

İŞKENCE NEDENİYLE AÇILAN TAM YARGI DAVALARINDA DANIŞTAY ÖLÇÜTLERİ

CRITERIA OF COUNCIL OF STATE IN FULL REMEDY ACTIONS DERIVED FROM TORTURE

Aydın AKGÜL*

Özet: İnsan haklarıyla ilgili uluslararası sözleşmelerin tümünde yasaklanan işkence, yalnızca bireylere karşı değil, insanlığa karşı da işlenmiş bir suç olarak kabul edilmektedir. İnsan onuruna karşı acımasızca yapılan bir saldırı olan ve birey üzerinde onarılmaz etkiler bırakan işkence, insan hakları ihlalleri arasında en nefret uyandırıcı olarak görülmektedir.

Bireyin, kolluk hizmetinin yürütülmesi sırasında işkence nedeniyle maddi veya manevi zarara uğraması durumunda meydana gelen zararın idarece tazmin edilmesi hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. İşkence iddiasıyla açılan tam yargı davalarında Danıştay, önüne gelen her somut olayın özelliğine göre ve birtakım ölçütler çerçevesinde uyumsuzlukta idarenin hukuki sorumluluğunun bulunup bulunmadığını değerlendirerek karar vermektedir.

Anahtar Kelimeler: İşkence, İnsan Hakları, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Tam Yargı Davası, Dava Açma Süresi, Yetkili Yargı Yeri, Manevi Tazminat Miktarı, Rücu, Faiz.

Abstract: Torture prohibited in all international conventions related to human rights, is recognized as a crime not only against individuals but also whole humanity. As a relentless attack against human dignity and having irreparable effects on individuals, torture is considered as an abhorrent violation of human rights. It is one of the principles of a state governed by the rule of law to compensate for the pecuniary and non-pecuniary damages derived from torture which is committed by security forces. The Council of State delivers its judgements on full remedy actions according to the circumstances of the cases and within the framework of certain criteria whether the administration is liable to compensate or not.

Keywords: Torture, human rights, full remedy action, legal liability of administration, governing jurisdiction, damages for mental anguish, recourse, interest.

* Dr., Danıştay Savcısı

GİRİŞ

İşkence, 1215 tarihli Magna Carta'dan bu yana yasaklanmış bir insan hakkı ihlalidir. BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi başta olmak üzere insan haklarıyla ilgili birçok uluslararası sözleşmede işkencenin önlenmesine ilişkin düzenlemeler yer almıştır. Bu durum, devletlerin, yalnızca ulusal düzenlemeleriyle değil uluslararası alanda imzaladığı sözleşmeler aracılığıyla işkenceyle birlikte mücadele ettiğini göstermektedir. Zira işkence, uluslararası hukuk çerçevesinde insanlığa karşı işlenmiş bir suç olarak kabul edilmekte, devletlerin işkenceyi önleme konusunda etkili tedbir alma yükümlülüğü bulunmaktadır.

Anayasanın 17. maddesinde işkence, bir insan hakkı ihlali kabul edilerek yasaklanmış, Türk Ceza Kanunu'nun 94. ve 95. maddelerinde bu suçun işlenmesi halinde ağır cezalar öngörülmüştür.

Bireyler üzerinde, maddi ve manevi anlamda onarılmaz etkiler bırakan ve bireyin Devlete karşı olan güvenini temelden sarsan işkencenin önlenmesi konusunda kuşkusuz Devlete büyük görev düşmektedir. Bu görev, Anayasanın gereği olduğu gibi, ülkemizin taraf olduğu ve işkenceyle ilgili hükümler içeren uluslararası sözleşmelerin de gereğidir.

Bu bağlamda idare, yürüttüğü kolluk hizmeti aracılığıyla, yurdun iç güvenliğini ve asayişini, kamu düzenini, genel ahlakı korumakla görevli olmasının yanında, bireylerin Anayasa'da yazılı temel hak ve özgürlüklerini korumakla da görevlidir. İdare, bu görevini yerine getirirken bir insan hakkı ihlali olan işkenceye başvurmamakla ve hukuka uygun biçimde hareket etmekle zorunludur. Bu zorunluluk, anayasayla güvence altına alınan hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.

İşkence ve insan haklarının ele alındığı çalışmanın birinci bölümünde; işkence kavramıyla birlikte, işkencenin insan haklarıyla ilgili uluslararası sözleşmelerdeki yeri anlatılacaktır. Danıştay kararları açısından işkencenin ele alındığı ikinci bölümde, işkence nedeniyle açılmış tam yargı davalarına geçmeden önce konunun daha iyi anlaşılması için, idarenin hukuki sorumluluğu kavramı ve tazmin borcu ile tam yargı davaları hakkında kısaca bilgi verilecektir. Bundan sonra ise, idare tarafından kolluk hizmetinin sunulması sırasında işkence nedeniyle bireyin zarara uğraması durumunda açılan tam yargı dava-

larında Danıştay'ın hangi ilke ve esasları dikkate alarak uyuşmazlıkları çözümlendiği dokuz başlık altında anlatılacaktır.

I. İŞKENCE ve İNSAN HAKLARI

A. İşkence Kavramı

İşkenceden söz edildiğinde, pek çok insanın aklına en zalimane fiziksel ve ruhsal acı verme biçimleri gelmektedir. Bir dizi olayın işkence seviyesine ulaşmış olmamasına karar vermek her zaman kolay olmadığı gibi, belirgin olmayan ya da kültürel faktörlere bağlı olarak anlam değiştirebilecek bir kısım davranış biçimleri de bulunmaktadır. Bu nedenle, işkencenin tanımlanması her zaman kolay olamayabilmektedir¹.

İşkence ve benzeri muameleleri suç haline getiren düzenlemelerdeki temel sorun; bu muamelelerin tanımlanmamış olması ve bu muameleleri birbirinden ayırmaya yarayacak somut ölçütlerin belirtilmemiş olmasıdır². Bununla birlikte, işkence ve benzeri eylemlerin tümünün insana acı veren, insanın saygınlığını ve kişiliğini zedeleyen bir niteliğe sahip olduğunu belirtmek gerekir³.

İşkence, bir kimseye maddi veya manevi olarak yapılan aşırı eziyet şeklinde kısaca tanımlanabilir⁴. Hukuki olmaktan çok duygusal ve ahlaki bir nitelik taşıyan işkencenin genel anlamdaki bu tanımı, kime hangi sebepte olursa olsun kuvvetli acı ve ıstırap vermeyi belirtmektedir⁵.

Daha geniş bir tanımla işkence; şüphelinin ya da sanığın ifadesini veya sorgusunu almaya yetkili olan görevlilerin, şüpheliye ya da sanığa suçunu itiraf ettirmek, suç delillerini ele geçirmek, sorgu sırasında düş-tüğü çelişkileri düzelttirmek, ortaklarını ele verdirmek ya da işlemesi

¹ Doğan Bülent, Seven Huriye, "İnsan Hakları Sorunu Olarak İşkence Tanım, Tarihçe, Ulusal-Uluslararası Sistematik", *Türk İdare Dergisi*, Sayı(S):438, Yıl(Y):75, Mart 2003, s.92.

² Üzülmüş İlhan, "Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence ve Eziyet Suçu", *Adalet Dergisi*, Y:2, S:2, 2005, s.2.

³ Akıllıoğlu Tekin, "İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi", *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt(C):10-11, Y:1988-1989, s.23.

⁴ www.tdk.gov.tr(E.T. 20.11.2013).

⁵ Başbüyük İsa, "Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:12/2, 2010, s.1444.

mümkün başka suçları varsa onları da öğrenmek için onda bedensel veya ruhsal zarar ya da tehlike meydana getiren ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan her türlü maddi ve manevi kötü fiil ve davranıştır⁶.

Türk Ceza Kanunu'nun "İşkence" başlıklı 94. maddesinde, işkence; *"Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanması-na yol açacak davranışlar"* şeklinde tanımlanmıştır. Anılan Kanunda "işkence", bir üst kavram olarak düşünülmüş olup; işkencenin maddi veya manevi ağır acı ve ıstırap veren hareketlerden, diğer muamelelerin ise bu seviyeye varmayan kötü muamelelerden oluştuğuna ilişkin anlayıştan bağımsız olarak, doğrudan insan onuruyla bağdaşmayan bedensel ve ruhsal dokunulmazlığı, bireyin algılama ve irade yeteneğini etkileyen her türlü davranış işkence sayılmıştır⁷.

Danıştay'ın temyizden inceleyip onadığı bir kararda ise işkence; *"mağdurlara, bilgi elde edebilmek için, süreklilik gösteren, ızdırap verici, bezdirici, fiziki ve manevi acı veren, insan kişiliğini incitici, haysiyet kırıcı davranışlarda bulunma"*⁸ şeklinde belirtilmiştir.

İşkenceyi fena muamelenin diğer biçimlerinden ayırt eden özelliği, duyulan ızdırabın ağırlık derecesidir. Zalimane davranış ve insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da ceza, farklı düzeylerde ama işkenceden daha az ızdıraba neden olan fena muameleye işaret eden hukuki terimlerdir⁹.

Bireyler devlet adına işkence suçunu işleyebileceği gibi, devletler aynı zamanda işkenceyi bir devlet politikası olarak veya yönetim aracı olarak benimsemiş de olabilir¹⁰. Bu açıdan işkence, özgürlüğünden yoksun bırakılmış olan kişilere devlet gücünü kullanan yetkililer tarafından yapılan bir baskı aracı olup, işkencenin ana hedefinde işkenceye uğratılardan bilgi alınması bulunmaktadır¹¹.

⁶ Demirbaş Timur, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:23, Ankara 1992, s.6.

⁷ Üzülmöz, s.2.

⁸ Danıştay 10.D., 06.07.2011, E:2009/11357, K: 2011/2909, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁹ Doğan ve Seven, s.93.

¹⁰ Bagchi Aditi, "Intention, Torture, and the Concept of State Crime", *Penn State Law Review*, Vol.114:1, 2009, s.3.

¹¹ Doğan ve Seven, s.93.

B. İnsan Hakları Yönünden İşkence

İnsan hakları, teorik olarak bütün insanlara tanınması gerekli olan ideal bir haklar listesini ifade etmekle birlikte, daha çok "olması gereken" alanında kalmakta veya "ulaşılacak hedefler programı"nu çağrıştırmaktadır¹². Ancak, insan haklarının evrensel olması yönü, insan haklarının yalnızca pozitif hukukta değil, tüm zamanlarda kabul edilmesini, ayrıca birey ve topluluklar açısından başlıca arzulan hedefler içerisinde yer almasını sağlamıştır¹³.

Kişi özgürlüğünü ve onurunu güvence altına alan insan hakları; insanın doğasından kaynaklanan ve devlete kural olarak yalnızca saygı gösterme, karışmama görevini yükleyen, ancak bazen gerçekleşmesi için aktif davranışlarda bulunma yükümlülüğü de getiren hak ve özgürlüklerdir¹⁴.

İnsan hakları bağlamında işkence, uluslararası hukuk çerçevesinde en yasaklanmış uygulamalardan biri olarak görülmekte ve savunmasız kişilere karşı yapılan nefret uyandırıcı ve acımasızca bir saldırı olarak nitelendirilmektedir¹⁵. İnsan haklarına saygı duyulması, yurttaşların, siyasal iktidara ilişkin "meşruiyet" inancının temel koşuludur. Bu nedenle işkence, devlet ve birey ilişkilerini bozan en önemli insan hakları ihlallerinden birisini oluşturmaktadır. İşkence ve kötü muamele, insanın maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik bir saldırı olması nedeniyle insanlık tarihi boyunca "insan hakları" kavramı ile birlikte gelişme göstermiştir¹⁶.

Nitekim, Yargıtay Ceza Genel Kurulu işkenceyle ilgili meşhur E:2002/8-191, K:2002/362 sayılı kararında; "insan haklarının en üst düzeyde korunması, insan onuruna gereken değerin verilmesi büyük önem göstermekte olup, bu husus ancak adaletin herkesin güven duyabileceği bir şekilde gerçekleştirilmesi ile mümkün olabilir. İnsan hakları, ayırım gözetil-

¹² Kapani Münci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 1993, s.14.

¹³ Engle Eric, "Universal Human Rights: A Generational History", Annual Survey of International & Comparative Law, Vol. 12: Iss. 1, Article 10, 2006, s.1.

¹⁴ Centel Nur, "Adli Tıp Bilimleri ve İnsan Hakları", *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:4, S:1-2, Y:2000, s.5.

¹⁵ Harper Julianne, "Defining Torture: Bridging the Gap Between Rhetoric and Reality", *Santa Clara Law Review*, Vol. 49, Number:3, 2009, s.894.

¹⁶ Doğan ve Seven, s.91.

meksizin sahip olunan hakların tümünü kapsar, bu nedenle ve tek cümle ile işkence suçu insanlığa karşı işlenen bir 'insanlık suçu'dur' saptamalarına yer vermiştir¹⁷.

Herkesin güven duyabileceği bir adalet sistemi oluşturmak için insan onuruna değer verilmesi ve işkenceye hiçbir şekilde başvurulmaması gerekir. Çünkü ceza adaletinin temellerinden birisini de, masumların işkence sonucu cezalandırılmasından ise, suçluların cezasız kalması oluşturmaktadır¹⁸.

Bununla birlikte, bazı aşırı durumlarda ve özellikle terörizmin küresel tehdidine karşı etkin mücadelede, işkencenin gerekli ve uygun bir yol olduğu düşüncesine yönelik tartışmalar süregelmektedir¹⁹. Amerika'da meydana gelen 11 Eylül saldırılarından sonra terörist kişilere karşı işkence yapılması, uluslararası hukuk ve insan hakları boyutuyla oldukça tartışılmış²⁰; işkenceye başvurulması halinde *"teröristlerden nasıl farkımız olabilir?"* sorusu, özeleştirici yapılarak sorulmuştur²¹.

Terörizm tehdidinin, olağanüstü koşullar altında işkence yapılabilirliği yönünde kişilerdeki mevcut algıyı değiştirdiği ifade edilmekte²² ise de; terörizm tehdidi altında bile olsa işkenceye hiçbir koşulda başvurulamaz. Zira, uluslararası insan hakları anlaşmaları ile her türlü koşulda işkenceye başvurulması yasaklanmış, devletler de işkencenin önlenmesi konusunda taahhütte bulunmuştur.

Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu, demokratik bir hukuk devletinde, delil elde etmek için insan hakları ihlallerini meşrulaştırıcı ve hukuka aykırı davranmanın bir mazereti olamayacağını belirtmekte²³; İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Komitesi de, kamu güvenliğini ko-

¹⁷ İlkiz Fikret, "Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararı: 'İşkence' İnsanlık Suçudur ve İşkenceye Karşı 'Seçmeli Protokol' Nedir", *İstanbul Barosu Dergisi*, C:76, S:4, Y:2002, s.900.

¹⁸ Demirbaş, s.19.

¹⁹ Soul Ben, "The Equivalent Logic of Torture and Terrorism: The Legal Regulation of Moral Monstrosity", *Legal Studies Research*, Paper No. 08/113, October 2008, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1277548(E.T.20.11.2013).

