

**T.C
POLİS AKADEMİSİ
GÜVENLİK BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ
SUÇ ARAŞTIRMALARI ANABİLİMDALİ**

**YARGITAY VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
KARARLARINDA
İŞKENCE**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ
Yaşar ÇOR**

**DANIŞMAN
Doç.Dr.Zühtü ARSLAN**

**ANKARA
TEMMUZ 2005**

ÖZET

Çor, Yaşar, Yargıtay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İşkence, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Doç. Dr. Zühtü Arslan, 168 Sayfa

İşkence, insanın maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik bir saldırdır. Bu nedenledir ki, insanlık tarihi boyunca “insan hakları” kavramı ile birlikte gelişme göstermiştir. Bununla birlikte olgunun pek çok uluslararası belgenin konusu haline gelmesi çağımıza özgü bir durumdur. Bir ceza yargılaması yöntemi olarak işkence, Ortaçağ süresince geniş kabul görmüştür. Hatta denebilir ki, işkence bu çağ süresince en önemli delil elde etme yöntemidir. Yani gerek siyasal gerekse hukuk otoritelerince benimsenmiş bir yöntemdir.

“İnsan hakları” kavramının gelişmesinden sonra, işkence ve diğer zalimane hareketler insan haysiyetine karşı davranışlar olarak kabul edilmiş ve çeşitli ulusal ya da uluslararası hukuk normları ile hukuk dışı ilân edilmişlerdir. İşkencenin yasaklanması ve önlenmesi gayretleri, İkinci Dünya savaşından itibaren günümüze kadar uluslararası sözleşmelerde gündeme getirilmiş ve sözleşmeye taraf devletleri bağlayıcı hükümler getirilmiştir.

İşkence kavramının ele alındığı bu çalışmada, işkence kavramına ilişkin evrensel ve bölgesel düzenlemelerle, ulusal bağlamda işkence yasağının tarihsel gelişimi, işkencenin uluslararası düzeyde önlenmesine yönelik çalışmalar ve işkence yasağı konusunda tabi olduğumuz uluslararası denetim mekanizmalarının önermiş olduğu tavsiyeler doğrultusunda, ülkemizde, bu alanda yapılan hukuksal düzenlemeler ele alınmıştır.

Bu çerçevede, Yargıtay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin işkence kavramına yönelik vermiş olduğu kararlar incelenerek, her iki yargı kurumunun yorumlarının karşılaştırılması yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İşkence, Yargıtay, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

ABSTRACT

Çor, Yaşar, The concept of the torture in the verdicts of Human Rights Court of Europe and Supreme Court, Master Dergre Thesis, Associated Prof. Zühtü Arslan, 168 Page.

Torture ison attact to the unity of the human body either phycologically or physically. Thus, the concept of torture has been progresssed together with the concept of “human rights” during the corse of human history. Additionally, it became a contemprrory topic to be the theme of many international documents. Torture was accepted as a sanction during the Middle ages. We can say that, torutre was the best most implemented way of the getting evidence during this era. Furthermore, it was accepted by either political or justice authorities.

Torture and futile treatment were accepted as the treatment against human honour, after “human right” concept was arosen and considered as illegal.

Outlaw actions by national and international law, and efforts for preventing and forbiding torture took place throush the agenda of international agreements were signed by diffeent countries after the world war.

In this study, which deals with torture, following events undertaken by: Local and international arrangements, historical cronology of the torture concept, prevention of torture at international level and Law arrangements in Turkey about prohibiting torture in accordance with the conclusions of the international controlling mechanisms.

Consequently, the Glancing verdict of the Supreme Court and The Court of Human Rights in Euope, the decisions of both were secritunized and compared with this study.

Key words: Torture, supreme Court, Human Right Court of Europe.

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	1
1. BÖLÜM: İŞKENCE KAVRAMI	4
1.1. İşkencenin Tanımı	4
1.2. İşkence Yasağının Tarihsel Gelişimi	8
1.3. İşkence Yapılmasının Altında Yatan Sebepler	11
1.3.1. İşkencenin İtiraf Elde Etmek için Yapılması	11
1.3.2. İşkencenin Cezalandırma Amacıyla Yapılması	13
1.4. İşkencenin İstisnai Durumları Var mıdır?.....	16
1.5. Yasak Sorgu Yöntemleri ile Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi	19
2. BÖLÜM: TÜRK HUKUK SİSTEMİNDE İŞKENCE VE KÖTÜ MUAMELE ...	24
2.1. Anayasal Düzeyde	25
2.2. Yasal Düzeyde	26
2.2.1. TCK. 243 ve 245. Maddelerinin Düzenlenmesi	27
2.2.2. 26.8.1999 Tarih ve 4449 Sayılı Kanunla TCK 243. Maddesinde Yapılan Değişiklik	28
2.2.3. 11.1.2003 Tarih ve 4478 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklik	30
2.2.4. 26.8.1999 Tarih ve 4449/3 Sayılı Kanunla TCK. 354. Maddesinde Yapılan Değişiklik	33
2.2.5. 30.7.2003 Tarih ve 4963 Sayılı Kanunun 5. Maddesi ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Ek 7. Madde Değişikliği	34
2.2.6. 4483 sayılı Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Değişikliği	34
2.2.7. 26.3.2002 Tarihli Devlet Memurları Kanunu'nun 13. Maddesinde Yapılan Ek Fıkra Değişikliği	35

2.2.8. 26.9.2004 Tarih ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu	37
2.3. Korunan Hukuki Yarar	39
2.4. Suçun Faili	40
2.5. Suçun Mağduru	41
2.6. Suçun Maddi Unsuru	45
2.6.1. İşkence Etmek	46
2.6.2. Zalimane, Gayri İnsanî veya Haysiyet Kırıcı Muamele	52
2.7. Suçun Manevi Unsuru	55
2.8. Suçun Etkileyen Haller	59
2.8.1. İşkence Sonucu Mağdurun Ölmesi Halinde TCK. 452. Maddenin Uygulanması	59
2.8.2. İşkencenin Müessir Fiil Niteliğinde Ağır Neticelere Ulaşması Halinde TCK 456. Maddenin Uygulanması	64
2.8.3. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Ağırlaştırıcı Sebepler	66
2.9. Zor Kullanmaya Yetkili Memurların Kötü Muamele veya Cismen Eza Verme Fiilleri (TCK 245. Madde)	67
2.10. Örnek Olay: Manisa Davası	68
2.10.1. Manisa Ağır Ceza Mahkemesinde Yapılan Yargılama	69
2.10.2. Yargıtay 8. Ceza Dairesinin Kararı	73
2.10.3. Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı	74
2.10.4. Manisa Davası Kararının Değerlendirilmesi	76

3. BÖLÜM: ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER VE KORUMA

MEKANİZMALARI	81
3.1. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi	81
3.2. İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Davranış ya da Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi	82
3.3. İşkence ve İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Ceza ve Davranışların Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi	83
3.4. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	85

3.5. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi	88
3.5.1. AİHM'nin Sözleşmenin 3. Maddesindeki Kavramları Yorumu	91
3.5.2. 3. Maddeye Yönelik Hak İhlallerinde İspat Yükümlülüğü	93
3.5.3. İşkence Görmeme Hakkı ile İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi	
İlişkisi	95
3.5.4. İşkence Görmeme Hakkı ile Etkili Soruşturma İlişkisi	96
3.6. Mahkemenin 3. Madde Kapsamında İşkence Yorumu	98
3.7. Mahkemenin 3. Madde Kapsamında İnsanlık Dışı Muamele Yorumu	108
3.7.1. Gözaltında Kayıp İddiaları Sonucu İnsanlık Dışı Muamele	
Yorumu	116
3.7.2. Köy Boşaltma ve Ev Yakma Sonucu insanlık Dışı Muamele	
Yorumu	121
3. 8. Onur Kırıcı Muamele veya Ceza Yorumu	124
3.9. Mahkemenin “Sınır Dışı Etme ve Suçluların İadesi” Hakkında	
3. Madde ihlali Yorumu	130
3.10. Adil Olmayan Yargılama Sonucu Ölüm Cezasının Verilmesi	131
 4. BÖLÜM : KARARLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ	133
4.1. Etkili ve Yeterli Soruşturma	133
4.2. İspat Yükümlülüğü	135
4.3. Mağdur Açısından Değerlendirme	137
4.4. Kavramların Yorumu	139
 SONUÇ	141
KAYNAKÇA	145

KISALTMALAR

AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHD	: Avrupa İnsan Hakları Divanı
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİÖK	: Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi
AİÖS	: Avrupa İşkencenin Önlenmesine Dair Sözleşme
AK	: Avrupa Konseyi
AY	: Anayasa
BM	: Birleşmiş Milletler
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
EGM	: Emniyet Genel Müdürlüğü
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Bildirisi
İTO	: İzmir Tabipler Odası
İÜ	: İstanbul Üniversitesi
İKK	: İşkenceye Karşı Komite
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TİHV	: Türkiye İnsan Hakları Vakfı
TODAİE	: Türkiye Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
UCM	: Uluslararası Ceza Mahkemesi
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

GİRİŞ

Her insan özgür doğar, onur ve hakları bakımından eşit olarak yaşama başlar. İnsan hakları; İnsanın doğumundan itibaren sahip olduğu, vazgeçilemeyen, devredilemeyen ve değerler sisteminde en üst sırada yer alan haklardır. Gerek ulusal nitelikteki belgelerin, gerekse uluslararası bildiri ve sözleşmelerin ortak dayanak noktası da insan haklarının vazgeçilmezliğine yönelik genel anlayıştır.

İnsan hakları özellikle 20. yüzyılın en önemli konulardan birisi haline gelmiştir. Bu öğreti, devletlerin iç hukukunu ve uluslararası hukuku belirlemesi açısından önemli bir etkinliğe sahiptir. Artık çağımızda, demokrasinin ulusal egemenlik ve insan hakları olmak üzere iki boyutu olup, insan hakları, egemenliği sınırlamakta ve hukuk sisteminin bu doğrultuda şekillenmesini sağlamaktadır.

Uluslararası belgelere taraf olan ülkeler, böylelikle, kişinin doğuştan elde ettiği vazgeçilemez, dokunulamaz ve devredilemez nitelikteki hak ve özgürlüklere sahip olduklarını kabul ederek, insan haklarını tüm bireyler için ayrımsız olarak, güvence altına alma yükümlülüğünü üstlenmişlerdir

Kişinin en temel haklarından biri olan “işkence görmeme hakkı” gerek uluslararası sözleşmelerde, gerekse Anayasa ve kanunlarda koruma altına alınmış, işkence ve kötü muamele fiilini yapanların cezalandırılması öngörülmüştür.

İşkence, tarihi süreçte bir sorgulama tekniği olarak kullanılmış, İşkencenin yüzlerce yıl geriye giden tarihselliğinde onun yanında ve karşısında saf tutanlar olmuş, bu saf tutuş değişik gerekçelere bağlanmış, ancak işkencenin ne olduğu, hangi fiillerin işkence sayılması gerektiği konusunda ise bir türlü anlaşmaya varılamamıştır. Ulusal ve uluslararası düzenlemelerle, kurallarla yasaklanan işkence fiilleri, bir sorgulama yöntemi olarak veya daha değişik sebeplere bağlı olarak varlığını sürdürme gelmiştir.

Uluslararası resmi veya sivil kuruluş ve örgütlerin, işkence ile ilgili raporları Dünyada bu olgunun varlığını ortaya koymaktadır. Ülkemiz açısından da konu güncelliğini ve önemini korumaktadır. Özellikle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bir çok kararında işkence yasağının ihlalinden dolayı ülkemiz mahkum edilmektedir ve yüklü tazminatlar ödenmektedir. Bunun yanında, Avrupa Birliği’ne tam üyelik sürecinde yerine getirilmesi istenilen Kopenhag Kriterleri dolayısıyla işkence yasağının

ihlali konusunda uluslararası resmi kuruluşların ve özellikle de Avrupa Birliğinin ciddi eleştirilerine maruz kalmaya devam etmektedir.

Bunun neticesi olarak ülkemizde, bu alandaki yasal düzenlemeler, taraf olunan uluslararası sözleşmelere ve yargı yetkisi tanınan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin vermiş olduğu kararlara rağmen gecikmeli olarak yapılmıştır. Ancak, yapılan yasal düzenlemeler, işkence ve kötü muamele yapanlara verilecek cezaların arttırılması ve bu suç mağdurlarının sınırlarının genişletilmesi çerçevesinde oluşmuştur.

Ancak yargı makamlarının verdiği kararları, yürütme organının çalışmaları sonucunda ortaya çıkan kanunlar dahilinde verdiğini göz ardı etmemek gerekir. Türkiye, uluslararası alanda yapılan insan haklarına ilişkin bütün sözleşmeleri onaylamasına rağmen, iç hukukumuzun bir parçası haline gelen bu sözleşme hükümlerini uygulamaktan sebepsiz yere kaçmakta, bunun yanında sözleşme hükümlerinin gerektirdiği iç hukuk düzenlemelerini de yapmamakta veya gecikmeli olarak yapmaktadır. Neticede, yargı makamlarımız da, insan hakları ihlallerine ilişkin davalarda kararlarını verirken, iç hukuk mevzuatımızda geçerli olan kurallar çerçevesinde karar vermektedir.

Adli yargı makamlarınca verilen kararların en son inceleme mercii olan Yargıtay, verdiği kararlarda yasal alanda yapılan son değişiklikleri göz önünde bulundurarak, uluslararası sözleşmelerde insan hakları ve işkencenin yasaklanmasına ilişkin hükümlere de vurgu yapmaktadır.

Dört bölümden oluşan çalışmanın ilk bölümünde, işkence kavramı, İşkence yasağının tarihsel gelişimi ve işkence yapılmasının altında yatan sebepler ele alınmıştır.

İkinci bölümde, işkence, ceza yargılaması hukuku açısından ele alınmıştır. Bu bölümde öncelikle, Anayasamızda ve Türk Ceza Kanununda işkence suçuna yönelik yapılan düzenlemeler ve değişiklikler ele alınmıştır. Bu çerçevede, TCK'nun 243. maddesindeki işkence suçunun unsurları, Yargıtayın verdiği karar örnekleriyle zenginleştirilerek açıklanmaya çalışılmıştır. Ayrıca, İşkence suçuna yönelik gündemi yoğun olarak meşgul eden Manisa Davasına ilişkin karar ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

Üçüncü bölümde ise, insan haklarına yönelik uluslararası sözleşmeler kısaca incelenmiş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin işkence görmeme hakkını düzenleyen 3. maddesine ilişkin verdiği kararlar ele alınmıştır.

Son bölümde ise, Yargıtayın ve AİHM'nin işkenceye yönelik verdiği kararların karşılaştırılması yapılarak her iki yargı kurumunun işkenceye bakış açısı değerlendirilmiştir.

1. BÖLÜM: İŞKENCE KAVRAMI

1. İşkencenin Tanımı

İşkencenin değişik kaynaklarda, çeşitli tanımları ve yorumları bulunmaktadır. Bu tanımlardan bazılarına yer verildiğinde aşağıdaki tablo ortaya çıkmaktadır:

“Herhangi bir maksatla, birisine cismen eza verici harekette bulunmak veya maznunlara suçlarını itiraf ettirmek için canlarını yakıcı muamele yapmak, onlara eza ve cefa etmektir”.¹

“İşkence çok kapsamlı bir kelimedir. Eziyet, azap, incitme, rencide etme manalarına geldiği gibi, acı çektirme, ağır ve şiddetli ceza, zulüm, sıkıntı, canavarca bir hisle hunharca davranma gibi anlamlara da gelmektedir”.²

“İşkence, bir ya da daha fazla kişi tarafından, kendi başlarına ya da herhangi bir yetkilinin emriyle, bilgi almak, itirafta bulundurmak ya da herhangi bir başka nedenle zor kullanarak, kasıtlı, sistemli ya da keyfi uygulama ile bedensel ya da zihinsel ızdırıp verilmesidir”.³

Ancak işkencenin geniş tanımı, Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşme’de yapılmıştır. Bu Sözleşmenin 1. Maddesinin 1. Paragrafında işkence şu şekilde tanımlanmıştır: "Bir kimseye karşı, kendisinden itiraf almak veya üçüncü kişi hakkında bilgi edinmek, kendisinin veya üçüncü kişinin yaptığı veya yaptığından kuşkulanan bir fiil nedeniyle cezalandırmak; kendisini veya üçüncü kişiyi korkutmak veya zorlamak amacıyla veya ayrımcılığa dayanan herhangi bir sebeple, bir kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden bir başka kişi tarafından veya bu görevlinin veya kişinin teşviki veya rızası veya muvafakatiyle kasıtlı olarak uygulanan ve uygulandığı kimseye fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı veya ıstırap veren herhangi bir fiildir. Kanuni yaptırımlardan kaynaklanan, yaptırımın doğasında bulunan veya bu yaptırımlara bağlı acı veya ıstırap, işkence sayılmaz".

İşkenceyi Önleme Amerikan Sözleşmesi bu tanımı genişletmiş, yukarıdaki belirtilen amaçlar yanında "...bir ceza kovuşturması, engelleyici bir önlem ya da herhangi başka bir amaçla da, mağdurun kişiliğini yok etmek ya da fiziksel ya da

¹ *Türk Hukuk Lüğatı*, Maarif Matbaası, Ankara, 1944, s. 175

² Aydın, Hakkı, *İslam ve Modern Hukukta İşkence*, Beyan Yayınları, İstanbul, 1997, s. 46

³ Gemalmaz, Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda İşkencenin Önlenmesi*, Amaç Yayınları, İstanbul, 1990, s. 86

zihinsel yetisini azaltmak amacını güden yöntemlerin kişi üzerinde kasıtlı biçimde uygulanmasının, bunlar fiziksel acı ya da duygusal büyük üzüntü vermese bile, işkence sayılacağını” düzenlemiştir.

Sözleşmelerde dile getirilen tanımların ortak noktası, işkencenin fiziksel acı ve ızdırap vermesinin dışında, ruhsal olarak ağır acı ve ızdırap verici özelliğinin de dile getirilmiş olmasıdır. Nitekim, Birleşmiş Milletlerin işkence konusuna ilişkin kabul ettiği sözleşmede bulunan “manevi ağır acı vermek” deyimi yeni bir kavramı ortaya çıkarmıştır. Dünya çapındaki insan hakları hareketinin büyük bir ivme kazanması, geride iz bırakan fiziki işkencenin azalmasına, “temiz işkence” terimi ile tanımlandırılan psikolojik işkence metotlarının gelişmesine neden olmuştur.

Temiz işkencenin üç evresi bulunmaktadır. Birinci olarak, vücut bitkinleştirilmektedir. Kişinin bulunduğu ortamın koşulları, yetersiz beslenme, soğuk, sıcak, yeterince uyuyamama kişide kısa süre içinde bitkinlik belirtilerinin ortaya çıkmasını sağlamaktadır. İkinci evrede, kişinin görevlilere bağımlılığının çeşitli yöntemlerle derinleştirilmesi gelmektedir. En basit ihtiyaçların karşılanmaması, bu ihtiyaçların görevlilerce karşılanması beklentisi bunun en basit örneğidir. Üçüncü evre, ilk evrede istenildiği gibi davranmayan kişide korku yaratmaya yönelik tehdit ve ne olacağına dair korku dolu belirsizlik durumları uygulamaktır.⁴

Genel olarak verilen tanımlardan; işkence, sanığın veya diğer kişilerin sorgusunu yapmaya ya da ifadesini almaya yetkili olanların yaptıkları, sanığa suçunu itiraf ettirmek, suç delillerini ele geçirmek, çelişkilerini düzelttirmek, şeriklerini ele verdirmek ya da işlenmesi mümkün olan başka suçlar varsa bunları öğrenmek için, kişide bedensel veya ruhsal zarar meydana getiren ve insan onuruyla bağdaşmayan her türlü maddi ve manevi kötü muameledir.

Bu tanımlardan işkenceyi oluşturan üç temel unsuru çıkarmak mümkündür:

1- Fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı veya ıstırap vermesi;

İşkence ve benzeri eylemlerin tümü acı veren, insanın saygınlığını ve kişiliğini zedeleyen bir nitelik taşımaktadır. İlke olarak acının “ağır” veya “hafif” olması kişiden kişiye değişen öznel bir nitelik olmakla birlikte, bu tür uygulamaların ağır acı vermesi aranmaktadır.⁵

⁴ Tarakçıoğlu, Bülent, *İşkence Olayı*, Belge Yayınları, İstanbul, 1990, s.36

⁵ Akıllıoğlu, Tekin, “İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi”, *İnsan Hakları Yıllığı*, TODAİE Yayınları, Cilt 10, 1988-1989, s. 23

Ancak bu yaklaşımda eski tarihlerden itibaren süre gelen işkence kavramına uygun bir anlayış söz konusudur. Halbuki esas olan, teknolojik ve bilimsel gelişmelerden istifade ederek, kişinin üzerinde belli, şuurulu veya acı ve ızdırıp vermeyen, fakat onun kişilik haklarının bütünlüğüne tecavüz niteliği taşıyan, iradesini bozan, manevi yönden sıkıntı veren tekniklerin kullanılmasıdır. İnsan haysiyeti, fiziki ve manevi bütünlüğü oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi bir kararında “insan haysiyeti” kavramını şu şekilde tarif etmiştir. “İnsan haysiyeti kavramı, insanın ne durumda, hangi koşullar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değerin sayılmasını ve tanınmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki, ondan aşağı düşünce, yapılan muamele, insanı insan olmaktan çıkarır”.⁶ Bu bakımdan işkence fiili, sadece “acı verme” ölçüsüyle değil, insan onurunun bütünlüğünün korunması ölçüsüyle de ele alınmalıdır.

İşkence sayılabilecek fiillerle ilgili mağdurun cinsiyeti, yaşı, dini ya da kültürel inançları, sağlık durumu gibi karakteristik özelliklerine göre de yorum yapılabilir. Bir olayda, işkence oluşturmayacak, belli tipteki kötü muamele ya da belli bazı alıkonulma şartları bir araya geldiğinde bir başka olayda işkence suçunu oluşturabilir.⁷

İşkencenin fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı veya ıstırap vermesi konusunda literatürde farklı yaklaşımlar vardır.

Gemalmaz, işkenceyi, “işkence, bir ya da daha fazla kişi tarafından, kendi başlarına ya da herhangi bir yetkilinin emriyle, bilgi almak, itirafta bulundurmak ya da herhangi bir başka nedenle zor kullanarak, kasıtlı, sistemli ya da keyfi uygulama ile bedensel ya da zihinsel ızdırıp verilmesidir.”⁸ şeklinde tanımlamıştır.

Savaş, işkence sadece ağır sonuçlar doğuran olaylara özgülenir, “ağır acı” vermesi koşulu aranırsa, işkencenin önlenmesinin çok dar bir alana indirgeneceğini, sakıncalı alanın da o ölçüde genişletilmiş olacağını, buna karşılık işkence kapsamı, ağır ve hafif bütün kişilik hakları ihlalini içine alır biçimde genişletilirse, yönetsel işleyişin duraklayacağını ve tıkanma tehlikesi ile karşı karşıya kalacağını” ifade etmektedir.⁹

⁶ Güneş, Seyithan, “İşkence, Eziyet ve İnsan Onuruyla Bağdaşmayan Muamele Yasağı”, *Yeni Türkiye Dergisi*, Sayı 22, 1998, s. 915

⁷ Giffard, Camille, *İşkencenin Rapor Edilmesi*, Çev. Orhan Kemal Cengiz, Egetan Yayınları, İzmir, 2001, s. 47

⁸ Gemalmaz, *İşkencenin Önlenmesi*, s. 86

⁹ Savaş, Vural ve Mollamahmutoğlu, Sadık, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2. Baskı, 1998, s. 2591

Cihan, İşkence kavramından gerek fiziksel, gerek psişik olan devamlı ya da tekrarlanan ızdırap ve acılara sebep olmanın, anlaşılması gerektiğini dile getirmektedir.¹⁰

İlkiz de, acı, kötü muamele veya insan onurunun ihlali suretiyle bedensel veya ruhsal bir baskı söz konusu olması gerektiğini, yapılan her baskının işkence olarak nitelendirilemeyeceğini, tek tek ele alındığında önemli olmayan baskı araçlarının, birlikte uygulandıklarında, etkileri belli bir dereceye ulaştığında işkence için uygun araç olduğunun kabul edilmesinin gerektiğini belirtmektedir.¹¹

İşkence, daha düşük düzeydeki kötü muamele türlerinden, içerdiği ağır ızdırap yönüyle ayrılması dışında, diğer iki temel unsur, büyük ölçüde, objektif ölçütlerle belirlenebilir. Faillerin devletle bağlantılı olması ya da işkencenin spesifik bir amaçla uygulanıp uygulanmaması, objektif bir şekilde tespiti mümkün olan unsurlardır.¹²

2- Kamu görevlilerinin rızası veya muvafakatiyle yapılması;

Tanımlarda yer aldığı şekli ile işkencenin faili ancak, kamu görevlisi ya da resmi sıfatla hareket eden kişi veya kişiler olabilir. İşkence bir suç olduğundan, her suçta olduğu gibi işkence yapan görevlinin söz konusu eylemini, bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiş olması gerekir. İşkencenin ne olduğunu açıklayan bölümde de belirtildiği gibi, söz konusu muamele, yetkili otoritenin bir temsilcisi tarafından ya da onun muvafakatiyle yapılmış olmalıdır.

3- Bilgi almak, cezalandırmak ya da korkutmak gibi spesifik bir amaçla yapılması.

Zalimane davranış ve insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da ceza da, değişik düzeylerde ama işkenceden daha az ızdıraba neden olan kötü muameleye işaret eden hukuki terimlerdir. İşkence dışındaki kötü muamele türlerinin özel bir amaç taşınması gerekmez; fakat bireyi, kötü muamele olarak tanımlanan ya da buna giden yolu oluşturan koşullara maruz bırakmak kastı olmalıdır.

İşkence mertebesine ulaşmayan zalimane davranış ve insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da ceza gibi kötü muamele türlerinin temel unsurları şu hususlarla sınırlandırılabilir:

¹⁰ Cihan, Erol, “Suç Teşkil Eden Sorgu Yöntemleri”, *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Yıl. 5, Sayı 7, İstanbul, 1971, s. 80

¹¹ İlkiz, Fikret, “Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararı: İşkence İnsanlık Suçudur ve İşkenceye Karşı Seçmeli Protokol Nedir”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 76, Sayı 4, 2002, s. 902

¹² http://www.izmirbarosu.org.tr/iog/iskencenin_rapor_edilmesi_bolum1_05.htm

1- Kasıtlı olarak önemli ölçüde zihinsel veya fiziki acı ya da ızdıraba maruz bırakmalı,

2- Bunun, kamu görevlilerinin rızası veya muvafakatiyle yapılması.¹³

İşkence, daha düşük düzeydeki kötü muamele türlerinden, içerdiği ağır ızdırıp düzeyi ile ayrılır.

1.2. İşkence Yasağının Tarihsel Gelişimi

İşkence, tarihin ilk dönemlerinden günümüze kadar çeşitli devletlerce uygulanmış olan bir sindirme ve bastırma yöntemi olarak gelişmiştir. İlkel dönemlerdeki bilinçsiz uygulamaları, ortaçağda bilinçli ve sistemli engisizyon yöntemleri izlemiştir. Özellikle otoriter yönetimler için işkence vazgeçilmez bir uygulama olmuştur.¹⁴

Başlangıçta işkence, kabile düşmanları ve hayvanlarla sınırlı iken, zaman içinde eziyet konularının alanı genişletilmiş ve işkence teknikleri gelişmeye başlamıştır. Bu gün hoş görülenin, yarın onaylanacak olması kuralı, bir çok konuda olduğu gibi işkence için de geçerli olmuş ve bu eziyet biçimi, bir cezalandırma yöntemi olarak kabul edilmiştir.¹⁵

Ortaçağda işkence, hukuk tarafından açıkça tanınmış, bir nevi sorgulama ve cezalandırma yöntemi olarak görülmüştür. Papanın bir emirnamesinde sanıklara işkence yapılması üzerinde durulmuş, ”bunun ancak mafsalların yerinden oynatılmasına yetecek kadar yapılması, kemiklerin kırılmaması” tavsiye olunmuştur.¹⁶ Avrupa’da işkence, otoriter rejimin bir sonucu olarak kurallara bağlanmıştır.

İşkencenin yasaklanmasına yönelik çalışmalar, Aydınlanma çağı düşünürlerinin bu uygulamaya karşı çıkmaları ile başlamıştır. Yargılama hukukunda kişilerden delile ulaşmanın yerine ”suçlama” ilkesinin kabul edilmesi ve işkencenin insan onuruyla bağdaşmadığına yönelik düşüncelerin giderek ağırlık kazanması, işkencenin yasalardan çıkarılmasına ve işkencenin suç olarak kabul edilmesine neden olmuştur.

¹³ Giffard, *İşkencenin Rapor Edilmesi*, s. 45

¹⁴ Çeçen, Anıl, *İnsan Hakları*, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1995, s. 101

¹⁵ Scott, George Ryley, *İşkencenin Tarihi*, Çev. Hamide Koyukan, Dost Yayınevi, Ankara, 2001, s. 28

¹⁶ Yıldırım, Ali, ”Yargılama Hukuku ve İşkence Olgusu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, 1989, s. 31

16. Yüzyılın sonlarında kaleme aldığı “Denemeler” isimli eserinde Montaigne, işkence uygulamalarına yönelik şunları yazmıştır; “Acı masuma da yalan söyler. Bundan ötürü yargıcın masum olarak öldürmemek için işkence ettirdiği insanı, hem masum, hem de işkence görmüş olarak öldürttüğü olur. Binlerce insan işlemedikleri suçları yüklenip başlarını vermişlerdir.”¹⁷

Beccaria da, işkenceyi “ortada bir suç ya vardır ya da yoktur. Eğer varsa o suça ancak kanunun öngördüğü ceza verilecektir ki, bu takdirde işkence faydasızdır. Fakat suç yoksa, masum bir kişiye acı çektirmek, büyük bir vahşet olmaz mı”¹⁸ şeklinde eleştirmiştir.

Montesquieu, “Bugün çok medeni bir milletin (İngilizlerin) işkenceyi ret ettiğini ve bundan da bir zarara uğramadığını görüyoruz. Demek ki, işkence mahiyeti itibarıyla zaruri değildir”¹⁹ şeklinde işkencenin gerekli olmadığına değinmiştir.

İşkencenin yasaklanması ile ilgili olarak, ilk hükme 1215 tarihli Magna Carta Sözleşmelerinde rastlanmaktadır. İngiltere’de krala ilan ettirilen bu sözleşme, ilk insan hakları beyannamesi niteliğindedir. Bu sözleşmenin 39. Maddesinde, kişilerin “herhangi bir biçimde kötü muameleye maruz bırakılamayacağı” hükmü yer almıştır.²⁰

1688 tarihli İngiltere İnsan Hakları Bildirisinde (Bill of Rights) “kişilere zalimane ve olağan olmayan cezaların uygulanamayacağı” dile getirilmiştir. 1776 tarihli Virginia İnsan Hakları Bildirisinde de zalimane ve mutad olmayan ceza verilemeyeceği hükmü getirilmiştir. Bununla birlikte kişinin kendi aleyhine delil göstermeye zorlanamayacağı dile getirilmiştir.

1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinin özellikle 5,7 ve 9. maddelerinde konu ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre, suçlunun yakalanması için zorunlu olmayan her türlü sert davranış içine girenleri yasa en ağır biçimde cezalandıracaktır. Hiç kimse yasanın belirlediği haller dışında itham edilemez, gözaltında tutulamaz. Keyfi emirler verenlerin ve yerine getirenlerin cezalandırılmaları gerekir. İşkence ve kötü muamele görmeme hakkı insanın en doğal hakkı olarak görülmüştür.

¹⁷ Montaigne, *Denemeler*, Çev. Sabahattin Eyüboğlu, İstanbul, Cem Yayınları, 1999, s. 114

¹⁸ Beccaria, *Suçlar ve Cezalar*, Çev. Muhiddin Göklü, Nurgök Matbaası, İstanbul, 3. Bası, 1964, s.154

¹⁹ Aktaran: Sevig, Vasfi Rıza, “Engizisyon Muhakeme Usulü”, *AÜHFD*, Cilt 18, Sayı 1-4, 1961, s. 32

²⁰ Özgen, Eralp, “İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 2, 1988, s. 209

Osmanlı Devletinde ise, 1808 tarihli Senedi İttifak ve 1839 tarihli Tanzimat Fermanında zulüm yasağı, yani devlet görevlilerinin zulme başvurmaması dile getirilmiştir. 1856 tarihli Islahat Fermanında ise, ilk defa “işkence ve eziyet yasağı” bugünkü deyimlerle dile getirilmiştir. Bu kapsamda sadece işkence suçunu işleyenlerin değil, aynı zamanda bu suça dolaylı yollardan katılanlarında sorumluluğunu kabul etmektedir. 1876 tarihli Kanuni Esasinin 26. Maddesinde “işkence ve sair her nevi eziyet katiyen ve külliye memnudur” hükmü mevcuttur. Cumhuriyet döneminden itibaren 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında işkence ve kötü muamele yasaklanmıştır. Özetle, işkence, uluslararası belgelerde ve anayasa metinlerinde, benzer uygulamalarla birlikte yasaklanmıştır.

İşkence ve kötü muamelenin yasaklanması ve önlenmesi gayretleri, İkinci Dünya savaşıdan itibaren günümüze kadar uluslararası sözleşmelerde gündeme getirilmiş ve sözleşmeye taraf devletleri bağlayıcı hükümler getirilmiştir.

10 Haziran 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi yayınlanmıştır. Bu bildiride “hiç kimse işkenceye, zalimane, insanlık dışı, onur kırıcı cezalara ya da uygulamalara tabi tutulamayacağı” hükmü yer almaktadır. Ancak bildirinin genelinden anlaşılan, bu hükmün bir dilek niteliğinde olduğu, etkin bir denetim mekanizmasının öngörülmediğidir.²¹

Avrupa Konseyince 1950 yılında kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3. maddesinde de; “Hiç kimseye işkence ya da insanlık dışı ya da onur kırıcı bir davranış ya da ceza uygulanamayacağı” dile getirilmiştir. Bu sözleşmenin en önemli özelliği, tanınan hakların gerçekleşmesinin sağlanması için uluslararası bir denetim mekanizması kurmuş olmasıdır.

Birleşmiş Milletler bünyesinde 1984 yılında imzaya açılan ve 1987 yılında yürürlüğe giren “İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme”, işkencenin tanımını yapmakta, işkencenin önlenmesi ve denetlenmesi yollarını göstermekte, devletin yükümlülüklerini ve işkenceye uğrayanların haklarını düzenlemektedir.

Avrupa Konseyi bünyesinde 1988 yılında yürürlüğe giren “İşkencenin ve Gayri İnsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelelerin Önlenmesine Dair Sözleşme” de,

²¹Gemalmaz, Semih, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, Kavram Yayınları, İstanbul, 1993, s. 170

işkencenin önlenmesi için bir komitenin kurulmasını öngörmekte ve komitenin kuruluşu, görev ve yetkileri hususunda bağlayıcı hükümler getirmektedir.

Bahsedilen bu bildiriler ve sözleşmeler, insana ve insan onuruna saygıyı ön plana çıkarmış ve bunun sağlanmasının taraf devletlerin görevi olduğunu vurgulamışlardır. Hakların korunması amacıyla “kişi güvenliği ve dokunulmazlığı ilkesi” kanunlar ile koruma altına alınmıştır.

1.3. İşkence Yapılmasının Altında Yatan Sebepler

İşkence, her dönem için, itiraf veya tanıklık ettirme aracı olarak kabul edilmiş, rica veya ikna etmenin her biçimi başarısızlığa uğradığı zaman, tehdit ya da gerçekten işkence cezasını uygulamak bir koz haline gelmiştir. İtiraf ettirmek amacı ile yapılan işkencenin bütün mantığı, eziyetin, kişi kendisinden bekleneni itiraf edeceği ana kadar sürmesidir.

Ancak işkence sonucu elde edilen deliller tek yanlıdır. Çünkü, “bir çok olayda kişi; işkence acısı altında sorgucunun duymak istediği her şeyi itiraf edecek, niteliğine ve içeriğine bakmadan her belgeyi imzalayacaktır”.²²

İşkencenin yapılmasındaki amaçları çeşitli sınıflara ayırmak mümkündür. Bu amaçlar önemine göre ele alınacaktır.

1.3.1. İşkencenin İtiraf Elde Etmek İçin Yapılması

Bazı dönemlerde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması fikri üstün tutularak, şüpheli ve sanığın hakları göz ardı edilmiş, suçunu itiraf ettirmek için bazı zorlayıcı tedbirlere başvurulması kabul edilmiş ve işkence yöntemi yargılamada kullanılmıştır.

18. yüzyılda, Fransa’da savcılara sorgulama yöntemi olarak işkence konusunda ne düşündükleri sorulduğunda “işkence kalktığı zaman hiçbir bilgi alamayız, bütün

²² Scott, *İşkencenin Tarihi*, s. 45

suçlar cezasız kalır” şeklindeki yanıtları, dönemin mantığını sergilemesi açısından önemlidir.²³

İşkence yapılmasındaki amacın itiraf ve bilgi sağlamak olduğu gibi, bunun için gerekli olan yöntemi, Cezayir Bağımsızlık Savaşında görev alan bir Fransız askeri yetkili şu şekilde anlatmaktadır; “*Yapılması gereken, işkence yapılan adama elinizden kurtulamayacağı duygusunu vermek değildir. Kişi o zaman sorar kendine; Hayatımı kurtaramayacaksam o zaman konuşmak niye? Bu durumda bir şey alabilmek imkansızdır. Kişinin ümit etmesi gerekiyor. Onu konuşturan ümittir, beklentilerdir*”.²⁴

İşkencenin haklılığını savunan bir kesim tarafından dile getirilen “madem ki zor kullanılarak itiraf elde edilebiliyor, o halde sanığa konuşuncaya kadar işkence uygulanabilir, yeter ki itiraf elde edilsin” gibi düşüncelerde unutulmuş bir nokta var ki o da; işkencenin sanığı ancak istenilen biçimde konuşturduğudur.

İşkence ve acının mutlaka doğruyu söyleteceği gerçeğe uygun değildir.²⁵ Bununla ilgili olarak 17. Yüzyılda bir Engizisyon üyesinin “papayı işkence tezgahına oturtsa büyücülük yaptığı itirafını alabileceğini” dile getirmesi işkencenin gücünü göstermektedir.²⁶

İtiraf almada yaygın olarak kullanılan işkence, her zaman için bireyin suçluluğunu önceden kabulüne dayanmakta ve kişi itiraf edene kadar sürmektedir. Oysa, suçu ikrar, genellikle insan yapısına aykırıdır.²⁷ Beccaria işkencenin suçluyu ortaya çıkarmada bir yöntem olarak kullanılmasının yanlışlığını şu sözleriyle dile getirmiştir; “İşkence neticesinde, zayıf bünyeli olan kişi, gerçek suçlu olmasa bile tahammül edemediği işkenceden kurtulabilmek için suçu kabul edecek, bunun aksine, kuvvetli bünyeli birisi de gerçek suçlu bile olsa, işkenceye tahammül edip suçluluğunu saklayacaktır”.²⁸ La Bruyere de, işkenceyi “vücut yapısı zayıf bir masumu mahvetmek ve kuvvetli bir suçluyu kurtarmak için bulunmuş şaşırtıcı ve güvenilir bir buluş” olarak nitelendirmiştir.²⁹ Neticede işkence uygulaması, suçlu ile masumu aynı biçimde mahkum etmeye yol açan, mahkumiyeti sağlayan bir süreçte yol açmaktadır.

²³ Yıldırım, “İşkence Olgusu”, s. 31

²⁴ Akçam, Tamer, *İşkenceyi Durdurun*, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1991, s.102

²⁵ Güneş, “İşkence Yasağı”, s. 915

²⁶ Scott, *İşkencenin Tarihi*, s. 45

²⁷ Ertuğrul, Metin, “İşkence ve Ötesi”, *Yargıtay Dergisi*, Sayı 4, 1975, s. 123

²⁸ Beccaria, *Suçlar ve Cezalar*, s.157

²⁹ Üzülmüş, İlhan, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 32

Ceza Muhakemesinde amaç, rasgele birinin cezalandırılması değil, gerçek suçlunun kanunlarda gösterildiği şekilde cezalandırılmasıdır. O halde her şeyden önce temel amaç, gerçek suçlunun tespit edilmesidir.³⁰ İnsanlık tarihinde uzun süredir uygulanan işkencenin bu amacı sağlamadığı, verilen kararların büyük çoğunluğunun adli hatalara sebep olduğu anlaşılmaktadır.³¹

Suçlunun tespit edilmesinde işkencenin yararlı ve sağlıklı bir yol olmadığı açıkça görülmektedir. Ancak işkence yapılmasındaki amaç, bir suç işlenince tesadüfen ele geçen, bazı belirtilere göre şüphe edilen bir kişinin, üzerine bir suç yükleyip cezalandırmak ise, işkencenin bunu sağlayıcı bir işlevi olduğundan şüphe yoktur.³²

Günümüz ceza muhakemesinde gerçeğin ortaya çıkarılması, her ne pahasına olursa olsun ulaşılması gereken bir değer olmaktan çıkmıştır. Artık maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve suçlunun cezalandırılması kadar, insan hak ve hürriyetlerinin ve insan haysiyetinin korunması da önem taşımaktadır .

1.3.2 İşkencenin Cezalandırma Amacıyla Yapılması

İşkence, sadece itiraf ettirmek için değil, başka amaçlarla da yapılmaktadır. Topluma karşı işlenmiş herhangi bir suç (veya iddiası) karşında veya devlete saldırıda bulunulduğu, devletin haksızlığa uğratıldığı durumlarda ve görevlerinin de “devleti korumak” anlayışına sahip olan kesimler, toplum adına, öç alma ya da ceza verme amacı ile de işkence yapabilmektedirler .³³

Beccaria “suçlar ve cezalar” isimli eserinde işkence uygulamasını, “kişinin suçlu olup olmadığına yargıç karar verecekken bu karardan önce onu cezalandırmak zorbalıktır. Suç varsa kanunda gösterilen ceza tatbik edilecektir, peki suç yoksa bir masumu işkence ile cezalandırmak kimin hakkı olabilir” şeklinde eleştirmektedir.³⁴

³⁰ Özgen, Eralp, “ İşkenceyi Önlemek ve Hukuk Devleti İlkelerini Gerçekleştirmek İçin Ceza Muhakemesi Yasasında Yapılan Değişiklik Çalışması”, *İşkencenin Önlenmesi ve Hukuk Devleti*, İnsan Hakları Derneği Yayınları, Ankara, 1993, s. 10

³¹ Erem, Faruk, “İşkence”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, Sayı 2, Eylül 1988, s.198

³² Özgen, “İşkenceye Karşı Andlaşma”, s. 209

³³ Balkız, N. Balkız, “Uluslararası Belgelerdeki İşkence Kavramının Pratikte Yaratığı Sorunlar ve Türkiye’de İşkence Sorununa Hukuksal Bir Yaklaşım Denemesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 4, 2001, s. 108

³⁴ Yıldırım, “İşkence Olgusu”, s. 35

Keller'e göre, işkencede asıl amaç kişiye acı çektirmek ve onu aşağılamaktır. İşkencede emreden konumunda olan bunu doğrudan belirtmez. Amaç, devleti veya ulusu korumak, iç ve dış düşmanlara karşı koymaktır.³⁵

İnsanın neden işkence yaptığı sorusunu cevaplandırmak isteyen Amerikan Sosyal Psikolog Stanley Milgram buna itaat deneyleriyle ışık tutmaya çalışmıştır. Milgram, sosyal psikolojik deneylerle insanların otorite emirleri karşısında, başka insanlara acı çektirmeye ne kadar hazır olacaklarını keşfetmek istemiştir.

