadışı gözaltı, kaçırma ve işkence eylemlerinin arttığını göstermektedir." s. 146.

⁴⁶³ İnsan Hakları Derneği'nin 2014, 2013, 2012, 2011, 2010, 2009, 2008, 2007, 2004, 2003 İnsan Hakları İhlalleri Raporları. Şu linkten erişilebilir: <http://www.ihd.org.tr/category/c86-raporlar/c35-yk-raporlar/> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

mekanlarda yapıldığına ilişkin önemli bulgulara ulaşılmıştır.⁴⁶⁴ TOHAV verilerine göre, kendilerine 2007 yılında başvuran 452 kişiden, 98 başvurunun Emniyet Müdürlükleri, 61 başvurunun Polis Karakolu, 17 başvurunun jandarma karakolu/komutanlığı, 112 başvurunun araç içi/açık alan, 32 başvurunun diğer yerlerle ilgili olduğu görülmektedir. TOHAV'ın mevcut son raporu olan 2012 yılına ait raporda, işkence gördüğünü ifade eden 142 kişiden 21 kişi sokakta kolluk güçleri tarafından işkence gördüklerini belirtmiştir.⁴⁶⁵

Bir başka değişim ise, cezaevlerinde işkence ve kötü muamele vakalarındaki artıştır. 2003 yılında 113 olarak yansıyan vaka sayısı, 2011 yılında 724'e çıkmakta ve 2013 yılında 843 olarak ortaya çıkmaktadır.⁴⁶⁶ Bu bakımdan çocuk ve kadın tutuklu ve hükümlülere ilişkin ihlaller özellikle dikkat çekicidir. Çocuk cezaevlerinden Şakran,⁴⁶⁷ Van, Pozantı ve Sincan cezaevlerinde çocuklara dönük işkence ve kötü muamele iddiaları yoğunlaşmaktadır.⁴⁶⁸ Ceza ve tutukevlerinde "tecrit içinde tecrit" olarak adlandırılan süngerli oda⁴⁶⁹ uygulaması giderek

⁴⁶⁴ Göregenli, Melek, 'Medya ve İnsan Hakları Örgütlerinin Verilerinden Hareketle 1980'lerden Günümüze Türkiye'de İşkence: Epidemiyolojik Bir Başlangıç Çalışması', *Diyalog*, sy. 8, s. 29-34, 2011.

⁴⁶⁵ TOHAV, 'İşkence ve Kötü Muamele Raporu', 2012, İstanbul, s. 9.

⁴⁶⁶ İnsan Hakları Derneği'nin İnsan Hakları İhlalleri Raporları, <http://www.ihd.org.tr/category/c86-raporlar/c35-yk-raporlar/> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

⁴⁶⁷ Türk Tabipler Birliği, Şakran Çocuk Hapishanesi İnceleme Raporu, 29.5.2015, <https://hapistecocuk.wordpress.com/2015/06/01/sakran-cocuk-hapishanesi-inceleme-raporu/> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

⁴⁶⁸ 'Cezaevlerinde çocuklara kötü muamele devlet gözetiminde yapılıyor', *Evrensel*, 25 Şubat 2015, <http://www.evrensel.net/haber/106018/cezaevlerinde-cocuklara-kotu-muamele-devlet-gozetiminde-yapiliyor> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

⁴⁶⁹ CHP milletvekili Sezgin Tanrıkulu tarafından verilen 6 Ocak 2014 tarihli soru önergesi, <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/7/7-37372s.pdf>, bu açıklamaya dönemin Adalet Bakanı Bekir Bozdağ'ın verdiği yanıtta "süngerli oda" şu biçimde tarif ediliyor: "Tavan, taban ve duvarları sünger ile kaplı, branda ile muhafaza altına alınan; burada bulunan hükümlü ve tutukluların kapalı devre kamera sistemiyle takip ve kontrol edilebildiği, aynı zamanda bu görüntülerin kayıt altına alındığı; hükümlü ve tutukluların insani ihtiyaçlarını karşılayabilmeleri için temiz su tesisatı, kirlı su tesisatı ve havalandırma tesisatı bulunan; hükümlü ve

yaygınlaşmaktadır. Yine yeni bir işkence yöntemi olarak cezaevi ve gözaltı merkezlerindeki çıplak arama bu bağlamda kayda değer bir artış göstermektedir.⁴⁷⁰

Yargının ise her üç yeni işkence yöntemine ilişkin caydırıcı bir yaklaşım benimsediğini söylemek son derece güçtür. Cezaevlerindeki işkence ve kötü muamele ancak çok istisnaen soruşturma ve kovuşturma konusu olabilmektedir. Çıplak arama ise giderek daha fazla rutin bir uygulamaya dönüşmektedir. Esasen, uygulamada cinsel taciz ve cinsel saldırı biçiminde ortaya çıkan bu pratiğin 'hukuksal dayanakları'nın sınırları zorlanarak kararlar alınabilmektedir. Çok yakın bir tarihte Hatay'da Gezi Eylemleri sırasında hayatını kaybeden Ahmet Atakan ile ilgili yapılan anmaya katılan iki kadına ilişkin, mağdur kadınlardan birinin "eziyet, işkence, kasten yaralama, haksız arama ve görevi kötüye kullanma" ile ilgili suç duyurularına ilişkin olarak önce takipsizlik kararı verilmiştir. Yapılan itiraz üzerine, İstanbul 18. Ağır Ceza Mahkemesi'nin itirazı kabulü ile savcılık, bu kez hukuka aykırı bir biçimde, Kaymakamalık'tan soruşturma izni

tutukluların kendilerine, arkadaşlarına veya kurum personeline zarar vermelerini engellemek amacıyla geçici olarak alındıkları odalardır. Hükümlü ve tutuklular, kendilerine ve başkalarına zarar vermemeleri amacıyla, sakinleşinceye kadar, tedbir amaçlı ve geçici süreyle bu tür odalara alınabilmektedir. Süngertli odaya alınma işlemi bir ceza olmayıp, geçici süreli bir tedbir şeklindedir." <http://t24.com.tr/haber/bir-ayda-100-hukumluye-114-kez-huce-cezasi-verildi,272891> (5 Ekim 2014, Hülya Karabağlı; son erişim tarihi: Ekim 2015).

Bkz. örneğin ÇHD İstanbul Şube Hapishaneler Hak İhlalleri Raporu, Temmuz 2013, s. 4. <http://chd.org.tr/istanbul-sube-cezaevi-izleme-komisyonu-temmuz2013-cezaevi-hak-ihlalleri-raporu.html> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

470 'Polis solcu öğrencilerin makatına kadar arıyor', Cumhuriyet, 13 Ekim 2014, http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/129817/_Polis_solcu_ogrencileri_makatina_kadar_ariyor_.html; 'Cezaevinde 'çıplak arama' işkencesi, Evrensel, 31 Aralık 2014, <http://www.evrensel.net/haber/101072/cezaevinde-ciplak-arama-iskencesi>; Kadın cezaevinde Gezi tutuklusuna dakika dakika çıplak arama', Radikal, 28 Ağustos 2013. Bkz., Molu, Benan, 'Utanma Duygusunun İhlali': AİHM Kararlarında Çıplak Arama, Bianet, 9 Aralık 2013, <https://m.bianet.org/bianet/hukuk/151900-utanma-duygusunun-ihlali-aihm-kararlarinda-ciplak-arama> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

Türk Tabipler Birliği, 13 Mayıs 2015 tarihli açıklamalarında çıplak aramanın işkence olduğunu ve Anayasanın 17. maddesine aykırı olduğunu belirtmiştir. <http://www.ttb.org.tr/index.php/Haberler/iskence-5365.html> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

talep etmiştir. Kaymakamlık da yaptığı inceleme sonucunda "bayan(in) hal ve tavırlarının gayet normal olduğu"nu ileri sürmüştür.⁴⁷¹ Toplantı ve gösteri yürüyüşleri sırasında ortaya çıkan ve işkence ve kötü muamele teşkil eden fiillere ilişkin yargının hayırhah tutumu ise bir "idari pratik" niteliği kazanmış görünmektedir. Bu bakımdan işkence teşkil eden bu yeni yöntemlere ilişkin bu biçimde ortaya çıkan cezasızlık olgusunu değerlendirebilmek için işkence suçu düzenlemesini kimi detaylarıyla ele almak zorunlu görünüyor.

471 'Çıplak aramada utanç verici savunma: Kadın eylemci "rahat hareketler içindeymiş"', Radikal, 7 Mayıs 2015, http://www.radikal.com.tr/turkiye/ciplak_arama_iddiasina_utanc_verici_savunma_kadin_eylemci_rahata_hareketler_icinnde_oldugu-1351229, (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

İşkencenin

Cezasızlığı ve

Yeni Ceza Kanunu,

Yorumu ve Uygulaması

Türk Ceza Kanunu 2000'li yılların ilk çeyreğinde bu sefer artık yasalaşmak üzere yeniden kaleme alınırken, işkence suçunun önlenmesi yukarıda işaret edildiği üzere dönemin siyasi iktidarının "reform ajandası"nda bulunuyordu. Siyasi iktidarın işkenceyi önleme konusundaki 'işkenceye sıfır tolerans' yaklaşımında tecessüm eden retoriğini bizzat kanunu yazan akademisyenlerin çeşitli demeç ve açıklamalarında görmek mümkündür. Yeni Türk Ceza Kanunu'nun bilim komisyonunda bulunan bir akademisyenin şu sözleri bu bakımdan kayda değer:

"Yasayla işkence suçunu ortadan kaldırmayı hedefledik. Türkiye'de hep kamu makamlarının dokunulmazlığı vardı. Tasarıyla bireyin dokunulmazlığı esas alınıyor. Tasarının felsefesi insanlık onuru. Buna bağlı düzenlemeler var. İşkence suçunun cezası 15 yıldan müebbet hapse kadar varabilecek. İşkenceye en yüksek ceza Türkiye'de olacak. Sadece 'şiddet' değil, uykusuz bırakma, elinden tuvalet önüne bağlama, hakaret de işkence suçu kabul edilecek. Kapsamı çok genişletildi." ⁴⁷²

Gerçekten, 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki işkence suçu tanımlamasının, daha önce cezasızlık sonucu doğuran unsurların önlenmesini mümkün kılan bir biçimde yazıldığı iddia edilebilir, zira Yeni TCK, işkence fiilinin maddi unsuru, failin kastı ve mağdurlar bakımından 765 sayılı eski TCK'dan önemli farklılıklar içermektedir.

Ne var ki, madde metnindeki son derece önemli değişiklikler, gerek yargı içtihatları gerek bu

⁴⁷² 'Yeni TCK AB'yi aşacak', Radikal (Demet Bilge), 25 Nisan 2004. http://www.radikal.com.tr/turkiye/yeni_tck_aby_asacak-708916 (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

içtihatların esin kaynağını oluşturan doktriner yaklaşımları dolayısıyla bu suç tipine ilişkin düzenlemeyi kadükleştirmiştir. Bu itibarla, kolluğun işkence teşkil eden güç kullanımının yargı önüne gelmesi mümkün olduğunda, bu fiillere ilişkin cezasızlık çeşitli biçimlerde sürmeye devam etmiştir. Bu bakımdan, devam eden cezasızlık problemi ile işkence suçu mevzuatı ilişkisini değerlendirmek için öncelikle Yeni TCK'daki işkence suçu düzenlemesini ele almak gerekir.

Yeni Ceza Kanunu'nda en önemli değişiklik suçun faili ve mağduru yönündedir. 765 sayılı eski TCK'nın ilk halinde yukarıda değinildiği gibi işkence suçunun faili "(M)ahkemeler ve meclisler reis ve azalarından ve sair hükümet memurları" ifadesi kullanılıyordu, 1999 tarihli değişiklik ile "memurlar ve diğer kamu görevlileri" ifadesi benimsenmiştir. Yeni TCK'ya göre de suçun faili kamu görevlisidir.⁴⁷³ Kamu görevlisi kavramı, TCK'nın tanımlar maddesi olan 6. maddesinde "kamusal faaliyet"⁴⁷⁴ yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" olarak tanımlanmıştır. İşkence suçunun ancak kamu görevlisi olan kişi tarafından işlenebilmesi, bu suçu eziyet suçundan ayıran başlıca özelliklerden biridir. Ne var ki, işkencenin md. 96'da düzenlenen ve kamu görevlisi olmayan fail tarafından işlenebilecek eziyet suçu ile karıştırılması bu düzenlemenin henüz

⁴⁷³ BM Sözleşmesi'ne göre, işkence suçunun failinin mutlaka kamu görevlisi olması gerekmez; kamu görevlisinin teşvik ve rızası ile işkence fiilini işleyen kişinin fiili de işkence olarak tavsif edilmek durumunda.

⁴⁷⁴ TCK 6/c maddesi gerekçesinde kamusal faaliyet kavramı şöyle tanımlanmıştır: "Anayasa ve kanunlarda belirtilmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddî karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler. Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır."

anlaşılmadığını göstermektedir.⁴⁷⁵

5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nda sadece kamu görevlilerinin işleyebileceği 'özgü bir suç' olarak tanımlanan işkence suçunda önemli bir katkı, TCK 40/2'de özgü suçlarda iştirak hükmünü ifade eden "özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise, azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur" hükmüne istisna getirmesidir. TCK md. 94/4 ile işkence suçunun işlenişine iştirak eden kişilerin de TCK md. 6 bağlamında kamu görevlisi olmasa da kamu görevlisi gibi cezalandırılacağını hüküm altına almıştır.

Yeni Ceza Kanunu ile eski TCK arasındaki farklardan birisi de, uygulamada işkence suçları ile ilgili cezasızlık sonucunu doğuran özel kast düzenlemesiydi. Yukarıda belirtildiği gibi suç şüphesi altındaki kişilere karakolda bilgi almak ve suça konu eşyanın veya suç delillerinin yerini ikrar etmesini sağlamak amacıyla yapılan işkence dahi "cürmünü söyletmek" ifadesi dolayısıyla bu kapsamda değerlendirilmiyordu. Kanunda yapılan bir değişiklikte özel kast "bir kimseye cürümlerini söyletmek, mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimselerin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple" ibaresi ile düzenlenmişti. Yeni Ceza Kanunu'nda ise suç genel kastla işlenebilen bir suç haline getirilmiş⁴⁷⁶ ve işkence yapan failin

475 Madde gerekçesi aynen şöyledir: "Eziyet olarak, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulması gerekir. Aslında bu fiiller de kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyabilirler. Ancak, bu fiiller, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler. Bir süreç içinde süreklilik arzeder bir tarzda işlenen eziyetin özelliği, işkence gibi, kişinin psikolojisi ve ruh sağlığı üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır. Bu etkilerin uzun bir süre ve hatta hayat boyu devam etmesi, eziyetin bu kapsamda işlenen fiillere nazaran daha ağır ceza yaptırımına altına alınmasını gerektirmiştir." İşkencede olduğu gibi eziyet suçu bakımından da "sistematiklik" ve "belli bir süre içinde işlenme" kriterleri aranıyor.

476 Şen, Ersan, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, İstanbul, Vedat

hangi amaçla hareket ettiği hususu suçun tipik unsurları arasında sayılmamıştır.

İşkence suçunun mağduru, mağdurun mutlaka belli bir niteliği haiz olmasını gerektiren suçlardan farklı olarak herkes olabilir. Daha önceki düzenlemede mağdurun ancak belli bir suçun sanığı/şüphelisi olmasının arandığı belirtilmişti. 1999 yılında 4449 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikte sadece sanık değil "mağdur, şahsi davacı, davaya katılan kimse ve tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple" işlenmesi durumunda suçun işleneceği kabul edilmiş ve bu mağdur gruplarına bağlı olarak manevi unsur yeniden tanımlanmıştır.

765 sayılı Kanun'da suçun maddi unsuru olarak daha önce kabul edilen işkencenin yanında, zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamele yerine bu ayırım terkedilerek Yeni Türk Ceza Kanunu'nda "bir kişiye karşı insan onuru ile bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştirme" maddi unsur açısından esas alınmıştır.

İşkence suçu ile ilgili diğer önemli bir düzenleme TCK md. 94/5'teki suçun ihmali davranışla gerçekleşmesi halinde, verilecek cezada indirim yapılmamasıdır. Bilindiği üzere, TCK'da ihmali suç ile ilgili kasten öldürme ve kasten yaralama ile ilgili iki düzenlemede fiilin ihmal suretiyle işlenmesi halinde cezadan belirli bir indirim öngörülmüştür. Yeni TCK, işkence suçu ile ilgili bu sistematikten ayrılmış ve işkence ve kötü muameleyle ilişkin denetim ödevi bulunan kişinin bu yükümlülüğünün ihlal ederek işkence suçunun işlenmesine göz yumması durumunda işkence suçunun faili olarak cezalandırılacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu konuda son derece önemli bir örnek, siyasi içerikli bir dergi satarken gözaltına alınan ve hem gözaltı sırasında hem de

Kitapçılık, 2006, s. 333.

tutukluluğu esnasında cezaevindeyken maruz kaldığı işkence dolayısıyla hayatını kaybeden Engin Çeber'in ölümüyle ilgili devam eden davada görevli müdür Fuat Karaosmanoğlu'na ilişkin olarak verilen müebbet hapis cezası kararıdır.⁴⁷⁷

Yeni Ceza Kanunu'nda olumlu olduğu düşünülen bu düzenlemelere rağmen, aslında eski TCK açısından işkence suçlarının faillerinin cezasız kalmasını sağlayacak önemli bir değişikliği belirtmek gerekir. Bildindiği gibi, 4478 sayılı Kanun ile 2003 tarihinde eski TCK md. 245'e eklenen ikinci fıkrayla, işkence suçundan dolayı verilen cezaların para cezasına veya başka bir tedbire çevrilmesinin ve ertelenmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Yeni Kanun'da bu düzenlemeye yer verilmemiştir. Her ne kadar ceza sınırının alt sınırı 3 sene ise de, takdiri hafifletici sebepler ve haksız tahrik indirimi uygulanarak cezanın çevrilmesi veya ertelenmesi mümkün bir hale getirilmiştir.⁴⁷⁸

⁴⁷⁷ 'Müdür işkenceyi gördü fakat müdahale etmedi', Milliyet (Türker Karapınar), 12 Kasım 2013, <http://www.milliyet.com.tr/mudur-iskenceyi-gordu-fakat-gundem/detay/1791235/default.htm> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

⁴⁷⁸ Şen, s. 334.

İşkence Suçunun Yorumunda Sınırlar ve Sorunlar: Karşılaştırmalı Bir Yaklaşım

Uluslararası hukukta işkence suçuna ilişkin yasak çok çeşitli sözleşme ve bildirimlerde kabul edilmiştir. Bu bakımdan işkence yasağının emredici bir hukuk kuralı (jus cogens) niteliğinde olduğu konusunda genel bir mutabakat bulunmaktadır.⁴⁷⁹ İşkence yasağı ilk kez, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde "hiç kimseye işkence yapılamaz, zalimane, insalıklı ve aşağılayıcı muamelede bulunamaz veya ceza verilemez." biçiminde yer almıştır. 1966 tarihli Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi md. 7 ise, hiç kimse işkenceye veya zalimane, insanlıkdışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılamaz" hükmünü ihtiva etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 3. madde de 'zalimane' ifadesine yer vermeyerek aynı ifadelerle işkence yasağını tekrarlamaktadır. Sözleşmeye göre: "(H) hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz". Dolayısıyla İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne kadar işkence suçuna ilişkin bir tanım yapılmış değildir. 1975 tarihli Herkesin İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezadan Korunmasına İlişkin Bildiri'de işkence suçu ilk kez tanımlanmıştır. Bildiriye göre işkence: "1. Bildiri kapsamında, işkence bir şahsa veya üçüncü bir şahsa karşı bu şahsın veya üçüncü bir şahsın işlendiğinden şüphe edilen bir fiil nedeniyle bilgi veya itiraf elde etmek, kişinin işlediği veya işlediğinden şüphe edilen fiilden dolayı cezalandırmak veya bu kişiyi veya diğer kişileri korkutmak (intimidate) için kamu görevlisi veya kamu görevlisinin denetiminde (instigation)

⁴⁷⁹ Association for the Prevention of Torture/Center for Justice and International Law, *Torture in International Law*, Geneva, 2008, s.2.

bir başkası tarafından fiziksel veya ruhsal ağır acı ve eza verilmesidir. Tutuklu ve Mahkum (Prisoners) Kişilere Uygulanacak Standart Asgari Kurallarla uyumlu olduğu müddetçe hukuka uygun yaptırımların doğasından kaynaklanan veya neden olduğu acı ve eza bu kapsamda değerlendirilmez.

2. İşkence zalimane, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya cezanın ağırlaşmış halidir.”

Söz konusu Bildiri’de, işkence ve diğer zalimane, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamelenin insan onuruna aykırı bir suç olduğu⁴⁸⁰ belirtilmektedir. Dolayısıyla her ne kadar ilk paragrafta işkence ve diğer kötü muamele biçimleri arasında çekilen acının ağırlığı gözetilerek bir derecelendirmeye gidildiği düşünülse de sadece işkencenin değil, diğer kötü muamele biçimlerinin de insan onuruna karşı işlenen bir suç olduğu ifade edilmektedir.

Kuşkusuz, işkenceyi önlemek için etkili kanuni, idari, adli veya başka tedbirleri alma zorunluluğunu en net ve bağlayıcı bir biçimde ifade eden Sözleşme, İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme’dir. Sözleşme, İşkenceye Karşı Bildiri’de benimsenen tanım açısından ayrılarak işkence suçuna ilişkin olarak aşağıdaki tanımı benimsemiştir:

“(B)ir 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 muvafakatıyla uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırap veren bir fiil anlamına gelir.”

İşkenceye Karşı Bildiri ve ilgili Sözleşme ışığında,

⁴⁸⁰ İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Bildirisi, Md. 2, “İşkence ve diğer zalimane, insanlıkdışı veya aşağılayıcı herhangi bir muamele, insan onuruna aykırı bir suçtur ve Birleşmiş Milletler Sözleşmesi amaçlarının yadsınması (denial) ve İnsan Hakları Evrensel Deklarasyonu’nda tanımlanan hak ve özgürlüklerin ihlali olarak kınanmalıdır.”

İşkence suçunun uluslararası insan hakları hukukundaki tanımına ilişkin tartışmalarda üç unsur öne çıkmaktadır. Bu unsurları şöyle sıralamak mümkündür:

1. Fiziksel veya psikolojik acı ve ezanın ağırlığı,
2. Failin özgü sıfatı,
3. Failin kast ve amacı.⁴⁸¹

İşkence suçu, TCK’da failin ancak kamu görevlisi olabileceği bir suç olarak düzenlendiğinden, Türkiye’de tartışmalar daha çok fiziksel veya psikolojik acı ve ezanın ağırlığında yoğunlaşmaktadır. Türkiye açısından diğer bir tartışma ise işkencenin mutlaka sistematik bir biçimde ve belli bir süre içinde işlenmesi zorunluluğudur. Aşağıda kimi detaylarıyla tartışılacağı gibi, her iki tartışma başlığı açısından yargının işkence suçuna ilişkin yorumu Türkiye’de işkence suçlarının failllerinin cezasız kalmasını sağlayacak niteliktedir.

⁴⁸¹ Giffard, Camille, ‘The Torture Reporting Handbook’, Human Rights Centre, University of Essex, 2000, s.12, <http://www.essex.ac.uk/torturehandbook/handbook%28English%29.pdf> (Son erişim tarihi: Ekim 2015); Silinyte, Evelina, ‘The Application of the Definition of Torture: Nowadays and Perspectives in the Practice of European Court of Human Rights’, *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, c. 5, sy.2, 2013, s. 244-254; Hathaway, Oona/ Nowlan, Aileen/Spiegel, Julia, ‘Tortured Reasoning: The Intent to Torture Under International and Domestic Law’, *Virginia Journal of International Law*, c. 52, sy. 4, 2012, s. 791-837, s. 830 vd.