²⁰ Gathii James T., "Torture, Extraterritoriality, Terrorism, and International Law", *Albany Law Review*, Vol.67, 2003, s.101.

²¹ Butler Joel, "Torture", *The National Legal Eagle* 2011, Vol. 17: Iss. 2, Article 5, s.12.

²² Bennoune Karima: "Terror/Torture", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 26, No.1, 2008, s.3.

²³ İlkiz, s.913.

rumak, acil durumları önlemek amacıyla veya herhangi bir dini, geleneksel bir mazeretle de olsa işkencenin ve kötü muamelenin haklı gösterilmesini kabul etmemektedir²⁴.

C. İşkencenin Tarihçesi ve Anayasal Belgelerimizdeki Yeri

1. Tarihsel Süreçte İşkence

İşkence yasağının, bir insan hakkı olarak uluslararası hukuk ölçeğinde düzenlenmesi yeni bir olgu olmakla birlikte, bu yasağın tarihsel süreç içerisinde ortaya çıkışı oldukça eskiye dayanmaktadır. İşkence yasağının tarihi 1215 tarihli Manga Carta'ya kadar gitmektedir²⁵.

1215 tarihli Magna Carta Libertatum'un 39. maddesinde, kişilerin *"herhangi bir biçimde kötü muameleye maruz bırakılmayacağı"* hüküm altına alınmıştır. 1688 tarihli İngiliz Haklar Belgesi'nde, zalimane ve mutad olmayan cezaların uygulanması yasaklanmıştır; 1776 tarihli Virginia İnsan Hakları Bildirisi'nin özellikle 8., 9. ve 10. maddelerinde, kimsenin kendi aleyhine kanıt göstermeye zorlanamayacağı, kimseye zalimane ve mutad olmayan ceza verilemeyeceği belirtilmiştir. 1789 Fransız İnsan Hakları ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 5., 7. ve 9. maddelerinde, yasadışı emir verip uygulayanların cezalandırılması, zanlının yakalanması sürecinde gereksiz her türlü şiddet uygulanmasının önlenmesi düzenlenmiştir²⁶.

2. Anayasal Belgelerimizde İşkence

Anayasal belgelerimizde işkencenin önlenmesine yönelik kuralların iki yüz yıla yakın bir geçmişi bulunmaktadır. Devlet, 1808'den bu yana işkencenin, zulmün önlenmesini temel kurallar arasında kabul etmektedir. İşkence ve benzeri uygulamaların önlenmesine ilişkin çabaların ilk örneklerinin, Osmanlı Devletinde 1808 tarihli Senedi İttifak'ta yer aldığı belirtilebilir. Zira, uygulama görmemiş olsa da bu

²⁴ The United Nations Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment General Comment No:2, <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/47ac78ce2.pdf>(E.T.25.11.2013).

²⁵ Doğan ve Seven, s.96.

²⁶ Gemalmaz M. Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, Kavram Yayınları, İstanbul 1993, s.157-158.

metinde ilk defa “*vergi toplamak için zulme başvurulmaması*” hakkında yerel güçlerle merkezi otorite arasında bir anlaşmaya varılmıştır²⁷.

1839 tarihli Tanzimat Fermanı’nda “zulüm yasağı”, 1856 tarihli Islahat Fermanında “işkence ve eziyet yasağı” düzenlenmiş²⁸; 1875 tarihli Ferman-ı Adalet Metninde, yasal dayanağı bulunmayan ve mahkemeden alınmış bir karara dayanmayan “hapis” uygulamasının ve işkencenin yasak olduğu belirtilerek aksine davranışların şiddetle cezalandırılacağı²⁹, 1876 tarihli Kanuni Esası’de ise işkence ve diğer her türlü eziyetin kesinlikle ve tamamen yasak olduğu hüküm altına alınmıştır³⁰.

1924 Anayasasında işkencenin benzer uygulamalarla birlikte yasaklandığı görülmektedir. Anayasanın 73. maddesine göre; “*İşkence, eziyet, müsadere ve angarya memnudur.*” 1961 ve 1982 Anayasalarında da bu anlayış devam ettirilmiştir. Özetle, işkence, anayasal belgelerde ve anayasa metinlerinde, benzeri uygulamalarla birlikte yasaklanmıştır. İşkence yasağı, 1876’dan bu yana anayasaların değişmez kuralı haline gelmiştir³¹.

E. İşkencenin Uluslararası Belgelerdeki Yeri

Günümüzde insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması, ülkelerin bir iç sorunu olmaktan çıkarak uluslararası bir nitelik kazanmıştır. Güvencenin tek başına, ulusal düzeyde gerçekleştirilmesinin zorluğu, devletleri uluslararası düzeyde birlikte hareket etmeye yöneltmiş, sonuçta çeşitli uluslararası sözleşmeler ve yargı kurumları oluşturulmuştur³².

İşkencenin yasaklanmasına ilişkin hükümler, uluslararası insan haklarıyla ilgili sözleşmelerin ve insancıl hukuk antlaşmalarının her

²⁷ Akıllıoğlu, “İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi, İnsan Hakları Yıllığı”, s.19.

²⁸ Gemalmaz, s.159.

²⁹ Akıllıoğlu, “İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi, İnsan Hakları Yıllığı”, s.20.

³⁰ Gemalmaz, s.159.

³¹ Akıllıoğlu, “İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi, İnsan Hakları Yıllığı”, s.20-21.

³² Centel, s.5.

birinde görülebilir. Esasen, işkencenin yasaklanması günümüzde uluslararası insan hakları hukukunda “üstün hukuk normu” olarak kabul edilmektedir³³. Avrupa, Afrika ve Amerika kıtasına ilişkin insan hakları antlaşmaları işkence kullanımını yasaklayan bazı hükümler içermekte olup, işkence yasağı uluslararası hukukun en güçlü yükümlülüklerinden biridir³⁴. Uluslararası Ceza Mahkemesini kuran Roma Statüsü’nün 7. maddesinde de işkence, insanlığa karşı işlenen suçlar arasında sayılmıştır³⁵.

İşkence ve kötü muamelelerin İnsan Hakları Hukuku çerçevesinde somut ve belirgin biçimde yasaklanması, özellikle 1950’ler sonrası döneme rastlamaktadır. Özellikle 1960’ların ikinci yarısından sonra, bölgesel ve evrensel düzeyde yapılaştırılan insan haklarına ilişkin belgeler etkinlik kazanma aşamasına gelebilmiştir³⁶.

İşkence ve benzeri eylemlerin önlenmesi amacıyla uluslararası sözleşmeler hazırlanmıştır. Bu sözleşmeleri kabul eden devletlerin belgelerdeki hükümlere kesinlikle uymalarının sağlanabilmesi amacıyla da bazı denetim mekanizmaları oluşturulmuştur³⁷.

1. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

İnsan Hakları Hukukunun temel kaynaklarından birisi olarak işlev gören³⁸ ve çağımızın Magna Charta’sı olarak da nitelendirilen 10 Aralık 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin önsözünde, insan haklarına, insan şeref ve haysiyetine karşı olan saygı vurgulanarak, bütün ülkelerdeki kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olduğu belirtilmiştir³⁹.

³³ Schaack Beth Van and Slye Ron: Teaching Torture, 2009, <http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/> 632, s.2.

³⁴ Gaeta Paola: “May Necessity Be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists?”, *Journal of International Criminal Justice*, 2004, s.788.

³⁵ Article 7/f of the Rome Statute, [http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/585?OpenDocument\(E.T.20.11.2013\)](http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/585?OpenDocument(E.T.20.11.2013)).

³⁶ Gemalmaz, s.156.

³⁷ Doğan ve Seven, s.91.

³⁸ Gemalmaz, s.169.

³⁹ Ünal Şeref, “İnsan Haklarının Tarihi, Felsefi ve Hukuki Temelleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1994, s.58.

Bildirge, insan haklarının artık yalnızca her ülkenin bir iç sorunu olmaktan çıkıp, ulusal sınırları da aşarak uluslararası boyutlara ulaştığını dünyaya ilan etmiş, böylece insanlık tarihinde yeni bir dönemi başlatmıştır⁴⁰. Bildirgenin 5 inci maddesinde; *“Hiç kimseye işkence yapılamaz, zalimce, insanlık dışı veya onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz ve ceza verilemez.”* hükmüne yer verilmiştir⁴¹.

2. Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi

Gerek BM'nin kuruluşu öncesinde gerekse de BM'nin kuruluşu sonrasında bu organ tarafından yapılaştırılan pek çok insan hakları belgesinin, doğrudan düzenlemekle birlikte dolaylı olarak işkence ve kötü muamelenin önlenmesiyle ilişkisi bulunmaktadır. Bunlardan birisi de BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'dir⁴².

16 Aralık 1966 tarihli BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nde, işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin hükme yer verilmiştir. Sözleşmenin *“İşkence yasağı”* başlıklı 7. maddesine göre; *“Hiç kimse işkenceye veya zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılamaz. Ayrıca hiç kimse, serbest iradesi olmadan tıbbi veya bilimsel bir deneye tabi tutulamaz.”*⁴³

3. İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi

İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi üç kısımdan oluşmaktadır. Kısım I'de, işkence terimine yer verilerek konuya ilişkin hükümler düzenlenmiştir. 17. maddeden itibaren başlayan Kısım II'de, İşkenceye karşı Komite'yi kuran hükümlere; 25. maddeden itibaren başlayan Kısım III'de, Sözleşmenin onaylanmasına ve yürürlüğüne ilişkin maddelere yer verilmiştir⁴⁴.

⁴⁰ Kapani, s.73.

⁴¹ <http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/688B1--Insan-Haklari-Evrensel-Beyannamesi.pdf> (E.T.25.11.2013).

⁴² Gemalmaz, s.162.

⁴³ <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/53-73.pdf>(E.T.25.11.2013).

⁴⁴ <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/37-51.pdf>(E.T.

Sözleşmenin 1. maddesinde, işkence; *“bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözetken 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.”* şeklinde tanımlanmıştır⁴⁵. Bu tanımın dört unsuru içerdiği belirtilmektedir. Bunlardan birincisi, kasıtlı eziyet; ikincisi, şiddetli ağrı veya acı; üçüncüsü, anılan maddede sayılan amaçlar için yapılması; dördüncüsü ise bir kişi tarafından devlet adına yapılmasıdır⁴⁶.

İşkenceye ilişkin bir tanımın yapılmasıyla, işkence kavramının niteliği, kapsamı, unsurları ve aktörleri hakkında uluslararası bir ortak anlayışa varılmıştır. Sözleşmenin 2. maddesinin ilk fıkrasında; *“Sözleşme’ye Taraf Devlet, yetkisi altındaki ülkelerde işkence olaylarını önlemek için etkili kanuni, idari ve adli veya başka tedbirleri alacaktır”* hükmüne yer verilmesi suretiyle sınırlı bir sayma yoluna gidilmemiş, *“veya başka tedbirleri”* ifadesiyle, taraf devletlere tüm olanaklarını seferber ederek, işkenceyi önlemeleri borcu yüklenmiştir⁴⁷. İşkence suçu sonuçta bireyler tarafından işlenmekle birlikte; işkenceyle ilgili BM Sözleşmesi, devletleri işkencenin yasa dışı olduğunu belirtme ve işkence nedeniyle suçlanan kişiye ilişkin etkili soruşturma yürütmekle yükümlü kılmıştır⁴⁸.

4. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(AİHS)’nin en önemli özelliği, koruma altına aldığı temel hak ve özgürlükleri kapsamlı biçimde düzenlemesi, hangi koşullarla ve nasıl sınırlanabileceklerinin ölçütlerini koyması ve işlevselliğini sağlayacak denetim mekanizmasını oluşturmasıdır⁴⁹.

25.11.2013).

⁴⁵ <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/37-51.pdf>(E.T. 25.11.2013).

⁴⁶ Harper, s.898.

⁴⁷ Er Cüneyd, “İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y:18, S:60, 2005, s.170-173.

⁴⁸ Bagchi, s.7.

⁴⁹ Doğan ve Seven , s.101.

İşkence suçu AİHS'nin 3 üncü maddesinde düzenlenmiştir. "İşkence yasağı" başlıklı söz konusu maddede; "Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz." hükmüne yer verilmiştir⁵⁰. Bu madde, AİHS'nin en kısa maddesi olup, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi(AİHM)'nin içtihatlarında birçok defalar belirtildiği gibi, "demokratik toplumların en temel değerlerinden birini içermekte olup, bireyin beden bütünlüğünü ve kişilik onurunu mutlak surette korumayı amaçlamaktadır."⁵¹

AİHS, terör ve örgütlü suçlarla savaşım gibi en zor koşulların bulunması halinde bile işkenceye, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ve cezaya hiçbir koşulda izin vermemektedir. Diğer bir ifadeyle, AİHS'nin 3 üncü maddesi, 1 ve 4 nolu Ek Protokollerin maddi haklarla ilgili birçok hükmünden bu noktada ayrılarak, hiçbir istisnaya izin vermemektedir⁵². Nitekim AİHM, Gömi ve diğerleri/Türkiye davasında, bir bireyin özgürlüğünden mahrum kaldığı durumlarda, sergilediği davranış bakımından kendisine karşı bir fiziksel güç kullanımının gereksiz olması halinde, ilke olarak, 3. madde ile garanti altına alınan hakkın ihlal edilmiş olacağını ve bu madde hükmü ile getirilen yasağın mutlak olduğunu ve bu yasağın, terörizm ve örgütlü suçlar ile mücadelede, hatta ulus güvenliğini tehdit eden kamusal tehlike durumu gibi en zor koşullarda bile geçerli olduğunu belirtmiştir⁵³.

AİHS'de işkence yasağı başlığı altında işkence ve diğer muameleler beraber sayılmış, fakat herhangi bir tanım ya da ölçüte yer verilmiştir. Bireyin anılan maddede sayılanlardan herhangi birisi içerisinde değerlendirilebilecek olan bir işleme tabi tutulması, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali açısından yeterlidir. Bununla birlikte, Mahkeme, ihlal tespitinde bulunması halinde adil tatmin açısından işkenceye diğer eylemlerle kıyaslandığında daha fazla tazminata hükmedebilir⁵⁴.

⁵⁰ http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/AIHS_tr.pdf(E.T.12.11.2013).

⁵¹ Çor Yaşar, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sözleşme Kapsamında İşkence Görmeme Hakkına Bakış Açısı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y:21, S:75, Mart-Nisan 2008, s.69.

⁵² Nal Sabahattin, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türkiye'de İşkence ve İnsanlık Dışı Muamele", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S:2, C:15, Y:2007, s.153.

⁵³ [http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["işkence"\],"documentcollectionid2":"Grandchamber","Chamber"}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/Pages/search.aspx#{), (E.T. 25.11.2013.)