“Deneye katılanlar gazete ilanları ile temin edilmektedir. Katılan deney hakiki olmayan ikinci bir denek ile karşılaştırılıyor. Deneyin amacı, güya öğrenme sürecinde, cezanın etkisini araştırmak olarak açıklanıyor. Deneye katılan kişi öğretmen, diğer elemanları ise öğrenci rolünü alıyor. Öğrenci elektrik koltuğuna oturtuluyor, kollarına elektrotlar bağlanıyor ve hangi seviyede nasıl tepki vereceği belirtiliyor. Öğretmen rolünü alan kişiye, belirlenmiş olan soruları sorması isteniyor ve her yanlış cevapta voltajı, 15 volt arttıran kolu çekmesi isteniyor. Öğrenciye elektroşokların çok sancı verebileceği ancak dokuya zarar vermeyeceği söyleniyor. Deney başladığında, öğretmen konumundaki denek, her yanlış cevaba karşılık deneycinin talimatları doğrultusunda voltajı arttırıyor ve öğrenciden akustik tepkiler alıyor. 75- 150 volt arasında öğrenci inleme ve ahlama ile cevap veriyor. 165- 230 arası şoklarda acı dolu bağırma, 245- 375 arası şoklarda hırslı protesto, ümitsiz çığlıklar ve ağlama duyuluyor. 375- 450 volt arası ortalığı birden ölüm sessizliği kaplıyor. Denek yaptığı işten emin olmadığı veya tereddüt ettiğinde yanındaki deneyci tarafından “lütfen devam edin, deney için devam etmeniz gerekiyor, mutlaka devam etmeniz gerekiyor, seçeneğiniz yok devam etmek zorundasınız” gibi uyarılarla ikaz ediliyor. Dördüncü uyarı öğretmenin devam etmesini sağlamıyorsa deney bitiyor.

Deney düzeni yukarıda izah edildiği gibi ise deneklerin % 63'ü deneycinin isteğini en yüksek şoka kadar yerine getiriyor. Öğrenci hemen öğretmenin yanında görülebilecek bir yerde oturuyor ise deneklerin %30'u itaat ediyor. Şok şiddetine öğretmen kendisi karar verdiğiğinde maksimum şok oranı %3'e iniyor.”³⁶

Milgram, yapmış olduğu deney sonrasında “kurbana elektrik veren kişilerin, bunu saldırganlık eğiliminden dolayı değil, kafasındaki sorumluluk duygusundan ve

³⁵ Keller, Gustav, *İşkence Psikolojisi*, Fırat Yayınları, İstanbul, 1990, s. 21

³⁶ A.g.e., s.17,18

vazifelerini yerine getirmekle yükümlü olma duygusundan dolayı yaptığı” sonucuna ulaşıyordu.³⁷

Bu deneyin ulaştığı sonuçları doğrulayacak ifadeleri, 12 Eylül 1980 sonrası Ankara Emniyet Müdürlüğünde özel hareket grup amiri iken işkence suçundan mahkum olan Mehmet Yılmaz’ın Recep Ergun Paşaya ithafen yazdığı mektubun içeriğinde görmek mümkündür.

“Terfiniz durdurulduğu zamanda sık sık bizimle birlikte sorgulamada bulundunuz ve bizleri suça teşvik ederek Harp Akademileri Komutanlığına atandınız. İsnatlarda bulunan kişilerin yanındaki herkesin gözaltına alınmalarını ve sorgulanmalarını sağladınız. Bu uygulamalar nedeniyle hakkımızda dava açılmasını engelleyemediniz. Bu davaların görülmesi esnasında gayret gösteriyor gibi davrandınız fakat, sonuçta mahkum olmamızı ve sokağa yalnız olarak bırakılmamızı engelleyemediniz.”³⁸

Uzun yıllar süren yargılama süreçleri, bazı suçlar için öngörülen cezaların orantısız derecede düşük olması vb. nedenlerle yargının sağlıklı işlemediği konusunda varolan inanç, bazı çevrelerde "kendi adaletini kendin uygula" mantığını devreye sokmaktadır. Dolayısıyla, görevi sadece suçun önlenmesi ve kovuşturulması ile sınırlı olan kolluk, kendisinde "adaleti yerine getirme, suçluları cezalandırma" misyonunu görebilmektedir.

Hukuk sistemimizin işlevlerinden birisi suç işleyenlerin cezalandırılmasıdır. Ancak kolluğa verilmiş olan bir cezalandırma görevi söz konusu değildir. Türk Ceza Kanunu’nun 1. maddesi cezaların ancak kanunla düzenlenebileceğini öngörmüştür.

Kanunlarla düzenlenen cezalar arasında, işkence ve kötü muamele olmadığı ve olamayacağı gibi; cezaların infazı, kollukça değil devletin başka organlarına görev olarak verilmiştir.³⁹

³⁷ Keller, *İşkence Psikolojisi*, s. 9

³⁸ *Tempo Dergisi*, Yıl 2, Sayı 15, 9-15 Nisan, 1989

³⁹ Bıçak, Vahit, “Ceza Soruşturması Konusunda Polisin Eğitimi: TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Raporları Işığında Bir Değerlendirme”, *21. Yüzyılda Polisin Eğitimi Sempozyumu Bildirileri*, Emniyet Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara, 2001, s. 232

1.4. İşkencenin İstisnai Durumları Var mıdır?

İnsan haklarına ilişkin bütün sözleşmelerde genellikle işkence ve kötü muamele ve ceza yasağına istisna getirilemeyeceği öngörülmektedir. Hiçbir nedenle müdahale edilmemesi, herhalde korunması ve saygı gösterilmesi gereken haklar, sözleşmeden sözleşmeye genişleyip daralabilmekteyse de, ilgili bütün sözleşmelerde işkence yasağı salt dokunulmazlık alanı olarak tanımlanmıştır.

İşkence yasağı, ulusal ve evrensel düzeyde kesin, net bir kuraldır ve hiçbir istisnası yoktur.⁴⁰ Uluslararası alanda kabul edilen sözleşmelerdeki hak ve özgürlüklerin kullanılması, olağan ve olağan üstü rejim uygulamalarına göre değişiklik gösterebilmektedir.⁴¹ Savaş, savaş tehdidi, ayaklanma ve ulusun varlığını tehdit eden terör eylemleri gibi istisnai durumlarda olağan üstü hukuk kuralları devreye girer ve kişi hak ve özgürlüklerinin bir bölümü askıya alınabilir. Ancak bu sınırlamalar arasında bazı hak ve özgürlüklerin olağanüstü durumlarda dahi askıya alınamayacağı ve ihlal edilemeyeceği hükümleri de yer almaktadır. Yani işkence ve kötü muamele görmeme hakkının arkasına hiçbir yüce amaç yerleştirilerek meşrulaştırılması kabul edilemez.

AİHS'nin 3. Maddesinde dile getirilen işkence görmeme hakkı, bütün taraf devletler için “genelliğinin” yanı sıra, Sözleşmede tanınan en temel haklardan biri olması, yani “birincil” olma özelliğini de vurgulamaktadır.⁴²

Gölcüklü'ye göre, madde hükmü mutlaktır. Ne belli hallerde buna istisna getirilebilir, ne de 15. madde aracılığıyla askıya alınabilir. Bu hükmün amacı bireyin beden bütünlüğünü korumak ve kişilik onurunu mutlak surette korumaktır. Bu madde uygulamasında doğal olarak ne takdir yetkisi, ne güdülen amaç ve ne de sağlanmak istenen yararlar arasında denge (ölçülülük) söz konusudur.⁴³

İşkencenin mutlak yasak olması, Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşmenin 2. Maddesinde de hükme bağlanmıştır. Sözleşmenin öngördüğü bu hüküm, pek çok ülkede özellikle yönetimde bulunan kişilerin, olağanüstü durumları, yapılmış işkence uygulamalarına gerekçe göstermeleri imkanını ortadan kaldırmaktadır.

⁴⁰ Kazancı, Metin, “TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu ve Ülkemizde İnsan Hakları”, *İnsan Hakları Yıllığı*, TODAİE Yayınları, Cilt 14, Ankara, 1992, s. 48

⁴¹ Kişi hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının şartları için bakınız; İnsan Hakları Evrensel Bildirisi m. 29/2, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 15, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi m. 4,

⁴² Batum, Süheyl, “AİHS'nin 3. Maddesi, AİHM ve Türkiye”, *Yeni Türkiye Dergisi*, Sayı 2, 1998, s. 1355

⁴³ Gölcüklü, Feyyaz ve Gözübüyük, Şeref, *AİHS ve Uygulaması*, Turhan Yayınları, Ankara, 2002, s. 198

İnsanın en temel haklarından biri olan yaşama hakkının ihlali meşru bir zemine yayılırken ve istisnai durumları belirtilirken, işkencenin hiçbir şekilde istisnai durumları veya meşru sayılacağı haller oluşturulamaz mı? Örneğin başka insanların hayatlarını kurtarmak için veya devletin güvenliğini sağlamak için yapılırsa da suç sayılacak mıdır?

Bu konuyu ABD eski Başkanı Nixon'un konuşma metni yazarı Patrick Buchanan, 1977 yılında tartışmaya açmıştır.

“Eğer etik açıdan haklılaştırılabilir öldürmeler varsa, bu halde, geçici olarak zihni yada fiziki acı veren uygulamaları da etik açıdan haklı kılan zaman dilimleri vardır. Eğer sorun yeterince ciddi ise (örneğin masum hayatlar tehlike altında ise), işkence görecektir mağdurun yaşamsal önemi olan bir bilgiye sahip olduğu tamamıyla kesinlik kazanmışsa, bu hallerde işkence yapılmasının meşru zeminleri oluşmuştur denilebilir.”⁴⁴

İşkencenin hiçbir şekilde kabul edilemez bir uygulama olmasına rağmen belli koşullarda kaçınılmaz olabileceğini savunanlardan birisi de Ernest Albrecht'dir. 1990 yılına kadar Aşağı Saksonya Eyalet Başkanı olan Albrecht, 1976 yılında yayınladığı *Devlet- Düşünce ve Gerçeklik* isimli kitabında basit bir soru sormaktadır.

“Bir grup, bir şehri havaya uçuracak bir bombaya sahip ve 24 saat içinde de bunu yapacaklar. Bombanın yerini bilen birisini yakalıyorsunuz. Ya bütün bir şehirde yaşayanların ölmesini kabul edeceksiniz ya da çok kötü bir şey olduğunuzu bilmenize rağmen, bombanın yerini zorla öğrenmeye kalkacaksınız. Başka çıkışınız da yok. Ne yaparsınız? İşkenceye hayır gibi yüce bir ilke adına yüz binlerce insanın ölümünün sorumluluğunu alabilir misiniz?”⁴⁵

Gerçek yaşamda bu tür senaryolarla karşı karşıya kalma ihtimalinin zayıf olmasına rağmen, bu kurgular üzerinde işkencenin gerekliliğini tartışmak, istisnası kabul edilmeyen ve mutlak bir hak olarak karşımıza çıkan işkence görmeme hakkını meşrulaştırmayacaktır.⁴⁶

İsrail Genel Güvenlik Servisi (GGS), ajanlarının kötü muamele eylemlerinin soruşturulması için “Landau Komisyonu” adı altında bir komisyon kurularak, GGS'nin

⁴⁴ Aktaran: Gemalmaz, *İşkence Yasağı*, s. 176

⁴⁵ Akçam, *İşkenceyi Durdurun*, s. 108

⁴⁶ “Bomba senaryosunun” kabul edilmezliği yönünde, 12.05.2004 tarihli Radikal Gazetesinde yayınlanan makalede şunlar dile getirilmiştir. “... işkence yapan her rejim bunu kurtuluş, yüce bir amaç, bir cennet vaadiyle yapar. İster komünizm, ister serbest pazar, ister özgür dünya, ister milli çıkar, ister faşizm, ister liderlik, ister uygarlık, ister dini görev, ister istihbarat deyin, ne dersiniz deyin; cennetin, hatta cennet gibi bir şeyin vaaadinin bile bedeli daima, bir yerlerde, bir zamanda, en az bir kişinin cehennemi yaşaması olacaktır. Ariel Dorfman, “İşkence kabul edilemez mi?”, <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=116135&tarih=12/05/2004>

soruşturma yöntemleri araştırılmaya başlanmıştır. Komisyon, GGS'nin sadece 'zorlayıcı' soruşturma yöntemleri uygulamakla kalmayıp, bu yöntemlerin İsrail'in güvenliği açısından şart olduğu, daha başka saldırıların olmasını önlemek için tutuklu terör zanlılarından bilgi almak, İsrail vatandaşlarının güvenliğinin sağlanması ve etkili bir soruşturma için de, şiddet içermeyen yöntemler başarısız kaldığı takdirde, “orta şiddette fiziksel baskının gerekliliği” sonucuna varmıştır.

İsrail Yüksek Mahkemesi, 1999 yılında kötü muameleye maruz kalan iki kişinin davasında, devletin “beyinde hasar, kalıcı sakatlık, ölüm gibi” sonuçlar doğuran yöntemler kullanılarak yapılan soruşturmaların, planlı terör eylemlerini önleyen bilgiler sağladığı iddiasını dikkate almış, ancak insan yaşamına veya vücuduna verilen kanıtlanmış zararı ve 'insanlık onurunun' zedelendiğini de dikkate alarak, bu yöntemlerin tümünü yasadışı ilan etmiştir.⁴⁷

Yüksek Mahkemenin gerekçesi şu şekildedir; “İsrail kurulduğu günden bu yana gerek varlığı, gerek güvenliği için kesintisiz bir mücadele içindedir. Fakat 'demokratik bir toplum' soruşturmacıların gerçeği açığa çıkarmak için her türlü yöntemi kullanmasını kabul etmez. Demokrasinin kaderi, çoğu zaman bir eliniz arkanızda bağlıyken savaşımdır ve düşmanların her yaptığını siz de yapamazsınız.”⁴⁸

Mahkemenin kararı, gelebilecek yakın bir saldırıyı önlemek için yakalanan teröristten bilgi almak amacıyla kaba kuvvete başvurulmasının, demokrasinin temel ahlaki boyutuna, güvenliğin insanlık onuruna tabi olduğuna, hatta onsuz bir anlamının kalmadığına dair güçlü bir onay olarak görülebilir.

Günümüzde insan olmanın vazgeçilmez nitelikleri olarak bir takım değerler kabul edilmiştir. İnsan hakları kavramı içinde olan “insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi ve korunması” anlayışı doğrultusunda insan haklarının en üst düzeyde korunması ve insan onuruna gereken önemin verilmesi, adaletin herkesin güven duyabileceği şekilde gerçekleştirilmesi ile mümkün olabilir. İşkence sonucu adaletin yanlış tecelli edebileceği ve masum insanların suçlu sayılabileceği, kişilik haklarının zedeleneyeceği düşünülürse; işkence, hiçbir zaman meşru olmayan ve tasvip edilmeyen bir suçtur.

⁴⁷ Rıza, Sadık, “İşkence Karşıtı Örnek Karar”
<http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=119653&tarikh=17/06/2004>

⁴⁸ Rıza, “İşkence Karşıtı Örnek Karar”

1.5. Yasak Sorgu Yöntemleri ile Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi

Ceza muhakemesinin gayesi olan maddi gerçeğin ortaya çıkartılması, en üstün gaye ve mutlak bir değer değildir. Modern ceza muhakemesinde, maddi gerçeğin sınırsız bir şekilde araştırılmasının pek çok kişisel ve toplumsal değeri tahrip edeceği kabul edildiğinden, maddi gerçeğin araştırılması ilkesine mutlak bir değer tanınmamakta, buna “delil yasakları” denilen bir takım sınırlamalar getirilmek suretiyle, söz konusu kişisel ve toplumsal değerler korunmaya çalışılmaktadır. Dolayısıyla, bir delilin bir hukuk devletinin ceza muhakemesinde kullanılabilmesi için hukuka uygun yollardan elde edilmiş olması gerekir.

Kişinin beyanının özgür iradeye dayanması ve serbest iradeyi bozucu etkenlerle alınan ifadenin delil olmaması gerektiği, insan hakları sözleşmelerinde yer aldığı gibi iç hukukumuzda da savunulan ve uygulanan bir görüştür.

Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşmesinin 15. maddesine göre, her taraf devlet, işkence yapılarak alındığı tespit olunan herhangi bir ifadenin, işkence yapmakla itham olunan kişi aleyhinde delil olarak kullanılmaması durumu dışında, herhangi bir kovuşturmada delil olarak kullanılmamasını her taraf devlet temin etmekle yükümlüdür.

Akıllıoğlu, “ AİHS’nin 6. maddesi suçsuzluk varsayımına ilişkin olarak “suçluluğu yasal olarak saptanıncaya kadar herkesin suçsuz sayılacağı” hükmünde geçen, “yasal olarak” deyiminin “hukuka uygun” olarak yorumlanması gerektiğini belirtmektedir.⁴⁹ Buradaki amaç, kişinin suçluluğunun hukuki kurallar çerçevesinde saptanması ve bu amaca ulaşırken kişi hak ve özgürlüklerine gereken saygının gösterilmesidir.

Keskin’e göre, AİHS’de sözleşmenin 6. maddesinde adil bir yargılama yapılması hakkı düzenlenmiştir. Ancak sözleşmede, delillerin geçerliliğine ilişkin hiçbir düzenleme yoktur. Bu yüzden, bu konu öncelikle ulusal hukukun konusudur. Bu çerçevede Mahkeme, yalnızca ceza muhakemesinin ilgiliye karşı bir bütün olarak adil olup olmadığının denetimini yapmak zorundadır.⁵⁰ Ancak, işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ile elde edilen deliller, hakkaniyete uygun yargılamayı ihlal etmektedir.

⁴⁹ Akıllıoğlu, “İşkencenin Önlenmesi”, s. 62

⁵⁰ Keskin, Serap, “AİHS’de Hukuka Aykırı Deliller ve AİHM Schenk Kararı Örneği”, 18. Hukuk İhtisas Semineri, 18-20 Ekim 2002, EGM Yayınları, s. 105

Bu yöntemlerle elde edilen delilin davada oynadığı rol önemli değildir. Önemli olan, delilin işkence veya kötü muamele ile elde edilip edilmediğini saptamak için, iç hukukta yeterli ve güvenceli bir soruşturmanın yapılmasıdır.⁵¹

Ulusal hukukumuzda da, delil yasaklarına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Anayasamızın 38/5 maddesinde belirtildiği üzere hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. Zorlama deyiminden maksat, özgür iradeyi etkileyecek fiillerin uygulanmayacağıdır. Delil yasakları konusunda, 1982 Anayasasının 38. maddesine 2001 yılında yapılan değişiklik ile eklenen “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez” hükmü yasak sorgu yöntemleri neticesinde elde edilen delillerin hükme esas alınmayacağını düzenlemektedir.

1992 yılında 3842 sayılı yasa ile yapılan değişiklik ile CMUK’na, biri özel diğeri ise genel değerlendirme yasağı öngören iki hüküm girmiştir. Yapılan değişiklikle CMUK’na eklenen ve “yasak sorgu yöntemleri” başlığını taşıyan 135a maddesi şöyledir: “İfade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni veya ruhi müdahaleler yapılamaz. Kanuna aykırı bir menfaat vaat edilemez. Yukarıdaki fıkralarda belirtilen yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez.”⁵²

Genel bir değerlendirme yasağı ise CMUK’nun 254/2.maddesinde yer almaktadır. Bu hüküm de 3842 sayılı yasa ile hukuk sistemimize girmiştir. Buna göre: “Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı⁵³ şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz.”

⁵¹ TÜSİAD Yayınları, *AİHS ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu*, İstanbul, 2003, s. 88

⁵² “...sanık savunmasında eroin içicisi olmadığını, karakolda dövüldüğünü, o nedenle ikrarda bulunduğunu açıklamıştır. Sanığın üzerinde ve evinde yapılan aramada uyuşturucu madde bulunamamış, tutanak imzalayıcılarının tanıklıkları başka yan delillerle doğrulanmamıştır.” “...bir ikrarın delil olabilmesi için ikrar olunan olayın mümkün olması, ikrarın hakim huzurunda yapılması, geri alınmaması ve yan delillerle desteklenmesi gerektiği vurgulandığı halde, sanığın mahkumiyeti için başkaca delil bulunmamasına rağmen mahkumiyet hükmünün kurulması bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin 28.11.1985 tarih ve 4178/4815 sayılı kararı ve YCGK 28.11.1985 tarih ve 4178/4815 sayılı kararı için bakınız, Osman Yaşar, *Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s. 639

⁵³ “Hukuka aykırılık” kavramını Öztürk şu şekilde değerlendirmektedir; “Hukuka aykırılık hukuk kelimesinden kolayca anlaşılacağı üzere haklara aykırılık demektir. Bu haklar, yasalarla ve sözleşmelerle tanınan haklardır. O halde, hak ihlali yoksa hukuka aykırılıktan bahsedilemez. Öyleyse,

Soyaslan’a göre, CMUK 135/a ile 254/2 maddeleri delillerin değerlendirilmesinde birbirinden ayrı hususlara işaret etmektedir. 135/a maddesinde, daha soruşturma ve kovuşturmanın başında işkence veya baskı ile elde edilen delillerin kullanılmazlığı söz konusu iken, 254/2 maddesine giren hallerde ise son soruşturmaya kadar hukuka aykırı delillerin kullanılabileceği neticesi ortaya çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle, işkenceyle alınan delile dayanılarak ön soruşturma safhasında bile karar verilemez. Hukuka aykırı elde edilen deliller ise hüküm aşamasına kadar kullanılabilirler. Ancak, sadece bu delile dayanılarak mahkumiyet kararı verilemez.⁵⁴

Öztürk’e göre, CMUK 135a sadece işkenceyi önlemek amacıyla kabul edilmiş bir düzenleme değildir. Burada korunmak istenen, başta işkence olmak üzere bütün kötü muamele davranışlarından sanığın haysiyetini korumak ve maddi gerçek aranırken kişilik haklarının zedelenmesinin önüne geçmektir.⁵⁵

Özgen’e göre, işkence yapılmasında en önemli etken, mahkemeye suç faili yollayabilmek, onun mahkumiyetini sağlayabilmek, yani peşin suçluluk hükmünün yargısal bir hüküm haline dönüşmesini sağlayabilmek amacına yöneliktir. İşkence yapan, alacağı ifadenin ne olursa olsun hiçbir nedenle ve hiçbir zaman hükme etkili olamayacağından emin olursa, kendisini riske atmamayı, yani işkence yapmamayı tercih edecektir.⁵⁶

Hafızoğulları’na göre, sanığın özgür iradesine dayanmayan beyanı hukukun genel ilkesi gereği yok hükmünde sayılacaktır. Ancak, sanığın özgür iradesine

hukuka aykırılık kavramı, kanuna aykırılık kavramı ile karıştırılmamalıdır. Bir hukuk devletinde, devletin bütün işlemlerinin hukuka uygun olması gerekir. Delillere, hak ihlalleri neticesinde ulaşılması halinde mutlak delil yasakları kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Burada failin suçunun ağırlığı veya diğer hususların hiçbir önemi yoktur. Her şeyden önce işkence, yani sanığın kendini suçlayıcı beyanlarda bulunmaya zorlanması, insan haysiyetine aykırıdır. Bir kimsenin yakınlarını suçlayıcı beyanlarda bulunmaya zorlanması da aynı derecede kabul edilmelidir. Sanığa, kendisi ile ilk temasa geçen kolluk tarafından bazı haklarının, özellikle susma hakkı ve müdafiden yararlanma hakkının hiç bildirilmemesi suretiyle konuşmasının sağlanması ve kendisini zor duruma sokmasına sebep olunması da insan haysiyetine aykırıdır. CMUK 254/2 maddesi, 135/a maddesinin dışında kalan her türlü hukuka aykırı delilin kullanılmasını önlemek ve bu surette insan hakları ihlallerinin önüne geçilebilmesi konusunda ciddi bir mekanizmanın oluşturulması için öngörülmüştür.” Hukuka aykırılık kavramının daha ayrıntılı biçimde değerlendirilmesi için bakınız, Bahri Öztürk ve diğerleri, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2000, ss. 480- 490

⁵⁴ Soyaslan, Doğan, “Hukuka Aykırı Deliller” 18. *Hukuk İhtisas Semineri*, 18-20 Ekim 2002, EGM yayınları, s. 88

⁵⁵ Öztürk, Bahri, “Tasarıda ve CMUK’da Delil Yasakları” *Ceza Hukuku Reformu*, Umut Vakfı Yayınları, İstanbul, 2001, s. 214

⁵⁶ Özgen, “İşkenceye Karşı Andlaşma” s. 227

dayanan⁵⁷ veya avukat nezaretinde alınan beyanı delil olarak değerlendirilebilecektir. Gerçekten, “sanık özgür iradesi ile suçunu ikrar etmişse acaba başka bir delile ihtiyaç duyulacak mıdır?”⁵⁸ yorumu yapılmaktadır.

Bu yorumu, Yargıtay Ceza Genel Kurulu “*sanığın hazırlık soruşturması sırasında alınan ilk ifadesinde, suçu ikrar etmesine rağmen, duruşmada bu ikrarın baskıya dayalı olduğunu ileri sürmesi, hiçbir yan kanıtla doğrulanmayan soyut ikrarın mahkumiyet kararına dayanak yapılması kabul edilemez*”⁵⁹ biçiminde değerlendirmiş olup, maddi gerçeğin hiçbir kuşkuyla yer bırakmaksızın açığa çıkarılmasının, ceza hukukunun bir ilkesi olduğuna vurgu yapmıştır.

Yine Yargıtay’ın vermiş olduğu bir kararda, yasak sorgu yöntemleriyle elde edilen delillere itibar edilerek mahkumiyet hükmü kurulamayacağını vurgulanmıştır. Yargıtay 1. Ceza Dairesinin verdiği kararda şu açıklamalara yer verilmiştir. “*Taammüden adam öldürme suçunun sanığı kollukta ifade vermeyeceğini açıkça belirtmiştir. Buna rağmen, kendisiyle sohbet havasında yapılan mülakatta ‘suçu diğer sanıkla işlediği’ şeklindeki ikrarı, habersiz olarak gizli kamerayla videoya kaydedilmesi suretiyle sanığın aldatılarak özgür iradesi ile savunma yapması engellenmiştir. Bu nedenle yasak sorgu yöntemiyle elde edilen video kasetinin delil olarak hükme esas alınması mümkün değildir.*”⁶⁰

Dönmezer ve Yenisey, ceza adalet sisteminin fiilen ne surette işlemekte bulunduğunu belirlemek üzere yapmış oldukları bir çalışmada, 488 olayda sanık konumundaki kişilerin poliste alınan ifadelerinde %43,7 oranında suçların ikrar edildiği belirlenmiştir. İfade verenin, özgür iradesini etkileyecek kötü davranmaya maruz kalma oranı 1117 dosyada %1.4 oranındadır.⁶¹

Bu oranlar göz önüne alındığında ortaya çıkan gerçek şudur ki, sanık poliste genel olarak suçunu itiraf ediyor. Bu ikrarda yasak sorgu yöntemlerinin hangi oranda

⁵⁷ “CMUK’nun 247. maddesine göre, duruşma dışındaki ikrarı içeren tutanağın kanıt olabilmesi için ikrarın hakim önünde yapılması gerekir. Savcılık veya kolluktaki ikrarı içeren tutanaklar duruşmada kanıt olarak okunamaz. Dolayısıyla kanıt olarak hükme esas alınmazlar. Kaldı ki, duruşma esnasında ikrarın bile tek başına kesin kanıt olduğu kabul edilemez. Zira bir insanın suçunu kabullenmesi olanaklıdır. Bu itibarla duruşmadaki ikrarın da başkaca yan kanıtlarla desteklenmesi gerekir.” YCGK’nun 10.12.1990 tarih ve 257/335 sayılı kararı için bakınız, Yaşar, *CMUK*, s. 628

⁵⁸ Hafizoğulları, Zeki, “CMUK’da Yapılan Değişiklikler Üzerine”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1-4, Ankara, 1994, s.39

⁵⁹ YCGK’nun 2.12.1991 Tarih ve 1/301-334 sayılı kararı için bakınız, Yaşar, *CMUK*, s. 628

⁶⁰ Dünden Bugüne Tercüman Gazetesi, 07 Mart 2004

⁶¹ Dönmezer, Sulhi ve Yenisey, Feridun, *Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği*, TESEV Yayınları, İstanbul, 2000, s.122

etkisi bulunduğunu ise verilen rakamlarda görmek mümkün olmaktadır. Yargılamanın son soruşturma safhasında bu ikrar, genelde inkar edilmekte ve kolluktaki ikrar baskıya dayandırılmaktadır. Bu yöntem gerek sanıklar tarafından gerekse müdafiler tarafından bir savunma sistemi olarak görülmektedir.

Ancak, hazırlık soruşturmasında alınan ifadelerin delil olarak nitelendirilmesi ve mahkeme aşamasında dile getirilen kollukta maruz kalınan baskı iddialarının önüne geçilebilmesi için, öncelikli olarak ifadelerin avukat nezaretinde alınması ve görüntülü veya sesli kayıt sistemiyle ifadenin tespit edilmesi bir zorunluluktur.

Suç işleyenlerin cezalandırılabilmesi için öncelikle yapılması gereken delillerin toplanmasıdır. Ceza muhakemesinde delillerin toplandığı aşama ise fiilen kolluk tarafından yürütülen hazırlık soruşturması aşamasıdır. Bu aşamada toplanan delillerin son soruşturmada hakimın vereceği kararı yönlendirme gücü vardır. Bu itibarla kanunlar, kolluğa delil elde etme amacına yönelik bir çok yetki vermiştir. Ancak kolluk kendisine verilen yetkileri her zaman kendisine tanınan çerçeve içinde kullanmak zorundadır. Delil elde etme, soruşturmanın temel amacı ve kolluğun görevi olmakla birlikte, insan hakları ihlallerini meşrulaştırıcı bir mazeret olamaz. Kolluğun hukuki meşruiyet içerisinde delil toplama zorunluluğu, hukuka aykırı davranmaktan caydırıcı bir fonksiyon da görmektedir.

2. BÖLÜM: TÜRK HUKUK SİSTEMİNDE İŞKENCE VE KÖTÜ MUAMELE

İslamiyet'in kabulünden önceki Türk devletlerinde sanığa suçunu söyletmek amacıyla bir sorgu tekniği olarak işkenceye rastlanmamaktadır. İslamiyet'in kabulünden sonra kurulan Türk devletlerinde ve bu arada Osmanlı İmparatorluğunda da bir ceza muhakemesi işlemi olarak işkence bulunmamaktadır.⁶² Bununla birlikte günümüzde olduğu gibi eski dönemlerde, özellikle Osmanlı İmparatorluğu'nun gerileme döneminde işlenmiş suçta ortaya çıkarmak amacıyla işkencenin zaman zaman uygulandığı söylenebilir.⁶³

Türk hukuk sisteminde işkence ve kötü muamelenin yasaklanmasına yönelik ilk uygulamalar 1808 tarihli Senedi İttifakta vergi toplama açısından yer almış, 1839 yılında ilan edilen Gülhane Hattı Hümayunu'nda da aynı konuya yer verilmiştir. "İşkence ve eziyet yasağı" ifadesi ilk kez 1856 tarihli Islahat Fermanında yer almıştır.⁶⁴

Islahat Fermanında işkenceye karar verenlerin, uygulayanların ve bunların üstleri konumunda bulunanların sorumlu tutulacakları belirtilmiştir. 1875 tarihli Ferman-ı Adalet metninde de yasal dayanağı bulunmayan ve mahkemeden alınmış bir karara dayanmayan "hapis" uygulamasının ve işkencenin yasak olduğu hatırlatılarak aksine davrananların şiddetle cezalandırılacağı belirtilmiştir.⁶⁵

⁶² İşkencenin caiz olmadığı Şeyhülislam Ebussuud Efendinin bir fetvasında şu şekilde belirtilmiştir. "Sorulan bir soruya cevap almak gerekir denilmiş. Zor kullanmaktan maksat zabıta memurlarının işkencesi midir? Cevap: Asla. Zabıta makamlarının emrederek cevap istemeleri dahi mümkün değil, nasıl işkence etmeleri mümkün olsun. Mahkeme mensubu ifadeyi alıp maznunu mahkemeye getirip güvenilir bir kimseye kefile verir. Maznunun suçlu olduğu anlaşılırsa hapsedilip tahkikat bitinceye kadar orada bekletilir. Kefile veya mahpusa zabıta memurları müdahale edemez. Maznunun hırsızlığı sabit olursa, o zaman cezası uygulanmak üzere zabıta memurlarına teslim edilir." Üzülmüş, *İşkence Suçu*, s. 44

⁶³ Demirbaş, Timur, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1992, s.18

⁶⁴ Akıllıoğlu, "İşkencenin Önlenmesi", s.19. "...Hapishanelerde işkence, eziyet ve cismani ceza uygulanması kesinlikle yasaktır. Aksine davrananlar veya emredenler cezalandırılırlar."

⁶⁵ "...Haklarında bir hüküm olmadan hiç kimse tutuklanmamalı ve asla kötü muamele ve işkence yapılmamalıdır. Aksine davrananların kötü niyetle hareket ettiklerinin tespiti halinde şiddetle cezalandırılacaklardır." Bingöl, İrfan, *Ülkemizde Anayasa Hareketleri*, Ankara, Atak Ofset, 1993. ss. 37-39.

2.1. Anayasal Düzeyde

Anayasal metin çerçevesinde tarihimizde ilk olarak 1876 Anayasasının 26. maddesinde “İşkence ve sair her nevi eziyet kat’iyyen ve külliyyen memnu’dur” ibaresi ile işkence yasaklanmıştır. 1924 Anayasasının 73. maddesinde “işkence, eziyet, müsadere ve angarya memnudur” ibaresi ile her çeşit eziyetin kesinlikle yasak olduğu hükme bağlanmıştır.

1961 Anayasası’nın “Kişi Dokunulmazlığı” başlığı altında düzenlenen 14. maddesinde “Kimseye eziyet ve işkence yapılamaz. İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza konulamaz” hükmü getirilmiştir.

1982 tarihli Anayasamızın 17. maddesinde ise “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz, kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz” hükmü ile işkence kesin bir dille yasaklanmış ve kişinin vücut bütünlüğüne işaret edilmiştir. Bu düzenleme ile işkence geniş anlamda ele alınmış, ceza ve muamele de bu kapsama alınmıştır.

Anayasamızın 15. maddesinde de, bu korumanın olağanüstü rejim dönemlerinde de devam edeceği vurgulanmıştır. 15. madde ile savaş, seferberlik, olağanüstü hal ve sıkıyönetim durumlarında kişinin yaşam hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamayacağı, askıya alınamayacağı belirtilmiştir.

İşkence kavramına yönelik değerlendirmeler, Anayasa Mahkemesinin kararlarında da görülmektedir. Mahkeme, 1961 Anayasasının 14. maddesindeki “Kimseye eziyet ve işkence yapılamaz. İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza konulamaz” hükmüne ilişkin verdiği iki kararında değişik yorumlar getirmiştir.

Anayasa Mahkemesi 27.12.1965 tarihli kararında Askeri Ceza Yasası’ndaki katıksız hapis cezasını Anayasa’daki “Kimseye eziyet ve işkence yapılamaz; insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza konulamaz” ilkesine aykırı bulmamıştır. Kararda, *“Katıksız hapis, askerlik hizmetinin ve bu topluluğun bünyesinin doğurduğu bir gereksinim, askerliğe özgü bir cezadır. Her cezanın, cezalıya acı getireceği, cezada böyle bir ereğin bulunacağı, ancak acının mâkul, insani bir sınırı aşmaması, eziyet ve işkence niteliğine varmaması şarttır. Ahlakça çeşitli kimseleri barındıran askerlik kurumu hizmetlerinden sıyrılmak için oda hapsini nimet sayanların çıkabileceği ve ancak katıksız hapsin bu gibileri yola getireceği ve bir cezanın üç gün boyunca yalnız*

ekmek ile yetinmek zorunda kalmasını eziyet ve işkence saymanın gerçekçi bir görüş olmayacağı” belirtilmiştir.⁶⁶

Anayasa Mahkemesinin 1967 tarihli kararında ise 1412 sayılı CMUK’nun 116/2 maddesindeki “hükümlünün, cezaevinde ciddi bir tehlike teşkil etmesi halinde ve diğer hükümlülerin emniyeti için zarurî görüldüğü veya intihara veya kaçmaya teşebbüs ettiği yahut bu hususta hazırlıkta bulunduğu takdirde demire vurulabilir...” hükmünü Anayasaya aykırı bulmuştur. Mahkemeye göre; “... Bugünkü mevzuatımızda (Demire veya prangaya vurma) cezaları bulunmadığından ve iptali istenen fıkra da demire vurmanın nasıl yapılacağı gösterilmediğinden ceza ve tevkif evlerinde bu tedbirin alınışında değişik usullerin uygulanması ve uygulama şekli bakımından bu tedbirin işkence halini alması mümkündür. Kaldı ki, 116/2. maddede yazılı hallerde başka tedbirlere başvurulması mümkün olduğundan demire vurma gibi uygulamada eziyet ve işkence niteliğini alabilecek ağır bir tedbirin hem de uygulama şekli gösterilmeksizin bir emniyet tedbiri diye devam ettirilmesi genel ceza esaslarına ve hukuk anlayışına aykırı düşer” yorumunu yaparak hükmün iptaline karar vermiştir.⁶⁷

2.2. Yasal Düzeyde

İşkence, Türk Ceza Kanununun “Hükümet memurları tarafından efrada karşı yapılacak sui muameleler” başlıklı faslında, esas olarak iki maddede yer almıştır. “Hükümet memurları tarafından efrada karşı yapılacak kötü muameleler” başlığı altında yer verilen maddelerden ilki, “işkence” eylemini düzenleyen 243. madde, ikincisi ise “kötü muamele” eylemini düzenleyen 245. maddedir.

Her ne kadar 243. ve 245. maddeler birbirinden ayrı unsurları içeren suçları tasnif etse de, gerek yerel mahkemelerin kararlarında, gerekse Yargıtay’ın kararlarında bu iki maddenin ayrımında zorluklar yaşandığı görülmektedir. Bu fiiller, aralarındaki

⁶⁶ Anayasa Mahkemesinin 27/12/1965 tarih ve 1963/57 esas no ve 1965/65 sayılı kararı, <http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1965/K1965-65.htm>

⁶⁷ Anayasa Mahkemesinin, 15/6/1967 tarih ve 1966/34 esas no ve 1967/18 sayılı kararı, <http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1967/K1967-18.htm>

farklar ne olursa olsun “kötü muamele” eylemleridir. İki madde arasındaki farklılık, failin konumundan ve suçun kanuni unsurlarından kaynaklanmaktadır.

245. madde hükmü, kısaca “*Zor kullanma yetkisinin aşılması*” olarak tanımlanabilir. Madde, zor kullanma yetkisine sahip memurların, görevlerini yaptıkları veya amirlerinin emirlerini yerine getirdikleri sırada, kanun ve nizamın belirlediği sınırları aşarak bir kimseye kötü muamelede bulunma veya bedensel eza verme eylemlerini içermektedir.

TCK’nun 245. maddesinin, işkence suçunun cezalandırılmasına yönelik kullanılmasının başlıca nedeni, TCK’nun 243. maddesinde ifade edilen işkence suçunun açık, net ve belirgin bir suç tanımı öngörmemiş olmasıdır. Madde oldukça geniş bir uygulama alanına sahiptir.⁶⁸ Çünkü, suçunu söyletme amacı dışındaki tüm işkence iddiaları bu kapsamda değerlendirilmeye açıktır. 245. madde de kötü muamele suçuna dair hiçbir tanım öngörülmemiştir.

2.2.1. TCK. 243 ve 245. Maddelerinin Düzenlenmesi

İşkence ve kötü muamelede bulunan görevlilerin cezalandırılmasına ilişkin hükümler, 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayununun 103. maddesinde şekillenmiştir. Mahkemeler ve meclisler azalarından ve diğer hükümet memurlarından birinin sanıklara cürümlerini söyletmek için eziyet ve işkence edilmesine karar vermeleri ve bizzat bu tür muameleleri icra etmeleri cezalandırılmış, bunun yanında bu cezaların emri verenler hakkında da uygulanacağı, ayrıca işkence sonucu kişinin ölmesi veya azalarından birinin noksana uğraması halinde buna cüret eden memurun katil veya müessir fiil cezasının da uygulanacağı hükme bağlanmıştır.⁶⁹

1924 Anayasasının 73. maddesinde “işkence, eziyet, müsadere ve angarya memnudur” ibaresinin yürürlüğe girmesiyle, 765 Sayılı Kanunla TCK’nun 243. maddesi değişikliğe uğramıştır. 1858 tarihli kanunda “eziyet ve işkence” ibarelerine yer verilmesine rağmen 1926 tarihli TCK’nda yalnızca “işkence” kelimesine yer verilmiş, ayrıca yetkili bir amirin emir ve teşvikiyle işkence suçunu işleyen memurların,

⁶⁸ Son 10 Yılda Geçirdiği Değişikliklerle Türk Hukuk Mevzuatında İşkence, <http://www.ihd.org.tr/kitap/iskence/mevzuat.htm>

⁶⁹ Demirbaş, *İşkence Suçu*, s. 17

bu emir ve teşvike dayanarak, yani kendilerine işkence yapılması yönünde emir verildiğini ve teşvik edildiğini öne sürerek sorumluluktan kurtulamayacaklarını, emri veren amirin de suça asli iştirak olarak değil de fer'an iştirak etmiş olarak kabul edileceğini saymıştır.⁷⁰

TCK'nun 243 ve 245. maddeleri, 1961 yılında yapılan değişikliğe kadar uygulanmıştır. Uygulamada ortaya çıkan olumsuzlukların önüne geçebilmek ve uluslararası sözleşmelere uygun hale getirebilmek için maddeler üzerinde değişiklik yapılmıştır. Madde metni, 1961 tarihinde 235 Sayılı Kanunla yeniden düzenlenmiş, 1948 tarihli İnsan hakları Evrensel Bildirisinden esinlenerek işkence terimine “zalimane, gayri insani ve haysiyet kırıcı” terimleri de eklenerek suçun maddi unsurları artırılmış ve emri veren amirlerin sorumluluğunu düzenleyen 2. ve 3. fıkralar metinden çıkarılmıştır. Ayrıca suçun faili olabilecekler bakımından sayılan “mahkemeler ve meclisler reis ve azalarından ve sair hükümet memurlarından biri” ibaresi çıkarılarak failin memuriyet sıfatı metinde saklı tutulmuştur.

