



Londra, 12 Mayıs 2017

(Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi, Dr. Serdar Küni hakkında Dava)

### *Amicus Curiae görüşü*

## **I. GİRİŞ**

1. REDRESS, adalet arayışı ve diğer türden onarım hakkı konusunda işkence görenlere destek olmayı görev edinmiş uluslararası bir insan hakları sivil toplum kuruluşudur.<sup>1</sup> Yirmi yılı aşkın bir süredir çalışmalarını sürdüren REDRESS, devletlerin uluslararası hukuktaki işkence yasağından kaynaklanan yükümlülüklerinin farklı yönlerine dair kapsamlı bir uzmanlık biriktirmiştir. REDRESS, düzenli olarak, işkence görenlerin bireysel davalarını takip etmektedir ve ulusal ve uluslararası mahkemelerde ve yargı yerlerinde müdahillik konusunda deneyimli bir kuruluştur.
2. REDRESS, Cizre’de çalışan Doktor Serdar Küni’nin davasını takip etmektedir ve 24 Nisan 2017 tarihinde yapılan duruşma öncesinde Şırnak 2. Ağır Ceza Mahkemesi’ne (Dosya No. 2017/230) işkence ve kötü muamele yolu ile elde edilmiş delillerin kabul edilemezliği hakkında REDRESS’in bilgi ve uzmanlığı çerçevesindeki konularda hukuki bir görüş sunmuştur. Ayrıca REDRESS direktörü şahsen duruşmada bulunmuştur.
3. Bu yazı, Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi’ne yardımcı olmak amacıyla Mahkemeye sunulduğunu anladığımız hukuki meselelere dair ilave bir hukuki görüştür. Bu hukuki görüşün amacı, Mahkemeye sunulduğunu anladığımız hukuki meselelere dair hakimlere yardımcı olmak üzere Türkiye açısından dikkate alınması gereken diğer yargı alanlarının içtihat ve uygulamaları hakkında karşılaştırmalı bilgi sunmaktır.

## **II. BU YAZIDA KAPSANAN KONULAR**

4. Bu yazıda aşağıdaki konular ele alınmaktadır:
  - i) Terör suçlarının kapsamı ve kanunilik ilkesi;
  - ii) Ceza davalarında masumiyet karinesi ve *in dubio pro reo* (şüpheden sanığın faydalanması) ilkesinin uygulanması;
  - iii) Ceza davasında delilin kabul edilebilirliğine dair sınırlamalar
  - iv) İşkence ve diğer kötü muamele yolu ile elde edilen delillerin yasaklanması

## **III. TERÖR SUÇLARININ KAPSAMI VE KANUNİLİK İLKESİ**

5. Kanunilik ilkesinin yerine getirilmesi için suçların tanımı açık ve kesin olmalıdır, böylece kişiler hangi davranışların kanun tarafından yasaklandığını bilebilir ve kanunun yasaklanan fiilin kapsamını haksız yere genişletecek şekilde yorumlanmayacağından emin olabilir. Devletin adil yargılanmaya dair insan hakları normlarına uymasını izleyen uluslararası organlar, muğlak ve geniş tanımlamaları sorunlu olarak görme eğilimindedir, çünkü böyle tanımlamalar Devletler tarafından gereksiz yere cezalandırmak ve diğer türlü meşru ve hukuki olan davranıştan caydırmak için kullanılabilir. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, *de la Cruz Flores* davasında, “ceza hukuku mevzuatını uygularken, ceza mahkemesi hakimi mevzuat hükümlerine kesin bir şekilde uyma ve sanığın davranışının belirli bir suç kategorisine uyduğundan emin olmak için azami özeni gösterme yükümlülüğüne sahiptir; böylece kanun

<sup>1</sup> REDRESS hakkında daha fazla bilgi için bkz. [www.redress.org](http://www.redress.org)

ile cezalandırılmaz fiiller için ceza verilmez”<sup>2</sup> hükmünde bulunmuştur. Bu türden tanımlamalar aynı zamanda ceza hukukunun şeffaf olamayan bir şekilde uygulanması olasılığını beraberinde getirmektedir.

6. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi bu hususu Peru’daki terörle mücadele mevzuatı açısından ele almıştır. Buna göre, “Mahkeme, cezalandırılabilir suçları dar bir şekilde tanımlayan, muğlak olmayan ve kesinlik taşıyan bir dille suçların sınıflandırılması ve nitelendirilmesi gerektiğini ve bu sayede ceza hukukunda *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* (kanunsuz suç ve ceza olmaz) ilkesinin tam anlamıyla yerine getirilebileceğini düşünmektedir. Bununla kast edilen, suçun, cezalandırılabilir suç sayılmayan veya cezalandırılabilir olmakla beraber hapis cezası ile cezalandırılmaz davranışlardan ayırt edilmesini sağlayacak unsurlarını ve etkenleri ortaya koyarak suç oluşturan fiilin açık bir şekilde tanımlanmasıdır. Suçun tanımlanmasındaki muğlaklık, özellikle de bireylerin ceza sorumluluğunun belirlenmesi ve suç oluşturan davranışlarına karşılık yaşam ve özgürlük gibi en değerli bedeller üzerinden ödetilen cezaların verilmesi söz konusu olduğunda, şüphe uyandırmakta ve güç istismarı olasılığını ortaya çıkarmaktadır. Söz konusu davada uygulanan ve suç oluşturan davranışları dar bir şekilde tanımlayamayan bu türden kanunlar, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 9. Maddesinde tanınan *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* ilkesini ihlal etmektedir.”<sup>3</sup>
7. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, Peru aleyhine açılan bir davada, açık bir şekilde “ceza gerektiren bir suçun yalnızca bir şüphe ya da çağrışıma dayanarak tanımlanması ispat yükümlülüğünü karşı tarafa geçirir, suçlanan tarafın masumiyetine dair temel karineyi ihlal eder ve ortadan kaldırılmalıdır” demiştir.<sup>4</sup>
8. *De la Cruz Flores davasında*, “Peru Komünist Partisi (*Sendero Luminoso*) üyesi oldukları ve terörist suçlulara sağlık hizmeti, tedavi ve ameliyat hizmeti verdikleri ve bunların tedavisi için ilaç ve tıbbi cihaz sağladıkları; 25,475 sayılı Kararnamenin 4. Maddesinde tespit edilen ve cezalandırılması emredilen fiilleri işledikleri”<sup>5</sup> için davacı ve diğer kişiler hakkında bir ceza kovuşturması yürütülmüştür. Davacı, Savcı tarafından “yaşam hakkı benzeri [...] hakları korumak üzere [...] tıp alanındaki mesleki faaliyetlerini kullanmak” ve “militanlara sağlık hizmeti sunmak” ile suçlanmıştır.<sup>6</sup> Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, ayrıca davacının Peru kanunlarına göre davranışını yetkililere bildirmesinin istendiğini belirtmiştir. Bu konuyla ilgili olarak, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi “mesleğinin icrası sırasında bir hekimin elde ettiği bilgilerin mesleki gizlilik çerçevesinde koruma altında olduğunu” belirtmiştir.<sup>7</sup> Buna göre,  
  
“Sonuç olarak, yukarıdaki değerlendirmeler ışığında, Mahkeme, Devletin 21 Kasım 1996 tarihli kararı vermesiyle, terör örgütüne üye olunması ve bildirim yükümlülüğüne uyulmaması şeklinde ceza yükümlülüğünün doğmasına neden olan unsurları dikkate almakla beraber bu davranışları tanımlamayan bir maddeyi uygulayarak; suçlu bulunmak için mağdurun 25,475 sayılı Kararnamenin 4. Maddesinde belirtilen fiillerden hangilerini ifa ettiğini belirtmeyerek; esas olarak hukuka uygun bir fiil olmanın yanı sıra hekimin sunma yükümlülüğünün bulunduğu sağlık hizmetine ceza vererek ve hekimleri mesleklerinin icrası sırasında elde edilen bilgilere dayanarak hastalarının olası suç teşkil eden davranışları hakkında bildirimde bulunmaya zorlayarak, kanunilik ilkesini ihlal ettiğine inanmaktadır.”<sup>8</sup>
9. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu’nun yukarıda bahsi geçen davadaki tutumu uluslararası insancıl hukuk ile de uyumludur: “Kişiler hiç bir koşulda, tıp ahlakına uygun tıbbi etkinlikler yürütmekten dolayı, bu etkinliklerden yararlanan kişiler kim olursa olsun, cezalandırılmaz.”<sup>9</sup>

<sup>2</sup> *De La Cruz-Flores - Peru (Merits, Reparations and Costs)*, 18 Kasım 2004 tarihli karar, paragraf 82

<sup>3</sup> *Castillo Petruzzi et al. - Peru (Merits, Reparations and Costs)* 30 Mayıs 1999 tarihli karar, paragraf 121

<sup>4</sup> Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu Yıllık Raporu: Peru, OEA/Ser.L/V/II.95, doc. 7 rev. (1996) Ch.V Section VIII, §4.