İşkencenin Ağırılık

veya Yoğunluk Eşiği

Yukarıda tartışıldığı üzere, işkenceye ilişkin yargı pratiği eski Türk Ceza Kanunu döneminde işkence suçunun varlığının ancak çok istisnaen ve yer yer gün hesabı ile belirlendiği içtihatlar ışığında gelişmiştir. Mağdura sopa ile vurulmasını veya elle darba maruz kalmasını, bir haftadan daha az süreli bir rapor verilmesini işkence olarak değerlendirmeyen muhtelif yargı kararları vasıtasıyla işkencenin yoğunluğu ile ilgili içtihadi ilkeler oluşturulmaya çalışılmıştır. İşkence teşkil eden fiilin "mutlaka yoğun biçimde bezdirici, usandırıcı, dayanılmaz ve çekilmez" olmasının arandığı 1956 tarihli⁴⁸² karar bu yaklaşımı özetlemektedir. Kuşkusuz, işkencenin tanımına ilişkin ağırılık kriteri, maddenin kendi içinde işkence ve diğer kötü muamele biçimleri arasında kurduğu ilişki karşısında daha da tartışmalı bir nitelik arz etmiştir. Zira madde metninde bu biçimde bir ifade olmamasına rağmen Türkiye'de yargı işkenceyi ancak belirli yöntemlere ve belli bir acı eşiğinin üzerindeki muameleye indirgeyen bir yaklaşım benimsemiş idi.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun işkence suçunu, bu yaklaşımı görünüşte bertaraf etmeyi amaçlayan bir dille tanımladığı söylenebilir, çünkü bu madde metninde işkence suçunun maddi unsuru "bir kişiye karşı insan onuru ile bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlar" biçiminde tanımlanmaktadır. Bu haliyle de muhtelif biçimlerde uluslararası insan hakları hukuku ve ceza hukuku ile mukayeseli hukuk yönünden işkence suçunu farklı tanımlamış bulunmaktadır.

Bilindiği üzere, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, ilk kez Yunanistan'a ilişkin olarak yapılan başvuruda işkenceyi, bilgi ve itiraf elde etmek amacıyla yapılan insanlık dışı muamele veya ceza

⁴⁸² Yargıtay 1 CD 12.6.1956, 1893/1410; Yargıtay 8 CD, 30.1.1990, 10896/893.

verilmesi ve genellikle "insanlık dışı muamelenin ağırlaşmış biçimi" olarak tanımlamıştır.⁴⁸³

Aynı kararda, AİHM; insanlık dışı muamelenin somut olayda meşru bir nedene dayanmayan fiziksel ve ruhsal ağır acı olduğunu belirtmiş, aşağılayıcı muamele de kişinin başkalarının yanında küçük düşürülmesi, aşağılanması olarak ifade edilmiştir.⁴⁸⁴ İşkencenin insanlık dışı ve aşağılayıcı olduğunu, insanlık dışı muamelenin de aşağılayıcı (degrading) olduğunu belirterek, söz konusu fiiller arasında bir derece farkı olduğuna işaret etmiştir.⁴⁸⁵ Yunanistan kararının bu belirlemelerine göre,⁴⁸⁶ işkenceyi insanlık dışı muameleden ayıran özelliğın, esasen çekilen acı veya ızdırabın yoğunluğu değil, işkenceyi karakterize eden amaç unsuru olduğunu söylemek mümkündür.

Bu karar, 'Herkesin İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Korunmasına Dair Bildiri'nin esin kaynağını oluşturmuştur. Yukarıda belirtildiği üzere Bildiri, "işkencenin zalimane, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya cezanın ağır ve kasıtlı işlenen bir türü" olduğunu hüküm altına almıştır.

İşkence ve diğer kötü muamele biçimleri arasında ağırılık açısından bu biçimde ortaya çıkan "kademeli acı ve ızdırap" ölçütü yine bir başka devletlerarası başvuruda, İrlanda/Birleşik Krallık davasında gündeme gelmiştir. Bu davada AİHM, daha önce komisyonun işkence olarak kabul ettiği dava konusu beş tekniğın işkence değil, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olduğuna hükmetmiş, bu kararında da işkenceyi "çok ciddi ve zalimane ıstıraba kasıtlı olarak sebep verme" olarak tanımlayarak fiilin işkence olarak tanımlanmasının özel damgalayıcı etkisine vurgu

⁴⁸³ 'The Greek Case (1969)', Year Book of European Convention on Human Rights, c. 12, s. 186, para. 2, ayrıca Gemalmaz (2006), s. 190-191.

⁴⁸⁴ A.g.e.

⁴⁸⁵ A.g.e., s. 186, ayrıca bkz., Evans, s. 36.

⁴⁸⁶ Altıparmak (2009), s. 155.

yapmıştır.⁴⁸⁷ AİHM'nin bu kararının gerek somut olay bakımından gerekse de işkence fiiline ilişkin değerlendirmeleri dolayısıyla çok tartışmalı olduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte, bu karar ile AİHM işkence, insanlık dışı ve kötü muamele arasındaki ilişkiye dair dereceli bir ağırlık ölçütü kıstasını benimsemiştir.⁴⁸⁸

AİHM bu çerçevede işkencenin diğer kötü muamele biçimlerinden daha ağır olduğu ve ancak belli bir vahamet düzeyini aşan fiillerin işkence olarak tanımlanmasına dair içtihadını bir dizi başka kararda da devam ettirmiştir. AİHM, kendi terminolojisi ile belli bir kötü muamelenin işkence olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğine karar verilirken, AİHS md. 3'te işkence, insanlıkdışı ve onur kırıcı muamele kavramları arasındaki ayrımın gözetilmesi gerektiğini ve ancak "çok ciddi ve zalimce bir ıstıraba neden olacak kasten ve insanlık dışı muameleyle özel bir damga yüklenmesi gerektiğini" belirtmektedir.⁴⁸⁹

AİHM'nin ağırlık ölçütü kriterinin hala işkence ve diğer kötü muamele biçimlerini ayırmada en önemli parametre olduğunu söylemek mümkündür.⁴⁹⁰ Bununla birlikte, AİHM söz konusu kararda dahi, ızdırabın ağırlığı kriterini değerlendirirken, mağdurun cinsiyeti, yaşı, sağlık durumu gibi özelliklerin de dikkate alınmasını istemektedir.⁴⁹¹ Özetle, AİHM, bu konuda bir

⁴⁸⁷ İrlanda/Birleşik Krallık, 18 Ocak 1978 (Başvuru no: 5310/71), para. 167.

⁴⁸⁸ Long, Debra, 'Aspects of the Definition of Torture in the Regional Human Rights Jurisdictions and the International Criminal Tribunals of the Former Yugoslavia and Rwanda', in Association for the Prevention of Torture (der.), *Torture in International Law*, s. 51-78, s. 54.

⁴⁸⁹ Aksoy/Türkiye, 18 Aralık 1996, (Başvuru no: 21987/93), para. 63-64; Aydın/Türkiye, 25 Eylül 1997, (Başvuru no: 57/1996/676/866), para. 82-83; İlhan/Türkiye, (Başvuru no 22277/93), 27 Haziran 2000, para. 85; Ilascu vd./Moldovya, (Başvuru no: 48787/99), 8 Temmuz 2004, para. 424-428; Erdoğan Yılmaz vd./Türkiye, 14 Ekim 2008, (Başvuru no: 19374/03), para. 49; bkz. ayrıca, Arif Çelebi vd./Türkiye, 6 Nisan 2010, (Başvuru no: 3076/05, 26739/05).

⁴⁹⁰ Bruha, Thomas/Steiger, Dominik, *Das Folterverbot im Völkerrecht*, Kohlhammer, Stuttgart, 2006, s. 27-28.

⁴⁹¹ İrlanda/Birleşik Krallık, para. 162.

yandan ızdırabın yoğunluğu kriterinden yola çıkarken bir taraftan genel ve soyut bir biçimde tespiti mümkün olmayacak bu kriterlerin somut olay çerçevesinde değerlendirilmesini zorunlu görmektedir. Örneğin, AİHM; Keenan/Birleşik Krallık kararında da fiziksel ve ruhsal acının ağırlığının Mahkeme tarafından 3. maddenin ihlali açısından önemli bir kriter olduğunu belirtirken, muamelenin kişi üzerindeki gerçek (actual) etkisinin majör/ana faktör olmadığı durumların mümkün olabileceğini kaydetmektedir.⁴⁹²

Konunun uluslararası insan hakları hukukunda bu biçimde tartışılması ulusal hukuk sistemleri üzerinde kuşkusuz önemli etkiler bırakmıştır. Ad hoc uluslararası ceza mahkemeleri de AİHM içtihatı ile uyumlu olarak işkence teşkil eden fiilin vahamet düzeyi açısından belli bir eşğin varlığını zorunlu görmüştür.⁴⁹³ Bu bakımdan, "darp, cinsel şiddet, uzun süreli uykudan mahrumiyet, gıda, hijyen ve tıbbi yardım mahrumiyetleri, işkence, tecavüz ve yakınların öldürülmesine ilişkin tehditler ancak somut olayın özellikleri ışığında "ciddi ağırlık" sınırına eriştiğinde işkence olarak kabul edilecektir.⁴⁹⁴ Bu bakımdan, sadece sorgu veya kişinin fiziksel bütünlüğüne ilişkin "hafif derecede aşağılama" işkence olarak kabul edilmeyecektir.⁴⁹⁵ Her iki Mahkeme de, mutlak bir eşğin acının yoğunluğu açısından kabul edilemeyeceği, somut olayın koşullarının değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir. Mahkemeler, muamelenin karakteri, muamelenin süresini de içermek üzere devamlılığı ve bağlamı, taammüt, amaç ve muamelenin kurumsal bağlamı olup olmadığı, mağdurun yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu, ast

⁴⁹² Keenan/Birleşik Krallık, (Başvuru no: 27229/95), 3 Nisan 2001, para. 113.

⁴⁹³ Bkz. de Frouville, Olivier, 'The Influence of the European Court of Human Rights' Case Law on International Criminal Law of Torture and Inhuman or Degrading Treatment', *Journal of International Criminal Justice*, c. 9, 2011, s. 633-649.

⁴⁹⁴ Kvočka et al (IT-98-30/1), 2 Kasım 2001, para. 144, aktaran Burchard, Christoph, 'Torture in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals', *Journal of International Criminal Justice*, c. 6, s. 159-182, 2008, s. 164.

⁴⁹⁵ A.g.e., s. 164.

durumunda bulunup bulunmaması gibi faktörler içinde olmak üzere fiziksel ve ruhsal koşulları değerlendirmişlerdir.⁴⁹⁶

Bununla birlikte “ağır acı veya eza” kriterini uluslararası hukuk açısından tek parametre olarak değerlendirmek mümkün değildir. Birincisi, AİHM içtihatı “ağır acı veya eza” kriterine ilişkin değişik zamanlarda farklı içtihatlar geliştirebilmektedir. AİHM, 1999'da Selmouni/Fransa'ya kararında fiilin ağırlığı kriterinin eşyanın tabiatı gereği görelî bir kavram olduğu, muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri, bazı durumlarda, mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu ile alakalı olduğunu belirterek,⁴⁹⁷ şu belirlemede bulunmaktadır.

“geçmişte insanlıkdışı ve aşağılayıcı olarak sınıflandırılan/klasifiye edilen bazı fiiller, gelecekte işkence olarak değerlendirilebilecektir. İnsan hakları ve temel özgürlüklere ilişkin giderek yükselen standartlar bununla bağlantılı olarak ve kaçınılmaz bir biçimde demokratik toplumların temel değerlerinin ihlalini belirlemede daha katı/koruyucu bir değerlendirme yapmayı gerektirmektedir.”⁴⁹⁸

Dolayısıyla, Mahkeme, bu karar ile Sözleşme'ye ilişkin içtihat hukukunu yeniden değerlendirmeye hazır olduğunu kabul etmiştir.⁴⁹⁹ Sadece bu kararı ile değil, AİHM bir dizi başka kararında da Sözleşme'nin yaşayan bir organizma (*living instrument*) olduğunu belirtmiştir.⁵⁰⁰

Yine, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin denetim organı olan BM İnsan Hakları Komitesi (AİHM'den farklı olarak) işkence suçuna ilişkin

⁴⁹⁶ Burchard, s. 165.

⁴⁹⁷ Selmouni/Fransa, 28 Temmuz 1999, (Başvuru no:25803/94) para. 100.

⁴⁹⁸ A.g.e., para. 102.

⁴⁹⁹ Evans, s. 37.

⁵⁰⁰ Tyrer/Birleşik Krallık, 25 Nisan 1978, (Başvuru no: 5856/72), para. 31; Soering/Birleşik Krallık, 7 Temmuz 1989, (Başvuru no: 14038/88), para. 40; Loizidou/Türkiye, 23 Mart 1995, (Başvuru no: 15318/89), para. 71.

20 no'lu Genel Yorumunda, işkence yasağı kapsamında değerlendirilebilecek muamelelerin bir listesini vermenin ya da işkence ile diğer kötü muamele biçimleri arasında keskin bir ayırım yapmanın gerekli olmadığını, zira bu farkın uygulanan muamelenin yapısı, amacı ve yoğunluğuna göre değiştiğini belirtmektedir.⁵⁰¹ İşkence Özel Raportörü tarafından hazırlanan raporda da işkenceyi zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleden ayırt etmek üzere belirleyici olan ölçütün, çekilen acı veya ıstırabın yoğunluğu değil “fiilin amacı ve mağdurda ortaya çıkan çaresizlik” olduğu sonucuna ulaşmaktadır.⁵⁰²

Nitekim, Amerikalulararası İşkenceye Karşı Sözleşme'de de 'ağır acı ve eza' ölçütüne işkence suçu tanımlanırken yer verilmemiştir.⁵⁰³ “Öyle ki Sözleşme'ye göre (md. 2), yapılan muamele kişinin manevi veya bedensel acı çekmesine neden olmasa bile bu davranışların mağdurun kişiliğini yok etmek ya da fiziksel veya ruhsal yetisini azaltmaya yönelik olması yeterlidir. Kişiyi acı vermeksizin iradesini kırmaya yönelik olan yöntemler de bu tanım uyarınca işkence kapsamına girebilmektedir.”

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü de hem insanlığa karşı suç olan hem de savaş suçu olan işkenceye ilişkin ağır acı veya eza kriterini benimsemiştir. Mahkeme Statüsü'nde 7/e fıkrasında işkence “sadece hukuka uygun biçimde verilen cezaların doğası gereği içerdiği veya neden olduğu acı ve eza hariç olmak üzere gözaltında bulunan veya şüpheli/sanığın gözetiminde bulunan bir kişiye kasti ağır acı ve eza verilmesi” olarak tanımlamaktadır. Mahkeme Statüsü, 7(1)

⁵⁰¹ U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, <https://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom20.htm> (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).

⁵⁰² 'Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment', Report of the Special Rapporteur on the Question of Torture, Manfred Nowak, 23 Aralık 2005, UN Doc E/CN.4/2006/6, para. 39. İlgili belgeye şu linkten ulaşılabilir. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/chr/sessions/62/listdocs.htm> (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).

⁵⁰³ Bkz., Altıparmak, Kerem, “İşkenceyi nasıl bilirsiniz?: Türkiye'de orantısız güç kullanma sorunu”, *Toplum ve Bilim*, sy. 115, 2009, s. 138-176, s. 154.

k'da ise diğer kötü muamele biçimleri suç olarak tanımlanmıştır. İlk bakışta, işkence ve diğer kötü muamele biçimleri arasında AİHM içtihatlarına benzer bir biçimde dikey/hiyerarşik bir ilişki arandığı söylenebilir. Ne var ki, Suçların Unsurları Belgesi'nin her iki hükmü açıklayan metninde farklı sözcüklerle de olsa ("severe" ve "grave") gerek işkence gerekse de diğer kötü muamele biçimleri bakımından ağır acı veya eza verilmesi aranmaktadır. Yine, Suçların Unsurları Belgesi'nde savaş suçu olarak işkence ve diğer kötü muamele biçimleri arasındaki fark aynı sözcükle ifade edilmektedir: "severe infliction of physical or mental pain or suffering". Dolayısıyla, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde işkence ve diğer kötü muamele biçimleri arasında hiyerarşik bir ilişki olduğu ve işkencenin kötü muamelenin ağırlaştırılmış bir hali olduğunu söylemek bu çerçevede esasen mümkün değildir.⁵⁰⁴

Yukarıdaki açıklamalar değerlendirildiğinde, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun işkence hükmünün BM Sözleşmesi'nin 1. maddesindeki "fiziki veya manevi ağır acı veya ıstırap veren fiil" tanımlamasını benimsemediği açıktır. Nitekim BM Sözleşmesi'nin anılan maddesinin 2. fıkrasına göre "Bu madde, konu hakkında daha geniş uygulama hükümleri ihtiva eden herhangi uluslararası bir belge veya milli mevzuata hâlel getirmez". Dolayısıyla işkence teşkil eden fiilin mutlaka "ağır acı veya ıstırap" vermesi gerekmektedir.

Bununla birlikte, Türkiye'de doktrinin önemli bir bölümü işkence suçu açısından fiilin belli bir vahamete erişmesini aramaktadır.⁵⁰⁵ Fakat aşağıda açıklanacağı üzere neredeyse bir ağırlık

⁵⁰⁴ Burchard, s. 167.

⁵⁰⁵ "Kamu görevlisi olanların kaba ve sert hareketleri hemen işkence olarak kabul edilmez. Yapılan fena davranışların belli bir ağırlığa ulaşması gerekir." Bakıcı, Sedat, *5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet, Ankara, 2008, s. 968. "Demek ki, eylemler, aynı tür olmasa da farklı eylemlerin yukarıda belirtilen amaçlara yönelik tekrarlanan, sistemli eylemler olması aranacaktır", Malkoç, İsmail, *Açıklamalı-İçhatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, 4. Baskı, Sözkesen Matbaa, Ankara, 2013, s. 794.

Aksi görüşte, Şen: "Kamu görevlisi tarafından icra edilen ve kötü muamele niteliği taşıyan fiilin süreklilik taşıyıp taşımadığı ve mağdur üzerinde ne şekilde ve hangi seviyede etki bırakıp bırakmadığı meselesi, fiilin işkence suçu teşkil edip etmediği bakımından dikkate alınmalıdır."

kriteri olarak kullanılan madde gerekçesindeki 'sistematik ve belli bir süre içinde işlenme' kriteri dolayısıyla bu konuda net bir itiraz veya kabul ancak istisnaen gözlemlenmektedir.⁵⁰⁶

Yeni kanunda işkencenin diğer kötü muamele biçimlerini de içeren çerçeve (üst) bir kavram olarak tanımlanmış olduğu yerinde bir tespittir.⁵⁰⁷ Bu durumun en önemli kanıtı, algılama ve irade yeteneğini etkileme ve aşağılama kriterlerine kanun metninde yer verilmesidir. Bu bakımdan, eski kanunun düzenlemesinden farklı olarak madde ile kanun koyucu, "işkence, zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı" ifadelerine yer vermeyerek AİHM'nin bu konuda geliştirdiği içtihadi sonuçlardan ayrıldığını göstermektedir.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nda işkence suçu ile ilgili alt ve üst sınır arasında, Kanunun genel ve aslında eleştiriye çok açık sistematiği doğrultusunda ciddi bir makas (3 yıldan 12 yıla kadar) yaratılarak somut olayda işkence fiilinin niteliğine göre ceza tayin etme konusunda hakime geniş bir takdir alanı bırakılmıştır. Yine, işkence suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halleri, duyu ve organların işlevlerinde sürekli zayıflık veya işlevinin yitirilmesi, yaşamı tehlikeye sokan bir duruma veya iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesi ayrıca düzenlenmiştir. Dolayısıyla somut olayın koşullarına göre hakime takdir hakkı geniş bir biçimde tanınmıştır. Söz konusu maddede belirtilen ağırlaştırılmış hallerin dışında, fiilin mutlaka "ağır acı ve ıstırap vermesi" kriterini aramak hukuka aykırı bir yorum niteliğindedir. Nitekim, "ızdırabın yoğunluğu" nesnel bir şekilde uygulanması son derece güç olan bir ölçüttür.⁵⁰⁸

⁵⁰⁶ Bu konuda kendi içinde en tutarlı yaklaşımı savunduğu anlaşılan Önok, insan onuru kriterinin genel ve muğlak karakterinin işkenceyi diğer suçlardan ayırmasının zorluğuna işaret ederek ve başta kaynak İspanyol Ceza Kanunu olmak üzere karşılaştırmalı hukuk ile AİHM içtihatları ve UCM Statüsü'nü gözeterek bir fiilin işkence teşkil edebilmesi için belli bir ağırlığa erişmesi gerektiğini belirtmektedir. Önok, s. 399-411.

⁵⁰⁷ Mahmutoglu, Fatih Selami, "İşkence ve Eziyet Suçu", *Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı*, TCHD, Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı, Ankara, 2008, s. 1023- 1041, s.1029.

⁵⁰⁸ Bkz., Altıparmak (2009) s. 153.

İşkencede Süreklilik ve Sistematiiklik Zorunluluğu ve Yorumu

Türkiye'de ceza hukuku doktrininde TCK 256 ve 94'üncü maddelerde tanımlı suçlara dair ayırıcı özellik işkencenin sistemli olması gerektiği üzerine bina edilmiştir.⁵⁰⁹ Bu yorumun dayanağı TCK md. 94'ün gerekçesinde işkencenin ancak sistematiik bir biçimde ve belli bir süreç içinde işlenmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir. Gerekeğeye göre:

"İşkence teşkil eden fiiller aslında kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyan fiillerdir. Ancak bu fiiller ani olarak değil, sistematiik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedir. Bir süreç içinde süreklilik arz eder 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 fiiline nazaran daha ağır ceza yaptırımına altına alınmasını gerektirmiştir."

Yine, gerekçedeki bu ifadelere ek olarak madde metnindeki "...yol açacak davranışları

509 Üzülmez, İhan, 'Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu', <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/108.doc> (Tarihsiz, son erişim tarihi: Ekim 2015).

Mahmutoğlu, "İşkence suçunun oluşabilmesi için insan onurunu ihlal eden sistematiik bir şekilde ve belli bir süreç içerisinde uygulanarak "bedensel ve ruhsal yönden acı çektiren", "algılama ve irade yeteneğini ihlal eden" ve "aşağılayan" seçimlik hareketlerin bulunması gerekmektedir ... Kanun koyucu özellikle kasten yaralama suçu ile işkence arasındaki farkı ortaya koymak için böyle bir kriter aramıştır." Bununla birlikte, Mahmutoğlu, suçu karakterize ettiğini savunduğu bu unsura madde metninde yer verilmemesini eleştirmekte ve suç tipini tartışmalı bir hale getirdiğini savunmaktadır. Mahmutoğlu, s. 1033-1034.

Örneğin eski Yargıtay Başkanı Hasan Gerçek'er'e göre TCK md. 256'da tanımlanan suç "ani şekilde işlenebilirken, işkence suçunun oluşması için fail tarafından sistematiik bir biçimde ve belli bir süreç içerisinde hareket unsurunun gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu iki özellik anılan suçları birbirinden ayırmaktadır." Aktaran, Bayraktar, Köksal, 'İşkence Suçu', Günday, Metin vd. (der.) *Zabunoğlu Armağanı* içinde, Ankara Üniversitesi Yayınları, s. 157, s. 145-175.

gerçekleştiren" ifadesinin dolaylı bir biçimde sistematiik ve belli bir süre içinde işlenme kriterine işaret ettiği ileri sürülmektedir.⁵¹⁰ Bu yoruma göre, niteliği gereği işkence teşkil eden falaka, Filistin askısı, 'Çin işkencesi', gerdirme hareketlerinin yapılması, dişlerin ve tırnakların sökülmesi gibi fiillerin ötesinde,⁵¹¹ bir kişiye tokat atılması, yüzüne tükürülmesi veya tehdit edilmesi işkence suçunu oluşturmaz, sadece yaralama, tehdit ve hakaret gibi fiiller söz konusu olur.

Yargıtay da, işkence suçunun oluşması için fiilin mutlaka belli bir süre içinde ve sistematiik olarak işlenmesi kriterini muhtelif kararlarında benimsemiş görünmektedir.⁵¹² Bu yoruma göre, ani hareketlerle işkence suçu işlenemez. Hatta sistematiik olma

510 Artuk/Gökçen/Yeni Dünya, s. 173.

511 Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Ankara, Adalet, 2010, s. 3153.

