

TCK TASARISI İLE İLGİLİ RAPORLAR

İZMİR BAROSU İŞKENCEYİ ÖNLEME GRUBU'NUN RAPORU

Bu topraklarda yaşayanlar, yüzyıllardır bir kabus ile karşı karşıya: “Devlet görevlileri marifetiyle uygulanan işkence ve kötü muamele.” Evet, yüzyıllardır insanlarımız bu kabustan kurtulamadı, daha uzun bir süre de kurtulacağına benzemiyor. Resmi görüş sürekli olarak bu uygulamanın “aşırı denetimsiz unsurların sebep olduğu münferit ve arızı bir şey” olduğunu iddia etmekte. Ancak toplumsal bilinçaltımıza kazılı olduğu için, gerçeğin açıklamalarda olduğu gibi olmadığına da hepimiz biliriz. Yapılan tüm araştırmalar, tüm istatistikler de bu açıklamanın tersini söylüyor. Günlük gazetelerde basit bir gezintide, çevremizde yapacağımız birkaç küçük araştırmada dahi, insanlarımızın hikâyelerinde çok miktarda bu uygulamanın izlerine rastlıyoruz. Öyle ki, devletin kendi kaynaklarındaki rakamlara bakıldığında bile bu açıklamanın tam tersi bir sonuçla karşılaşmakta. Örneğin, sadece 2002 senesinde TCK 243. ve 245. maddelerden açılan dava sayısı 1468 adet olup, bu davalarda 2520 sanık yargılanmaktadır. (Adalet Bakanlığı internet sitesinden). Gerçek durumun sadece belli bir bölümünü göstermekle beraber, bu sayılar dahi ürkütücüdür. Sadece bu rakamlar bile maalesef, Anayasa ve yasalarımızda yer alan bütün önlemlere, altına imza atılmış uluslararası sözleşmelere rağmen Türkiye’de işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı muamele veya cezaların hala ciddi bir sorun olarak varlığını sürdürdüğünü göstermektedir.

Toplum da bu olayların farkındadır. Öyle farkındadır ki; Ege Üniversitesi’nde görevli Doç. Dr. Melek Göregenli’nin, grubumuzun İnsan Hakları Merkezi’yle birlikte yürüttüğü “işkencenin önlenmesinde hukukçuların rolü” isimli proje kapsamında yakın zamanda yaptığı bir araştırma, her kesimden insanların %60’nın, güvenlik birimlerinde işkence yapıldığına inandığını göstermektedir.

İşkence ile mücadelenin en önemli ayaklarından birini oluşturan, cezasızlık olgusuna karşı durmanın temelini ise, bu mücadelede insanlığın ortak değerlerini de içeren, yüzyılların bu alandaki bilgi ve birikiminden imbiklenmiş, ülkemiz hukuk pratiğini gözeten yasal düzenleme oluşturmaktadır.

Ülkenin değişen sosyal şartları ve çok miktarda değişiklik yapılması dolayısıyla bozulan kodifikasyonunu yeniden düzenleme gibi çeşitli gerekçelerle, TBMM Alt Komisyonları'nda görüşülmesi tamamlanarak bir ay süreyle kamuoyunun bilgisine sunulan TCK Tasarısı'nın bütünü, özelde işkence ile ilgili bölümleri çeşitli yönleriyle tartışmaya ve eleştiriye muhtaç görünmektedir. Tasarı'nın ilk haliyle, tamamlanmış son durumu arasında bu maddelerde göreceli olumlu düzenlemeler yapılmış olmasına rağmen, Tasarı'nın bu şekilde yasalaşması halinde, halen yürürlükte olan Yasa'ya göre bile birçok noktada geri konuma düşülecek ve yeni Yasa'nın düzenlenme gerekçelerinden biri olan "işkence ve kötü muamele ile etkin mücadele ve cezasızlık olgusunu ortadan kaldırma" hedefinin maalesef gerçekleşmesi olanaksız hale gelecektir.

Bu nedenle İzmir Barosu İşkenceyi Önleme Grubu olarak TBMM Adalet Alt Komisyonu tarafından 12.05.2004 tarihi itibarıyla görüşülmüş olan Türk Ceza Kanunu Tasarısı metninde yer alan işkence ile ilgili bölüme ilişkin değerlendirme ve önerilerimizi iletmeyi anlamlı ve gerekli görüyoruz.