<sup>5</sup> *De la Cruz Flores davası*, paragraf 90

<sup>6</sup> a.g.e., paragraf 91, 92

<sup>7</sup> a.g.e., paragraf 97

<sup>8</sup> a.g.e., paragraf 102

<sup>9</sup> Ek Protokol I (1977), Madde 16(1), ve Ek Protokol II (1977), Madde 10(1)

#### IV. CEZA DAVALARINDA MASUMİYET KARİNESİ VE *IN DUBIO PRO REO* (ŞÜPHEDEN SANIĞIN FAYDALANMASI) İLKESİNİN UYGULANMASI

10. Masumiyet karinesi, insan hakları hukukunun tüm insan hakları belgelerinde tanınan temel bir ilkesidir.<sup>10</sup> Adil bir usul nosyonunun merkezinde yer almaktadır. Sanıkların mahkeme tarafından kanuna uygun bir şekilde verilen nihai kararı ile suçlu olduğu ispat edilene kadar masum kabul edilmeleri anlamına gelmektedir. Masumiyet karinesi, ispat yükümlülüğünün iddia makamında olduğu ön kabulüne sahiptir. Suçluluğa dair her tür şüphe zanlı ya da suçlanan taraf yararına olmalıdır ('in dubio pro reo' ya da şüpheden sanığın faydalanması ilkesi).<sup>11</sup> Bu husus, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin 32 sayılı Genel Yorumunda da vurgulanmaktadır: "İnsan haklarının korunması açısından temel önem taşıyan masumiyet karinesi, savcılık makamına suçu kanıtlanma yükümlülüğü getirir; suçlama hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek şekilde kanıtlanmadıkça suç kabulü olmayacağına güvence altına alır, kuşkulu noktaların sanık lehine yorumunu kabul eder ve ceza gerektiren fiillerle suçlanan kişilere bu ilkeye göre davranılmasını öngörür."<sup>12</sup>
11. İnsan hakları organları içtihadı da masumiyet karinesinin, hakimlerin bir ceza davasında ancak suçun zorunlu her bir unsuruna dair önemli ve ispatlayıcı delil bulunması halinde ve suçun işlendiği sonucundan başka herhangi bir sonuç çıkarılamaması durumunda mahkumiyet kararı vermesini zorunlu kıldığını onaylamaktadır. Mahkemenin kararı kendisine sunulduğu şekliyle delillere dayanmalı ve yalnızca iddia ya da varsayımlara dayalı olmamalıdır.<sup>13</sup>
12. Masumiyet karinesi, suçlanan kişinin kendisinin verdiği ya da başka birinin verdiği beyanın işkence yolu ile elde edildiğini ispat etmesinin gerekmesi halinde ihlal edilmiş olacaktır.<sup>14</sup> Masumiyet karinesi uyarınca, beyanların iradi olduğunu gösterme konusunda ispat yükümlülüğü iddia makamında bulunmaktadır.<sup>15</sup>
13. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'ne sunulan bir davada, iddia makamının iradi olarak itirafta bulunulduğunu ispat etmesi yerine, Sri Lanka'da suçlanan kişi –işkence altında alındığını ileri sürdüğü – ikrarının iradi olmadığını ispat etmek zorunda kalmıştır ve bu nedenle ikrar delil olarak dikkate alınmamalıdır. Bu konuda, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi,

“... ikrarın iradi olup olmadığına dair ispat yükümlülüğünün suçlanan taraf üzerinde bulunduğuna işaret etmektedir. Taraf Devlet PTA, Kısım 16'da bu şekliyle belirtilmesi nedeniyle bu duruma itiraz etmemiştir. Taraf Devlet tarafından iddia edildiği üzere delilin eşliğinin “çok düşük” tutulmasına ve “sadece gayri iradi olma olasılığının” bile mahkemeyi suçlanan taraf lehine yöneltmeye yetmesine rağmen, ispat yükümlülüğü beyanın sahibi üzerinde kaldığı görülmektedir. Komite bu açıdan, mahkemelerin (özellikle sorgulama ve ardından gelen ikrardan bir yıl sonra alınan) tıbbi raporun sonuçsuzluğu temelinde işkence ve kötü muamele şikayetlerini herhangi bir aşamada dikkate almamasının bu eşliğe uyulmadığına işaret ettiğine dikkat çekmektedir. Ayrıca, mahkemelerin, Sulh Hakimliği nezdinde kötü muamele şikayetinde bulunmaması nedeniyle başvuru sahibinin iddialarının muteber olmadığı sonucunu çıkarmaya hazırlıklı olmasından dolayı, Komite, kişinin polis tarafından tekrar gözaltına alınmayı beklemesi nedeniyle, bu çıkarımın açıkça savunulamaz

<sup>10</sup> Örneğin, bkz. Masumiyet karinesi uluslararası standardını teyit eden Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Madde 14(2): “Bir suçla itham edilen herkes, yasalara göre suçlu olduğu kesinleşene dek masum kabul edilmek hakkına sahiptir.” Benzer şekilde İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Madde 11'de şu hüküm bulunmaktadır: “Kendisine bir suç yüklenen herkes, savunması için gerekli olan tüm güvencelerin tanındığı açık bir yargılama sonunda, yasaya göre suçlu olduğu saptanmadıkça, suçsuz sayılır.” Ayrıca bkz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Madde 6(2).