⁵⁴ Anayurt Ömer, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavra-

Mahkeme, İrlanda/Birleşik Krallık kararında onur kırıcı ve insanlık dışı muamele ile işkenceye ilişkin unsurları yorumlamıştır. Buna göre, eğer bir ceza veya muamele, korku ve şiddetli üzüntü meydana getiriyor, utanma ve aşağılanma duygusuna neden oluyor, fiziksel ve moral direncini kırıyorsa onur kırıcı; kasıtlı, fiziksel ve zihni acı veriyorsa ve psikolojik bir tahribata yol açıyorsa, insanlık dışı sayılmaktadır⁵⁵

AİHM, işkencenin unsurları için ise, eylemin fiziksel yahut ruhsal açıdan ağır acı veya ızdırap niteliğine sahip olmasını; eylemin kasten işlenmiş olmasını; eylemin cezalandırmak, bilgi ya da itiraf elde etmek, gözdağı vermek ya da ayrımcılık amaçlarına ulaşmak için yapılmış olmasını; resmi sığata sahip ya da böyle bir sığata sahip olmasalar da onların bilgisi veya onayıyla yapılmasını aramaktadır⁵⁶. Mahkemeye göre Sözleşmenin 3. maddesindeki üç kavram ağırlıklarına göre sıralandığında en ağırı işkencedir. Her üç davranışın mutlaka maddi zor ya da şiddet gösterilerek yapılmasına gerek olmayıp tehditle, sözle veya rahatsız edici nitelikte başka davranışlar, kişiye verilen manevi üzüntüler de söz konusu olabilir⁵⁷.

AİHS'nin diğere uluslararası sözleşmelerden temel farkı, uygulanma açısından vatandaşlığın önemli olmamasıdır. Sözleşmeye taraf ülkede bulunan bütün kişiler hakkında AİHS uygulanmaktadır⁵⁸. Bu bağlamda, AİHS'nin işkenceye ilişkin hükümleri nedeniyle, bir devletin vatandaşı olmayan kişilerin de işkenceye karşı korunması bulunduğu yerdeki devletin sorumluluğundadır.

Sözleşmenin 3. maddesinde devletlere getirilen yükümlülüklerden birincisi, devlet hiç kimseyi işkenceye, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutmamalıdır. İkincisi, devletler bireylerin işkence başta olmak üzere 3. maddeyle yasaklanan eylemlerin mağduru olmasını önleme amacıyla tedbirler almalıdır. Bunlar, gerek-

mi", Prof. Dr. Attila Özer'e Armağan, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S:1-2, C:XII, Haziran Aralık 2008, s. 7.

⁵⁵ Çor, s.69.

⁵⁶ Anayurt, s.11.

⁵⁷ Malkoç İsmail, "İşkence ve İnsan Hakları", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, S:118, 2003, s.22.

⁵⁸ Ünal Şeref, *Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s.147.

li hukuksal düzenlemeleri yapmak şeklinde olabileceği gibi, gerekli somut önlemleri alma şeklinde de olabilir. Üçüncü yükümlülük ise, devletin işkenceyi ve diğer kötü muameleleri etkili bir biçimde soruşturma ve kovuşturmasıdır⁵⁹.

II. DANIŞTAY KARARLARI AÇISINDAN İŞKENCE

Kamu görevlilerince işkence yapılması nedeniyle maddi veya manevi zarara uğranılması durumunda, uğranılan zararın öncelikle kamu hizmetini sunan idare tarafından tazmini, idarenin hukuki sorumluluğunun bir gereğidir. Bu noktada, konuyla ilgili Danıştay kararlarına yer vermeden önce idarenin hukuki sorumluluğu ile tam yargı davaları hakkında kısaca bilgi vermek faydalı olacaktır.

A. İDARENİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

1. İdarenin Hukuki Sorumluluğu

İdarenin faaliyet alanının ve yaptığı kamusal hizmetlerin gerek nitelik, gerekse sayıca artması, bireylerin bu faaliyetlerden dolayı zarara uğrama ihtimalini de artmıştır. Bu nedenle, *"herkes neden olduğu zararları gidermek zorundadır"* şeklindeki sorumluluk ilkesi, idare hukuku alanında medeni hukuka kıyasla daha büyük bir öneme sahiptir ve daha geniş bir alanı kapsamaktadır⁶⁰.

İdarenin hukuki sorumluluğu, idarenin yürüttüğü etkinliklerden dolayı bireylerin uğradığı zararın idarece tazmin edilmesini sağlayan⁶¹ bir kurumdur. Bu kurum, yürütülen kamu hizmetleri nedeniyle bireylerin malvarlığında ortaya çıkan eksilmenin ya da çoğalma olanağından yoksunluğun giderilebilmesi, karşılanabilmesi için aranan koşulları, uygulanması gereken kural ve ilkeleri içine almaktadır⁶².

İdarenin hukuki sorumluluğunda farklı sorumluluk türleri bulunmaktadır. Bunlardan idarenin hizmet kusuru nedeniyle olan sorumluluğu, idarece yürütülen hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve

⁵⁹ Nal, s.154.

⁶⁰ Özgüldür Serdar, Tam Yargı Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara 1993, s.25.

⁶¹ Atay E. Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s.678.

⁶² Esin Yüksel, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, II. Kitap:Esas, Ankara 1973, s.14.

işleyişinde ortaya çıkan her türlü bozukluk, aksaklık veya eksiklik tir⁶³. Danıştay, eşine yapılan işkence nedeniyle uğranıldığı öne sürülen manevi zararın tazmini istemiyle açılan bir davada, idarenin hizmet kusurunu şu şekilde açıklamıştır: *“İdarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk ile personeli üzerindeki gözetim ve denetim görevini gereği gibi yerine getirmemesi şeklinde tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin sorumluluğunun doğmasına yol açmaktadır.”*⁶⁴

İdarenin hukuki sorumluluğu konusunda önemli ilkelerden birisi, bu sorumluluğun asli bir sorumluluk olmasıdır. Danıştay, idarenin hukuki sorumluluğunun asli bir sorumluluk olduğuna vurgu yaparak, idarenin gerçek veya tüzel kişilerle birlikte sorumlu olduğu durumlarda bile, öncelikle idarenin sorumluluğuna başvurulması gerektiğini belirtmiştir⁶⁵. Bu ilke, işkence nedeniyle açılacak tam yargı davalarında, uğranıldığı öne sürülen zararın sorumlu kamu görevlisinden mi yoksa kamu görevlisinin çalıştığı ilgili idareden mi talep edilmesi gerektiği yönüyle önemlidir. Kuşkusuz, belirtilen ilke gereği uğranıldığı öne sürülen zararın tazmini ilgili idareden istenilecektir.

2. Tam Yargı Davaları

Hukuki sorumluluğun doğal sonucu, diğer bir ifadeyle yaptırım gücü, tazmin borcudur. Tazmin yoluyla, hukuki sorumluluğu belirlenen hukuk süjesine yargı yerince bir ödev yüklenmektedir⁶⁶.

Danıştay'ın bir kararında da belirtildiği üzere, kolluk hizmetini yürütmesi yönüyle idare; yurdun iç güvenliğini ve asayişini, kamu düzenini, genel ahlakı ve Anayasa'da yazılı temel hak ve özgürlükleri korumakla görevli olup, bu yetkiyi kullanırken kanunla tanımlanan görev alanı dışına çıkmaması gerekmektedir⁶⁷. İdarenin, kolluk hiz-

⁶³ Duran Lütfi, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Yayın No: 138, Ankara 1974, s.26.

⁶⁴ Danıştay 10.D., 28.03.2007, E: 2004/11310, K: 2007/1549, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁶⁵ Akgül Aydın, “Tam Yargı Davalarında Zararın, Zarar Görenin Kendi Kusurundan Kaynaklanması”, *Terazi Dergisi*, Y:4, S:32, 2009, s.113.

⁶⁶ Esin, s.14.

⁶⁷ Danıştay 10.D., 06.02.2009, E:2006/1212, K: 2009/652, Danıştay UYAP Bilişim Sis-

metini hukuka uygun olarak yürütmesi ve hizmetin sunumu sırasında bireyin zarara uğraması durumunda meydana gelen zararı tazmin etmesi hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.

Bireyin, kolluk hizmetinin yürütülmesi sırasında uğradığını öne sürdüğü maddi veya manevi zararını karşılamak amacıyla getirilen hukuki koruma yolu idari yargıya özgü bir dava türü olan tam yargı davasıdır. İdarenin tazmin borcunun, diğer bir ifadeyle hukuki sorumluluğunun bulunup bulunmadığı tam yargı davası ile ortaya çıkmaktadır.

Tam yargı davası ile davacı, yasal gerçeğe dayanarak subjektif hakkının varlığını veya kendisi lehine bazı haklar doğuracak bir durumun tespitini istemekte⁶⁸; idari yargı yeri de idari faaliyet sonunda ortaya çıkan zarardan sorumlu olduğu sonucuna vardığı idareyi, bu zararın karşılığına denk gelebilecek şekilde para ödemekle yükümlü tutmaktadır⁶⁹.

Bununla birlikte, idari yargı yerinin, idarenin hukuki sorumluluğunu belirlemede ve sonuçta idareyi tazmin borcuyla yükümlü tutmasında birtakım koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini göz önünde bulundurması gerekmektedir. Bu koşullardan birinin yokluğu idarenin hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır⁷⁰. Bu koşullar; bir zararın varlığı, zararı doğuran işlem veya eylemin idareye yüklenebilir olması, zararlar işlem veya eylem arasında illiyet bağının bulunmasıdır⁷¹.

B. İŞKENCE NEDENİYLE AÇILAN TAM YARGI DAVALARINA DANIŞTAY'IN BAKIŞI

İşkence yapıldığı iddiasıyla açılan tam yargı davalarında idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı, her somut olaya göre idare mahkemesince ve son tahlilde Danıştay tarafından belirlenmektedir.

temi.

⁶⁸ Özgüldür, s.39.

⁶⁹ Yenice Kazım ve Esin Yüksel, Açıklamalı-İçtihatlı, Notlu İdari Yargılama Usulü, Arısan Matbaacılık, Ankara 1983, s.107.

⁷⁰ Akgül, s.113.

⁷¹ Danıştay 10.D., 31.10.2006, E:2003/4333, K:2006/6212, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

Bu bölümde, işkence yapıldığı iddiasıyla açılan tam yargı davalarında, Danıştay'ın hangi ölçütleri gözeterek bu tür davaları sonuçlandırdığını ortaya koyacağız. Konunun daha iyi açıklanması için kararlar belli başlıklar altında ele alınacaktır.

1. Dava Açma Süresi

İdarenin işlem ve eylemlerinin sürekli olarak dava tehdidi altında bulunması, idare ile bireyler arasındaki uyumsuzlukların sonunun alınamamasına yol açar. Bu durum ise, toplum huzurunu bozmakla kalmaz, idari faaliyetlerin kararlılık ve verimlilik içinde yürütülmesini de engeller. Ayrıca, idari işlem ve eylemlerden doğacak sonuçların açıklık ve kesinlik kazanmasını olanaksız kılar⁷². Bu nedenle, idari rejimi benimsemiş tüm ülkelerde idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun denetimi, belli bir süre içinde dava açılmış olması koşuluna bağlanmıştır. "İdari dava açma süresi" olarak adlandırılan bu sürenin dava açılmadan geçirilmesi, idari işlem ve eyleme kesin hüküm halini alan yargı kararlarinkine benzer bir çeşit dokunulmazlık kazandırır⁷³.

Yeniden dava açılması olanağını ortadan kaldırması yönüyle hak düşürücü niteliği bulunan ve özel hukuktaki zamanaşımından farklı olan idari davalarda dava açma süresi⁷⁴, davanın ön koşullarındandır⁷⁵. Dava açma süresinin kamu düzenini ilgilendiren bir nitelik taşıması nedeniyle idari yargı yeri, önüne gelen bir davanın süresi içinde açılıp açılmadığını kendiliğinden araştırmak zorundadır. İdari yargı yeri, davanın açıldığı andan yargılanmanın sonuçlandığı ana kadar, dava açma süresinin geçirilip geçirilmediğini kendiliğinden araştırmak ve süre geçirilmiş ise davayı bu nedenle reddetmek yetkisine sahiptir⁷⁶.

Tam yargı davalarında dava açma süresine ilişkin kurallar 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13. maddesinde düzenlen-

⁷² Yenice ve Esin, age, s.163.

⁷³ Candan Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Adalet Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2009, s.322.

⁷⁴ Onar Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları III, Cilt 3, Hak Kitabevi, İstanbul 1967, s.1661.

⁷⁵ Gözübüyük A. Şeref, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 27. Bası, Ankara 2008, s.199.

⁷⁶ Yenice ve Esin, s.167.

miştir. Anılan Kanun maddesinde; *“İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir.”* hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıda belirtilen kurallar çerçevesinde; 27.11.1995 tarihinde işkence yapıldığından bahisle uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan davanın, 1 yıllık süre içinde açılmaması nedeniyle süre aşımı yönünden reddine karar verilmiş,⁷⁷ değişik cezaevlerinde farklı tarihlerde işkence yapıldığı iddiasıyla açılan davanın da en geç, en son işkence yapıldığı iddia edilen tarihten itibaren bir yıl içinde açılması gerektiği kabul edilmiştir⁷⁸.

2577 sayılı Kanun’un 13. maddesinde belirtilen beş yıllık dava açma süresine ilişkin olarak; işkence eyleminin öğrenildiği tarihten itibaren en geç 5 yıl içinde ilgili idareye başvurulmayıp bu süre geçirildikten sonra yapılan başvuru üzerine açılan davanın süresinde olmadığına karar verilmiştir⁷⁹. Ancak, aşağıda belirteceğimiz kararlar dikkate alındığında ve davacıya işkence yapıldığının yargı kararıyla ortaya çıkmış olması hususu göz önünde bulundurulduğunda bu davanın süresinde açıldığının kabulü gerekirdi.

İşkence iddiasıyla açılan tam yargı davalarında, tazminat istemine dayanak olan eylemin idariliğinin sonradan öğrenildiği durumlarda açılan davaların süresinde olduğu kabul edilmektedir. Yüksek Mahkemeye göre; zararın henüz ortaya çıkmadığı, çıksa bile zararın çıkış sebebinin öğrenilemediği tarihi süreye başlangıç almak, dava açma süresinin çok kısılmasına yol açmakta ya da dava açma hakkının kullanılabilmesinin sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle, zararın o eylemden kaynaklandığının öğrenildiği tarihi esas almak hakkaniyete daha uygundur.⁸⁰

⁷⁷ Danıştay 10.D., 12.12.2001, E: 2000/4776, K: 2001/4794, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁷⁸ Danıştay 10.D., 24.02.2010, E:2007/8485, K:2010/1578, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁷⁹ Danıştay 10.D., 24.12.1996, E:1995/8097, K:1996/8634, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁸⁰ Danıştay 10.D., 13.03.2007, E:2006/6962, K:2007/1051, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

Bununla birlikte; eylemin idariliğinin ortaya çıkmasından sonra bir yıl içerisinde uğranıldığı öne sürülen zararın tazmini istemiyle başvuru yapılmaması halinde, açılan davanın süresinde olmadığına karar verilmiştir⁸¹.