1. 12.05.2004 tarihi itibarıyla Adalet Alt Komisyonu tarafından kabul edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın işkenceyi düzenleyen 97. ve 98. maddelerinin bazı noktalarda, uluslararası sözleşme ve belgelerde belirtilen standart işkence tanımından uzaklaştığı görülmektedir.

a. Kamu tarafından varlığı güvence altına alınmış; yani, bir kamu görevlisi ya da kamu görevlisi gibi hareket eden başka bir kişi tarafından gözümlüne alınan ya da tutuklanan kişilerin, her türlü işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı muamele ve cezaya karşı korunması, tüm uluslararası belgelerde, kapsayıcı ve ayrıntılı ele alınmıştır.

İşkence fiili, halen yürürlükteki Ceza Yasası'nda "*hükümet memurları tarafından efrada karşı yapılacak kötü muamele*" bölüm başlığı altında 243. maddede düzenlenmiştir. Uygulamada sık sık işkence suçu, aynı bölümde diğer bir maddede (madde 245) düzenlenen kötü muamele suçu ile karıştırılmıştır.

Oysa işkence ve kötü muamele arasındaki ayrımı genel olarak yapmak kolay değildir. Temel ve doğru yaklaşım, gözümlünde ya da tutuklu bulunan kişilerin, her türlü şiddetten korunmasının sağlanmasıdır. Bu noktada, işkence ve kötü muamele arasında ayrım yapmak ya da yapmaya çalışmak,

işkenceyi türlerine göre ayırmak ve farklı cezalar önermek yanlıştır ve uluslararası belgelerde kabul edilmiş standart tanımlamalara da aykırıdır. Bu durum belki cezanın alt sınırından ne denli uzaklaşılacağı tartışması ile ilgilidir. Yoksa eylemin muhtevası ve türü ile ilgili değildir.

Her ne kadar yeni Tasarı'da bu konu ayrı bir bölüm halinde ve başlığı "*İşkence ve Eziyet*" şeklinde düzenlenerek yukarıda bahsettiğimiz sakıncalar bir ölçüde giderilmiş gibi gözükse de TCK Tasarısı'nın üçüncü bölümünün başlığının, yukarıda sayılan gerekçelerle, "*işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı muamele veya ceza*" şeklinde düzenlenmesi önemlidir. "*Eziyet*" fiili başka bir bölümde düzenlenmelidir. Çünkü bahse konu işkence eylemi, kamu görevlileri eliyle işlenen, nitelikli ve ağır bir şiddet eylemidir. Eziyet fiilinden her anlamıyla büyük ayrılıklar taşımaktadır.

Madde başlığının bu şekilde değiştirilmesi yanında, işkence suçunun da bir yanıyla insanlığa karşı bir eylem olması ve maddi, manevi unsur benzerlikleri yönünden 97. maddenin, ikinci kitap, birinci kısım (insanlığa karşı suçlar), birinci bölüm içinde düzenlenmesi kodifikasyon anlamında da yerinde olacaktır.

b. İlk tasarı metinlerinde; işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı muamele veya ceza suçunun bir suç soruşturması sırasında işlenebileceğini varsayılarak düzenleme yapılmış idi. Son taslakta ise, bu ibarenin çıkarıldığını görmekteyiz. Madde bu şekilde, kast unsuru bakımından "*herhangi bir nedenle*" işkence yapılmasını suç olarak düzenlemiş olmaktadır. Maddenin bu şekilde yasallaşması halinde uluslararası standartlar anlamında kast sorunu çözümlenmiş olacaktır.

c. Aşağıda aktarılan uluslararası sözleşme ve belgelerde yer alan tanımlarda, suç oluşturan eylemi bizzat yapmak kadar teşvik etmek, rıza göstermek yahut onay vermek de eşit önemdedir. İşkence ve diğer zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı muamele veya cezanın önlenmesine ilişkin çabaların yeterli sonucu vermemesinin en temel nedenlerinden biri, faillerin cezasız kalmasıdır. Bu da öncelikle, ihmali davranışlarıyla fiili önlemeyen, faillerin saptanmasını sağlamayan, gerekli denetimleri yapmayan her düzeydeki kamu görevlilerinin ihmalinin bir sonucudur. Aynı sorumluluk, önleme işlevine sahip, adli görev yapan hekimler için de geçerlidir.