<sup>11</sup> İnsan Hakları Komitesi Genel Yorumu No. 32, CCPR/GC/32, 23 Ağustos 2007, paragraf 30; Avrupa Mahkemesi: *Barberà, Messegué ve Jabardo - İspanya* Başvuru No. 10590/83, 6 Aralık 1988, paragraf 77; *Telfner - Avusturya* Başvuru No. 33501/96, 20 Mart 2001, paragraf 15

<sup>12</sup> İnsan Hakları Komitesi Genel Yorumu No. 32, paragraf 30.

<sup>13</sup> *Telfner - Avusturya* Başvuru No. 33501/96, 20 Mart 2001, paragraf 19.

<sup>14</sup> İnsan Hakları Komitesi, *Singarasa - Sri Lanka*, UN Doc. CCPR/C/81/D/1033/2001 (2004) paragraf 7.4.

<sup>15</sup> İnsan Hakları Komitesi Genel Yorumu No. 32, paragraf 41.

olduğunu tespit etmiştir. Şikayetin mahkemeler tarafından ele alınma şekli de Taraf Devletin 7. Maddede geçen ihlal şikayetlerini soruşturma yükümlülüğünü tatminkar bir şekilde yerine getirmemektedir. Komite, ikrarının baskı altında alınması konusundaki ispat yükümlülüğünü başvuru sahibine yükleyerek Taraf Devletin Sözleşmenin 14. Maddesinin 2. ve 3. (g) fıkraları ile birlikte 2. Maddesinin 3. ve 7. fıkralarını ihlal etmiş olduğuna karar vermiştir.”<sup>16</sup> [Vurgu tarafımızdan eklendi.]

14. Uluslararası ceza hukukunda, ilke uluslararası ceza mahkemelerinin ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (UCM) içtihat ve statülerinde yer almaktadır. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, bu standardın “suçlanan tarafın suçluluğu dışındaki delillerin makul bir açıklamasının bulunmaması durumunda mahkeme heyetinin tatmin edilmesini gerektirdiğini” açıklamıştır.<sup>17</sup> Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Usul ve Delil Kuralları (98-bis), Dava Dairesinin “bir mahkumiyeti destekleyebilecek herhangi bir delil bulunmaması halinde beraat kararı vermesi” gerektiğini belirtmektedir. Bu karar noktasına ancak savcının “mahkumiyeti destekleyebilecek” bir delil ile suçlanan tarafın suçluluğunu ispat etme yükümlülüğünü taşımaması halinde varılabilir.

## V. CEZA DAVASINDA DELİLİN KABUL EDİLEBİLİRLİĞİNE DAİR SINIRLAMALAR

15. Delilin yargılamada kabul edilip edilmeyeceği ve söz konusu delile nasıl bir ağırlık verileceği aşağıda açıklanan bir dizi etkene bağlı olacaktır.
16. Avrupa İnsan hakları Mahkemesi içtihadı, ispatlanmamış ve rivayete dayalı delilin mahkumiyet için yegane ve belirleyici bir temel oluşturamayacağını ve aksi halde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin 3. Fıkrası ile adil yargılanma hakkının ihlalinin söz konusu olacağını açıkça ortaya koymaktadır. Mahkumiyet kararının tek başına ya da belirleyici derecede gizli tanıkların sağladığı delillere dayanması halinde, Mahkeme yargılamayı titiz bir incelemeye tabi tutmalıdır.<sup>18</sup> Her dava için asıl önemli olan, delilin güvenilirliğinin adil ve uygun bir şekilde değerlendirilmesine izin veren tedbirleri de içerecek yeterli dengeleyici unsurların bulunup bulunmadığıdır. Mahkumiyet kararının, davadaki önemi dikkate alındığında ancak yeterli derecede güvenilir olması halinde bu türden delillere dayandırılması bu şekilde sağlanacaktır.
17. Uluslararası ceza hukukunda içtihat benzer etkenleri dikkate almaktadır. Hakimlerin delilin ispat değerinin bulunduğunu ve kabulünün adil yargılamaya ya da yargılamanın bütünlüğüne ciddi şekilde zarar vermeyeceğini tespit etmesi halinde, delile dair kurallar esnektir. İşkence altında elde edilen delilin kabul edilmesi fiilen yargılamanın bütünlüğüne ciddi şekilde zarar verecektir. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde, Roma Statüsü'nün 69. Maddesinin 4. Fıkrası uyarınca, delilin kabul edilip edilmeyeceği üç unsurlu bir teste bağlıdır.<sup>19</sup>
- İlk adım, Mahkemenin, suçlanan tarafa isnat edilen suçların soruşturulması ile ilgili olarak, sunulan delilin dava ile ilk bakışta ilgili olup olmadığını belirlemesidir. Bu nedenle, suçlamaların süresi dışında kalan deliller kabul edilemez.
  - İkinci olarak, Daire delilin ispat değerini belirlemelidir.
  - Üçüncü olarak, Daire, söz konusu durumun uygun olması halinde, delilin ispat değerini sakıncalı etkisine göre değerlendirmelidir. *Katanga davasında*, Dava Dairesi, delilin amacının doğrudan doğruya aşık olmaması halinde, davadaki maddi bir olguyu nasıl