2.2.2. 26.8.1999 Tarih ve 4449 Sayılı Kanunla TCK. 243. Maddesinde Yapılan Değişiklik

1999 yılında yapılan değişiklik ile madde metni şu şekli almıştır; “*Bir kimseye cürümlerini söyletmek, mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple işkence eden veya zalimane veya gayri insani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvuran memur veya diğer kamu görevlilerine sekiz yıla kadar ağır hapis ve sürekli veya geçici olarak kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası verilir. Fiil neticesinde ölüm vukua gelirse 452, sair hallerde 456 . maddeye göre tertip olunacak ceza üçte birden yarıya kadar artırılır*”

243. madde kapsamında yapılan değişiklik eski düzenlemeye göre iki açıdan yenilik getirmiştir.

⁷⁰ Artuk, Mehmet Emin ve Diğerleri, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2000, Seçkin Yayınları, s. 525

Bunlardan birincisi, işkence ve kötü muameleye maruz kalabilecek kişinin kim ya da kimler olabileceğine dair düzenlemeler önem arz etmektedir. Değişiklik öncesi, bu suçun mağduru yalnız zanlılar olarak kabul edilmekte iken, yapılan değişiklikle zanlılar, tanıklar, şikayet veya ihbarda bulunanlar, şahsi davacılar ve müdahilleri de işkencenin mağdurları arasında sayılmaktadır. Bu genişlemeye paralel olarak, “mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer her hangi bir sebeple” yapılan kötü muamele fiilleri de işkence suçu kapsamına alınmıştır.

İkinci değişiklik ise, cezaların arttırılmasına ilişkin yapılan değişikliktir. 243. madde kapsamında, beş yıla kadar olan ağır hapis cezası, sekiz yıla kadar verilebilecek şekilde değiştirilmiştir.⁷¹ Ancak, söz konusu suçla ilgili olarak öngörülen ağır hapis cezasının alt sınırı madde metninde belirlenmemiştir. TCK’nun 13. maddesinde, ağır hapis cezasının alt sınırı bir yıl olarak belirlenmiştir.⁷²

Yapılan değişiklik ile işkence ve kötü muamelenin tanımı uluslararası sözleşmelere uygun hale getirilmeye çalışılmış, işkence suçu olabilecek mağdurlarının

⁷¹ 1999’daki değişiklik ile üst sınır 5 yıldan 8 yıla çıkarılmıştır. Fakat uygulamayı göz önüne aldığımızda cezanın üst sınırında değişiklik yapılmasının fazlaca bir önemi yoktur. Çünkü uygulamada genel kural, cezanın alt sınırdan verilmesidir. TCK. 29. maddesine göre, Hakim iki sınır arasında temel cezayı belirlerken, suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araç, suç konusunun önem ve değeri, suçun işlendiği zaman ve yer, fiilin diğer özellikleri, zararın veya tehlikenin ağırlığı, kastın veya taksirin yoğunluğu, suç sebepleri ve saikleri, failin amacı, geçmişi, şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışı gibi sebepleri göz önünde bulunduracaktır. Mahkemelerce gösterilen gerekçe, yasal ve yeterli olmalı ayrıca dosya içeriğine uygun olmalıdır. Bazen ağırlaştırıcı nedenlerle alt sınırdan uzaklaşılsa bile Yargıtay cezanın tayininde alt sınırdan uzaklaşmış olması nedeniyle kararı bozabilmektedir. Örneğin, YCGK’nun 1995 yılında verdiği bir kararda “245. maddedeki suçun unsurlarını oluşturan dövme ve suç işlenirken kullanılan vasıta ile suçun işleniş biçimi ikinci kez cezayı ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilemez. ... Sanık görev yapmak, zanlıları bulmak amacıyla hareket etmiş, gençliği, meslekteki deneyimsizliği ve içinde bulunduğu ortam nedeniyle yüklenen suçu işlemiştir. Kişisel bir saik veya çıkarı yoktur. Sanığın amacı, suçun işlenmesindeki sebep ve saik ile sabıkasız olan sanığın sosyal durumu göz önüne alındığında, dosya içeriğine uygun olmayan gerekçe ile cezanın tayininde alt sınırdan çok fazla uzaklaşılması yasaya aykırıdır.” şeklindeki hükmüyle yerel mahkeme kararını bozmuştur. YCGK’nun 27.03.1995 tarih ve 8/58-86 sayılı kararı için bakınız, Parlar, Ali ve Demirel, Güleç, *Kişilerin Hayatına ve Beden Bütünlüğüne Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2000, s. 839

⁷² TCK’nun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Hakkında Kanun Tasarısının TBMM’de görüşülmesi yapılırken, TCK. 243. maddesinin öngördüğü sekiz yıllık cezanın alt sınırının belirlenmemesi üzerine, ceza alt sınırının iki yıla çıkarılması için bir önerge verilmiş, ancak meclis tarafından kabul edilmemiştir. Özellikle, bir yıllık bir mahkûmiyetin, Cezaların İnfazına Dair Kanun hükümleri doğrultusunda aslında dört aylık bir ceza yatmayı gerektireceği, bunun caydırıcı bir ceza olmadığı, memuriyet haklarının ortadan kaldırılmayacağı dile getirilmiştir. Genel Kurul Tutanağı, 21. Dönem 1. Yasama Yılı 58. Birleşim, 26 Ağustos 1999, Tutanak Dergisi Cilt: 12, 1999, TBMM Basımevi, ss. 82, 83

sayısı artırılmış, manevi unsurun alanı genişletilmiş ve sonuçta günümüz insan hakları yaklaşımına uygun bir suç tipi haline getirilmiştir.

2.2.3. 11.1.2003 Tarih ve 4478 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklik

02.1.2003 tarih ve 4778 Sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun 1. maddesiyle TCK'nun 243 ve 245. maddelerini ilgilendiren ve kapsayan yeni bir fıkra hükmü eklenmiştir. 4778 Sayılı Kanun uyarınca 245. maddeye ek olarak düzenlenen fıkra hükmüne göre, “243. madde ile bu maddede yazılı suçlardan dolayı verilen cezalar, para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilemez ve ertelenemez.”

Yapılan düzenleme ile TCK. 243. ve 245. maddelerinde düzenlenen işkence ve kötü muamele suçları nedeniyle verilen hapis cezaları paraya çevrilemeyecek ve ertelenemeyecektir. İşkence ve kötü muamelenin cezasız kalmasında ve cezalarının etkisizleştirilmesinde önemli bir rolü bulunan “hapis cezalarının paraya çevrilmesi veya cezaların ertelenmesi” yolu bu hükümle ortadan kaldırılmak istenmiş ve işkencenin önlenmesinde caydırıcı bir tedbir olarak görülmüştür.

Cezaların İnfazı Hakkında Kanun, mahkemelerce verilmiş bulunan cezaların infazına ilişkin esasları düzenlemektedir. Kanunun, “Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine uygulanabilecek ceza ve tedbirler” başlığını taşıyan 4. maddesi, mahkemelerce verilmiş bulunan, ağır hapis cezaları hariç kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların, suçlunun kişiliğine, sair hallerine ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre para cezasına veya maddede sayılan diğer tedbirlerden birine çevrilebileceğini hükme bağlamıştır. Madde hükmünden de anlaşıldığı üzere, ağır hapis cezaları, madde kapsamı dışında tutulduğundan para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilememektedir.

Aynı çerçevede, TCK. 243. maddenin ağır hapis cezasını içermesi nedeniyle, 4. madde hükmü doğrultusunda, işkence suçundan dolayı verilen ağır hapis cezasının para cezasına veya maddede sayılan diğer tedbirlerden birine çevrilebilmesi mümkün görünmemektedir. Ancak, İşkence suçunun cezasının ertelenmesi ise teorik olarak mümkündür. Çünkü TCK'nun 243. maddesinde, “sekiz yıla kadar ağır hapis cezası” verilebileceği öngörülmekte, cezanın alt sınırı kanunda açıkça belirtilmemektedir.

TCK'nun 13. maddesine göre, muvakkat ağır hapis cezası bir seneden başlamaktadır. Bu durumda işkence suçunun cezasının 1-8 sene ağır hapis olduğu söylenebilir. Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 6. maddesi gereği, ağır hapiste erteleme imkanı, bir yıla kadar (bir yıl dahil) cezalarda mümkündür. Yani, 4778 sayılı Kanun yürürlüğe girinceye kadar, işkence suçundan dolayı ancak alt sınırdan verilen bir ceza erteleme kapsamında idi.⁷³

TCK. 245. maddesi ise, beş yıla kadar hapis cezası öngörmektedir. Bu madde kapsamında kötü muamele suçlarına yönelik verilen cezalarda, CİK'nun 4. maddesine istinaden, para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilebilmekteydi. Ancak, yapılan kanun değişikliği ile bunun önüne geçilmiştir.

4778 sayılı Kanunun 1. maddesi ile getirilen hüküm bu sebeplerden dolayı hukuki açıdan hatalıdır. Ertelme ve paraya veya başka bir tedbire çevirme gibi kurumlar, suçla ilgili olmayan; faille, failin kişiliği ile ilişkili olan infaz kurumlarıdır. Somut durumda hakimnin takdirinde olan bir uygulamaya kanunla son verilmektedir. Buna rağmen, işkence suçu bakımından kısmen anlaşılabilecek bu hükmün kötü

⁷³ Şahin, Cumhur ve Özgenç, İzzet, "İşkence Önlenebilecek mi?" http://www.turkhukukenstitusu.org/dergi_nisan03.htm

Nitekim, verilen cezaların ertelenmesine ilişkin kararları, gerek yerel mahkemeler, gerekse Yargıtay kararlarında görmek mümkündür. "...Sanık Soner'in evvelce aynı suçtan iki kez mahkumiyeti bulunduğu, cezanın paraya çevrildiği ve bir keresinde de ertelendiği halde, aynı suçu işlemekteki ısrarlı tutumu ortada iken yasaya aykırı biçimde hakkında CİK 4. maddesinin uygulanması bozmayı gerektirmiştir" şeklinde karar vermiştir. 8. Ceza Dairesinin 31.1.2001 tarih ve 25909/3067 sayılı kararı, Dosyasından

"...Livata iddiasıyla gözüaltına alınan mağdura suçunu söyletmek için işkence yapan sanıkların, livata suçlamasının asılsızlığının anlaşılması üzerine serbest bıraktıkları mağdurun ilgili yerlere kendilerini şikayet etmesi ve işkence olayının basında yer alması üzerine haklarında soruşturma başlatıldığı, buna kızan sanıkların, mağduru geçerli bir neden bulunmadığı halde yeniden gözüaltına alıp, evvelce mağdur hakkında livata suçlamasında bulunmayan çocuğu zorla suçlamaya yönelttikleri, bu suçlamanın gerçeği yansıtmadığı yargılama süresinde anlaşılıp şahsın beraat etmiş olması karşısında suç işleme konusundaki ısrarlı tutumları göz önüne alındığında, haklarında tayin edilen hürriyeti bağlayıcı cezanın ertelenmesini gerektiren haklı nedenlerin bulunmadığı gözetilmeden salt yasadaki ertelemeye ilişkin terimlerin tekrarlanmasıyla yetinilerek dosya içeriğine uygun bulunmayan bir gerekçeyle ertelenmesine karar verilmesi isabetsizliğinden bozulmuştur." 8. Ceza Dairesinin 4.7.2001 gün ve 8044/12551 sayılı kararı, Dosyasından

Aynı dosya üzerine YCGK, yaptığı inceleme sonucu şu kararı vermiştir. "... Sanıkların sabıkaları bulunmayıp, somut olay dışında memuriyet sicillerine yansıyan bir olumsuzluklarına da rastlanmamıştır. Yerel Mahkeme, sanıkların duruşma sürecine yansıyan kişiliklerini ve tavırlarını dikkate almış, bu olaydan bir ders alacakları ve ertelemenin sanıkları yeniden devlete ve topluma kazandırmak için fırsat olduğu düşüncesiyle cezalarını ertelemiştir. Yerel Mahkemece gösterilen gerekçe dosya içeriği ile uyumludur." YCGK'nun 25.3.2003 tarih ve 36/75 sayılı kararı, Dosyasından

muamele suçu bakımından da getirilmesinin bir izahı yoktur. Çünkü daha fazla ceza öngörülen hallerde tecil veya çevirme mümkün iken, burada mümkün olmayacaktır.⁷⁴

Centel'e göre, ceza hukukunda genel anlamda cezanın ertelenmesi hem eleştirilen hem de savunulan bir sistemdir. Cezanın ertelenmesi halinde, toplumda ilk kez işlenen suçlara ceza verilmeyeceğini izlenimini uyandıracak ve farklı uygulamalar sonucu yasa önünde eşitlik ilkesinin ihlal edileceği ve suçluların ıslahına hizmet etmeyeceği ileri sürüldüğünden dolayı eleştirilmektedir. Buna karşılıklı erteleme, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların sakıncalarını ortadan kaldıran, suçlunun iyi halli olmasını teşvik eden ve cezanın bireyselleştirilmesine hizmet eden bir araç olduğu da unutulmamalıdır.⁷⁵

İçel, “ceza hukukunda cezaların bireyselleştirilmesi, amaçları açısından cezanın her suçlunun kişiliğine uydurulmasıdır. Bireyselleştirme, yargıç tarafından takdir olarak yapılmaktadır. Yargıç, takdir hakkını bilimsel kurallar çerçevesinde kullanmalı ve özellikle suçlu psikolojisi verilerinden yararlanmalıdır”⁷⁶ demektedir ve cezayı ertelemenin hakim tarafından takdir edildiğini belirtmektedir.

YCGK, verdiği bir kararda cezanın ertelenmesine yönelik şu değerlendirmeyi yapmıştır; “...erteleme, cezanın sanığın kişiliğine uydurulmasını sağlayan yargısal bir kişiselleştirme kurumudur. Mahkemelerce cezaların ertelenmesine veya ertelemeye yer olmadığına karar verilirken gösterilen gerekçelerin, sanığın kişiliği ile ilgili bilgi ve belgelerin isabetle değerlendirildiğini gösterir biçimde dosya kapsamına uygun yasal ve yeterli olması gerekir. ...mahkeme, sanıkları yeniden devlete ve topluma kazandırmak için fırsat olduğu düşüncesiyle cezalarını ertelemiştir.”⁷⁷

Anayasa Mahkemesinin 1986 yılında, cezaların bireyselleştirilmesine yönelik verdiği bir karar şu şekildedir; “... Cezaların ertelenmesi, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların para cezasına çevrilmesi ya da başka önlemlere çevrilmesi kişi için bir hak değildir. Cezaların şahsileştirilmesine ilişkin bir yöntemdir. Bu niteliği nedeniyle toplum yararına kullanılmak üzere yargıcın takdirine bırakılmıştır.”⁷⁸

⁷⁴ Şahin ve Özgenç, “İşkence Önlenebilecek mi?”

⁷⁵ Centel, Nur, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yayınları, İstanbul, 2002, s. 673

⁷⁶ İçel, Kayıhan ve diğerleri, *Yaptırım Teorisi*, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s.62

⁷⁷ YCGK'nun 25.3.2003 tarih ve 36/75 sayılı kararı, Dosyasından

⁷⁸ AY. Mahkemesinin 11.3.1986 tarih ve 32/9 sayılı kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, XXII, Ankara, 1987, s. 90

Gör÷lmektedir ki, suçun bireyselleştirilmesi, yani hakimin kendi takdir yetkisini kullanarak verilen cezaların ertelenmesi suçlunun ıslahına ve toplum yararına yönelik bir eylemdir. Ancak kanun koyucu, uygulamada ki işkence ve kötü muamele suçunun cezasız kalmasını önlemek için özel bir hüküm koymakta ve hakim takdirini tamamen sınırlamaktadır.

2.2.4. 26.8.1999 Tarih ve 4449/3 Sayılı Kanunla TCK. 354. Maddesinde Yapılan Değişiklik

İşkence ve kötü muamelenin önlenmesinde, gözaltında tutulan kişilerin yargı mercileri önüne çıkarılmadan önce sağlık durumlarının tespitine yönelik olarak alınan adli tıp raporlarının önemi çok büyüktür. Gerçekten gözaltı süresi içinde zanlıların işkence veya bir kötü muameleye maruz kalıp kalmadığının belirlenmesinde ve buna bağlı olarak verdikleri ifadenin hukuksal açıdan sonuç doğurup doğurmamasında adli tıp raporları belirleyici bir işleve sahip bulunmaktadır. Ülkemizde bu konuda bazı sorunlarla karşılaşıldığı bilinmektedir.

Bu konuda da olumlu bir adım atılmış ve gerçeğe aykırı rapor düzenleyerek işkenceyi gizleyen sağlık personelinin cezai sorumluluğunu düzenleyen TCK 354. maddedeki cezalar, 26.8.1999 tarihli ve 4449 Sayılı Kanunun 3. maddesi ile ağırlaştırılmıştır.

Bu madde genel anlamda hekim, eczacı, sağlık memuru veya diğer bir sağlık mesleği mensubunun verebileceği evrakı gerçeğe aykırı olarak düzenlemesi halinde verilecek cezaları düzenlemektedir. Madde üzerinde yapılan değişiklik ile eklenen fıkrada “Eğer gerçeğe aykırı belge, işlenmiş bir suç yahut işkence, zalimane veya gayri insani diğer fiillerin delillerini gizlemek veya bu delilleri yok etmek için düzenlenmiş ise faile verilecek ceza, dört yıldan sekiz yıla kadar hapidir” hükmü getirilmiştir.

Bu maddenin, işkence ve kötü muamelenin önlenmesinde önemli bir yer tuttuğu da unutulmamalıdır. Özellikle, işkence ve kötü muamele sonrası alınacak doktor raporlarının aslına uygun olarak düzenlenmediğinde uygulanacak müeyyideler bu konudaki hassasiyeti arttıracaktır.

2.2.5. 30.7.2003 Tarih ve 4963 Sayılı Kanunun 5. Maddesi ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Ek 7. Madde Değişikliği

İşkence ve kötü muamele fiilleri bakımından uygulamada karşılaşılan en önemli sorunlardan biri, işkence sanığı memur veya kamu görevlilerinin tespiti ve yeterli kanıt bulunduktan sonra dava zaman aşımı dolmadan yargılanmasıdır. Uygulamada bu durumu aşabilmek ve varsa işkence faillerinin cezalandırılmasını sağlamak amacıyla bazı yasal değişiklikler gerçekleştirilmiştir.

TCK'nun işkenceyi düzenleyen 243. maddesinde öngörülen ceza süresinin sekiz yıla kadar ağır hapis olması nedeniyle, zamanaşımı sürelerini belirleyen TCK. 102. maddenin 3 numaralı bendindeki, “Beş seneden fazla ve yirmi seneden az ağır hapis veya beş seneden fazla hapis yahut kamu hizmetlerinden ömür boyu mahrumiyet cezalarından birini gerektiren suçlarda dava zaman aşımı on sene geçmesiyle ortadan kalkar” hükmü doğrultusunda, bu suçlarda dava zamanaşımı on yıla çıkarılmıştır. Ancak bu maddenin ceza miktarının 1999 yılı değişikliğinden önce beş yıla kadar ağır hapis olduğu dikkate alınırsa, değişiklikten önceki işkence olayları bakımından dava zamanaşımı beş yıl olmaktadır.

Bu konuda çözümlenmesi gereken temel sorunlardan biri, işkence suçları ile ilgili davalarda yargılama sürecini hızlandırmak ve yargılamaların en kısa zamanda tamamlanması ve varsa faillinin cezalandırılmasını sağlamaktır. Bu çerçevede, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa ek 7. madde eklenmek suretiyle belirtilen düzenleme yapılarak “765 sayılı Türk Ceza Kanununun 243 ve 245. maddelerinde yazılı suçları işleyenler hakkında soruşturma ve kovuşturmalar acele işlerden sayılır, öncelik ve ivedilikle ele alınır. Bu suçlarla ilgili davalarda duruşmalara zorunluluk olmadıkça otuz günden fazla ara verilemez, bu davalara adli tatilde de bakılır” hükmü getirilmiştir.

2.2.6. 4483 Sayılı Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Değişikliği

İşkence ve kötü muamelenin önlenmesinde ve etkin mücadele edilmesinde karşılaşılan sorunlardan biri de, işkence faillerinin soruşturulması ve

kovuşturulmasında, görevliler hakkında kamu davası açılmadan önce idarece yapılan soruşturmalar idi. 1999 yılına kadar yürürlükte kalan Memurin Muhakematı Hakkında Kanun çerçevesinde soruşturmaya başlamadan önce aranan lüzumu muhakeme izni, işkence ve kötü muamele suçlarında, faillerin geç yargılanmalarına veya zaman aşımı nedeniyle açılan kamu davalarında davanın ortadan kaldırılması kararlarının verilmesine neden olmaktaydı.

Özellikle, uygulamada karşılaşılan bu sorunu aşmak amacıyla 4483 Sayılı Kanunun 2. maddesine bir fıkra ile “765 Sayılı Türk Ceza Kanununun 243 ve 245. maddeleri ile 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 154. maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında açılacak soruşturma ve kovuşturmalarda bu Kanun hükümleri uygulanmaz” hükmü getirilmiştir.

Eklenen fıkra hükmüne göre, TCK’nun işkenceyi düzenleyen 243 ve kötü muameleyi düzenleyen 245. maddeleri ile CMUK’nun 154. maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında açılacak soruşturma ve kovuşturmalarda 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanamaz. Böylece işkence ve kötü muamele suçlarında önemli bir yargılama engeli teşkil eden 4483 sayılı kanundaki amirin izni şartı kaldırılmıştır. Bu düzenleme ile işkence ve kötü muamele iddiaları görevi sırasında işlenmiş olup olmamasına bakılmaksızın soruşturulabilecek ve yargılanabilecektir.

2.2.7. 26.3.2002 Tarihli Devlet Memurları Kanunu’nun 13. Maddesinde Yapılan Ek Fıkra Değişikliği

DMK’nun 13. maddesi, kamu personelinin görevleriyle ilgili yol açtıkları zararlardan dolayı, zarar gören kişiler tarafından ilgili kurum aleyhine dava açmalarına ve zararın tazminine imkan tanımıştır. Ancak, zarar görenlere ödenecek tazminatlar, kurum tarafından, genel hükümlere göre, sorumlu personele rücu edilebilecektir. Zira, madde, kurumların rücu hakkını saklı tutmuştur. Böylece, kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle yol açtıkları zararlardan dolayı, doğrudan doğruya zarara neden olan personel hakkında dava açma olanağı tanınmamıştır. DMK’na tabi personelin yol açacağı zararlar Devlet tarafından ödenir, ancak daha sonra, ödenen bu tazminatlar personelden rücu etmek suretiyle geri alınabilir.

26.3.2002 tarihinde, Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesine eklenen bir fıkra ile; "İşkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeni ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi" şeklinde yeni bir düzenleme getirilerek kolluk mensuplarının caydırılması hedeflenmiştir. Ancak bu düzenleme işkenceyi önlemede etkili bir araç olma özelliğinden yoksundur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin işkence gören mağdura tazminat ödenmesini hükme bağlayan kararı çıktığında, söz konusu tazminatı ödeyen devletin personele rücu edebilmesi için işkence eden personelin belirlenmesi gerekmektedir. Bilindiği üzere AİHM, esas itibariyle yargılama sürecini, failin belirlenmesi yönelik değil, ihlal olup olmadığının saptanması üzerine inşa etmektedir ve bu mahkemede şahıslar değil devletler yargılanmaktadır.

Bu itibarla AİHM kararlarına bakılarak rücu edilecek personelin saptanması çoğunlukla olanaksızdır. İç hukukumuzdaki işkence failleri hakkında Cumhuriyet Savcılıklarının takipsizlik kararı vermesi veya açılan davaların beraatla sonuçlanması halinde tazminata mahkum olan devletin rücu edebileceği hiç kimse bulunmayacaktır.⁷⁹ Kaldı ki ulusal mahkemelerde, işkence davalarının beraatla neticelenmesine rağmen AİHM kararlarında, ülkemiz tazminata mahkum edilebilmektedir.

AİHM kişileri değil, devleti mahkum ettiği ve bu kararlarda işkence yapan kişi ya da kişilerle ilgili bir tespitin çoğunlukla mümkün olmadığından dolayı, daha önceden muhakeme yapıp da hakkında beraat kararı verilen kişi, gerçekten de suçun faili olmayabilir. Bu anlamda AİHM'nin kararının fiili bir etkisi ortaya çıkmayabilir.⁸⁰

03.08.2002 tarihinde CMUK'nun 327. maddesine eklenen 327/a maddesine göre, AİHM kararlarınca tespit edilen hak ihlallerinin, hükmedilen tazminatla giderilmesinin söz konusu olmadığı durumlarda, muhakemenin yenilenmesi hükmü kabul edilmiştir.⁸¹ Ancak, bu hüküm mağdurlar lehine işleyen bir mekanizma

⁷⁹ Özen, Muharrem, "AİHS Işığında Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı Konularında İç Hukuktaki Düzenlemelere ve Türk Mahkemelerindeki Davalardaki Sorunlara Bir Bakış", http://www.yargitay.gov.tr/aihm/muharrem_ozen.html

⁸⁰ Sancar, T. Yalçın, "İşkence Yapan Kamu Personeline Rücu Sorunu", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Sayı 57-4, 2002, s. 164

⁸¹ 23.01.2003 tarihinde T.B.M.M.'de kabul edilen 4793 Sayılı Yasa ile Hukuk yada Ceza Mahkemesi hükmünün, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin veya eki protokollerinin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararıyla tespit edilmiş olması halinde yargılamanın yenilenmesi talep edilebilecektir. Başvuru süresi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıldır. Ancak 4793 Sayılı Kanunun geçici birinci maddesinde bu başvuru imkanı,

olduğundan, işkence suçu sanıkları hakkında yeniden yargılanma yapılması beklenemez.

Neticede, kendisine isnat edilen işkence suçundan yargılanıp beraat etmiş ve hakkındaki bu karar iç hukuka göre kesinleşmiş kişiye, AİHM kararı dayanak gösterilerek, işkence fiilinin sorumlusuymuş gibi verilen tazminatın rücu edilmesi mümkün değildir.⁸²

Muhakeme hukukunun ana ilkelerinden biri olan “aynı suçtan dolayı aynı sanık hakkında tekrar ceza davası açılmaması” ilkesi, CMUK’da 253. maddesinde “aynı konuda, aynı sanık için evvelce verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava var ise davanın reddine karar verilmelidir” şeklinde dile getirilmiştir.⁸³ Bu ilkeyle ilgili AİHS’ne, 22.11.1984 tarihinde imzaya açılarak eklenen 7 Nolu Protokolün 4. maddesi şu şekildedir. “İşlediği suç yüzünden bir devletin ceza ve ceza yargılaması usulü kanununa uygun olarak yargılanıp kesin hükümle beraat eden yada mahkum olan kişi, aynı suç sebebiyle aynı devlet mahkemeleri tarafından tekrar kovuşturulamaz yahut cezalandırılmaz. Ancak, yeni ve sonradan ortaya çıkan delillerin önceki işlemlerde vaki esaslı bir usul hatasının verilen hükmü etkiler nitelikte olması halinde, davanın yeniden açılmasını engellemez.” Bu şartlar altında, hakkında takipsizlik kararı verilen veya beraat kararı verilen bir kişinin tekrar yargılanması mümkün olmayacaktır

2.2.9. 26.9.2004 Tarih ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Adalet Bakanlığı tarafından 1997 yılında hazırlanarak TBMM’ye gönderilen ve 2004 yılı içinde de görüşmelerin sürdüğü TCK Tasarısı 26.9.2004 tarihinde TBMM tarafından onaylanarak kabul edilmiştir. Yeni TCK’unda işkence suçuyla ilgili yeni bir düzenleme yapılmıştır.

Yeni TCK’unda işkence suçu, İkinci kısmın üçüncü bölümünde “işkence” başlığı altında 94 ve 95. maddelerinde ele alınmıştır. 94. maddede genel anlamda

muhakemenin iadesine ilişkin hükümlerin yürürlüğe girdiği tarihte AİHM’nin kesinleşmiş kararı ile bu tarihten sonra yapılan başvuru üzerine verilen ihlal kararları hakkında uygulanacaktır.

⁸² Sancar, “İşkence Yapan Kamu Personeline Rücu Sorunu”, s. 163

⁸³ Kunter, Nurullah ve Yenisey, Feridun, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, s. 106

işkence suçu ele alınırken, 95. maddede ise ağırlaştırılmış işkence suçu ele alınmıştır. Yeni TCK’nun 94. maddesi şu hükümleri içermektedir.

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

(2) Suçun;

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

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

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

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

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

Birinci fıkrada, İşkence olarak, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulması gerekir. İşkence suçunun maddi unsuru, bir kimsenin bir başka kimseye maddi ve manevi ağır acı veya ızdırıp veren hareketlerde bulunması olarak şekillenmektedir. Fertlere yönelik basit kötü muameleden işkencenin farkının ne olduğu madde gerekçesinde açıklanmıştır: Buna göre, işkence teşkil eden fiiller, *“ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler”*. Böylece işkencenin en önemli özelliği süreklilik arz etmesidir.

Belirlenen işkence suçu, işkencenin yapılmasındaki amaçlar bakımından herhangi bir belirleme yapmamaktadır. İşkencenin hangi amaçlarla yapıldığı önemini yitirmiştir. BM Sözleşmesi’nin 1. maddesinde işkencenin amaçları, *“işlendiğinden kuşku duyulan bir fiilden ötürü cezalandırmak, bilgi elde etmek ya da itirafta bulunmasını sağlamak, korkutmak veya zorlamak amacıyla veya ayrımcılığa dayalı bir nedenle yapmak”* şeklinde sayılmıştır. Yeni TCK, bu amaçlardan hiçbirisini dile getirmemektedir.

En önemli değişiklik, verilecek cezaların sürelerinin artırılmasıdır. “üç yıldan on iki yıla kadar” hapis cezası öngörölmüştür. Verilecek cezanın alt sınırının üç yıl olmasından dolayı, işkence suçuna yönelik verilecek cezanın, “para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilemeyeceği ve ertelenemeyeceği” hükmüne gerek duyulmamıştır. Zira, kanun koyucu, işkence suçunun alt sınırını erteleme kapsamı dışında kalacak biçimde belirlemiştir.

Üçüncü fıkraya göre, İşkencenin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi, suçun temel şekline nazaran daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir.

Beşinci fıkra, işkencenin ihmali davranışla gerçekleşmesi halini de göz önünde bulundurmıştır. Gerekçede ihmali davranış şu şekilde açıklanmıştır; İşkence suçu çoğu zaman, amir mevkiindeki kamu görevlilerinin zımnı muvafakatiyle gerçekleştirilmektedir. Başka bir deyişle, amir konumundaki kamu görevlisi, kendi gözetim yükümlölüğü altında yürütölmekte olan bir soruşturma işlemi sırasında kişilere işkence yapıldığını öngörmesine rağmen bu konuda gerekli müdahalede bulunmamak suretiyle işkence yapılmasına zımnı rıza göstermiş olabilir. Maddenin beşinci fıkrasına göre; bu gibi durumlarda, amir konumundaki kamu görevlisi, ihmali davranışla işkence suçunu işlemiş kabul edilecek ve bu nedenle cezasında indirim yapılmaksızın sorumlu tutulacaktır.

2.3. Korunan Hukuki Yarar

İşkence suçu, TCK’nın “Devlet İdaresi Aleyhine Cürümler” başlığının 3. Babının “hükümet memurları tarafından efrada karşı sui muameleler” başlıklı faslında bulunmasından dolayı korunan hukuki yararın “kamu idaresi” olduğu düşünölebilir.⁸⁴ Kanunumuzda memurlar tarafından işlenen suçlar, devlet idaresi aleyhine işlenen suç sayılmıştır. Kanun koyucu, bu suçlarla devlet-memur-vatandaş ilişkisinden yola çıkarak, kendisini temsil eden ve kendi adına faaliyet yürüten kişilerin fiillerini öncelikle kendi otoritesi açısından değerlendirmiştir.

⁸⁴ İlkiz, “İşkence İnsanlık Suçudur”, s. 918

TCK. 243. maddesindeki fiillerin cezalandırılmasıyla, devlet faaliyetlerinin disiplin içerisinde yürütülmesinin sağlanması ve fertlerin kamu idaresine olan güvenin sarsılmamasındaki devlete ait yararlar da korunmaktadır.⁸⁵

İşkence, her ne kadar “Devlet İdaresi Aleyhine Suçlar” kısmında düzenlenmişse de, bu suçla korunan hukuki yarar, sadece kamu idaresine ait bir yarar değildir. Zira, suçun maddi unsurunu oluşturan fiillerle, vatandaşların devlet idaresine olan güvenlerinin sarsılmasından başka, sınırı aşması neticesinde bireyin haklarına zarar vermesi, kişinin vücut bütünlüğü, ruh ve beden sağlığı ve yaşam hakkı olumsuz yönde etkilenmektedir.⁸⁶

Bunun yanı sıra, 243. madde kanunlarla ve uluslararası sözleşmelerle korunma altına alınan adil ve doğru yargılanma hakkıyla bağdaşmayan hareketleri de cezalandırmaktadır. İşkence sonucu alınan ifadeler nedeniyle adaletin yanlış gerçekleşmesi tehlikesi ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan 243. madde, ceza yargılamasının gerçeğe ulaşma amacının sağlanmasına da hizmet etmektedir.⁸⁷

2.4. Suçun Faili

243. maddede yapılan son değişiklikle suçun faili tanımlaması “memur veya kamu görevlileri” olarak yapılmıştır. Ancak her memur bu suçun faili olamaz. Çünkü bir memurun bu suçun faili olabilmesi için, bir kimseyi sorguya çekme veya şikayet ve ihbarını tespit etme, tanıkları dinleme gibi genel olarak soruşturma yapma konusunda yetkisinin bulunması gerekir.⁸⁸

Bunlar ceza davasını açmaya veya adli işlem yapmaya yetkili cumhuriyet savcıları, hakimler, kolluk amir ve memurları gibi kimselerdir.⁸⁹ Bununla birlikte, işkence suçunun uygulama alanını genişletmek isteyen kanun koyucu, kovuşturmayla yetkili memur failleri göstermek için “memur”, kovuşturmaya yetkili olmayan, fakat

⁸⁵ Üzülmüş, *İşkence Suçu*, s. 72

⁸⁶ Özgenç, İzzet ve Şahin, Cumhuriyet, “İşkence Suçu”, *Polis Dergisi*, EGM Yayınları, Sayı 36, 2003, s. 408

⁸⁷ Artuk, *Özel Hükümler*, s. 527

⁸⁸ Demirbaş, Timur, “1997 TCK Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi”, *Faruk Erem Armağanı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 1999, s. 214

⁸⁹ Artuk, *Özel Hükümler*, s. 528

herhangi bir sebeple işkence ve benzeri kötü muamelelere başvuran diğer memur failleri göstermek için “diğer kamu görevlileri” terimini kullanmıştır.⁹⁰

5237 Sayılı TCK’nun 94. maddesinde “kamu görevlisi” terimi kullanılmaktadır. İşkence suçunun işlenişine kamu görevlisi olmayan kişiler de iştirak edebilir. Dördüncü fıkra hükmüne göre, bu durumda kamu görevlisi olmayan kişilerin de kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı dile getirilmiştir. BM İşkenceye Karşı Sözleşmede, bir kamu görevlisi ya da resmi sıfatla hareket eden bir başkası tarafından veya bu görevlinin teşviki ya da rızası ya da izniyle hareket eden kişiler işkence suçunun faili olurken, Yeni TCK’na göre, sadece kamu görevlileri ve bu suçun işlenmesine iştirak eden bireyler işkence suçunun faili olabilmektedir.

Bu hükmün gerekçesi şu şekilde dile getirilmiştir; “Bu suçun faili bir kamu görevlisi olabilir. İşkence, kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmektedir. Ancak, suçun işlenişine kamu görevlisinin yanı sıra diğer kişiler de iştirak etmiş olabilir. Bu gibi durumlarda, kamu görevlisi olmayan kişilerin sadece bu nedenle yardım eden olarak sorumlu tutulmalarının önüne geçebilmek amacıyla, maddenin dördüncü fıkrasına bir hüküm konulmuştur. Buna göre, bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de, kamu görevlisi gibi cezalandırılacaklardır.”

2.5. Suçun Mağduru

TCK’nun 243. maddesinin değişiklikten önceki halinde, bu suçun mağduru sadece “maznun-zanlı” olarak gösterilmiştir. Maznun kavramı, hakkında, kamu davası açılmış veya henüz ceza davası açılmamış olmakla birlikte kendisine sanık sıfatını veren adli bir işlem yapılmış kişi olarak anlaşılmıştır.⁹¹ Bunun neticesi ise, sanık sıfatını taşımayan kişilere karşı uygulanan kötü muamele fiillerinin, 243. madde kapsamındaki işkence suçunu oluşturmayacağı yorumunu ortaya çıkarmıştır. Verilen yargı kararlarında da bu tür fiiller 245. madde kapsamında değerlendirilmiştir.

Nitekim, Yargıtayın 1981 yılında vermiş olduğu bir kararda, 243. madde kapsamında sanık konumundaki kişilerin işkence suçunun mağduru olabileceği

⁹⁰ Üzülmüş, *İşkence Suçu*, s. 78

⁹¹ Demirbaş, *TCK’da İşkence Suçu*, s. 33

belirtilmiştir.⁹² Bu karara göre, TCK'nun 243. maddesinde yazılı suçun oluşması için zorunlu öğeler şunlardır:

1. “Hakkında ceza davası kovuşturmasına girilmiş suçlu bir sanık bulunacaktır.
2. Bu sanığa mahkeme başkanı veya üyelerinden veya hükümet memurlarından biri sanığa suçunu söyletmek için olan işkence veya onur kırıcı eylemler yapacaktır. Madde işkence eylemini mahkeme hakimleri içinde yaptırma bağladığına göre ortada zora sokulacak herhangi bir kimse değil, suçlanan bir sanık bulunacaktır.”⁹³

Yapılan bu unsur tanımlaması, daha sonra verilen kararlarda da görülmektedir. “...Müşteki hakkında evvel ve ahir hiçbir suçlama yapılmamıştır. Emniyet Amirliğinden alınan belgelerden, hiçbir suç duyurusunu içermeyen ve her yönden kuşkulu telefon ihbarı üzerine zabitanın harekete geçerek müdahili yakalayıp sorguladığı ve sonunda da suçlu bulunmaması sebebiyle serbest bırakıldığı anlaşılmıştır. Sorgulama esnasında da müdahil emniyette dövülmüştür. 243. maddedeki suçun oluşması için her şeyden önce mağdurun belli bir suçun sanığı olması başka bir ifadeyle hakkında kovuşturmaya gidilmiş suçlu bir sanığın bulunması gerekir. Oluşa ve açıklanan nedenlere göre suçun öğesinin oluşmadığı...”⁹⁴ şeklinde verilen kararda; bir ihbar sonucu yakalanan şahsın sorgulanması esnasında dövülmesini, bir suçla ilgisi olmadığından ve hakkında adli takibat yapılmadığından dolayı 245. madde kapsamında değerlendirmiştir. 1995 tarihli başka bir kararda, “Bir hırsızlık olayı nedeniyle bilgisine başvurulmak üzere evinden alınıp karakola getirilen müdahilin karakolda görevli polis memuru tarafından el ve ayaklarına copla vurulmak suretiyle 5 gün iş ve gücüne engel şekilde dövüldüğü,

⁹² “...Bu başvuru ile ilgili olarak dosya içerisinde bir tutanak örneği varsa da işkence sanığının mahkemedeki yanıtına göre suçlama hakkında adli bir kovuşturma yapılmamıştır. Evrak karakoldadır. Sonucu bilinmemektedir. ...Sözü edilen maddenin TCK'nun 228 ve 245. maddelerinde ayrılan başlıca öğesi bu özelliği içermektedir. Dava konusu olayda işkencenin mağduru O.Y'nın hırsızlık suçunun sanığı olduğu kesin kanıtları ile saptanmamıştır. İkinci başvurusunda anlatımlarını değiştiren hırsızlık şikayetçisinin söyledikleri de araştırılmayan bu öğenin varlığını kuşkuya düşürmektedir. Jandarma Onbaşısı Sanık K.A. ve H.Ş. imzalı tutanak örneğine konu hırsızlık iddiasının sonucu araştırılmalı ve buna göre mağdur O.Y'yi karakolda iki gün işten kalır biçimde döven sanığın kastı ve suç niteliği yeniden değerlendirilmelidir.” Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 19.6.1981 tarih ve 2821/4069 sayılı kararı için bakınız, Savaş, Vural ve Mollamahmutoğlu, Sadık, *TCK Yorumu*, Seçkin Yayınları, Ankara, 1. Baskı, 1995, s. 1841

⁹³ Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 19.6.1981 tarih ve 2821/4069 sayılı kararı için bakınız, Savaş ve Mollamahmutoğlu, *TCK Yorumu*, 1995, s. 1841

⁹⁴ 8. Ceza Dairesi 2.7.1986 tarih ve 3506/4007 sayılı kararı için bakınız, Savaş ve Mollamahmutoğlu, *TCK Yorumu*, 1998, s. 2633

sanığın oluşa ve dosya kapsamına göre eyleminin efrada kötü muamele niteliğinde olup, TCK'nun 245. maddesi yerine unsurları oluşmayan TCK 243. maddesi ile mahkumiyet kurulması bozmayı gerektirmiştir.”⁹⁵ şeklindeki hükmüyle de, şahsın şüpheli olarak gözaltına alınması ve suçla alakasının bulunmaması nedeniyle 243. maddedeki suçun unsurlarının oluşmadığı tespit edilmiştir.

Ancak, 1999 yılında madde metninde yapılan değişiklik neticesinde, suçlarını söyletmek için işkenceye maruz kalan mağdurun, bir suç işleme şüphesi altında bulunması yeterli görülmüş, daha sonra hakkında sanık sıfatıyla dava açılmış olması şartı aranmamıştır.

Bunun yanında yapılan son değişiklik ile suçun mağduru olabilecek kişiler, işlenen bir suçtan zarar gören mağdur, şahsi davacı, davaya katılan ve tanık olarak gösterilmiştir. Yeni düzenleme, uygulamada karşılaşılan sorunları giderme yönünde faydalı olmuştur.

Ayrıca bu düzenleme, iç hukuk kuralı haline gelen uluslararası sözleşme hükümlerinin hayata geçirilmesi anlamına gelmektedir. Nitekim 1988 yılında Türkiye tarafından onaylanan İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin 1. Maddesinde, işkencenin tanımı yapılırken *“bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen fiil sebebiyle”* ibaresi kullanılmıştır. Bu sözleşme kapsamında mağdur, sanık sıfatı almamış bir kişi olabileceği gibi diğer şahıslarda bu suçun mağduru olarak kabul edilebilecektir.