Türkiye, 1984 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda kabul edilen ve 1987 yılında yürürlüğe giren "*İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme*"yi 21.04.1988 tarihinde 3441 sayılı Kanun'la onaylamıştır. "*İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*"nin 1. maddesinde işkencenin tanımı şöyle yapılmaktadır:

“Bu sözleşmenin amaçları bakımından ‘işkence’ terimi, bir kişi üzerinde kasıtlı biçimde uygulanan ve o kişiden yahut üçüncü bir kişiden bilgi edinmek yahut itiraf elde etmek; o kişinin ya da üçüncü bir kişinin gerçekleştirdiği yahut gerçekleştirdiğinden şüphelenilen eylemden ötürü cezalandırmak; ya da o kişiyi ya da üçüncü kişiyi korkutmak yahut yıldırmak (sindirmek) için; ya da ayrımcılığın herhangi bir türüne dayanan herhangi bir nedenle, bir kamu görevlisi ya da resmi bir sıfatla hareket eden bir başka kimse tarafından bizzat yahut bu kimsenin teşviki ya da rızası yahut da bu eylemi onaylaması suretiyle yapılan ve gerek fiziksel gerekse manevi/zihinsel ağır acı ve ıstırap veren herhangi bir eylemdir”

Türkiye taraf olmasa da uluslararası standartların oluşumunda önemli bir payı olan *“Amerikan Devletleri Arası İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi”* nin 3. maddesinde ise şöyle denilmektedir:

Madde 3: *“Aşağıdaki kişiler işkence suçunu işlemekten suçlu sayılacaklardır:*

a. İşkence yapılmasını emreden, kışkırtan ya da teşvik eden, yahut bizzat uygulayan ya da engelleyebilecek durumda olmasına karşın bunu yapmayan bir kamu görevlisi ya da çalışanı sıfatıyla hareket eden kimse.

b. İşkenceye başvurulması için yukarıdaki paragrafta belirtilen emirleri veren, kışkırtan ya da kamu çalışanının kışkırtması ile, işkenceyi doğrudan uygulayan ya da uygulanmasına katılan kimse.”

Anayasa'nın 90. maddesinde; *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası Antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz.”* denilmektedir. Uluslararası sözleşme hükümleri, kanunlar karşısında üstün bir konumdadır ve bir çatışma halinde uluslararası sözleşmeye üstünlük tanımak gerekmektedir. Son yapılan Anayasa değişikliği ile de bu nokta Anayasa hükmü haline getirilmiştir.

İşkence fiili ve özelde bu fiilleri işleyen failerin tanımları, uygulanması gereken hukuki prosedür, ulusal ve uluslararası belgelerde yukarıdaki gibi olmakla beraber yeni Tasarı'da, bu konu açık ve yeterli olarak düzenlenmemiştir.

Tasarı'nın 97. maddesinin 4. bendinde, her ne kadar *“iştirak”* fiilinin de cezalandırılacağı belirtilmiş ise de, bu iştirakin nasıl olduğu, kimlerin iştirak etmiş sayılacakları konuları açıktadır. Fıkranın içeriğinden sadece kamu görevlileri yanında bu tip eylemlere iştirak eden başka şahısların kastedildiği anlaşılmaktadır.

Ayrıca yeni tasarıda *“suça iştirak”* kavramı *“genel hükümler”* dördüncü bölümde düzenlenmiş olup, madde: 40/2 (Bağlılık Kuralı) *“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." hükmü getirmektedir. İşkence suçu özgü bir suçtur. Madde 97/4 ve madde 40/2 beraber değerlendirildiğinde; emir veren, kışkırtan veya görmezden gelerek işkence fillerinin işlenmesini sağlayan, yukarıdaki uluslararası belgelerde atıf yapılan diğer kişilerin ancak azmettiren ve yardım eden olarak değerlendirilmesi mümkün olmakta, fail olarak cezalandırılması imkânsız hale gelmektedir.