512 Yargıtay 8 CD, 2014/398 E., 2014/5977 K., 11.3.2014, "Somut olayda; Pendik Belediyesinde zabita görevlisi olan sanıkların Pendik sahilinde seyyar balon satan şikayetçinin balon satmasını men etmek istedikleri sırada meydana gelen tartışmadan sonra, şikayetçiyi araçlarına alarak park ve bahçeler müdürlüğünün deposuna götürdükleri, burada şikayetçiyi birlikte darp ettikleri, daha sonra şikayetçiyi evinin yakınlarına bıraktıkları, sanıkların eylemi sonucunda meydana gelen yaralanmaya ilişkin, 27 Haziran 2012 tarihli Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Dairesinin raporunda; «dava konusu olaya bağlı olarak sol böbrek içi kanama oluştuğu ve bu kanamanın giderek artması ve hastanın yaşamsal fonksiyonlarını bozmaya başlaması üzerine kişinin ameliyatla alındığı, sol böbreğin ve dalağın alınması ile sanıkların yaralama eylemleri arasında illiyet bağının bulunduğu» ve şikayetçide önceden mevcut olan böbrek taşının böbreğin alınmasında etkili olmadığı bildirilmiştir. Dosyadaki mevcut doktor ve adli tıp kurumu raporları, olay tutanağı, iddia ve savunmayı doğrulayan tanık beyanları, hastane evrakları ile yaralama fiili sabit olup sanıkların eylemlerinin sistematiik şekilde belli bir süreç içerisinde süreklilik göstermediği, meydana gelen tartışmanın kavgaya dönüşüp yaralama ile sonuçlandığı, bu nedenle olayda, işkence suçunun yasal unsurları gerçekleştirilmeyip sanıkların bu eylemlerinin neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama niteliğinde bulunduğu gözetilerek şikayetçinin depo önüne getirdiğini gören tanık A. Y. ile olayın bağlangıcını gören tanık A. O.'ın soruşturma aşamasında ifadesi eklenmeden talimatta kovuşturma aşamasında ifadesinin alındığı ve her iki anlatımı arasında çelişkiler bulunduğu gözetilerek, önceki ifadelerinin onaylı suretleri eklenerek olay hakkında ayrıntılı ifadesi alındıktan sonra diğer delillerle birlikte değerlendirilmek suretiyle kuşkuyla neden olmayacak şekilde olayda haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi," bozma nedeni olarak kabul edilmiştir. Ayrıca bkz., Yargıtay 8 CD, 2013/15223 E., 2014/7817 K., 26.3.2014.

kriterini fiilin önceden tasarlanması ve örgütlü olarak icra edilmesi olarak yorumlayarak sistematikliği “az çok bir plan dahilinde yapılan hazırlık doğrultusunda emir komuta zinciri içinde işbölümü yapılarak icra edilmesi” olarak değerlendiren görüşlere rastlamak mümkündür.⁵¹³

Yargıtay bir başka kararında ise,⁵¹⁴ işkenceyi oluşturan fiillerin birbirini takip eden günlerde yapılmasının zorunlu olmadığını sadece belli bir süre devam etmesinin yeterli olduğunu belirtmektedir. Yargıtay, bu kararında, birkaç dakika süren kasten yaralamanın, bir dakika veya daha az süren işaret veya sözle tehdidin veya bir veya birkaç dakika süren cinsel tacizin (çimdikleme, “okşama” gibi) işkence teşkil etmediğini belirtmektedir. Yargıtay 8. Ceza Dairesi’nin bu kararına göre, söz konusu fiillerin devamlılığı halinde işkenceden söz edilmesi mümkün olabilecektir. Bu bağlamda, bir kişiye gelinip gidilip tokat atılması, tekme vurulması, on dakikada bir küfredilip vurulması, tek ayak üstünde tutulması, yüzünü duvara döndürüp elleri havada yahut tek ayak üstüne duvara yapışık vaziyette bekletilmesi, uyutmamak için geceleri sık sık soru sorulması, kızıp bağırılması, vurulması, sorguya alınması, yüksek sesle sürekli müzik dinletilmesi, “soğukta” soyundurulup betona yatırılması, elektrik verilmesi, “sıcakta” su içilmesinin önlenmesi, giyinik veya soyunukken su sıkıp seyredilmesi, tuvalet ihtiyacını gidermeye engel olunması örnek olarak verilmektedir.

Yargıtay bir başka kararda süre koşuluna daha esnek yaklaşmaktadır. Kendisini “sen gel bakım buraya” biçiminde çağıran sanık polise karşı uyarıda bulunan mağduru tekme ile dövüp diğer polislerle birlikte, ellerindeki coplar ile mağduru ellerini kelepçelerek araç içerisine alıp yaklaşık 20-25 dakika dolaştırmalarının, bu arada her üç saniğin da şikayetçiyi araç içerisinde

⁵¹³ Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Yetkin, Ankara, 2005, s. 151.

⁵¹⁴ Yargıtay 8 CD, 2012/29994 E., 2012/38227 K., 13.12.2012.

darb etmek suretiyle yaralamaları ve hakaret etmeleri eylemlerinin işkence teşkil ettiğine karar vermiştir.⁵¹⁵

Bununla birlikte sistematiklik kriterinin en doğru kararlarda dahi temel referans haline geldiği kaydedilmelidir. Örneğin Yargıtay, askeri bir infaz kurumunda, gardiyanın oda hapsi verilen mağduru elbiselerini çıkartarak çırılçıplak vaziyette şınav çektirmesi, üzerine oturması, kafasını masaya vurmaya suretiyle dövmesi eylemleri bir bütün olarak sistematik biçimde işleme kriterini gerçekleştirdiği için eski ceza kanunundaki kötü muamele (efrada suumuamele) suçu değil, işkence olarak değerlendirmiştir.⁵¹⁶

Sistematik ve belli bir süre içinde işleme kriterinin, suçun kanuni tanımında bulunmamasına rağmen işkence suçunun unsuru olarak değerlendirilmesi kabul edilebilir bir sonuç değildir.⁵¹⁷ Bir suçun kanuni unsuru, ancak kanun hükmü ile tanımlanabilir. Suç ve cezaların kanuniliği ilkesini düzenleyen Anayasa’nın 38. maddesi ile TCK’nın aynı konuya ilişkin 2. maddesi hükmü bir suçun unsurlarının ancak kanun hükmü ile düzenlenebileceğini hüküm altına almıştır. Bu bakımdan işkence suçunun unsuru olarak kabul edilen “belli bir süreç içinde ve sistematik olarak işleme” kriterinin hükümde değil gerekçede bulunması işkence suçu düzenlemesinin uygulanabilirliğini son derece istisnai hale getirmektedir. Resmi Gazete’de yayımlanmayan kanun gerekçesi bir yorum aracı olarak değerlendirilse dahi yargı organları için bağlayıcı değildir.

Nitekim, BM İşkence Sözleşmesi’nde bu ifade yer almamaktadır. Sözleşmenin hazırlık çalışmaları sırasında sistematik olma unsuru tartışılmış, ama reddedilmiştir.⁵¹⁸ Sistematik ifadesi bu

⁵¹⁵ Yargıtay 8 CD, 2013/7707E., 2014/5504 K., 6. 3.2014.

⁵¹⁶ Yargıtay 8 CD, 2012/31460 E., 2013/6705 K., 27.2.2013.

⁵¹⁷ Bkz., Altıparmak (2009) s. 164-165, Önok, s. 414, Şen, s. 336.

⁵¹⁸ Burgers/Danelius, s. 117-1118, aktaran Altıparmak (2009) s. 165.

tanımıyla AİHM tarafından “insanlığa karşı suç kavramının bir unsuru olarak bir planın varlığı” olarak tanımlanmaktadır. AİHM'ye göre, fiilin sistematik olması en azından belli bir plan ve organizasyonun varlığını aramaktadır; bu planın mutlaka açıkça ilan edilmiş veya ifade edilmiş olması gerekmez. Askeri güçlerin mobilizasyonu (hareketlenmesi) gibi bir dizi olay, spontan ve raslantı sonucu ortaya çıkan olaylar bu bağlamda değerlendirilmez.⁵¹⁹

İşkenceye TCK

Madde 250 Parantezi

Türkiye'de işkence suçunun etkin bir biçimde cezalandırılmasının önünde işkencede çekilen 'acı ve ıstırapın yoğunluğu' ve 'sistematik bir biçimde ve belli bir süre içinde işlenmesi' kriterlerinin bulunması aslında işkence suçunun en iyi ihtimalle yaralama olarak değerlendirilmesinin önünü açmaktadır. Türkiye uygulamasında zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanılması halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanmasını hüküm altına alan TCK 256. madde, doğrudan doğruya TCK 94. madde kapsamında soruşturma başlatılması gerektiği halleri de kapsamak üzere uygulanmaktadır.⁵²⁰ Zira pek çok yönden işkence suçlarının cezasız bırakılmasına zemin hazırlayacak biçimde yorumlanmaktadır. Söz konusu maddeye göre:

“Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanılması halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.”

Bu düzenleme ile, TCK md. 256, zor kullanımında ölçü aşımının söz konusu olduğu durumda kasten yaralama olduğu konusunda aksinin ispatı son derece güç bir karine yaratmıştır. Bu karineyi, Türkiye'de yargı, kolluğun kasten kendisine dönük mukavemet veya direnişte bulunmaması veya vaki direnişi etkisizleştirmiş olması halinde kuvvet kullanması durumlarını da içermek üzere uygulamakta ve böylelikle istisnaen hakkında soruşturma başlatılmış bir kötü muamele fiili ile ilgili işkence suçunu hiç değerlendirmemekte veya en iyi ihtimalle

⁵¹⁹ AİHM, Jelisic; Blaskic ve Kunarac kararlarından yola çıkarak bu değerlendirmelere ulaşmıştır. Mocanu vd./Romania, 17 Eylül 2014, (Başvuru no: 10865/09, 45886/07, 32431/08), para. 12, dn. 36.

⁵²⁰ Koç vd., s. 67; Altıparmak, 2009, s. 138-176; Committee against Torture, 'Considerations of Reports Submitted by State Parties under Article 19 of the Convention', 2010, CAT/C/TUR/CO/3, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/CAT.C.TUR.CO.3.pdf>, s. 3.

kasten yaralama olarak değerlendirmektedir. Örneğin, Türkiye İnsan Hakları Vakfı tarafından yapılan bir araştırmaya göre, 2007-2008 yılında 41 dosya üzerinde yapılan değerlendirmede, Vakfın hukuki yardım sağladığı toplam 21 dava dosyasının sadece 6'sında kamu görevlileri hakkında işkence suçu dolayısıyla kamu davası açılmıştır.⁵²¹ Diğer dosyalarda, suçun zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması, yaralama ve asta kötü muamele biçiminde tavsif edildiği tespit edilmiştir.

Yine, Gezi Parkı protestoları sırasında cereyan eden işkence ve diğer kötü muamele fiilleri için açılan az sayıda soruşturmada kasten yaralama hükümleri uygulanmıştır. Örneğin, Antalya'da Mustafa Düşteğör'ün yerde sürüklenip dövülmesi ile ilgili olarak biri amir 5 polis memuru ile ilgili dava basit yaralamadan dolayı açılmıştır. Cumhuriyet Gazetesi'nde 5 Kasım 2014'te yer alan habere göre, basit yaralama suçu nedeni ile biri amir 5 polis hakkında açılan ve Antalya 11. Asliye Ceza Mahkemesi'nde görülen davada, Düşteğör'ün vekilinin suçun yaralama değil işkence olduğu yönündeki görüşünün kabul edilmesi ve Mahkemenin görevsizlik kararı üzerine dosya Antalya 2. Ağır Ceza Mahkemesi'ne gelmiştir.⁵²² Benzer bir suçun nitelendirilmesi hatası, yine Antalya'da Gezi Parkı protestoları sırasında otoparkta saklanan üç gencin çivili sopalar da kullanılarak darp edilerek dövülmesi ile ilgili olarak failler hakkında davanın basit yaralama suçundan açılmasıdır.⁵²³

521 Türkiye İnsan Hakları Vakfı, Türkiye İnsan Hakları Vakfı'nın Türkiye'nin Üçüncü Dönemsel Raporu'nun Değerlendirilmesi İçin BM İşkenceye Karşı Komite'ye İlettiği Görüşleri ve Önerileri - 15 Ekim 2010 ve İşkenceye Karşı Komite'nin Sonuç Gözlemleri -19 Kasım 2010; 2011, http://www.tihv.org.tr/wp-content/uploads/2015/04/iskenceye_kars%C4%B1_komite.pdf (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

522 'Polis Dayağına 'Kızlı-Erkekli Alkol Alıyordardı' Savunması', Cumhuriyet, 5 Kasım 2014, http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/137497/Polis_dayagina_kizli-erkekli_alkol_aliyorlardi__savunmasi.html (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

523 'Çivili sopalı dayak 'basit yaralama', Milliyet (Gökçer Tahincioğlu), 6 Mayıs 2014, <http://www.milliyet.com.tr/civili-sopali-dayak-basit/gundem/detay/1877922/default.htm> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

Gezi Parkı protestoları sırasındaki polis şiddeti ile ilgili soruşturmalar yargının işkence suçunu çoğu zaman en iyi ihtimalle yaralama olarak nitelendirdiğine ilişkin sayısız örneklerle doludur. Antalya'da 3 Haziran 2013'te AKP binası önündeki protestolar arasında kalan ve aralarında sivil giyimli kişilerin de olduğu polisler tarafından önce cop ve tekmelerle yakalanan ve daha sonra serbest bırakılan Erdem Kara ile ilgili soruşturmada savcı tarafından, "orantısız güç" kullanan 6 polis hakkında "kasten yaralama" suçundan dava açılmıştır.⁵²⁴ Yine, Doğukan Bilir adlı üniversite öğrencisinin dövülmesine ilişkin üç polis, Şahan Gökpinar, Hüseyin Engin ve Selçuk Bal ile sopayla göstericilere saldıran Serkan Kavak hakkında "basit yaralama" suçundan dava açılmıştır. Davanın Eskişehir 9. Asliye Ceza Mahkemesi'nde 16 Eylül 2014 tarihli ilk duruşmasında, Bilir'in avukatının görevsizlik itirazı kabul edilerek dosya Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderilmiştir.⁵²⁵ Ne var ki, karara yapılan itiraz üzerine Eskişehir 1. Ağır Ceza Mahkemesi "dosyanın incelenmesinde, davaya bakma görevinin asliye ceza mahkemesine ait olduğu anlaşılma görevsizlik kararının kaldırılmasına karar vermek gerekmiştir" şeklinde herhangi bir gerekçe içermeyen kararı ile dosyayı yeniden Asliye Ceza Mahkemesi'ne göndermiş ve bu Mahkeme de işkence olarak tavsif edilmesi gereken fiili yaralama olarak değerlendirerek sanık polisler hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı vermiştir.⁵²⁶

524 'Antalya'da 6 polise 'orantısız güç' davası açıldı', Evrensel, 12 Kasım 2014, <http://www.evrensel.net/haber/97294/antalyada-6-polise-orantisiz-guc-davasi-acildi>
Olayın videosuna şu linkten erişilebilir: <http://www.imctv.com.tr/2014/11/12/gezi-direnisi-sirasinda-darp-edilen-kara-polise-dava-acti/> (Son erişim tarihi Ekim 2015).

525 'Yaralama değil işkence', Milliyet (Kemal Göktaş), <http://www.milliyet.com.tr/yaralama-degil-iskence-gundem-1941196/> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

526 Göktaş, Kemal, 'Gezi'nin meşeli saldırganının cezası belli oldu: Eylemci dövmenin cezası ayda 250 TL', <http://kemal-goktas.blogspot.com/2014/12/gezinin-meseli-saldirgannn-cezas-belli.html> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

İşkence suçunu düzenleyen TCK md. 94 ile zor kullanma yetkisinde sınırın aşılmasını düzenleyen TCK md. 256 arasındaki ayırım, en başta işkencenin damgalayıcı etkisi nedeni ile önemlidir. Bir fiilin kasten yaralama olarak nitelenmesi ile işkence olarak nitelenmesi arasında son derece önemli farklar bulunmaktadır. Birincisi, işkence suçunda ceza miktarları kasten yaralamadan daha geniş bir makası içermektedir. İkincisi, işkence suçu için zamanaşımı işlemediği halde, kasten yaralama fiili zamanaşımı süresi genel hükümlere tabidir.

Nihayet, TCK md. 256 ve TCK md. 94 çerçevesinde açılan soruşturmalarda ile ilgili en önemli farklılıklardan biri, TCK 94. madde yönünden izin aranmayacağı yönünde bir kabul varken, TCK md. 256 yönünden aksi bir kabulün bulunmasıdır. Bilindiği üzere, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerin Yargılanması Hakkında Kanun'un 2. maddesi soruşturma iznine gerek bulunmayan üç hali düzenliyor: Eski TCK md. 243'te düzenlenen işkence suçu, md. 245'te düzenlenen efrada suimuaeale (kötü muamele) ve mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun Cumhuriyet savcısının soruşturma sırasında suistimal, ihmal ve gecikme gösteren kişilere karşı doğrudan doğruya soruşturma açabilmesidir.⁵²⁷ Hatırlanacağı üzere cumhuriyet savcılarının adli kolluk amiri olarak doğrudan doğruya soruşturma başlatma yetkisi yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da düzenlenmiştir.⁵²⁸ 5252 sayılı

527 CMUK md. 154'ün bu bölümü şu biçimdeydi: "Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliyeye müteallik vazife veya işlerde suistimal veyahut ihmal ve terahileri görülen Devlet memurlar ile Cumhuriyet Müddeiumumiliğinin şifahi veya yazılı talep ve emirlerini yapmakta suistimal veya terahileri görülen zabıta amir ve memurları hakkında Müddeiumumilikçe doğrudan doğruya takibatta bulunulur. Ancak zabıta amirleri hakkında hakimlerin vazifelerinden dolayı tabi oldukları muhakeme usulü tatbik olunur. Vali, kaymakam ve nahiye müdürleri hakkında Memurin Muhakematı Kanunu hükmü caridir."

528 (5) Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini

Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun 3. maddeye göre de "mevzuatta yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanunu'na yapılan yollamalar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılır." Bu bakımdan bu suç tipi için izin alınması hukuka aykırıdır, bu konuda oluşan ve esas itibarıyla sorumlular bakımından cezasızlık anlamına gelen soruşturmama kararları bakımından tereddüt oluşmasının engellenmesi için açık bir hükmün kabulü gerektiği açıktır.

Bu haliyle bile TCK 256. maddenin uygulandığından bahsetmek güçtür. En başta, 256. maddenin gönderme yaptığı, "zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması" kavramı son derece esnek bir biçimde ve genel olarak faillerin lehine yorumlanmaktadır. Zira, Türkiye'de yargı, özellikle son dönemdeki çok önemli bazı istisnalar dışında, toplantı ve gösteri yürüyüşlerine müdahaleyi bağlamını değerlendirmeksizin hukuka uygun buluyor. Müdahaleye olanak tanıyan PVSK md. 16 ise, siyasi iktidarların toplumsal muhalefeti bastırmak için yaygın biçimde kullandıkları araç olarak en son İç Güvenlik Paketi ile olduğu gibi değişikliğe uğramaktadır.

Esasen, yukarıda işaret edildiği üzere PVSK 16. maddesinin⁵²⁹ ilk fıkrası polisin "görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde" zor kullanabileceğini belirtmektedir. Dolayısıyla maddenin pek çok açıdan eksik ve sorunlu düzenlemesine rağmen, polisin zor ve silah kullanma yetkisinin

yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır. Vali ve kaymakamlar hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri, en üst dereceli kolluk amirleri hakkında ise, hâkimlerin görevlerinden dolayı tâbi oldukları yargılama usulü uygulanır."

529 2007 yılında yapılan değişiklikten önce 16. maddedeki hükümler, 16 ve Ek md. 6'de düzenleniyordu. 2007 yılında yapılan değişiklikle 6. maddenin ilgili hükümleri de bu madde altında düzenlenmiştir.

doğabilmesi için yetkinin varlığı ve polise karşı direnmenin varlığını zorunlu gördüğü derhal anlaşılmalıdır. Böyle bir mukavemet sözü konusu olduğunda, bu madde çerçevesinde polisin kademeli ve orantılı bir biçimde güç kullanma yetkisi doğar. Fakat zor kullanmadan önce ilgililere direnmeye devam etmeleri halinde doğrudan doğruya zor kullanılacağı ihtarının yapılması gerekir. Dikkat çekici bir nokta, PVSK md. 16'nın ihtar şartını bir başka düzenleme ile adeta bertaraf etmesidir. PVSK 16. madde 4. paragraf direnmenin mahiyeti ve derecesi göz önünde bulundurularak ihtara gerek duymayabileceğini belirtiyor. Çevik Kuvvet Yönetmeliği de büyük ölçüde kanunun bu hükmüyle paralel bir düzenleme öngörmektedir.⁵³⁰

530 Polis Çevik Kuvvet Yönetmeliği, md. 25/c: "Dağıtma emri yetkili amir tarafından verilir. Bu emri alan personel görevli amir komutasında ilgili mevzuatın tanıdığı yetkileri kullanmak üzere derhal harekete geçer./Yapılacak müdahale topluluğu dağıtma, toplanmayı önleme ve suçluları yakalama amacına yönelik olmalıdır./Toplu hareketin niteliğine veya dağıtma sırasında gösterilen cebir ve şiddet veya tehdit veya saldırı veya karşı koyma derecesine ve gereğine göre kademeli şekilde artan ölçüde bedeni kuvvet, maddi güç ve silah kullanılır."

Aynı yönetmeliğin tanımları ihtiva eden 4. maddesi, zor kullanmayı: "kanunsuz toplu hareket haline gelen bir toplumsal olayın etkisiz hale getirilmesi veya önlenmesi veya dağıtılması için; toplu hareketin niteliğine veya dağıtma sırasında meydana gelen cebir ve şiddet veya saldırı veya direnişin derecesine ve gereğine göre kademeli şekilde artan ölçüde bedeni kuvvet, maddi güç ve silah kullanılması hali" olarak tanımlamış; 'silah ve araç'ı ise "cop (normal veya elektrikli), sis ve gaz bombaları, tabanca, makinalı tabanca, ve tüfek, gaz ve bomba tüfeği, dürbünlü tüfek ve benzeri vurucu, önleyici etkisiz hale getirici savunmaya elverişli aletleri, gaz, boyalı veya boyasız tazyikli su püskürten veya personeli ve malzemelerini taşıyan zırhlı veya zırhsız araçlar ile helikopterleri veya uçakları" olarak sayılmıştır.

KOLLUĞUN TOPLUMSAL GÖSTERİLERE HUKUKA AYKIRI MÜDAHALESİ

Türkiye'de kolluğun zor ve silah kullanma yetkisindeki temel sorunlardan biri, polislin direnişle karşılaştığı iddiasıyla direnmeyi etkisiz hale getirmek için hareket ettiği durumlarda aslında böyle bir yetkinin hukuken hiç doğmamış olmasıdır. Bu biçimde güç kullanımının zaman zaman "orantısız güç" biçiminde kavramsallaştırılması hem güç kullanımının yasa dışı niteliğini perdelemekte hem de suç teşkil eden fiilin doğru bir biçimde hukuki olarak değerlendirilmesini zorlaştırmaktadır. Kolluğun özellikle toplumsal olaylara müdahalesinde yasadışı güç kullandığı durumlarda, PVSK 16. maddenin polis zorunu kaçınılmaz hale getirip getirmediği sorununun siyasi tercihe bağlı bir karar olduğu ve öncelikle bu çerçevede bir değerlendirmeye tabi tutulması gerektiği açıktır. Fakat bu çalışma kapsamı itibarıyla, Türkiye'de siyasi iktidarların toplumsal gösterilere dönük tutumunu değerlendirmekten ziyade bu durumun neden olduğu ve yeniden ürettiği cezasızlık olgusunun merkezindeki kanuna aykırı zor kullanma üzerinde odaklanacaktır.

Esasen, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'na aykırı biçimde toplanıldığı iddiasıyla kimi zaman herhangi bir ihtar veya kalabalığın tamamının duyabileceği biçimde ihtar etmeden gerçekleştirilen müdahaleler, 'kanuni' dayanağı bulunsada dahi hukuki dayanaktan yoksundur. Anayasa'nın 34. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (md. 11)⁵³¹ ve BM

⁵³¹ AİHS md. 11: "1. Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir.

2. Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir

Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (md. 21)⁵³² hükümlerine paralel bir biçimde, barışçıl toplanma hakkını güvence altına alır. İlgili anayasal düzenlemede, herkesin önceden izin almadan, silahsız ve saldırsız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyebilmesi olarak tarif edilen barışçıl gösteri düzenleme hakkı ile ilgili, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığı ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla kanun ile sınırlanabileceği ve son fıkrada, bu hakkın kullanımında uygulanacak şekil, şart ve usullerin kanunla düzenleneceği belirtilmektedir. Anayasanın 34. maddesinin gönderme yaptığı kanun 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'dur. 2911 sayılı Kanun'da ise, Anayasa md. 34'ten farklı olarak bildirim yükümlülüğü öngörülmektedir (md. 10).

Buradaki bildirim yükümlülüğünden hareketle, hükümet sözcülerinin, mülki idare amirlerinin sık sık 'izinsiz toplantı' kavramı ile hukuka aykırı müdahaleleri meşru göstermeye çalışmaları Türkiye açısından yerleşik bir idari pratik, en azından sıkça başvurulmuş bir söylemdir. 1990'ların başında, bu alana ilişkin detaylı vaka incelemesi yapan Tanör, idari kararlarla toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kullanılamaz hale getirildiği sıkıyönetim rejiminin bitmesinin ardından, 2911 sayılı Kanun döneminde pek çoğu gerekçesiz yasaklama kararları ile aslında bu hakkın kullanımında fiilen izin sisteminin bulunduğunu tespit etmiştir.⁵³³ Aradan geçen uzun yıllara rağmen 2015 Türkiye'sinde

toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığı veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarıncayukarıda anılan haklarını kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir."