Özellikle kamu görevlilerinin görev kusurundan kaynaklanan davalarda dava açma süresinin geniş yorumlandığı; eylemin idariliğinin ortaya çıkmasında esas alınan ceza mahkemesi kararının Yargıtay aşamasından geçerek kesinleştiği tarihin de dava açma süresine başlangıç alındığı görülmektedir. Yüksek Mahkeme'nin, hak arama özgürlüğü çerçevesinde dava açma süresini geniş yorumlaması ve sonuçta bireylerin işkence nedeniyle uğradığını öne sürdüğü zararlarının tazmin edilerek idarenin hukuki sorumluluğunun ortaya çıkarılmasına geniş olanak tanınması, hukuk devleti ilkesi yönüyle de yerinde olmuştur.

Söz konusu kararda; "2577 sayılı Yasanın 13 üncü maddesinde öngörülen sürenin görev kusurunun ortaya çıktığı tarihten itibaren hesaplanması zorunludur. Aksi yorumun dava konusu olayda idarenin kusurunun ortaya çıkmasıyla kullanılması mümkün olan dava açma hakkını ortadan kaldıracığı, hak arama özgürlüğüyle bağdaşmayacağı açıktır."⁸² gerekçesine yer verilmiştir.

2. Yetkili Yargı Yeri

İşkence ile ilgili tam yargı davalarına bakıldığında, çoğunlukla işkencenin, emniyet veya jandarma görevlileri tarafından yapıldığı iddiası ileri sürülmektedir. Söz konusu kamu görevlilerinin İçişleri Bakanlığı bünyesinde çalışıyor olmaları nedeniyle, tam yargı davasının İçişleri Bakanlığı'na karşı açılması gerekir. Bununla birlikte, davanın, İçişleri Bakanlığı hasım gösterilmek suretiyle açılmış olması, uyuşmazlığın İçişleri Bakanlığı'nın bulunduğu yerdeki yetkili idare mahkemesi olan Ankara İdare Mahkemesinde görülmesi sonucunu doğurmamaktadır.

2577 sayılı Kanun'un "Tam yargı davalarında yetki" başlıklı 36. maddesinin (b) bendinde; zararın bayındırlık ve ulaştırma gibi bir hiz-

⁸¹ Danıştay 10.D., 30.01.2008, E:2006/5414, K:2008/318, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁸² Danıştay 10.D., 05.05.2008, E:2006/4068, K:2008/3140, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

metten veya idarenin herhangi bir eyleminden doğmuş olması halinde yetkili mahkemenin hizmetin görüldüğü veya eylemin yapıldığı yer idare mahkemesi olduğu hükme bağlanmıştır.

Danıştay, Adana Emniyet Müdürlüğünde gözaltında bulunduğu sürede maddi ve manevi işkenceye maruz kaldığını ileri süren davacı tarafından, manevi tazminat ödenmesi istemiyle açılan davada; *“uyuşmazlığın; davacının Adana Emniyet Müdürlüğünde gözaltında bulunduğu süre içinde işkenceye maruz kaldığını ileri sürerek uğradığı manevi zararın tazminine ilişkin olduğu, dolayısıyla davanın görüm ve çözümünde, 2577 sayılı Yasanın 36/b maddesi uyarınca Adana İdare Mahkemesinin yetkili bulunduğu”* gerekçesiyle, uyuşmazlığı esastan inceleyerek karar veren Ankara İdare Mahkemesi'nin kararını yetki yönünden usule aykırı bularak bozmuştur⁸³.

Farklı tarih ve yerlerde işkenceye maruz kalındığı iddiasıyla açılan davada Danıştay; davacı birden çok cezaevinde bulunmuş ise de sağlık durumunun yaşamını etkileyecek şekilde Bartın Cezaevinde bozulduğu anlaşılmakta olup, asıl zararının bu cezaevinde ortaya çıkması nedeniyle uyuşmazlığın görümü ve çözümünde yetkili ve görevli mahkemenin 2577 sayılı Yasanın 36/b maddesi uyarınca Zonguldak İdare Mahkemesi olduğuna karar vermiştir⁸⁴.

3. Ceza Davasının Araştırılması

Yüksek Mahkeme, işkence yaptığı iddia edilen polis memurları hakkında açılan ceza davasının beraatle sonuçlanması hallerinde davalı idarenin hizmet kusuru bulunmadığını kabul etmektedir.

Polis karakolunda davacıların çocuğuna kötü muamele ve işkence yapıldığından bahisle uğranıldığı ileri sürülen manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada; *“olayın failleri olan polis memurları hakkında Ceza Mahkemesinde dava açıldığı, ancak sanıkların beraatlerine karar verildiği, bu nedenle suçu sübuta ermeyen polis memurlarının davacıların çocuğuna kötü muamelede bulunduğundan söz edilemeyeceği, buna göre olayda davalı*

⁸³ Danıştay 10.D., 30.01.2008, E:2006/5414, K:2008/318, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁸⁴ Danıştay 10.D., 24.04.2007, E:2007/2547, K:2007/2170, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı" gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen karar onanmıştır⁸⁵.

İdare Mahkemesince hükme esas alınan ceza mahkemesi kararının Yargıtay tarafından bozulması üzerine yeniden bir karar verilmesi gerektiğine karar veren⁸⁶ Danıştay; işkence yaptığı iddia edilen emniyet görevlileri hakkında ceza mahkemesinde açılan davanın sonucunun araştırılmamasını ise eksik inceleme olarak kabul etmiştir⁸⁷.

Temyizen incelenen kimi davalarda, işkence yaptığı iddia edilen kamu görevlileri hakkında ceza mahkemesinde dava açılıp açılmadığının Danıştay tarafından ara kararıyla sorulduğu, bu hususlara ilişkin bilgi ve belgelerin istenildiği görülmektedir⁸⁸. Ayrıca, kamu görevlileri hakkında ceza davasıyla birlikte disiplin soruşturması açılıp açılmadığının sorulması yönünde kararlar da verilmektedir⁸⁹.

Buna karşın, işkence yaptığı iddia olunan polis memuru hakkında Ağır Ceza Mahkemesinde açılan davanın sonuçlanmamış olmasının, kamu hizmetinin yürütülmesinde hizmetin kusurlu işletilip işletilmediğinin tespitine engel teşkil etmediği belirtilerek, olayın oluş biçimi ve ölüm sebebi göz önünde bulundurulurken davacıların yakınına işkence yapılmak suretiyle kamu hizmetinin kusurlu yürütüldüğü sonucuna varılan karar da bulunmaktadır⁹⁰.

Söz konusu davada; dosya içindeki otopsi tutanağında belirtilen "*Künt Batın Travmasına Bağlı Dalak Rüptüründen Gelişen İç Kanama*" şeklindeki ölüm sebebinin ve olayın oluş biçiminin dikkate alındığı anlaşılmaktadır. Yüksek Mahkemeye göre; olayda, halkın can ve mal emniyetinin korunması şeklinde ortaya çıkan kamu hizmetinin düzenlenmesindeki yetersizlik, diğer yandan hizmet personeli üzerin-

⁸⁵ Danıştay 10.D., 27.11.2007, E:2005/1102, K:2007/5693, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁸⁶ Danıştay 10.D., 28.12.2007, E:2005/953, K:2007/6527, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁸⁷ Danıştay 10.D., 21.04.2009, E:2006/1969, K:2009/3068, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁸⁸ Danıştay 10.D., 11.04.2006, E:2006/1212; 27.11.2008, E:2008/10556, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁸⁹ Danıştay 10.D., 27.11.2008, E:2008/10556, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁹⁰ Danıştay 10.D., 12.10.1999, E:1997/3568, K:1999/4782, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

deki denetimin gereğince yapılmamış olması, hizmetin kötü işlemesi biçiminde hizmet kusurunu oluşturmaktadır.

4. Sağlık Raporunun Bulunması

İşkence yapıldığı iddiasıyla açılan tam yargı davalarında, bireylerin işkence yapıldığı iddiasını ispatlamaları oldukça zordur. Çünkü birey, idarenin yürüttüğü bir kamu hizmetini yerine getiren ve kamu gücünü kullanan görevliler tarafından işkence yapıldığını ileri sürmekte; bu iddiasını ispatlamak üzere yine idareye ait bir sağlık kurumuna başvurarak sağlık raporu almaya çalışmaktadır.

Bu durumu göz önünde bulunduran AİHM, AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edildiği iddialarının *"sağlam bir delille desteklenmesi gerektiğini"* Saltık ve Diğerleri/Türkiye kararında belirtmekte, fakat bu iddianın taraflardan herhangi biri tarafından ispatlanmasını şart koşmamaktadır. Özellikle, Algür/Türkiye ile Çolak ve Filizer/Türkiye kararlarında belirtildiği üzere, sağlık durumunu raporla belgeleyen kişilerin başvurularında, ispat yükümlülüğünün devlete geçtiği kabul edilmektedir⁹¹.

Mimtaş/Türkiye davasında; resmi makamların veya Devlet görevlilerinin kontrolü altında iken (örneğin, polis operasyonları veya askeri operasyonlar sırasında) yaralanmış kişiler bakımından ispat yükünün Devlete düştüğünü belirten AİHM; böylece, suçlanan tarafın, uygun ve ikna edici kanıtlarla kendisine karşı yapılan suçlamaları çürütme yükü altında olduğunu vurgulamıştır⁹².

Danıştay, işkence yapıldığını açıkça ve hiçbir kuşkuya yer vermeyecek şekilde kanıtlayan sağlık raporunun veya adli tıp kurumu raporunun bulunması durumunda, idare mahkemelerince tazminat isteminin kabulü yönünde verilen kararları onamaktadır⁹³. Davacıların yakınının, idarece gözaltına alındığı dönemde işkence yapılmak suretiyle öldürüldüğünün Adli Tıp Kurumu raporu ile tespit edildiği,

⁹¹ Çor, s.71.

⁹² [http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["işkence"\],"documentcollectionid2":\["Grandchamber","Chamber"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/Pages/search.aspx#{), (E.T.12.12.2013)

⁹³ Danıştay 10.D., 26.01.2010, E:2008/5198, K:2010/88, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

olayda idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat isteminin kabulü yolunda verilen karar onanmıştır⁹⁴.

Çağımızda en yüksek değer, insan haklarına saygı olmakla birlikte birçok insan hakkı ihlali yaşanmaktadır. Bu ihlaller açısından adli tıbbın önemli bir işlevi bulunmakta olup, bir kimsenin işkence görüp görmediğinin, dolayısıyla insan hakkı ihlali olup olmadığına ortaya çıkarılmasında, adli tıbbın vereceği rapor oldukça önemlidir⁹⁵. 2569 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 2. maddesinde, Kurumun, mahkemeler ile hakimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen adli tıp ile ilgili konularda bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır.

İşkence yapıldığı iddiasıyla açılan tam yargı davasında, idare mahkemesince hükme esas alınan sağlık raporunun yeterli görülmemesi halinde, 2569 sayılı Kanun uyarınca adli tıp kurumundan rapor alınması gerektiği yönünde karar verilmiştir. Danıştay, idare mahkemesince hükme esas alınan rapor ile davacı hakkında düzenlenen diğer raporlar arasında çelişki bulunduğundan hareketle, Mahkemece hükme esas alınan raporun, davacıya işkence yapıp yapılmadığını açıkça ve hiç bir kuşkuya yer vermeyecek şekilde kanıtlayabilecek nitelikte olmadığı sonucuna varmış; ayrıca, davacının gözaltından çıktığı gün düzenlenen raporda imzası bulunan doktor tarafından, işkence belirtilerinin olduğu yönünde Ağır Ceza Mahkemesinde ifade verildiğini belirtmiştir.

Yüksek Mahkeme, gerçek durumun açıkça ortaya konulabilmesi için gerek dosya içinde yer alan bilgi ve belgeler ile temyiz dilekçesinde belirtilen ve dosya içeriğinde yer almayan bilgi ve belgelerin getirilmesi, gerekse davacının bizzat gönderilerek muayene ettirilmesi suretiyle Adli Tıp Kurumu ihtisas dairesinde alınacak rapor doğrultusunda uyuşmazlığın çözümlenmesi gerektiğine karar vermiştir⁹⁶.

⁹⁴ Danıştay 10.D., 11.01.2007, E:2004/2216, K:2007/4, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁹⁵ Türk Hikmet Sami, "Adli Tıp, İnsan Hakları İhlalleri ve Terörle Mücadele", *Adalet Dergisi*, Y:2002, S:10, s.3.

⁹⁶ Danıştay 10.D., 22.12.2006, E:2004/2015, K:2006/7347, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

Yukarıda belirtilen karar, işkence yapıldığı iddiasının temyiz makamı tarafından her yönüyle değerlendirildiğine örnek olarak gösterilebilecek ve idare mahkemelerine ışık tutabilecek nitelikte olup, işkencenin yapıp yapılmadığının ortaya çıkarılmasındaki Danıştay yaklaşımı insan hakları açısından ayrıca önem arz etmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, işkenceye uğranıldığı iddiasının Adli Tıp Kurumu dışındaki bir sağlık kurumu raporu ile delillendirilmesi halinde, idari yargı yerince bu hususun da dikkate alınacağı kuşkusuzdur.

5. İşkencenin Bulunmadığına İlişkin Kararlar

İşkence iddiasıyla açılan tam yargı davalarında, işkencenin sabit olduğu yolunda her türlü şüpheden uzak kanıtların bulunması ve zararlar idari eylem arasında illiyet bağının kurulması gerektiği kabul edilmektedir.

İşkence yapıldığı iddiasıyla açılan davalarda; *“dosyada, işkencenin sabit olduğu yolunda her türlü şüpheden uzak kanıtların bulunmadığı; bu durumda, davalı idareye atfedilebilecek bir kusurdan söz edilemeyeceği, zararlar idari eylem arasında illiyet bağının kurulamadığı”*⁹⁷; *“davacının iddialarını kanıtlayamadığı, böyle bir olaya karışan kişinin emniyete götürülüp ifadesinin alınmasının doğal olduğu”* gerekçeleriyle davanın reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararları onanmıştır⁹⁸.

AİHM de Danıştay’ın yaklaşımına benzer şekilde, başvuruçunun çelişkili ifadelerinin bulunması, alınan sağlık raporlarının gerçeği yansıtmaması halinde AİHS’nin ihlal edilmediğini kabul etmektedir. Erdagöz/Türkiye kararında, başvuranın çelişkili ifadeleri ve alınan raporların gerçeği yansıtmadığı ve kötü muamelenin bir delil sayılamayacağı belirtilmiştir. Mahkemeye göre; başvuranın, kötü muamele yaptığı iddia edilen polis memurları hakkında emniyette şikayette bulunduğu dair dosyada hiçbir belge bulunmamakta; olaydan iki gün sonra düzenlenen doktor raporunda yaraların ne zaman ve nasıl meydana geldiğine dair bir kayıt da bulunmamaktadır⁹⁹.

⁹⁷ Danıştay 10.D., 20.11.2007, E:2005/8721, K:2007/5293, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁹⁸ Danıştay 10.D., 21.06.1994, E:1993/2690, K:1994/3030, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁹⁹ Çor, s.71.