İşkence fiili gerçekten de özgün bir fiildir. Bu eylemlerde azmettiren veya yardım edenlerin sorumluluğunu diğer eylemlerle karıştırmamak gerekir. Eylem kamu gücüne dayanarak ve resmi görevliler aracılığıyla icra edilmekte, eylemi icra edenler arasında dikey yönde bir hiyerarşik yapı mevcut bulunmaktadır. Bu anlamda fail, azmettiren, yardım edenler arasında irade ve sorumluluk anlamında bir ayırım yoktur; bileşik ve iç içe geçmiş bir irade birliği mevcuttur. Eylem, ancak bu irade birliği koşuluyla işlenebilir. Eylemi icra eden sùjeler arasında sorumluluk anlamında bir fark yoktur. O halde eylemde yer alan bütün sùjelerin fail gibi cezalandırılmaları gerekir.

Bu bakımdan, işkence fiiline iştirakin kapsamı genişletilerek, uluslararası sözleşmeleri de göz önüne alan bir düzenlemenin madde metni içinde yapılması gerekmektedir.

d. Yürürlükteki TCK'da yapılan değişiklikle, verilen cezaların ertelenmemesi ve para cezasına çevrilmemesi konusunda bir düzenleme yapılmış idi. Yeni Tasarı'da da genel hükümler bölümünde madde 49, 50 ve 51'de erteleme ve para cezasına çevirme için sırasıyla 2 ve 1 senelik azami ceza sınırları öngörülmektedir. Buna karşılık, işkence için öngörülen cezanın asgari süresi 5 yıl olduğundan, bu suçtan hüküm giyenlerin cezalarının ertelenmemesi ve paraya çevrilememesi genel hükümler çerçevesinde çözülmüş görünmektedir. Ancak zamanaşımı meselesinde benzer bir hüküm, eski Yasa'da olmadığı gibi yeni Tasarı'da da bulunmamaktadır. Ülkemiz hukuk pratiğinde, bu suçlarda cezasızlık olgusunun en önemli nedenlerinden birini de, bu tür davaların çeşitli nedenlerle gereksiz yere uzatılarak dava veya ceza zamanaşımına sokulması oluşturmaktadır. Yasa Tasarısı'nın ikinci kitap, birinci kısım, birinci bölümünde madde 79, 80 ve 81'de "*soykırım*" ve "*insanlığa karşı diğer suçlar*"ı düzenleyen ilgili maddelerde "*bu suçlardan dolayı zamanaşımı işlemez.*" hükümleri bulunmaktadır. İşkence ve diğer zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı muamele veya ceza suçlarında da benzer bir hükmün, aynı gerekçelerle yer alması gerekir.

e. Ülkemizde, hiçbir biçimde kayda geçirilmemiş pek çok gözaltı ve kaçırma vakası olduğu bilinmektedir. Faili meçhul cinayetler olarak adlandırılan adli olguların da hiçbir gözaltı kaydı bulunmadığını vurgulamakta

yarar vardır. Bu anlamda İzmir Barosu İşkenceyi Önleme Grubu'na 2003 senesi içinde yapılan 423 işkence başvurusundan 164 tanesinde, mağdurlara yöneltmiş herhangi bir suç isnadı yoktur ve 99 tanesinde de herhangi bir resmi gözaltı işlemi yapılmamıştır. Gene aynı sene içinde 3 adet kaçırma vakası kayıtlarımıza geçmiştir. İşkenceyi Önleme Grubu'na yapılan başvuruların, bölgemizdeki bu konudaki şikâyetlerin sadece bir bölümünü kapsadığı göz önüne alındığında yukarıdaki veriler dahi keyfi gözaltı ve kaçırma vakalarının hiç de "münferit" olaylar olmadığını, üzerinde büyük önemle durulması gereken bir konu olduğunu ortaya koymaktadır. Üstelik 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. Bu olgu tabloyu daha da vahim bir hale getirmektedir. Bu yönde gelişen eğilimlerin de önüne geçmek amacıyla, herhangi bir gözaltı işlemi olmaksızın işkence suçu işlendiği takdirde, bunun ağırlaştırıcı neden sayılarak madde 97 kapsamında ek bir fıkıyla düzenlenmesi yerinde olacaktır.