<sup>16</sup> *Singarasa - Sri Lanka*, paragraf 7.4

<sup>17</sup> *Savcılık makamı - Milan Martić* (IT-95-11-A), Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICTY) Temyiz Dairesi (8 Ekim 2008) paragraf 55, 61.

<sup>18</sup> *Al-Khawaja ve Tahery – Birleşik Krallık* ([GC], Başvuru no. 26766/05 ve 22228/06, paragraf 119 ve 147, 15 Aralık 2011)

<sup>19</sup> *Lubanga*, ICC T.C. I, (ICC-01/04-01/06), Dört belgenin kabul edilebilirliğine dair karar, 13 Haziran 2008 (I)

ispat edeceğini ya da aksini göstereceğini göstermenin delili sunan tarafa bağlı olduğunu belirtmiştir.<sup>20</sup>

## VI. İŞKENCE VE DİĞER KÖTÜ MUAMELE YOLU İLE ELDE EDİLEN DELİLLERİN YASAKLANMASI

18. İşkence yasağı evrensel düzeyde kabul edilmiştir ve tüm önemli uluslararası ve bölgesel insan hakları belgelerinde yer almaktadır. İşkence yasağı, Türkiye'nin taraf olduğu Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (KSHUS) (Madde 7), Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme (BM İşkenceye Karşı Sözleşme), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) (Madde 3), ve İşkencenin ve İnsanlık Dışı Muamele veya Onur Kırıcı Muamele ve Cezanın Önlenmesi için Avrupa Sözleşmesi mucibince Türkiye açısından da bağlayıcıdır. Ayrıca, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 17. maddesi herkesin “yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı”nı güvence altına almaktadır ve 17. maddenin 3. fıkrasında açıkça şöyle denilmektedir: “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz.” Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 148. maddesinin 1. fıkrasında da “Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilâç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz.” denilmektedir
19. Dışlama kuralı, işkence sonucu elde edilen beyanların (işkence yapmakla itham edilen kişiyle ilgili kovuşturmalar hariç) herhangi kovuşturmada delil olarak kullanılmasını yasaklamaktadır.
20. Bu kural BM İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 15. Maddesinde yer almaktadır. Buna göre,

Her Taraf Devlet işkence yapılarak alındığı tespit olunan herhangi bir ifadenin, işkence yapmakla itham olunan kişi aleyhinde delil olarak kullanılması hariç, herhangi bir kovuşturmada delil olarak kabul edilmemesini sağlayacaktır.
21. İşkenceye Karşı Komite'ye göre, dışlama kuralı “işkence yasağının mutlak doğasının bir fonksiyonudur.”<sup>21</sup> Komite, “yargı yetkisine sahip oldukları bir kovuşturmada delil teşkil eden ifadelerin işkence sonucu alınıp alınmadığının belirlenmesinin ve kesinleştirilmesinin Taraf Devletlerin yükümlüğü olduğunu” vurgulamaktadır.<sup>22</sup>
22. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Strazburg Mahkemesi), *Othman – Birleşik Krallık* davasında AİHS'nin 3. maddesine atıfla şöyle demektedir:

Kendinden önceki teamül hukukunda olduğu gibi, uluslararası hukukta işkenceyle elde edilen deliller kesin bir biçimde reddedilmektedir. Bunun böyle olmasını gerektiren çok sayıda güçlü hukuksal ve ahlaksal neden vardır.<sup>23</sup>
23. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 38. maddesinde, “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.” denilmektedir. Bu tür kanuna aykırı yöntemler arasında işkence de yer almalıdır.
24. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 148. maddesinin 3. fıkrasında, “Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez.” denilmektedir. 148. maddesinin 1. fıkrasında sıralanan (ve yukarıda 4. paragrafta belirttiğimiz üzere) bu tür “yasak usuller” arasında “kötü davranma, işkence, ilâç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler” sayılmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 206. maddesinin 2. fıkrasına

<sup>20</sup> *Katanga ve Ngudjolo*, ICC T.C. II, (ICC-01/04-01/07), Germain Katanga'nın Savunmasına dair karar, 21 Ekim 2011, paragraf 16

<sup>21</sup> BM İşkenceye Karşı Komite, *G.K. v. Switzerland* Communication No. 219/2002 UN Doc CAT/C/30/D/219/2002 (7 May 2003), paragraf 6.10.