Kanun metninde yapılan değişikliğin Yargıtay kararlarına da yansıdığı görülmektedir. YCGK'nun 2002 yılında vermiş olduğu kararda; *“TCK. 243. maddesinde yapılan değişikliğe göre, suçun mağduru maznun-sanık durumunda bulunan kimse ile sınırlı iken sanık yanında şüpheli, mağdur, şahsi davacı, katılan, tanık, şikayetçi ve ihbar edenin de suçun mağduru olabileceği kabul edilmiştir”⁹⁶*

⁹⁵ 8. Ceza Dairesi 20.12.1995 tarih ve 14569/17658 sayılı kararı için bakınız, Savaş ve Mollamahmutoğlu, *TCK Yorumu*, 1995, s. 1842

⁹⁶ İnceleme konusu somut olayda, 21.5.1997 günü saat 24.00 sıralarında Asayiş Şube Müdürlüğüne yapılan bir telefon ihbarı ile Abdulvahap Terzi ile Recai Erkmen isimli şahısların, Mersin iline oto çalmak için geldiklerinin bildirilmesi üzerine şahıslar yakalanarak gözaltına alınmışlardır. Şahıslar Hırsızlık Büro Amirliğine götürülmüşlerdir. Başkomiser Soner Dülger gözetiminde yapılan sorgulamaları esnasında, şahıslara suçlarını söyletmek amacıyla sinkaflı küfürler ve hakaretler edilerek, oto hırsızlığı şüphelisi olarak gözaltına alındıklarını, gösterdikleri sürücü belgesindeki şahsı tanıyıp tanımadıkları sorulmuş, tanımadıklarını, şehre nohut ticareti yapmak için geldikleri şeklinde cevap vermeleri üzerine her iki şahıs nezarete alınarak çıırılçıplak soyulmuştur. Elleri ve ayakları ranzaya bağlanarak elektrik verilmiş, ısrarla üçüncü kişiyi tanıyıp tanımadıkları sorulmuş, bilmiyoruz şeklindeki cevapları üzerine elektrik verilmeye devam edilmiş, hayaları sıkılmış ve dayak atmak suretiyle işkence

şeklinde davayı neticelendirerek, değişiklik sonrası uygulamanın bir örneğini ortaya koymuştur.

5237 Sayılı TCK'nun 94. maddesinin birinci fıkrasına göre, suçun mağduru olabilecek kişilerde herhangi bir özellik yoktur. Madde metninde, işkence suçunun mağduru, sadece suç şüphesi altında olan kişi ile sınırlı tutulmamıştır. Yani herkes bu suçun mağduru olabilir. Tanık ve hatta bir kamu görevlisi de bu suçun mağduru olabilir. Suçun mağduru olabilecekler 765 sayılı TCK'nunda olduğu gibi tahdidi olarak

yapılmaya devam edilmiştir. Daha sonra olumlu cevap alamayan görevliler, şahısları izlerin kaybolması için hareket ettirmişler ve yaralarına merhem sürmüşlerdir. Ayrıca C. Savcılığından bir gün ek süre alınmış, ifadeleri alınarak adli tabipliğe sevk edilmişlerdir. Şahıslar görevli polis memurları nezaretinde doktor ile görüşmüşler ve muayene edilmeden beyanlarına dayanıp “darp ve cebir izine rastlanmadığına” ilişkin raporları alınmış, aynı gün serbest bırakılmışlardır. Şahıslar serbest bırakılmaları üzerine C. Savcılığına müracaatta bulunmuşlardır. Cumhuriyet Savcılığının sevki ile “vücutlarında kızarıklık ve lezyonlara rastlandığı, iş gücü kayıplarının olmadığına” ilişkin doktor raporu alınmıştır.

... 1999 yılında verilen hükmün temyiz edilerek Yargıtay'a gönderilmesi üzerine dosyayı inceleyen 8. Ceza Dairesinin 2000 yılında vermiş olduğu karar şu şekildedir; “Sanıkların eylemlerinin her iki mağdura ayrı ayrı olmak üzere 243/1. maddede düzenlenen suç oluşturduğu gözetilmeden 245. maddeye göre ve birer kez olmak üzere yazılı biçimde hüküm verilmesi bozmayı gerektirmiştir. Sanık Adli Tabip Suat Tekin Turhan'ın ise ilgili yasa ve yönetmeliklere aykırı biçimde, polislerin yanında ve mağdurları soymadan muayene etmek suretiyle görevini ihmal ettiği, eylemin TCK. 230. maddesinde tanımlanan suç oluşturduğu gözetilmeden yazılı gerekçe ile beraatine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir. 8. Ceza Dairesinin 31.1.2001 tarih ve 25909/3067 sayılı kararı, Dosyasından

Yerel mahkeme, 8. Ceza Dairesinin bozma kararına karşı yapmış olduğu itirazda, “Sanık Dr. Suat Tekin Turhan'ın mağdurların yaraları olmasına rağmen haklarında darp cebir olamadığına dair vermiş olduğu raporları mağdurların beyanına göre düzenlediği ve suç kastının bulunmadığını, diğer sanıkların hakkında da, TCK'nun 243. maddesindeki işkence suçunun oluşabilmesi için suç failinin yetkili memur olması, mağdurun sanık durumunda bulunan bir kimse olması, sanığın suçunu söyletme kastıyla hareket etmesi, sanığın işkence ve kötü muamelelerde bulunması gerekir. Bu unsurlardan birisi bulunmadığı takdirde işkence suçundan bahsedilemez, bir cürüm işlendiğinden dolayı şüphe edilen bir kimse sanık değildir. Basit bir şüphe ile bir kimseye sanık sıfatı da verilemez. Sanık kendisine karşı ceza davası açılmış veya adli bir işlem yapılmış olan kimsedir. Gözaltına alınan şahısların sanık olmadıklarını, ihbar sonucu gözaltına alındıklarını, ifade sahibi olarak beyanlarına başvurulduğunu ve sonra da serbest bırakıldıklarını, sanık sıfatını almadıkları için basit müessir fiilinin işkence olarak nitelendirilemeyeceğini” dile getirmiş ve 245. madde dahilinde vermiş olduğu kararda direnmiştir.

Yerel mahkeme ile özel dairenin olay üzerinde vermiş olduğu kararları Yargıtay Ceza Genel Kurulu ele almış, somut olayda çözülmesi gereken sorunları karara bağlamıştır. YCGK, vermiş olduğu kararda öncelikle insan hakları kavramı üzerinde durmuş, sonrada Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere, anayasal ve yasal düzenlemelere dikkat çekerek işkence suçunun kabul edilemezliğine işaret etmiştir.

“... 243. maddenin değiştirilmeden önceki haline göre suç failinin ancak yetkili memur olabileceği kabul edilmekte iken 4449 sayılı Yasa ile TCY'sının 243. maddesinde 26.8.1999 tarihinde yapılan değişiklikle bu suçun faili olarak ‘diğer kamu görevlileri’ de kabul edilmiştir. Böylece diğer kamu görevlilerinin tümü faillik kapsamına alınmıştır.TCK. 243. maddesinde yapılan değişikliğe göre, suçun mağduru maznun-sanık durumunda bulunan kimse ile sınırlı iken sanık yanında şüpheli, mağdur, şahsi davacı, katılan, tanık, şikayetçi ve ihbar edenin de suçun mağduru olabileceği kabul edilmiştir. Her iki sanık, hukuka aykırı şekilde itiraf ve kanıt elde etmek için katılanlara yukarıda belirtilen şekilde işkence etmişlerdir.” YCGK'nun 15.10.2002 tarih ve 8-191/ 362 sayılı kararı, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Cilt 29, Sayı 2, Şubat 2003, ss. 265-274

sıralanmamıştır. Ancak, mağdurun belirli bir sıfat taşıması ağırlaştırıcı bir sebep olarak görülmüştür.

2.6. Suçun Maddi Unsuru

İşkence suçunun maddi unsuru, ifade alma veya sorgulamaya yetkili memurun, maddede sayılan şahıslara “işkence, zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı” muameleler yapmasıdır. Bu nedenle işkence, seçimlik hareketli bir suçtur. Buna göre, madde kapsamında belirtilen fiillerin birinin yapılması ile suç tamamlanmış olacaktır.⁹⁷

Maddede dile getirilen kötü muamele türleri, mağdurun bedeni ve ruhi yapısında bir zarar ve tehlike meydana getirebilecek nitelikteki hareketlerden oluşmaktadır.⁹⁸ Ancak, işkence, zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muameleler için tanım öngörülmemiş olup, bu fiillerin birbirinden farklılıkları hususunda somut ölçüler gösterilmemiştir. Bu nedenle söz konusu fiiller arasındaki sınırları belirleyebilmek ve birbirinden ayırmak oldukça zordur.

Madde kapsamında bahsi geçen kavramların kanun metninde tanımının yapılmamasına rağmen bu tanımları Yargıtay kararlarında görmek mümkündür. YCGK’nun 1983 yılında vermiş olduğu karara göre Maddede bahsedilen ve suçun maddi unsurunu teşkil eden işkence vesair kötü muamelelerden ne anlaşılması icabettiği hususunda, kanuni bir tarife rastlanmamakla birlikte doktrin ve mahkeme içtihatlarında şu açıklamalar yer almaktadır:

- a. *“İşkence; bir kimseye maddi veya manevi mahiyette eza verici muameleler,*
- b. *Zalimane muameleler; mağdura yapılan maddi veya manevi ızdırıp verici her türlü muameleleri,*
- c. *İnsani olmayan muameleler, insan kişiliğini ve duygusunu önemli derecede incitici fiilleri,*
- d. *Haysiyet kırıcı hareketler ise, bir kimsenin namus, şöhret veya haysiyetine saldırı niteliğinde fiilleri ifade etmektedir.”*⁹⁹ Ancak, kararda da belirtildiği gibi

⁹⁷ Artuk, *Özel Hükümler*, s. 531

⁹⁸ Gözübüyük, Şeref, *TCK Şerhi*, Kazancı Yayınları, İstanbul, yayın tarihi yok, 5. bası, s. 246

⁹⁹ YCGK, 4.4.1983 tarih ve 8-64/156 sayılı kararı için bakınız, Çağlayan, M. Muhtar, *Açıklamalı İctihatlı Türk Ceza Kanunu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1984, ss. 812- 817

“işkence, zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı” muameleler arasındaki sınırın ve farklılıkların belirlenmesi uygulayıcıların takdirine bırakmıştır.

Ancak, verilen tanımlardan da, bu kavramlar arasındaki farklılık net bir şekilde ortaya konulmamaktadır. Özellikle işkence ve zalimane muamele kavramları arasında hiçbir farklılık ortaya konulmamıştır. Bunun neticesinde verilen kararlarda Yargıtayın, işkence, zalimane, gayri insani ve haysiyet kırıcı muameleler arasındaki farklılığı, göz önünde bulundurmaksızın bir bütün olarak değerlendirdiği görülmektedir. Bu kararlara katılmak mümkün değildir. Zira, uygulanan kötü muamele türleri arasında yoğunluk ve nicelik farkı söz konusu olup, burada en ağır ihlali işkence oluşturmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin vermiş olduğu kararlarda, işkencenin varlığı için şiddetli fiziki veya manevi acı ve ızdırap aranmakta, aranan yoğunluğa ulaşmamış fiiller ise insanlık dışı veya onur kırıcı muamele kapsamında değerlendirilmektedir.

5237 Sayılı TCK’nun 94. maddesindeki düzenlemede işkence suçunun maddi unsurunu, “bedensel ve ruhsal yönden acı çektiren”, “algılama ve irade yeteneğini etkileyen” ve “aşağılanmaya yol açan” hareketler oluşturmaktadır. Kanunda işkence suçu, bu fiillerle işlenen seçimlik hareketli bir suç olarak kabul edilmiştir.

İşkence suçu için öngörülen bu seçimlik hareketler zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleleri kapsayıcı bir özellik göstermektedir. Kanunda işkence sadece bedensel veya ruhsal acı çektiren hareketlerle sınırlanmadığı gibi, işkencenin yanı sıra zalimane ve gayriinsani muamele kavramlarına yer verilmeyerek işkencenin acı ve ıstırap verme ölçütü üzerinde kurulması engellenmiştir. Böylelikle işkencenin acı verme ölçüsü üzerine değil doğrudan kişi onurunun ve bütünlüğünün korunması ve bunun zedelenmezliği üzerinde temellendirilmesi sağlanmıştır.¹⁰⁰

2.6.1. İşkence Etmek

Yargıtayın 1983 tarihli kararında “*İşkence; bir kimseye maddi veya manevi mahiyette eza verici muamelelerin*” uygulanması olarak tarif edilmiştir. İşkenceye Karşı

¹⁰⁰ Üzülmüş, İlhan, “Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence ve Eziyet Suçu”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/>

Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin 1. maddesinde, “*işkence*”, “*şahsa karşı uygulanan fizikî veya manevî yönden ağır acı veya ızdırıp veren bir fiil*” olarak tanımlanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de esas olarak işkence yasağına yer vermiş olmakla birlikte, işkenceyi tanımlamamıştır. Bu konuda Sözleşmenin denetim organı niteliğindeki, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divanı (1998 yılından bu yana tek kurum olarak Mahkeme) verdikleri kararlarda, işkence, insanlık dışı ya da onur kırıcı muamele terimlerinden ne anlaşılması gerektiğini ve bunların arasındaki farklılıkları dile getirmişlerdir.

AİHM, işkencenin “kasıtlı yapılan çok ciddi ve zalimane, insanlık dışı muameleye maruz bırakılma” olduğunu belirterek, “Bir muamele, kasıtlı fiziksel ve zihinsel acı veriyor ve psikolojik bir tahribata yol açıyorsa bu insanlık dışıdır. Bir muamele korku duygusuyla yükselir, utanca boğan etki yapar, fiziksel ve moral direnci kırarsa aşağılayıcıdır” nitelemesinde bulunmuştur.¹⁰¹ İşkenceden söz edebilmek için kişi üzerinde uygulanan fiilde, “belli bir ağırlık” ve “belli düzey/yoğunluk ölçüsü olmalı” görüşünü benimseyen Mahkeme, bu ölçülerin her somut olayın özel şartlarına göre, yargıç tarafından takdir edileceğini belirtmektedir.

Uluslararası mekanizmalar yönünden de, işkenceyle ilgili kavramsal düzeyde görüş ve uygulama birliğinin bulunduğunu söylemek olanaksızdır. Ancak, verilen tanımlardan, işkencenin maddi veya manevi nitelikte ağır acı ve ızdırıp veren hareketlerden oluşması gerektiği anlaşılmaktadır.

Yargıtay kararlarında, işkencenin tespitine yönelik değişik yaklaşımlar olduğu görülmektedir. Örneğin, Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 1970 yılında vermiş olduğu kararda “*243. maddedeki işkence ve zalimane muamelelerden maksat, mağdurun bedeni ve ruhi yapısında bir zarar ve tehlike meydana getiren fiillerdir. Hadise sırasında işlenen fiillerin mağdurun muayenesine dair raporlarda tespit edilen eserlere göre bu nitelikte oldukları kabul edilemez*”¹⁰² yorumu yapılarak, mağdura yönelik müessir fiillerin, işkence olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir. Bu kararda işkencenin, bedeni ve ruhi yapıda meydana getirmesi beklenen acı ve ızdırabın ortaya çıkmadığı düşünülmektedir.

¹⁰¹ İrlanda/Birleşik Krallık Kararı, 18.01.1978, par. 162, 167, Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa İçtihatları*, Beta Yayınları, İstanbul, 1996, ss. 75-140

¹⁰² Yargıtay 1.Ceza Dairesi’nin 15.9.1970 tarih ve 3576/2486 sayılı kararı için bakınız, Savaş ve Mollamahmutoğlu, *TCK Yorumu*, 1998, s. 2635

Verilen başka bir kararda, kişinin bir hafta iş ve gücünden kalacak şekilde darp edilmesi, 243. madde kapsamında işkence olarak görülmediği gibi işkencenin ancak müessir fiilin ağırlaşmış hallerinde söz konusu olabileceğine işaret edilmekte, şahsın yaralanmasına sebep olan müessir fiiller 245. madde kapsamında değerlendirmektedir. “243. maddenin unsurlarından biri sanığa suçunu söyletmek amacıyla eylemin yapılması, diğeri, bu eylemin işkence veya zalimane veya gayri insani veya haysiyet kırıcı muameleler niteliğinde bulunmasıdır. Kanun koyucu, 245. maddede darbı açıkça yazdığı halde, 243. maddede bu kelimeyi zikretmemiştir. Darbın mutlaka işkence niteliğinde olması keyfiyeti aranmıştır. Sopa ile yedi gün iş gücünden kalacak şekilde kaba bölgelere vurulması bir darp niteliğinde olup, işkence niteliğinde görülemeyeceğinden TCK 245. maddesi yerine 243. maddesiyle hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.”¹⁰³

8. Ceza Dairesinin 1987 yılında verdiği bir başka kararda da; 243. madde kapsamında cürüm söyletmek için yapılan her darbın bu madde kapsamında değerlendirilemeyeceği, darbın işkence niteliğinde olduğu takdirde bu maddeye, değilse ve diğer şartları varsa 245. maddeye göre değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca işkenceden ne anlaşılması gerektiği konusunda yapmış olduğu değerlendirmeye göre; “İşkence, işkence kastı ile yapılan, sonuç almaya yönelik kısmen bezdirici ve azap verici bir eylemdir. Bu takdirde, olayda suçu söyletmek için mağdurun başını duvara vurmak suretiyle yedi gün işten kalacak şekilde yaralanmasını işkence niteliğinde görmek mümkün değildir.”¹⁰⁴ Bu kararda da görüldüğü gibi suçunu söyletmek amacıyla da olsa, kişinin yedi gün iş ve gücünden kalacak şekilde darp edilmesi, ağır acı ve ızdırıp oluşturmadığı gerekçesiyle 243. madde kapsamında görülmemiştir.

¹⁰³ Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 25.2.1987 tarih ve 5613/1416 sayılı kararı için bakınız, Gözübüyük, TCK Şerhi, s. 942

¹⁰⁴ Somut olayda; Sanık, şahsın suçunu ikrar etmesi için nezarete alıp, saçlarından tutup duvara vurmak suretiyle etkili eylemde bulunmuştur. Adli Tıp raporuna göre, başın arka kısmında hiçbir lezyon bulunmamakta, etli deride şişlik oluşması ile yedi gün işten kalacak şekilde yaralanmasına sebebiyet verilmiştir. Özel Dairenin mevcut olayla ilgili kararı şu şekildedir; “243. madde kapsamında cürüm söyletmek için yapılan her darbı bu madde kapsamında görmeyip, darbın işkence niteliğinde olduğu takdirde bu maddeye, değilse ve diğer şartları varsa 245. maddeye göre değerlendirilmesi gerekir. Zira kanun koyucu darbın, TCK’nun 245. maddesine gireceğini öngörmüştür. İşkencenin kanunumuzda tanımı yapılmamışsa da genel lügat manası ve Ceza Kanununda kullanıldığı yerler göz önüne alınırsa işkence, işkence kastı ile yapılan, sonuç almaya yönelik kısmen bezdirici ve azap verici bir eylemdir. Bu takdirde, olayda suçu söyletmek için mağdurun başını duvara vurmak suretiyle yedi gün işten kalacak şekilde yaralanmasını işkence niteliğinde görmek mümkün değildir. Bu yüzden sanığın eylemi TCK. 245. maddesine uyduğu halde, 243. maddesi ile cezalandırılması bozmayı gerektirmiştir. Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 18.6.1987 tarih ve 1202/ 6631 sayılı kararı için bakınız, Parlar ve Demirel, Kişilerin Hayatına ve Beden Bütünlüğüne Karşı Suçlar, s. 864

Yargıtayın kişilerin cürümünü söyletmek için de olsa darp edilerek iş ve güçten alıkoyacak şekilde yaralanmalarına yaklaşımı daha sonra verdiği kararlarda değişmektedir.¹⁰⁵ Nitekim, Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 2002 tarihinde verdiği kararda; “...lisede bayrak töreni sırasında, bir kısım öğrencilerin cep telefonları ve paralarının çalınması olayı üzerine, aynı lisede öğrenci olan ve bir takım duyumlar nedeniyle şüpheli görülerek karakola götürülen müştekinin suçu kabul etmesi için sanık polisin etkili eylemde bulunduğu, bu eylemin 243. maddede tanımı yapılan suçu oluşturduğu gözetilmeden 245. madde ile hüküm kurulması aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.”¹⁰⁶ şeklindeki kararıyla etkili eylemin 243. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini dile getirmiştir.

Yargıtayın müessir fiil dışında, uygulanan kötü muamele fiillerin 243. madde kapsamında değerlendirmesi ise uygulanan yöntemlerin çeşitliliğine ve ağırlığına göre şekil almaktadır. Örneğin, “şahsa suçlarını söyletmek, suç yerini göstermek ve delillerini tespit etmek amacıyla kişilerin elbiselerinden tecrit edilerek üzerlerine soğuk su dökülmesi, copla dövülmesi, makatlarına cop sokmaya yeltenilmesi ve vücutlarında sigara ateşinin söndürülmesi”¹⁰⁷, “şahsı suçunu söyletmek amacıyla sert cisimle dövmek, tazyikli su sıkmak, makatına cop sokulması ve fiziki travma nedeniyle 10 gün iş ve gücünden kalacak biçimde yaralanması”¹⁰⁸ ve karısını öldürdüğü savı ile karakola alınan şahsın, suçu kabul etmesi için koltuk altlarına kaynamış yumurta konulması ve

¹⁰⁵ Ancak, Yerel mahkemelerin 243. madde ile 245. madde arasındaki farkın iş ve güç kaybının yoğunluğuna göre ayırt edileceği yönündeki görüşünde bir değişiklik olmamaktadır. “... Kdz. Ereğli’si Emniyet Müdürlüğünde, hırsızlık olayını kabul etmesi için sanıklar Ö.K. i.A. M.T ve T.K. tarafından işkenceye uğradığını, sanıkların kendisini falakaya yatırıp dövdükleri, Ö.K. ve M.T. isimli polislerin falakanın iki tarafından tuttuklarını, T.K. ile İ.A’nın ayaklarının arkasına ve sırtına jop ve sopa ile vurduklarını, yapılan soruşturmada müştekinin Sağlık Ocağı Tabipliğince Devlet Hastanesine sevk edildiği, burada müştekide darp cebir izinin olduğu, iş ve güç kaybına neden olmadığı raporunun verildiği, daha sonra ise alınan raporda 2 gün iş ve güç kaybının bulunduğu anlaşıldığı... Olayda çözümlenmesi gereken sorun, sanıkların kabul edilen eylemlerinin TCK’nun 243. maddesindeki mi yoksa 245. maddesindeki mi suç tipine uygun olduğunun belirlenmesidir. 243. maddesinin uygulanabilmesi için bir kimseye maddi ve manevi bir mahiyette eza verici, kişiliğini ve duygusunu önemli derecede incitici, insani olmayan, süreklilik ve bezdiricilik gösteren hareketlerin varlığı aranmaktadır. Somut olayda, sanıklar tarafından bu tür işkence boyutuna varan davranışlarda bulunduklarından söz edilemez. Sanıkların müdahale 2 gün iş ve güçten kalacak şekilde müessir fiilde bulunma eylemleri TCK’nun 245. maddesinde düzenlenen suç tipine uygun olduğu anlaşılmalı, kötü muamele eylemine uyan TCK’nun 245. maddesi gereğince cezalandırılmalarına...” Dosyasından, Zonguldak 2. Ağır Ceza Mahkemesi 27.01.2004 tarih ve 2003/80 esas ve 2004/7 sayılı kararı

¹⁰⁶ Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 13.11.2002 tarihli ve 10480/10568 sayılı kararı, Dosyasından

¹⁰⁷ YCGK’nun 22.3.1976 tarih ve 100/133 sayılı kararı için bakınız, Savaş ve Mollamahmutoğlu, *TCK Yorumu*, 1998, s. 2610

¹⁰⁸ Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 23.6.1999 tarih ve 8660/10478 sayılı kararı için bakınız, Evliyaoğlu, Erkal, *Memurlarla İlgili Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2001, s. 724

darp edilmesi¹⁰⁹ şeklinde uygulanan fiiller, kararlarda işkence, gayri insani ve haysiyet kırıcı muameleler olarak kabul edilmiştir.

YCGK, 2002 yılında, işkenceyi yeni bir kavramla nitelendirdiği karar şu şekildedir; “...İnsan hakları, ayırım gözetilmeksizin sahip olunan hakların tümünü kapsar, bu nedenle ve tek cümle ile işkence suçu insanlığa karşı işlenen bir insanlık suçudur.

...Dosyadaki mevcut bilgi ve belgeler ışığında, somut olay değerlendirildiğinde, sanıklar Soner Dülger ile İbrahim Altuntaş’ın, bir ihbar üzerine gözaltına aldıkları her iki katılana, suçlarını söyletmek amacıyla çırl çıplak soyup, elektrik verip, testislerini sıkarak etkili eylemde bulundukları ve hakaret ettikleri konusunda kuşku mevcut değildir... Her iki sanık, hukuka aykırı şekilde itiraf ve kanıt elde etmek için katılanlara yukarıda belirtilen şekilde işkence etmişlerdir.”¹¹⁰

YCGK, vermiş olduğu kararda işkenceyi “İnsanlığa karşı işlenen suçlar” kapsamında değerlendirmiş ve bir insanlık suçu nitelendirmesi yapmıştır. Her ne kadar bu niteleme ile işkencenin kabul edilmezliği ve vahameti ortaya konulmak istenmişse de, mevcut somut olay üzerinde veya ülkemizdeki münferit işkence hadiselerine bakarak bu nitelemenin çok ağır bir kavramı ifade ettiği ortadadır. İnsanlığa karşı suçlar kavramı, uluslararası ceza yargısının görev alanına giren ve tanımını uluslararası sözleşmelerde ve mahkeme kararlarında görebildiğimiz bir kavramdır.¹¹¹

¹⁰⁹ Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 17.12.1997 tarih ve 1588/17840 sayılı kararı için bakınız, Parlar ve Demirel, *Kişilerin Hayatına ve Beden Bütünlüğüne Karşı Suçlar*, s. 833

¹¹⁰ YCGK’nun 15.10.2002 tarih ve 8-191/ 362 sayılı kararı, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Cilt 29, Sayı 2, Şubat 2003, ss. 265-274

¹¹¹ İnsanlığa karşı işlenen suçların tanımına ve içeriğine yönelik, literatürde şu yorumlara rastlamak mümkündür;

İkinci dünya savaşı sonrası 1945 yılında Londra anlaşmasıyla Nazi savaş suçlularının yargılanması için Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi kurulmuştur. Kurulma amacı soykırım ve insanlığa karşı suç işleyenlerin cezalandırılmasıdır. Bu davada, insanlığa karşı suçlar, savaştan önce veya savaş sırasındaki öldürme, yok etme, köleleştirme, sürgün ve bir sivil halka karşı yapılan diğer insanlık dışı eylemler ile siyasi, ırki yada dini nedenlerle zulmetmenin bir suç olarak oluşması, ancak barışa karşı suçlar veya savaş sonrası suçların işlenmesi ya da bu suçlarla bağlantılı olarak icra koşullarına bağlanmıştır. Tahranlı, Turgut, “Uluslararası Suçlar ve İnsan Hakları”, *Toplum ve Bilim*, Sayı 87, Yıl 2000/2001, s. 100

1945 Tarihli Savaş Suçları ile Barışa Karşı İnsanlığa Karşı Suçlardan Sorumlu Olanların Cezalandırılmalarına Dair 10 Sayılı Denetim Konseyi Yasasının 2. maddesinde de insanlığa karşı suçlar, “işlendiği ülkenin ulusal yasalarına aykırı olsun veya olmasın, herhangi bir sivil nüfusa karşı işlenen katliamı, imhayı, köleleştirmeyi, sınır dışı etmeyi, hapsedmeyi, işkence yapmayı veya insanlık dışı muamele ile siyasal, ırksal veya dinsel sebeplerle zulmetmeyi içermektedir.”

1991 yılında Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi kurularak, Eski Yugoslavya topraklarında işlenen ağır insancıl hukuk suçlarının (özellikle etnik temizlik ve kadınlara kitlesel

YCGK'nun verdiği kararda belirttiği “işkence, insanlığa karşı işlenen suçlardandır” kavramı, Uluslararası Ceza Muhakemesi kapsamında her ne kadar geçerli olsa da, son karar yargı merciinin dile getirdiği şu hususu da belirtmekte fayda vardır; İşkence, hiçbir sözleşmede istisnası olmayan ve hiçbir şekilde mazur görülemeyecek bir hak ihlalini kapsamaktadır. Bununla birlikte ülkemizde de işkence suçu, başta Anayasa olmak üzere yasaklanmış, TCK'nunda da suç sayılmaktadır. İşkence uygulamalarına hiçbir resmi görüş sahip çıkmadığı gibi, faillerinin adli makamlar önüne çıkarılarak yargılanmaları ve cezalandırılmaları da sağlanmaktadır. Uluslararası Ceza Muhakemesini ilgilendirecek boyutta sistemli bir şekilde, toplumun tamamına veya belli bir grubuna işkence, insanlık dışı muamele ve zulüm uygulanmamaktadır.¹¹²

tecavüz ihlalleri) sorumlularının adalet önüne çıkarılması amaçlanmıştır. Yugoslavya Mahkemesi statüsünde, “ister uluslararası nitelikte olsun, isterse uluslararası nitelikte olmasın, silahlı çatışmalar sırasında işlenilen ve herhangi bir sivil nüfusa karşı yöneltilmiş olan suçlardan sorumlu kişileri yargılama yetkisine sahip olacağını belirtmektedir. Bu suçlar, adam öldürme, imha, köleleştirme, sürgün, hapsedme, işkence, ırza geçme, politik ırksal veya dinsel temellere dayalı zulüm ve diğer insanlık dışı fiillerdir. Yugoslavya Mahkemesi, “herhangi bir sivil nüfusa yöneltilmiş” ifadesinden hareketle, bu ifadenin yaygın ve sistematik bir saldırının varlığını gerektirdiğini belirtmiştir. Ekşi, Canan Ateş, *Uluslararası Ceza Mahkemesinin İnsanlığa Karşı Suçlar Üzerindeki Yargı Yetkisi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 94

Yine 1994 yılında yüz binlerce insanın öldürüldüğü Ruanda için kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi, 1998 yılında sanıklardan biri olan eski Belediye Başkanını, yerli halka karşı soykırım, tecavüz, işkence ve insanlık dışı eylemleri nedeniyle, ömür boyu hapse mahkum etmiştir. Bakınız, Gülmez, Mesut, *İnsan Haklarının Korunması*, TBB Yayınları, 2004, s. 438- 445

Tüm dünyada insan haklarına saygı gösterilmesi ve temel hak özgürlüklerin korunması amacıyla Birleşmiş Milletler Örgütü tarafından 1998 yılında ülkelerin onayına sunulan Uluslararası Ceza Mahkemesinin statüsü, 2002 tarihinde onaylanarak yürürlüğe girmiştir. UCM'nin yargı yetkisi dahilinde olan suçlar açıkça şu şekilde belirtilmiştir: a) Soykırım suçu, b) İnsanlığa karşı suçlar, c) Savaş suçları, d) Saldırı suçu. Maddede belirtilen fiiller, adam öldürme, imha, köleleştirme, nüfusun sürgünü veya nakli, uluslararası hukukun temel kurallarını ihlal eder biçimde hapsedme veya fiziksel özgürlükten ağır yoksun bırakma, işkence, ırza geçme, cinsel kölelik, tecavüz, zorla fahişelik, zorla gebelik, zorla kısırlaştırma ve başka benzer ağır cinsel şiddet biçimleri, tanımlanabilir herhangi bir grup veya topluluğa karşı politik, ırksal, ulusal, etnik, kültürel veya uluslararası hukuk uyarınca evrensel açıdan izin verilmeyen diğer bir temele dayalı olarak yapılan fiillerdir.

Yukarıda verilen tanım uyarınca, UCM'nin insanlığa karşı suçlar üzerindeki yargı yetkisini kullanabilmesinin şartı, maddede listelenen fiillerden birinin, herhangi bir sivil nüfusa karşı yöneltilmiş, sistematik veya yaygın saldırının bir parçası olarak işlenmiş olması ve failin saldırının bilincinde olması unsurları gereklidir. Ekşi, Canan, *UCM'nin İnsanlığa Karşı Suçlar Üzerindeki Yargı Yetkisi*, s. 110

UCM'nin diğer bir özelliği ise, mahkemenin yargı yetkisinin ulusal mahkemelerin yargı yetkisini tamamlayıcı nitelikte olmasıdır. Statüde yer alan düzenlemeye göre, eğer statüde öngörülen bir suç, yetkili devlette kovuşturma ve soruşturma konusu yapılmış ise, ilgili devletin bunu devam ettirme istek ve yeteneği olmaması durumları hariç, UCM'nin yargı yetkisi söz konusu olmamaktadır. Aksar, Yusuf, “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve ABD”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 52, Sayı 2, 2003, s.129

¹¹² Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşmesi çerçevesinde tek bir işkence fiili, Sözleşmenin hükümlerinin harekete geçirilmesi için yeterli iken, UCM statüsünde ise, tanımı verilen işkence fiilinin insanlığa karşı suçun temel unsurlarını taşıması gerekmektedir. UCM'nin hazırlık çalışmaları neticesi

Ulusal yargı makamı olan bir merciin İşkenceyi, “insanlığa karşı işlenen suç” nitelendirmesi içine alması halinde, diğer insanlığa karşı suçlar kapsamındaki, adam öldürme, ırza geçme, cinsel kölelik, zorla fuhuş, zorla hamile bırakma, zorla kısırlaştırma gibi suçları da bu niteleme içerisinde görmesi beklenebilir ki, bu da kavram kargaşası yaratmaktan ibaret olacaktır.

Dolayısıyla, YCGK’nun buradaki ifadesini bir “retorik” olarak yorumlamak ve işkencenin insanlık dışı bir suç olduğunun vurgulanması şeklinde değerlendirilmesi gerekecektir.

2.6.2. Zalimane, Gayri İnsanî veya Haysiyet Kırıcı Muamele

TCK’nun 243. maddesinde dile getirilen zalimane, gayri insanî veya haysiyet kırıcı muamele kavramlarının neler olduğunu belirtilmemiş ve hangi fiillerin bu kavramlara uygun olarak değerlendirileceği hakimın takdirine bırakılmıştır. Ancak, verilen kararlarda yapılan tanımlardan, bu kavramların aralarındaki farkın ne olduğu anlaşılmamaktadır. Oysa, maddede işkence ile zalimane, gayri insanî veya haysiyet kırıcı muamele ayrı ayrı zikredildiğine göre aralarında bir farklılığın bulunması gerekir.

İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin 1. Maddesinde işkencenin tanımı yapılırken, 16. maddesinde “Her taraf devlet işkence derecesine varmayan diğer zalimane, gayri insanî veya küçültücü muamele veya ceza gibi fiillerin... işlenmesini önleyecektir” şeklindeki ifade tarzıyla işkence ile bu kavramlar arasında bir derece farkı olduğu görülmektedir.

Yargıtayın kararında, İşkence; bir kimseye maddi veya manevi mahiyette eza verici muameleler, şeklinde tanımlanmış ve uygulanan fiillerin işkence sayılabilmesi için eza verici olması kabul edilmiştir. Zalimane muameleler; maddi veya manevi ızdırap verici her türlü muameleler olarak tanımlanmış, ancak eza verici özelliği aranmamıştır. İnsani olmayan muameleler, insan kişiliğini ve duygusunu önemli

oluşan 7. maddesinde insanlığa karşı suçlara ilişkin şu tanım ortaya çıkmıştır. “Mevcut statüye mahsus olarak insanlığa karşı suç, saldırının bilincinde olarak herhangi bir nüfusa karşı yöneltilmiş yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olacak şekilde işlenen fiiller anlamına gelmektedir. Ekşi, *UCM’nin İnsanlığa Karşı Suçlar Üzerindeki Yargı Yetkisi*, s. 110

derecede incitici fiiller olarak nitelendirilmiş, haysiyet kırıcı hareketler ise, bir kimsenin namus, şöhret veya haysiyetine saldırı niteliğinde fiiller olarak kabul edilmiştir.¹¹³

Yargıtay bazı kararlarında “zalimane ve insanlık dışı” veya “zalimane ve haysiyet kırıcı” kavramlarını çoğunlukla birlikte kullanmıştır. Uygulanan fiillerin sınıflandırılması yapılmamış olup, genel anlamda 243. maddedeki suçun oluşumu kabul edilmiştir.

8. Ceza Dairesinin 1987 tarihinde “darp edilen ve yedi gün iş ve gücünden kalacak şekilde yaralanan mağdura uygulanan fiili 245. madde kapsamında görmesine rağmen, aynı somut olayda YCGK, “*sanığın, şahsı cürümünü söyletmek amacıyla, raporunda belirtildiği üzere yedi gün iş gücüne engel teşkil edecek şekilde dövmesi, işkence olarak mütalaa edilmese bile, kuşkusuz insani olmayan ve haysiyet kırıcı muamele niteliğindedir*” şeklindeki değerlendirmesi ile sanığın 243. madde kapsamında cezalandırılması kararına varmıştır.¹¹⁴

¹¹³ YCGK’nun 4.4.1983 tarihli ve 8-64/156 sayılı kararı için bakınız, Çağlayan, *Açıklamalı İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, ss. 812- 817

¹¹⁴ “Cürümünü söyletmek için Habibe’ye müessir fiilde bulunmak suçundan sanık Hasan’ın Özel Daire bozma kararına uyularak TCK’nun 243/1, 59. maddelerinin uygulanması suretiyle mahkumiyetine ilişkin hükmü Özel Daire: TCK’nun 243. maddesindeki unsurlardan biri, sanığın söyletmek için eylemi yapması, diğeri, bu eylemin işkence veya zalimane veya gayri insani, haysiyet kırıcı muameleleri niteliğinde olmasıdır. Her müessir fiili bu maddedeki işkenceden saymak mümkün değildir. TCK’nun 245. maddesinde kanun koyucu darbı açıkça yazdığı halde, TCK’nun 243. maddesinde bu kelimeyi zikretmemiştir. Böylece TCK’nun 243. maddesindeki eylemin -darbın- mutlaka işkence niteliğinde olması keyfiyeti aranmıştır. Nitekim TCK’nun 457/2. maddesinde de işkencenin darptan ayrı bir anlama geldiği, eylem de işkence varsa suçun mevsuf hal aldığı açıkça belirtilmiştir. Olayda müdahilin falakaya yatırıldığı iddiadan ileri gitmediği, sonradan gösterdiği şahit komşuları falakaya yatırmayı müdahilden öğrendiklerini söylemişler, müdahilin oğlu dahi karakolun dışında annesinin sesinden dövuğünü anladığını söylemiş, falaka odunu ile dövuğünü annesinden duyduğunu beyan etmiştir. Mağdurenin raporu; gluteal bölgede ekimoz ve sol elinde ödem görülüp, yedi gün işe mani olacak derecededir. Rapordaki bu arazın, falakaya yatırmakla değil, sopa ile gluteal -kalça kabalarına - vurulduğu, müdahilin korunmak için elini tutunca sopa değerek elinde ödem yapmış olması kuvvetli muhtemeldir. Sopa ile gluteale vurmak, 7 gün işe mani olacak bir darp olup işkence niteliğinde görülemeyeceğinden TCK’nun 245. maddesi yerine 243. maddesiyle ceza verilmesi isabetsizliğinden bozmuştur.

Dosya içeriğine göre; ... Karakolunda Komiser Muavini olarak görev yapan sanığın hizmetçi olarak çalıştığı Perihan’a ait evden hırsızlık yaptığı iddiasıyla karakola getirilen müdahil Habibe’yi cürümünü söyletmek için sopa ile döverek 7 gün iş ve gücüne mani olacak şekilde, sağ scapuler bölgede 10 cm. çapında her iki glutealde geniş ekimoz, sağ el bileğinde ödem meydana getirdiği anlaşılmaktadır.

...TCK’nun 243. maddesi, 245. maddesine göre, sanığın "saik"ini suç unsurları arasında sayarak daha özel nitelikte bir düzenleme getirmiştir. Mağdureye suçunu söyletmek "saik"i ile hareket edilmesi halinde, sanığın eyleminin "işkence" veya zalimane veya gayri insani veya haysiyet kırıcı nitelikte bulunduğunun anlaşılması halinde 243. maddeye göre cezalandırılması; bu madde kapsamına girmeyen eylemlerin, unsurları bakımından 245. maddede yazılı suçu veya başka bir suçu oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesi gerekir.

...İnceleme konumuzu teşkil eden olayda da, sanığın müdahili cürümünü söyletmek için, raporunda açıklandığı gibi bir hafta iş ve gücüne engel teşkil edecek şekilde dövmesi, "işkence" olarak mütalaa edilmese bile; kuşkusuz "insani olmayan" ve "haysiyet kırıcı muamele niteliğindedir. YCGK’nun

8. Ceza Dairesi daha sonra verdiği kararlarda kişilerin darp edilmesini 245. madde kapsamında kötü muamele olarak nitelendirmeyi bırakmıştır. Nitekim, 1991 yılında verilen bir kararda; “*Silahla yaralama olayında şahıslara suçlarını söyletmek ve suçta kullanılan silahın ortaya çıkarılmasını sağlamak amacıyla dövülmesi gayri insani muamele*” olarak görülmüş ve 243. madde kapsamında cezalandırılmasına karar verilmiştir.”¹¹⁵

Yargıtay 8. Ceza Dairesi tarafından 1998 yılında verilen bir kararda ise 243. madde kapsamında değerlendirilen uygulamaların, çeşitliliğinin arttığı görülmektedir. “...Sanıkların, cinayet işlemek suçlamasıyla gözaltına alınan mağdurlara, suçlarını söyletmek amacıyla darp, aç susuz bırakma, hayalarını sıkma, hakaret ve küfür etmek, soymak, ayakta tutmak biçiminde zalimane, haysiyet kırıcı ve gayri insani muamelelerde bulunduklarının sabit olduğu ve mahkemece de bu şekilde nitelendirildiği halde, iş ve güçten kalma süresinin azlığı gerekçe gösterilerek dairemizin sürdürülen uygulaması ile de çelişir biçimde 243/1 madde ve fıkrası yerine, 245. maddeye göre hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.”¹¹⁶

Daire, vermiş olduğu bu karar ile 243. madde kapsamındaki işkence, zalimane, haysiyet kırıcı ve gayri insani muamelede kişinin, doktor raporunda belirtilen iş ve gücünden kalma süresinden ziyade, çektiği acı ve ızdırabın yoğunluğu üzerine karar vermiştir. Ayrıca, müessir fiille ilgili verilen kararlar 243. madde kapsamında işkence olarak nitelendirilmese bile bu fiillerin zalimane, gayri insanî veya küçültücü muamele olarak nitelendirildiği görülmektedir.