f. İşkence filleri, kişilerde fiziki travmaların yanı sıra, geçici veya kalıcı derin ruhsal travmalara da sebep olmaktadır. Hatta çoğu zaman işkence sadece bio-psiko-sosyal bütünlüğe sahip olan kişinin bu bütünlüğünü parçalamak ve yok etmek, bu yolla kişide ve toplumun geri kalanında derin korku ve kaygı yaratmak ve yıldırma amacıyla kullanılmaktadır. İşkencenin yarattığı bu tip ruhsal travmaların etkisi senelerce sürebilmekte ve bu etkilerin kişilerde giderilmesi fiziki travmalardan çok daha güç olmaktadır. Bundan dolayı bu tip ruhsal travmalara sebep olan işkence fiillerinin bir ağırlaştırma nedeni kabul edilerek "neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış işkence suçu" nu düzenleyen madde 98 kapsamına ilave edilmesi gerekmektedir.

2. Yukarıdaki gerekçeler göz önüne alınarak, İzmir Barosu İşkenceyi Önleme Grubu'nun TCK Tasarısı madde 97 ile ilgili alternatif önerisi şöyledir:

"İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Ceza

İşkence

Madde 97:

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

2. Suçun;

a. Çocuğa, beden veya ruh bakımında kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,

b. Kamu görevlisine veya avukata karşı görevi dolayısıyla işlenmesi halinde, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

3. Fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi halinde, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

4. Yukarıdaki fıkralarda belirtilen suçların yasal bir gözaltı işlemi olmaksızın işlenmesi halinde, hükmolunan cezalar bir kat arttırılır.

5. İşkenceye başvurulması için yukarıdaki fıkralarda belirtilen emirleri veren, kışkırtan, kamu görevlisinin kışkırtması ile ya da diğer herhangi bir nedenle suç teşkil eden fiilleri doğrudan uygulayan ya da uygulanmasına katılan diğer kişiler de, birinci fıkra hükümlerine göre cezalandırılır.

6. Bu suçlardan dolayı zamanaşımı işlemez."

İşkencenin bir bütün olarak Türkiye'nin ve genelde bütün insanlığın gündeminden kalkması için daha uzun bir yürüyüşe, hukuksal önlemler yanında daha kapsamlı sosyal ve toplumsal değişiklik ve önlemlere ihtiyaç olduğu açıktır. Ancak, yasal anlamda yapılacak düzenlemeler, özellikle cezasızlık olgusunu ortadan kaldırarak işkence ile mücadelede kilit rol oynarlar. Bugün bütün insanlığın ortak mücadele ve katkıları sonucu, bu alanda birçok normlar ve standartlar oluşturulmuştur. Bir kısmına ülkemizin de imzacı olarak katıldığı ve Anayasa gereği yasa hükmü olarak kabul ettiği, uluslararası sözleşmelerle düzenlenmiş olan bu norm ve standartlar; yeni bir kanun tasarısı hazırlarken önemli referans noktalarıdır. Özellikle son Anayasa değişikliği bu noktayı daha da öne çıkarmaktadır. Yeni Tasarı birçok yönden olumlu özellikler taşımakla birlikte, başta zamanaşımı kavramı, suça iştirak ve faillik olmak üzere yukarıda gerekçeleri ile izah edilen çeşitli noktalarda yetersiz kalmaktadır. Bu bakımdan Tasarı'nın gerçekten işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı muamele veya cezanın ortadan kaldırılması hedefini gerçekleştirmeye hizmet edecek bir nitelik kazanması için, konuyla ilgili uluslararası sözleşmelerde yer alan hükümler "aşgari standart" kabul edilerek, ülkemiz gerçekleri ve hukuk pratiği de göz önünde bulundurularak bazı noktalarda yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

"İşkenceye karşı sıfır tolerans" söyleminin gerçeklik kazanıp, hayata geçirilmesi; bu düzenlemelerin yapılması ve esas olarak da uygulamadaki ısrarcılık ile mümkün olabilir.