<sup>22</sup> BM İşkenceye Karşı Komite, *P.E. v. France* Communication No. 193/2001 UN Doc. CAT/C/29/D/193/2001 (21 Kasım 2002), paragraf 6.3.

<sup>23</sup> 8139/09 Sayılı Başvuru (17 Ocak 2012), paragraf 264.

göre, “delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse” ((a) bendi) “ortaya konulması istenilen bir delil (...) reddolunur”. Hakimın kararı sadece “hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş” delillere dayandırabilir.”<sup>24</sup>

***Dışlama kuralı kovuşturmanın herhangi bir aşamasındaki herhangi bir beyan için geçerlidir.***

25. Dışlama kuralının belirli bir kovuşturmada suçlanan tarafın beyanlarıyla sınırlı olmadığı aşikârdır. Bu aynı zamanda suçlanan tarafa karşı kullanılmak üzere diğer kişilerden işkence altında alınan beyan ya da itiraflar için de geçerlidir.
26. *Othman* kararında Strazburg mahkemesi, “15. madde sadece suçlanan tarafın beyanları için değil, işkence ile alındığı belirlenen tüm beyanlar için geçerlidir” demektedir.<sup>25</sup>
27. 1999 yılında dönemin BM İşkence Özel Raportörü dışlama kuralının kapsamına dair şu yorumu yapmıştır:

“İşkence ya da diğer zalimane, insanlık dışı ya da onur kırıcı muamele ya da ceza sonucu verildiği belirlenen herhangi bir beyan ilgili kişiye karşı delil olarak kullanılmayacağı gibi başka herhangi bir kovuşturmada başka bir kişiye karşı da delil olarak kullanılamaz.”<sup>26</sup>  
[Vurgu tarafımızdan eklendi.]

***Dışlama kuralı hem işkence hem de diğer yasak kötü muamele açısından geçerlidir***

28. BM İşkenceye Karşı Komite, işkence ya da diğer yasak kötü muamele yoluyla elde edilen delillerin kanıt olarak kullanılmayacağını sürekli olarak vurgulamaktadır. Komite, 2. maddeyle ilgili 2 Nolu Genel Yorumunda şöyle demektedir: “Komite, gerek işkence gerekse kötü muamele durumlarında uygulanması bakımından [BM İşkenceye Karşı Sözleşme’nin] 3’ten 15’e kadar olan maddeleri de benzer biçimde bağlayıcı saymaktadır.”<sup>27</sup>
29. İnsan Hakları Komitesi de dışlama kuralının hem işkence hem de yasak kötü muamele biçimleri açısından geçerli olduğunu değerlendirmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, Komite dışlama kuralı için MSHUS’un işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı ya da onur kırıcı muamele ya da cezayı yasaklayan 7. maddesine atıfta bulunmaktadır.<sup>28</sup>
30. *Othman* kararında Strazburg Mahkemesi şunu vurgulamaktadır: “Muamelenin işkence, insanlık dışı ya da onur kırıcı olarak sınıflandırılmasına bakılmaksızın, 3. maddenin ihlaliyle elde edilen beyanların ceza davalarında kullanılması, tüm kovuşturmanın 6. maddenin ihlali olacak şekilde hakkaniyetinin zedelenmesine kendiliğinden yol açar.”<sup>29</sup> [Vurgu tarafımızdan eklendi.]
31. **Belirli bir beyanın işkence altında alındığını ispat yükümlülüğü tek başına bu iddiayı ileri süren tarafa düşmemektedir.** Aslında, uluslararası içtihadı göre, dışlama kuralı işkence altında alındığı söylenen beyanların gerçekten işkence altında alınıp alınmadığını doğrulama konusunda Devletlere pozitif bir yükümlülük yüklemektedir. BM Özel Raportörünün de özetlediği gibi,

Sanık sadece neden delillerin işkence ya da diğer türden kötü muameleyle elde edildiğine dair makul bir gerekçe göstermek zorundadır. Bundan sonra ispat yükümlülüğü Devlete geçmelidir ve mahkemeler delillerin yasadışı yollarla elde edilmesinin gerçek bir olasılık

<sup>24</sup> Ceza Muhakemesi Kanunu, Madde 217, 2. Fıkra.

<sup>25</sup> 8139/09 Sayılı Başvuru (17 Ocak 2012), paragraf 266.

<sup>26</sup> Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Muamele ya da Ceza Özel Raportörünün Raporu, Sir Nigel Rodley, UN Doc. A/54/426 (1 Ekim 1999), paragraf 12(e).