İşkence sonucu uğranıldığı öne sürülen zarar ile idari eylem arasında nedensellik bağının kurulmadığı durumlarda tazminat istemleri kabul edilmemektedir. Yakınlarının kimliği bilinmeyen kişi ya da kişilerce kaçırılıp, işkence yapılarak öldürülmesi nedeniyle açılan davada; *“davacılar murisini öldürenlerin veya öldürme sebebinin bilinmemesi nedeniyle zarar ile nedensellik bağı kurulabilen bir idari eylem saptanamadığı”* belirtilmiştir¹⁰⁰.

Davacının, gözaltında tutulduğu sırada işkence gördüğünden bahisle açtığı davada; *“davacının yaralanma olayının davacının yakalanarak etkisiz hale getirilmesinden sonra polis memurlarının kötü muamelesi sonucu oluştuğu yolunda gerek dava dosyasında, gerekse ceza davasına ait dosyada herhangi bir bilgi, belge ve tanık ifadesinin bulunmadığı”* gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen karar onanmıştır¹⁰¹.

Yukarıda belirtilen İdare Mahkemesi kararındaki diğer bir gerekçe ise; *“kolluk kuvvetlerince davacının yakalanabilmesi için 2559 sayılı Yasanın 16. maddesinden kaynaklanan zor kullanma yetkisinin kullanımı sırasında davacının zarar görmesinin hizmet kusuru olarak nitelendirilemeyeceği”* şeklinde olup, kanaatimizce bu gerekçe yerinde değildir. Zira, idare tarafından, güvenlik hizmetinin yürütülmesi sırasında kullanılan kolluk gücünün, söz konusu hizmetin yerine getirilmesini sağlayacak ölçüde ve yeterlilikte kullanması gerekmekte olup, kolluk gücünün makul sınırları aşarak veya orantısız biçimde kullanılması durumlarında hizmet kusurunun meydana geleceği açıktır. Nitekim Danıştay’ın, benzer yönde kararı bulunmaktadır¹⁰².

6. İşkencenin Bulunduğuna İlişkin Kararlar

Danıştay kararında da belirtildiği üzere, işkence; bir insanlık suçu olup, işkenceye maruz kalan kişiler üzerinde ömür boyu süren etkiler bırakmakta ve kişilerin Devlete olan güvenini sarsmaktadır¹⁰³. Devlet-

¹⁰⁰ Danıştay 10.D., 17.04.2003, E:2001/2685, K:2003/1446, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹⁰¹ Danıştay 10.D., 04.02.2009, E:2006/165, K:2009/5646, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹⁰² Danıştay 10.D., 28.02.2011, E:2007/2246, K:2011/795, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹⁰³ Danıştay 10.D., 06.07.2011, E:2009/11357, K:2011/2909, Danıştay UYAP Bilişim

lerin suç ile mücadele etmesi gerektiğinde kuşku olmamakla birlikte, bu mücadeleyi yürüten kolluk güçlerinin belli hak ve yetkileri kullanmaları sırasında hukukun dışına çıkmamaları zorunludur. Çünkü, hukukun dışına çıkılması ve güç kullanma yetkisinin kötüye kullanılması bir hak ihlalidir¹⁰⁴.

Kolluk güçlerinin kanunla kendilerine verilen hak ve yetkilerini kötüye kullanmamaları, kanunla tanımlanan görev alanı dışına çıkmamaları gerektiği vurgusunun yer aldığı bir kararda; olayda davacının gözaltı süresince kolluk kuvvetince yapılan sorgulamasında kötü muamele ve işkenceye maruz kaldığı hususunun adli tıp raporu ve dosyadaki diğer bilgi ve belgeler uyarınca sabit olması nedeniyle manevi tazminata hükmedilmiştir¹⁰⁵.

Danıştay, kamu düzeninin korunması amacıyla alınan önlemler sırasında, kolluk güçlerinin amacını aşar ve orantısız biçimde kullandıkları yetki nedeniyle bireylerin zarar görmesi durumunda uğranılan zararın tazmin edilmesi gerektiğini kabul etmektedir.

Davacının, polis memurlarınca bir bankanın deposuna sokularak kendisine işkence ve kötü muamelede bulunduğu iddiasıyla açılan davada; ellerindeki pankart sopalarını kullanarak güvenlik güçleri ile arbedeye girmesi üzerine etkisiz hale getirilen eylemcilerden davacının, iki polis memuru tarafından bankaya ait bir depoya götürülerek darp edildiği, gözlüğünün kırıldığı, dolayısıyla davalı idarenin personelinin kusurundan meydana gelen zararı ödemekle yükümlü olduğu gerekçesiyle manevi tazminata hükmedilmiştir¹⁰⁶.

Devletin, işkence ve kötü muamele yasağı karşısındaki aktif tutumu, işkenceyi önleme ve etkin soruşturma yapmasını gerektirir. Bu bağlamda Devlet, kolluk gücünü kullanan kamu görevlileri aracılığıyla yalnızca işkence ve kötü muamele yapmamakla kalmayıp bireylerin işkenceye ve kötü muameleyle maruz kalmamaları amacıyla gerek-

Sistemi.

¹⁰⁴ Aycı Emrullah, "Kolluğun Güç Kullanma Yetkisi ve İşkence Yasağı", *Yargıtay Dergisi*, C:33, S:1-2, Ocak-Nisan 2007, s.186.

¹⁰⁵ Danıştay 10.D., 06.02.2009, E:2006/1212, K:2009/652, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹⁰⁶ Danıştay 10.D., 28.02.2011, E:2007/2246, K:2011/795, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

li her türlü tedbiri etkin bir biçimde almalıdır¹⁰⁷. Devletin bu görevi, aynı zamanda işkenceyle ilgili BM Sözleşmesi'nin 2 nci maddesinin ilk fıkrasındaki, "Sözleşme'ye Taraf Devlet, yetkisi altındaki ülkelerde işkence olaylarını önlemek için etkili kanuni, idari ve adli veya başka tedbirleri alacaktır" hükmünün gereğidir.

Anayasa Mahkemesi; Devletin yaşam hakkı kapsamında sahip olduğu pozitif yükümlülüklerin bir de usuli yönü bulunduğunu; bu usul yükümlülüğü çerçevesinde Devletin, doğal olmayan her ölüm olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili bir soruşturma yürütmek durumunda olduğunu; bu tarz bir soruşturmanın temel amacının, yaşam hakkını koruyan hukukun etkin bir şekilde uygulanmasını güvenceye almak ve kamu görevlilerinin ya da kurumlarının karıştığı olaylarda, bunların sorumlulukları altında meydana gelen ölümler için hesap vermelelerini sağlamak olduğunu belirtmiştir¹⁰⁸.

Danıştay da; işkenceyi önleme konusunda Devletin üzerine düşen görevleri gereği gibi yerine getirmemesini idarenin ağır hizmet kusuru olarak kabul etmektedir¹⁰⁹. Yargıtay'ın, davacılar yakınının gözaltında iken işkence yapılarak ölümüne neden olduğundan bahisle görevli polis memurlarının hapis cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin ceza mahkemesi kararını, işkence yapıldığına ilişkin yeterli delil bulunmadığı gerekçesiyle bozmasına karşın; Danıştay, olayda davacılara manevi tazminat ödenmesi gerektiği yönünde karar vermiştir.

Dava konusu olayı, Anayasa Mahkemesinin yaşam hakkına yönelik yukarıda yer verilen yaklaşımına benzer şekilde değerlendiren Danıştay, işkence yapıldığı yönünde bir tespitle bulunmaksızın; davacılar yakınının faili meçhul bir suçun soruşturması kapsamında ailesine ve Cumhuriyet Savcısına haber verilmeksizin mevzuata aykırı bir şekilde gözaltına alınmasını ve bir gün süreyle gözaltında tutulduktan sonra salıverme işlemleri yapıldığı sırada büroda iki kez düşerek şiddetli şekilde kafasını yere çarpmasına karşın, görevli polis memurlarınca

¹⁰⁷ Aydı, s.196.

¹⁰⁸ Anayasa Mahkemesi, 04.12.2013, B.No: 2013/1942, 27.12.2013 tarihli ve 28864 sayılı Resmi Gazete.

¹⁰⁹ Danıştay 10.D., 06.07.2011, E:2009/11357, K:2011/2909, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

yeterli özen gösterilmeksizin 2-3 saat beklendikten sonra hastaneye götürülmesi nedeniyle davacılar yakınının kafa travmasına bağlı komplikasyon sonucunda ölmesini, kamu görevlilerinin ağır ihmali ile görevlerini yerine getirmemeleri yönünden ağır hizmet kusuru kabul etmiştir¹¹⁰.

Gözaltına alınan davacıya işkence yapıldığının adli tıp kurumu raporuyla ortaya konulduğu bir diğer davada; davalı İçişleri Bakanlığının, kamu düzenini ve bireylerin temel hak ve hürriyetlerini korumakla görevli olduğu, kamu hizmetini yürüten personelini yeteri kadar denetlememesi nedeniyle olayda hizmetin kötü işlemesi biçiminde hizmet kusuru bulunduğu kabul edilmiştir¹¹¹. Benzer yöndeki bir gerekçeye ileriki tarihli bir kararda da yer verilmiştir¹¹².

AİHM'in, AİHS'nin 3. maddesiyle ilgili yerleşmiş içtihadına göre, bir kişinin polis tarafından gözaltına alındığı zaman sağlıklı, fakat salıverildiği zaman yaralı olduğu tespit edilmiş ise, o kişinin nasıl yaralandığı hususunda mantıklı ve kabul edilebilir bir açıklama getirme yükümlülüğü ilgili devlete verilmiştir. Bu tür davalarda başvurucudan beklenen, işkence nedeniyle meydana geldiğini iddia ettiği yaralanmanın gözaltına alınmadan önce meydana gelmediğini ispatlamasıdır¹¹³.

Danıştay da, AİHM'in içtihadına benzer şekilde, davacının gözaltına alınmasından önce vücudunda yaralanma olduğu yönünde davalı idarece ortaya bir bilgi ve belge konulmaması halinde işkencenin var olduğuna kanaat getirmektedir.

Davacının, gözaltına alındıktan sonra hakkında düzenlenen adli raporda, her iki bacak ön yüzünde birer adet künt cisim travmasına bağlı yüzeysel lezyonlar olduğu, başkaca bir lezyon bulunmadığının belirtildiği; söz konusu hususların, davacının ifadesinin alınmasın-

¹¹⁰ Danıştay 10.D., 20.01.2009, E:2008/10556, K:2009/27, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹¹¹ Danıştay 10.D., 12.10.1999, E:1997/3568, K:1999/4782, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹¹² Danıştay 10.D., 28.03.2007, E:2004/10346, K: 2007/1548, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹¹³ Çor, s.70.

dan önce de var olduğunun idarece bir raporla tespit edilmemesi nedeniyle ifadenin alındığı sırada oluştuğu kanaatine varılarak manevi tazminat istemi kabul edilmiştir¹¹⁴. Benzer bir kararda da, *“davacının gözaltına alınmasından kısa bir süre sonra saptanan arızaların davacının gözaltına alınmasından önce de bulunduğu hususunun idarece bir raporla tespit edilmediği gibi, böyle bir savunmada da bulunulmadığı”* gerekçesine yer verilmiştir¹¹⁵.

7. Manevi Tazminat Miktarı

İdari yargıda manevi tazminata değinmeden önce, manevi tazminatın hukuki niteliği konusundaki yaklaşımları belirtmekte fayda bulunmaktadır. Manevi tazminatın hukuki niteliği konusunda öğretilerde farklı görüşler öne sürülmekle birlikte, *“ceza görüşü”*, *“telafi görüşü”* ve *“tatmin görüşü”* olmak üzere üç temel görüş öne çıkmaktadır¹¹⁶.

Manevi tazminatın hukuki niteliğinin ceza olduğu görüşünde olanlara göre, manevi tazminatın esas görevi failin cezalandırılması olup, failden bir miktar para alınması yoluyla onun cezalandırılması amaçlanmaktadır. Bu görüşte olanlar gerekçelerini kusura dayandırmakta ve önemli olanın, failin kusuru olduğunu belirtmektedir¹¹⁷. Manevi tazminatın özel hukuk niteliği taşıdığı görüşünde olanlara göre, manevi tazminatın amacı; kişilik haklarının saldırıya uğraması nedeniyle duyulan elem ve acının ortadan kaldırılması ve mağdurun bozulan ruhsal dengesinin yeniden kurulmasıdır¹¹⁸.

Doktrinde daha ziyade kabul gören *“tatmin görüşü”*nü savunanlara göre; kişinin malvarlığında bir eksilmenin doğmadığı, manevi tazminata yol açan olaylarda, kişiye miktar olarak ölçülemeyen maddi veya manevi bir acı verildiği ya da kişinin toplum içinde küçük düşü-

¹¹⁴ Danıştay 10.D., 28.02.2011, E:2007/2246, K:2011/795, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹¹⁵ Danıştay 10.D., 29.04.1998, E:1996/8578, K:1998/1734, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹¹⁶ Kılıçoğlu Mustafa, Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemleri, Bilge Yayınevi, 3. Bası, İstanbul 2012, s.107.

¹¹⁷ Kılıçoğlu Ahmet M., *“Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği”*, Ankara Barosu Dergisi, S:1984/1, s.15-17.

¹¹⁸ Kılıçoğlu Ahmet M., s.17.

rülmesinin söz konusu olduğu; manevi tazminatın amacının bu acıyı unutturmak, küçük düşürülen kişinin toplum içinde sarsılan itibarını yeniden düzeltmeye çalışmak olduğu ve dolayısıyla, manevi tazminatın bir tatmin niteliği taşıdığı şeklindedir¹¹⁹. Diğer bir ifadeyle, manevi tazminatın ayırıcı veya baskın niteliği, zarar görenin ya da yakınlarının iç huzurunun kısmen tatmin edilmesidir¹²⁰.

İdari yargıda manevi tazminata hükmolunması, özel hukuktakine göre geç ve yavaş kabul edilmiştir. Manevi tazminatın idari yargıda ağır ve geç kabulünün nedeni; manevi zararın, “gerçekleşmiş olma” dışındaki unsurlarının “takdiri” ve “varsayıma dayalı” olmasına bağlanmaktadır¹²¹.

ESİN, idari yargıda manevi tazminatın gerçekte bir tazmin aracı olmayıp tatmin aracı olduğunu; manevi değerlerinde bir eksilme meydana gelen, duyduğu acı, elem, ıstırap, üzüntü ve sarsıntı nedeniyle yaşama zevki azalan kişiye manevi tazminat adı altında bir miktar para verilerek, kişinin bu yoldan tatmin edilmesinin sağlandığını belirtmektedir¹²².

Danıştay da, işkence iddiasıyla açılan tam yargı davalarında, manevi tazminatın bir tazmin aracı değil tatmin aracı olduğu görüşündedir. Danıştay’a göre manevi tazminat; patrimuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı değil, tatmin aracı olup, olay nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçlar¹²³.

İdari yargıda, “ölüm”, “bedensel zarar” ve “kişilik haklarına saldırı” durumlarında manevi tazminata karar verilmektedir. Danıştay’ın bu konuda özel hukuk kurallarından yararlandığı, en azından bunlara koşut bir çizgi izlediği gözlemlenmektedir.¹²⁴. Yüksek Mahkeme,

¹¹⁹ Gönen K. Eren, “İdari Yargıda Manevi Tazminat Meselesi”, *Danıştay Dergisi*, Y:34, S:108, 2004, s.24.