⁵³² BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi md. 21 'toplama özgürlüğü' başlıklı hüküm: "Barışçıl bir biçimde toplanma hakkı hukuk tarafından tanınır. Bu hakkın kullanılmasına ulusal güvenliği veya kamu güvenliğini, kamu düzenini, sağlık veya ahlakı veya başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma amacı taşıyan, demokratik bir toplumda gerekli bulunan ve hukuka uygun olarak getirilen sınırlamaların dışında başka hiçbir sınırlama konamaz."

⁵³³ Tanör, s. 110.

çok daha farklı bir tablonun bulunduğundan söz etmek güçtür. Fakat açıktır ki, buradaki bildirim yükümlülüğünün hakkın özüne dokunacak biçimde izin mükellefiyeti olarak yorumlanması mümkün değildir. Aksine, bildirim yükümlülüğünün, idarenin toplantıya katılma hakkını etkili bir biçimde güvence altına almasını sağlamak amacıyla, örneğin trafiğin akışı ile ilgili gerekli düzenlemelerin yapılması için ihdas edildiği biçiminde yorumlanması gerekir. AİHM Samüt Kararında,⁵³⁴ Ataman/Türkiye⁵³⁵ kararındaki içtihadını devam ettirerek bildirim olmaması halinde bir gösterinin kanunsuz olacağını belirtmekle birlikte, esas itibarıyla gösterinin günlük hayatın sekteye uğraması ve husumete yol açabilmesi ihtimallerinin dikkate alınarak, ilgililerin mevzuata uyması gerekliliğini ifade ettikten sonra,

"Ancak, kanunsuz bir durumun toplantı yapma özgürlüğü ihlalini haklı çıkarmadığına ve bu nitelikteki düzenlemelerin AİHS'de korunduğu şekliyle toplantı yapma özgürlüğüne yönelik gizli bir engel temsil etmemesi gerektiğine işaret eder"

saptaması ile, Strasbourg Mahkemesi'nin bildirim yapılmamasının hakkın kullanımını engelleyen bir durum olarak değerlendirilmemesi gerektiği kanaatinde olduğunu ifade etmiştir.

Böyle bir bildirim yapılmadığı halde toplantı ve gösteri yürüyüşünün yapılacağı basın yayın organları aracılığıyla duyurulmuş olması halinde bu yükümlülüğün yerine getirilmiş olduğunu

⁵³⁴ Samüt Kararında/Türkiye, (Başvuru no: 16999/04), 27 Ocak 2009.

⁵³⁵ Örneğin, Ataman (Başvuru no: 74552/01), 5.3.2007 kararında AİHM şu değerlendirmede bulunmuştur: "AİHM, ulusal mevzuat hükümlerini göz önünde bulundurarak, halka açık gösterilerin düzenlenmesi için hiçbir izne gerek olmadığını gözlemlemektedir. Olayların meydana geldiği dönemde, yetkili makamlara yapılacak bildirimden önce iki saat önce yapılması gerekiyordu. İlke olarak benzeri düzenlemeler, AİHS tarafından korunduğu şekliyle toplantı yapma özgürlüğüne gizli bir engel oluşturmamalıdır. Kamu alanlarındaki her türlü gösteri günlük yaşamın devamı için bir takım düzensizliklere neden olabilmekte ve kinle karşı karşıya kalmabilmektedir. Hal böyleyken, dernek ve diğer gösteri organizatörlerinin, yürürlükteki düzenlemelere riayet ederek, demokrasinin aktörleri olarak oyunun kurallarına katılması önemlidir." para. 38.

kabul etmek gerekir. Hatta, AİHM'ye göre, politik bir olaya ilişkin derhal tepki verilmesinin haklı olduğu ve bu tutumun da barışçıl bir gösteri biçiminde tezahür ettiği özel durumlarda, sadece bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması gerekçesiyle dağıtılması, barışçıl toplanma hakkına dönük orantısız bir sınırlama niteliğindedir.⁵³⁶

Türkiye'de toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını önemli ölçüde sınırlandıran ve uygulamaya yansıyan, "kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşleri" düzenlemesi altında bulunan sayısız fiillerdir. Örneğin;

"Ateşli silahlar veya patlayıcı maddeler veya her türlü kesici, delici aletler veya taş, sopa, demir ve lastik çubuklar, boğma teli veya zincir gibi bereleyici ve boğucu araçlar veya yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı eczalar veya diğer her türlü zehirler veya her türlü sis, gaz ve benzeri maddeler ile yasadışı örgüt ve topluluklara ait amblem ve işaret taşınarak veya bu işaret ve amblemleri üzerinde bulunduran üniformayı andırır giysiler giyilerek veya kimliklerini gizlemek amacıyla yüzlerini tamamen veya kısmen bez vesair unsurlarla örterek toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılma ve kanunların suç saydığı nitelik taşıyan afiş, pankart, döviz, resim, levha, araç ve gereçler taşınarak veya bu nitelikte sloganlar söylenerek veya ses cihazları ile yayınlanarak"

yapılan toplantı kanunsuz toplantı olarak değerlendirilmekte ve bu durumda müdahale gerekçesi doğmaktadır. Dolayısıyla toplantının içinde şiddet kullanmaya eğilimli veya "yasadışı örgüt ve topluluklara" ait, amblem işaret taşınması hatta bu işaret ve amblemleri andıran üniformaya benzeyen giysiler giyilmesi veya kanunun suç saydığı nitelikte afiş, pankart, döviz taşıyanların bulunması toplantıya müdahale için yeterlidir. Nitekim, polis bu gerekçelerle başladığı müdahalelerle sıklıkla karşılaşmaktadır. Fakat, konuyla ilgili AİHM

⁵³⁶ Bukta vd./Türkiye (Başvuru no: 25691/04), 17.7.2007.

içtihadı, barışçıl bir gösterinin arasına şiddet kullanma niyetinde kişilerin karışmış olması durumunda dahi, halka açık bir gösterinin gösteriyi düzenleyenlerin kontrolünün dışında olaylar gelişmesine ilişkin gerçek bir tehlike mevcut olsa dahi toplantının barışçıl toplantı kapsamından çıkmayacağını belirtmiştir.⁵³⁷ Bu durumda, kolluğun barışçıl gösteri yapanlarla şiddete başvuranları ayırması zorunluluğu bulunduğu kabul edilmektedir.⁵³⁸ Türkiye'de bu türden müdahalelerin nasıl hukuksuz bir zeminde geliştiğini anlamayı sağlayan bir olgu ise, polislin linç eğilimi gösteren kalabalıklara çoğunlukla hoşgörü ile yaklaşmasıdır.

Kolluğun

“Orantısız”

Güç Kullanımı

Kolluğun hukuka aykırı bir biçimde gelişen müdahalelerinde kritik diğer sorun ise müdahalelerin kasten öldürme, yaralama ve zaman zaman da işkence suçunun unsurlarını oluşturabilecek bir biçimde gelişmesidir. Örneğin, TBB'nin Ağustos 2013 tarihli raporuna göre Gezi Parkı'na ilişkin protestolar sürerken toplam 13 ilde 8041 kişi yaralanmış, 103 kişi kafa travmasına uğramış, 11 kişi gözünü kaybetmiş, 1 kişinin dalağı alınmıştır.

Yine, son yıllarda, toplumsal gösterileri bastırmak için giderek artan bir biçimde kullanılan kimyasal gösteri kontrol ajanları, plastik mermilerin kullanılması açık bir biçimde işkence ve kötü muamele yasağını ihlal etmektedir. İnsan hakları kuruluşlarının ve sivil toplum örgütlerinin dikkat çektiği bu yeni durum özellikle Haziran 2013'te Türkiye'nin tamamına yayılmış toplumsal gösterilere polislin müdahalesinde son derece vahim ve dikkat çekici bir noktaya ulaşmıştır.⁵³⁹ Gösterilerin yalnızca ilk 15 gününde 150.000 adet gaz bombası kullanıldığı kaydedilmektedir.⁵⁴⁰

Kolluğun biber gazı kapsülünü silah olarak kullanarak kasten öldürme suçu işlediği yukarıda tartışıldı. Biber gazı ile müdahalede sadece bu biçimde kapsülün silah olarak kullanılması nedeniyle değil, polislin yer yer kapalı alanlara hatta hastanelere dahi biber gazı atmasıyla maruz kalan gaz nedeniyle gerçekleşen öldürme ve yaralama fiillerinin özellikle son yıllarda yoğun biçimde işlendiğini gözlemlemek

⁵³⁹ TİHV'in yaptığı bir basın toplantısına katılan Matthew Pringle (APT-Association for the Prevention of Torture), “uygulanan şiddet bize, ‘bunlar ancak 80'lerde yaşanır’ dedirtti” değerlendirmesinde bulunmuştur, 17.1.2014, <http://www.evrensel.net/haber/76582/turkiyede-iskence-hl-onleniyor.html#.UwKWPV6Ffx5> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

⁵⁴⁰ Taksim Dayanışması, Hak İhlalleri Raporu, Temmuz 2014, http://issuu.com/takipteyiz/docs/hak_ihlalleri_raporu, s. 8.

⁵³⁷ Gün vd./Türkiye (Başvuru no: 8029/07), 18.6.2013, para. 51.

⁵³⁸ Altıparmak, Kerem, ‘Gezinin Hatırlattığı Hak’, *Bianet*, 3 Temmuz 2013, <http://bianet.org/bianet/toplum/148157-gezi-nin-hatirlattigi-hak-bariscil-toplanti> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

mümkün. Biber Gazı Yasaklansın İnisyatifi'nin periyodik raporları, toplumsal gösterilerde biber gazı kullanımının ne denli yoğun olduğunu göstermektedir. Bu oluşumun verilerine göre 2014 yılında 365 günün 224 gününde biber gazı kullanılmış ve yukarıda belirtildiği gibi, 8 kişi biber gazı nedeniyle hayatını kaybederken, en az 453 kişi de yaralanmıştır.⁵⁴¹

Bilindiği üzere biber gazı kullanımına ilişkin eleştiriler, iktidar cenahında genellikle Avrupa ülkelerinde de biber gazı kullanıldığı savunusu ile karşılaşılır.⁵⁴² AİHM'nin bu konuda yasaklayıcı bir içtihat geliştirmemesi bu bakımından önem arz etmektedir. Gerçekten, AİHM, 1997'de yürürlüğe giren Kimyasal Silahların Geliştirilmesi, Üretilmesi, Depolanması ve Kullanılmasının Yasaklanması Sözleşmesi'ne atıfta bulunarak kural olarak biber gazı oluşturan gazların savaşlarda değil, ama iç karışıklıkları bastırmak için kullanılmasının mümkün olduğunu belirtmektedir. Fakat AİHM biber gazı kullanımında orantılılık esasına aykırılığın Sözleşmenin 3. maddesindeki işkence ve kötü muamele yasağına aykırı olacağını belirtmektedir.

Oya Ataman/Türkiye kararına konu olayda kolluk, F Tipi hapishaneleri protesto etmek üzere basın açıklamasına katılan başvurucunun da içinde olduğu kişilere karşı biber gazı kullanmıştır. Mahkeme, bu kararda, biber gazının solunum sorunlarına, bulantı, kusma, göğüs ağrısı, gözlerde ve deride rahatsızlıklara yol açabileceğine, aşırı doz halinde ise solunum ve sindirim borularında doku ölümüne, akciğer ödemi ve iç hemorajiye yol açabileceğine işaret etmiştir.⁵⁴³ Bununla birlikte somut olayda başvurucu kendisinde bu türden rahatsızlıkların

ortaya çıkmış olduğuna ilişkin tıbbi rapor sunamadığı için,⁵⁴⁴ Sözleşme'nin işkence ve kötü muamele yasağını düzenleyen 3. maddesine dönük ihlal bulmamıştır. Ancak biber gazı kullanımının ilke olarak işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olduğunu prensip olarak kabul etmiştir.⁵⁴⁵

Ali Güneş kararında ise,⁵⁴⁶ başvurucu 2004 yılında 28-29 Haziran tarihleri arasında devam eden Nato Zirvesi'ne dönük protestolar sırasında Mecidiyeköy Metro İstasyonu önünde yapılan basın açıklaması sırasında polis tarafından yakalanmış, herhangi bir mukavemet sergilemediği halde biber gazına maruz kalmıştır. Aynı gün yapılan muayenede başvurucunun gözlerinde kızarıklık olduğu tespit edilmiş ve ikinci bir muayenede de darp izlerine rastlanmıştır. Mahkeme, Avrupa İşkenceye Karşı Komite'nin tavsiyelerini hatırlatmıştır. Buna göre:⁵⁴⁷

1. *Biber gazı potansiyel olarak tehlikeli bir maddedir ve kapalı alanlarda kullanılmaması gerekir. Açık alanlarda da ancak istisnaen kullanılabilir.*
2. *Biber gazına maruz kalan kişiler derhal doktora ulaştırılmalı ve bu kişilere panzehir sağlanmalıdır.*
3. *Biber gazı kontrol altına alınmış kişilere karşı kullanılmamalıdır.*
4. *Biber gazının hangi durumda kullanılabilmesine ilişkin normsal bir çerçeveye oluşturulmalıdır.*
5. *Biber gazı kullanımına ilişkin yeterli bir raporlama ve denetim mekanizması sağlanmalıdır.*

Bu tespitler ile birlikte Mahkeme, dava konusu olayda gazların neden olduğu etkileri ve

⁵⁴¹ Bkz. Biber Gazı Yasaklansın Raporu 2014, <http://www.bibergaziyasaklansin.net/icerik/bgyrapor2014.pdf>, (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

⁵⁴² Bkz., örneğin, 'Gazımız kalite belgesi ve doğal', Hürriyet (Umut Erdem), 15 Ağustos 2012, <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/21231981.asp> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

⁵⁴³ Oya Ataman/Türkiye, (Başvuru no: 74552/01), 5 Aralık 2006, para. 17-18.

⁵⁴⁴ A.g.e., para. 26.

⁵⁴⁵ Bkz. Ertan, İzzet Mert, 'Toplumsal Olaylara Müdahalede Biber Gazı Kullanılmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluğu', *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, c. 32., sy. 1, 2012, s. 51-69, s. 63-64.

⁵⁴⁶ Ali Güneş/Türkiye, (Başvuru no. 9829/07), 10 Nisan 2012.

⁵⁴⁷ CPT/Inf(2009)25 ve CPT/Inf (2009)8; Ali Güneş/Türkiye, para. 39-40.

potansiyel sağlık tehlikelerini göz önünde bulundurarak, başvuranın gözüne "hukuksal bir dayanağı olmaksızın sıkılmasının" kendisinde yoğun fiziksel ve ruhsal acı duymasına neden olabileceği ve başvurunu aşağılayabilecek ve itibarını düşürülebilecek korku, acı ve aşağılanma duyguları yaratacağı kanaatinde olduğunu belirtmiş ve bu nedenle muamelenin insanlık dışı ve aşağılayıcı nitelikte olduğunu belirlemiştir.⁵⁴⁸

Son olarak, yukarıda tartışıldığı üzere Abdullah Yaşa kararında da, AİHM biber gazı kullanımına ilişkin standartları tartışmıştır. Ne var ki, Mahkeme'nin de belirttiği üzere burada aslında biber gazının potansiyel bir biçimde öldürücü bir silah olarak kullanılması söz konusudur.

En son Yaşa kararında biber gazı kapsülü ile yaralanan Yaşa bakımından keyfiliğe, yetki aşımına ve kaçınılabilecek kazalara karşı uygun ve etkili bir güvence sistemi almayan Türkiye'nin işkence yasağını ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla, Mahkeme burada ölümcül kuvvet kullanımına ilişkin kuralların kıyasen uygulanması gerektiği kanaatinde-dir.⁵⁴⁹ Mahkeme, bu dönem itibariyle ulusal mevzuatta biber gazı kullanımının düzenlenmediğini belirtmiş ve somut olayda mağdura dönük uygulanan kuvvet kullanımının uygun bir hareket tarzı olmadığını ifade ederek, barışçıl olmayan bir gösteriyi dağıtma amacıyla orantılı olmayan bu müdahalenin Sözleşme'nin işkence ve kötü muamele yasağını düzenleyen 3. Maddesine aykırı olduğunu tespit etmiştir.⁵⁵⁰

AİHM'nin sadece bu kararları dahi biber gazı kullanımı ile işkence ve kötü muamele yasağı arasındaki ilişkiyi gözler önüne sermektedir. Her ne kadar biber gazı kullanımına ilişkin 15 Aralık 2008 tarihinde Emniyet Genel Müdürlüğu Genelgesi ile (Genelge no: 19) Göz Yaşartıcı Gaz Silahları ve Mühimmatları Kullanım Talimatı'na⁵⁵¹

⁵⁴⁸ Ali Güneş/Türkiye, para. 43.

⁵⁴⁹ Abdullah Yaşa/Türkiye, para. 50.

⁵⁵⁰ A.g.e., para. 50.

⁵⁵¹ Söz konusu Talimat için bkz. Abdullah Yaşa/Türkiye, para. 28.

uyulması gerekliliği hatırlatılmışsa da söz konusu Talimat'ta belirlenen ilkelerin aksi yönde kuralların yerleşik bir idari pratik haline geldiği gözlemlenmektedir. Biber gazı kullanımının Türk Tabipler Birliği tarafından hazırlanan raporda da ayrıntılı bir biçimde açıklanan tıbbi açıdan olumsuz etki ve sonuçları değerlendirildiğinde, biber gazının kullanılmasına ilişkin sakıncalar daha net bir biçimde görülebilmektedir. Bu bakımdan biber gazı kullanımı ile ilgili ilkelerin açık bir biçimde ifade edilmesi, Talimat ile değil, PVSK'da ayrıntılı olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Aksi halde, bu kimyasal silahın kullanımına ilişkinin AİHM'nin de aradığı üzere etkili bir güvence sisteminden mahrum biçimde, muhtelif suistimaller ortaya çıkmaya devam edecektir. Nitekim, sadece biber gazına maruziyet değil aynı zamanda biber gazı silahının neden olduğu uzuv kaybı ve ölümlere ilişkin soruşturmalarda yol alınamamaktadır.⁵⁵²

⁵⁵² TBB, Gezi Raporu, 'Polis şiddeti ve Cezasızlık' başlığı altında, bkz., s. 181-218.

Yeni TCK'daki

İşkence Suçuna İlişkin

Düzenlemeye Dair

Ara Sonuçlar

Yukarıda tartışıldığı üzere, siyasi iktidar, Avrupa Birliği'ne tam üyeliğin gereklilikleri karşısında, Türkiye'nin dış politikasında da öteden beri sorun olan sistematik devlet şiddetini sınırlandırma eğiliminde olduğu izlenimi yaratmış ve hatta daha da ileri giderek en azından retorik düzeyde işkenceye karşı sıfır tolerans yaklaşımını benimsemiştir. Kuşkusuz, Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki hukuka aykırı delillere ilişkin mevzuat ile birlikte, işkence suçu düzenlemesi insan haklarını koruma standartları açısından önemli kabul edilebilecek adımlardır. Ne var ki, daha en başından gerekçe madde metninin olduğu gibi uygulanmasını bertaraf edici bir dille kaleme alınmıştır. Madde metninde bulunmayan 'sistematiklik ve belli bir süreç içinde işleme' Altıparmak tarafından haklı olarak belirtildiği üzere ağırlık ölçütünün hem de çok daha ölçüsüz bir biçimde işkence tanımı içine sokulmasını sonuçlamıştır.⁵⁵³

AİHM'nin bir dizi kararında da vurgulandığı üzere, işkence yasağının günün koşullarına göre değerlendirilmesi gerektiği açıktır.⁵⁵⁴ Yukarıda belirtildiği üzere, işkence artık, gözaltına ilişkin hukuki süreçlerden imtina etmek maksadıyla daha çok gözaltı merkezlerinin dışında gerçekleşmektedir. Son olarak Gezi Parkı protestoları sırasında daha fazla işfa olduğu üzere Türkiye'de kolluk, toplumsal gösterilerin bastırılması sırasında sokaklarda, meydanlarda, polis araçlarında veya daha sıkça gözlemlendiği üzere kayıt dışı gözaltı pratiği ile de işkence teşkil eden fiillere başvurmaktadır. Bu bakımdan işkencenin artık mekan ve yöntemler açısından

⁵⁵³ Altıparmak (2009), s. 164-165.

⁵⁵⁴ Altıparmak (2009), s. 139; Bkz., Tyrer/Birleşik Krallık, para. 31; Soering/Birleşik Krallık para. 40; Loizidou/Türkiye, para. 71.

değişime uğradığından söz etmek mümkündür. Örneğin, TİHV'in kendilerine yapılan başvuruları değerlendirerek işkenceye ilişkin 22 yıllık bir envanter çıkardığı rapora göre, 80'li ve 90'lı yıllarda sıklıkla uygulanan ve (askı, elektrik, falaka, haya burma gibi) ağır fiziksel acı veren ve sekel bırakan yöntemler giderek azalmıştır. Daha önceden en sık başvurulan gözbağı, basınçlı soğuk su, elektrik gibi işkence yöntemleri 2006-2010 yılları arasında sık başvurulan işkence yöntemleri olmaktan çıkmıştır, askı, elektrik, falaka ve haya burma gibi yöntemler ise 2008 sonrası dönemde hemen hiç görülmemiştir.⁵⁵⁵ Bu yöntemler yerine, kimyasal maddelere maruziyet, hakaret ve aşağılama, anlamsız istemlere zorlama, yeme içmenin kısıtlanması gibi yüzeysel bir bakış açısıyla kişinin bedensel ve ruhsal sağlığını daha az ihlal eden veya TİHV Raporu'nun ifadesiyle "fiziksel olarak görece ağır tıbbi bulgu vermeyen ama kişilerin ruhsal bütünlüğünü bozmaya yönelik yöntemler" ön plana çıkmıştır. Geleneksel yöntemlerin dışında işkencenin tekrar eden ve sistematik bir biçimde yapılması gerektiğini belirtmek işkenceyi önlemek konusunda en azından kanun metnine yansıyan şekilde ifade edilen kararlılığın veya görünüşteki kararlılığın ihlali olacaktır ki, bu ihlal en somut biçimlerde meydanlarda görülebilmektedir. Altıparmak'ın ifade ettiği üzere, "yeni baskı araçlarını cevaplamayan bir yasak mutlak bir yasak olamaz".⁵⁵⁶

İşkence suçlarında mekan ve yöntemler açısından yaşanan bu değişime Türkiye'de yargının doğru refleksler geliştirebildiğini söylemek ise mümkün değildir. Esasen, Türkiye'de yargının mevzuatı gerekçe göstererek işkencenin en yeni yöntemleri karşısında duyarsız, taraflı ve zaman zaman hayırhah bir tutum içinde olduğu gözlemlenmektedir. İşkenceye ilişkin yeni tanımı benimsemiş olmakla birlikte, eski ceza kanunu döneminde işkencenin istisnailiği ve kötü muamele suçunun neredeyse torba bir hüküm olarak yargı önüne gelen az sayıda olayda kullanılması pratiği devam ettirilmiştir. Özetle, yargı, Türkiye'de meydanlarda gerçekleşen işkenceyi en iyi ihtimalle basit yaralama olarak

⁵⁵⁵ Yılmaz vd. (TİHV), s. 37.

⁵⁵⁶ Altıparmak (2009), s. 139.

değerlendirmekte, bu değerlendirmenin aksi görüşleri de işkencenin sistematikliği ve sürekliliği kriterini gerekçe göstererek reddedebilmektedir.

Türkiye'de cezasızlık olgusunun bir mevzuat problemi değil, esas itibarıyla bir zihniyet ve uygulama sorunu olduğu konusunda genel bir mutabakatın bulunduğundan söz etmek mümkün. 1990'larda tepe noktasına varan cezasızlık 'pratiği', bugün de muhtelif biçim ve yöntemlerle devam ettirilmektedir. Dahası, kolluk güçleri tarafından işlenen ağır insan hakları ihlallerini kabul yerine ancak istisnaen münferit ilan eden resmi tutumun giderek ve daha fazla kolluğun eylem ve işlemlerinin kutsanmasına evrildiğini söylemek mümkün. Başka bir ifade ile, 'çapulcu', 'marjinal', 'terörist' olarak tarif edilen toplumsal muhalefetin değişik bileşenlerine karşı, destan yazan ve suç işlemeyecek olan polisten,⁵⁵⁷ yargıya verilen talimattan söz edilebilmesi⁵⁵⁸ artık retorik düzeyde dahi fiilen düşman ceza hukuku kodları ile hareket edildiğini göstermektedir. Bu bakımdan insan hakları ihlallerinin yoğunluğunun, vahametinin ve boyutlarının esas itibarıyla bir mevzuat değil, siyasi bir tercih olduğu ve uygulamanın bu siyasal iklim ekseninde şekillendiği açıktır. Nitekim, Türkiye mevzuatında köklü olduğu söylenen değişimler, sorunun kanuni düzenlemelerde değil, bu düzenlemelerin uygulamasında olduğu inancını haklı olarak pekiştirmektedir.