<sup>27</sup> UN Doc. CAT/C/GC/2 (24 Ocak 2008), paragraf 6.

<sup>28</sup> İnsan Hakları Komitesi, ‘20 Nolu Genel Yorum: Madde 7 (işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele ya da cezalandırmanın yasaklanması).’ Note by the Secretariat, Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies’ (1992) UN Doc. HRI/GEN/1, paragraf 12. içinde.

<sup>29</sup> 8139/09 Sayılı Başvuru (17 Ocak 2012), paragraf 85.

olup olmadığını soruşturmalıdır. Gerçekten böyle bir olasılık varsa deliller kabul edilmemelidir.<sup>30</sup>

32. *P.E.- Fransa* davasında BM İşkenceye Karşı Komite, dışlama kuralına göre “her bir taraf Devletin yargı yetkisine sahip olduğu bir kovuşturmada delillerin bir bölümünü oluşturan beyanların işkence ile alınıp alınmadığını kesin olarak belirlemekle yükümlü olduğu” sonucuna varmıştır.<sup>31</sup> BM Özel Raportörünün de belirttiği gibi, “Bu nedenle Devlet, bir itirafın ya da diğer kanıtların işkence veya diğer kötü muameleyi de içerecek şekilde, hukuk dışı yollarla elde edilmiş olmasının gerçek bir olasılık olup olmadığını özen yükümlülüğüne uygun bir biçimde soruşturmalıdır.”<sup>32</sup>
33. *El Haski – Belçika* kararında Strazburg Mahkemesi, (Bay El Haski’nin yargılandığı davada kullanılacak delillerin başka bir olayda bir başka kişiye uygulanan işkence sonucu elde edildiğine dair iddialarla ilgili değerlendirmesinde) şu saptamayı yapmaktadır: Taraplardan birinin aleyhine olan beyanların işkence altında alınmış olmasının “gerçek bir olasılık” olduğunu göstermesi durumunda,

Yerel mahkeme, öncelikle sanığın aleyhe olan delillerin işkence altında elde edildiğine dair iddialarını incelemeyen ve bu iddialara rağmen bu tür bir olasılığın olmadığına kanaat getirilmeden söz konusu delilleri kabul etmeyebilir. Kendisine getirilen delillerin adil bir yargılamaya dayanak teşkil etmesini sağlamak ve özellikle de yargılamaya esas olan delillerin elde edilme yönteminin adil yargılamaya halel getirmeyeceğinden emin olmak mahkemenin fitri sorumluluğudur (...).<sup>33</sup>

34. Bu davada aleyhe olan delillerin işkence ile elde edilmesi olasılığının incelenmesi bakımından, BM İşkenceye Karşı Komite’nin Türkiye hakkındaki en son Sonuç Gözlemleriyle ilgisi olduğu üzere,

Komite, 2015 yılında barış sürecinin sonlanması ile birlikte Türk Silahlı Kuvvetleri ile Kürdistan İşçi Partisi (PKK) arasındaki şiddetin yeniden başlamasıyla ülkenin güneydoğusunda (örneğin, Cizre ve Silopi) algılanan ve iddia edilen güvenlik tehdidine karşılık verirken kolluk kuvvetlerinin alıkonulan kişileri işkence ve kötü muameleye maruz bıraktığına dair bilgiye yer veren çok sayıda güvenilir raporlar nedeniyle ciddi kaygı duymaktadır.<sup>34</sup>

Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Muamele ya da Ceza Özel Raportörü, 27 Kasım - 2 Aralık 2016 tarihleri arasındaki Türkiye ziyaretinden sonra, “birçok tutuklu başkalarından işkence altında alınan gerçek dışı beyanlar nedeniyle tutuklandıklarını belirtti”, açıklamasını yapmıştır.<sup>35</sup>

35. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, bir davada “işkence ve kötü muamele iddiaları doğrultusunda kamu makamlarınca derhâl harekete geçilmediği, soruşturma ve kovuşturmanın hızlı ve etkili biçimde sonuçlandırılması için gerekli hassasiyetin gösterilmediği” gerekçesiyle Anayasa’nın 17. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edildiğine karar verilmiştir.<sup>36</sup> Başka bir kararında Mahkeme, işkence ve kötü muamele iddialarıyla ilgili olarak “soruşturmanın tarafsız, bağımsız, hızlı ve derinlikli yürütülmesi”

<sup>30</sup> Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Muamele ya da Ceza Özel Raportörünün Raporu, Juan E. Méndez , A/HRC/25/60 (10 Nisan 2014), paragraf 67.

<sup>31</sup> *P.E. v. France* Communication No. 193/2001 UN Doc. CAT/C/29/D/193/2001 (21 Kasım 2002) , paragraf 6.3.