¹²⁰ Kılıçoğlu Mustafa, s.115.

¹²¹ Akıllıoğlu Tekin, “Gözlemler: Yönetmelik Yargıda Manevi Giderim ve Bilgi Hukuku Gelişmesi”, *Amme İdaresi Dergisi*, C:22, S:2, s.107, Ankara 1989.

¹²² Esin, s.450.

¹²³ Danıştay 10.D., 06.07.2011, E:2009/11537, K: 2011/2909, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹²⁴ Akıllıoğlu, “Gözlemler: Yönetmelik Yargıda Manevi Giderim ve Bilgi Hukuku Gelişmesi”, s.107.

koşulların bulunması halinde, beden bütünlüğü bozulan veya yakınlarından biri ölen ya da kişilik hakları yönünden saldırıya uğrayan kişilere manevi tazminat vermekte duraksama göstermemektedir¹²⁵.

Manevi tazminata hükmedilmesi durumunda, tazminat miktarının belirlenmesinde *"somut veriler"*e dayanılmasının mümkün olmayacağı açıktır. Bu noktada, tazminat miktarını belirleme yetkisi en geniş şekilde hâkimin takdirine bırakılmıştır¹²⁶. Bununla birlikte; özellikle manevi zarar ve tazminat hesaplamalarında Danıştay, emsal olaylardan yararlanmakta ve karşılaştırma yoluna gitmektedir. Çoğunluk ve azlık oylarında, *"takdire"* yapılan hesaplamalarda, olaylar, zararlar ve tazminat miktarı arasındaki rakamsal oranların izlenmesi gerektiği ısrarla dile getirilmekte, aksine davranış azlıkta kalan yargıçlar tarafından eleştirilmektedir¹²⁷.

İşkenceye uğranıldığı iddiasıyla 50.000 TL manevi tazminat istemiyle açılan davada; İdare Mahkemesi, davacının uğramış olduğu insanlık dışı muameleden dolayı tedavi gördüğü, psikolojik ve ruhsal yönden dengesinin bozulduğunu belirterek takdiren 5.000 TL manevi tazminatın kabulüne karar vermiş, bu karar oyçokluğuyla onanmıştır. Azlıkta kalan üyeler ise *"Dava konusu olayda, idarenin kusuru, olayın oluş şekli ve zararın niteliği dikkate alındığında, mahkemece takdir edilen manevi tazminat miktarının, duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa giderecek, idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak düzeyde olmadığı görülmektedir."* gerekçesiyle onama kararında azlıkta kalmıştır¹²⁸.

Anılan karardaki, *"davacının uğramış olduğu insanlık dışı muameleden dolayı tedavi gördüğü, psikolojik ve ruhsal yönden dengesinin bozulduğu"* yönündeki gerekçe bile, davacılar lehine hükmedilen manevi tazminat miktarının yetersizliğini göstermekte olup; davanın işkence nedeniyle açılmış olması da dikkate alındığında, azlıkta kalan üyelerin gerekçesinin yerinde olduğu kanaatindeyim.

¹²⁵ Esin, s.450.

¹²⁶ Gönen, s.33.

¹²⁷ Güran Sait, *"Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması"*, *İdare Hukuku Alanında Sorumluluk*, Fakülteler Matbaası İstanbul 1980, Ankara 12-13 Mayıs 1979, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:2758, Hukuk Fakültesi No:622, s.162.

¹²⁸ Danıştay 10.D., 21.02.2006, E:2005/5358, K:2007/5450, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

Manevi tazminatın miktarı, hem saldırıya maruz kalanın duyduğu acı ve üzüntünün bir nebze de olsa giderilmesini sağlayacak hem de zenginleşmeye yol aşmayacak şekilde belirlenmelidir¹²⁹. İşkence iddiasıyla açılan tam yargı davalarında manevi tazminata yönelik aynı yaklaşımın gösterildiği anlaşılmaktadır. Danıştay'a göre; manevi tazminatın, niteliği gereği zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerekmektedir¹³⁰.

Öte yandan, manevi tazminat miktarının belirlenmesinde somut verilere dayanılmasına olanak bulunmasa da, bazı objektif ölçütlerden yararlanılması gerektiği de savunulmaktadır¹³¹. Bu bağlamda, manevi tazminat miktarının saptanmasında belirli kriterler geliştiren Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM), davacılar ve yakınları yönünden her yıl "tarife" şeklinde belirli manevi tazminat miktarları tespit etmekte, bu miktarlar ölüm ve çeşitli bedensel sakatlanmaların özelliği ve niteliğine göre farklılık göstermektedir. Manevi tazminat konusunda AYİM'in, idare hukukunun geniş, esnek ve giderimci yaklaşımı ile konuya eğildiği belirtilmektedir¹³². Buna karşın, AYİM'in yukarıda belirtilen uygulaması, manevi tazminat tutarlarının saptanması için "tarife" yapılamayacağı, tazminat miktarının olaydan olaya değişen bütün durum ve koşulların değerlendirilmesi suretiyle belirlenmesi gerektiği gerekçesiyle eleştirilmektedir¹³³.

Tam yargı davalarının tümüne yönelik olarak, uyuşmazlık konusu her olayın oluş biçiminin ve özelliklerinin birbirinden farklı olması nedeniyle, AYİM tarafından uygulanan şekilde bir tarifenin belirlenmesi uygun gözükmede de, en azından işkence iddiasıyla açılan tam yargı davalarında aynı miktarlarda manevi tazminata hükmedilmesi, hem hakkaniyet yönünden hem de rücu nedeniyle kamu görevlilerinin işkenceye başvurmasını caydırması yönünden daha isabetli olacaktır.

¹²⁹ Gönen, s.35.

¹³⁰ Danıştay 10.D., 13.02.2006, E:2003/4818, K:2006/1231, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹³¹ Gönen, s.35.

¹³² Özgüldür Serdar, "İdare Hukukunda Tazminat Hesabının Unsurları ve Hesaplama Yöntemi: AYİM Uygulaması", *AYİM Dergisi*, S:11, Ankara 1997, s.26-27.

¹³³ Gönen, s.35.

Tam yargı davasının hukuki niteliği yönüyle idari yargıda manevi tazminata bakılacak olursa; tam yargı davası, yalnızca idarenin uygulamasıyla zarara uğradığını öne süren bireyin zararının aritmetiğini konu edinen bir *“hesaplama işlemi”* değil, aynı zamanda idarenin hukuk kuralları içinde kalmasını sağlayan etkin bir denetim ve yaptırım mekanizmasıdır¹³⁴.

Bu yaklaşıma benzer şekilde Danıştay, polis karakolunda işkence yapılması nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada; *“tam yargı davalarının niteliği gereği takdir edilecek miktarın aynı zamanda idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak bir oranda olması gerekmektedir.”* gerekçesine yer vererek idare mahkemesince hükmolunan manevi tazminat miktarını yetersiz bulmuştur¹³⁵.

Tazminat miktarının hesaplanmasından önce üzerinde durulması gereken asıl konu, hesaplanacak tazminatın neyi kapsayacağı hususudur. Çünkü, hesaplamanın doğru yapılabilmesi, tazminatın kapsamının sağlıklı belirlenmesine sıkıca bağlıdır¹³⁶. Hâkim, olayın özelliğine göre, yapılan saldırının niteliği, mağdurun kişisel durumu ve özellikleri, duyulan fiziksel ve/veya manevi acı, elem ve üzüntüyü göz önünde bulundurarak manevi tazminatın miktarını belirleyecektir¹³⁷.

Kişinin birel, öznel durumunda ve ruhsal yaşamında gerçek zararını saptamak ve bunu tazminatla gidermek aynı derecede olanaksızdır. Bu noktada Danıştay iki açıdan konuyu ele almaktadır. Birincisi, davacı veya davacıların zaman itibarıyla hem *“çektiği, katlandığı, duyduğu”*, hem de ileride *“çekeceği, katlanacağı ve duyacağı”* manevi zararlar tazmin edilmektedir. İkincisi, hükmolunan manevi tazminat, meydana gelen zararı bütünüyle karşılayıcı olmayıp, çekilen elem ve üzüntünün *“silinmesi imkânsız”* olmakla birlikte, uğranılan ıstırapı *“kısmen olsun telafi etmek”* üzere mağdur olan davacı veya davacılara yapılan

¹³⁴ Güran, s.152.

¹³⁵ Danıştay 10.D., 21.11.2007, E:2005/5392, K:2007/5451, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹³⁶ Güran, s.153.

¹³⁷ Gönen, s.35.

ödemedir¹³⁸. Yüksek Mahkeme de, işkence iddiasıyla açılan bir tam yargı davasında manevi tazminatın, olay nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçladığını belirtmiştir¹³⁹.

Manevi tazminat miktarının hesaplanmasında Danıştay'ın başvurduğu yöntemlerden biri de, objektif ve ortak esaslarla, ölçütler dikkate alınarak belirlenen zarar ve tazminat miktarlarının, "zarar görenin durumu" ve olayın "özel" koşullarına göre arttırılıp indirilmesidir. Hesaplamayı etkileyen bu "özel ve birel" etmenlerden bazıları şunlardır: Zarar görenin mesleki ve sosyal durumu, olayın oluş biçimi ve sonuçları¹⁴⁰.

Danıştay, faili belli olmayan adam öldürme suçundan dolayı gözaltına alınan ve işkence sonucu ölen kişinin çocuğu hakkında hükmedilecek manevi tazminat miktarında "zarar görenin durumu" ölçütünün dikkate alınması gerektiğini kabul etmiştir. Davalı idarenin ağır kusuru, olayın oluş şekli ve zararın niteliği dikkate alınarak, ölenin çocuğu olan davacı yönünden mahkemece takdir edilen manevi tazminat miktarı, duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa giderecek, idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak düzeyde olmadığından yetersiz bulunmuştur¹⁴¹.

Tazminat miktarının hesaplanmasında asıl hedef, "gerçek" zararın "gerçekçi" biçimde "tam" tazmin ve telafi edilmesi olmalıdır. İdari yargı tarafından, tüm hesaplama esasları ile yöntemleri, her davada o davanın özellikleri de göz önünde tutularak, belirtilen hedefe ulaşılmasını sağlayacak doğrultuda uygulanmalıdır¹⁴².

Danıştay, işkence iddiasıyla açılan tam yargı davalarına yönelik yaptığı temyiz incelemesinde manevi tazminat miktarlarını, gerçek zararın tazmin edilmesi yönünden irdelemekte ve mahkemelerce hükmolunan tazminat miktarlarını kimi zaman az bulmaktadır.

¹³⁸ Güran, s.157.

¹³⁹ Danıştay 10.D., 28.09.2010, E:2007/5028, K:2010/6974, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹⁴⁰ Güran, s.162.

¹⁴¹ Danıştay 10.D., 28.09.2010, E:2007/5028, K:2010/6974, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹⁴² Güran, s.167.

Manisa Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şube Müdürlüğü'nde işkence yapıldığı iddiasıyla 25.000 TL manevi tazminatın ödenmesi istemiyle açılan davada hükmolunan 10.000 TL manevi tazminat miktarı yetersiz bulunmuştur. Danıştay'a göre; idarenin kusuru, olayın oluş şekli ve zararın niteliği dikkate alındığında, mahkemece takdir edilen manevi tazminat miktarı, duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa giderecek, idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak düzeyde görülmemektedir¹⁴³.

Buna karşın, aynı tarihlerde temyizden incelenen diğer bir davada verilen manevi tazminat miktarı yerinde görülmüştür. Davacının, ifadesi alınmak üzere çağrıldığı polis karakolundan ifadesi alınmaksızın polis minibüsüne bindirilerek Kaçakçılık ve Organize Suç Masası Müdürü'nün çalıştığı prefabrikte götürülerek çok ağır küfür, tehdit ve yarım saat kadar başına yönelik darbelerle vurularak ağır işkence ve kötü muameleye tabi tutulduğundan bahisle uğranıldığı ileri sürülen 50.000 TL manevi tazminat istemiyle açılan davada; idare mahkemesince manevi tazminat isteminin 5.000 TL'lik kısmının kabulü yönünde verilen karar onanmıştır¹⁴⁴.

Her ne kadar iki olayın oluş şekli farklı olmakla birlikte, işkencenin insanlığa karşı işlenmiş bir suç olması özelliği de dikkate alındığında; aynı tarihlerde hükmolunan manevi tazminat miktarları arasında belirgin farkın olmaması gerekirdi. İkinci olayda hükmolunan manevi tazminat miktarı, olayın oluş şekli ve zararın niteliği dikkate alındığında, idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak düzeyde değildir.

Nitekim, gözaltına alındığı sırada işkence gördüğü iddiasıyla 15.000 TL manevi tazminat istemiyle açılan davada; davacının işkence ve kötü muameleye maruz kaldığı hususu, Adli Tıp Kurumu raporu ile işkence yapan polis memurları hakkında verilen ceza mahkemesi kararından anlaşıldığı belirtilerek; *"olayın oluş şekli ve niteliği göz önünde bulundurulduğunda istenilen miktarının da makul olduğu"* gerek-

¹⁴³ Danıştay 10.D., 13.02.2006, E:2003/4818, K:2006/1231, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹⁴⁴ Danıştay 10.D., 21.02.2006, E:2005/5358, K:2006/5450, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

çesiyle tazminat isteminin tamamının kabulü yolunda verilen karar onanmıştır¹⁴⁵.

Davacı tarafından, polis karakolunda işkence yapılması nedeniyle uğranılan 10.000 TL manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada, 2.000 TL manevi tazminatın kabulü yönünde verilen karar, tazminat miktarı yetersiz bulunarak bozulurken¹⁴⁶; davacının, kan gütmek saikiyle adam öldürmeye azmettirmek suçundan gözaltına alındığı sırada işkence gördüğünden bahisle uğranılan 20.000 TL manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada, manevi tazminat isteminin 5.000 TL'lik kısmının kabulü yönünde verilen karar onanmıştır¹⁴⁷.

8. Rücu

Çoğu insan hakları antlaşmalarında, işkence tanımlanırken bunun açıkça bir devlet eylemini gerektirdiği belirtilmektedir¹⁴⁸. Devlet eylemini gerçekleştiren fail, bizzat devlet görevlisi olabileceği gibi, onların kullandıkları başka kişiler de olabilir¹⁴⁹. Diğer bir ifadeyle, işkence, yetkili otoritenin bir temsilcisi tarafından ya da onun onayıyla yapılmış olmalıdır. Bununla birlikte, işkence ile ulaşılmak istenen amaç dikkate alındığında işkencenin başlıca aktörlerinin ceza soruşturması sürecinde yer alan görevliler ve devletin güvenliğinden sorumlu memurlar olduğunu saptamak olanaklıdır¹⁵⁰.