8. Ceza Dairesi 2002 yılında vermiş olduğu kararda ise; “*Jandarma Karakol Komutanı olan sanığın, anız yakma olayının faili olarak bildiği Kemal Ünlü’yü*

5.10.1987 tarih ve 8/186-423 sayılı kararı için bakınız, Savaş ve Mollamahmutoğlu, *TCK Yorumu*, 1995, s. 1861

“... Görgü tanığı bulunmayan olayda sanık katılana etkili eylemde bulunmadığını savunmuşsa da, katılan devamlılık arz eden tutarlı anlatımlarında sanığın “suçunu ikrar ettirmek için kendisini dövüp yaraladığını” söylemiştir. Sanığın inkarına rağmen saptanan dövme eylemini “ikrar elde etmek dışında” başka bir kasıtlı gerçekleştirilmesini gerektirecek bir neden bulunmadığına göre, katılanın doktor raporu ve sair delillerle de desteklenen beyanına itibar edilmesi gerekir. İtirazda belirtildiği üzere sanığın eylemi işkence olarak mütala edilmese bile, ikrar elde etmek için insani olmayan, haysiyet kırıcı, zalimane muameleler sayılması gerektiğinden 243. madde ile cezalandırılmamasında bir sebep bulunmamaktadır.” YCGK’nun 17.4.1989 tarih ve 8-87/143 sayılı kararı için bakınız, Savaş ve Mollamahmutoğlu, *TCK Yorumu*, 1998, s. 2605

¹¹⁵ 8. Ceza Dairesinin 14.5.1991 tarih ve 2971/5267 sayılı kararı için bakınız, Parlar ve Demirel, *Kişilerin Hayatına ve Beden Bütünlüğüne Karşı Suçlar*, s. 834

¹¹⁶ 8. Ceza Dairesinin 30.9.1998 tarih ve 10513/12029 sayılı kararı için bakınız, Evliyaoğlu, *Memurlarla İlgili Suçlar*, s. 833

*bulamayınca, bu kişinin oğlu olan mağdur Abdurrahman Ünlü'yü karakola götürüp, darp ettikten sonra sakalını ve bıyığını kestirmek biçimindeki eylemin TCK. 243. maddenin 1. fıkrasına uyan 'gayri insani ve haysiyet kırıcı nitelikte' bir davranış olduğu gözetilmeden suç nitelemesinde yanılığa düşülerek TCK. 245. maddesi kapsamında değerlendirilmesi"*¹¹⁷ yorumunu yapmış, şahsın darp edilmesini gayri insani, sakalının ve bıyığının kesilmesinin ise haysiyet kırıcı muamele olarak değerlendirmiştir.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi verdiği kararla, her ne kadar karşı temyiz bulunmadığından dolayı 245. madde dahilinde verilen kararı onaylamışsa da, burada göze çarpan husus; herhangi bir acı ve ızdıraba neden olmayan fiilin de 243. madde kapsamında değerlendirmeye alınabileceğini göstermesidir.¹¹⁸

2.7. Suçun Manevi Unsuru

243. maddedeki işkence, zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı eylemlerin, hakkında soruşturma yapılan sanığa veya soruşturma ile ilgili tanık, mağdur, şahsi davacı veya müdahil sıfatını taşıyan kişilere karşı yapılmasında suçun manevi unsuru olan genel kastın¹¹⁹ oluşmasının yanı sıra, "bir kimseye cürümlerini söyletmek, olayların bildirilmesini engellemek, şikayet ve ihbarda bulunmasını önlemek ve tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple" işkence yapılması, yani sayılan saiklerle hareket edilmesi de suçun özel kastını oluşturmaktadır.¹²⁰

Burada üzerinde durulması gereken bir husus da, 243. madde de yer alan "bir kimseye cürümlerini söyletmek" ibaresinden ne anlaşılması gerekeceğidir.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi 1970 yılında vermiş olduğu kararında; "*TCK 243. maddenin uygulanabilmesi için, failin sanık bulunan bir kimseye cürümünü söyletmek için işlenmiş olması lazımdır. Bu unsur fiili nitelendiren ve başka fiillerden ayıran ve*

¹¹⁷ 8. Ceza Dairesinin 2.10.2002 tarih ve 6686/8949 sayılı kararı için bakınız, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Cilt 29, Sayı 1, Ocak 2003, ss. 128-129

¹¹⁸ Oysa, Yargıtay 4. Ceza Dairesi 1989 tarihinde, "jandarma Karakol komutanı olan sanığın, mağduru karakola getirterek sakalını kestirtmekten ibaret eyleminin TCK'nun 245. maddesine uyduğu gözetilmeden yazılı şekilde kanunun 228. maddesiyle hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir" şeklinde vermiş olduğu kararda aynı tür eylemi, TCK'nun 245. maddesi kapsamında değerlendirmiştir. 19.2.1989 tarih ve 3509/4147 sayılı karar için bakınız, Erol, Haydar, *Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, PYS Matbaacılık, Ankara, 2002, s. 601

¹¹⁹ Evliyaoğlu, *Memurlarla İlgili Suçlar*, s. 715

¹²⁰ Üzülmüş, *İşkence Suçu*, s. 160

aynı zamanda bu suçu meydana getiren önemli unsur şartlarından. Davaya konu olan fiil ise cürümünü söyletmek için değil belki cürüm delili elde etmek amacıyla yapılmış kötü muamelelerdir.”¹²¹ şeklinde yorum yaparak cürüm delili elde etmek amacıyla yapılan kötü muamelenin 245. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Ancak bu hüküm Yargıtay’ın daha sonraki kararlarında değiştirilmiş, cürümün delilini söyletmek için de kötü muamele yapılması, cürümü söyletmek kapsamında ele alınmıştır.

1986 yılında verilen bir kararda; “Sanığın, kişiyi silahla yaralayan müdahili suçta kullanılan tabancayı elde etmek ve sakladığı yeri söyletmek için kollarından bir ağaca asmak suretiyle işkence yaptığı anlaşılmışına göre, Ceza Genel Kurulunun 22.3.1976 tarih ve 8/100-133 sayılı kararında da vurgulandığı gibi, sanıklara suçlarını söyletmek anlamında, suç yerini göstermek ve suç delillerini elde etmek için fena muamele yapılması da TCK’nun 243. maddesi gereğince cezalandırılmaları gerektirdiğinden”¹²² şeklinde yorumuyla, suç yerini göstermek ve suç delillerini elde etmek amacıyla da kötü muamele yapılması 243. madde kapsamında değerlendirilmiştir.

8. Ceza Dairesinin 2002 yılında vermiş olduğu bir kararda, sanıklar hakkında, eğer mağdur suçunu söyletmek için darp edilmişse 243. maddeden, suçunu söyletme amacı güdülmeyen darp edilmişse 245. maddeden hüküm kurulması gerektiğini dile getirmiştir. Yargıtay bu kararıyla, 243 ve 245. maddeler arasındaki ayırımı, suçunu söyletmek saikine indirgemıştır.¹²³

¹²¹ Yargıtay 1.Ceza Dairesinin 15.9.1970 tarih ve 3576/2486 sayılı kararı için bakınız, Savaş ve Mollamahmutoğlu, *TCK Yorumu*, 1998, s. 2635

“...TCK’nun 243. maddesi, 245. maddesine göre, sanığın ‘saik’ini suç unsurları arasında sayarak daha özel nitelikte bir düzenleme getirmiştir. Mağdura suçunu söyletmek “saik”i ile hareket edilmesi halinde, sanığın eyleminin işkence veyahut zalimane veya gayri insani veya haysiyet kırıcı nitelikte bulunduğu anlaşılmışa halinde 243. maddeye göre cezalandırılması...” YCGK’nun 5.10.1987 tarih ve 8/186-423 sayılı kararı için bakınız, Savaş ve Mollamahmutoğlu, *TCK Yorumu*, 1995, s. 1861

¹²² Yargıtay 8. Ceza Dairesi 17. 6.1986 tarih ve 3320/3733 sayılı kararı için bakınız, Malkoç, İsmail ve Güler, Mahmut, *Memurlar ve Suçlar*, Adil Yayınevi, Ankara, 1998, s. 382

¹²³ “... Mağdur-Müdahilin ilk sorgusunda jandarmada dövüldüğünü açıkça belirtmesi ve mevcut iki adet raporun da bu iddiayı doğrulaması karşısında, suçunu söyletmek için mağduru döven sanığın hukuki durumunun TCK’nun 243. maddesi, suçunu söyletme amacı taşımadan döven diğer sanığın hukuki durumunun da 245. madde kapsamında düşünülmesi gerekir.” 8. Ceza Dairesinin 24.4.2002 tarih ve 2093/5360 sayılı kararı için bakınız, Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 28, Sayı 9, Eylül 2002, s. 1439-1440

Yargıtayın 1995 yılında vermiş olduğu karar, cürüm kabahat ayrımını ortaya çıkarmış, kabahatlerin söylenmesine yönelik yapılan eylemler 245. madde kapsamında değerlendirilmiştir. “TCK’nun 243. maddesinde asli unsur, cürümünü söyletmek için işkence olarak ifade edilmiş olduğu halde, kumar oynama ile ilgili kabahat suçu sebebiyle kişinin karakolda darp edilmesi 245. madde kapsamında değerlendirilmelidir.”¹²⁴

Artuk’a göre cürüm olmayan bir suçu, örneğin kabahat olan bir fiili söyletmek amacıyla işkence yapılması halinde 245. maddeden hüküm kurulması mümkündür. Oysa cürümlerini söyletmek ibaresi geniş anlamda ele alınmalı ve bu tabirin “suç” terimi karşılığı kullanıldığı kabul edilmelidir.¹²⁵

Erem’e göre, “cürümünü söyletmek” kavramı suçları söyletmek anlamında kullanılmıştır.¹²⁶

Evliyaoğlu da, cürüm sözcüğünün kabahati de kapsayacak şekilde “suç” terimi karşılığında kullanıldığını ifade etmektedir.¹²⁷

Demirbaş’a göre, suçların cürüm ve kabahatler olarak ayrılmasında bir nitelik farkı bulabilmek mümkün değildir. Çünkü iki suç grubu arasındaki fark, bunların ağırlıklarından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla cürümler, bir toplumda ve belirli zamanda kabahatlere göre daha ağır sayılan suçlardır.¹²⁸

Her ne kadar, TCK’nun 11. maddesinde cezalara ilişkin değerlendirme yapılırken, suçlar; cürümler ve kabahatler olarak ayrıma tabii tutulmuş olsa bile, TCK. 243. maddesindeki “cürüm” teriminin genel anlamda suçlar olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Bu konuyla ilgili İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmenin 1. maddesinde yapılan işkence tanımında “.. bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle...” denilmek suretiyle, işlediği veya işlediğinden şüphe edilen suçlarını söyletmek amacıyla hareket edilmesini öngörmektedir. Görüldüğü gibi burada suç yerine fiil, sanık yerine de

¹²⁴ 8. Ceza Dairesinin 29.06.1995 tarih ve 9314/10352 sayılı kararı için bakınız, Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 22, Sayı 1, Ocak 1996, s. 141

¹²⁵ Artuk, *Özel Hükümler*, s. 534

¹²⁶ Erem, Faruk, *TCK Şerhi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 1993, s.1392

¹²⁷ Evliyaoğlu, *Memurlarla İlgili Suçlar*, s. 714

¹²⁸ Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 174

şahıs ifadesi kullanılmak suretiyle, ceza soruşturması dışındaki soruşturma hallerinde de işkencenin varlığı kabul edilmektedir.¹²⁹

Burada şu hüküm açıklıkla söylenebilir ki, Sözleşme hükmüne göre, TCK 243. maddesindeki “cürümünü söyletmek” hükmü, suçlarını söyletmek olarak algılanmalıdır.

243. maddede saikler arasında gösterilen “diğer herhangi bir sebeple” ifadesinin nasıl anlaşılacağı ise belli değildir.¹³⁰ Bu terim BM Sözleşmesinde “ayrım gözeten herhangi bir nedenle” şeklinde anlaşılmaktadır. Eğer söz konusu ifadeye, maddede sayılmayan “herhangi bir sebep”¹³¹ anlamı verilecek olursa, bu durumda işkence suçunu düzenleyen 243. madde ile kötü muamele suçunu kapsayan 245. madde arasındaki manevi unsura dayanan fark ortadan kalkacaktır.¹³²

5237 Sayılı TCK’unda işkence, bir amaç suç olarak cezalandırılmamıştır. Buna göre, kamu görevlisinin herhangi bir sebeple işkence sayılan davranışları gerçekleştirmesi suçun manevi unsurunun gerçekleşmesi bakımından yeterlidir.

¹²⁹ Demirbaş, Timur, “2003 TCK Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi”, Hukuk Kurultayı 2004, Ankara Barosu, Tebliğ Notu, 9 Ocak 2004

¹³⁰ Nitekim, Çubuk Asliye Ceza Mahkemesinin 16.12.2003 tarih ve 162/937 sayılı kararında (Dosyasından) “diğer herhangi bir sebeple” kavramını değerlendirmiş olup, şahısların şüpheli olarak gözaltına alınması ve haklarında GBT sorgulaması dışında bir işlem yapılmamış olmasına rağmen karakolda kötü muameleye maruz kalmalarını 243. madde kapsamında değerlendirmiştir. “... iddia, savunma, doktor raporları, müşteki anlatımları ve tüm dosya kapsamından sanıkların herhangi bir yazılı veya sözlü talimat ve suç şüphesi olmadan mağdurları mağdure Kezban’ın evinden aldıkları ve karakola götürdükleri, Sanıklar tarafından mağdurların elbiselerinin çıkartıldığı, tekmelendikleri, soğuk su ile ıslatıldıkları ve Mağdur Kezban’ın cinsel tacize maruz kaldığı iddiaları iddianamede kabul edilmesine karşın sevk maddesi TCK. 245. maddesi olarak belirlenmiştir. Bu eylemlerin Yargıtay 8. Ceza Dairesinin kararlarına göre TCK’nun 243. maddesi kapsamında değerlendirildiği hususu sabittir. Doktor raporlarındaki iş ve güçten kalma sürelerinin az olması önemli olmayıp Dairenin son kararlarında bu hallerde de 243. maddenin ihlal edildiği kabul edilmektedir. TCK’nun 243. maddesinde, 245. maddesine göre sanığın saikinin suç unsurları arasında sayılarak daha özel nitelikte bir düzenleme getirildiği, mağdura suçunu söyletmek saiki ile hareket edilmesi halinde sanığın eyleminin TCK 243. maddesine göre cezalandırılması gerektiği... Her ne kadar cürümünü söyletmek için işkence yapılması TCK. 243. maddesinde yazılı suçun asli unsuru olarak kabul edilmekte ise de, maddede yer alan “diğer herhangi bir sebeple” ibaresinin atlanarak maddenin dar yorumlanması şeklindeki uygulamanın, açıklamalar ışığında, mahkememizce sanıkların anlatılan eylemleri TCK. 243 maddesinde düzenlenen ‘her hangi bir nedenle’ ibaresi gözetilerek 243. madde kapsamında kabul edilmiştir. ...Dosyanın üst dereceli Ankara Ağır Ceza mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.”

¹³¹ 10.8.1999 tarihinde Hükümetin teklif ettiği “Türk Ceza Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı” metninde TCK’nun 243. maddesi “...ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle işkence eden veya zalimane veya gayriinsanî veya haysiyet kırıcı muamelelere başvuran memur veya diğer kamu görevlilerine sekiz yıla kadar ağır hapis ve sürekli veya geçici olarak kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası verilir.” şeklinde olup, bu metinde “herhangi bir sebeple” ibaresi bulunmamaktadır. Ancak, 11.8.1999 tarihli TBMM Başkanlığına sunulan Adalet Komisyonunun raporunda belirtildiği üzere, Tasarının çerçeve 1. maddesiyle değiştirilmesi öngörülen Türk Ceza Kanununun 243. maddesinin birinci fıkrasına yapılan ilave ile fıkra metninde sayılan sebepler arasına “diğer herhangi bir sebep” de dahil edilmiştir. Ancak, bu kavram hakkında, madde gerekçesi bölümünde açıklama yapılmamış olup, “herhangi bir sebeple” ibaresine değinilmemiştir. TBMM Tutanak Dergisi, Cilt 12 ,1999, TBMM Basımevi, s. 141

¹³² Üzülmöz, *İşkence Suçu*, s. 161

Suçun gerçekleşebilmesi için, kamu görevlisinin, insan onuruyla bağdaşmaz şekilde bedensel ve ruhsal acı çektiren, aşağılayan, algılama ve irade yeteneğini etkileyen davranışlar yaptığını bilmesi ve istemesi gerekmektedir. Suçun manevi unsuru bakımından kast yeterli görülmüş, 765 Sayılı TCK’unda olduğu gibi failin belirli saiklerle hareket etmesi aranmamıştır.¹³³

2.8. Suçu Etkileyen Haller

TCK’nun 243. maddesinin 2. fıkrasına göre; “Fiil neticesinde ölüm vukua gelirse 452. sair hallerde 456. maddeye göre tertip olunacak ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.” Bu hükümle, “işkence suçu” açısından, netice sebebiyle ağırlaştırılmış suç durumu düzenlenmiştir.

Bunlardan birincisi, uygulanan işkence sonucunda mağdurun ölmesi halinde TCK. 452. maddenin uygulanacağı hükmüdür. Ağırlaştırıcı sebeplerden ikincisi ise, uygulanan işkence ve diğer kötü muameleler müessir fiil niteliğinde ve ağır neticelere yol açmış ise 456. maddenin uygulanması gerekeceğidir.

TCK. 243/2 maddesinin, 452 ve 456. maddelere yaptığı atıf sadece ceza yönündendir. Burada ağır sonuçlara yol açan işkence fiillerini daha fazla cezalandırmak isteyen kanun koyucu, netice itibarıyla aynı özellikleri taşıyan maddelerdeki cezalara süre bakımından gönderme yapmıştır.¹³⁴

2.8.1. İşkence Sonucu Mağdurun Ölmesi Halinde TCK. 452. Maddenin Uygulanması

İşkence ve kötü muamele sonucu mağdurun ölmesi durumunda fail, 452. madde hükmüne istinaden belirlenecek olan cezanın *üçte birden yarıya kadar* arttırılması suretiyle cezalandırılacaktır. Böylece kanun koyucu, ağır sonuçlara yol açan işkence fiilleri için 243/2 maddesinde cezanın daha ağırlaştırılarak verilmesi amacına ulaşmış olmaktadır.

¹³³ Üzülmüş, “Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence ve Eziyet Suçu”

¹³⁴ Üzülmüş, *İşkence Suçu*, s.182

TCK 452. madde işkence sonucu ölümlerde uygulanırken, failin asıl kastının öldürmek olmadığı, suçunu söyletmek olduğu kabul edilmektedir. Çünkü, işkence suçunu düzenleyen 243. maddede failin kastı, suçunu söyletmek şeklinde tanımlanmıştır. Böylece, suçunu söyletme kastıyla yapılan bir eylemde öldürme kastının bulunmadığı, dolayısıyla ölümün beklenmeyen bir durum olarak ortaya çıktığı varsayılmaktadır.¹³⁵ Bu hüküm nedeniyle, işkence sonucu ölümün meydana geldiği durumlarda 452. maddeye yapılan gönderme, bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen 448. maddesi ile ilgili olup, aynı maddede yer alan 449 ve 450. maddeleri kapsamamaktadır.¹³⁶

Ayrıca, TCK'nun 450. maddesinin 3. bendinde, öldürme eyleminin ağırlaştırılmış biçimleri arasında “canavarca his saiki ile veya işkence ve tazip ile ika edilmesi” haline yer verilmiş olup, fiil, müebbet hapis cezası ile cezalandırılmıştır. Burada söz konusu olan netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçun varlığı için, failin öldürmek kastıyla hareket etmesi gerekir. Yani failin öldürme kastının varlığı durumunda artık 243. madde değil, 450. maddenin 3. bendi hükmünün uygulanması gerekir.¹³⁷

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 1983 yılında vermiş olduğu bir kararda TCK'nun 243/2 maddesinin atıf yaptığı 452. madde ile 448, 449, 450. maddeler arasındaki ilişki incelenmiştir.¹³⁸ YCGK, vermiş olduğu bu kararda, 243. maddede

¹³⁵ Evliyaoğlu, *Memurlarla İlgili Suçlar*, s. 716

¹³⁶ Parlar ve Demirel, *Kişilerin Hayatına ve Beden Bütünlüğüne Karşı Suçlar*, s. 807, Evliyaoğlu, *Memurlarla İlgili Suçlar*, s. 716, Malkoç ve Güler, *Memurlar ve Suçlar*, s. 383

¹³⁷ Özgenç ve Şahin, “İşkence Suçu”, s. 412

¹³⁸ YCGK'nun, 1983 tarihinde vermiş olduğu bu hükmü konu olay önemli bir örnektir. “Tuzlu Bulamaç Davası” olarak bilinen kararın somut olayı şu şekildedir.

Adananın Misis Bucağı ... Köyünden Hüseyin Sönmez İsimli bir kişinin, aynı yörede çobanlık yapan Mustafa ve bu kişinin ağası olarak bilinen sürü sahibi Mehmet ve yakınları Ali isimli şahısların, dağda kazı yaparak çok sayıda altın bulup, bunu satmaya çalıştığını ihbar etmesi üzerine, köye giden sanık Başçavuşun yaptığı soruşturmada bazı köylülerden, Mustafa'nın 15-20 kg. miktarında tarihi altın para bulup şalvarcı Salih namı ile tanınan İsmail'e bir miktarını sattığını kalanını da Osmaniye'de kuyumculuk yapan Mehmet'e satmak istediğini öğrenerek, altın işine isimleri karışan Mehmet, Mustafa ve Ali isimli kişileri evlerinden alıp karakola getirerek nezaret altına almıştır. Misis Jandarma Komutanlığınca gözaltına alınan üç şahıs, bulunduğu iddia edilen altınların yerini söyletmek amacıyla 13 gün boyunca copla dövme, ayaklarından bağlanıp baş aşağı sallandırma, tekmeleme, ıslatma ve cinsel organlarına elektrik akımı verme gibi yöntemler kullanılarak işkence ve kötü muameleye tabi tutulmuşlar, şahıslardan itiraf elde edilemeyince, sanıklar adliye sevk edilmeden önce darp edilmedikleri ve sıhhatli olduklarına ilişkin rapor alınmak üzere Adli Tabipliğe götürülmüşlerdir. Adli tabip Ziya, getirilenleri muayene etmeden "patolojik bulgu yok" şeklinde rapor tanzim etmiş ve kendisinin bu olayı aydınlatabileceğini söylemiştir. Bunun üzerine olayı aydınlatmak üzere adli tabip Ziya resmi yazıyla görevlendirilmiştir. Bu yazıyı alan doktor gece 24.00'de Başçavuş Gazi ile Jandarma Karakoluna gelerek, Başçavuş ve erlere tuz ve un getirmelerini söylemiştir. Temin olunan tuz ile unu karıştırarak bulamaç haline getirip kaynatıldıktan sonra, soğutulmuş halde, maktüllerin direnmelerini dövmek ve coplamak suretiyle kırarak, erlerinde yardımı ile sanıklara kusturuncaya kadar

bahsedilen ve suçun maddi unsurunu teşkil eden işkence ve kötü muameleden ne anlaşılması gerektiği hususunda, hem madde içeriğinde belirtilen kavramların tanımlarını vermiş, hem de suçun unsurları hakkında bir belirleme yapmıştır. Bu karara göre;

“...Bu konuda üzerinde önemle durulması gereken husus; sanığın kastıdır. Bu kasıt genel kasıt olmayıp, sanıklara suçlarını söyletmek kastı, yani özel kasıt olmalıdır.

Maddenin 2. fıkrasında; 1. fıkradaki eylemler sonucu; ölüm vukua gelmesi halinde 452, vesair hallerde 456. maddeye göre verilecek cezanın artırılacağı ifade olunmaktadır.

TCK’nun 452. maddesinde kasten işlenen müessir fiil ile istenmeyerek bir kimsenin ölümüne sebebiyet söz konusudur. Fail bir kimseye karşı bilerek ve isteyerek müessir fiilde bulunmakta ve fakat bunun sonucu olarak istemediği halde, o kimsenin ölümüne sebebiyet vermektedir. Bu fiil adam öldürme cürümünün (cezayı azaltıcı) bir şekli değil, fakat (değişik vasıfta) bir halidir. Kısaca burada sebebiyet verilen zararlı netice istenilen kötü neticeyi aşmakta bir başka deyimle fail, istemediği zararlı neticeden dolayı sorumlu bulunmaktadır.

Kastı aşan öldürme suçunda faile 448. maddede yazılı halde 8, 449. maddede yazılı halde 10 sene ve 450. maddede ifade olunan hallerde 15 seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası öngörülmektedir. İnceleme konusu yapılan olayda, sanıkların; öldürme kasıtları yoktur. Bu maddenin 3. bendinde ifadesini bulan işkence ve tazipin, 243. maddedekine benzer tarzda ifade olunarak müeyyide altına alındığı görülmektedir. Bir suça aynı unsurları taşıyan iki ayrı maddenin iki defa uygulanması düşünülemez.

Şu halde 450. maddenin 3. bendinin olayda uygulama yeri bulunmamaktadır.

450. maddenin 4. bendi, öldürme suçunda taammüd halini düzenlemektedir. Öğreti ve uygulamada taammüd; failin işlemeyi niyet ettiği bir suçu işlemezden önce soğukkanlılıkla sükunetle düşünüp taşındıktan sonra bu niyetinden vazgeçmeyerek fiili

zorla yedirmiştir. Bu esnada ayrıca bir kaptan diğer bir kaba su boşaltarak sanıkların su arzularını kamçılamıştır. Bu işlem sabaha kadar sürdürülmüş, perişan hale gelerek kendilerini kaybeden sanıklar bahçeye çıkartılıp başlarına su dökülerek kendilerine gelmeleri sağlanmaya çalışılmış, ancak netice alınamamıştır. Sanıklar birer ikişer saat ara ile peş peşe ölmüşlerdir.

İşkence sonucu üç kişinin öldüğü olayda yerel mahkeme, sanıklar hakkında 243/2 maddesini, öldürme kastıyla olmayan darp ve yaralama veya müessir fiilden ölümün meydana gelmesini içeren 452/1 maddesini ve canavarca bir his sevki ile veya işkence ile adam öldürmeyi içeren 450/3 maddesini, her bir mağdur için ayrı ayrı ceza uygulayarak 36 yıl hapis cezasına hükmetmiştir. Yargıtay 8. Ceza Dairesi ise bu kararı yerinde bulmayarak sanıklar hakkında bir kez ceza tayin edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. YCGK’nun 4.4.1983 tarih ve 8-64/156 sayılı kararı için bakınız, Çağlayan, Açıklamalı İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, ss. 812- 817

işlemesi, bir başka deyişle suç işleme niyetinde sebat ve ısrarı ifade etmektedir. 243. maddede yazılı işkence, zaten tasarlanmış ve seçilmiş bir eylem biçimidir. İçeriğinde "taammüd" kararlılığı bulunmaktadır. Ancak sanıkların amaçları öldürme olmadığına göre suçun taammüden işlendiği kabul edilemez.

...Bu itibarla sanıkların her maktule karşı vaki eylemlerinden dolayı müstakil olan tecziyeleri ve haklarında TCK'nun 243/1 2, 452/1 ve 448. maddeleri ile ve her maktul için ayrı ayrı ceza tayini ve cezaların 71. ve müteakip maddeleri uyarınca içtima ettirilmesi icap eder. Zira her mağdura karşı vaki işkenceler birbirinden bağımsızdır. Ve her eylem ayrı bir suçu oluşturmaktadır. Bu eylemler sırasında 3 kişiden biri veya ikisi ölmeyebilirdi. Bu takdirde TCK'nun 456. maddesine gidilecek ve mağdurların işkence sonucunda belirlenen durumlarına göre bu maddenin uygun düşen fıkraları uygulanacaktır. Görülüyor ki, sanıkların her maktule karşı vaki eylemleri birbirinden müstakildir.”¹³⁹

YCGK, olayda 450. maddenin 3. bendinin uygulanmasına 243. madde ile farklı manevi unsurlara sahip olduğu gerekçesiyle karşı çıkmıştır. Karara göre, öldürme kastı bulunmaksızın cürümlerini söyletmek amacıyla işkence yapılmış ise 243. madde, ancak eğer öldürme kastı varsa doğrudan 450. madde uygulanacaktır.

Aydın 1. Ağır Ceza Mahkemesince yapılan yargılanmaları sonucu “suçunu söyletmek için kötü muamele sonucu ölüme sebebiyet vermekten” haklarında mahkumiyet kararı verilen şahıslarla ilgili olarak, verilen cezanın temyiz istemini sonuçlandıran Yargıtay 8. Ceza Dairesi şu şekilde karar vermiştir; “Yasadışı bir örgütün Ege-Akdeniz sorumlusu olduğu savıyla aranan Ziya Mahmut kod adlı Baki Erdoğan'ın yakalanıp 10 gün süre zarfında Aydın Meşrutiyet Karakolunda gözaltında kaldığı ve bu tarihte rahatsızlanması üzerine kaldırıldığı Aydın Devlet Hastanesinde öldüğü, Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Dairesinin çelişkili kararlarına karşın,¹⁴⁰ aynı

¹³⁹ YCGK'nun 4.4.1983 tarih ve 8-64/156 sayılı kararı için bakınız, Çağlayan, Açıklamalı İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, ss. 812- 817

¹⁴⁰ Şahsın ölümünden sonra verilen adli tıp raporunda, Erdoğan'ın hastalık sonucunda öldüğü şeklindeki rapora, yakınları tarafından itiraz edilmiş ve İzmir Tabipler Odasına Başvuruda bulunarak önceki raporun değerlendirilmesi talebinde bulunmuşlardır. İTO da, gerek emniyette, gerekse hastane sürecinde yapılan tıbbi müdahaleler, nezarethane koşulları, tanık beyanları, tıbbi müdahaleye katılan hekimlerin beyanları, fotoğraflar ve bir video bandını değerlendirerek adli tıp raporundaki eksiklikleri ve değerlendirme hatalarını ortaya koymuştur. Rapor sonucunda ölüm sebebi travmaya bağlanmıştır. Aydın Ağır Ceza Mahkemesi bu raporu değerlendirmeye almıştır. Bunun sonucu olarak adli rapor ile tabip odası raporu arasındaki çelişkiyi gidermek için her iki raporu da önce Adli Tıp Kurumuna ve daha sonra da Adli Tıp Genel Kuruluna göndermiştir. Adli Tıp Genel Kurulunun 1997 yılında açıkladığı kararında şahsın ölüm nedeninin travmaya bağlı olduğu belirtilmiştir. Makale için bakınız, Baykal,

kurumun 1996 tarihli Genel Kurul Raporunda ölüme neden olan akciğer ödeme, travmatik değişimler, gözaltı şartları, açlık ve kusma gibi etkenlerin müstereken yol açığının belirtilmesi, otopsi raporuna göre de ölenin vücudunun muhtelif yerlerinde çok sayıda travmatik bulguların saptanmış bulunması ve böylece şahsın gözaltı sırasında, sorgusunu yapan sanıklarca işkenceye maruz bırakıldığı ve bunun sonucunda da ölmüş olduğunun kuşkuya yer vermeyecek şekilde anlaşılmış olması karşısında mahkemenin sanıkların eylemlerini TCK. 452/2. maddesi kapsamında değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.”¹⁴¹

YCGK, bir kararda yaptığı değerlendirmede ağırlaştırıcı unsurun şu özelliğine dikkat çekmiştir; “243/2 maddenin gönderme yaptığı TCK’nun 452/2 maddesinin uygulanabilmesi için, fail tarafından yapılan etkili eylemin ölen, önceden varolan ve failce bilinmeyen sebebi olumsuz biçimde harekete geçirerek ölümü doğurması gerekir. Failin etkili eylemi dışında oluşan sebep ve olayların doğurduğu ortam sonucu ölüm olayı meydana gelmişse, etkili eylem ile oluşan ölüm arasında nedensellik bağı kurulamayacağından failin uygulanan madde ile sorumlu tutulması olanaksızdır. Eylem ile sonuç arasındaki bağı doğrudan bulunması ve başka etkenlerin ölüme katkısının olmaması ve illiyet bağının kesilmemesi gerekir.”¹⁴² Yargıtay bu kararıyla şunu dile getirmektedir: Eğer gözaltında kişiye karşı yapılan etkili bir eylem mevcutsa ve bu eylem sonucunda kişide var olan rahatsızlık ortaya çıkmış ve ölüme sebebiyet verilmişse, neticesi ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmektedir. Ancak, kişide mevcut olan bir rahatsızlığın herhangi bir etkili eylem olmadan, yani, kişinin gözaltına alınmasının vermiş olduğu heyecan veya korku sebebiyle ölüm gerçekleşmiş ise, bu takdirde bu maddenin uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Türkcan, “İşkencenin Belirlenmesinde Alternatif Sağlık Raporu”, *Toplum ve Hekim Dergisi*, Cilt 13, Sayı 3, 1998, s. 200

¹⁴¹ Dosyasından, 8. Ceza Dairesinin 09.12.2002 tarih ve 9903/11324 sayılı kararı

¹⁴² YCGK’nun 27.5.1991 tarih ve 23/178 sayılı kararı için bakınız, Savaş ve Mollamahmutoğlu, *TCK Şerhi*, 1995, s.1851

2.8.2. İşkencenin Müessir Fiil Niteliğinde Ağır Neticelere Ulaşması Halinde TCK. 456. Maddenin Uygulanması

Ağırlaştırıcı sebeplerden ikincisi ise, uygulanan işkence ve diğer kötü muameleler müessir fiil niteliğinde ve ağır neticelere yol açmış ise 456. maddenin uygulanması gerekeceğidir.¹⁴³

8. Ceza Dairesi, 243/2 maddesinde, yapılan atfa göre 456. maddenin uygulanacağını, ancak mağdurların işkence sonucunda belirlenen sağlık durumlarına göre bu maddenin uygun düşen fıkralarının uygulanması gerektiğini belirtmektedir.¹⁴⁴

İşkence suçunun mağduru 456/2 ve 3. fıkralarındaki nitelikte yaralanmışsa, belirlenecek ceza 243/2 maddesi gereği arttırılacaktır. Burada amaç işkence suçu cezasının ağırlaştırılarak verilmek istenmesidir. Ancak, 1999 yılında yapılan değişiklik ile 243. madde kapsamında işlenen suçlara verilecek beş yıla kadar olan cezanın, sekiz yıla kadar verilmesi hükmü getirildiğinden 456/2 ve 3. fıkraların uygulanması sorunlu hale gelmiştir.

243/1 maddesinde işkence suçunun basit şekli ile sekiz yıla kadar ağır hapis cezası öngörülürken, 456/2 fıkrası için iki seneden beş seneye kadar hapis, 3. fıkrası için de beş seneden on seneye kadar ağır hapis cezasına hükmedilebilecektir. 243/2 maddesindeki ceza artırımının amacı nitelikli işkence sanığının daha ağır bir şekilde cezalandırılması iken, 456/2 kapsamında artırımla birlikte en fazla yedi buçuk yıl cezalandırılabilir. Buradaki çelişki sadece süre açısından değildir. 243/1 maddesi ağır hapis cezasını öngörürken, 456/2 maddesi hapis cezası verilmesine yol açmaktadır.¹⁴⁵

¹⁴³ TCK 456. madde 1. fıkrası, şahsa cismen eza ve sıhhatinin ihlal edilmesine sebep olunması halinde altı aydan bir yıla kadar hapis cezasını kapsamaktadır. 2. fıkrasında, ağır yaralamadan söz edilmiştir. Bunlar beş duyudan birinin devamlı zaafı, çehrede sabit bir iz ve 20 günden daha fazla akli ve bedeni hastalığa sebep olma veya iş gücü kaybına sebep olma halinde iki seneden beş seneye kadar hapis cezasını kapsamaktadır. 3. fıkrası, kesin veya muhtemel surette iyileşmesi imkansız derecede akıl ve bedeni rahatsızlıkların oluşması ve organ kaybı halinde beş seneden on seneye kadar ağır hapis cezasını kapsamaktadır. 4. fıkrada, iş gücü kaybının on günü geçmemesi halinde ve şikayete bağlı olarak iki aydan altı aya kadar hapis cezasını kapsamaktadır.

¹⁴⁴ “... Sanığın suçunu ikrar etmesi için nezarete alıp, saçlarından tutup, duvara vurmak suretiyle eylemde bulunmasının TCK. 243/1 maddesindeki işkence suçunu oluşturacağı, aynı maddenin 2. fıkrasının ancak eylemin 452 ve 456/3 maddelerinde yazılı sonuçları doğurması halinde uygulanabileceği, bu nedenle 456/4 ve 243/2 maddelerinin olayda uygulama yeri bulunmadığı..” 8. Ceza Dairesinin 20.2.1986 tarih ve 6399/1151 sayılı kararı için bakınız, Malkoç ve Güler, *Memurlar ve Suçlar*, s. 388

¹⁴⁵ Vural Savaş, YCGK’nun 25.5.1987 tarih ve 8-186/423 sayılı kararına karşı yazdığı muhalefet şerhinde uygulamaya ilişkin bu görüşlerini belirtmiştir. “... Esasen 243/2. maddesinde fiil neticesinde ölüm

Bu çelişkiyi Yargıtay, verdiği kararlarda 456. maddenin ilgili fıkralarını gönderme yaparak düzeltme ihtiyacı hissetmektedir. Nitekim 2002 yılında verdiği kararda; "... Sanıkların gözaltında bulunduğu sırada mağdurları suçlarını söyletmek için 15 gün iş ve güçten kalacak şekilde darp ettikleri ve darp eylemlerinin 456/1. madde ve fıkrasına uyar nitelikte bulunması nedeniyle haklarında 243/1. madde ve fıkrasının uygulanmasında bir isabetsizlik bulunmamıştır ..."¹⁴⁶ değerlendirilmesi yapılarak, 8. Ceza Dairesi kendi takdir hakkını kullanmış, işlenen suç 243/2 kapsamında görülmesine rağmen kararın 243/1 fıkra hükmüne göre verilmesini isabetli bulmuştur.

Kanun koyucu, değişiklikle amaçladığı cezanın süresini 243/1 maddesinde gerçekleştirirken, 2. fıkrasında yapılan atıfla bu amaca ters düşmüştür. TCK madde 243/2, işkence sonucunda ölüm dışında meydana gelen bütün hallerde (örneğin her hangi bir organ kaybı veya sakatlık, ruh ve akıl sağlığının bozulması gibi) 456. madde hükmünün uygulanmasını öngörmekle, işkence suçu bakımından herhangi bir öneme haiz olmayan bir düzenleme yapmaktadır. İşkence suçunu düzenleyen 243. madde içerisinde işkencenin nitelikli hallerinin sayılmaması ve ağırlaştırıcı sebeplerin dile getirilmemesi, verilecek cezaların tayininin tespitinde sıkıntılara yol açmaktadır.

meydana gelirse 452, diğer hallerde 456. maddeye göre tertip edilecek cezalar üçte birden yarıya kadar artırılır denilmek suretiyle, cürümünü söyletmek için dahi yapılsa, müessir fiiller ayrı bir cezai müeyyideye maruz bırakılmıştır. Bu fıkraya karşı deniliyor ki "Bir yıla kadar cezai müeyyidesi olan, yani 456. maddenin 1. ve 4. fıkraları kapsamındaki müessir fiiller, 243/1 maddeye göre cezalandırılması, daha ağır nitelikteki 456. maddenin 2. ve 3. fıkralarına ilişkin müessir fiillerin ise 243/2. maddesinin uygulanması suretiyle cezalandırılması öngörülmüştür. Bu görüş TCK'nun sistematiğine uygun değildir. Zira;

a.TCK 243/2 maddesinde 456. maddeye göre tertip olunacak cezaların fıkraları arasında herhangi bir ayırım yapılmış değildir.

b.Ayrıntıları 18.1.1936 gün ve 26/35 sayılı içtihadı birleştirme kararında bahsedildiği gibi TCK'nun 11. maddesinde, cezaların birbirine isabetle ağırlıklarına göre bir sıra gözetilmiştir. Yani ceza miktarı ne olursa olsun 'ağır hapis' cezasını gerektiren bir suç 'hapis' cezasını gerektirenden daha ağırdır.

243/1 maddesinde göre sanıklara verilebilecek ceza beş seneye kadar ağır hapidir. 456/2 maddeye göre verilecek ceza ise beş seneye kadar hapidir. 456. maddenin 1. ve 4. fıkralarının ihlali niteliğindeki eylemleri 243/1 kapsamında düşünmek ağır hapislik, daha ağır nitelikte olan 456/2 maddesinin ihlali niteliğindeki eylemleri ise 243/2 kapsamında hapis cezasını gerektiren bir eylem olarak müeyyideye bağlanmasını kabul etmektir ki, çelişki başka türlü açıklanamaz." Savaş ve Mollamahmutoğlu, *TCK Şerhi*, 1995, s.1855

¹⁴⁶ 8. Ceza Dairesinin 27.5.2002 tarih ve 4807/6301 sayılı kararı için bakınız, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Cilt 28, Sayı 10, Ekim 2002, s. 1592

2.8.3. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Ağırlaştırıcı Sebepler

5237 Sayılı TCK'nun 95. maddesi, “neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence” başlığında, işkence sonucunda ölüm veya uzuv kaybı gibi fiziksel tahribatlar içeren sonuçların meydana gelmesi durumunu hükme bağlamıştır;

(1) İşkence fiilleri, mağdurun;

a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına,

b) Konuşmasında sürekli zorluğa,

c) Yüzünde sabit ize,

d) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma,

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

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

(2) İşkence fiilleri, mağdurun;

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

b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine,

c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına,

d) Yüzünün sürekli değişikliğine,

e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine,

Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, bir kat artırılır.

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

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

İşkence eylemleri nedeniyle doğan “daimi malullük veya uzuv kaybı” veya “mağdurun ölümü” şeklindeki ağır sonuçlar göz önünde bulundurularak, “ağır nitelikli işkence” olarak ifade edilen bu hallerde, faile verilecek ceza ağırlaştırılmıştır. İşkence sonucunda ölüm veya uzuv kaybı gibi fiziksel tahribatlar içeren sonuçların meydana gelmesi durumunda, doğrudan doğruya ceza öngörülmüş ve genel hükümlere yollama yapmamıştır.

2.9. Zor Kullanmaya Yetkili Memurların Kötü Muamele veya Cismen Eza Verme Fiilleri (TCK 245. Madde)

Asıl konumuz, İşkenceyi belirleyen 243. madde olduğundan dolayı 245. maddede dile getirilen suçun unsurlarına yönelik kısa bir açıklama yapılarak her iki madde arasındaki farklılıkların ortaya konulmasına çalışılacaktır.

TCK'nun 245. maddesi kapsamındaki suçun faili, kanun ve nizamın kendilerine görevini ifa edebilmek için zaruret bulunduğu hallerde, zor kullanma yetkisi tanınan kimselerdir. Bunlar, genel ve özel kolluk kapsamında bulunan kolluk görevlileri ile belediye zabıta memurları ve icra ve iflas memurlarıdır. 243. madde kapsamında fail olabilecek kişiler sayılırken en önemli ayırt edici özellik “sorgulamaya yetkili” olmaktır. Bundan şunu çıkarmak mümkündür; Karakolda taşkınlık yapan bir şahsa karşı kuvvet kullanılıyorsa, bu 245. madde kapsamında kötü muamele suçunu oluştururken, bir şahsın olayla ilgili ifadesi alınması veya bilgisine başvurulması halinde yapılacak kötü muamele fiilleri 243. madde kapsamında değerlendirilecektir.

Suçun oluşabilmesi için, sayılan bu memurlar kuvvet kullanmaya yetkili olmalı ve usulüne uygun olarak tayin edilmiş olmalıdır. Yapılan fiiller, görevin yerine getirilmesi esnasında sınırların aşılması suretiyle yapılmalı ve memur yer itibarıyla yetkili olmalıdır.¹⁴⁷ Bu şartlar olmadığı takdirde suç, 245. madde dahilinde değil, 456. madde kapsamında müessir fiil olarak değerlendirilir.