Bununla birlikte, sorunun teşhisi açısından son derece önemli bu tespitin, mevzuatın cezasızlık sonucu doğuran hükümlerinin gözlerden kaçması riskini de beraberinde getirdiği söylenmelidir. Zira, 2000'li yılların ilk çeyreğinden başlayarak yaşam hakkı, beden bütünlüğü ve kişi özgürlüğü ve güvenliğine ilişkin normsal standartlara ilişkin yapılan iyileştirmelere rağmen, pozitif hukuk,

muhtelif biçimlerde ihlallerinin öznelinin cezadan muaf olmasını sağlayacak biçimde muhafaza edilmektedir. Bu bakımdan, amaca uygunluk ve orantılılık kriterine yer verilmeyen, yaşam hakkı ve işkence yasağı gibi temel hak ve özgürlüklerin çekirdek alanı içinde yer alan hakları relative eden ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerinin gerisinde bir yasal çerçeve ve bu çerçevenin de gerisinde bir yargı pratiği Türkiye'de cezasızlık olgusunu yeniden ve yeniden üretmeye devam etmektedir. Bu nedenle, Türkiye'de mevzuattan kaynaklanan cezasızlık nedenlerinin altının çizilmesi ve değerlendirilmesi giderek daha fazla önem kazanmaktadır.

⁵⁵⁷ 'Polis destan yazdı', *Milliyet*, 24 Haziran 2013, <http://www.milliyet.com.tr/polis-destanyazdi/siyaset/detay/1727367/default.htm> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

⁵⁵⁸ 'Yargıya söyledik biz de gereğini yapacağız!', *Vatan*, 6 Eylül 2012, <http://www.gazetevatan.com/yargiya-soyledik-biz-de-gereğini-yapacağız--479031-siyaset/> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

TÜRKİYE'NİN

CEZASIZLIK

MEVZUATINA İLİŞKİN

SONUÇ VE ÖNERİLER

1. Yaşam Hakkı ve Güvenlik Güçlerinin Faili Olduğu Kasten Öldürme Fiilleri Açısından

Bu bağlamda ilk olarak üzerinde durulması gereken nokta, Türkiye'de yaşam hakkını düzenleyen Anayasa'nın 17. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinin esas itibarıyla yaşam hakkının korunması ve bununla bağlantılı olarak ölümcül kuvvet kullanımı bakımından birbirinden farklı iki ayrı rejim öngörmesidir. AİHS md.2 ölümcül kuvvet kullanımı bakımından iki önemli kriter ihdas etmektedir. Birincisi, Sözleşme'de belirtilen durumlarda güç kullanımının mutlak zorunlu olması ve bu gücün kullanımında ulaşılmak istenen amaç ile orantılı kullanılmasıdır. Nitekim, AİHM de bir dizi kararında "kullanılması mutlaka gerekli güç" ifadesinin, Sözleşme'nin 8-11. maddelerinde geçen "demokratik bir toplumda zorunlu" olup olmadığı değerlendirilirken başvuru zorunluluk koşulundan daha katı ve sıkı bir zorunluluk ölçütü olduğunun altını çizmektedir.

Anayasa md. 17 ise, sınırlı hallerde "silah kullanımına kanunen cevaz verilen zorunlu durumlar" ifadesini içermektedir. Kuşkusuz, bu hükmün temel hak ve özgürlükler rejiminin sınırlandırılmasına ilişkin ölçülülük dahil olmak üzere genel sınırlandırma kriterlerini belirleyen ve yaşam hakkının bu hak ve özgürlüklerin çekirdek alanı içinde olduğunu hüküm altına alan Anayasa'nın 13. ve 15. maddeleri ile birlikte yorumlanması gerekmektedir. Yine, Anayasa ve AİHS arasındaki bu farklılık nedeniyle Anayasa md. 90/son çerçevesinde, Sözleşme hükümleri dikkate alınacaktır. Ne var ki, yaşam hakkına istisna olarak kabul edilen ölümcül kuvvet kullanımının düzenlendiği Anayasa hükmünde ölçülülük ilkesine yer verilmemesi yine de büyük bir eksiklik olarak kabul edilmelidir. Türkiye'ye ilişkin Yasadışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazlarla

ilgili Komite tarafından da dile getirildiği üzere,⁵⁵⁹ Anayasa'nın 17. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi ile uyumlu hale getirilmelidir. Yeni Anayasa hükmü, AİHS'de ifadesini bulan ve AİHM içtihatlarında da sıklıkla gündeme getirilen mutlak zorunluluk ve orantılılık kriterlerini yansıtmalıdır.

Anayasal çerçevesi bu biçimde belirlenen ölümcül güç kullanımına ilişkin mevzuat, Türkiye'de güvenlik güçlerine insan hakları hukukunun bu konuda geliştirdiği standartların çok ötesinde suiistimal ve keyfi muamelelere imkan tanıyan cömert yetkiler vermektedir. Bu yetkiler, yaşam hakkının korunması bakımından gerek AİHM'nin bir dizi kararı ile geliştirdiği kriterlerin⁵⁶⁰ gerekse de yine AİHM'nin kararına dayanak oluşturan ölümcül kuvvet kullanımına ilişkin uluslararası standartların çok gerisindedir.

Yukarıda tartışıldığı üzere, BM bünyesinde kolluk güçlerinin zor ve silah kullanımına ilişkin iki belge, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 1979 yılında kabul edilen "Kolluk Güçlerinin Davranışlarına İlişkin Kurallar" ile 1990 yılında Havana'da yapılan Suçun Önlenmesi ve Suçluların Islahı Kongresi'nde kabul edilen "Kuvvet Kullanmaya Yetkili Memurlar Tarafından Zor ve Ateşli Silahların Kullanılması Hakkında Temel İlkeler"dir. 1979 tarihli Kolluk Güçlerinin Davranışlarına İlişkin Kurallar'da, güç kullanımının her açıdan istisnai olduğu, her halükarda orantılı biçimde kullanılması gerekliliği, ateşli silahların ekstrem araçlar olduğu ve özellikle ateşli silahların çocuklara karşı kullanılmasından kaçınılması gerektiği ifade edilmiştir. Yine, suç şüphesi altındaki kimse silahlı biçimde direnmedikçe veya başka surette başkalarının hayatını tehlikeye düşürmedikçe ve daha az risk taşıyan bir araçla denetiminin ve yakalanmasının mümkün olmadığı bir durum söz konusu olmadıkça ateşli silah kullanımından kaçınılması gerektiği düzenlenmektedir. 1990 tarihli Suçun Önlenmesi ve Suçluların Islahı Kongresi'nde ise orantılılık ilkesinin bir kez

⁵⁵⁹ A/HRC/23/47/Add.2, s. 4, para. 14.

⁵⁶⁰ Bkz. yukarıda yaşam hakkı ile ilgili mevzuat başlığı altında.

daha altı çizilmiş, güç kullanımı sonucu ortaya çıkan zarar ve ziyanın asgariye indirilmesi ve insan yaşamına saygı gösterilmesi ve korunmasının gerekliliği vurgulanmıştır. İlke Kurallar çerçevesinde, kolluk güçlerinin güç ve silah kullanımına ilişkin bu belgede belirlenen ilkelere istisnaların benimsenmesi için iç politik istikrarsızlık veya herhangi bir başka kamusal olağanüstü durumun neden oluşturmayacağıın altı çizilmiştir. Aynı ilkelerin 'özel hükümler' başlıklı bölümünde, kolluk güçlerinin ateşli silahları ancak meşru müdafaa halinde veya gerçekleşmesi muhakkak öldürme veya ciddi yaralanma riski yaratan saldırgan karşı veya kişilerin hayatına dönük saldırı tehlikesi içeren ciddi bir suçun işlenmesinin önlenmesi veya böyle bir tehlike arz eden kişinin yakalanması amacıyla ve ancak daha hafif araçlarla ulaşılmak istenen amaca ulaşılması mümkün olmazsa kullanabileceği belirtilmiştir. Her halükarda ölümcül kuvvet kullanımının ancak yaşam hakkını korumak amacıyla mümkün olması gerektiğinin altı çizilmiştir (md. 9). Yine, açık bir ihtarın ve ihtar uymak için yeterli zamanın verilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Böyle bir ihtardan ancak, aksi halin kolluk güçlerini tehlikeye düşürebileceği ve üçüncü kişiler açısından ölüm ve ciddi zarar tehlikesi doğabileceği veya açık bir biçimde uygun veya gereksiz olduğu durumun mahiyeti nedeniyle anlaşılabiliriyorsa, imtina edilebileceği belirtilmiştir (md. 10).

AIHS'nin belirlediği çerçeve ve konuya dair standartlar çerçevesinde, Türkiye'de kolluk tarafından işlenen kasten öldürme veya öldürmeye teşebbüs fiilleri açısından en geniş yetkileri Türkiye tarihi açısından ağır insan hakları ihlallerinin en sık gerçekleştiği olağanüstü hal ve sıkıyönetim dönemleri gibi dönemlere ilişkin mevzuatta görmek mümkündür. Türkiye'de sıkıyönetim ve olağanüstü hal kanunları (sırasıyla, Sıkıyönetim Kanunu md. 4, OHAL Kanunu md. 23) çerçevesinde, teslim ol ihtarına uyulmaması, her iki yasanın terminolojisi ile "doğruca ve duraksamadan" ateş edilmesi için yeterlidir. Yine, dikkat çekici bir nokta, silah kullanma yetkisi açısından söz konusu her iki Kanunda da "silahla mukabeleye yeltenilmesi" kavramına

da başvurulmuş olmasıdır. Bu ifadenin TCK'da tanımlanan bir suçta elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamayı ölçü alan teşebbüsten daha düşük bir eşiği içerdiği düşünülebilir. Olağanüstü hal ve sıkıyönetim rejimleri sırasında ölümcül kuvvet kullanımını düzenleyen her iki hükümdeki sözcük/terim seçimi tesadüfi olarak yorumlanamaz. Yeltenme kavramı, muğlaklığı dolayısıyla failler için son tahlilde bir cezazsızlık hali olarak kusurluluğu kaldıran veya azaltan bir neden teşkil eden hata hallerinin (TCK md. 30) uygulanmasını kolaylaştırır.

Olağan dönemlerde güvenlik güçlerinin zor ve silah kullanma yetkisine ilişkin mevzuat da Türkiye'de kolluk tarafından işlenen öldürme fiillerinin önemli bir bölümünün neden cezazsız kaldığını yeterince açıklamaktadır. Öncelikle, hemen dikkat çekilecek husus, Terörle Mücadele Kanunu'nun Türkiye mevzuatında yarattığı ve kayda değer bir biçimde devam eden düalist rejimin zor ve silah kullanma yetkisi bağlamında da açık bir biçimde ortaya çıkmasıdır. Terörle Mücadele Kanunu, Türkiye'de güvenlik güçleri mevzuatından daha ayrıksı bir yetkiyi, kanunun deyimiyle "terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda" vermektedir. Üstelik bu düzenleme için Anayasa Mahkemesi iptal kararı kayda değer bir etki doğurmamıştır. Her ne kadar, kolluk görevlileri "terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda" ancak tehlikeyi etkisiz kılacak ölçü ve orantıda silah kullanmaya yetkili ise de bu kriter "doğruca ve duraksamadan" ateş etme yetkisi ile bertaraf edilmekte ve sınırları belirsiz bir biçimde ateş etme yetkisi verilmiş olmaktadır. Üstelik, bu düzenlemenin ilk versiyonundan farklı olarak, "teslim ol emrine itaat edilmemesi" silah kullanılması için yeterli olmaktadır.

Terörle Mücadele Kanunu'nun bu ayrıksı niteliğine rağmen, kolluğa özellikle PVSK'daki 2007 değişiklikleri ve 2014 İç Güvenlik Paketi ile verilen yetkiler, kolluğun öldürme ve yaralama fiilleri açısından kolluk görevlileri için ciddi bir dokunulmazlık yaratacak biçimde öngörülmüştür. 2007 öncesi, polisin ancak

ağır cezalı suçlar yönünden suçüstü halinde dur emrine uymayan kişiye ateş etme yetkisi öngörülmüşken yeni düzenleme ile suçun niteliğinden bağımsız olarak polisin suçüstü halinde ateş etme yetkisi öngörülmüştür. Kamuoyunun çok yakından bildiği, Baran Tursun ve Çağdaş Gemik davalarına da yansıdığı üzere, kolluk bu yetkiye sadece Karayolları Trafik Kanunu'na muhalefetin söz konusu olduğu olaylarda dahi başvurmakta ve bu suçlara ilişkin yürütülen soruşturma ve kovuşturmalar, polisin kanunun emri icra ettiği düşünülerek adalet ile bağdaşmayacak 'cezarlar' ile sonuçlanmaktadır. PVSK 16. maddenin neden olduğu bu potansiyel cezasızlık döngüsü söz konusu kanunda İç Güvenlik Paketi ile yapılan değişiklikle perçinlenmiştir. İç Güvenlik Paketi ile, silah kullanma yetkisi, belirli mekanlar ("konutlar, kamu binaları, okullar, yurtlar, ibadethaneler, araçlar ve kişilerin tek tek veya toplu halde bulunduğu açık veya kapalı alanlar") ile esasen zaten TCK md. 6 bağlamında silah kabul edilebilecek ("molotof, patlayıcı, yanıcı, yakıcı, boğucu ve benzeri silahlar") araç kullanımı durumunda saldırıyı etkisiz kılmak amacıyla ve etkisiz kılacak ölçüde silah kullanma yetkisinin bulunduğu hüküm altına alınmıştır. Söz konusu kanun paketinin arka planı, düzenlemenin gayesini yeterince açık bir biçimde anlatmaktadır. Hükümet tasarısında toplumsal olayların terör örgütlerinin propagandasına dönüşmüş olduğu ve orantılılık esasına dayandığı iddia edilen hükmün eski halinin "çok soyut" olduğu, bu bakımdan yaşanan tereddütleri ortadan kaldırmak ve açılabilir soruşturmalarda mağduriyeti önlemek amacıyla düzenlenmiş olduğu belirtilmektedir. Bu düzenleme, yaşam hakkı ihlallerinin faillerin kusuru oranında ceza ile mahkumiyetini adeta imkansızlaştırmaktadır.

Polisin güç kullanımına ilişkin mevzuat ile karşılaştırıldığında, askerlere verilen yetkinin güç kullanımı açısından kimi önemli farklılıklar arz ettiğini tespit etmek gerekir. Birincisi, gerek askeri mevzuat için temel referans olan Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu gerekse buna paralel olarak düzenlenen 'Jandarma Teşkilat,

Görev ve Yetkileri Yönetmeliği', silah kullanımına ilişkin kademeli yetki devrini daha açık bir biçimde ifade etmektedir. Buna göre, önleyici ve etkisiz duruma getirici aletlerin kullanılmasına öncelik verilecek, daha sona kesici ve dürtücü silahlar ve nihayet bu silahların etkisiz kalması ihtimalinde öncelikle havaya ihtar ateşi yapılarak, ayağa ateş edilecek ve silah kullanmaya yol açan olay ve durum bastırılmamışsa ancak o zaman hedef gözetilmeksizin ateş edilecektir. Kademelilik esasının bu biçimde vurgulanmasına ve her halükarda "doğruca" ve "duraksamadan" gibi ifadeleri içermemesine, silah kullanmanın son çare olduğunu belirtmesine rağmen, askeri mevzuatta silah kullanılabilir hallerin kapsamının kanunda son derece geniş biçimde düzenlenmesi yerinde değildir. Yukarıda tartışıldığı gibi, askeri personelin örneğin "sözle yapılan sataşma"dan, muhafazasına tevdi edilmiş eşyaya karşı gerçekleşen saldırılara kadar pek çok durum silah kullanmak yetkisi dahilindedir. Yine, TSK İç Hizmet Kanunu md. 87/VI'daki "her olayın cereyan ettiği haller ve şartlar göz önünde tutulmak kaydıyla bu madde hükümlerine göre silahını kullanan askere ve silah kullanma emrini veren birlik komutanına sorumluluk yüklenemez." Nitekim, AİHM, Ölmez vd./Türkiye kararında "her olayın kendine has özelliği" kriterinin belirsiz bir kıstas olduğunun altını çizmektedir. Dahası, Jandarma Teşkilat ve Görev Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu md. 45 ve 46 hükümlerine paralel olarak "din ve vicdana göre lazım sayılan hareketler" ile "şahsi tehlike korkusu" yüzünden silah kullanmaktan kaçınmış olmayı cezayı kaldıran ve hafifleten bir durum olarak kabul etmeyerek, silah kullanmayı kural haline getirmektedir.

Güvenlik güçlerinin silah kullanımına ilişkin bir başka düzenleme ise İl İdaresi Kanunu 11/D'de bulunmaktadır. Söz konusu hüküm, yukarıda tartışıldığı üzere, TSK'nın yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı silah kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına izin verme yetkisinin yanında, sınır ötesi operasyonlara ilişkin güvenlik güçlerine "eylemcileri ele geçirmek veya tesirsiz hale getirmek" yetkisi vermektedir. Kanunun bu ifadesindeki eylemcileri "tesirsiz hale getirmek"

askeri ve siyasi yetkililer tarafından sıklıkla dile getirildiği üzere aslında 'öldürme' veya 'ölü olarak ele geçirme' ifadesinin yerine kullanılmaktadır. Bu hüküm sınır ötesi operasyonlarda, 1982 Anayasası'nın dahi belirlediği çerçevenin gerisine düşmekte ve doğrudan öldürme yetkisi vermektedir.

Türkiye mevzuatının en az İl İdaresi Kanunu kadar arkaik diğer bir düzenlemesi olan 1924 tarihli Köy Kanunu da silah kullanma yetkisi ile ilgili hükmü muhafaza etmektedir. Bilindiği üzere, geçici köy koruculuğu sistemi 1985 yılında Köy Kanunu'nun 74. maddesinde yapılan değişiklikle ihdas edilmiştir. Bu zaman dilimi içerisinde, gerek TBMM Faili Meğhul Siyasi Cinayetler Araştırma Komisyonu Raporu gibi resmi belgeler gerekse insan hakları örgütlerinin çalışmaları, geçici köy korucuları tarafından işlenen suçları ortaya koymuştur. Örneğin, İnsan Hakları Derneği 1990-2009 döneminde köy korucuları tarafından 183 kişinin öldürüldüğünü, 259 kişinin yaralandığını, 2 zorla kaybetme fiilinin işlendiğini ve 562 kişiye işkence ve kötü muamele edildiğini ortaya koymaktadır.⁵⁶¹ Köy Kanunu'nun 77. maddesinde koruculara tanınan kapsamı son derece belirsiz ve her halükarda Anayasa'ya aykırı hükümlerin söz konusu suç iklimine etkisi büyüktür. 77. madde; "eşkiya takibi sırasında yatak olan yerlerden şüpheli bir adam çıkar ve korucunun "dur" emrine itaat etmeyip kaçarsa" silah kullanılabileceğini, yine "tutulan bir cani" (cani ifadesi bir ceza hukuku kavramı değildir, bu bağlamda TCK md. 6 bağlamında itiyadi suçlu ve suçlu meslek edinen kişiden söz edilebilir) ve "dur" emrini dinlemez ve onu tekrar yakalamak için silah kullanmaktan başka çare bulunmazsa" biçiminde korucunun bireysel takdirine bırakılmış geniş bir yetki alanı yaratmaktadır. Bu bakımdan 77. madde son fıkradaki "korucu silah kullanmaya mecbur olduğu zaman bile mümkün mertebe öldürmeksizin yaralayarak tutmaya dikkat eder" hükmündeki "mümkün mertebe" ifadesi gibi müphem bir kıstasın silah kullanma yetkisini sınırlandırma ölçütü olamayacağı açıktır.

⁵⁶¹ Bkz., yukarıda, Köy Kanunu başlığı altında.

AİHM'nin bir dizi kararda ifade ettiği üzere devletin yaşam hakkı ile ilgili birinci sorumluluğu,⁵⁶² kişi hayatına yönelik eylemleri caydırmaya yönelik hukuki ve idari düzenlemeleri yapmak ve ihlalleri caydırmak, önlemek ve cezalandırmaya dönük bir uygulama ile yaşam hakkını güvenceye almaktır. Keyfi davranış ile istismarlara ve önlenemez kazalara karşı geliştirilmiş uygun ve etkili bir güvence sistemi geliştirmek suretiyle silah kullanma yetkisinin sınırları iyi çizilmelidir. Bu itibarla, Türkiye'de ölümcül güç kullanımına ilişkin mevzuat hükümlerinin ivedilikle gözden geçirilmesi ve zorunluluk ve orantılılık kriterleri çerçevesinde yeniden tanımlanması zorunludur.

Ne var ki, burada sayılan cezasızlık hallerine ilave olarak Türkiye'de uygulamanın mevzuatın da çok gerisinde bir yorum geliştirdiğini belirtmek gerekir. Askeri Savcılık, Uludere/Roboski'de 17'si çocuk 34 yurttaşın savaş uçakları ile bombalanarak hayatını kaybettiği olayda bir parlamento kararı niteliğindeki TBMM'nin 5 Ekim 2011 tarihli ve daha sonra uzatılan Kuzey Irak tezkeresi ile öldürme yetkisinin verilmiş olduğunu kabul edebilmiş ve bu tezkerenin icrasını kanun hükmünün icrası gibi görerek hukuka uygunluk sebeplerinde hata bulunduğu gerekçesi ile takipsizlik kararı verebilmiştir. Bu itibarla, Türkiye'de yargıya yön verecek içtihadı bir birikim yaratılması son derece önemlidir.

Türkiye pozitif hukuku sadece ölümcül kuvvet kullanımına ilişkin spesifik kanunlardan kaynaklanan esasa dönük yaşam hakkı yönünden standartların gerisinde değildir, aynı zamanda Türk Ceza Kanunu'nda hukuka uygunluk nedenleri de cezasızlık sonucu doğurmaya elverişli bir biçimde düzenlenmiştir. Yeni TCK'da (md. 25) herhangi bir hakka yönelik olarak gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak haksız saldırılara dönük olarak bir hukuka uygunluk sebebi olarak tanınan meşru müdafaa hükmüne göre, saldırıya karşı o anda hal ve koşullara göre orantılı biçimde karşılık

⁵⁶² Bkz., örneğin, Makaratzis/Yunanistan, para. 57, Kılıç/Türkiye, para. 62.

verilmesi halinde suç oluşmayacaktır. Ne var ki, meşru müdafaanın tanımına içkin orantılılık ilkesi, bir başka düzenleme (TCK md. 27/2) ile adeta izale edilmekte, “mazur görülebilecek korku, heyecan ve telaş” nedeniyle meşru müdafaada savunma sınırı aşılmışsa faile ceza verilmeyeceği düzenlenmiş bulunmaktadır. Türkiye’de güvenlik güçlerinin işlediği kasten öldürme ve yaralama suçlarında meşru müdafa hüükümlerinin uygulanmasında “mazur görülebilecek korku, heyecan ve telaş” düzenlemesi ile meşru müdafaanın asli şartlarından biri olan orantılılık ilkesinin bertaraf edilmesi son derece olasıdır. Nitekim, yukarıda tartışılan kararlar çerçevesinde yargının söz konusu hükmü bu biçimde yorumlama eğiliminde olduğu anlaşılmaktadır.

Yine, genel bir hukuka uygunluk nedeni olarak amirin emri de kendi içinde yorum biçimine bağlı olarak sonuçları itibariyle Anayasa’ya aykırı sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Öncelikle, Anayasa md 137/2 ile bu hükme paralel biçimde düzenlenen TCK md. 24/3’te düzenlenen “konusu suç teşkil eden bir emir hiçbir biçimde yerine getirilemez” hükmüne istisna tanınmaması gerektiğini belirtmek gerekir, hukuk devleti ilkesi böyle bir yorumu zorunlu kılacaktır. Bununla birlikte, Anayasa md. 137 ve bu hükme paralel düzenlenen TCK md. 24’ün kendi içinde tutarlılık içermeyen bir görünüm arz ettiğini belirtmek gerekir. Zira, Anayasa md. 137/3, maddenin 2. fıkrasında konusu suç teşkil eden emrin hiçbir surette yerine getirilemeyeceğini belirten hükümden hemen sonra, “Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır” şeklinde bir düzenleme öngörmektedir. Bu sistematığın yol açabileceği hukuka aykırı yorumlar TCK md. 24 düzenlemesi için de geçerlidir. TCK md. 24/3, “konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur” hükmünden sonra 4. fıkrada “emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur” düzenlemesini içermektedir.