Rücu, bir ödemede bulunan kişinin, yaptığı ödemeyi kısmen veya tamamen ödemeyi yapması gereken kişilerden talep etmesi şeklinde tanımlanabilir. Kamu görevlisine rücu konusu ise, idarenin, zarar gören üçüncü kişiye tazminat ödemesi durumunda, zarara sebep olan eylem veya işlemde kişisel kusuru bulunan kamu görevlisinden kusuru oranında ödediği bu tazminatın istenmesidir. Rücu için uygulanan durumun, yarışan iki sorumluluktan birinin diğerine tercih edilmesi ya da birlikte sorumluluk hali olduğu ifade edilmektedir¹⁵¹.

¹⁴⁵ Danıştay 10.D., 28.03.2007, E:2004/10346, K:2007/1548, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹⁴⁶ Danıştay 10.D., 21.11.2007, E:2005/5392, K:2007/5451; benzer yönde 10.D., 21.11.2007, E:2005/5390, K:2007/5449, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹⁴⁷ Danıştay 10.D., 20.01.2009, E:2008/10556, K:2009/27, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹⁴⁸ Harper, s.906.

¹⁴⁹ Malkoç, s.22.

¹⁵⁰ Doğan ve Seven, s.94.

¹⁵¹ Turgut Tuğba, "İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu", *Adalet Dergisi*, S:39, Y:2011, s.188.

Kamu görevlileri tarafından işkence yapılması nedeniyle bireyin zarara uğraması durumunda, bu zararın karşılanmasına yönelik Anayasada ve Devlet Memurları Kanunu'nda bir kısım düzenlemeler yapılmıştır. Anayasanın "Yargı Yolu" başlıklı 125/1. maddesinde; idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilerek, idarenin hukuka aykırı işlem ve eylemlerine karşı bireyler hukuki koruma altına alınmıştır.

Kamu görevlilerine rücuya ilişkin olarak ise, Anayasanın 40/3. maddesinde; *"Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır."*; 129/5. maddesinde; *"Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir."* hükümleri yer almaktadır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda da kamu görevlisi tarafından neden olunan zarar dolayısıyla rücuya ilişkin hükümler düzenlenmiştir. 657 sayılı Kanun'un "Kişilerin uğradıkları zararlar" başlıklı 13. maddesinde, 26.3.2002 tarihli ve 4678 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle; işkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçlarını işleyerek ülkemiz aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde tazminata hükmedilmesine neden olan personele söz konusu tazminat için rücu edileceğine ilişkin özel bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre; *"İşkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır."*

Devlet Memurları Kanunu'nda yapılan değişiklikle yapılan bu yeni düzenleme karşısında, AIHS'nin 3. maddesinin ihlali nedeniyle Türkiye'nin başvurucuya tazminat ödemesi durumunda, ödenen bu tazminat için ihlale neden olan kamu görevlisine rücu yoluna gidilmektedir. Ancak, bu düzenleme yalnızca Sözleşmenin 3. maddesiyle sınırlı tutulmuş olup, bu madde dışındaki maddelerden kaynaklanan ihlalle ilgili hükmedilen tazminatın ödenmesi durumunda 657 sayılı Kanun'un 13/2 maddesi uygulanmayacaktır¹⁵².

¹⁵² Özbey Özcan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Yargılamanın Yeni-

Bununla birlikte, yukarıda belirtilen düzenlemenin, işkenceyi önlemede yetersiz olduğu ve etkili bir tedbir olarak değerlendirilemeyeceği savunulmaktadır. SANCAR, AİHM'in, esas olarak failin değil ihlal vak'asının saptanması üzerine kurulmuş bir yargılama süreci içinde karar verdiğini, yalnızca devletin davalı olarak gösterilebilmesinin de, Sözleşme sisteminin failden çok ihlale neden olan fiilin saptanması fikrine dayandığının hem göstergesi hem de olağan sonucu olduğunu; bu haliyle de failin, daha doğrusu rücu edilecek personelin AİHM kararına bakılarak belirlenmesinin, çoğu zaman mümkün olmayacağını ifade etmektedir¹⁵³. SANCAR'ın bu düşüncesine karşın, söz konusu düzenleme, kamu görevlilerinin işkenceye başvurmalarını caydıracağından kuşkusuz isabetli olmuştur.

Öte yandan, anılan Kanun maddesiyle ilgili bir diğer husus da rücu hakkının "saklı" olduğunun ifade edilmesi nedeniyle, idarenin takdir yetkisinin bulunup bulunmadığıdır. AKYILMAZ; bu maddenin, yalnızca üçüncü kişi açısından davalıyı göstermediği, aynı zamanda personelin sorumluluğunu da düzenlediği; ayrıca maddenin gerekçesinde personelin verdiği zarardan dolayı sorumluluğunun devam ettiği ifade edildiğinden, buradan çıkan anlamın idarenin rücu konusunda takdir yetkisinin olmaması gerektiği görüşündedir¹⁵⁴.

Danıştay, işkence ile ilgili olarak açılan tam yargı davalarında Anayasa'nın 129/5. maddesini "kişisel kusur" ve "görev kusuru" kavramlarıyla birlikte değerlendirdiğinden¹⁵⁵, bu noktada "kişisel kusur" ve "görev kusuru" kavramlarını açıklamak yerinde olacaktır.

Rücunun dayanağı olan Anayasanın 40/2 ve 129/5 hükmü ile 657 sayılı Kanun'un 13. maddesi uyarınca rücu, ancak kişisel kusurun varlığı halinde mümkündür¹⁵⁶. Kamu görevlilerinin hizmetle ilgili olma-

lenmesi ve Kamu Görevlisine Rücu Sorunu", *Yargıtay Dergisi*, S:1-2, C:36, Y:2010, s.98.

¹⁵³ Yalçın Sancar Türkan, "İşkence Yapan Kamu Personeline Rücu Sorunu", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Ekim Aralık 2002, s.160.

¹⁵⁴ Akyılmaz Bahtiyar, "İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s.1046.

¹⁵⁵ Danıştay 10.D., 06.02.2009, E:2006/1212, K:2009/652, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹⁵⁶ Akyılmaz Bahtiyar, "Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C:LXIX, S:1, 2011, s.73.

yan kusurlu tutum ve davranışları onların kişisel kusurunu oluşturur ve idarenin sorumluluğuna yol açmaz. Diğer bir ifadeyle, kamu görevlilerinin görevleri dışında ve resmi sıfatlarından kesin bir biçimde ayrılan kusurlu tutum ve davranışları onların kişisel kusurlarını oluşturmakta olup, bu durumda idarenin değil fakat kamu görevlilerinin haksız fiil esaslarına göre sorumlu olmalarını gerektirmektedir¹⁵⁷.

Bundan öte, kamu personelinin, resmi yetki ve görevin sağladığı olanaklardan yararlanmak suretiyle gerçekleştirdiği, suç oluşturan, idare işlevi dışına çıkar görünümündeki eylemleri ise görev kusuru kabul edilmekte; hizmet ve kişisel kusurun iç içe geçmesinden dolayı, kamu personelinin bu eylemlerinden kaynaklanan zararlar nedeniyle idare birinci derecede sorumlu sayılmaktadır. Tabi ki, belirtilen hukuki sorumluluğun gereğini yerine getiren idare, kamu personeline rücu edebilmektedir¹⁵⁸.

Bu açıklamalardan sonra, Danıştay'ın, işkence iddiasıyla açılan bir tam yargı davasında, hükmolunan tazminatın sorumlu personele rücu edilmesi gerektiğine ilişkin yaptığı değerlendirmeyi belirtmek gerekir.

Cinayet soruşturması nedeniyle 3 gün süreyle gözaltında tutulan davacı tarafından açılan davada; Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasındaki hükmün emredici bir kural olduğu ve Anayasanın sözü edilen maddesindeki "*kendilerine rücu edilmek kaydıyla*" ibaresinin; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle idareye karşı açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde, idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatın yasal yollara başvurulması ilgili kamu görevlisinden tahsil edilmesini amaçladığı vurgulanmıştır. Söz konusu kararda; gözaltında bulunduğu sürece davacıya kötü muamelede bulunan ve işkence yapan ilgililerin kişisel kusuru bulunduğu açık olduğundan, hükmedilen tazminatı ödeyecek olan idarenin, sorumluluğu saptanan ilgili kişi veya kişilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesinin Anayasa hükmü gereği olduğu belirtilmiştir¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Günday Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2011, s.374.

¹⁵⁸ Ünlüçay Mehmet, "İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu", *Danıştay Dergisi*, Y:28, S:94, 1998, s.5.

¹⁵⁹ Danıştay 5.D., 03.06.2008, E:2007/7369, K:2008/3234, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

Danıştay'ın, sorumlu personele rücu edilmesine ilişkin yaklaşımını ortaya koyan bir diğer kararında, "Kamu hizmeti görevlilerinin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden ve kendi kusurlarından doğan zararı toplum ödemek zorunda değildir." ve "rücu kurumunun işletilmesi, kamu görevlisinin kişisel kusurunun doğurduğu zararların yine kendisi tarafından karşılanmasını ve yargı kararının uygulanmaması ya da etkisiz bırakılması gibi hukuka aykırı eylem ve işlemlerden titizlikle kaçınılmasını amaçlar." saptamalarına yer verilmiştir.

Olayda; AİHM tarafından davacılara ödenmesine hükmedilen manevi tazminat, hak sahiplerine Hazine adına ödenmiş, ancak sorumlu personele rücu edilmemiştir. Yüksek Mahkemeye göre; kamu hizmeti görevlilerinin kişisel kusurundan kaynaklanan zararın karşılığı olarak ulusal ya da uluslararası bir Mahkemece hükmedilen tazminatın devlet tarafından zarara uğrayan kişiye ödendikten sonra ilgili kamu kurumu tarafından sorumlu personele rücu edilmemesi, bu yükün toplum üzerinde bırakılması anlamına geleceğinden, her yurttaş ve özellikle kamu görevlilerinin kişisel kusuru nedeniyle zarara uğrayıp yargısal süreci başlatmış olan yurttaşlar, ilgili personele rücu edilmesini sağlamak amacıyla idareye başvurabilir ve bu başvurularının reddi üzerine de dava açma hakkını kullanabilirler¹⁶⁰.

9. Faiz

Danıştay, işkence iddiasıyla açılan tam yargı davalarında ilk başta manevi tazminata faiz yürütülmemesi yönünde karar vermekte, davacıların manevi tazminata faiz yürütülmesi gerektiği yönündeki temyiz istemlerini reddetmekteydi¹⁶¹. Yüksek Mahkeme, manevi tazminata faiz yürütülmemesini şu gerekçeye dayandırmaktaydı: "Kişinin manevi varlığının ihlalini ölçüye vurmak ve manevi kayıplarını tümüyle gidermek olanaksızdır. Manevi tazminatın bu niteliği göz önünde tutulunca maddi tazminat gibi bunu da aynı ölçüler içinde değerlendirmeye tabi tutmakta, davacının malvarlığında bir eksilme varmışçasına manevi tazminata faiz yürütülmemesinde isabet olacağı açıktır."¹⁶²

¹⁶⁰ Danıştay 10.D., 22.12.2006, E:2004/1690, K:2006/7348, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹⁶¹ Danıştay 10.D., 12.10.1999, E:1997/3568, K:1999/4782, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹⁶² Danıştay 10.D., 23.06.1982, E:1982/235, K:1982/1765, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

Danıştay'ın diğer bir gerekçesi şu yöndedir: *“Başka türlü giderim yollarının bulunmaması veya yetersiz kalışı nedeniyle manevi tazminatın değerinin parasal olarak belirlenmesi manevi tazminata faiz yürütülmesini haklı kılacak bir neden değildir. Buna göre, belli bir zarar karşılığı olmayıp, olay nedeniyle duyulan üzüntünün kısmen giderilmesi amacını taşıyan manevi tazminata, özelliği nedeniyle faiz yürütülmesine olanak yoktur.”*¹⁶³

Danıştay'ın bu yaklaşımı, idari yargıda uygulanan yasal ve içtihadı ilişkin birtakım yargılama hukuku prensiplerinden dolayı kaçınılmaz olarak bazı hak kayıplarına yol açtığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bunlardan KAPLAN, manevi tazminat isteminde bulunan davacının, haklı olarak, tazminat miktarını hükmün verileceği tarihe göre değil, davayı açacağı tarihe göre belirleyeceğini ifade etmektedir¹⁶⁴.

Gerçekten, idari yargıda taleple bağlılık kuralı¹⁶⁵, davacının gerçek zararının tazmin edilmesini engellemekte, manevi tazminata faiz yürütülememesi halinde davanın açıldığı tarih ile kararın verildiği tarih arasında parasal anlamda meydana gelebilecek hak kaybı telafi edilememektedir. Yüksek Mahkemenin, manevi tazminata faiz yürütülmemesi yönündeki içtihadını değiştirmesi kanaatimizce de isabetli olmuştur.

Öte yandan, Danıştay, manevi tazminatın niteliği gereği ayrıca faize hükmedilemeyeceğine karar verirken, AYİM, manevi tazminata faiz yürütülmesi esasını benimsemekteydi¹⁶⁶.

Yüksek Mahkeme, idareye başvuru tarihinden itibaren manevi tazminata faiz yürütülmesi gerektiği yönündeki yeni içtihadını, ilgililerin uğradıkları manevi zararın gerçek anlamda karşılanabilmesi gerekçesine dayandırmıştır¹⁶⁷.

¹⁶³ Danıştay 10.D., 14.12.1999, E:1997/3564, K:1999/4850; 24.12.2001, E:2000/45, K:2001/4859 Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹⁶⁴ Kaplan Gürsel, “Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y:2006, S:2, C:55, s.130.

¹⁶⁵ İdari yargıda taleple bağlılık kuralına yönelik eleştiriler hakkında bkz. Özcan Elvin E., “İdari Yargılama Hukukunda İslah”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011, S:92, s.223 vd.

¹⁶⁶ Gönen, s.35.

¹⁶⁷ Danıştay 10.D., 11.01.2007, E:2004/2216, K:2007/4, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

Danıştay, belirtilen içtihadını sonraki kararlarında da sürdürmüş¹⁶⁸; ileriki tarihli bir kararında ise bu kez, “*Maddi ve manevi zararın giderilmesi için takdiren hükmedilecek miktara, idareye başvuru tarihinden itibaren 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun uyarınca faiz yürütülmesi gerektiği*” şeklinde farklı bir gerekçeyle idare mahkemesi kararının manevi tazminata faiz yürütülmemesi kısmını bozmuştur¹⁶⁹. Ancak söz konusu kararda, manevi tazminata neden faiz yürütülmesi gerektiği belirtilmeyip, yalnızca 3095 sayılı Kanun’a atıf yapılmıştır. Oysa, 3095 sayılı Kanun’da tam yargı davalarında hükümlenilecek manevi tazminata faiz yürütülmesini öngören bir hüküm bulunmamaktadır.

SONUÇ

Özellikle Amerika’da meydana gelen 11 Eylül saldırılarından sonra terörizmin küresel tehdidine karşı etkin mücadelede, işkencenin gerekli ve uygun bir yol olduğu düşüncesine yönelik tartışmalar yapılsa da; terörizm tehdidi altında bile olsa işkenceye başvurulması ve işkencenin meşru görülmesi hiçbir koşulda kabul edilemez. Zira, uluslararası insan hakları anlaşmalarında her türlü koşulda işkenceye başvurulması yasaklanmış olup; savunmasız kişilere karşı yapılan, nefret uyandırıcı ve acımasızca bir saldırı niteliği bulunan işkence, aynı zamanda tüm insanlığa karşı işlenmiş bir suçtur. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da, demokratik bir hukuk devletinde, delil elde etmek için insan hakları ihlallerini meşrulaştırıcı ve hukuka aykırı davranmanın bir mazereti olamayacağını belirtmiştir.