245. maddede efrada sui muamele suçunun mağduru herhangi bir kişi olabilir. Maddedeki “bir kimse hakkında” ibaresinden, mağdur açısından herhangi bir sınırlandırma olmadığı anlaşılmaktadır.

Görevini veya amirinin emrini yerine getirirken, kanun ve nizamın belirlemiş olduğu hallerden başka, kişilere kötü muamelede bulunan veya cismen acı veren veya onları darp ve yaralayan zor kullanmaya yetkili memur, suçun maddi unsurunu gerçekleştirmiş olur. Bu hareketler sırasıyla incelenirse;

- a. Sui muamele: Mağdur üzerinde maddi ve manevi elem ve ızdırap doğuran kötü muamelelerdir. Örneğin, cop ile vurmak, itip kakmak, haysiyeti rencide

¹⁴⁷ Memur izinli olduğu zamanda da, örneğin polis ve jandarma görevlileri karşılaştığı bir suça el koyması ve önleyici kolluk görevleri nedeniyle maddedeki eylemleri yaparsa, eylem görev sırasında işlenmiş sayılır ve 245. maddeye göre cezalandırılır. Şafak, Ali, “Son Toplumsal Olaylar ve Gündeme Gelen Polisin Kuvvete Başvurma Yetkisinin Sınırı Sorunu” *Polis Dergisi*, EGM Yayınları, Sayı 38, 2004, s. 259

edici sözler söylemek gibi. Bu bakımdan kötü muamelenin mutlaka, cismen eza veya ızdırap husule getirmesi şart değildir.¹⁴⁸

b. Cismen eza verme: Kişinin vücudunda acı ve ızdırap doğuran maddi fiillerdir. Cismen eza vermedir. Örneğin, sanığı ellerine kelepçe vurarak uzun süre tutma, zorla rıza dışında uzun müddet alıkoyma, devamlı surette ayakta bırakma gibi.¹⁴⁹

c. Darp ve cerh: Bir kimseyi dövmek ve yaralamaktır.

Ancak, kanunun belirlediği sınırın aşılmasında, durumun ve olayın gerektirmediği derecede ve ağırlıkta yapılan fiiller bu madde kapsamındadır. Sınır aşılmamışsa, görevin yerine getirilmesinin gerektirdiği ölçüde zor kullanma meşru ve hukuka uygundur.¹⁵⁰

Suçun manevi unsurunda ise, failde genel kastın bulunması, eylemin yasalara aykırı bulunduğunu, yetkisini aştığını ve kötü muamele olduğunu bilmesi ve istemesi, suçun oluşumu için gerekli ve yeterlidir.¹⁵¹

245. maddede nitelenen suçun unsurlarına göre, zor kullanmaya yetkili memurlar bu suçun faili olabilir. Eğer zor kullanma, yani kullanılan kuvvet, yasal sınırlar içinde ve gerektiği biçimde kullanılıyorsa, şahısların yaralanması durumunda bu maddedeki suçun oluşması mümkün değildir. Bu durumda, failer hakkında yapılan yargılama, TCK'nun 49. madde kapsamında bir hukuka uygunluk sebebi olarak görülecek ve faile ceza verilmeyecektir. Ancak, bu suçun oluşabilmesi için yetki sınırının aşılması gereklidir.

2.10. Örnek Olay: Manisa Davası

2003 yılının ortalarına kadar kamuoyu gündeminde “Manisa Davası” olarak anılan dava, 26.12.1995 tarihinde DHKP/C (Devrimci Halkın Kurtuluşu Partisi/Cephesi) örgütüne yönelik olarak gerçekleştirilen bir dizi operasyon sonrası gözaltına alınan 16 kişinin işkence gördüğü iddiası üzerine 10 polis hakkında, Manisa

¹⁴⁸ Artuk, *Özel Hükümler*, s. 550

¹⁴⁹ Parlar ve Demirel, *Kişilerin Hayatına ve Beden Bütünlüğüne Karşı Suçlar*, s. 845

¹⁵⁰ Malkoç ve Güler, *Memurlar ve Suçlar*, s. 405

¹⁵¹ Evliyaoğlu, *Memurlarla İlgili Suçlar*, s. 735

Ağır Ceza Mahkemesinde 03.06.1996 tarihinde açılan dava ile başlamıştır. Davanın gündemde uzun süre kalması ve kararın daha iyi anlaşılabilmesi için mahkeme aşamaları sırasıyla incelenecektir.

Mağdurlar verdikleri ifadelerde, “kendilerine kaba dayak atıldığı, psikolojik işkence yapıldığı, küfredildiği, yerde nemli bir battaniye üzerinde çınlıplak yatırıldıkları, gözlerinin bağlandığı, çınlıplak soyuldukları, ayaklarına ve karın bölgelerine elektrik verildiğini, hakarete uğradıklarını, gözleri bağlanarak dövüldüklerini, cinsel tacizde bulunulduğunu, öldürülmek ve tecavüz tehdidiyle karşılaştıklarını” beyan etmişlerdir. Bunun yanında bazı mağdurlar da, polisler tarafından kafalarının duvarlara çarptırıldığı, bir odada üzerlerine yoğun şekilde ışık verildiğini anlatmışlardır.

2.10.1. Manisa Ağır Ceza Mahkemesinde Yapılan Yargılama¹⁵²

Mağdurlar Emniyet Müdürlüğünde nezarete alındıktan sonra bir çok kez doktora sevk edilmişler, 27-29.12. 1995 tarihli Merkez Sağlık Ocağı tarafından “darp ve cebir izine rastlanmadığına, fiziksel ve ruhsal patoloji tespit edilemediğine” dair raporlar düzenlenmiştir. 31.12.1995 tarihli Devlet Hastanesi raporlarında da “darp cebir yoktur” ibaresi mevcuttur. Yine Devlet Hastanesince, mağdur Boran Şenol’un 02.01.1996 tarihli raporunda¹⁵³ “sırtta orta, hatta açık yeşil renkte 7-8 cm ebadında ekimotik leke”, Mağdur Ali Göktaş’ın 05.01.1996 tarihli raporunda¹⁵⁴ “sağ ayak bileği üst kısmında ön yüzde, üzerinde sıyrık bulunmayan 1 x 1 cm.lik ve 1,5 X1,5 cm’lik telenjiktazik ekimoz alanlar mevcut”, mağdur Mahir Göktaş’la ilgili olarak da, Manisa Devlet Hastanesince

¹⁵² Dosyasından, Manisa Ağır Ceza Mahkemesinin 11.3.1998 tarih ve 128/ 46 sayılı kararı

¹⁵³ Dr. Ayla Yücetürk, verdiği ifadesinde Boran Şenol’u kendisinin muayene ettiğini, sırtındaki yeşil renkli ekimozun mevcut duruma göre muayeneden tahminen yedi veya sekiz gün önce meydana gelmiş olabileceğini söylemiştir. Yine Dr. Taylan Falay ifadesinde, aynı kişide görülen ekimozun, tıbbi mütaallara göre bu hale gelmesi en azından 5-7 gün sürede oluşabileceği kanaatinde olduğunu belirtmiştir. Dosyasından

¹⁵⁴ Raporu tanzim eden Dr. Emine Keskin, raporda belirtilen bulguların kendisini bir yere çarpmasıyla oluşabileceğini, dışarıdan özel bir aletle meydana gelecek türden bir yara olmadığını belirtmektedir. Burada ilginç bir olay da, 05.01.1996 tarihinde mağdurun İzmir DGM Savcısına ifade verirken, Savcının ısrarlı sorusunun üzerine “evet, fiziki işkenceye maruz kaldım, ancak bunun ispatı mümkün değildir, şu an üzerimde iz ve delil yoktur” cevabını vermesidir. Dosyasından

verilen 05.01.1996 tarihli raporda¹⁵⁵ “sırtta 0.2mm’lik çapta 2 adet kurut mevcut, çizgi biçiminde” ibarelerine yer verilmiş, diğer mağdurlarda ise darp ve cebir izine rastlanmadığı belirtilmiştir.

Mağdurların Devlet Güvenlik Mahkemesince tutuklanmaları üzerine, yakınlarının talebi ile çeşitli sağlık kuruluşlarına sevkleri yapılmıştır. 17.01.1996 tarihinde Adli Tıp İzmir Şube Müdürlüğünce yapılan muayenelerinde, sanıklardan üçü hakkında “vücudunda herhangi bir ize rastlanmadı” şeklinde rapor verilirken, diğer sekiz kişi ise muayene olmak istemediklerinden rapor tanzim edilememiştir.

Mağdurların vücudunda bulunan yara bere izlerinin süre geçtiğinden dolayı kalmadığını ancak bu izleri ortaya çıkarabilecek tıbbi ve teknik cihazlar ile muayene olmak istemelerini beyan etmeleri üzerine 24.01.1996 tarihinde İzmir Adli Tıp Şube Müdürlüğünce şahısların yapılan fiziki muayeneleri neticesinde “vücutlarında herhangi bir darp ve cebir izi yoktur” şeklinde raporları tanzim edilmiş, ancak şahısların, vücutlarının belirli bölgelerinde ağrı yakınmaları ve hassasiyetleri (göz kararması, bacakta kramp, vücutların çeşitli yerlerinde ağrı ve hassasiyet, baş ağrısı gibi) olduğuna işaret edilmiştir

Şahısların 24.04.1996 tarihinde alınan raporlarında, 12 şahıs hakkında “iskelet sisteminde patolojik bulgu yoktur” şeklinde değerlendirme yapılırken, Münire Apaydın isimli şahsın 26.03.1996-17.04.1996 tarihleri arasında tüberkülozu tedavisi gördüğü belirtilmiştir.

Gençlerin avukatları 11 Ocak 1996 tarihinde, TİHV İzmir Temsilciliği ve İzmir Tabip Odası (İTO) ile ilişki kurarak, gençlerin gözaltı sürecinde yoğun işkence yaşadıklarını, ciddi sağlık sorunlarının olduğu ve verilen adli raporların gerçeği yansıtmadığını ileri sürerek alternatif adli rapor ve/veya adli raporlara ilişkin bir değerlendirme raporu yazılması talebinde bulunmuşlardır. İTO'nun cezaevindeki gençlerin muayene ve değerlendirmesinin bağımsız uzman hekimlerce yapılması talebi sonuçsuz kalmıştır. Bunun üzerine hem gençlerin sağlık durumlarını daha net tespit edebilmek, hem de gözaltı süreci içerisinde düzenlenmiş olan resmi raporların bilimsel ve etik açıdan geçerliliklerini incelemek amacıyla İTO tarafından uzmanlar görevlendirilmiştir.

¹⁵⁵ Dr. Hatice Öteyüzoğlu, “raporu kendisinin düzenlediğini, sırtta 0.2 cm’lik çapında üst üste iki adet çizgi şeklinde renk değişimi olan muhtemelen iyileşmiş sıyrık mevcut olduğunu, muhtemelen kaşınmakla olabileceği” şeklinde ifade vermiştir. Dosyasından

Gençlerin kendi el yazıları ile gözaltı süresince yaşadıklarını ayrıntılı olarak anlatmaları, adli rapor için muayene koşullarını ve hekimlerin tutumlarına ilişkin deneyimlerini yazmaları ve adli tıp anatomi atlasından alınan vücut şemaları üzerinde yakınmalarının yerlerini işaretlemeleri sonucu elde edilen bulgular ile her genç için gözaltı süresince düzenlenmiş olan dört adli rapor ve hastane kayıtları İTO İnsan Hakları Muayene ve Rapor Komisyonu tarafından incelenmiştir. Şahısların yakınmaları ile görmüş oldukları işkence biçimleri arasında oldukça yoğun bir uyum olduğu ve şikayetlerinin önemli bir bölümünün halen devam ettiği saptanmıştır. Bu inceleme sonucunda gözaltı süresince gençlere işkence yapıldığına dair bir değerlendirme raporu hazırlanmıştır.¹⁵⁶

Yargılama aşamasında serbest kalan şahıslardan Mahir Göktaş'ın 14.03.1997 tarihinde, 29.5.1996 tarihinde de Abdullah Yücel Karataş ve Jale Kurt, İTO tarafından tekrar muayene edilmişler, gözlem ve tıbbî tetkiklere dayalı olarak alınan raporlarında “kişilerin gözaltında bulunduğu süre içerisinde psikolojik ve fiziksel işkenceye maruz kaldıkları kanaatine varılmıştır” ibarelerine yer verilmiştir.¹⁵⁷

Mahkeme delillerin tartışılması ve kararın açıklama bölümünde şu değerlendirmeleri yapmıştır; “işkence insanlık aleyhine işlenen önemli suçlardan biri olduğu gibi, işkencenin yanı sıra kişilere karşı kötü muamelede bulunulması dahi işkence ile eşdeğerdir. Demokratik hukuk devletinde asıl olan kişilerin özgür iradeleridir. Kim olursa olsun, konumu ne olursa olsun kişilerin konuşmama, yalan söyleme, kısmen de olsa inkar etme hakkı mevcuttur. Her türlü suçta, asıl olan teknolojiyi kullanmak suretiyle delillerden sanıklara ulaşmaktır. Bu anlayış dışındaki davranışlar her türlü spekülasyonu da beraberinde getirecektir.

¹⁵⁶ Baykal, “İşkencenin Belirlenmesinde Alternatif Sağlık Raporu“, s. 200

¹⁵⁷ İzmir Tabipler Odasının 97-594-11, 96-979-11 ve 96-980-11 sayılı raporları

Mahkemenin, olayın önemli tanıklarından Hasan Sabri Ergül'ün ifadesiyle¹⁵⁸ ilgili yaptığı değerlendirme şu şekildedir; *“Sabri Ergül, milletvekilidir. İnsan haklarını savunma konusuna gönül vermiş bir kişidir. Mağdurlarla 29.12.1995 tarihinde görüşmüş, ancak 08.05.1996 tarihine kadar hiçbir resmi başvuruda bulunmamıştır. 02.01.1996 tarihinde Manisa Devlet Hastanesinde mağdurların muayenesini bizzat izlemiştir. 16.01.1996 tarihinde, avukatlarla birlikte imzaladıkları tutanakta işkence izlerini gözlemlediklerini belirtmiştir. 29.12.1995 tarihinde mağdurların beyanında belirttiği gibi insanlık dışı muamele yapılırken gördüğü halde bu durumda ne yapılması gerektiğini bilen bir kişidir. Kamu görevlisi olarak işlenen bir suçta muttali olduğu an resmi mercilere başvurma zorunluluğu olduğu halde bunu yapmadığı görülmektedir.”*

Manisa Ağır Ceza Mahkemesinin, İzmir Tabip Odasının verdiği rapor ve alınan diğer raporlarla ilgili olarak değerlendirmesi ise şu şekildedir; *“İzmir Tabipler Odası tarafından tanzim edilen raporlarda işkence izlerinin somut delilleri belirtilmemiştir. Gözaltında kaldıkları süre içerisinde yaşadıkları öyküler ile devam eden yaşantılarındaki değişimler irdelenerek psikolojik, ruhsal durumları itibariyle raporlar tanzim edilmiştir. Gözaltı süresi içerisinde ve Buca Cezaevinde iken mağdurlar hakkında tanzim edilen resmi raporlar karşısında, İzmir Tabip Odası tarafından verilen*

¹⁵⁸ Davayla ilgili olarak verilen ifadelerden en çarpıcısı, Milletvekili Hasan Sabri Ergül'ün 08.05.1996 tarihli ifadesidir. Ergül'ün ifadesi şu şekildedir; *“29.12.1995 tarihinde Av. Pelin Erda'nın kendisini arayarak, yakınlarının Emniyet Müdürlüğüne gözaltına alındığını ve bunlarla görüşemediğini bildirmesi üzerine, 03.00 sıralarında Emniyet Müdürlüğüne geldik. Görevli Memur, amirlerimiz yok, yarın gelin demesi üzerine ayrıldık ve saat 18.00 sıralarında tekrar Emniyet Müdürlüğüne geldik. Terörle Mücadele Şube Müdürlüğünde mağdurlardan Emrah Sait Erda'nın 2 polislin kolları arasında yürüyemeyecek durumda olduğunu Av. Pelin Erda koridordan geçerken uzaktan görmüş. Ve bana kardeşini gerektiği gibi göremediğini söyledi. Daha sonra Emniyet Müdürünün yanına gittim ve çocuklara kötü muamele gördükleri hususunda endişelerim olduğunu söyledim. Daha sonra beni TEM Şube Müdürünün odasına gönderdi. Odada kimse yoktu. Yalnız beklerken derinden çığlık sesleri duydum, ardından hemen koşarak koridordaki açık kapıdan içeri girdim. çığlığın geldiği yönde banklarda oturan gözleri bağlı iki kişinin bulunduğunu, yine o yönde yerde çırılçıplak yatan bir çocuğu gördüm. Başka bir odada iki kız ve iki erkeğin çırılçıplak vaziyette yerde yattığını gördüm ve bu durum karşısında şoke oldum. Beni memurlar görünce dışarı çıkarttılar ve kapıyı kapattılar. Komiserleri yanıma gelerek Emrah Sait Erda'yı görebileceğimi söyledi ve onu benim yanıma getirdiler. Bitkin ve perişan bir haldeydi. Kendisine nasılsın oğlum dedim. Dalgın ve güçlükle iyiyim dedi. Nasıl iyi olduğunu biliyorum dedim ve Emniyet Müdürünün yanına gittim. Emniyet Müdürüne hitaben “yukarıda korkunç şeyler oluyor, neler görüyorum” diyerek odasını terkettim. 02.01.1996 tarihinde tekrar Manisa'ya gelerek çocukları yakınlarıyla görüştürdüm Yakınları, çocuklarını perişan, bitkin ve işkence gördüklerinin hallerinden belli olduklarını söylediler. Saat 19.00 sıralarında Devlet Hastanesine gittiğimde, üç çocuğun muayene için getirildiklerini gördüm ve muayene esnasında yanlarında polislerde vardı. Olaya müdahale ettim ve tekrar ayrıntılı tedavilerini sağladım. 17. 5. 1996 tarihinde C. Savcılığına verdiğim ifadede gördüklerimi ve çocukların durumlarını anlattım.” Manisa Ağır Ceza Mahkemesinin kararı, Dosyasından, ss. 18-21*

*raporların, mağdurların beyanına dayandığı ve veriliş tarihleri de nazara alınarak kabule değer bulunmamıştır”.*¹⁵⁹

Mahkeme, kötü muamele ve işkence gibi iddiaların somut delillerle, desteklenmesi gerektiğini bildirmiştir. *“Tek başına soyut iddialar, beyanlar mahkumiyete esas alınamaz. Bu tür suçların somut delili de doktor raporlarıdır. Mağdurların, değişik tarihlerde, farklı resmi sağlık kuruluşlarınca düzenlenmiş raporları delil olarak kabul edilmiştir. Raporların sayısı, raporları düzenleyen sağlık kuruluşlarının farklı oluşu, düzenleyen doktorların da değişik kişiler oldukları göz önüne alındığında, müdahil vekillerinin iddia ettikleri tarzda, mağdurların bir muameleye maruz kalmaları halinde, oluşan izleri doktorlarında muhakkak görmeleri ve raporlarında belirtmeleri kaçınılmazdı. Mağdur yakınlarının ve tanık anlatımlarına göre elleri şişmiş, yüzü gözünü morarmış, kafaları şişmiş bariz şekilde dahi görünebilen izlerin uzman doktorlarca tespit edilmemesi mümkün değildir.”*

Mahkeme bütün bu değerlendirmelerden sonra kararını *“vicdani kanaati oluşturan, duruşma sürecini yansıtan zabıtlardan, tutanaklardan ve tüm dosya içeriğinden anlaşılacağı üzere sanıkların isnat edilen suçu işledikleri hususunda her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı delil elde edilemediğinden sanıkların beraatlarına karar verilmiştir”* şeklinde açıklamıştır.

2.10.2. Yargıtay 8. Ceza Dairesinin Kararı

Manisa Ağır Ceza Mahkemesinin kararını, mağdur vekillerinin temyiz etmeleri sonucu, Yargıtay 8. Ceza Dairesi temyiz itirazını yerinde görerek, Manisa Ağır Ceza Mahkemesinin 11.03.1998 tarihli kararını bozmuştur. 8. Ceza Dairesinin 12.10.1998 tarihli kararında:¹⁶⁰

“Yasa dışı pankart asma olayı nedeniyle aralarında 16-17 yaşlarında öğrenci mağdurların da bulunduğu kişilerin, illegal örgüt üyesi olabilecekleri olasılığından hareketle soruşturmaya geçip, kuşkularını yoğunlaştırdıkları, mağdurları bulundukları yerlerden toplanıp sorgulamaya alındıkları, 26.12.1995 tarihinde

¹⁵⁹ Manisa Ağır Ceza Mahkemesinin kararı, Dosyasından

¹⁶⁰ Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 12.10.1998 tarih ve 10667/12819 sayılı kararı için bakınız, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Cilt 25, Sayı 1, Ocak 1999, s. 125- 127

başlayan gözaltı sürecinin 5.1.1996 tarihine kadar sürdüğü, bu süre içinde sanık olarak sorgulanan mağdurlara suçlarını söyletmek için sürekli biçimde maddi ve manevi işkence yapıldığı iddiası bulunmaktadır.”

Sorgulama sürecinin başlangıcında periyodik rutin sevkler sırasında alınan tabip raporlarında, mağdurlarda darp ve cebir izine ve patolojik bulgulara rastlanmadığı tanıları mevcutsa da, bir parlamenterin konuyla ciddi biçimde ilgilenmesi, mağdur ailelerinin ısrarlı yakınmaları, şikayetlerin yoğunlaşması, yazılı ve görsel basın aracılığı ile kamu oyuna yansıtılması ve evrensel platforma taşması nedenleriyle önce Adli Tabip, sevk üzerine Devlet Hastanesi, müdahil vekillerinin çabaları ile İzmir Tabipler Odası (İTO) tarafından yaptırılan muayene ve tetkiklerden sonra tüm mağdurların fiziki ve psikolojik işkenceye maruz kaldıklarının belirlendiği,

Yargılama aşamasında serbest kalmaları nedeniyle kendi olanaklarıyla İTO’ya başvuruları sağlanan mağdurlardan Abdullah, Jale ve Mahir yönünden gözlem ve tıbbî tetkiklere dayalı olarak alınan raporlarda; maddi ve manevi travmaların kesin bulguları saptanmış, tutuklu kalan diğer mağdurlar için aynı imkan bulunmadığından önceki raporları, beyanları ve anatomik şemalarda işaretlenen kişisel yakınmalarının değerlendirilmesi sonucu düzenlen İTO raporlarından; sorgulama yöntemleri ve oluşun yönlendirdiği veriler de nazara alındığında, gerek psikolojik açıdan, gerekse fiziki yönden doktrinde ve uygulamada benimsenen işkence nitelemesi boyut ve yoğunluğunda şedit, haysiyet kırıcı zalimane eylemlere maruz kaldıkları anlaşılmış, bu olaydan sonra bir kısmının intihara kalkıştığı, bir kısmının tüberküloz hastalığına yakalandığı, bir kısmının da sürekli psikolojik tedaviye muhtaç kaldığı belirlenmiştir.

Raporların ve anlatımların ortak karakterlerinden, yoğunluk kazanan davranış biçimlerinin; hakaret, tehdit, göz bağlamak, yüksek volümlü marş dinletmek, çırılçıplak soymak, elektrik akımı vermek, basınçlı su sıkmak, ıslak battaniyeye sarmak, beden gücünün dayanamayacağı sabit hareketlere zorlamak, erkeklerin hayalarını sıkmak, kızlara cinsel taciz, makatlarından cop sokmak, fiziki cebir ve yek diğerine yapılan işkenceyi seyrettirmek şeklinde sonuç almaya yönelik süreklilik gösteren bezdirici, ızdırıp verici nitelik gösterdiği anlaşılmıştır,”¹⁶¹ denilerek işkencenin boyutu konusunda bir değerlendirme yapılmıştır.

¹⁶¹ 8. Ceza Dairesinin 12.10.1998 tarih ve 10667/12819 sayılı kararı

Yargıtay'ın verdiği bozma kararı üzerine, dava yeniden Manisa Ağır Ceza Mahkemesinde görülmeye başlanmıştır. Söz konusu mahkeme ikinci defa, 27.01.1999 gün ve E:1998/278, K:1999/9 sayı ile ilk verdiği beraat kararında direnmiştir

2.10.3. Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı¹⁶²

YCGK, yerel mahkemenin kararında ısrar etmesi ve 8. Ceza Dairesinin de bozma kararı üzerine verdiği kararında;

....Tahliye olduktan sonra başvuran altı mağdur, İzmir Tabip Odası Muayene ve Rapor Komisyonu tarafından muayene edilmiş, laboratuvar bulguları incelenerek yapılan konsültasyon ve üç fazlı dinamik sintigrafi incelemeleri değerlendirilmiş, gözaltında bulundukları süre içinde psikolojik ve fiziksel işkenceye maruz kaldıkları kanaatine varıldığı bildirilmiştir.

Davaya katılan kişilerin vekillerinin talebi üzerine, İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Ana Bilim Dalı Başkanlığınca düzenlenen raporda, İzmir Tabip Odasınca yapılan konsültasyon ve laboratuvar bulgularında ve diğer sağlık kuruluşlarınca verilen raporların incelendiği, hastane evraklarının ve diğer raporların incelenmesi sonucu, bazı mağdurların 15 gün iş ve güçten kalacak şekilde yaralandıkları, raporların yetersiz olması, laboratuvar incelemesi ve psikiyatrik konsültasyon yapılmaması nedeniyle kesin bir sonuca ulaşılmayacağı müatala olunmuştur.”

Genel Kurul, mağdurlara yönelik işkenceye ilişkin saptamaları şu şekilde belirtmiştir; *”Sanıkların, yasadışı bir örgütle ilgili olarak yaptıkları soruşturmada gözaltına alınan mağdurlara, bilgi ve itiraf elde etmek için gözlerini bağlayıp yüksek sesle müzik dinletmek, çırılçıplak soyarak basınçlı su sıkmak, ıslak battaniyeye sardıktan sonra elektrik akımı vermek, erkeklerin hayalarını sıkmak, makatlarından cop sokmak, kızlara cinsel tacizde bulunmak, göğüslerini elleyip sıkmak, zıplatmak, ayakta tutmak ve duvara yaslamak suretiyle beden gücünün dayanamayacağı hareketleri yaptırmak, diğerlerine yapılan işkenceleri seyrettirmek, su ve yiyecek vermemek, uyumalarını engellemek, hakaret ve tehdit etmek gibi süreklilik gösteren ızdırıp verici,*

¹⁶² Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 15.6.1999 tarih ve 8-109/164 sayılı kararı, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Cilt 25, Sayı 8, Ağustos 1999, s. 1121-1133

*bezdirici, fiziki ve manevi ağır acı veren insanlık kişiliğini incitici, haysiyet kırıcı hareketlerde bulundukları, mağdurların aşamalarda değişmeyen ve birbirini tamamlayan anlatımları, tanık beyanları, hasta tabela ve gözlem kağıtları, raporlar ve tüm dosya kapsamı ile sabit olmuştur. Sanıkların sabit olan eylemleri işkence niteliğinde olup Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken önceki hükümde direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.*¹⁶³

2.10.4. Manisa Davası Kararının Değerlendirilmesi

Yargıtay 8. Ceza Dairesi ve YCGK'nun vermiş olduğu kararlarda dikkat çekici bir konu verilen adli raporların kararlarda değerlendirilmesidir. Yargıtay, işkence suçu mağdurlarına yönelik verilen adli raporlarda çelişki olmaması, olduğu takdirde adli tıp kurullarının değerlendirilmesinin alınmasına yönelik hassasiyetini verdiği kararlarda dile getirmektedir.¹⁶⁴ Ancak, örnek kararlarda görülen bu hassasiyet, Manisa davasında gösterilmemiştir.

¹⁶³ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun vermiş olduğu bu karar doğrultusunda, Manisa Ağır Ceza Mahkemesi 15.11.2000 günlü, E:1999/327, K:2000/278 sayılı kararıyla, sanık polis memurlarını işkence yapmak suçundan dolayı mahkum etmiştir. Yargıtay 8. Ceza Dairesi 04.04.2003 tarih E:2003/1060, K:2003/360 sayılı kararında Manisa Ağır Ceza Mahkemesinin vermiş olduğu mahkumiyet kararını onamıştır. 16.04.2003 tarihinde sanık vekili, karar düzeltme talebinde bulunmuş ise de, bu talep reddedilerek karar kesinleşmiştir. Bu karara göre, yargılanan polisler 70 ay ile 160 ay arasında değişen ağır hapis cezaları ile cezalandırılmışlardır.

¹⁶⁴ “Karakolda işkence gördüğünü iddia eden ot yakma olayı sanığının, gözaltında bırakıldıktan yedi gün sonra “üç gün iş gücü kaybı belirtir rapor almasına” karşılık, kişinin raporda belirtilen arazların rapor tarihinden ne kadar önceki bir zamanda oluştuğunun belirtilmemesi ve bu arazların başka yerde, başka biçimde oluşabileceği gözetilmediğinden, karakol komutanının cezalandırılmasına ilişkin hükmün bozulmasına karar verilmiştir.” YCGK 13.02.1989 tarih ve 8/463-39 sayılı kararı için bakınız, Savaş ve Mollamahmutoğlu, *TCK Şerhi*, 1995, s. 1862

“... Hırsızlık suçu sanığının darb ve cebire maruz kalmadığını gösterir raporu, Elazığ Devlet Hastanesinin acil servisinden verilen işkence gördüğü iddiasını doğrulayan bulguları gösteren raporu, Fırat Üniversitesi Araştırma Hastanesinde Cildiye uzmanınca bir önceki raporla çelişen uzman raporunun verilmesi neticesinde, Adli Tıp ilgili bölümünden kesin görüş alınmadan eksik inceleme ile davanın sonuçlandırılması bozmayı gerektirmiştir.” 8.Ceza Dairesinin 9.4.1991 tarih ve 3005/4058 sayılı kararı için bakınız, Savaş ve Mollamahmutoğlu, *TCK Şerhi*, 1995, s. 1856

“... Eldeki kanıtlara göre, sanıkların işkence yaparak ölümüne sebebiyet verdiklerine ilişkin kuşkudan uzak kesin kanıtlar bulunamamıştır. Uyuşmazlık konusu olayda, sanıkların yüklenen suçu işlediklerini gören bulunmadığı gibi, açık ve kesin fenni kanıt da elde edilememiş (Cerrahpaşa Adli Tıp fakültesi Raporu, Adli Tıp 1. İhtisas Kurulu ve Adli Tıp Kurulu Raporları), buna karşın, aksi kanıtlanmayan savunmayı doğrulayan kanıtlar elde edilmiştir. O halde ortada kuşkulu bir durum bulunduğundan suç sübuta ermemiştir.” YCGK 4.2.1991 tarih ve 8-354/14 sayılı kararı için bakınız, Evliyaoğlu, *Memurlarla İlgili Suçlar*, s. 722

Davanın Yargıtay’da görülmesi sırasında, eldeki mevcut raporların yetkili bir kuruldan alınmaması, haricen alınan alternatif adli raporların değerlendirme konusu yapılması, her ne kadar vicdani delil sisteminin uygulanması olarak gözüксе bile, Yargıtayın daha önce verdiği kararlarda “delillerin değerlendirilmesi ve şüphenin izale edilmesi” konularındaki hassasiyetinin burada görülmemesi düşündürücüdür.

8. Ceza Dairesi, 1998 tarihli kararında şahıslara ait alınan doktor raporlarını periyodik rutin sevkler olarak nitelendirmektedir. Bunun yanında İTO tarafından verilen rapor neticesi tüm mağdurların fiziki ve psikolojik işkenceye maruz kaldıkları belirtilmiştir. Ayrıca, yargılama aşamasında serbest kalan şahıslardan Mahir Göktaş, Abdullah Yücel Karataş ve Jale Kurt İTO tarafından tekrar muayene edilmişler, gözlem ve tıbbî tetkiklere dayalı olarak alınan raporlarında “kişilerin gözaltında bulunduğu süre içerisinde psikolojik ve fiziksel işkenceye maruz kaldıkları kanaatine varılmıştır” ibarelerine yer verilmiştir.

İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Ana Bilim Dalı Başkanlığı tarafından 10.05.1999 tarihinde verilen adli raporlar YCGK’da delil olarak kabul edilmiş ve karar metninde dile getirilmiştir.¹⁶⁵ Verilen raporlar şahıslar görülmeden ve herhangi bir tıbbi muayeneye tabi tutulmadan, tamamen evrak üzerinden hazırlanmıştır.¹⁶⁶ Raporlarda belirtilen bulgular ve 15 gün alacak şekildeki iş gücü kaybı, alınan hiçbir raporda belirtilmezken, iki yıl üç ay sonra verilen bir raporda bunun tespiti yapılmıştır.

8. Ceza Dairesinin bozma kararında, işkence sonucu mağdurların intihara kalkışması yönündeki iddialara değinilmiştir. Şahıslardan Hüseyin Korkut, psikolojik rahatsızlığı olduğu belirtilen kişidir. Ancak bu şahsın rahatsızlığı iddia edildiği gibi gözaltı sürecinde ve sonrasında meydana gelen bir durum değildir. Daha önceden de bu şahsın rahatsızlığının mevcut olduğu Manisa Ruh ve Sinir Hastalıkları Hastanesinin raporlarında ve dosyasında mevcuttur. Şahsın bu durumu doktor ifadelerinde de

¹⁶⁵ İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Ana Bilim Dalı, 10.05.1999 tarih ve bila sayılı/1999 tarihli raporları, Dosyasından

¹⁶⁶ Raporların yazılmasında, mağdurların muayene edilmeden, sadece mevcut evraklar üzerinden yapılması bu raporların tarafsızlığını ve gerçekliğini zedeleyen bir unsurdur. Raporların giriş kısmındaki talebe yönelik açıklama şu şekilde yapılmıştır; “Avukat Pelin Erda ve Avukat Sema Pekdaş’ın İstanbul Üniversitesi İstanbul Tıp Fakültesi Adli Tıp Ana Bilim dalı Başkanlığına göndermiş oldukları 13.04.1999 Tarihli yazılarında; ekindeki dosyanın incelenerek mağdur müvekkillerinin işkenceye ilişkin yakınmaları, olayın gelişimi ile ilgili son iddialar ve doktorların müvekkillerini muayene etmemiş olduklarına ilişkin iddialar ile doktor ve hemşirelerin ifadeleri ile tüm raporlarının değerlendirilmesi; varılacak sonucun bildirilmesi istenmektedir.”

geçmektedir.¹⁶⁷ İntihara teşebbüs edildiğine dair dosyada bir emare ve belge bulunmamaktadır. İntihar ile işkence olgusunun birbirine bağdaştırılması ve davaya delil olarak sunulması anlaşılır görülmemektedir.

Bozma kararındaki bir başka husus da, yapılan kötü muameleler sonucu Sema Taşar, Ayşe Mine Balkanlı ve Münire Apaydın'ın tüberküloz hastalığına yakalandığına ilişkin yaklaşımdır. Verem hastalığının mikrobik ve bulaşıcı bir hastalık olduğu bilinen bir gerçektir. Olumsuz koşullarda bünyesi zayıflayan kişilerde bu hastalığın görülmesi muhtemeldir. Mağdurların cezaevinde bulunduğu süre içerisinde, cezaevindeki açlık grevleri ve isyan olaylarının varlığı ve ayrıca cezaevinin olumsuz koşulları neticesinde bu hastalığa yakalanmaları ihtimalinin varlığı unutulurken bu hastalığın kötü muamele ile arasındaki illiyet bağı kurulması mümkün değildir.

8. Ceza Dairesi, uygulanan işkence yöntemleri arasında “makatına cop sokulmak” iddiasını dile getirmiştir.¹⁶⁸ Ancak, şahısların alınan raporlarında da bununla ilgili herhangi bir emareye rastlanmamıştır. Makatlarına cop sokulduğunu iddia eden kişilerin, gerek adli tıp birimlerindeki muayenelerinde, gerekse İTO'da muayenesi yapılan üç kişide, ürigenital sistem normal bulunmuştur. Oysa bu durumda, anüs ve rektumda meydana gelen yırtılmaların tespit edilmemesi mümkün olmadığı gibi, bu izlerin kısa süre içerisinde kaybolması da mümkün değildir.¹⁶⁹

Şahısların cinsel organlarına, göğüslerine, ayak uçlarına ve vücudun çeşitli bölgelerine elektrik verildiği dile getirilmiş ancak alınan adli tıp raporlarında ve alternatif raporlarda buna ait izler tespit edilememiştir.

İTO tarafından, ilk mahkeme aşamasında vermiş olduğu raporlarda mağdurların anlatımları ve mevcut evraklarının tetkiki sonucu psikolojik ve fiziksel işkenceye maruz

¹⁶⁷ Dosyasından, Manisa Ağır Ceza Mahkemesinin kararı, s.16-17

¹⁶⁸ Nitekim şahısların bu konudaki beyanları da gerek ifadelerde gerekse yazılı ve görsel basında dile getirilmiştir. Mahir Göktaş yaşadıklarını şu şekilde anlatmaktadır; “...Çırılçıplak duvara dayatıp beklettiler. Amcama (Ali Göktaş) gözümün önünde işkence yaptılar. Makatına cop sokup, bana da aynısını yapacaklarını söylediler.” Emrah Sait Erda ise yaşadıklarını şu şekilde anlatmaktadır; “...Elektrik verilirken, hayalarım burulmaya başlandı. Bir ara makatımda bir acı hissettim. Jop olduğunu söyledikleri bir şeyi makatıma soktular.” 1996 Türkiye İnsan Hakları Raporu, TİHV Yayınları, Ankara, 1998, ss. 329, 330,

¹⁶⁹ Anüste lezyonlar ve bunlara bağlı fonksiyonel bozukluklar yaklaşık 1 hafta 10 gün içinde tamamen iyileşir. Fissür ve yüzeysel yırtıklar ara sıra nedbe dokusu oluştursa da genellikle belirgin bir iz bırakmadan iyileşirler. Aksoy, Ercüment ve diğerleri, “Cinsel Saldırıları”, <http://www.ttb.org.tr/adli/5.html>

kaldıkları dile getirilmiştir. Ancak, psikolojik işkenceye yönelik tespitler tıbbi ölçüler çerçevesinde yapılmamıştır.¹⁷⁰

İTO ve İÜ. Adli Tıp Ana Bilim Dalı Başkanlığı Raporları haricinde toplam 197 muayene ve 197 ayrı rapor alınmıştır. Bu raporlarda görev alan doktor sayısı ise 139'dur.¹⁷¹ Raporların sayısı, raporu düzenleyen sağlık kuruluşlarının ve doktorların ayrı kişiler olduğu düşünüldüğünde, sadece alternatif raporların göz önünde bulundurulması, resmi kurumlara ait raporların yok sayılması, aralarındaki çelişkinin giderilmesi için yetkili resmi kurulların bilirkişiliğine başvurulmaması ve bunların delil olarak kabul edilmesi, bundan sonra yeni bazı uygulamaları da başlatabilecek niteliktedir. Herhangi bir kişinin, polis veya başkasını suçlamak amacıyla herhangi bir özel hastaneden veya herhangi bir resmi kurumdan rapor alması ve bunu delil olarak mahkemeye sunması ve mahkemenin de bunu kabul etmek durumunda kalması söz konusu olabilecektir. Bu yolu deneyen kişilerin amacı kolluğu yıpratmak olabileceği düşünüldüğünde, kişilerin böyle bir yöntemle alacakları raporların adaleti yanıltabilecekleri unutulmamalıdır.

Manisa Davasının Yargıtay sürecinde yoğun bir kamuoyu baskısı yaşandığı bilinmektedir. Dava süresince gazetelerde ve dergilerde çıkan haberlerin, röportajların sayısı 3.200 civarındadır.¹⁷² Davayı takip edenler arasında bazı Avrupa ülkelerinin temsilcilerinin de olması Manisa davasının evrensel boyuta taşındığının bir göstergesidir.¹⁷³

¹⁷⁰ Psikolojik işkencenin tespitine yönelik şu hususa dikkat çekilmektedir. "Bazı psikiyatri uzmanlarının bir kişiyi uzun müddet müşahade altında tuttukten ve muayene ettikten sonra, onun psikolojik açıdan işkenceye tabi tutulup tutulmadığını belirleyebildikleri söylenmektedir. Ancak, bu tespitler, manevi işkencenin yapıp yapılmadığını değil, bazı endikatörlerin mevcut bulunup bulunmadığına yöneliktir. Fakat yüzde yüz kesin bir şekilde manevi işkence yapılmıştır veya yapılmamıştır demek bugünkü bilimsel aşamada mümkün değildir." Read, Frank, "Bilimsel Delillerin Kabul Edilebilirliği Konusuna Mukayeseli Bir Bakış", *Ceza Hukuku Reformu*, Umut Vakfı Yayınları, İstanbul, 2001, s. 84

Bunun yanında Türkiye İnsan Hakları Vakfı İzmir Şube Başkanı Prof. Dr. Veli Lök, psikolojik işkencenin tespitine yönelik aynı doğrultuda şunları söylemektedir; "...bazen bir olaya işkence diyebilmek için günlerce tetkik etmek durumundasınız. Bir psikiyatrisin muayenesi en azından bir saat sürer. Burada psikiyatri muayenesi yapılmadan işkencenin olduğunu saptamak, böyle bir iddia karşısında mümkün değildir. Bunun anlamı şudur; psikiyatri uzmanına yeterli süre verilmesi gerekir. Lök, Veli, "Bilimsel Deliller" *Yargı Reformu 2000 Sempozyumu*, İzmir Barosu Yayını, 2000, s. 525

¹⁷¹ Manisa Ağır Ceza Mahkemesine 28.12.1999 tarihli sanık müdafileri tarafından verilen savunma dilekçesi, s. 22, Dosyasından

¹⁷² "Manisa Davasına Bak İşkenceyi Tam", Radikal Gazetesi, 07.04.2003

¹⁷³ Zaman Gazetesi, 17.10.2002, "Beraat, vicdanlara gölge," Milliyet, 14.03.1998 ve 28.01.1999

Yani, kamu oyu baskısı sonucu şahısların sadece İTO tarafından verilen raporunda, işkencenin varlığına işaret eden mütala raporu gözönünde bulundurularak bu sonuca ulaşılmıştır.