Söz konusu bu düzenlemeler özellikle askerlik mevzuatı açısından son derece önemli sonuçlar doğuracaktır. Zira, TSK İç Hizmet Kanunu ‘astın vazifeleri’ başlıklı 14. maddede ast açısından ‘mutlak itaat’ öngörmektedir. Bu hükümler ışığında, üstünün konusu suç teşkil eden emrini icra eden askerler için, bu emirler yaşam hakkı ve işkence yasağı gibi temel hak ve özgürlüklerin çekirdek alanı içinde alan hak kategorilerini ihlal etse dahi ceza sorumluluğunun doğmaması gibi bir sonuca ulaşılması olasıdır. Bu bağlamda, astın konusu suç teşkil eden emirlerden doğan sorumluluğunu düzenleyen Anayasa md. 137 ve TCK md. 24 gözden geçirilmeli ve her iki hükmün yarattığı istisna alanı ortadan kaldırılmalıdır.

2. Yakın Geçmişte ve Bugün İşlenen Uluslararası Suçlara İlişkin Cezasızlık Mevzuatı Açısından

Türkiye'de geçmişte ve bugün işlenen uluslararası suçların etkin biçimde soruşturulmadıkları veya bir yargılama söz konusu olsa dahi ortaya çıkan sonucun adalet ile bağdaşmaması bir olgu olarak varlığını sürdürmektedir. Yukarıda işaret edildiği üzere uluslararası suç kavramı ancak 2004 yılında kabul edilip 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı yeni TCK ile mevzuata girebilmiştir. Yeni TCK'da uluslararası suç başlığı altında esasen yanlış bir sistematikle soykırım, insanlığa karşı suç, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçları düzenlenmiştir. Türkiye mevzuatına bu biçimde giren uluslararası suç kavramının net olarak anlaşıldığını söylemek mümkün değildir. Bu durumun en önemli sonuçlardan biri bu suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturmaların yürütülmesini engellemek amacıyla zamanaşımı nedeniyle verilen kararlardır. Bilindiği üzere, ulusal hukukta zamanaşımı, suç teşkil eden bir fiilin kanunda belirlenen sürelerin geçmesinin ardından dava açılmaması veya dava açılmış ise ceza verilmemesi olarak tanımlanabilir. Zamanaşımı fiilin suç olma vasfını ortadan kaldırmaz. Zamanaşımı sürelerini, suç teşkil eden fiilin takip edilen ceza siyaseti uyarınca kovuşturulmasından veya bu suç ile ilgili hükmedilen cezanın infazından veya başka bir deyişle devletin cezalandırma hakkından vazgeçmesi olarak değerlendirmek gerekir.

Türkiye'de zamanaşımı problemi, özellikle 12 Eylül ve 1990'larda OHAL coğrafyasında işlenen uluslararası suçlara ilişkin olarak gündeme gelmektedir. Söz konusu suçların, uluslararası niteliği haiz olmasına rağmen buldukları dönem koşulları itibarıyla soruşturmaları sürüncemede kalmış ve yargılama yapılabilmesi

mümkün olmamıştır. Yukarıda tartışıldığı gibi, Yasadışı, Keyfi ve Acele İnfazlara Karşı Komite ve Avrupa İşkenceye Karşı Komite tarafından belirtildiği üzere sivil nüfusa karşı yaygın ve sistematik biçimde ve JİTEM, Özel Harekat Dairesi mensupları gibi aktörler üzerinden işlenen bu suçların uluslararası suç olarak tavsifinde zorunluluk bulunmaktadır. 765 sayılı TCK'nın nispeten kısa sayılabilecek zamanaşımı süreleri nedeniyle bu suçların soruşturulmaları mümkün olmamıştır. Özellikle mağdurun akibetinin belirlenemediği zorla kaybetme suçu açısından zamanaşımı süresi failer açısından bir cezasızlık halinin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

İnsanlığa karşı suçlar bakımından zamanaşımı işlemeyeceğine ilişkin BM Sözleşmesi ve Avrupa Konseyi Sözleşmesi yukarıda tartışıldı. Bu sözleşmeler örfi hukukta benimsenmiş ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'ne (md. 29) de yansımıştır. Bu bakımdan insanlığa karşı suçların tanımının ve bu suçlar ile ilgili zamanaşımına ilişkin hükümlerin ulusal hukukta işlendikleri dönem itibarıyla bulunmamasına rağmen, insanlığa karşı suçların uluslararası örfi hukuk, hukukun genel ilkeleri ve içtihat hukuku çerçevesinde tanınmış olması, kuşkusuz sadece uluslararası ceza mahkemeleri ve insan hakları mahkemelerini değil, ulusal mahkemeleri de bağlayacaktır. Zira yukarıda belirtildiği gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7/1 ve Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi 15/1 çerçevesinde uluslararası hukuk, pozitif ceza hukukunun kaynakları arasındadır.

Türk ceza hukuku açısından durum çok daha net olarak görünmektedir. Zira, Türkiye hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne hem de Kişisel ve Medeni Haklar Sözleşmesi'ne taraftır. Her iki sözleşmede suç ve cezaların kanuniliği ilkesi belirtilirken ceza kanunları yanında uluslararası hukukun da ceza mevzuatının kaynakları arasında olduğu belirtilmiş ve ikinci fıkralarında işlendiği zaman yürürlükte olmasa dahi hukukun genel ilkelerine göre suç kabul edilen fiillerin suç vasfı taşıyacağı belirtilmiştir. İnsanlığa karşı suç, savaş suçları gibi uluslararası hukukta varlığı

tanımlanmış bir suçtur. Hukukun genel ilkeleri çerçevesinde, insanlığa karşı suçun mevzuatta belirtilmemiş olması fiilin insanlığa karşı suç olarak tavsif edilmesini etkilemeyecektir. Nitekim, 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 27. Maddesi bir devletin, iç hukukunu sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesinin gerekçesi olarak ileri süremeyeceğini hüküm altına almıştır. 1982 Anayasası 90/5 maddesi, normlar hiyerarşisinde usulüne göre yürürlüğe konulmuş anlaşmaların kanun hükmünde olduğunu hükme bağlandıktan sonra, son cümlede;

“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”

düzenlemesini içermektedir. Bu itibarla kanunilik ilkesinin dayanaklarından biri olarak uluslararası hukuku belirttikten sonra, ikinci fıkrasında kanunilik ilkesi bağlamında hukukun genel ilkeleri istisnası ve kriterini getiren, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7/2 ve Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi 15/2 maddeleri, pozitif hukukumuz açısından evleviyetle (*a fortiori*) bağlayıcı düzenlemelerdir.

Yine, etkili başvuru hakkının kullanılamamış olması dolayısıyla işlenen bu fiillere ilişkin zamanaşımın işlemeyeceği kabul edilmelidir. Yukarıda tartışıldığı üzere, bu fiillerin soruşturulması ve kovuşturulmasını gerçekleştiren yargı organları, tarafsızlığı ve bağımsızlığı son derece şüpheli askeri mahkemeler ile OHAL coğrafyasında OHAL Valisi'nin adeta bir amir sıfatıyla bölge dışında sürgün kararı verebildiği savcı ve yargıçlardan müteşekkildir. Bu koşullarda AİHM bir dizi kararda belirttiği üzere, etkili başvuru hakkının tanınmamış olduğunu tespit etmiştir. Bu bağlamda, AİHM bir kamu görevlisinin işkence veya kötü muameleyle suçlandığı durumlarda, cezai işlemlerde zamanaşımı, genel veya özel affın bir muhakeme engeli olarak değerlendirilmemesinin büyük önem taşıdığını

muhtelif kararlarında belirtmiştir.⁵⁶³

Bu itibarla gerek adi suç gerek uluslararası suç olarak tavsif edilsin, söz konusu suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda zamanaşımı dolayısıyla düşme kararları verilmesi yerinde değildir. Özellikle 12 Eylül davasında anayasayı taşıyir ve tebdile ilişkin yürütülen soruşturmada 1982 Anayasası Geçici 15. maddenin af niteliğinde olduğu, af kanunlarının ileriye yürüyemeyeceği yaklaşımı ile lehe kanun uygulamasını bertaraf edebilmiş yargının uluslararası suçların cezalandırılması konusunda da benzer bir hassasiyet içinde olması beklenir. Bu itibarla, Türkiye'de yargının zamanaşımına ilişkin karşılaştırmalı hukuktaki diğer örnekler çerçevesinde cezasızlığı kaldırabilecek kararlar almasında zorunluluk bulunmaktadır.

Uluslararası suçların soruşturulmasında yasama faaliyeti, yargının bu konudaki tutumu kadar önem arz etmektedir. Zira, Türkiye'de uluslararası suçların başta Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü olmak üzere konuya dair uluslararası metinlere aykırı bir sistematik ile iktibas edilmiş olduğu açıktır.

İnsanlığa karşı suçlar, Roma Statüsü'nde genel kastla işlenebilen bir suç iken yeni Türk Ceza Kanunu'nda “siyasal, felsefi, ırki veya dini saikler” ifadesi aracılığıyla özel kast ile işlenebilen bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu düzenleme ile soykırım suçunu karakterize eden özel kast unsuru da eklenerek insanlığa karşı suçlar ile soykırım suçunu oluşturan fiilleri ayırt etmek olanaksız hale gelmektedir. Ne var ki sorun sadece her iki suç tipinin birbirinden ayırt edilmesi değildir. TCK md. 77'de insanlığa karşı suçların tipik manevi unsuru yönünden suçun mutlaka “siyasal, felsefi, ırki veya dini saikler” ile işlenmesi, bu suçun kapsamını ciddi biçimde sınırlamakta, sivil nüfusa karşı ayırım gözetmeden işlenen suçların insanlığa karşı suç olarak değerlendirilmesini

⁵⁶³ Abdülsamet Yaman/Türkiye, (Başvuru no: 32446/96), para. 55, 2 Kasım 2004; Okkalı/Türkiye, (Başvuru no: 52067/99), 17 Ekim 2006 para. 76; Erdoğan Yılmaz vd./Türkiye, no. 19374/03, 14 Ekim 2007, para. 56.

imkansız kılmaktadır. Yukarıda Tadic kararına atıfla belirtildiği üzere, Nazi rejimi döneminde fiziksel ve zihinsel engellilik hali, cinsel yönelimi, yaşı dolayısıyla sivil nüfusun bir bölümü insanlığa karşı suçların hedefi haline gelmiştir. Yine, yukarıda belirtildiği üzere, diğer dikkat çekici nokta, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nü benimsemiş olsa dahi, bu Statü'de ve Fransız Ceza Kanunu'nda bulunan etnik ve millî ifadelerine TCK'da yer verilmemiş olmasıdır. Kuşkusuz, insanlığa karşı suçun kapsamını sınırlamaya dönük bir hamle de bu ifadelerin bulunmamasıdır. Bütün bu nedenlerle, Roma Statüsü'nün açık hükmü ve uluslararası örfî hukuk ile çatışma halinde bulunan hükümdeki bu ifadenin ivedilikle terkedilmesi gerekir.

Yine, Roma Statüsü'nde insanlığa karşı suçun maddi unsurları arasında belirtilen bir dizi suçta TCK düzenlemesinde yer verilmemiştir. Bu suçlar sırasıyla: kıyım (topyekûn imha); zorla kısırlaştırma; siyasi, ırki, ulusal, etnik, kültürel, dini, cinsiyete dayalı ayırım ya da uluslararası hukuk bakımından izin verilmeyen diğer herhangi bir temele dayalı olarak Statü'nün 7. maddesi veya Statü'deki diğer suçlardan biriyle bağlantılı olarak işlenmesi halinde zulüm fiili; zorla kaybedilme; ırk ayrımcılığı ve cinsel kölelik suçlarıdır. Bu suçların TCK'da açık bir biçimde düzenlenmesi zorunludur.

Türkiye'nin kayıplarla ilgili devam eden sorunu nedeniyle zorla kaybetme suçunun gerek insanlığa karşı suçun maddi unsuru içinde ve gerekse de bağımsız olarak tanımlanması özel bir önem taşımaktadır. 23 Aralık 2010 tarihinde yürürlüğe giren Herkesin Zorla Kaybetmelere Karşı Korunması Hakkında Uluslararası Sözleşme zorla kaybetme suçunu tanımlamakta (md. 2) ve Sözleşmecî devletlere bu suçu bağımsız bir suç olarak tanımlama yükümlülüğü getirmektedir (md. 4). Türkiye bu Sözleşme'ye derhal taraf olmalıdır.

Yine, Türk Ceza Kanunu'nun büyük ölçüde ilham aldığı Alman ceza hukukunun aksine Türk ceza hukuku sisteminde savaş suçu kavramı bulunmamaktadır. Halihazırda, Askeri Ceza

Kanunu'nda savaş suçları ile korunan hukuki değer ve suçun mağduru bakımından savaş suçlarına benzer fiiller olarak değerlendirilen suçlar: 'ganimet' (md. 122), 'yağmacılık' (md. 123), 'zaruret olmaksızın başkasının mal ve mülkünü imha ve tahrip' (md. 125), 'zorla yağmacılık' (md. 126), 'muharebe meydanlarında ölümlerin, esirlerin ve yaralıların mallarına tecavüz' (md. 127), 'ahaliye kanunsuz tasarrufla bulunma suçu' (md. 128), 'muharebe meydanında hıyanet ve muhâriplerin mallarına tecavüz etme' (md. 159) olarak tespit edilmiştir. Fakat Askeri Ceza Kanunu'nda yer alan bu suç tipleri, hem savaş suçları bağlamında değerlendirilemediği için bu tavsifin vahametinin damgalayıcı etkisinden uzaktır hem de paralel biçimde yaptırımın ağırlığı bakımından savaş suçları ile karşılaştırılması mümkün olmayacak cezalar öngörmüştür. Bu itibarla, başta Cenevre Sözleşmeleri ile Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü olmak üzere karşılaştırmalı hukuk sistemlerindeki örnekler de dikkate alınarak Türk Ceza Kanunu'nda soykırım ve insanlığa karşı suçlardan hemen sonra savaş suçları düzenlenmelidir.

3. İşkence Yasağı Açısından

765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'nun 243. maddesinde düzenlenen işkence suçuna ilişkin düzenleme, lafzından ötürü ancak istisnaen uygulanabilen bir hüküm olma özelliği taşıyordu. Maddenin ilk halinde bulunan sanık ifadesi suç şüphesi altında gözaltına alınmış kişilerin işkence mağduru olarak değerlendirilmemesi gibi hükmün amacıyla bağdaşmayan sonuçlara neden olduğu gibi, maddedeki "cürmünü söyletmek" ifadesi, örneğin suç delillerinin söyletmek veya kabahat nevinden bir fiile ilişkin olarak işlenen fiillerin işkence olarak değerlendirilmemesi gibi hukuka aykırı bir yargı pratiği gelişmesine neden olmuştur. Dahası, Türkiye'de yargı, suçun kanuni tanımında özel bir belirleme olmadığı halde, işkencenin "mutlaka yoğun biçimde bezdirici, usandırıcı, dayanılmaz ve çekilmez" olmasını aramış, acının yoğunluk eşliğinin kaç gün olması gerektiğine ilişkin içtihatlar geliştirebilmiş ve yer yer farklı biçimlerde belirlediği gün hesabına göre, işkence suçlarının kayda değer bir bölümünü eski TCK md. 245'te düzenlenen 'kötü muamele' olarak değerlendirebilmiştir. Yargının işkenceyi olağanlaştıran ve cezalandırılmasını büyük ölçüde imkansızlaştıran bu tutumu, özellikle işkence sonucu elde edilmiş delillere ilişkin tutumu ile de katmerlenmiştir.

Kuşkusuz, sadece işkence suçu düzenlemesi ve yorumu değil, yukarıda ayrıntılarıyla açıklandığı gibi Türkiye'de özellikle gözaltı süreleri, müdafii ile görüşme hakkı, OHAL bölgesinin kendine özgü rejimi işkence suçlarının işlenmesini ve faillerinin cezasız kalmasını muhtelif biçimlerde kolaylaştırmıştır.

Nitekim, 1993 tarihli İşkenceye Karşı Komite Raporu Türkiye'de işkencenin sistematik bir biçimde işlendiğini ortaya koymuştur. Komite, işkence iddialarının sadece belli bir yer ve zamanda rastlantı eseri ortaya çıkmış olaylara ilişkin olmadığını, aksine özellikle belli bir coğrafya içinde daimi, alışlagelmiş/sürekli, yaygın ve kasıtlı/tasarlanmış bir biçimde cereyan

eden bir pratik olarak devam ettiğini dikkate alarak işkence teşkil eden fiillerin sistematik bir biçimde işlenmiş olduğunu ortaya koymaktadır.

Yeni Ceza ve Ceza Muhakemesi Kanunu bu bakımdan çeşitli biçimlerde işkence suçunun önleneyeceği taahhüdü ile siyasi iktidarın o dönemki reform ajandasında kritik bir öneme sahip olmuştur. Türkiye'de insan hakları örgütlerinin kararlı mücadeleleri ve AİHM'nin Türkiye aleyhine verdiği kararlar da böyle bir değişimi zorunlu kılıyordu. Öte yandan, OHAL'in kaldırılması, silahlı çatışmanın yoğunluğunun azalması, yeni gelişen iletişimin tespiti ve teknik takip gibi koruma tedbirleri işkencenin kayda değer bir biçimde azalmasını sağlamış idi.

Yeni TCK'nın işkence ile ilgili hükmü olan md. 94'ün Türkiye'de işkence suçuna ilişkin cezasızlık halini potansiyel olarak ortadan kaldıran bir biçimde kaleme alındığı düşünülebilir. Zira, işkence suçu yeni TCK'da yukarıda tartışıldığı üzere mağdurun algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesi ve aşağılanması da içerecek biçimde son derece geniş bir biçimde tanımlanmış, eski ceza kanunundan farklı olarak amaç unsuruna yer vermemiş, ihmal suretiyle işkence suçunun işlenebileceği hüküm altına alınmıştır. Nihayet 2013 yılında 6459 sayılı Kanun ile işkence suçlarına ilişkin zamanaşımının işlemeyeceği fıkrası eklenmiştir.

Ne var ki, yasanın mimarlarının işkenceye karşı sıfır toleransın bir aracı olarak gördükleri yeni TCK'daki işkence suçunun maddi unsurunun son derece geniş bir biçimde tanımlanması içtihadı ve doktriner yorumlar ile düzenlemenin kadükleştirilmesinin önüne geçememiştir. İşkence suçuyla ilişkin iki yaklaşım biçimi bu suçun cezalandırılmasını hatta yargı önüne gelmesini zorlaştırmıştır. Birincisi, yeni TCK'da fiilin ağırlığına ilişkin bir ifade olmadığı halde, önceki yargı pratiğinin sürdürülerek işkencenin mutlaka belli bir yoğunluğa erişmesi gerektiği ile sınırlandırılması düşüncesidir. Bu yorum, AİHM'nin bir dizi kararını dayanak almakta ve Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane,

İnsanlık Dışı veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşmesi'ndeki tanımdan yola çıkarak işkence teşkil eden fiilin mutlaka "ağır acı ve ıstırap"a neden olması gerektiğini iddia etmektedir. Hakikaten, yukarıda tartışıldığı üzere AİHM'nin bir dizi kararında "ağır acı ve eza" kriteri benimsenmiştir. AİHM, söz konusu kararlarda, işkencenin diğer kötü muamele biçimlerinden daha ağır olduğu ve ancak belli bir vahamet düzeyini aşan fiillerin işkence olarak tavsif edilmesi gerektiği görüşündedir. Fakat, AİHM ızdırabın ağırlığı kriterini değerlendirirken, mağdurun cinsiyeti, yaşı, sağlık durumu gibi özelliklerin de dikkate alınmasını istemektedir.

Dolayısıyla ağırlık ölçütü kriterinin objektif bir biçimde uygulanmasının mümkün olmadığı AİHM tarafından kabul edilmektedir. AİHM Selmouni/Fransa kararında da fiilin ağırlığının görece bir kavram olduğunu belirttiğinden sonra, geçmişte insanlık dışı ve aşağılayıcı olarak kabul edilen bazı fiillerin gelecekte işkence olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğunu belirtmekte ve insan hakları ve temel özgürlüklerine ilişkin yükselen değerlerin ihlallere ilişkin daha katı bir değerlendirme yapılmasını gerektireceğinin altını çizmektedir. Amerikalılararası İşkenceye Karşı Sözleşme'de 'ağır acı ve eza' ölçütüne işkence suçu tanımlanırken yer verilmemiştir. Bunun aksine, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü 'ağır acı ve eza' kriterine gerek işkence gerekse de kötü muameleyi tanımlarken yer vermiş, böylelikle işkence ve kötü muamele arasında, ilk olarak Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun Yunanistan kararında belirlediği ve İşkenceye Karşı Bildiri'de devam eden 'işkencenin zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ve cezanın ağır ve kasıtlı işlenen bir türü' olduğu biçimindeki yaklaşım önemli ölçüde değişikliğe uğramıştır. Nitekim, BM İnsan Hakları Komitesi'nin işkence suçuna ilişkin 20 no'lu Genel Yorumunda işkence ve diğer kötü muamele biçimleri arasında keskin bir ayrım yapmanın gerekli olmadığını, esasen, işkenceyi diğer kötü muamele biçimlerinden ayıran ölçütün "fiilin amacı ve mağdurda ortaya çıkan çaresizlik" olduğunu belirtmektedir.

İkinci ve Türkiye'de yargı tarafından benimsenmiş görünen diğer ölçüt ise Altıparmak'ın ifadesi ile ağırlık kriterini daha ölçüsüz bir biçimde suçun unsurları arasına koyan, işkence suçlarının "belli bir süre içinde sistematik bir biçimde işlenmesi"nin aranmasıdır.⁵⁶⁴ Bu yorumun dayanağı TCK md. 94'ün gerekçesinde işkence teşkil eden fiillerin ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmesinin zorunlu olduğu biçimindeki ifadelerdir. Haliyle, suçun kanuni tanımında bulunmayan bir unsurun gerekçe aracılığıyla madde metnine ithal edilmesi mümkün değildir. Anayasa'nın 38. maddesi ile TCK'nın aynı konuya ilişkin 2. maddesi bir suçun unsurlarının ancak kanun ile düzenlenebileceğini hüküm altına almıştır. Resmi Gazete'de yayımlanmayan kanun gerekçesi bir yorum aracı olarak değerlendirilse de hükme yeni bir unsur ilave edecek hukuki dayanağı haiz değildir. Ne var ki, Yargıtay da hukuken dayanaksız bu yorumu kimi kararlarda benimsemiş görünmektedir.

Türkiye açısından bu yorum özellikle yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki işkence (md. 94) ve zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması (md. 256) hükümlerinin sınırlarının belirlenmesi bağlamında önem taşımaktadır. Her iki hüküm arasındaki en önemli ayrım, en başta işkencenin damgalayıcı etkisi ve bu itibarla her iki fiilin haksızlık içeriği ile alakalıdır. Zira, TCK md. 256 esasen bağımsız bir suç yaratmamakta, zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması halinde, kasten yaralama hükümlerinin uygulanacağını hüküm altına almaktadır. İkinci bir nokta, uygulamada her iki suç tipinin tabii olduğu farklı soruşturma rejimleri bakımından kritik bir öneme sahiptir. Yukarıda tartışıldığı üzere, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerin Yargılanması Hakkında Kanun'un 2. maddesi ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun md. 3'e rağmen, TCK 256. madde soruşturulmasında izin usulüne başvurulmaktadır. Üçüncü bir

⁵⁶⁴ Altıparmak (2009), s. 164-165.

nokta ise kuşkusuz, işkence suçları açısından zamanaşımının işlemeceği kuralı bulunmasına rağmen, benzer bir yaklaşımın esasen AİHS 3. maddede düzenlenen işkence ve kötü muamele yasağı yönünden aynı kategoride değerlendirilmesi gereken TCK md. 256 açısından benimsenmemiş olmasıdır. TCK md. 256, kanunun bu sistematigi dolayısıyla bir tür torba hüküm olarak işlev görmektedir. Esasen Türkiye açısından son derece önemli bir nokta, TCK md. 256'daki temel referansın kolluğa verilen zor kullanma yetkisinin aslında hiç doğmamış olmasıdır. Zira, Türkiye'de barışçıl gösteriler bildirim yükümlülüğü bulunduğu gerekçesi ile AİHM'nin konuya dair bir dizi kararına rağmen yasa dışı toplanma olarak kabul edilmekte ve kolluğun müdahalesi ile karşılaşmaktadır.