Günümüzde insan hakları ve temel özgürlüklerin korunmasında olduğu gibi, insanlığa karşı yapılmış bir suç olan işkenceyle mücadele de uluslararası bir nitelik kazanmıştır. İşkencenin yasaklanmasına ilişkin hükümler, Avrupa, Afrika ve Amerika kıtasına ilişkin insan hakları anlaşmalarında ve uluslararası insan haklarıyla ilgili sözleşmelerin her birinde görülmektedir.

¹⁶⁸ Danıştay 10.D., 28.09.2010, E:2007/5028, K:2010/6974, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹⁶⁹ Danıştay 10.D., 06.07.2011, E:2009/11485, K:2011/2911, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

Kamu görevlilerince işkence yapılması nedeniyle uğranılan maddi veya manevi zararın idare tarafından tazmini, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bireyin, kolluk hizmetinin yürütülmesi sırasında işkence nedeniyle uğradığını öne sürdüğü zararını karşılama amacıyla getirilen hukuki koruma yolu idari yargıya özgü bir dava türü olan tam yargı davasıdır. Bu dava yoluyla, idarenin hukuki sorumluluğunun bulunup bulunmadığı ortaya çıkmakta olup; idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı, her somut olaya göre idare mahkemesince ve son tahlilde Danıştay tarafından belirlenmektedir.

İşkence nedeniyle açılacak tam yargı davalarının görüm ve çözümünde, işkencenin gerçekleştiği ilde bulunan idare mahkemesi yetkili olup; davanın, işkence eyleminden itibaren 1 yıl ve işkence eyleminin öğrenildiği tarihten itibaren en geç 5 yıl içinde davalı idareye başvuru olarak açılması gerekmektedir.

Danıştay, işkence iddiasıyla açılan tam yargı davalarında, tazminat istemine dayanak olan eylemin idariliğinin sonradan öğrenildiği durumlarda açılan davaları süresinde kabul etmekte; özellikle kamu görevlilerinin görev kusurundan kaynaklanan davalarda dava açma süresini geniş yorumlamaktadır. Yüksek Mahkeme'nin, hak arama özgürlüğü çerçevesinde dava açma süresini geniş yorumlaması ve sonuçta bireylerin işkence nedeniyle uğradığını öne sürdüğü zararlarının tazmin edilerek idarenin hukuki sorumluluğunun ortaya çıkarılmasına geniş olanak tanınması yerinde olmuştur.

Yüksek Mahkemeye göre, işkence yaptığı iddia edilen polis memurları hakkında açılan ceza davasının beraatle sonuçlanması hallerinde davalı idarenin hizmet kusuru bulunmamaktadır. İdare mahkemesince hükme esas alınan ceza mahkemesi kararının Yargıtay tarafından bozulması üzerine yeniden bir karar verilmesi gerektiğini belirten Danıştay; işkence yaptığı iddia edilen emniyet görevlileri hakkında ceza mahkemesinde açılan davanın sonucunun araştırılmamasını ise eksik inceleme olarak görmektedir.

Kamu gücünü kullanan idareye karşı bireylerin işkence yapıldığı iddiasını ispatlamaları oldukça zordur. İdari yargı yerince, bu hususun dikkate alınarak maddi olayın değerlendirilmesi, ileri sürülen

iddiaların etraflıca araştırılması, böylece uyuşmazlığın her yönüyle çözümlenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, işkence iddiasıyla açılan tam yargı davalarında, işkencenin yapıldığına ilişkin ortaya konulan kanıtların her türlü şüpheden uzak olması ve zararlı idari eylem arasında illiyet bağının kurulması gerekmektedir.

İşkence yapıldığının sağlık raporu veya adli tıp kurumu raporu ile açıkça ortaya konulması durumunda, idare mahkemelerince tazminat isteminin kabulü yönünde verilen kararlar onanmaktadır. Ancak, söz konusu sağlık raporlarının, işkence yapıp yapılmadığını açıkça ve hiç bir kuşkuya yer vermeyecek şekilde kanıtlayıcı nitelikte olması gerekir.

İşkenceyi önleme konusunda Devletin üzerine düşen görevleri gereği gibi yerine getirmemesi idarenin ağır hizmet kusurunu oluşturur. Kamu düzeninin korunması amacıyla alınan önlemler sırasında, kolluk güçlerinin amacını aşar ve orantısız biçimde kullandıkları yetki nedeniyle bireylere zarar verilmesi durumunda uğranılan zararın idarece tazmini gerekir.

Danıştay, AİHM'in içtihadına benzer şekilde, davacının gözaltına alınmasından önce vücudunda yaralanma olduğu yönünde davalı idarece ortaya bir bilgi ve belge konulmaması halinde işkencenin var olduğuna kanaat getirmektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda, işkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçlarını işleyerek ülkemiz aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde tazminata hükmedilmesine neden olan kamu personeline söz konusu tazminat için rücu edileceğine ilişkin özel bir hüküm getirilmesi yerinde olmuştur. Bu düzenlemenin, işkenceyi önleme konusunda etkili bir tedbir olarak değerlendirilemeyeceği yönünde düşünceler bulunmakta ise de; söz konusu hüküm, kamu görevlilerinin işkenceye başvurmalarını caydıracağından kuşkusuz isabetli olmuştur.

Danıştay'a göre, işkence yapan kamu personelinin kişisel kusuru bulunmakta olup, işkence iddiasıyla açılan tam yargı davalarında hükmedilen tazminatı ödeyecek olan idarenin, sorumluluğu saptanan ilgili kişi veya kişilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesi Anayasa-

nın 129/5. maddesinin emredici hükmü gereğidir. Yüksek Mahkeme, aynı zamanda kamu görevlilerinin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden ve kendi kusurlarından doğan zararı toplumun ödemek zorunda olmadığı görüşündedir.

Danıştay, manevi tazminatın bir tazmin aracı değil tatmin aracı olduğu ve bu nedenle manevi tazminatın zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerektiği görüşünde ise de; tam yargı davasının, idarenin hukuk kuralları içinde kalmasını sağlayan etkin bir denetim ve yaptırım mekanizması olma niteliğini de göz önünde bulundurarak, işkence iddiasıyla açılan davalarda kabul edilen manevi tazminat miktarlarını kimi zaman yetersiz bulmuştur.

Yüksek Mahkeme tarafından, her olayın özelliğine göre manevi tazminat miktarları belirlenmektedir. Ancak, benzer olaylarda yakın tarihlerde farklı tazminat miktarlarının kabulü kanaatimizce isabetli olmamıştır. Ayrıca, idari yargı yerince, işkencenin varlığı halinde belirlenecek manevi tazminatın, 657 sayılı Kanun'un 13. maddesi uyarınca işkenceyi yapan kamu personeline rücu edileceği hususu göz önünde bulundurularak, kamu görevlilerinin işkenceye başvurmalarını caydırıcı, dolayısıyla kolluk hizmetinin hukuka uygun yürütülmesini sağlayıcı nitelikte olması yerinde olacaktır.

Tam yargı davalarının tümüne uygulanabilecek, AYİM'in uyguladığı şekilde bir tarifenin belirlenmesi, uyuşmazlık konusu her olayın oluş biçiminin ve özelliklerinin birbirinden farklı olması nedeniyle uygun görülmesi de; en azından işkence iddiasıyla açılan tam yargı davalarında işkencenin varlığı halinde davacılara aynı miktarlarda manevi tazminata hükmedilmesi, hem hakkaniyet yönünden hem de tazminatın işkence yapan personele rücu edilecek olması nedeniyle caydırıcı olması yönünden daha isabetli olacaktır.

İşkence iddiasıyla açılan tam yargı davalarında ilk başta manevi tazminata faiz yürütülmemesi yönünde karar verilmekteydi. Ancak, bu husus, davacının gerçek zararının tazmin edilmesini engellemekteydi. Danıştay'ın, manevi tazminata faiz yürütülmemesi yönündeki içtihadını, *"ilgililerin uğradıkları manevi zararın gerçek anlamda karşılanabilmesi"* gerekçesiyle değiştirmesi kanaatimizde de yerinde olmuştur.

KAYNAKLAR

- Akgül Aydın, "Tam Yargı Davalarında Zararın, Zarar Görenin Kendi Kusurundan Kaynaklanması", *Terazi Dergisi*, Y:4, S:32, 2009, s.111-125.
- Akıllıoğlu Tekin, "Gözlemler: Yönetmelik Yargıda Manevi Giderim ve Bilgi Hukuku Gelişmesi", *Amme İdaresi Dergisi*, C:22, S:2, 1989, s.107-110.
- Akıllıoğlu Tekin, "İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi", *İnsan Hakları Yıllığı*, C:10-11, 1988-1989, s.17-64.
- Akyılmaz Bahtiyar, "İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu", *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Yetkin Yayınları*, Ankara 2006, s.1043-1060.
- Akyılmaz Bahtiyar, "Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C:LXIX, S:1, 2011, s.61-78.
- Anayurt Ömer, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı", *Prof. Dr. Attila Özer'e Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S:1-2, C:XII, Haziran Aralık 2008, s.421-459.
- Atay E. Ethem, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- Ayıcı Emrullah, "Kolluğun Güç Kullanma Yetkisi ve İşkence Yasağı", *Yargıtay Dergisi*, C:33, S:1-2, Ocak- Nisan 2007, s.185-206.
- Bagchi Aditi, "Intention, Torture, and the Concept of State Crime", *Penn State Law Review*, Vol.114:1, 2009, s.1-48.
- Başbüyük İsa, "Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:12/2, 2010, s.1443-1485.
- Bennoune Karima, "Terror/Torture", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 26, No. 1, 2008, s.1-61.
- Butler Joel, "Torture", *The National Legal Eagle* 2011, Vol.17:Iss. 2, Article 5, s.10-12.
- Candan Turgut, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Adalet Yayınları, 3. Bası, Ankara 2009.
- Centel Nur, "Adli Tıp Bilimleri ve İnsan Hakları", *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:4, S:1-2, Y:2000, s.3-19.
- Çor Yaşar, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sözleşme Kapsamında İşkence Görmeme Hakkına Bakış Açısı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y:21, S:75, Mart-Nisan 2008, s.63-93.
- Demirbaş Timur, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:23, Ankara 1992.
- Doğan Bülent, Seven Huriye, "İnsan Hakları Sorunu Olarak İşkence Tanım, Tarihçe, Ulusal-Uluslar arası Sistematik", *Türk İdare Dergisi*, S:438, Y:75, Mart 2003, s.91-116.
- Duran Lütfi, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Yayın No: 138, Ankara 1974.
- Engle Eric, "Universal Human Rights: A Generational History" *Annual Survey of International & Comparative Law*, Vol. 12: Iss. 1, Article 10, 2006, s.219-268.
- Er Cüneyd, "İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y:18, S:60, 2005, s.169-188.

- Esin Yüksel, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, II. Kitap: Esas, Ankara 1973.
- Gaeta Paola, "May Necessity Be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists?", *Journal of International Criminal Justice*, 2004, s.785-794.
- Gathii James T., "Torture, Extraterritoriality, Terrorism, and International Law", *Albany Law Review*, Vol.67, 2004, s.101-138.
- Gemalmaz M. Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, Kavram Yayınları, İstanbul 1993.
- Gözübüyük A. Şeref, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 27. Bası, Ankara 2008.
- Günday Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2011.
- Güran Sait, "Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması", *İdare Hukuku Alanında Sorumluluk*, Fakülteler Matbaası İstanbul 1980, Ankara 12-13 Mayıs 1979, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:2758, Hukuk Fakültesi No:622, s.151-170.
- Harper Julianne, "Defining Torture: Bridging the Gap Between Rhetoric and Reality", *Santa Clara Law Review*, Vol.49, Number:3, 2009, s.893-928.
- İlkiz Fikret, Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararı: "İşkence" İnsanlık Suçudur ve İşkençeye Karşı "Seçmeli Protokol" Nedir, *İstanbul Barosu Dergisi*, C:76, S:4, Y:2002, s.900-931.
- Kapani Münci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 1993.
- Kaplan Gürsel, "Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi Sorunu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y:2006, S:2, C:55, s.117-141.
- Kılıçoğlu Ahmet M., "Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği", *Ankara Barosu Dergisi*, S:1984/1, s.15-21.
- Kılıçoğlu Mustafa, Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemleri, Bilge Yayınevi, 3. Bası, İstanbul 2012.
- Malkoç İsmail, "İşkence ve İnsan Hakları", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, S:118, 15 Mayıs 2003, s.20-26.
- Nal Sabahattin, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türkiye'de İşkence ve İnsanlık Dışı Muamele", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S:2, C:15, Y:2007, s.145-183.
- Onar Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları III, Cilt 3, Hak Kitabevi, İstanbul 1967.
- Özbey Özcan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Yargılamanın Yenilenmesi ve Kamu Görevlisine Rücu Sorunu", *Yargıtay Dergisi*, S:1-2, C:36, Y:2010, s.87-119.
- Özcan Elvin E., "İdari Yargılama Hukukunda Islah", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011, S:92, s.223-286.
- Özgüldür Serdar, "İdare Hukukunda Tazminat Hesabının Unsurları ve Hesaplama Yöntemi: AYİM Uygulaması", *AYİM Dergisi*, S:11, Ankara 1997 s.3-73.
- Özgüldür Serdar, Tam Yargı Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara 1993.

- Schaack Beth Van and Slye Ron, "Teaching Torture", 2009, <http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/> 632.
- Soul Ben, "The Equivalent Logic of Torture and Terrorism: The Legal Regulation of Moral Monstrosity, Legal Studies Research", Paper No. 08/113, October 2008, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1277548
- Turgut Tuğba, "İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu", *Adalet Dergisi*, S:39, Y:2011, s.185-203.
- Türk Hikmet Sami, "Adli Tıp, İnsan Hakları İhlalleri ve Terörle Mücadele", *Adalet Dergisi*, Y:2002, S:10, s.1-6.
- Ünal Şeref, "İnsan Haklarının Tarihi, Felsefi ve Hukuki Temelleri". *Ankara Barosu Dergisi*, 1994, s.41-74.
- Ünal Şeref, Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 1997.
- Ünlüçay Mehmet, "İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu", *Danıştay Dergisi*, Y:28, S: 94, 1998, s. 3-10.
- Üzülmez İlhan, "Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence ve Eziyet Suçu", *Adalet Dergisi*, Y:2, S:2, 2005, s.1-9.
- Yalçın Sancar Türkan, "İşkence Yapan Kamu Personeline Rücu Sorunu", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Ekim-Aralık 2002, s.153-169.
- Yenice Kazım ve Esin Yüksel, Açıklamalı-İçtihatlı, Notlu İdari Yargılama Usulü, Arısan Matbaacılık, Ankara 1983