Yargılama aşamasında eldeki delillerin yetersiz görülmesi halinde, ceza hukukunun “şüpheden sanık istifade eder” ilkesi gereği, karar sanık lehine verilmektedir.¹⁷⁴ Bu ilkenin amacı, bir suçlunun cezasız kalmasının bir masumun mahkum olmasına tercih edilmesi ve suçluluğu ispatlanıncaya kadar sanığın masum sayılmasıdır. Yargılama yapan hakim, ispat bakımından tam bir kanaate varamazsa yani sanık hakkındaki şüphesini yüzde yüz yenemezse, o hususu olmamış kabul edecek ve sabit olmamanın sonuçlarına göre karar verecektir. Bu ilke ceza yargılamasında *şüpheden sanık yararlanır* olarak adlandırılmaktadır.¹⁷⁵

Nitekim delillerin değerlendirilmesi hususunda, 1993 tarihli YCGK’nun bir kararında: *“Ceza yargılamasının amacı, hiçbir duraksamaya yer vermeden, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu araştırmada yani gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir. Gerçek, akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların tüm olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır. Yoksa bir takım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması ceza yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır.”*¹⁷⁶

Anayasamıza göre hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler" Yargıcın nesnel bir biçimde ve yasalara uygun olarak karar verebilmesinin ilk güvencesi, onun kararlarını verirken her türlü endişeden, maddi ve manevi baskı ve etkilerden uzak bulunmalarıdır.¹⁷⁷

Bütün bunların sonucunda adaletin yanlış tecelli etmesi ve hakimlerin vereceği kararlarda baskı altında kalmasına sebep olmaktadır. Hakimin, hukuk kuralları ve vicdan yerine, diğer devlet organları temsilcilerinin veya dava taraflarından birisinin etkisi altında kalarak karar vermesi halinde, bu durum haksızlığa uğrayan olduğu kadar toplumun adalete olan inancını da sarsar ve devlet hayatında hukuki güvensizlik

¹⁷⁴ YCGK’nun 4.2.1991 tarih ve 8-354/14 sayılı kararı için bakınız, Evliyaoğlu, *Memurlarla İlgili Suçlar*, s. 722

¹⁷⁵ Kunter ve Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 548

¹⁷⁶ YCGK’nun 19.04.1993 tarih ve 6-79/108 sayılı kararı için bakınız, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Ekim 1993, s.165

¹⁷⁷ Turhan, Mehmet, *Anayasal Devlet*, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1997, s. 28

yaratır.¹⁷⁸

¹⁷⁸ Ünal, Şeref, *Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı*, TBMM Kültür ve Sanat Yayınları, Yayın no: 65, s. 4

3. BÖLÜM: Uluslararası Sözleşmeler ve Koruma Mekanizmaları

İnsan haklarının uluslararası düzeyde korunması ikinci dünya savaşından itibaren büyük bir önemle hız kazanmıştır. Dolayısıyla uluslararası koruma, tarihsel olarak insan hakları düşüncesi ve kavramı kadar eski bir olgu değildir.

İkinci Dünya Savaşı öncesinde uluslararası hukuk, yalnızca devletler arasındaki ilişkileri düzenliyor, “devlet ve vatandaş” arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi ise ülkelerin iç hukukuna bırakılıyordu. Ancak İkinci Dünya Savaşından itibaren başlayan insan hakları alanındaki örgütlenmeler ve sözleşmeler neticesinde birey, ulusal hukuk öznesi olmanın yanında, uluslararası hukuk öznesi durumuna gelmeye başlamıştır.

Bu maksatla, başta Birleşmiş Milletler olmak üzere Avrupa Konseyi ve bölgesel alanlar çerçevesinde sözleşmeler ve hukuki belgeler hazırlanmış kurumsal yapılanmalar oluşturulmuş ve denetim mekanizmaları kurulmuştur.

Bu bölümde, kısaca sözleşmelere değinildikten sonra, özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin “işkence görmeme hakkı”nı düzenleyen 3. maddesiyle ilgili verilen kararlar ele alınacaktır.

3.1. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi

İkinci Dünya Savaşından sonra 10 Aralık 1948 tarihinde insan hakları anlayışını uluslararası düzeye çıkaran bildiri imzalanmış, Türkiye tarafından 1949 tarihinde onaylanmıştır. Bu Bildiri ile BM’ye üye devletler, insan haklarının ve temel hürriyetlerinin korunması için gereken bütün önlemleri alma ve özellikle insan haklarına evrensel saygı gösterme, ırk, cinsiyet, dil ve din ayrımı gözetmeden herkese temel hak ve özgürlükleri tanıma yükümlülüğü altına girmişlerdir.

Bildiri, insan haklarını listeleyen tarihteki ilk belge olmakla beraber, Birleşmiş Milletler bu belgeyi insan hakları alanında bütün milletlerin ve bütün insanların erişebilecekleri ortak bir ideal olarak tasarlamıştır.¹⁷⁹

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, insan hakları ve temel özgürlükler açısından geniş bir alanı kapsamaktadır. Bu belge, yalnız kişisel ve siyasal hakları içermekle

¹⁷⁹ Gözlügül, Said Vakkas, *AİHS ve İç Hukukumuz Etkisi*, Usta Matbaacılık, Ankara, 1999, s. 48

kalmamış, ekonomik, sosyal ve kültürel haklara da bünyesinde yer vermiştir. Ancak bu belge, uluslararası hukuk bakımından bir antlaşma veya bir sözleşme değildir.¹⁸⁰ Bu nedenle hukuki bağlayıcılığı olmadığı tartışmaları olmakla birlikte, siyasi ve ahlaki ağırlığı konusunda kuşku yoktur.¹⁸¹

Bildirinin 5. Maddesinde “*Hiç kimseye işkence yapılamaz, zalimane, insanlık dışı, onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz ve ceza verilemez*” hükmü yer almaktadır. Ancak, bu hükmün ve Bildiride belirtilen diğer hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik Bildiri dahilinde bir koruma mekanizması oluşturulmamıştır.

3.2. İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Davranış ya da Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi

Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 1984 yılında aldığı kararla kabul edilmiştir. Türkiye, bu Sözleşmeye 1988 yılında taraf olmuştur. Sözleşmenin 1. Maddesinde işkencenin tanımı yapılmış ve Sözleşmeye taraf olan devletler, kendi ülkelerinde işkence olaylarını önlemek için etkili kanuni, idari, adli veya başka tedbirleri alma yükümlülüğü altına girmiştir.

Sözleşmenin 17. Maddesine uygun olarak, İşkenceye Karşı Komite (İKK) kurulmuştur. Komite, taraf devlet ülkesinde işkencenin sistematik bir şekilde uygulandığına dair inandırıcı bilgi aldığında, ilgili taraf devleti, bu bilginin incelenmesinde işbirliği yapmaya ve bu amaçla alınan bilgi bağlamında gözlemlerini sunmaya davet etme yetkisine sahiptir.

Komite, ilgili taraf devletin sunacağı gözlemlerinin yanında başka bilgiyi de dikkate alarak, gerekli olduğuna karar verdiğinde, üyelerinden birini ya da daha fazlasını gizli bir soruşturma yapmak ve acilen Komiteye rapor vermek üzere atayabilmektedir. Komite, yaptığı faaliyetlere ilişkin hazırlamış olduğu raporları, Birleşmiş Milletler Genel Kuruluna ve taraf devletlere yıllık rapor halinde sunmaktadır.

Komiteye, devletlerin ve bireylerin şikayet hakkı bulunmaktadır. Komite, başvuruları, başka bir uluslararası tahkik veya çözüm usulü çerçevesinde incelenmemesi

¹⁸⁰ Gölcüklü ve Gözübüyük, *AİHS ve Uygulaması*, s. 5

¹⁸¹ Demirbaş, *İşkence Suçu*, s. 20

halinde ve hukuk yollarının kullanıldığı ve tüketildiği sonucuna vardığı takdirde incelemektedir.

3.3. İşkence ve İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Ceza ve Davranışların Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi

İnsanların maddi ve manevi onuruna saygı duyulması, insan haklarının korunmasının temelini teşkil eder. Özellikle özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilerin hak ihlallerine maruz bırakılmaması, insan haklarına verilen önemin bir göstergesidir. Bunun sağlanması amacıyla devletler, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin her türlü kötü muameleye karşı korunması için uluslararası antlaşmalara taraf olmuşlardır.

Ancak, bu tür antlaşmalara rağmen, işkence gibi fiziksel ve psikolojik kötü muamelelerin önlenememesi başka mekanizmaların aranmasına neden olmuştur.¹⁸² İşte bu mülahazalarla, Avrupa Konseyi, kişiler için önemli koruma standartları getiren İşkence ve İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Ceza ve Davranışların Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesini (Avrupa İşkenceyi Önleme Sözleşmesi) kabul etmiştir.¹⁸³

Sözleşme, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin kararı doğrultusunda 26 Kasım 1987 tarihinde imzaya açılmıştır. Türkiye, Avrupa Konseyi'ne üye taraf olarak, Sözleşmeyi ilk imzalayan devletler arasında olmamakla birlikte, ilk onaylayan devlettir. Sözleşme 26 Şubat 1988 tarihinde onaylanarak 1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmede, işkence ile ilgili yeni kavramlar dile getirilmemekte, Komitenin kuruluşu, amacı ve yetkileri belirtilmektedir. Sözleşmenin 1. Maddesine uygun olarak Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi (AİÖK) kurulmuştur.

Bu Sözleşme, AİHS'nin 3. Maddesiyle ilgili mağdur olduklarını ileri süren kişilerin korunmasını ve işkencenin önlenmesini amaçlamaktadır. Bu koruma, önleyici niteliktedir. Korumanın temel yöntemi, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin bulunduğu her türden yerlere yapılacak ziyaretlerdir.¹⁸⁴

¹⁸² Reisoğlu, Sefa, *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları*, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, s. 46

¹⁸³ Çetintürk, Ekrem, "Avrupa Konseyi ve İnsan Haklarının Korunması", http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergileri_dosyalar/sayi19/Dergi19-2.htm

¹⁸⁴ Gülmez, Mesut, "İşkencenin Önlenmesi Avrupa Komitesi ve Türkiye'ye Yönelik Açık Bildirimleri" *Amme İdaresi Dergisi*, TODAİE Yayınları, Cilt 31, Sayı 1, 1991, s. 20

AIÖK, kendisine delil toplama ve rapor yapma fonksiyonu verilen yargısal olmayan (*Non-Judicial*) bir organdır.¹⁸⁵ Yargısal olmayan bir organ olma niteliğinin ortaya çıkardığı iki önemli özellik vardır. Bunlardan birisi, AIÖK bireysel şikayetler konusunda karar verme yetkisine sahip olmamasıdır. Diğerisi ise, fonksiyonunu yerine getirebilmesi için, AIÖK'nin taraf devletlere periyodik ve periyodik olmayan (*ad hoc*) ziyaretler yapma yetkisinin verilmesidir.¹⁸⁶

Türkiye, Avrupa İşkenceyi Önleme Sözleşmesini onaylamakla, yetkili bir kamu makamı tarafından özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin bulunduğu herhangi bir yere Komitenin periyodik ve periyodik olmayan ziyaretler yapmasına izin vermeyi taahhüt etmiştir. Komite Heyetinin ziyareti esnasında heyet mensuplarına her türlü kolaylığın sağlanması gerekir. Ayrıca Komitenin ziyaret edeceği yerleri daha önceden bildirme yükümlülüğü yoktur. Ziyaret programı tek taraflı olarak Komite tarafından düzenlenmekte ve taraf ülkeye sadece tebliğ edilmektedir.

10. Maddeye göre, her ziyaretten sonra Komite, ziyaret sırasında bulguladığı olaylara ilişkin bir rapor düzenlemektedir. Komite, gerekli gördüğü takdirde, önerilerini de içeren bu raporunu ilgili taraf devlete gönderir. Ayrıca, daha iyi korunma sağlanması konusunda gerekli ise, önerilerde bulunmak amacıyla görüşebilir.

Komite ile ilgili devlet makamlarının işbirliği, Sözleşmenin etkin bir şekilde uygulanmasının en önemli unsurudur. Komitenin görevi, ilgili tarafı eleştirmek veya kınamak değil, işbirliği yaparak ilgili devlete yol göstermek ve yardımda bulunmaktır. İşbirliği ilkesini, komitenin uyarı ve önerilerinin geciktirilmeksizin pratiğe geçirilmesi biçiminde algılamak gerekir.¹⁸⁷

Komite, taraf devletin, ülkesinde işkence ve kötü muameleleri önleme, bu konudaki durumu iyileştirme, bu eğilimlere son verecek düzenlemeleri yapma ve uygulama konusunda kararlı olmaması, bu konuda çaba göstermemesi, kendisi ile işbirliğine yanaşmaması, kendisinin verdiği öneri ve kararları uygulamaması karşısında yaptırım olarak, düzenlenen raporları kamuoyuna açıklama yetkisine sahiptir.¹⁸⁸ Bu

¹⁸⁵ Doğan, Bülent ve Seven, Huriye, “İnsan Hakları Sorunu Olarak İşkence”, *Türk İdare Dergisi*, Sayı 438, Mart 2003, s. 104; Reisoğlu, *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları*, s. 46

¹⁸⁶ Karaosmanoğlu, Fatih, “Avrupa İşkenceyi Önleme Sözleşmesi Ve Denetim Mekanizması: Türkiye'nin Tespit Edilen Sorunları Ve Çözüm Önerileri”, *İnsan Hakları Konferansı*, 30-31 Mart 1998, İçişleri Bakanlığı APK Kurulu Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1998, s. 64

¹⁸⁷ Gülmez, “İşkencenin Önlenmesi Avrupa Komitesi”, s. 21

¹⁸⁸ Reisoğlu, *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları*, s. 57; Balkız, “İşkence Sorununa Hukuksal Yaklaşım”, s.106

açıklama yetkisi, Sözleşme ile Komiteye verilen tek yaptırım gücüdür. Ancak, uluslararası alanda insan hakları ihlallerinin hassasiyet gerektiren bir konu olduğu düşünüldüğünde bu yaptırım gücü oldukça etkili bir yöntemdir.

3.4. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

İkinci Dünya Savaşı sırasında insanlığa karşı işlenen suçlar, yönetici ve devlet adamlarına karşılıklı anlayışa dayanan birliğin oluşturulması, yeni bir Avrupa kurulması düşüncesini benimsetmiştir.¹⁸⁹ İşte bu anlayış içinde Avrupa'nın ilk siyasi kuruluşu olan Avrupa Konseyi, "Üyeleri arasında ortak varlıkları olan, ülkü ve ilkeleri korumak ve yaymak, ekonomik ve toplumsal girişimleri sağlamak" amacıyla 1949 yılında kurulmuştur.

AK'nin amaçları arasında yer alan en önemli ilke, insan haklarının ve temel özgürlüklerinin geliştirilmesi ve korunmasıdır. Bu ilkeler çerçevesinde 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanan Sözleşme, 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiş, Türkiye Sözleşmeyi 1954 yılında onaylamıştır.

AIHS'nin en önemli özelliği, koruma altına aldığı temel hak ve özgürlükleri kapsamlı olarak düzenlemesi, hangi koşullarla ve nasıl sınırlanabileceklerinin ölçütlerini koyması ve işlevselliğini sağlayacak denetim organlarını kurmasıdır.¹⁹⁰ Bu yapılanmaya katılan Avrupa Konseyi ülkeleri ulusal düzenlemelerinde, Sözleşmeye aykırı yasalar çıkarmama ve varolan hukuklarını Sözleşmeye uygun bir biçimde yenileme yükümlülüğü altındadırlar.

AIHS'yi, diğer bildiri ve sözleşmelerden ayıran önemli bir özellik, Sözleşmede öngörülen temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla kurulan denetim mekanizmasının bulunmasıdır. Böylelikle Sözleşme, insan haklarının korunmasının ulusal düzeyden, uluslararası düzeye geçmesini sağlamış, bireyi uluslararası hukukta söz sahibi yapmıştır.

Sözleşme, genel anlamda kişisel ve siyasi hakları koruma altına almaktadır. Zaman içerisinde çıkarılan protokollerle Sözleşmenin koruma alanı genişletilmiştir. Bunun yanında, insan hak ve özgürlüklerinin sadece genel ilkeler şeklinde

¹⁸⁹ Ünal, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, TBMM Basımevi, Ankara, 2001, s. 66

¹⁹⁰ Doğan ve Seven, "İnsan Hakları Sorunu Olarak İşkence", s. 101

açıklanmasıyla yetinilmemiş, bunların daha açık ve geniş bir şekilde belirlenmesi yoluna gidilmiştir.

Sözleşmede iktisadi ve sosyal haklara yer verilmeyişinin nedenlerinden biri, Sözleşmenin hukuki bir bağlayıcılık getirmesi ve yargısal bir denetim mekanizmasını kabul etmesidir.¹⁹¹ Bu hakların bütün üye ülkelerde, standart bir koruma mekanizmasına bağlanmasının ve bu konudaki ihlallerin fiilen kaldırılmasının neredeyse imkansız olması da göz önünde bulundurulmuştur. Çünkü ülkelerin iktisadi gelişmişlik düzeyleri ve mali olanakları farklıdır. Bütün üye ülkelerde aynı düzeyde güvence altına alınması mümkün görünmemektedir.¹⁹²

Sözleşmenin 1. Maddesine göre âkit devletler, kendi yetki alanında bulunan herkese, Sözleşmede belirtilen hak ve özgürlükleri tanımak yükümlülüğü altındadırlar. Buna göre AİHS, diğer uluslararası sözleşmelerden farklı olarak, Sözleşmenin uygulanması açısından vatandaşlık bağıını önemsememiştir. Sözleşme, vatandaş olsun olmasın taraf devlet ülkesinde bulunan herkese uygulanacaktır.

AİHS'nin diğer bir özelliği de insan hakları konusunda Avrupa kamu düzenini oluşturan, anayasal değerde, bir “yasa sözleşme” olmasıdır. Bu niteliği ile AİHS, ulusal hukukta doğrudan sonuç doğuran bir belge; yani ulusal kanun değerinde bir metindir.¹⁹³

Anayasanın 90. maddesinde “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz” denilmekle uluslararası sözleşme hükümlerine yasa ile eşit bir statü sağlanmaktadır. Hatta, Anayasamız usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş bulunan uluslararası sözleşmelerin anayasaya aykırı oldukları iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağını hükme bağlamaktadır.

Bu hükmün birinci cümlesinden, antlaşmaların yasa gücünde olduğu ve doğrudan hüküm doğurduğu anlaşılmaktadır.¹⁹⁴ İkinci cümlede, milletlerarası antlaşmalar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı belirtildiğine göre, normlar hiyerarşisi yönünden diğer kanunların

¹⁹¹ Atar, Yavuz, “Ulusal ve Uluslararası Düzeyde İnsan Haklarının Korunması”, *Yeni Türkiye Dergisi*, Sayı 22, 1998, s. 1296

¹⁹² Erdoğan, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2001, s. 154

¹⁹³ Gölcüklü, Feyyaz “Uluslararası Belgeler ve Koruma Amaçlı Mekanizmalar” *Yeni Türkiye Dergisi*, Sayı 22, 1998, s. 1273

¹⁹⁴ Pazarcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, Turhan Kitabevi, Ankara 1989, s. 30

üstünde bir statüye sahip oldukları söylenebilir.¹⁹⁵ Bu nedenle, devletimiz, Sözleşmeye aykırı anayasa ve yasa çıkarmamak yükümlülüğü altındadır. Bunun yanında, sözleşmeye aykırı hükümlerin yürürlükten kaldırılması bir zorunluluktur.¹⁹⁶ 07.05.2004 tarihinde 5170 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikle 90. Maddenin son fıkrasında; “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır” denilmek suretiyle antlaşma hükümlerine bir kez daha üstünlük tanınmıştır.

Sözleşme, kapsadığı hakları düzenlemekle kalmamış, bu hakların sınırlarını da belirlemiştir. Düzenlenen hak ve özgürlükler, ulusal güvenlik, ülkenin ekonomik çıkarları, kamu sağlığı, genel ahlak, kamu düzeninin korunması gibi nedenlerle demokratik bir toplumda zorunlu gereklilikler halinde, istisnai durumlar konulmak suretiyle sınırlandırma sebepleri sayılmıştır. Bunun yanında Sözleşmedeki hak ve özgürlüklerin, olağanüstü hallerde askıya alınması imkanı da bulunmaktadır. Ancak, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında, 2. Maddedeki yaşama hakkı, 3. Maddedeki işkence görmeme hakkı ile hiç kimsenin köle veya kul olarak tutulamayacağını belirten 4/1 maddesi ve 7. Maddedeki cezaların yasallığı ilkesi dahilindeki hükümlerle ilgili olarak devletlerin Sözleşme hükümlerini askıya alma hakkı tanınmamıştır.

Sözleşme metninin bir başka temel özelliği de, yorumunun dinamik olması, yani değişen sosyal değerleri, standartları ve beklentileri yansıtmasıdır. AİHM Sözleşmenin 3. Maddesine ilişkin bir başvuruyu incelerken, Sözleşmenin günümüz koşulları ışığında yorumlanması gereken canlı bir enstrüman olduğuna işaret etmiştir.¹⁹⁷

Bu sözleşmenin 3. Maddesinde, hiç kimsenin işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı cezaya veya işlemlere tabi tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca,

¹⁹⁵ Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, s. 7-9; Pıtırılı, Ali, “İşkencenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi ve İç Hukukumuz”, *Türk İdare Dergisi*, Sayı 386, Mart 1990, s. 20; Çiçekli, Bülent, “Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesinin Ülkemize İlişkin Tespit ve Tavsiyeleri”, *İnsan Hakları Konferansı*, 30-31 Mart 1998, İçişleri Bakanlığı APK Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1998, s. 55

¹⁹⁶ Tezcan, Durmuş ve Diğerleri, *AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 123

¹⁹⁷ 25 Nisan 1978 tarihli Tyrer/ Birleşik Krallık kararında Mahkeme, çocuk suçlulara yargı yoluyla dayak cezası verilmesinin, 1956 yılında kabul edilebilir olmasına rağmen, 1978'deki AİHS standartları uyarınca artık kabul edilemez olduğu kararma varmıştır. Nakleden; Reidy, Aisling *İşkencenin Yasaklanması*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, Adalet Bakanlığı Yayınları, 2002, s. 6

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği kararlarda görüleceği gibi, Sözleşmenin 2. Maddesinde dile getirilen yaşama hakkı ve 13. Maddesindeki etkili başvuru hakkı da 3. Madde ile yakından ilişkilidir.

3.5. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHS'nin en önemli özelliği, öngörülen hak ve özgürlüklere riayet edilmesini sağlamak amacıyla kurulan uluslararası denetim mekanizmasının varlığıdır. Bu Sözleşme ile kurulan uluslararası denetim organlarından “Avrupa İnsan Hakları Komisyonu” 18 Mayıs 1954 tarihinde, “Avrupa İnsan Hakları Divanı” da 21 Ocak 1959 yılında çalışmaya başlamıştır.

Sözleşme, Türkiye tarafından 1954 yılında onaylanmasına rağmen, Komisyona bireysel başvuru hakkı ve Divanın yargı yetkisi uzun süre tanınmamıştır. 11 Nolu Protokolden önce yürürlükte olan Sözleşmenin 25. Maddesinde yer alan “bireysel başvuru hakkı” 27 Ocak 1987 tarihinde kabul edilmiştir. Ancak, Divanın yargı yetkisinin tanınmamasından dolayı bu hakkın kabul edilmesi pratik olarak bir anlam ifade etmemiştir. Çünkü Komisyonun, başvuruları sadece inceleme yetkisi bulunmaktaydı.¹⁹⁸ Sözleşme ile öngörülen haklardan herhangi birisinin ihlal edildiği iddiasına dayanarak bir başvuru yapıldığında, Komisyon gerekli incelemeyi yaptıktan sonra başvurunun kabul edilebilir olup olmamasına göre, AİHD'na rapor halinde sunulmaktaydı.¹⁹⁹ Divanın yargı yetkisinin 22 Ocak 1990 tarihinde tanınması ile bu durumun ortadan kaldırılması sağlanmıştır.²⁰⁰ Bunun neticesinde Türkiye, Sözleşmenin bütün hükümlerinden sorumlu bir taraf devlet haline gelmiştir.

Avrupa Konseyi üyesi olan devlet sayısının ve Komisyona yapılan bireysel başvuru sayısının artması nedeniyle, Sözleşmedeki denetim mekanizmasının günün koşullarına uygun hale getirilmesi amacıyla hazırlanan ve önemli yapısal değişiklikler içeren AİHS'ye Ek 11 Nolu Protokol ile Komisyon ve Divan birleştirilerek, 1 Kasım 1998 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur. 11 Nolu Protokol ile

¹⁹⁸ Atar, “İnsan Haklarının Korunması Mekanizması”, s. 1298

¹⁹⁹ Tezcan ve Diğerleri, *AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, s. 97

²⁰⁰ Gölcüklü, “Uluslararası Belgeler ve Koruma Amaçlı Mekanizmalar”, s. 1272

Mahkemenin oluşumu, yetki ve yargılama usulünde çok önemli değişiklikler yapılmıştır.

Ulusal üstü denetim mekanizmasının “devlet başvurusu” ve “bireysel başvuru” olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır. AİHM’de, Sözleşmeye üye devletlerden bir veya bir kaçının, diğer bir üye devlette insan haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle yapılan devlet başvuruları veya her gerçek kişi, hükümet dışı bir kuruluş veya kişi gruplarının hak ihlallerine yönelik başvuruları ile yargılama başlamaktadır. Ancak başvurular için sözleşmede bazı ön şartlar getirilmiştir.

Mahkeme bünyesinde şikayet başvuruların kabul edilebilirliği konusundaki ilk incelemesi kabul edilebilirlik ve esas olmak üzere iki aşamada yapılmaktadır. Başvurular öncelikle Daireye gönderilmektedir. Daire, bireysel başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğunu ya da başvuru koşullarını taşımadığını düşünüyorsa başvuruyu üç hakimden oluşan komitelere gönderebilmektedir.²⁰¹ Komitenin oybirliği ile kabul edilmezlik kararı vermediği başvurular, tekrar Daireye gönderilir. Daire gerekli ön incelemeleri yaparak başvurunun kabul edilir olup olmadığına karar verir.

Daire, başvuruyu kabul edilebilir bulduğu takdirde dostane çözüm arayışlarına girer. Eğer dostane çözüm gerçekleşirse Daire, olaylarla ve varılan çözümle sınırlı olan kısa bir açıklamayı içeren kararını vererek başvuruyu kayıttan düşürür.²⁰² Tarafların dostane bir çözüme ulaşamamaları halinde duruşma başlar. Daire, gerekçeli karar ile o ana kadar tespit edilen olay hakkında kararını verir. Daire, Sözleşme hükümlerinin ihlal edildiğine karar verirse, zarar gören tarafın hakkaniyete uygun bir şekilde zararının karşılanmasına hükmeder.

Dairede görüşülen başvuru, Sözleşme hükümlerinin yorumu konusunda ciddi sıkıntılar doğuruyorsa veya sorunun çözümü Mahkeme tarafından önceden verilmiş bir karar ile çelişme ihtimali taşıyorsa, başvuru tekrar görüşülmek üzere on yedi hakimden oluşan Büyük Daireye gönderilebilir. Bu durumda Büyük Dairenin beş hakiminden oluşan bir kurul, olayın yeniden incelenmesi talebinin kabulü hususunda karar vermeye yetkili kılınmıştır.²⁰³

²⁰¹ Arslan, Zühtü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Din Özgürlüğü*, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2005, s.16

²⁰² A.g.e., s. 16

²⁰³ Gözlügöl, *AİHS ve İç Hukukumuza Etkisi*, s.197

AİHS, Mahkemece verilen kararın bağlayıcı olduğunu belirtmekle kalmamış, temel hak ve özgürlüklerin korunmasını güvence altına almak için verilen kararların uygulanmasını sağlamak amacıyla ayrı bir denetim mekanizması öngörmüştür. Sözleşmenin 46. Maddesine göre, Mahkemenin kesinleşmiş son kararı, bunun uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesine gönderilir. Maddeden anlaşılacağı gibi Bakanlar Komitesi, kesin hüküm taşıyan, devletlerin uyma yükümlülüğü olan Mahkeme kararlarının, Sözleşmeyi ihlal eden devletçe yerine getirilmesini denetlemekle yetkilidir.

Bakanlar Komitesi, Sözleşmenin 46. Maddesinin 2. fıkrası gereğince, AİHM'nin ihlale yönelik tespitini yaptığı üye ülkelerin, mahkeme kararlarının yerine getirilmesini sadece denetler. Bakanlar Komitesinin bu konuda aldığı kararlar da, AİHM kararları gibi kesindir. Bu nedenle, Bakanlar Komitesi kararlarına karşı ne Bakanlar Komitesine, ne de AİHM'ne başvurmak mümkündür.²⁰⁴

1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 Nolu Protokol, bireysel başvuru yolunun basitleştirilmesini ve başvurulara ilişkin yargılama sürelerinin kısaltılmasını amaçlamaktaydı. Ancak, Mahkeme'ye ilişkin veriler incelendiğinde bunlardan sadece bireysel başvuru yolunun, bir başka deyişle Mahkemeye başvuru usulünün basitleştirilmesi amacının yerine getirildiğini buna karşın yargılama sürelerinde arzulanan kısalmanın gerçekleşmediği görülmektedir.²⁰⁵

14 Nolu Protokolün getirdiği yeni hükme göre, Mahkemeye sunulan başvurulara ilişkin yargılama, tek yargıçlı oluşum olarak adlandırılan tek bir yargıç tarafından yürütülebilecektir. Yargıç, inceleme sonucunda başvuru hakkında kabul edilmezlik veya kayıttan düşürme kararı verebileceği gibi, Komiteye ya da Daireye de gönderebilecektir.²⁰⁶

14 Nolu Protokolün getirdiği bir yenilik de, Komitenin, bir başvuru hakkında kabul edilebilirlik kararı verebilme yetkisinin yanında kabul edilmezlik veya kayıttan silme kararı verebilme yetkisiyle de donatılmasıdır. Değişiklik ile verilen yetkilerden en önemlisi Mahkemeye sunulan başvurunun Mahkemenin kökleşmiş içtihatları ile

²⁰⁴ Gölcüklü ve Gözübüyük, *AİHS ve Uygulaması*, 2003, s.128.

²⁰⁵ Cengiz, Serkan, "14 Nolu Protokol İle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Getirilecek Olan Değişiklikler"

http://www.turkhukuk sitesi.com/hukukforum/art_showarticle.php?s=f4af527f715db3b5fb2ff1d928c7d42c&id=185

²⁰⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini Tamamlayıcı 14 Nolu Protokol (13/5/2004-Strazburg/ETS-194), Türkiye tarafından 6/10/2004 tarihinde imzalanmış, ancak halen yürürlüğe girmemiştir.

çözümlediği bir meseleyi ihtiva etmesi halinde, Komitenin başvurunun esası hakkında karar verebilecek olmasıdır.²⁰⁷

Ayrıca, Protokolün 15. maddesine göre, yargılamanın her aşamasında taraflar arasında dostane çözüme gidilebileceği öngörülmektedir.

3.5.1. AİHM'nin Sözleşmenin 3. Maddesindeki Kavramları Yorumu

Bütün hak ve özgürlüklerin korunması ve güvence altına alınmasında olduğu gibi, 3. Madde kapsamında işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı ceza ve muamele yasağının uygulanmasında da, gerek Sözleşmenin metninde, gerekse Komisyon kararlarından, gerekse AİHM'nin içtihatlarından bazı temel ölçüler çıkmış ve ulusal hukuk ve davranışların sınırlarını oluşturmaya başlamıştır.

3. Maddenin sadece işkence ile mücadele nedeniyle uygulandığını iddia etmek yanıltıcı olur. Madde hükmünün getirdiği koruma, insan onuruna ve fiziksel bütünlüğüne karşı pek çok farklı saldırıyı kapsamaktadır.²⁰⁸ 3. Maddede yer alan yasağın ne kadar geniş kapsamlı olduğu ve uygulamanın nasıl olması gerektiği verilen kararlarda görülmektedir.

Diğer yanda, her türlü kaba ve sert muamele 3. Madde kapsamına girmemektedir. Baştan beri AİHM, kötü muamelenin 3. Madde kapsamına girebilmesi için belli bir asgari şiddet düzeyinde olması gerektiğini açıkça belirtmiştir. Ancak, sert ve kaba muamele ile 3. Maddenin ihlal edilmesi arasındaki sınırı saptamanın zaman zaman zor olabileceği de kabul edilmektedir.²⁰⁹ Bir kötü muamelenin 3. Madde kapsamına girmesi için asgari düzeyde bir ağırlığın bulunması gerekliliğine işaret eden Mahkeme, bu asgari düzeyin; muamelenin süresi, fiziksel ya da ruhsal etkileri ve mağdurun yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu gibi özelliklerine göre farklılık arz edeceğini belirtmektedir.²¹⁰

²⁰⁷ Arslan, *AİHS'de Din Özgürlüğü*, s. 14

²⁰⁸ Reidy, *İşkencenin Yasaklanması*, s. 7

²⁰⁹ A.g.e., s. 8

²¹⁰ *Tekin/ Türkiye Kararı*, 9 Haziran 1998, par. 52, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/tekin.htm>; *Selçuk ve Asker/ Türkiye Kararı*, 24 Nisan 1998, par. 69, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/selcukveasker.htm>; *Algür/ Türkiye Kararı*, 2 Ocak 2002, par. 37, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 4, Ocak 2003, s. 201

Mahkemenin yorumuna göre, işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele türleri, aralarında düzey farkı olan ve gerek uygulamaları, gerek ağırlıkları, gerekse sonuç ve etkileri ile birbirinden farklı eylemlerdir.²¹¹ Mahkemeye göre, eğer bir ceza veya muamele, korku ve şiddetli üzüntü yaratıyor, utanma ve aşağılanma duygusuna neden oluyor, fiziksel ve moral direncini kırıyorsa *onur kırıcı*, kasıtlı, fiziksel ve zihni acı veriyor ve psikolojik bir tahribata yol açıyorsa, *insanlık dışı* sayılmaktadır. Buna karşılık işkence; kişinin kasıtlı yapılan çok ciddi ve zalimane, insanlık dışı muameleye maruz bırakılmasıdır.²¹² Buradan şu anlaşılmaktadır ki; onur kırıcı ceza ve muamele, 3. Madde kapsamında en hafif ihlali oluştururken, işkence ise en ağır ihlal durumunu oluşturmaktadır.

Bu kavramların yanı sıra AİHM, Sözleşmenin 3. Maddesinin yasakladığı kötü muamele ve ceza türleriyle ilgili, her olayın somut özelliklerine göre bir değerlendirme yöntemi benimsemiştir. Bu madde anlamındaki ceza kavramı ise klasik özgürlüğü bağlayıcı cezalar yanında, yaptırım niteliği taşıyan diğer tedbirleri de içermektedir. Buna karşılık “muamele” deyimi, diğer her türlü egemenlik yetkisine dayanarak gerçekleştirilen işlemleri ifade etmektedir.²¹³ Özgürlüğünden mahrum bırakılan bir kişi ile ilgili olarak, (bu kişinin) kendi eylemi nedeniyle mutlaka gerekli olmadıkça fiziksel güce başvurulması, insan onurunun küçültülmesine ve prensip olarak Sözleşme’nin 3. Maddesinde açıklanan hakkın ihlaline neden olmaktadır.²¹⁴

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin en kısa maddesi olan 3. Maddesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihatlarında birçok defalar belirttiği gibi, “demokratik toplumların en temel değerlerinden birini içermekte olup, bireyin beden bütünlüğünü ve kişilik onurunu mutlak surette korumayı amaçlamaktadır.”²¹⁵

Sözleşmenin 3. Maddesi, 15. Maddede belirtilen savaş ve olağanüstü hal durumlarında dahi geçerli olmak üzere hiçbir istisna tanımamaktadır. AİHS’nin 15. Maddesi savaş ve ulusun varlığını tehdit eden diğer olağanüstü durumlarda Sözleşme ve Ek Protokoller ile güvence altına alınan diğer hakların çoğunda, Sözleşmeci Taraf

²¹¹ Batum, “AİHM ve Türkiye”, s. 1356

²¹² İrlanda/ Birleşik Krallık Kararı, 18 Ocak 1978, par. 162 ve 167, Karar metni için Bkz. Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa İchtihatları*, Beta Yayınları, İstanbul, 2002, s. 215, 216

²¹³ Tezcan, *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, 2004, s. 248

²¹⁴ *Aktaş/ Türkiye Kararı*, 24 Nisan 2003, par. 311, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 6, Temmuz 2003, s. 160; *Tekin/ Türkiye Kararı*, par. 53; *Batu ve Diğerleri/ Türkiye Kararı* (özet), <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcyabativediger.html>

²¹⁵ *Aksoy/ Türkiye Kararı*, 18 Aralık 1996, par. 62, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 2, 1997, s. 158

Devletlere normal koruma standardından gereken ölçüde feragat edebilme izni verdiği halde, 3. Maddeyle ilgili istisna öngörülmemekte ve ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü durumlarda bile 15. Maddeye göre yükümlülüğün sınırlanması (derogation) yoluna gidilememektedir. Terör ve organize suçla mücadele gibi en zor koşullarda bile Sözleşme, işkenceyi, insanlık dışı ya da onur kırıcı muameleyi ve cezayı mutlak terimlerle yasaklamaktadır.²¹⁶

3.5.2. 3. Maddeye Yönelik Hak İhlallerinde İspat Yükümlülüğü

Mahkemenin 3. Maddeyle ilgili yerleşmiş içtihadına göre, bir kişinin polis tarafından gözaltına alındığı zaman sağlıklı, fakat salıverildiği zaman yaralı olduğunun tespit edilmesi halinde, o kişinin nasıl yaralandığı hususunda mantıklı ve kabul edilebilir bir açıklama getirme yükümlülüğü ilgili devlete aittir.²¹⁷ Hukukun, özellikle de ceza hukukunun temel prensiplerinden birisi, iddia sahibinin iddiasını kanıtlaması külfetidir. Ancak, devletin imkanlarına nazaran daha zayıf durumda olan başvuruçuların durumlarını göz önüne alan Mahkeme, ispat külfetine ilişkin bu yerleşik prensibi değiştirmiştir. Bu tür davalarda başvuruçudan beklenen, bu yaralanmanın gözaltına alınmadan önce meydana gelmediğini kanıtlamasıdır.

AİHM, 3. Maddenin ihlal edildiği iddialarının “sağlam bir delille desteklenmesi gerektiğini”²¹⁸ belirtmekte, fakat bu iddianın taraflardan herhangi biri tarafından ispatlanmasını şart koşmamaktadır.²¹⁹ Özellikle, sağlık durumunu raporla belgeleyen

²¹⁶ Mahkeme, bazı kararlarında, hiçbir şart altında işkence görmeme hakkının meşrulaştırılamayacağını dile getirmektedir. Bkz. *Aksoy/ Türkiye* kararı, par. 62; *Öcalan/ Türkiye* kararı, 12 Mart 2003, par. 218, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 5, Nisan 2003, s. 354; *Sevta Veznedaroğlu/ Türkiye* kararı, 11 Nisan 2000, par. 28, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcyasevtapezvedaroglu.html>; *Aydın/ Türkiye* kararı, 25 Eylül 1997, par. 81, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcyayaydin.htm>; *Algür/ Türkiye* kararı, par. 36; *Ayder Ve Diğerleri/ Türkiye* kararı, 8 Ocak 2004, par. 107, <http://www.barobirlik.org.tr/insanhaklari/makaleler/index.aspx>; *Bilgin/ Türkiye* kararı, 16 Kasım 2000, par. 101, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/bilgin.htm>

²¹⁷ *Aksoy/ Türkiye* kararı, par. 61; *Selmouni/ Fransa Kararı*, 28 Temmuz 1999, par. 87, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 2, Temmuz 2002, s. 29; *Ayşe Tepe/ Türkiye* kararı, 23 Temmuz 2003, par. 35, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 7, Kasım 2003, s. 117

²¹⁸ *Satık ve Diğerleri/ Türkiye* kararı, 10 Ekim 2000, par. B. 8, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcyasatikdigirleri.html>

²¹⁹ *Çiçek/ Türkiye* kararı, 27 Şubat 2001, par. 154, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 1, Nisan 2002, s. 77

kişilerin başvurularında, ispat yükümlülüğünün devlete geçtiği kuralı verilen kararlarda görülmektedir.²²⁰

Mahkeme ilk olarak İrlanda/Birleşik Krallık Kararında; bir devletin 3. Maddeyi ihlal etmiş olup olmadığının denetiminde, her türlü şüpheden uzak, açık ve kesin kanıtlar olması gerektiğini belirtmiştir.²²¹ Ancak bu kanıtlar, aksi kanıtlanamayan ya da temelsiz olduğu açıkça belirlenemeyen karinelerden olduğu kadar, yeterli derecede ağır, birbirini tamamlayan, belirgin ipuçlarından çıkabilir. İlgili devletin delillerin araştırılması sırasındaki tutumu da, bu bağlamda değerlendirme kapsamına girmektedir. Ayrıca Mahkeme, deliller takdir edilirken "şüphe götürmeyen" delil kriterinden yararlanılacağını, bu türden bir delilin, belirtiler yumağından veya çürütülmemiş, yeterince önemli, kesin ve tutarlı karinelerden oluşması gerektiğini de dile getirmektedir.²²²

Örneğin, Türkiye hakkında verilen Erdagöz kararında Mahkeme, başvuranın çelişkili ifadeleri ve alınan raporların gerçeği yansıtmadığını ve kötü muamelenin bir delili sayılamayacağını vurgulamıştır. Çünkü başvuranın, kötü muamele yaptığı iddia edilen polis memurları hakkında emniyete şikayette bulunduğu dair dosyada hiç bir belge bulunmamaktadır. Olaydan iki gün sonra tanzim edilmiş bulunan doktor

²²⁰ Karakaş, Hakan, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Karşı Oylarında Türkiye*, İstanbul Barosu Yayınları, 2001, s.141; *Algür/ Türkiye* kararı, par. 44; *Çolak ve Filizer/ Türkiye* kararı, 8 Ocak 2004, par. 30, 31, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/colakfilizer.htm>

²²¹ *İrlanda/Birleşik Krallık* kararı, par. 161; *Abdurrahman Orak/ Türkiye* Kararı, 14 Şubat 2002, par. 69, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 2, Temmuz 2002, s. 295; *Sabuktekin/ Türkiye* kararı, 19 Mart 2002, par. 93, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 2, Temmuz 2002, s. 167

²²² "Mahkeme, başvurunun kendi evinin ve mallarının güvenlik güçlerince kasten tahrip edildiğine ilişkin iddialara yönelik verdiği kararda, delillerin yetersizliğini dile getirmiştir. Komisyon da, kendisine sunulan yazılı ve sözlü ifadelerden, başvurunun iddia ettiği olayların gerçekleştiğinin, makul bir şüpheden masun bir şekilde kanıtlanamadığı sonucuna varmıştır. Komisyon bu nedenle, Sözleşmenin 3, 5, ve 8. Maddeleri ile 1 Nolu Protokolün 1. Maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmasını sağlayacak yeterli kanıt olmadığı kanısındadır." Bkz. *Gündem/ Türkiye Kararı*, 25 Mayıs 1998, par. 52, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/gundem.htm>; Başka bir kararda da Mahkeme, Hükümetin Mahmut Tanlı'nın sağlıklı girdiği halde gözaltında ölmesine ikna edici bir açıklama getiremediğini gözlemlemiştir. Bunun yanında, ceset üzerinde işkence tekniklerinin uygulandığını gösteren izlerin de bulunmadığını tespit etmiştir. Başvuran ve diğer tanıkların vücut üzerinde birtakım izler gördüklerini söylemelerine rağmen, bu izlerin *post mortem* değişikliklerden değil de, işkenceden kaynaklandığını tıbbi olarak kanıtlamanın mümkün olmadığını, başvuran tarafından sunulan uzman raporu ve ölünün defnedilmesinden önce çekilen fotoğraflardan sonuç çıkarılamayacağını belirtmektedir. Mahkeme tarafından, ölüm nedeninin açıklanamaması dışında işkence yapıldığını gösteren kanıtların mevcut olmadığını, bu sebeple 3. Maddenin ihlalinin söz konusu olmadığı dile getirilmiştir. Bkz. *Tanlı/ Türkiye* kararı, 10 Nisan 2001, par. 158, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/tanli.htm>

raporunda yaraların ne zaman ve nasıl meydana geldiğine dair bir kayıt da bulunmamaktadır.²²³

3.5.3. İşkence Görmeme Hakkı ile İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi İlişkisi

Sözleşmenin 35. Maddesine göre, AİHM'ye başvurmadan önce iç hukukta mevcut, etkin ve sonuç alınabilecek hukuki yolların tüketilmesi gerekmektedir. Sözleşme'nin iç hukuk yolların tüketilmesi şartını getiren 35. Maddesi, uluslararası teamül hukukunun bir ilkesi olup, egemen devletlere, uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerine uygun davranıp davranmadıklarının incelenmesinden önce iddiaların doğruluğunu, yerinde inceleme ve mağduriyetleri ülke sınırları içinde giderme olanağı tanımaktadır.