<sup>32</sup> Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Muamele ya da Ceza Özel Raportörünün Raporu, Juan E. Méndez , A/HRC/25/60 (10 Nisan 2014), paragraf 33.

<sup>33</sup> 649/08 Sayılı Başvuru (25 Eylül 2012), paragraf 88 ve 89.

<sup>34</sup> BM İşkenceye Karşı Komite, ‘Concluding observations on the fourth periodic reports of Turkey (Türkiye’nin Dördüncü Periyodik Raporu ile ilgili Sonuç Gözlemleri)’ UN Doc. CAT/C/TUR/CO/4 (2 Haziran 2016), paragraf 11.

<sup>35</sup> Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Muamele ya da Ceza Özel Raportörü Nils Melzer’in 27 Kasım – 2 Aralık tarihleri arasındaki Türkiye ziyareti sonrasında ön gözlem ve tavsiyeleri (2 Aralık 2016). Bkz. <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20976>.

<sup>36</sup> ‘Şenol GÜRKAN Kararı (Başvuru No: 2013/2438)’, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi 2015 Yıllık Raporu içinde (Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2016) 150-151.

ve “yetkililerin olay ve olguları ciddiyle öğrenmeye çalışması” gibi gerekliliklerin yerine getirilmediği gerekçesiyle Anayasa’nın 17. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edildiğine karar verilmiştir.<sup>37</sup>

36. İşkence ve diğer yasak kötü muamele biçimleriyle elde edilen delillerin yargılamada kullanılması sadece dışlama kuralını ihlal etmekle kalmaz aynı zamanda yargılanmanın adillliğini ciddi biçimde zedeler.

37. Özel olarak işkence ile elde edilen deliller bağlamında *Othman* kararına göre:

İşkence ile elde edilen delillerin kabul edilmesi yalnızca 6. madde hükümlerine değil aynı zamanda adil yargılanmanın uluslararası ölçekte kabul gören en temel standartlarına da açıkça aykırıdır. Böylesi bir durum yargılanmanın bütününe hukuk ve ahlak dışı kılmakla kalmaz aynı zamanda yargılama sonucunun güvenilirliğini tümüyle zedeler. Bu nedenle, bu tür delillerin bir ceza davasında kabul edilmesi açıkça adaleti tanımama anlamına gelecektir.<sup>38</sup>

38. Yasaklanmış diğer kötü muamele yöntemleriyle elde edilen delillerle ilgili olarak, *El Haski –Belçika* kararında Strazburg Mahkemesi, “3. madde ihlali sonucu elde edilmiş delillerin sanıkla ilgili yargılanmanın sonucunu etkilediği, yani kurulan hükmü ya da verilen cezayı etkilediği gösterildiğinde,” bu delillerin kabul edilmiş olmasının 6. maddenin ihlali anlamına geldiğini belirtmektedir.<sup>39</sup> Ayrıca, Mahkeme’ye göre, “bu ilkeler bizzat sanığın 3. maddenin ihlali sonucu kötü muameleye maruz kaldığı durumların yanı sıra üçüncü tarafların söz konusu olduğu durumlar için de geçerlidir.”<sup>40</sup>

39. *Göçmen – Türkiye* davasında başvuran, işkence altında ve müdafii yokluğunda ifade vermeye zorlandığını iddia etmiştir.<sup>41</sup> Strazburg Mahkemesi, başvuranın yargılandığı davada söz konusu ifadelerin kullanılmasını engelleyen usul güvencelerinin olmaması nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 3. ve 6. maddelerinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>42</sup> Strazburg Mahkemesi, yerel mahkemenin davanın esasına ilişkin incelemeye başlamadan önce ifadelerin kabul edilebilirliğini incelememiş olmasından üzüntü duyduğunu belirtmiştir.<sup>43</sup>

Tüm bu görüşlerimizi saygılarımızla bilginize sunarız.

REDRESS adına



Carla Ferstman (Direktör)

12 Mayıs 2017, Londra, Birleşik Krallık

<sup>37</sup> Arif Haldun SOYGÜR Kararı (Başvuru No: 2013/2659) Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi 2015 Yıllık Raporu içinde (Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2016)154-155.

<sup>38</sup> 8139/09 Sayılı Başvuru (17 Ocak 2012), paragraf 267.

<sup>39</sup> 649/08 Sayılı Başvuru (25 Eylül 2012), paragraf 85.

<sup>40</sup> 649/08 Sayılı Başvuru (25 Eylül 2012), paragraf 85.

<sup>41</sup> 72000/01 Sayılı Başvuru (17 Ekim 2006), paragraf 36 ve 67.

<sup>42</sup> 72000/01 Sayılı Başvuru (17 Ekim 2006), paragraf 75.

<sup>43</sup> 72000/01 Sayılı Başvuru (17 Ekim 2006), paragraf 73.