Kolluğun gerek toplumsal gösterilerdeki müdahalesi sırasındaki şiddet pratikleri, özellikle kimyasal gazların kullanımı, gerekse İnsan Hakları Örgütleri tarafından raporlanan kayıt dışı gözaltı pratiği sırasında kişilerin darp edilmesi ve çıplak arama uygulaması giderek yaygınlaşmaktadır. İnsan Hakları Örgütleri'nin muhtelif raporları, aslında işkence olarak değerlendirilmesi gereken pek çok fiil bakımından en iyi ihtimalle TCK md. 256 yollamasıyla yaralama hükümlerinin uygulandığını göstermektedir. Türkiye'de yargının, kolluğun bu tutumuna veya süngerli oda gibi yeni işkence biçimlerine karşı kayıtsız kaldığı gözlemlenmektedir. Bu tutumun hukuki dayanağı ise yukarıda belirtildiği üzere işkencenin ancak belli bir süre içinde sistematik biçimde işlenmesinin aranmasıdır. Halbuki, insan hakları örgütlerinin raporlama çalışmalarına göre, yargı ve doktrin tarafından sistematik ve belli bir süreç içinde işlenme 'şartını' gerçekleştirdiği kabul edilen Filistin askısı, elektrik verme, falaka gibi yöntemlerin yerini giderek, kimyasal maddelere maruziyet, hakaret ve aşağılama, anlamsız istemlere zorlama, yeme ve içmenin kısıtlanması gibi TİHV Raporu'nun ifadesi ile "fiziksel olarak görece ağır tıbbi bulgu vermeyen ama kişilerin ruhsal bütünlüğünü bozmaya yönelik" fiiller almaktadır. Bu fiillerin TCK md. 94 tanımı gereği

işkence kapsamında değerlendirilmesinde zorunluluk bulunmaktadır.

Bu bakımdan TCK md. 94 açısından aranan "sistematik ve belli bir süreç içinde işlenme" kriteri ile ilgili hukuka aykırı Yargıtay içtihadının değiştirilmesinde zorunluluk bulunmaktadır. Yine, TCK md. 256 ile TCK md. 94'te tanımlı zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması ve işkence suçu bağlamında farklılıklar ortaya konulmalı ve TCK md. 256 soruşturmaları yönünden hukuka aykırı bir biçimde aranan izin koşulu ortadan kaldırılmalıdır. TCK 94. maddenin hukuka aykırı bir biçimde yorumlanmasının önüne geçilmelidir. "Ağır acı ve eza", "sistematiklik ve belli bir süreç içinde işlenmesi" gibi kriterler konusunda gelişen içtihatlarla ilişkin her düzeyde hakim ve savcı eğitimleri ve çalıştayları yapılmalıdır.

Zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması, md. 256 bağlamında, izin zorunluluğu bulunmadığına ilişkin esas aksi yorumları imkansızlaştıracak biçimde yasada açıklığa kavuşturulmalıdır.

İşkence ve kötü muamele (zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması) suçu ile mücadele edebilmek için daha caydırıcı bir yöntem, eski TCK md. 245'e 2003 yılında 4778 sayılı Kanun ile eklenen, bu suçlardan dolayı verilen cezaların para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilemeyeceği ve ertelenemeyeceği yönündeki hükme benzer bir hüküm eklenmesidir. Yine, AİHM'nin ilgili kararları gereğince bu suçlara ilişkin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilememesi de bu suçların önlenmesi bakımından çok ciddi bir etki yaratacaktır.

SONUÇ YERİNE

Cezasızlık olgusu, esas itibarıyla ve öncelikle mevzuatın uygulanmasına dair bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan ağır insan hakları ihlallerini etkili biçimde soruşturmaya ve cezalandırmaya uygun bir kanuni çerçeve olsa dahi, belirli fiillerin yine de cezasız kalmaları mümkündür. Bu bakımdan, yaşam hakkına, işkence yasağına ve bu ihlallerin geçmişte ve bugün etkin biçimde soruşturulmasını engelleyen

muhakeme engellerine ilişkin bu çalışmada önerilen değişikliklerin kanuni düzenlemelere dönüşmesi halinde dahi esas güçlük kuşkusuz bu çerçevenin pratiğe tercümesi olacaktır. Zira, Türkiye’de yargı, Demokrat Yargı Derneği’nin yerinde tespiti ile temel hak ve özgürlüklerin ihlallerine ilişkin “dayanaklı ve yaygın” bir gelenek üretmediği gibi,⁵⁶⁵ esasen özellikle son dönemde alınan kimi tutuklama kararları, ifade özgürlüğü önünde engeller ve kamu görevlilerinin cezai sorumluluğunun tespitine ilişkin süren soruşturma ve kovuşturmalardaki genel tutum nedeniyle giderek daha fazla temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasının bir aracına dönüşmüştür. Tanör, 1992’de Türkiye’nin insan hakları sorununa ilişkin yaptığı kapsamlı analizde yargının yer yer tarafsız ve hayırhah tutumunu, Türkiye’de yargıcın “genellikle evrensel değerlere ve uluslararası hukuk normlarına ve bunların bağlayıcı gücüne oldukça kapalı, dar pozitivist ve milliyetçi bir hukuki ve mesleki formasyonu” ile ilişkilendirmektedir.⁵⁶⁶ Bu değerlendirme bugün için fazlasıyla geçerlidir.

Dahası, herhalde, Türkiye’de yargı ve siyasi iktidar arasındaki “emir-komuta” ilişkisinin bugünkü biçimiyle berraklaştığı, bir aydınlanma tasavvuru olarak erkler ayrılığının bu denli önemsizleştiği çok az dönemden bahsedilebilir. Dolayısıyla, böyle bir siyasal ve yapısal dönüşüm gerçekleşmeden yargı cephesinde Türkiye’de ağır insan hakları ihlallerinin faillerine ilişkin cezasızlık olgusuna neden olan hukuka aykırı ve keyfi işlem ve kararların muhtelif düzey ve biçimlerde devam edeceği öngörülebilir. Bu itibarla, Türkiye’de ağır insan hakları ihallerindeki cezasızlığın böylesi bir siyasal dönüşüm ile bağı kuşkusuz inkar edilemez. Başbakan’ın Ekim 2015 Van Mitingi’ndeki Beyaz Toros hatırlatması⁵⁶⁷ ve çatışma sürecinde başta Cizre, Lice ve Sur gibi

ilçelerdeki ağır insan hakları ve ihlalleri⁵⁶⁸ ve bu ilişkiyi dolayimsız bir biçimde teyit etmektedir.

Mevzuatın, cezasızlık olgusu açısından genel siyasi iklim ve bu etki ile şekillenen yargısal ve akademik tutum alışlar dolayısıyla daha tali bir rolü olduğuna kuşku bulunmamakla birlikte, Türkiye’de mevzuat hükümlerinin, bu hükümlerdeki boşluklar veya aksi yoruma ve kıyasa yol açabilecek alanların, cezasızlığın hukuki dayanakları olduğu göz ardı edilmemelidir. ‘Cezasızlık’ sonucu doğuran pek çok kovuşturama veya beraat kararı ile failin kusuru ile orantılı olmayan ceza yukarıda tartışılan mevzuat hükümleri ile gerekçelendirilmektedir. Bu bakımdan, Türkiye’de cezasızlık olgusunun nedenleri arasında temel hak ve özgürlüklere ilişkin ihlallere kapı aralayan bir mevzuatın bulunduğu açıktır. Son tahlilde, cezasızlık olgusu ile mücadelede uluslararası insan hakları standartları ile uyumlu bir mevzuat, sadece ağır insan hakları ihlallerinin failleri için caydırıcı olmayacak, Türkiye’de idareyi ve yargıyı muhtelif biçimlerde hukuk içinde hareket etmeye zorlayacaktır.

⁵⁶⁵ Ertekin, 2013, s. 25.

⁵⁶⁶ Tanör, 1992, s. 339.

⁵⁶⁷ Başbakan Ahmet Davutoğlu’ndan ‘beyaz toros (sic)’ çıkışı, *Hürriyet*, 20 Ekim 2015, <http://www.hurriyet.com.tr/basbakan-ahmet-davutoglundan-beyaz-toros-cikisi-40003756> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

⁵⁶⁸ Bkz. örneğin İnsan Hakları Derneği Diyarbakır Şubesi’nin ‘2015 Yılı İlk 9 ay İnsan Hakları İhlalleri Raporu’, <http://www.ihd.org.tr/2015-yili-ilk-9-ay-insan-haklari-ihlalleri-raporuna-iliskin-ihd-diyarbakir-subesi-basin-aciklamasi> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

Abresch, William, 'A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya', *European Journal of International Law*, c. 16, sy.4, 2005, s. 741-767.

Ambos, Kai, *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen: Zur "Impunidad" in südamerikanischen Ländern aus völkerstrafrechtlicher Sicht*, Edition Iuscrim, Freiburg, 1997.

Ambos, Kai, 'Crimes Against Humanity and the International Criminal Court', Sadat, Leila, *Forging Convention for Crimes Against Humanity* içinde, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, s. 279-304, s. 286.

Akçam, Taner, *Siyasi Kültürümüzde Zulüm ve İşkence*, İletişim Yayınları, İstanbul, 1992.

Akçam, Taner, *The Young Turks' Crime Against Humanity: The Armenian Genocide and Ethnic Cleansing in the Ottoman Empire*, Princeton University Press, Princeton, 2012.

Akhavan, Payam, 'Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities', *American Journal of International Law*, c. 95, sy. 1, 2001, s. 7-31.

Algan, Bülent, 'İşkence ile Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu', *Zabunoğlu Armağanı* içinde, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2011, s. 1-36.

Alpkaya, Gökçen, 'Uluslararası Hukukta Zorla Kaybetmeler', *Zorla Kaybetmeler ve Yargının Tutumu* içinde, Hafıza Merkezi, İstanbul, 2013, s. 45-60.

Alpkaya, Gökçen, 'Osmanlı Hukuk Reformu ve Kişi Özgürlükleri', *İnsan Hakları Yıllığı*, c. 12, 1990, s. 167-182.

Alpkaya, Gökçen, '"Kayıp"lar Sorunu ve Türkiye', *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, c. 50, sy. 3-4, 1995, s. 31-63.

Altıparmak, Kerem, "İşkenceyi nasıl bilirsiniz?: Türkiye'de orantısız güç kullanma sorunu", *Toplum ve Bilim*, sy. 115, 2009, s. 138-176.

Altıparmak, Kerem/Aytaç, Ahmet Murat/Karahanoğulları, Onur/Hançer, Türkan/Aydın, Devrim, 'Polis Vazife ve Salahiyet Kanununda Değişiklik: Durdurma, Parmak İzi Alınması, Silah Kullanma', *Hukuk ve Adalet*, sy. 11, 2007, http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makale/pvsk.htm#_Toc172375669 (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

Altıparmak, Kerem, 'Gezinin Hatırlattığı Hak', *Bianet*, 3 Temmuz 2013, <http://bianet.org/bianet/toplum/148157-gezi-nin-hatirlattigi-hak-bariscil-toplantı> (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).

Andreu-Guzmán, Federico, 'The Draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance', *The Review of the International Commission of Jurists*, c. 62-63, 2001, s. 73-106.

Angermaier, Claudia, 'Ending Impunity Through International Judicial Institutions', *Criminal Law Forum*, c. 17, sy. 2, 2006, s.

Arditti, Rita, 'The Grandmothers of the Plaza De Mayo and the Struggle against Impunity in Argentina', *Meridians: Feminism, Race, Transnationalism*, c. 3, s. 1, s. 19-41, 2002.

Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yeniünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, 2014.

Aslan, Muzaffer Yasin, *Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları*, Seçkin, Ankara 2006.

Association for the Prevention of Torture/Center for Justice and International Law, *Torture in International Law*, Cenevre, 2008.

Ataktürk Sevimli, Emel, 'Zorla Kaybetmelerde Yargının Tutumu', *Zorla Kaybetmeler ve Yargının Tutumu* içinde, Hafıza Merkezi, İstanbul, 2013.

Atılgan, Mehmet/Işık, Serap, *Cezasızlık Zirhını Aşmak: Türkiye'de Güvenlik Güçleri ve Hak İhlalleri*, TESEV, İstanbul, 2011.

Bakıcı, Sedat, *5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet, Ankara, 2008.

Bantekas, Ilias/Nash, Susan, *International Criminal Law*, Cavendish, Londra, 2003.

Bartels, Rogier, 'Timelines, Borderlines and Conflicts (The Historical Evolution of the Legal Divide Between International and Non-International Armed Conflicts)', *International Review of Red Cross*, c. 91, no. 873, 2009, s. 35-67.

Bassiouni, M. Cherif, 'International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes', *Law and Contemporary Problems*, c. 59, sy. 4, 1996, s. 63-74.

Bassiouni, M. Cherif, 'The Discipline of International Criminal Law', M. Cherif (der.), *International Criminal Law*, 3. baskı, Brill, Leiden, c. 1, 2008, s. 3-40.

Batur Yamaner, Melike, *Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması*, Arkan, İstanbul, 2007.

Bayraktar, Köksal, 'İşkence Suçu', *Zabunoğlu Armağanı* içinde, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 145-175.

Beigbeder, Yves, *International Justice against Impunity: Progress and New Challenges*, Martinus Nijhoff, Boston, 2005.

Bektaş, Mehdi, '424 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname Üzerine Bir Değerlendirme', *Ankara Barosu Dergisi*, sy. 3, 1990, s. 369-376.

Bruha, Thomas/Steiger, Dominik, *Das Folterverbot im Völkerrecht*, Kohlhammer, Stuttgart, 2006.

Buckley, Carla, 'The European Convention on Human Rights and the Right to Life in Turkey', *Human Rights Law*, c. 1, sy. 1, 2001, s.35-66.

Burchard, Christoph, 'Torture in the Jurisprudence of the Ad Hoc

- Tribunals', *Journal of International Criminal Justice*, c. 6, s. 159-182, 2008.
- Cangi, Arif Ali, '12 Eylül'ün davası', *Radikal*, 1 Nisan 2012.
- Cassese, Antonio/Acquaviva, Guido/Whiting, Alex/Fan, Mary *International Criminal Law: Cases and Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- Chesterman, Simon, 'An Altogether Different Order: Defining the Elements of Crimes Against Humanity', *Duke Journal of Comparative and International Law*, c. 10, sy. 2/3, 2000, s. 306-343.
- Cornils, Ingo, 'Successful Failure? The Impact of the German Student Movement on the Federal Republic of Germany', Taberner, Stuart/Finlay, Frank (der.), *Recasting German Identity: Culture, Politics and Literature in the Berlin Republic* içinde, Berghahn Books, Woodbridge, s.105-122.
- Cryer, Robert, 'The Doctrinal Foundations of International Criminalisation', Bassiouni, M. Cherif (der.), *International Criminal Law* içinde, 3. baskı, Brill, Leiden, c. 1, 2008, s. 107-128.
- Cryer, Robert, 'The Definitions of International Crimes in the Al Bashir Arrest Warrant Decision', *Journal of International Criminal Justice*, c. 7, sy. 2, 2009, s. 283-296.
- Cullen, Anthony, 'War Crimes', Schabas, William/Bernaz, Nadia (der.) *Routledge Handbook of International Criminal Law* içinde, Routledge, Londra, 2011, 2013 aynen baskısı, s. 139-153.
- Çulha, Rifat, '4926 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Yasası', *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sy. 49, 2003, s. 115-136.
- Dadrian, D. Vahakn, 'Genocide as a Problem of National and International Law: The World War I Armenian Case and Its Contemporary Legal Ramifications', *Yale Journal of International Law*, c. 14, sy. 2, 1989, s. 249-251.
- DeGuzman, Margaret, 'Crimes Against Humanity', Brown, Bartram S. (der.), *Research Handbook on International Criminal Law* içinde, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2011, s. 62-113.
- Demirbaş, Timur, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, 1992, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2013, Seçkin, Ankara.
- Doğan, Arif, 'JİTEM'i Ben Kurdum', (yayına hazırlayan Cüneyt Dalgakıran) Timaş, İstanbul, 2011.
- Doğru, Osman, 'Öldürme Hakkı, Ölmeme Suçu', *Radikal* 2, 31 Ocak 2010.
- Doğru, Osman, *Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İçtüzüğü*, XII Levha, İstanbul, 2010.
- Doğru, Osman, 'Yargılanan 12 Eylül', *Radikal* 2, 27 Mayıs 2012.
- Dörmann, Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- Duran, Lütfi, 'Bunalım Kararnameleri', *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, c. 50, sy. 3, 1995, s. 141-158.
- Elçi, Tahir, 'İşkencede OHAL Duvarı', *Radikal*, 8 Mayıs 2002.
- Elçi, Tahir, 'Türkiye'de Gözaltında Kayıplar', *Diyalog*, 2009, s. 91-97.
- Erem, Faruk, 'İşkence', *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sy.2, 1988, s. 197-207.
- Ertan, İzzet Mert, 'Toplumsal Olaylara Müdahalede Biber Gazı Kullanılmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluğu', *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, c. 32, sy. 1, 2012, s. 51-69.
- Ertekin, Orhan Gazi, 'Adalet Arayışı ve Entellektüel İflas', *Radikal* 2, 13 Mayıs 2012.
- Ertekin, Orhan Gazi, 'Türkiye'de Neden Bir Yargı Yoktur ve Adliyeler Neden Çökmektedir', Orhan Gazi Ertekin vd., *Türkiye'de Yargı Yoktur* içinde, Nika, Ankara, 2013, s. 21-29.
- Eryılmaz, Mesut Bedri/Bozlak, Ayhan, 'Hukukumuzda Zor Kullanma Yetkisi', *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, s. 83, 2009, s. 223-277.
- Eser, Albin, 'Rechtspolitische Reflexionen zur Aufarbeitung und Verhinderung von Systemunrecht', Eser, Albin/Arnold, Jörg, *Transitionsstrafrecht und Vergangenheitspolitik. Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht* içinde, c. 14, Duncker & Humblot, Berlin, 2012, s. 392-470.
- Eser, Albin, 'Transnational Measures Against the Impunity of International Crimes', *Journal of International Criminal Justice*, c.10, 2012, s. 621-634.
- Frouville, Olivier, 'The Influence of the European Court of Human Rights' Case Law on International Criminal Law of Torture and Inhuman or Degrading Treatment', *Journal of International Criminal Justice*, c. 9, 2011, s. 633-649.
- Fezlioğlu, Metin, 'Ölüm Cezası Üzerine Düşünceler ve Anayasa Değişikliği ile 4771 Sayılı Kanun'un Getirdiği Yeni Düzenlemeler', *Ankara Barosu Dergisi*, sy.4, 2002, s. 13-35.
- Gemalmaz, Semih, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, 2. baskı, Kavram Yayınları, İstanbul, 1994.
- Gemalmaz, Mehmet Semih, 'Türkiye Yargısının İşkence Karşısında Tavrı', *İnsan Hakları Yıllığı*, c. 14, sy.1, 1992, s. 65-107.
- Gemalmaz, Semih, *Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Önünde Türkiye 2: Nihai Raporlar*, Beta, İstanbul, 1998.
- Giffard, Camille, 'The Torture Reporting Handbook', Human Rights Centre, University of Essex, 2000. <http://www.essex.ac.uk/torturehandbook/handbook%28english%29.pdf> (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).
- Giraldo, Javier, 'Corrupted Justice and the Schizophrenic State in Colombia', *Social Justice*, c. 26, sy. 4, 1999, s. 31-54.

Gökdemir, Orhan, *Faili Meçhul Cinayetler Tarihi*, 3. Baskı, Destek Yayınevi, İstanbul, 2011.

Göral, Özgür Sevgi/Işık, Ayhan/Kaya, Özlem, *Konuşulmayan Gerçek: Zorla Kaybetmeler*, Hafıza Merkezi, İstanbul, 2013.

Gözler, Kemal 'Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi', *Ankara Barosu Dergisi*, c. 47, sy. 4, 1990, s. 561-590.

Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2000.

Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 19. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2015.

Gözübüyük, Abdullah Pulat, *Gözübüyük Şerhi*, 5. baskı, Kazancı, İstanbul, 1989.

Grover, Sonja C., *The European Court of Human Rights as a Pathway to Impunity for International Crimes*, Springer, Berlin, 2010.

Guarino, Angela, M., 'Chasing Ghosts: Pursuing Retroactive Justice for Franco-Era Crimes Against Humanity', *Boston College International & Comparative Law Review*, c. 33, sy. 1, 2010, s. 61-85.

Gülmez, Mesut, 'Düşünce Özgürlüğü, Kayıplar ve İşkence: BM Özel Raportörlerinin Türkiye Ziyaretleri', *Amme İdaresi Dergisi*, c. 32, sy.3, 1999, s. 49-73.

Gürelli, Nevzat, *Introduction for Turkish Criminal Code*, The American Series of Foreign Penal Codes; 9, Sweet & Maxwell, Londra, s. 1, 1965.

Hathaway, Oona/Nowlan, Aileen/Spiegel, Julia, 'Tortured Reasoning: the Intent to Torture Under International and Domestic Law', *Virginia Journal of International Law*, c. 52, sy. 4, 2012, s. 791-837.

Işık, Serap, JİTEM Davası, 24 Eylül 2008, http://failibelli.org/wp-content/uploads/2013/01/Jitem_Ana_Dava_Genis_Ozet.pdf (Son erişim tarihi: Ocak 2016)

İçel, Kayıhan, '1918 Sayılı Kaçakçılık Kanununa İlişkin İki Hukuki Sorun', *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, c. 55, sy. 1-2, 1995, s. 89-102.

Kazmaz, Remzi, 'Gazi Davası'nın Seyri ve Hukuka Aykırılıklar: Ve Söz Savunmanın', *Çağımızda Hukuk ve Toplum*, c. 33, sy. 4, 2009, s. 11-24.

Koca, A. Erkan, *Polisliğin Kitabını Yazmak*, Atif Yayınları, Ankara, 2013.

Koç, Aysun/Üçpınar, Hülya/Sakallı, Nazan/Ataş, Nergiz Tuba, *İşkenceye Açık Kapılar: Mevzuat ve Uygulama Çerçevesinde Cezasızlık Olgusunun Değerlendirilmesi*, TİHV, İstanbul, 2011.

Korff, Douwe, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap (Çev. Özgür Heval Çınar/ Abdülcelil Kaya), Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Strazburg, 2006. http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/el_kitaplari/aihsmd2yasamhakkii.pdf (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).

Kurban, Dilek, 'Bir 'Güvenlik' Politikası Olarak Koruculuk Sistemi', Bayramoğlu, Ali/İnsel, Ahmet (der.), *Almanak Türkiye 2006-2008 Güvenlik Sektörü ve Demokratik Gözetim* içinde, TESEV, İstanbul, 2009, s. 253-259.

Kurt, Gülşah, *Cezasızlık Sorunu: Soruşturma Süreci*, Hafıza Merkezi, 2014.

Lafontaine, Fannie, 'No Amnesty or Statute of Limitation for Enforced Disappearances: The Sandoval Case before the Supreme Court of Chile', *Journal of International Criminal Justice*, c. 3, sy. 2, 2005, s. 469-484.

La Haye, Eve, *War Crimes in Internal Armed Conflicts*, Cambridge University Press, 2010.

Lawson, Edward H./Bertucci, Mary Lou, *Encyclopedia of Human Rights*, 2. baskı, Taylor & Francis, Washington, 1996.

Lessa, Francesca, 'Beyond Transitional Justice: Exploring Continuities in Human Rights Abuses in Argentina between 1976 and 2010', *Journal of Human Rights Practice*, c. 3, sy. 1, 2011, s. 25-48.

Lessa, Francesca, *Memory and Transitional Justice in Argentina and Uruguay: Against Impunity*, Palgrave Macmillan, New York, 2013.

Long, Debra, 'Aspects of the Definition of Torture in the Regional Human Rights Jurisdictions and the International Criminal Tribunals of the Former Yugoslavia and Rwanda', *Torture in International Law* içinde, Association for the Prevention of Torture/ Center for Justice and International Law, Cenevre, 2008, s. 51-78.

Mahmutoğlu, Fatih Selami, 'İşkence ve Eziyet Suçu', *Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı* içinde, TCHD, Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı, Ankara, 2008, s. 1023- 1041.

Malkoç, İsmail, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, 4. baskı, Sözkese Matbaa, Ankara, 2013.

Matas, David, 'Prosecuting Crimes Against Humanity: The Lessons of World War I', *Fordham International Law Journal*, c. 13, s. 1, 1989, s. 86-104.

Mavioğlu, Ertuğrul/Şık, Ahmet, *Kontrgerilla ve Ergenekon'u Anlama Kılavuzu: Kırk Katır Kırk Satır*, c. 1, İthaki, İstanbul, 2010.

McSherry, J. Patrice/Molina Mejia, Raul, 'Introduction to 'Shadows of State Terrorism: Impunity in Latin America'', *Social Justice*, c. 26, sy. 4, 1999, s. 1-12.

Melzer, Nils, *Targeted Killing in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

Mettraux, Guénaël, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford University Press, Oxford 2005.

Molina Mejia, Raul, 'The Struggle Against Impunity in Guatemala', *Social Justice*, c. 26, sy.4, 1999, s. 55-83.

Nino, S. Carlos, 'The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put into Context: The Case of Argentina', *Yale Law Journal*, c. 100, sy. 8, 1991, s. 2619-2640.

- Nino, S. Carlos, *Memory and Transitional Justice in Argentina and Uruguay Against Impunity*, Palgrave Macmillan, New York, 2013.
- Opotow, Susan, 'Reconciliation in Times of Impunity: Challenges for Social Justice Research', *Social Justice Research*, c. 14, s. 2, 2001, s. 149-170.
- Ott, Lisa, *Enforced Disappearance in International Law*, Intersentia, Cambridge, 2011. <http://intersentia.com/en/shop/professioneel/enforced-disappearance-in-international-law.html>
- Önok, R. Murat, *Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.
- Önok, Rifat Murat, 'Uluslararası Ceza Divanı'nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor', Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu, Almanya Büyükelçiliği, http://www.ucmk.org.tr/dosya/Yayin/UCM_rapor-web.pdf (tarihsiz).
- Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin, Ankara, 2012.
- Özgen, Eralp, 'İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması', *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sy. 2, 1988, s. 208-233.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014.
- Özsu, Faruk, 'Geleneksel Yargı Şenlikleri', Orhan Gazi Ertekin vd., *Türkiye'de Yargı Yoktur* içinde, Nika, Ankara, 2013, s. 187- 191, s. 191.
- Paker-Balta, Evren/Akça, İsmet, 'Askerler, Köylüler ve Paramiliter Güçler: Türkiye'de Köy Koruculuğu Sistemi', *Toplum ve Bilim*, s. 126, 2013, s. 7-35.
- Penrose, Meg Mary Margaret, 'Impunity – Inertia, Inaction and Invalidity: A Literature Review', *Boston University International Law Journal*, c. 17, sy. 2, 1999, s. 269-310.
- Pictet, Jean S., seri editörü, *The Geneva Conventions of 12 August 1949, Commentary, III Geneva Convention, Relative to the Treatment of the Prisoners of War*, International Committee of the Red Cross, Cenevre, 1960.
- Rojas Baeza, Paz, 'Impunity: An Impossible Reparation', *Nordic Journal of International Law*, c. 69, 2000, s. 27-34.
- Sancar, Mithat/Atılğan, Eylem Ümit, "Adalet Biraz Es Geçiliyor...": *Demokratikleşme Sürecinde Hakimler ve Savcılar*, TESEV, İstanbul, 2009.
- Sancar, Türkan, 'İşkence Yapan Kamu Personeline Rücu Sorunu', *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, c. 57, sy. 4, 2002, s. 154-169.
- Savaş, Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık, *Türk Ceza Kanunu Yorumu 2. Cilt*, Seçkin, Ankara, 1995.
- Saymaz, İsmail, *Oğlum Öldürdünüz Arz Ederim*, Postacı, İstanbul, 2012.
- Sevimli, Güçlü, *Hayata Dönüş Operasyonu*, ÇHD yayınları, İstanbul, 2012.
- Schabas, William A., *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.
- Schabas, William A., *The UN International Criminal Tribunals*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- Schindler, Dietrich, *The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, c. 163, 1979, s. 117-164.
- Schindler, Dietrich/Toman, Jiri, *The Laws of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988.
- Scovazzi, Tullio/Citroni, Gabriella, *Struggle Against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007.
- Sevdiren, Öznur, 'Roboski Takipsizlik Kararı: Kuzey Irak Tezkeresi ile Yargısız İnfaz', *Radikal*, 21 Ocak 2014.
- Sevdiren, Öznur, 'Savaş Suçu Olarak Roboski', *Radikal*, 8 Şubat 2014.
- Sezer, Devrim, 'Soykırım, Yüzleşme, Sorumluluk: Lemkin, Jaspers, Arendt', *Toplum ve Bilim*, sy. 132, s.7-32.
- Silinyte, Evelina, 'The Application of the Definition of Torture: Nowadays and Perspectives in the Practice of the European Court of Human Rights', *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, c. 5, sy.2, 2013, s. 244-254.
- Smis, Stefaan/Van der Borght, Kim, 'Belgium: Act Concerning the Punishment of Grave Breaches of International Humanitarian Law', *International Legal Materials*, c. 38, sy. 4, 1999, s. 918-925.
- Şenses, Erkan, 'Çitil Davası: Adalet Kaybı', 2 Haziran 2014, <http://failibelli.org/yorum-analiz/citil-davasi-adalet-kaybi/> (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Yetkin, Ankara, 2005.
- Tahincioğlu, Gökçer, 'Bütün İrmakları Kurumuş Bir Dünya', *Milliyet*, 17 Kasım 2013.
- Tahincioğlu, Gökçer, 'Yakılmamış Ceset, Yanmayan Kimlik', *Milliyet*, 26 Ocak 2014.
- Tahincioğlu, Gökçer, 'JITEM'de 7 Yıl Sonra Görevsizlik Kararı', *Milliyet*, 18 Şubat 2014.
- Tamarit Sumalla, Josep Maria, 'Transition, Historical Memory and Criminal Justice in Spain', *Journal of International Criminal Justice*, no. 9, 2011, s. 729-752.

Tanca, Antonio, 'The Public Statement on Turkey by the European Committee for the Prevention of Torture', *European Journal of International Law*, c. 4, sy.1, 1993, s. 115-118.

Tanrıkulu, M., Sezgin/Yavuz, Serdar, 'İnsan Hakları Açısından Olağanüstü Hal'in Bilançosu', *Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi*, sy. 6, 2005, s. 493-521.

Tezcan, Durmuş, 'Saldırgan Savaş', *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, c. 49, s.1-2, 1994, s. 349-363.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2009.

Turan, Ömer/Öztan, Güven Gürkan, 'Türkiye'de Devlet Aklı ve 1915', *Toplum ve Bilim*, sy. 132, 2015, s. 78-131.

Türker, Yıldırım, 'Güçlükonak Katliamı', *Radikal*, 9 Şubat 2009

Tütüncü, Ayşe Nur, *İnsancılık Hukuka Giriş*, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2012.

Üçpınar, Hülya/Koç, Aysun, *Mevzuat ve Uygulamalar İşliğinde Cezasızlık Olgusu*, TİHV Yayınları, İzmir, 2011.

Üzülmez, İlhan, 'Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu', <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/108.doc> (Tarihsiz, son erişim tarihi: Ağustos 2015).

Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, Turan Kitabevi, Ankara, 2003.

Vermeulen, Marthe Lot, *Enforced Disappearance: Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, Intersentia, Antwerp, 2012.

Werle, Gerhard/Jeßberger, Florian, *Völkerstrafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.

Werle, Gerhard/Burghardt, Boris, 'Do Crimes Against Humanity Require the Participation of a State or 'State-Like' Organisation', *Journal of International Criminal Justice*, c. 10, sy. 5, 2012, s. 1151-1170.

Wright, Quincy, 'The Scope of International Criminal Law: A Conceptual Framework', *Virginia Journal of International Law*, c. 15, sy.3, 1975, s. 561-578.

Yalçın, Soner, *Binbaşı Ersever'in İtirafı*, Doğan Kitap, İstanbul, 2011.

Yaşar, Osman, *Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu*, 2. baskı, Seçkin, Ankara, 2007.

Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Ankara, Adalet, 2010.

Yenisey, Feridun, *Kolluk Hukuku*, 2. baskı, Beta, İstanbul, 2015.

Yılmaz, Deniz/Özyıldırım, İlker/Ünvar, Ümit/Kutlu, Levent/Korur Fincancı, Şebnem, 'Türkiye'de İşkencenin 22 Yılı' (Türkiye İnsan Hakları Vakfı Tedavi ve Rehabilitasyon Merkezleri 1991-2012

Yılları Arasındaki Olguların Değerlendirilmesi, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları, Ankara, 2014, s. 13, Tablo 1. TİHV Tedavi ve Rehabilitasyon Merkezlerine Yapılan Başvuruların Yıllara ve Temsilciliklere Göre Dağılımı. <http://www.tihv.org.tr/wp-content/uploads/2015/03/100-T%C3%BCrkiyede-%C4%B0%C5%9Fkencenin-22-Y%C4%B1%C4%B1.pdf> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

Zayas, Alfred, *The Genocide Against the Armenians 1915-1923 and the Relevance of the 1948 Genocide Convention*, Haigazian University, Beirut, 2010.

RAPORLAR

BM Bünyesindeki Raporlar

Committee against Torture, Activities of the Committee against Torture Pursuant to Article 20 of the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: Summary account of the results of the proceedings concerning the inquiry on Turkey, 15.11.1993, A/48/44/Add.1. [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/A.48.44.Add.1.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/A.48.44.Add.1.En?Opendocument) (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

Committee against Torture, 'Considerations of Reports Submitted by State Parties under Article 19 of the Convention: Concluding Observations of the Committee against Torture', 2010, CAT/C/TUR/CO/3, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/CAT.C.TUR.CO.3.pdf>

Committee against Torture, 'Activities of the Committee Against Torture Pursuant to Article 20 of the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment of Punishment: Summary account of the results of the proceedings concerning the inquiry on Turkey', UN Doc. A/48/44/Add.1, 15 Kasım 1993. http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=A%2F48%2F44%2FAdd.1&Lang=en (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

Guissé, El Hadji, 'Final Report on the Question of the Impunity of Perpetrators of Human Rights Violations pursuant to Sub-Commission resolution 1996/24', The Realization of Economic, Social and Cultural Rights, Economic and Social Council, E/CN.4/Sub.2/1997/8, 1997. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G97/129/18/PDF/G9712918.pdf?OpenElement> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

Joinet, Louis, 'Question of the Impunity of Perpetrators of Human Rights Violations (Civil and Political): Revised Final Report Pursuant to Sub-Commission Decision 1996/119, Economic and Social Council, 2 Ekim 1997, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1. [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.sub.2.1997.20.Rev.1.En](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.sub.2.1997.20.Rev.1.En) (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

Kooijmans, Pieter, 'Report by the Special Rapporteur, pursuant to Resolution 1988/32', Question of the Human Rights of All Persons Subjected to Any Form of Detention or Imprisonment: Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Punishment, E/CN.4/1989/15, 23 Ocak 1989. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G89/102/26/PDF/G8910226.pdf?OpenElement> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

Kooijmans, Pieter, 'Report by the Special Rapporteur, pursuant to Resolution 1989/23' Commission on Human Rights, Question of the Human Rights of All Persons Subjected to Any Form of

Detention or Imprisonment: Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, E/CN.4/1990/17, 18 Aralık 1989. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G89/140/88/PDF/G8914088.pdf?OpenElement> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

Manjoo, Rashida, 'Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, its Causes and Consequences', Human Rights Council, 23 Mayıs 2012, A/HRC/20/16. http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/A.HRC.20.16_En.pdf (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

Nowak, Manfred, 'Report of the Special Rapporteur on the Question of Torture', Civil and Political Rights, Including the Questions of Torture and Detention: Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment, 23 Aralık 2005, UN Doc E/CN.4/2006/6. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/chr/sessions/62/listdocs.htm> (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).

Orentlicher, Diane, 'Impunity: Report of the Independent Expert to Update the Set of Principles to Combat Impunity', Promotion and Protection of Human Rights, Economic and Social Council, 18 Şubat 2005, E/CN.4/2005/102. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/111/03/PDF/G0511103.pdf?OpenElement> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

Orentlicher, Diane, 'Independent Study on Best Practices, Including Recommendations, to Assist States in Strengthening Their Domestic Capacity to Combat All Aspects of Impunity', Promotion and Protection of Human Rights, UN Economic and Social Council Commission on Human Rights, 27 Şubat 2004, E/CN.4/2004/88. http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=9200 (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).

Rodley, Nigel, 'Report of the Special Rapporteur submitted pursuant to Commission on Human Rights Resolution 1995/37: Visit by the Special Rapporteur to Turkey', Civil and Political Rights, Including Question of Torture and Detention, Economic and Social Council, E/CN.4/1999/61/Add.1, 27 Ocak 1999. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/104/37/PDF/G9910437.pdf?OpenElement> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

Yasadışı, Kısa Yoldan ve Keyfi İnfazlara İlişkin İnsan Hakları Komisyonu Raporları

Heyns, Christof, 'Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions: Addendum, Mission to Turkey', Human Rights Council, 18 Mart 2013, A/HRC/23/47/Add.2. <http://www.icla.up.ac.za/images/un/hrc/Turkey%20report%20A.HRC.23.47.Add.2.pdf> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

Ndiaye, Bacre Valy, 'Extrajudicial, Summary or Arbitrary executions: Report by the Special Rapporteur submitted pursuant to Commission on Human Rights Resolution 1993/71', Question of the Violation of Human Rights and Fundamental Freedoms, in Any Part of the World, With Particular Reference to Colonial and Other Dependent Countries and Territories, Commission on Human Rights, 23 Aralık 1992, E/CN.4/1993/46.

Ndiaye, Bacre Valy, 'Extrajudicial, Summary or Arbitrary executions: Report by the Special Rapporteur submitted pursuant to Commission on Human Rights Resolution 1993/71', Question of the Violation of Human Rights and Fundamental Freedoms, in Any Part of the World, With Particular Reference to Colonial and

Other Dependent Countries and Territories, Commission on Human Rights, 7 Aralık 1993, E/CN.4/1994/7. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/858/09/PDF/G9385809.pdf?OpenElement> (Son erişim tarihi: Ekim 2015). <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G92/149/37/PDF/G9214937.pdf?OpenElement> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

Ndiaye, Bacre Valy, 'Extrajudicial, Summary or Arbitrary executions: Report by the Special Rapporteur submitted pursuant to Commission on Human Rights Resolution 1996/74', Question of the Violation of Human Rights and Fundamental Freedoms, in Any Part of the World, With Particular Reference to Colonial and Other Dependent Countries and Territories, Commission on Human Rights, 23 Aralık 1996, E/CN.4/1997/60/Add.1. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G97/100/72/PDF/G9710072.pdf?OpenElement> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

Avrupa Konseyi

Däubler-Gmelin, Herta, 'The State of Human Rights in Europe: the Need to Eradicate Impunity', Committee on Legal Affairs and Human Rights, Doc. 11934, 3 Haziran 2009. <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=12695&lang=en> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

Amerikalılar Arası Komisyon

Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1978, OEA/Ser.L/II.47, doc., 1979, Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights, 1980-1981, OEA/Ser.G, CP/doc.1201/1981, 1981, bu belgelere, <http://www.wcl.american.edu/humright/digest/database3.cfm> adresinden erişilebilir (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).

TBMM

TBMM 'Ülkemizde Demokrasiye Müdahale Eden Tüm Darbe ve Muhtıralar ile Demokrasiye İşlevsiz Kılan Diğer Bütün Girişim ve Süreçlerin Tüm Boyutları ile Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyon Raporu', c.1, Dönem: 24, Yasama Yılı: 3, S. Sayısı: 376. http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss376_Cilt1.pdf (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).

TBMM, Faili Meçhul Siyasi Cinayetler Araştırma Komisyonu Raporu, Dönem: 19, Yasama Yılı: 5, S. Sayısı: 897. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem19/yil01/ss897.pdf> (Son erişim tarihi: Ekim 2015)

TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, 'Hakkari Şemdinli İnceleme Raporu', Dönem: 22, Yasama Yılı: 3 (tarihsiz). http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/belge/kr_22HakkariSemdinli.pdf (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, 'Terör ve Şiddet Olayları Kapsamında Yaşam Hakkı İhlallerini İnceleme Raporu', Dönem: 24, Yasama Yılı: 3, 13 Şubat 2013. <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/belge/TER%C3%96R%20VE%20C5%9E%C4%B0DDET%20OLAYLARI%20KAPSAMINDA%20YA%C5%9EAM%20HAKKI%20%C4%B0HLALLER%C4%B0N%C4%B0%20C4%B0NCELEME%20RAPORU.pdf> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

TBMM, 'Hakkari Merkez, Yüksekova ve Şemdinli İlçelerinde

Meydana Gelen Olayların Araştırılması Amacıyla Kurulan (10/322, 323, 324) Esas Numaralı Meclis Araştırması Komisyonu Raporu', Dönem 22, Yasama yılı: 4, S. Sayısı: 1153. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1153.pdf> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

HRW

Helsinki Watch Committee, *Destroying Ethnic Identity: The Kurds of Turkey (An Update)*, HRW, Washington, 1990. <http://www.hrw.org/reports/pdfs/t/turkey/turkey907.pdf> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

Human Rights Watch, *The Kurds of Turkey: Killings, Disappearances and Torture*, HRW, New York, 1993. <https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/TURKEY933.PDF> (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

Human Rights Watch, *Systemic Injustice, Torture, "Disappearance", and Extrajudicial Execution in Mexico*, HRW, New York, 1999.

Human Rights Watch, *Selling Justice Short: Why Accountability Matters for Peace*, HRW, New York, 2009.

Human Rights Watch, *Adaletle Karşı Safları Sıklaştırmak, Türkiye'de Polis Şiddetiyle Mücadele Önündeki Engeller*, 2008. http://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/turkey1208tuweb.pdf (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

Amnesty International

Amnesty International, *Amnesty International Report 1996*
Updates: Selected events covering the period from January to April 1996, AI INDEX: POL 10/05/96, 1996.

Amnesty International, *Amnesty International Report 2014/15: The State of the World's Human Rights*, AI INDEX: POL 10/0001/2015, 2015. <https://www.amnesty.org/en/documents/pol10/0001/2015/en/> (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).

Çeşitli

Biber Gazı Yasaklansın İnişiyatifi, Biber Gazı Yasaklansın Raporu 2014, <http://www.bibergaziyasaklansin.net/icerik/bgyrapor2014.pdf>, (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

The Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, Report Presented to the Preliminary Peace Conference, *American Journal of International Law*, c. 14, 1920, s.1/2, s. 95-154.

European Commission on Human Rights: Report on the Applications by Denmark, France, Netherlands, Norway and Sweden against Turkey and the Conclusion of a Friendly Settlement, *International Legal Materials*, c. 25, sy. 2, s. 308-318, 1986.

GÖÇ-DER, 'Türkiye'de Koruculuk Sistemi: Zorunlu Göç ve Geri Dönüşler', İstanbul, 2013. http://hakikatadalethafiza.org/wp-content/uploads/2015/02/Goc-Der_Koruculuk-Raporu_2013.pdf (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).

Helsinki Yurttaşlar Derneği/İnsan Hakları Gündemi Derneği, 'Türkiye'de İşkence, Kötü Muamele ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Ceza Sorunu ile Çözüm Önerileri', 2008. http://www.stramap.org/images/cust_files/080513134126.pdf (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).

International Committee of the Red Cross (ICRC) Opinion Paper, 'How is the Term "Armed Conflict" Defined in International Humanitarian Law?', Mart 2008. <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict.pdf>

İnsan Hakları Derneği, 'Ocak 1990-Mart 2009 Döneminde Köy Korucuları Tarafından Gerçekleştirilen İnsan Hakları İhlallerine İlişkin Özel Rapor', 2009. http://www.ihd.org.tr/images/pdf/ocak_1990_mart_2009_koy_koruculari_ozel_raporu.pdf, (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).

İzmir Barosu İşkenceyi Önleme Grubu Raporu, *TBB Dergisi*, sy. 53, 2004, s. 141-147.

Özdemir Eren, Zeynep/İslam, Tolga (yayına hazırlayan), 'Zorunlu Askerlik Sırasında Yaşanan Hak İhlalleri: www.askerhaklari.com sitesine Nisan 2011-Nisan 2012 döneminde gelen başvurular', 2012. <http://www.askerhaklari.com/rapor.pdf>, (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).

Özer, Evren (yayına hazırlayan), *Türkiye İnsan Hakları Raporu 2012*, TİHV Yayınları 86, Ankara, 2013. <http://www.tihv.org.tr/wp-content/uploads/2013/12/2012ihr.pdf> (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).

Taksim Dayanışması, *Hak İhlalleri Raporu*, Temmuz 2014, http://issuu.com/takipteyiz/docs/hak_ihlalleri_raporu

TİHV, *İşkence Dosyası (Gözaltında ya da Cezaevinde Ölenler 12 Eylül 1980-12 Eylül 1995)*, TİHV Yayınları 5, Ankara, 1996.

Türkiye İnsan Hakları Vakfı, Türkiye İnsan Hakları Vakfı'nın Türkiye'nin Üçüncü Dönemsel Raporu'nun Değerlendirilmesi İçin BM İşkenceye Karşı Komite'ye İlettiği Görüşleri ve Önerileri- 15 Ekim 2010 ve İşkenceye Karşı Komite'nin Sonuç Gözlemleri -19 Kasım 2010; 2011, http://www.tihv.org.tr/wp-content/uploads/2015/04/iskenceye_kars%C4%B1_komite.pdf (Son erişim tarihi: Ekim 2015).

Türkiye İnsan Hakları Vakfı Dökümantasyon Merkezi, '20 Şubat 2014 Türkiye İnsan Hakları Vakfı Dokümantasyon Merkezi Günlük İnsan Hakları Raporu', TİHV, 2014, <http://www.tihv.org.tr/20-subat-2014-turkiye-insan-haklari-vakfi-dokumantasyon-merkezi-gunluk-insan-haklari-raporu/> (Son erişim tarihi: Ağustos 2015).

Selçuk Kozağaçlı ile söyleşi, 'Olağanüstü Yargı Rejimi ve Polis: "Elastik ve Yapışkan Bir Ağ"', *Birikim*, sy. 273, s. 30-40, 2012.

İstanbul Haydarpaşa Lisesi'nin ardından İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1998 yılında mezun oldu. 1999 yılında İstanbul Barosu'ndaki avukatlık stajını tamamladıktan sonra Londra (Birkbeck College) ve Westminster Üniversiteleri bünyelerinde muhtelif kısa programlara devam etti. 2003 yılında Sheffield Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde, Türkiye ile İngiltere ve Galler'de çocuk mahkemelerine ilişkin karşılaştırmalı teziyle yüksek lisans derecesini aldı. Yüksek lisansın ardından Köln Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası ve Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Enstitüsü'nde araştırma görevlisi olarak yeni Türk Ceza Kanunu genel hükümleri üzerine bir rapor hazırladı. 2005 yılında başladığı, Almanya, İngiltere ve Galler ile Türkiye'de hapis cezası alternatiflerini tarihsel

ve karşılaştırmalı olarak tartıştığı doktora çalışması, sırasıyla, Alman Akademik Değişim Servisi, Köln Üniversitesi ve Friedrich-Ebert-Stiftung tarafından desteklendi. Ocak - Nisan 2011 arasında Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kurucu Müfredat Kurulu'nda görev aldı. 2011 - 2012 güz ve bahar yarıyılında Boğaziçi Üniversitesi Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler bölümünde yarı zamanlı olarak uluslararası ceza hukuku dersleri verdi. Eylül 2011-2015 arasında Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi ceza ve ceza muhakemesi hukuku anabilim dalı öğretim üyesiydi. 2015 yılından itibaren de Bilgi Üniversitesi ceza ve ceza muhakemesi hukuku anabilim dalı öğretim üyesidir.

© Hakikat Adalet Hafıza Merkezi, 2016

Türkiye’de kolluk kuvvetlerinin insan hakları ihlallerine karışmakla sorumlu tutuldukları neredeyse her durumda devreye muazzam bir cezasızlık zırhı giriyor; deliller hızla örtbas ediliyor, sorumlular korunuyor, kollanıyor, ödüllendiriliyor. Üstelik bu uygulama arızı de değil, süreklilik arz eden yaygın bir devlet pratiği, öyle ki iktidarlar değişse de yasama, yürütme ve yargı alanında bu konudaki yaklaşım birliği hiç değişmiyor.

Cezasızlık kavramı en sadeleştirilmiş tanımıyla bir ihlalin faillerinin suçlanmalarına, alıkonulmalarına, yargılanmalarına ve suçlu buldukları takdirde uygun şekilde cezalandırılmalarına dair cezai, hukuki, idari veya fiili her türlü imkansızlık hali olarak tarif ediliyor.

Yakın ve uzak tarihte yaşanan her türden insan hakları ihlalleri ile yüzleşmek, cezasızlığı sonlandırmak ve sorumluların yargı önünde hesap vermesini sağlamak gerekiyor.

Suçların kimler tarafından, kimlerin aldığı kararlar kapsamında, nasıl işlendiğini bilmeye hepimizin hakkı var. ‘Hakikati bilme hakkı’ bu bakımdan sadece mağdur yakınlarını değil, bu ülkede yaşayan herkesi, hepimizi ilgilendiren kolektif bir hak.