Hakkı veya özgürlüğü çiğnenmiş olan kişinin durumunun düzeltilmesi için, iç hukukta öngörülmüş olan, fiilen ulaşılabilen ve sonuç alma imkanı bulunan iç hukuk yolları tüketilmelidir.²²⁴ İç hukuk yolları deyiminden yalnızca mahkemelere başvuru değil, bir devletin hukuk sistemi içinde öngörülen ve soruna çözüm getirecek diğer her türlü yasal başvuru yollarının da tüketilmesi anlaşılmalıdır. Ayrıca, “genel kabul görmüş uluslararası hukuk kurallarına” göre, başvurayı mevcut iç hukuk yollarına başvurmadan muaf tutan bazı özel koşullar olabilir. Bunlardan biri, Devlet görevlilerinin usulsüz davranışlarına ilişkin ciddi iddialar karşısında ulusal makamların soruşturma yürütmemeleri ve yardım teklifinde bulunmamalarıdır.²²⁵

²²³ Erdagöz/ Türkiye kararı, 22 Eylül 1997, par. 17, 18, 41, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcyaerdagoz.html>

²²⁴ Avrupa İnsan Hakları Divanı, Aytekin kararında, başvuru sahibinin eşinin, kontrol noktasında bir asker tarafından yasa dışı olarak öldürülmesi ve yetkililerin etkili bir araştırma yapmamış olması iddiası karşısında iç hukuk yollarının tüketilmemesine ilişkin şu şekilde yorumda bulunmuştur; “... yukarıda bahsedilen hukuk, idare ve ceza prosedüründeki hukuk yollarının bileşimi ve özellikle ceza prosedürünün, eşinin ölümü hususunda sunduğu tazmin sağlama konusundaki ümit veren beklentiler konusunda (sorumlu şahsın yargılanması ve mahkum edilmesi ile tazminat), başvuranın durumu ve içinde bulunduğu şartların, sorumlu Devlete karşı başarılı şekilde savunma yapan, özel durumların varlığı nedeniyle iç hukuk yollarını tüketme gereğinden azl olunan diğer başvuranların durumları ile karşılaştırılamayacağını da belirtmiştir. Özellikle ve söz konusu dava hakkında yürütülen soruşturmanın esasına girmeden, yetkililerin başvuranın eşinin ölümü ile ilgili koşullar hakkında pasif kaldığı ya da yürütülen soruşturmanın iç hukuk yollarına başvurmayı anlamsız kılacak kadar etkisiz olduğu iddia edilemez.” Aytekin/ Türkiye kararı, 23 Eylül 1998, par. 85, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcyaaytekin.htm>

²²⁵ Mahkeme, Selçuk ve Asker kararında (par. 63, 64), her türlü yasal başvuru yollarını şu şekilde açıklığa kavuşturmuştur; “Başvurucular Kaymakama verilen dilekçeden bir sonuç çıkmaması nedeniyle ulusal

AIHM, iç hukuk yollarının tüketilmesi şartını, mağdur bakımından elverişli, etkin işleyen ve somut sonuç veren nitelikte olmasını aramaktadır.²²⁶ Ülkemizin Güneydoğu Bölgesindeki terör olaylarına ilişkin olarak inceleme konusu olan davaların tamamına yakını, Türkiye’de iç hukuk yolları tüketilmeden kabul edilmiş ve sonuçlandırılmıştır. AIHM’nin tespitlerine göre, dava konusu olaylarda ciddi ve etkin bir soruşturma yapılmamıştır.²²⁷

3.5.4. İşkence Görmeme Hakkı ile Etkili Soruşturma İlişkisi

AIHM, Sözleşmenin 1. Maddesinde yer alan devletlerin genel sorumluluk halini 3. Madde yorumunda kullanmakta, etkili bir soruşturmanın yapılması ve suçluların cezalandırılması hususlarını özellikle dikkate almaktadır.²²⁸

yasal yollardan zararlarının giderimini istemeye teşebbüs etmenin kendileri için anlamsız olduğu kanısını edinmişlerse bunun anlaşılabilir olduğunu kabul eder. Bu bağlamda, evlerinin yıkılmasından kaynaklanan karmaşıklık ve güvensizlik duyguları da bununla bağlantılıdır. Bu nedenlerle Mahkeme, başvuru iç hukuk yollarını tüketme yükümlülüğünden kurtaran özel durumların var olduğunu kabul eder.” Ayrıca bkz. *Ayder ve Diğerleri/ Türkiye* kararı, par. 91

²²⁶ Çalışkan, Bilal, “AIHM Ülkemize Karşı Başvurularda İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi Şartını Neden Aramıyor”, *Adalet Dergisi*, Sayı 14, Ocak 2003, s. 59; Ayrıca, AIHM, iç hukuk yollarının tüketilme zorunluluğunun bulunmamasını şu şekilde dile getirmiştir; “...Mahkeme bu açıdan Kurt’un şikayetine yönelik çözüm elde etmek için kendisinden beklenebilecek her şeyi yaptığını da dikkate almaktadır... Başvuranın şikayetine dair herhangi bir etkin araştırmanın yetkililer tarafından yapılmamış olduğu dikkate alındığında, başvuranın Hükümet tarafından Mahkemeye yapılan sunumlarda belirtilen iç hukuk yollarına makul başvurusu için herhangi bir neden bulunmamaktadır.” *Kurt/ Türkiye* kararı, 25 Mayıs 1998, par. 83, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/kurt.htm>

²²⁷ Ünal, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, s. 102

²²⁸ Karakaş, *AIHM ve Karşı Oylarında Türkiye*, s. 141; Mahkeme, 28 Ekim 1998 tarihli *Assenov/ Bulgaristan* kararında, Devletin sadece Sözleşmenin 13. Maddesine göre değil, 3. Maddesine göre de işkence iddialarını soruşturmakla yükümlü olduğu sonucuna varmıştır. Bu davada, polis tarafından tutuklanan genç bir Roman, dayak yediğine ilişkin tıbbi veriler sunmuştur, ancak varolan kanıtlara dayanarak gencin babası mı, yoksa polis tarafından mı dövüldüğünü değerlendirmek mümkün değildir. Mahkeme “Bay Assenov’u muayene eden doktorun saptadığı çürüklerin, ister polis, ister babası tarafından yapılmış olsun, 3. Madde kapsamına giren kötü muameleye denk gelecek ağırlıkta olduğuna hükmetmiştir. 3. Maddenin ihlal edildiği görüşünde olmayan Komisyonun aksine, Mahkeme, o noktada da durmamıştır. Daha da ileri giderek bulguların, “yaralanmalara polisin sebep olduğuna ilişkin gerçekçi bir şüphe yarattığı” görüşünü de belirtmiştir. Sonuç olarak Mahkeme şöyle hükmetmiştir: “Bir kişinin, Sözleşmenin 3. Maddesinin ve yasaların ihlal edilerek, polis veya Devletin diğer yetkilileri tarafından ciddi bir biçimde kötü muamele gördüğü iddiasını dile getirmesi durumunda Sözleşmenin 3. Maddesi, Sözleşmenin 1. Maddesinde dile getirilen “[Devletlerin] kendi yargı alanlarında bulunan herkese, Sözleşmede yer alan hak ve özgürlükleri sağlaması” gerektiğini belirten ibare ile birlikte okunduğunda, 3. Maddenin etkin resmi bir soruşturma yapılmasını gerektirdiği anlaşılır. Bu görev, sorumluların belirlenmesi ve cezalandırılmasına yol açacak düzeyde olmalıdır. Bu yapılmazsa, işkence ve insanlık dışı ve aşağılayıcı muamelenin veya cezanın hukuken yasaklanmış olması, temelde çok önemli olmasına rağmen pratikte etkisiz kalacak ve kimi durumlarda, Devlet görevlilerinin zımnen cezadan muaf kalarak, kendi denetimleri altındaki kişilerin haklarını çiğnemesi mümkün olacaktır.”

Bu bağlamda Mahkemenin verdiği kararlarda, Sözleşmenin 1. Maddesinde öngörülen devletin genel koruma yükümlülüğü ile bağlantılı olarak bir bireyin, polis ya da diğer devlet görevlilerince hukuk dışı ve 3. Maddeye aykırı bir muameleye tabi tutulduğunu iddia ettiğinde, sorumluların belirlenmesi ve cezalandırılmasıyla sonuçlanacak etkili ve tarafsız bir soruşturmanın zorunlu olduğu belirtilmektedir.

Ancak yapılacak olan soruşturmanın, sorumlu kişileri teşhis etmeye ve cezalandırmaya elverişli olması gerekir. İddia sahibi de, bu amaçla yapılan soruşturmaya etkili bir biçimde katılma olanağına sahip olmalıdır.²²⁹ Bunun gerçekleşmemesi halinde 3. Madde kapsamında yasaklanan fiillerin, temel önemine rağmen, uygulamada etkisiz kalacağını ve bazı durumlarda ceza bağışıklığına sahip devlet görevlilerinin, denetimleri altındaki bireylerin haklarını çiğnemelerinin mümkün olabileceği dile getirilmektedir.²³⁰

Mahkeme, bu yükümlülüğün yerine getirilmediği durumlarda, 3. Maddeyle ilgili vermiş olduğu ihlal kararlarının çoğunluğunda, Sözleşmenin hak ihlallerine karşı etkili başvuru hakkını düzenleyen 13. Maddesinin de ihlal edildiği yolunda kararlar vermektedir.²³¹ Mahkeme, bir kişinin devlet görevlisi tarafından ağır bir kötü muameleye veya işkenceye maruz bırakıldığına dair bir iddiası varsa, müştekinin etkili bir şekilde katılımıyla sorumluların belirlenerek cezalandırılmalarını sağlayacak tam ve etkili bir soruşturmanın gerekliliğine işaret etmektedir.²³²

AİHM, *Aktaş/ Türkiye* kararında, İl İdare Kurullarının görev suçlarına ilişkin soruşturmalarda, soruşturmacı olarak görevlendirilen kişilerin bağımsız kişiler olmasına dikkat edilmemesini, etkin soruşturmanın olmaması anlamında eleştirilmiştir. Aktaş Kararında, jandarma sorgusunda ölen şahısla ilgili soruşturma görevinin, soruşturma

Mahkeme bu davayla ilk kez tek başına kötü muamelenin yapılmış olmasından değil, kötü muamele iddiaları üstüne etkin bir resmi soruşturmanın yapılmamış olmasından dolayı 3. Maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Ergül, Ergin, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması*, Yargı Yayınları, Ankara, 2003, s. 115

²²⁹ *Selmouni/ Fransa* kararı, par. 79

²³⁰ *Selçuk ve Asker/ Türkiye* kararı, par. 32; *Tekin/ Türkiye* kararı, par. 66

²³¹ Ergül, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması*, s.114

²³² İç hukuk yollarının tam ve etkin bir şekilde işletilmesi halinde yapılan başvurular hakkında Mahkeme, kabul edilmezlik kararı verebilmektedir. "...AİHM, dava koşullarında ve kendisine intikal eden soruşturma dosyasında bulunan unsurlar göz önünde bulundurularak, soruşturmada sorumlu yetkililer ve güvenlik güçlerinin Y.N.'nin kayboluşundaki olası müdahalelerini göz önünde bulundurdıkları ve bu konu hakkındaki sorumlu kişi ve kişileri bulmak amacıyla bütün yolları denemiş oldukları kanaatine varmıştır. Bu nedenlerden dolayı AİHM oybirliğiyle, başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir." Bakınız, *Sahibe Nergiz ve Aysel Karaaslan/ Türkiye* (Kabul edilmezlik kararı), http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcNergis_Karaaslan.html

yapacağı askeri birlikte aynı komuta zincirinde olan bir subaya verilmiş olması, bu anlamda haklı olarak eleştirilmiştir. Ayrıca, aynı kararda Mahkeme, soruşturmacı olarak görevlendirilen subayın, cesetteki yaralar hakkında sorguya katılanların ifadesini alıp almadığının açıkça anlaşılamaması ve yine olayın geçtiği birlikteki görevlilerden herhangi birisinin ifadesinin alınmamış olmasını da, etkili soruşturma yapılmadığına örnek göstermektedir.²³³

AİHM'nin 2004 yılında verdiği *Sadık Önder* kararında başvuranın, gözetiminde kötü muameleye maruz kaldığını ileri sürmesine rağmen, 3. Maddenin ihlal edildiğine ilişkin yeterli delil olmadığı kanaatine varmıştır. Ancak, Mahkeme, başvurana ait raporlardaki çelişkiye de dikkat çekmektedir. Mahkeme, başvuranın gözetiminde işkence gördüğünü iddia etmesinden hemen sonra, Savcının soruşturma açtığını gözlemlemektedir. Bununla birlikte, dava dosyasından anlaşıldığı üzere Savcı, başvuranın gözetiminde işkence görmediği sonucuna varırken, sadece 22 Ağustos 1994 tarihli sağlık raporuna dayanmıştır. Başvuranın gözetiminde on beş gün tutulduğunu ve sağlık raporunun başvuranın gözetimine alınmasından bir ay sonra hazırlandığı dikkate alınacak olursa savcılığın, başvuranın iddialarına yönelik etkili bir soruşturma yürütmediği belirtilmiştir. Dava dosyasından savcılığın, başvuranın, polis memurlarının veya diğer muhtemel tanıkların ifadelerine başvurup başvurmadığı anlaşılmamaktadır. Neticede Mahkeme, başvuranın işkence iddialarının, ulusal makamlar tarafından, 3. Maddenin gerektirdiği gibi etkili bir şekilde soruşturulmadığına ve bu açıdan Sözleşmenin 3. Maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.²³⁴

3.6. Mahkemenin 3. Madde Kapsamında İşkence Yorumu

AİHM, işkence ile diğer kötü muamele türleri arasındaki ayrımın “yoğunluk farkı” ve “amaca yönelik kasıt unsuru” olduğunu kararlarında belirtmektedir. Ayrıca, kötü muamelenin şiddetini ve olayın şartlarını dikkate alarak işkence olarak tanımlanabilecek fiillerin, “çok ciddi ve zalimce” bir muamele olup olmadığını belirlemektedir.

²³³ *Aktaş/Türkiye* kararı, par. 297, 301

²³⁴ *Sadık Önder/Türkiye* kararı, 8 Ocak 2004, (Özet Çeviri), <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcSadikOnder.html>

Bu kriterler, davanın bütün şartlarına bağlı göreceli bir değerlendirme olmaktadır. Yapılan eziyetin şiddeti veya yoğunluğu değerlendirilirken, muamelenin süresi, söz konusu muamelenin fiziksel ve ruhsal etkileri ve bazı durumlarda mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi koşullar değerlendirmeye alınmaktadır.²³⁵

1967 yılında Avrupa Konseyi üyesi olan Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda, Yunanistan'da askeri darbe yapılarak yönetime el konulması ve hakların askıya alınmasıyla işkence ve kötü muamelenin ülkede yaygın olarak ihlal edildiği iddiası ile Komisyon'a başvurmuştur. Komisyonun raporuna göre, siyasal nedenlerle işkence yapılması ve yapılan işlemin yönetimin denetimi altında ve onun hoşgörüsü ile yürütüldüğü kanaatine varmıştır. Komisyon, Yunanistan davasında verdiği kararda *işkenceyi*, "bilgi ya da ikrar elde etmek ya da cezayı eza verici duruma sokma gibi amaçlarla yapılan insanlık dışı muamelelerin şiddetlendirilmiş biçimi" olarak tanımlamıştır. Fiziki olmayan işkence ise, bedene saldırının dışında bireyde stres ve derin keder yaratan, zihinsel acı verici uygulamadır" şeklinde yorumlanmıştır.²³⁶

Yunanistan olayında belirginleşen işkence tanımı, İrlanda kararında yinelenmiş ve İngiliz güvenlik güçlerinin Kuzey İrlanda'daki olağanüstü hal çerçevesinde uyguladığı beş sorgu tekniğini, Komisyon işkence olarak nitelendirmiştir.

Komisyon, Birleşik Krallık hakkında İrlanda tarafından 1971 yılında yapılan başvuruda, İngiltere'nin Kuzey İrlanda'daki terörist eylemleri önlemek amacıyla aldığı olağanüstü tedbirler ve bunlar arasında bazı bedensel ve manevi rahatsızlık ve baskıları içeren sorgulama şekli ele alınmıştır. Bunlar; 1. *Ayakta tutma*: Şahıslar bir duvar önünde saatlerce durmaya zorlanmışlardır. 2. *Gözbağı*: Şahıslar sorgu dışında, kafasına geçirilmiş koyu renkli bir bağ ile tutulmuştur. 3. *Gürültüye maruz bırakmak*: Sorgu dışında şahıslar bir odada sürekli bir sese ve ısıklık biçimindeki gürültüye maruz bırakılmıştır. 4. *Uyutmama*: Şahısların uyumasına izin verilmemiştir. 5. *Yiyecek ve içeceğin azaltılması*: Şahıslar zorunlu bir diyetle tabi tutulmuşlardır.

Bu başvuruda Komisyon, güvenlik güçlerinin kullandığı beş sorgulama tekniğini 3. Madde kapsamında işkence olarak nitelendirmiştir. Mahkemeye göre ise, bu beş teknik, işkence sözcüğünün ifade ettiği anlamdaki şiddetlendirilmiş ve zalimce olan acı verme düzeyinde değildir. Bu teknikler, buna maruz kalan kişinin bedensel olarak yaralanmasına yol açmasa bile, en azından fiziksel ve ruhsal açıdan acı çekmesine

²³⁵ *İrlanda/ Birleşik Krallık* kararı, par.162; *Bilgin/ Türkiye* kararı, par. 101

²³⁶ Gemalmaz, *İşkence Yasağı*, s. 208

neden olmuş ve sorgu sırasında ağır psikiyatrik rahatsızlıklara yol açmıştır. Bu nedenle bu teknikler, 3. Maddedeki anlamıyla insanlık dışı muamele kategorisinde değerlendirilmelidir. Ayrıca, fiziksel ve moral dirençlerini kırarak, onlarda korku, şiddetli üzüntü ve aşağılık duygusu uyandırdığından ayrıca onur kırıcı muamele olarak değerlendirilmelidir.²³⁷ Uygulamanın bilgi ve ikrar elde etmek için yapılmasına rağmen neden olduğu acı işkence kapsamında görülmemiştir.

Mahkeme, bazı kararlarında açıkça, işkence kavramının insan hakları alanındaki mevcut ihtiyaçlar nedeniyle güncelleştirilmiş bir yoruma konu olması ve bir zamanlar “kötü muamele ya da insanlık dışı” olarak nitelenen bazı eylemlerin bundan böyle işkence olarak nitelenmesi gerektiğine de işaret etmektedir.

Gerçekten de kararlarında, işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ve ceza arasında bir derecelendirme yapan eski AİHM, tespit ettiği 3. Maddeye aykırılığı daha çok insanlık dışı ya da onur kırıcı muamele olarak nitelendirme yolunu tercih etmiştir.²³⁸

Mahkeme, süreç içerisinde yaşanan değişimi kararlarında da dile getirmektedir. Mahkemeye göre, Sözleşmenin “içinde bulunulan günün şartlarına göre yorumlanması gereken yaşayan bir doküman” olduğu gerçeği hatırlandığında geçmişte “işkence” kabul edilmeyip “insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele” olarak nitelenen bazı fiiller gelecekte farklı tanımlanabilecektir. Mahkemeye göre, kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasında benimsenmesi gereken standartların oldukça yüksek olması gerekir ve demokratik toplumun temel değerlerinin çiğnenmesi karşısında oldukça sağlam bir tavır sergilenmelidir.²³⁹

AİHM, kötü muamele veya cezayı, işkence olarak belirleyen unsurları içtihatlarında belirlemekle birlikte, bu kavramın ne anlama geldiğini tam olarak tanımlamamıştır.²⁴⁰ Buna karşılık, 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşmede yer alan tanımı kısmen onaylamış ve bu tanımı ve unsurlarını esas almaya başlamıştır.²⁴¹

BM Sözleşmesinin 1. Maddesinde işkence; “bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle,

²³⁷ *İrlanda/ Birleşik Krallık* kararı, par.167

²³⁸ Özdek, Yasemin, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, TODAİE Yayınları, Ankara, 2004, s. 158

²³⁹ *Selmouni/ Fransa* kararı, par. 101

²⁴⁰ Reidy, *İşkencenin Yasaklanması*, s. 11

²⁴¹ *Selmouni/ Fransa* kararı, par. 97, 100

cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözeten herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatiyle uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırıp veren bir fiil” olarak tanımlanmıştır.

Mahkeme, *Aksoy* kararında bu tanımları kısmen onaylamıştır. Bu tanımdan, işkencenin, şiddetli ruhsal acı veya eziyet vermesi, acının kasıtlı ve bilinçli olarak uygulanmasının yanı sıra, bilgi almak ve itiraf sağlamak gibi belirli bir amacın izlenmesi gibi üç ana unsur ortaya çıkmaktadır.²⁴²

AİHM’nin 1996 yılında vermiş olduğu *Aksoy* kararında, başvuru sahibi Zeki Aksoy 1992 yılında PKK örgütüne üye olmak şüphesi ile Kızıltepe Emniyet Müdürlüğüne gözaltına alınmış, gözaltında bulunduğu esnada filistin askısı denilen işkence biçimine tabi tutulmuş, işkence sonucunda ellerini ve kollarını kullanma kabiliyetini kaybettiğini bildirmesine rağmen muayene talebi reddedilmiştir. Savcılık tarafından serbest bırakılırken ellerini hareket ettiremediğini, ifadesinin içeriğinin doğru olmadığını söylemiş ve 1992 yılında serbest bırakılmıştır. Şahıs beş gün sonra Dicle Üniversitesinde felç teşhisi ile tedavi görmüştür. Bu zaman zarfında, kötü muamele görmesi iddiası hakkında adli makamlarca hukuki veya cezai bir soruşturma açılmamıştır.

Komisyon, delilleri değerlendirme sürecinde, 1992 tarihinde Kızıltepe’de gözaltına alınan Aksoy’un çırılçıplak soyularak, elleri arkadan bağlı biçimde kollarından asıldığı kanaatine ulaşmıştır. Ayrıca, başvuru sahibinin Savcı tarafından ifadesi alındığı sırada her iki kolundan rahatsız olduğunu belirttiğini tespit etmiştir. Bu çerçevede iç hukuk yollarının tüketilmeden yapılan başvuru kabul edilmiştir.²⁴³

Divana göre, başvuranın gözaltında kötü muameleye maruz kaldığını şikayet etmese bile savcıyla görüşmesi esnasında sakatlığı görülebilecek halde olmasına rağmen bu sakatlık hakkında herhangi bir araştırma yapılmaması etkili soruşturmanın

²⁴² *Aksoy/ Türkiye* kararı, par. 64; *Batı ve Diğerleri/ Türkiye* kararı, (Hukuk Açısından Kısmı, C Bölümü)

²⁴³ Hükümet, Komisyonun olayı değerlendirme usulü hakkında çeşitli itirazlarda bulunmuştur. Hükümet yetkilileri, Aksoy’un, iddia ettiği gibi kötü muameleye maruz kalıp kalmadığı konusunda, ciddi kuşku yaratacak bazı faktörler olduğu görüşünü taşıdıklarına işaret etmişlerdir. Örneğin, şikayetçinin işkence gördüğü konusunda Savcıya neden şikayette bulunmadığını ve eğer gerçekten işkenceye maruz kalmışsa, neden suçlayıcı bir itirafa bulunmadığının, anlaşılması güç bir durum olduğunu ileri sürmüşlerdir. Ayrıca salıverildikten sonra hastaneye gitmek için neden beş gün beklediğinin de kuşku uyandırdığını ve bu süre içerisinde hiçbir kötü olayın meydana gelmediğinin düşünülmemesi gerektiğini öne sürmüşlerdir. Son olarak, tıbbi delillerle ilgili bazı noktalara dikkat çekerek, şikayetçinin tıbbi kayıtlarını hastaneden çıkarken yanında götürdüğünü ve elektrik şokları neticesinde hiçbir yanığın veya yaranın, bu tıbbi delillerde bulunmadığını belirtmişlerdir. *Aksoy/ Türkiye* kararı, par. 59

eksikliğidir. Divan, “iç hukuk yollarının tüketilmesiyle ilgili olarak yetersiz veya etkisiz olan yaptırımlara başvuru zorunluluğu bulunmadığı” görüşünü dile getirmiştir.

Divan, başvuranın “çıplak bir vaziyette filistin askısına konulmasının ancak kasıtlı yapılabileceğini, gerçekten bu işi yapabilmek için büyük bir hazırlık ve çaba gerektiğini vurgulamıştır. Bunun amacı ise bilgi ve itiraf almaktır. Filistin askısı, o zaman sebep olduğu büyük acıya ilaveten, tıbbi deliller göstermektedir ki, bir süre kollarda felce de sebep olmuştur. Neticede bu davranışın sadece işkence olarak tanımlanabilecek ciddi ve acımasız bir davranış olduğu kabul edilmiştir

AIHM, uygulanan muamelenin ağırlığına ek olarak, bir de maksada ilişkin unsur dile getirdiği *Aktaş* kararında da, işkenceyi, bilerek şiddetli acı ve ızdırıp çektirmenin yanı sıra, bilgi elde etmek, ceza çektirmek ya da gözünü korkutmak bakımından ele almakta ve tanımlamaktadır.

Yakup Aktaş’ın ölümüyle sonuçlanan kötü davranmanın, özellikle ciddi olduğu hakkında hiçbir şüphe unsurunun olamayacağını belirten Mahkeme, bunun da ötesinde, Yakup Aktaş’ın sorgulandığından ve Binbaşı Dursun Şeker’in bazı jandarma subaylarından aldığı “Yakup Aktaş’ın PKK’ya para ve tüfekleri sağladığını itiraf ettiğine dair ifadelerini” kayda geçirdiğinden şüphe edilmediği için, faillerin maksatlarının bilgi ya da suçu itiraf elde etmek olduğu sonucunu çıkarmıştır.²⁴⁴

Aydın kararı, Türkiye’de güvenlik güçlerince gözaltında işkence uygulandığı yönünde tespit edilen ilk AIHM kararları arasındadır. Ayrıca, bu kararda, gözaltında tecavüz iddiasının aleyhimize sonuçlanması da başka bir ilk olma özelliğini yansıtmaktadır.

Başvurucuya göre, 29 Haziran 1993 tarihinde köye gelen güvenlik güçlerince kendisi, babası ve yengesi, diğer köylüler arasından seçilerek gözleri bağlanmış ve Derik Jandarma Merkezine götürülmüşlerdir. Başvurucu, Jandarma Merkezine gelindiğinde babası ve yengesinden ayrı tutulduğunu iddia etmiştir. Kendisi, elbiseleri çıkartılmış, bir araba tekerleğinin içine oturtularak çepeçevre döndürülmüş, dövülmüş ve üzerine tazyikli su sıkılmıştır. Sorgu odasında iken, askeri elbiseli bir kişinin tecavüzüne maruz kalmıştır. Şahıslar, 2 Temmuz 1993 gününü müteakip serbest bırakılmışlardır.

²⁴⁴ *Aktaş/ Türkiye* kararı, par. 313, 319

8 Temmuz 1993 tarihinde başvuru, babası ve yengesi ile birlikte, gözaltına alındıkları zaman uğradıklarını iddia ettikleri davranış hakkında şikayette bulunmak üzere, Derik Savcılığına gitmişlerdir. Başvurucuya göre Savcı, kendisinin bekaretinin ve herhangi bir fiziksel zor kullanma ve yaralanma izinin olup olmadığının araştırılmasını istemiştir. 8- 9 Temmuz tarihlerinde alınan iki ayrı raporda, başvurunun kızlık zarının yırtıldığını ve bacaklarının iç kısmının çevresinde yaygın çürükler olduğunu belirtmiştir.²⁴⁵ Rapora göre, bekareti kaybetme, muayeneden önceki bir haftadan daha uzun bir süre içinde olmuştur ve çürüklerin sebepleri konusunda da hiçbir görüş bildirilmemiştir. Ayrıca alınan darp ve cebir raporlarında, başvurunun babası ve yengesinin vücutlarında da yaralar olduğu kaydedilmiştir. 13 Ağustos 1993 tarihli raporda da, önceki bulgular doğrulanmış ancak 7 ila 10 gün sonra tecavüzün kesin tarihinin tespit edilmesinin mümkün olmadığı belirtmiştir.

Komisyon delegeleri yaptıkları araştırmalarda, 1993 yılı gözaltı defterini inceleyebilmişler ve bütün bir yıl için yapılan toplam yedi kayıt yapıldığını ve bunun bir önceki yıldaki kayıtlara nazaran % 90 daha düşük olduğunu tespit etmişlerdir. Zaman dilimi ile ilgili olarak gözaltı defterinin doğruluğu konusunda ciddi şüpheler olduğu kanaatine varılmıştır. Görevliler tarafından, şahsın tarif ettiği bodrum katının bulunmadığına yönelik beyanlarına rağmen, gerçekte gözaltı odası ve diğer birimlerin bulunduğu bodrum katının olduğu tespit edilmiştir.²⁴⁶

Hükümet, başvurunun anlattığı olayların inanırlığına karşı çıkmıştır. Yapılan iddiaları asılsız görmüş ve bu şahısların gözaltına dahi alınmadığını belirtmiştir. Alıkonulma iddiası ile ilgili olarak, köylülerden hiçbirisi başvurunun açıklamalarını doğrulayamamıştır.²⁴⁷ Buna ilave olarak, başvurunun tecavüz iddiasının, başvurunun iddia edilen olaydan kısa bir süre sonra evlenmesi ve hamile kalmasını

²⁴⁵ Hükümet tarafından Komisyona sunulan Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi raporunda, bu izlerin başvurunun eşeğe binmiş olmasından dolayı kaynaklanabileceği vurgulanmıştır. *Aydın/ Türkiye* kararı, par. 67

²⁴⁶ “Hükümet, başvurunun anlattığı olayların inanırlığına karşı çıkmıştır. Hükümet, 29 Haziran 1993 tarihinde Derik Jandarma Merkezinde herhangi birisinin gözaltına alındığı konusunda hiçbir kayıt olmadığını belirtmiştir. Eğer, o tarihte başvuru ve ailesi gözaltına alınmış olsaydı, görevli bekçi uygun prosedürü izler ve kayıtlara detayları yazardı”, par.21; Komisyon, 1993 yılı boyunca gözaltına alınan kişiler için tutulan jandarma gözaltı kayıtlarının doğruluğu konusunda ciddi şüpheleri olduğunu dile getirmiştir. Ayrıca, Derik jandarma merkezi komutanı ve görevli bekçi, binanın planını tanımlarken bir bodrum katı veya mahzenin varlığından bahsetmezken, gerçekte iki gözaltı odası ve bir bürodan oluşan ve bir güvenlik alanı olarak kullanılan bir bodrum katının olduğu, binanın video filminde ve bina ve müştemilatının planında açıkça ortaya çıkmıştır. par. 40

²⁴⁷ *Aydın/Türkiye* kararı, par. 66

engellemediğini belirterek, bunun tecavüz kurbanının davranışlarıyla oldukça tutarsız olduğunu dile getirmiştir.²⁴⁸

Divana göre, “Başvurucu, alıkonulduğunda bir kişi tarafından tecavüze uğramıştır ve bu kişinin kimliğinin hala belirlenmesi gerekmektedir. Mağdurenin tecavüze uğraması vahim ve tiksindirici bir şey olarak düşünülmelidir. Bundan başka, tecavüz kurbanı üzerinde diğer fiziksel ve psikolojik şiddet şekillerinde olduğu gibi, zaman içinde kolaylıkla geçmeyen derin psikolojik etkiler bırakmaktadır. Başvurucu, aynı zamanda şeref ve itibarını ortadan kaldıran fiziksel ve duygusal olarak ihlal edilmiş olan zorla ilişki esnasında keskin bir acıyı da deneyimlemiştir.²⁴⁹ ... Sorgulama sırasında dövülmesi sonucu, fiziksel ve psikolojik bir acı içinde kalmış ve daha sonra da ne olacağı konusunda endişe duymuştur. Kendisi, aynı zamanda, aşağılayıcı şartlar altında çıplak bırakılmış ve böylece bu yaralanma olanağı duygusuna bir bütün olarak katılmış ve bir defasında da bir tekerlek içinde döndürülürken üzerine tazyikli su sıkılmıştır.”²⁵⁰ Divan, işkenceye maruz kalan şahsa karşı uygulanan fiillerin, ayrı ayrı ele alınsa dahi 3. Maddenin ihlali gerektireceğini dile getirmiştir.

Mahkeme Türkiye’ye ilişkin bu kararında, daha önceki kararlarında kullandığı ölçüleri; “ağır, dayanılmaz acılar, fiziksel veya ruhsal acı ve yaralar, bilgi ya da itiraf elde etme amacı, tasarlanarak yapılan muamele” gibi unsurları aynen kullanmakta ve söz konusu eylem ve davranışların Sözleşmenin 3. Madde kapsamında işkence terimine uygunluk gösterdiğini belirtmektedir.

AİHM, 1999 yılında *Selmouni/ Fransa* kararında da, 3. Madde kapsamında işkence yasağının ihlali kararını vermiştir. Hollanda ve Fas vatandaşı olan Selmouni,

²⁴⁸ Aydın/Türkiye kararı, par. 68

²⁴⁹ Aydın/Türkiye kararı, par. 83

²⁵⁰ Aydın/Türkiye kararı, par. 84. Türkiye hakkında, gözaltında tecavüz iddiasına yönelik yapılan bir başka başvuruda Zeynep Avcı Kararıdır. Başvuran, İzmir Emniyet Müdürlüğü’nde gözaltında bulunduğu yirmi bir günlük süreçte işkenceye ve tecavüze maruz kaldığını ileri sürmüştür. Hükümet ilk olarak başvuranın ifadesinin tutarsız ve çelişkili olduğunu dile getirmekte, başvuranın tecavüz suçlamasıyla ilgili şikayetini soruşturmayı yürüten yetkililerin bilgisine çok geç ilettiğini ayrıca başvuranın gözaltına alınmasının ardından pek çok kez sağlık kontrolünden geçtiğini, söz konusu şikayetiyle ilgili hiçbir muayene talebinde bulunmadığını savunmaktadır. AİHM, başvuranın iddia ettiği tecavüz olayıyla ilgili iddialarını destekleyecek hiçbir delili mahkemeye sunmadığını, söz konusu tıbbi raporlarda başvuranın iddia ettiği gibi şiddete maruz kaldığını gösterir hiçbir ize rastlanmadığını, ayrıca dava dosyasında başvuranın C. Savcısı tarafından dinlenildiği, Sorgu Hakimi karşısında bu iddialarını hiçbir şekilde dile getirmediğini ifade etmektedir. AİHM, başvuranın tutumunun anlattıkları ile örtüşmediği sonucuna varmıştır. Üstelik Mahkeme başvuranın tutuklu bulunduğu sırada üç psikiyatrden oluşan heyetin hazırlamış oldukları raporlarında söz konusu olaya dair hiçbir ize rastlamadıklarını ifade ettiklerini belirtmiştir. Başvuranın maruz kaldığını öne sürdüğü olayı destekleyecek hiçbir unsurun olmadığını, bu durumda Sözleşmenin 3. Maddesinin ihlali rastlanmadığını belirtmiştir. Karar metni için bakınız, *Zeynep Avcı/ Türkiye* kararı, 6 Şubat 2003, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcyazeynepavci.htm>

Paris’te uyuşturucu madde kaçakçılığı suçuyla ilgili olarak 1991 yılında polis tarafından gözaltına alınmıştır. 25- 28 Kasım tarihlerinde gözaltında kaldığı süreçte, polislerce cop ve beyzbol sopasıyla dövüldüğü, yumruklandığı, cinsel tacize uğradığı ve makatına cop sokulduğu iddiasıyla başvuruda bulunmuştur. Başvurucu neredeyse tüm bedenini kaplayan çok sayıda yoğun darbeye maruz kalmış, saçlarından çekilerek sürüklenmiş, iki yanda kendisine çelme takmak üzere dizilmiş polis memurlarının oluşturduğu koridor boyunca koşmaya ve genç bir kadının önünde diz çökmeye zorlanmış ve bu sırada birisi “bak şimdi şarkı söylediğini duyacaksın” diyerek, üzerine işenmiş ve bir kaynak lambası, sonra da şırınga ile tehdit edilmiştir.

Mahkeme, sanıklar hakkında etkili ve yeterli bir soruşturmanın yapılmadığını dile getirmiş, doktor raporlarının ve şahsın beyanlarının aynı doğrultuda olmasını da delil olarak kabul etmiştir. Ayrıca, başvuru sahibine yapılan saldırı ve tecavüzlerin vücutta yaralara neden olduğuna ve aşırı derecede psikolojik acıya yol açtığına, yapılan muamelenin bilgi almak amacı ile yapıldığına, bu şartlar altında yapılan muamelenin ağır bir acı ve ağrıya sebep olduğuna ve yapılan muamelenin 3. Madde anlamında *işkence* olduğuna karar vermiştir.²⁵¹

Türkiye hakkında verilen Abdurrahman Orak kararında, Başvuran, PKK’nın eylemlerine katılma şüphesiyle oğlunun Bitlis Jandarma Komutanlığınca gözaltına alındığını, Devletin gözetimi altında iken kaldırıldığı hastanede öldüğünü belirtmektedir. Türk Hükümeti, A.O ve A.G’nin, jandarma binalarında gözetim altındayken kaçma girişiminde bulunduklarını ve bu esnada jandarmalarla bu kişiler arasında bir çatışma (boğuşma) yaşandığını belirtmektedir. Daha sonra şahıs, açlık grevine başlamıştır. Sağlık durumu ağırlaşan A.O, hastaneye kaldırılmış ve orada ölmüştür.

Başvuru sahibi, otopsi raporuna dayanarak oğlunun gözaltı süresince, kollardan askıda tutma, falaka, elektrik verme ve dayak türünden en azından 4 işkence tekniğinin kurbanı olduğunu belirtmektedir. Mahkemeye göre, şahsın alınan raporlarında da bu iddiaları destekleyecek tespitler mevcut olduğu ve vücudundaki yaraların bir kısmı kaçma girişimi esnasındaki güç kullanımıyla açıklanabilirse de Türk Hükümeti tarafından şahsın kolları, kalçası, ayaklarının altındaki ve cinsel bölgesindeki yaralarla ilgili makul hiçbir açıklama yapılmadığı dile getirilmiştir. Bunun yanında, A.O’nun

²⁵¹ *Selmouni/ Fransa* kararı, par.105

ölümü üzerine soruşturma yapan makamlar, bu yaraların muhtemel nedenlerini ortaya çıkarmak için soruşturmayı derinleştirme ihtiyacı hissetmemişlerdir.²⁵² Mahkeme bu nedenlerden dolayı, A.O'nun gözaltı süresince gördüğü muamelenin Sözleşmenin 3. Maddesiyle yasaklanan bir muamele olduğu sonucuna varmıştır.

Gözaltında İşkence iddialarına yönelik AİHM tarafından verilen *Batı ve Diğerleri* kararında,²⁵³ yasadışı bir örgüte yönelik yürütülen polis operasyonu çerçevesinde İstanbul Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şubesinde sorgulanmak üzere göz altına alınan toplam 13 başvuran, göz altı sırasında birçok kötü muamelelere (özellikle asma, devamlı darbeler, bazılarında su fişkırtma, falaka) maruz kaldıklarını iddia etmişlerdir. Başvuranlar ayrıca uykusuz bırakıldıkları, aşağılandıkları ve ölüm veya tecavüzle tehdit edildikleri yönünde şikayetçi olmuşlardır.

AİHM, bu kararda doktorlar tarafından düzenlenen raporların, başvuranların göz altından sonra ciddi yaralarının bulunduğunu ortaya çıkardığını ve mahkemede bulunan hiç kimsenin bu yaraların daha önce oluştuğuna dair bir itirazın olmadığını dile getirmiştir.²⁵⁴

AİHM, başvuranların aşağılandığının, günlerce uykusuz bırakıldıklarının ve tıbbi tespit gerektirecek fiziksel iz bırakmayan nitelikte kişinin akli dengesini bozacak şiddete maruz kaldıklarının doğruluğunu kabul etmiştir. Ortaya çıkarılan fiiller, başvuranların fiziksel ve moral olarak direncini kırma, onları aşağılama amacı olan korku, endişe ve aşağılık duygusu yaratan niteliktedir. AİHM, bu muamelenin insanlık

²⁵² *Abdurrahman Orak/ Türkiye* kararı, 14 Şubat 2002, par. 88-94, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 2, Temmuz 2003, s. 299, Türk Hükümeti şahsın ölüm nedenini, 14 Haziran 1993 günü şahsın kaçma girişimi sonucunda yaşanan çatışmayla ve sonrasında A.O tarafından başlanan açlık greviyle açıklamaktadır. Başvuru sahibi ise bu çatışma esnasında oğlunun hafif yaralandığını iddia etmektedir. Öte yandan bu sorundan bağımsız olarak aşırı güç kullanımı, çeşitli işkence teknikleri ve tıbbi tedavinin yapılmaması oğlunun ölümüne neden olmuştur. Par. 70; Mahkeme, eğer A.O'nun yaraları bu olay esnasındaki güç kullanımından kaynaklanıyorsa hükümete bu konuda uygun kanıtlar getirme yükümlülüğünün düştüğünü belirtmektedir. Yani özellikle jandarmaların güç kullanmalarının mutlaka gerekli ve kullanılan gücün orantılı olduğunu gösteren tıbbi belgeler ve ayrıntılı tutanakların Mahkemeye verilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte bu belgelerin Mahkemeye sunulmadığı görülmektedir. Ayrıca, Mahkemeye sunulan hiçbir kanıt A.O'nun kafasındaki yaranın kaynağını açıklamamaktadır. Aynı karar, par. 74

²⁵³ *Batı ve Diğerleri /Türkiye* kararı, (Hukuk Açısından Kısmı, C Bölümü)

²⁵⁴ Başvuranlara adli tabipliklerce, Ulaş Batı hakkında, bir günlük, Sinan Kaya hakkında beş günlük, Sevgi Kaya hakkında yedi günlük, Ebru Karahancı hakkında beş günlük, Okan Kablan hakkında bir günlük, İzzet Tokur hakkında bir günlük, Özgür Öktem hakkında üç günlük rapor verilmiştir. Müştak Erhan İl ve Bülent Gedik hakkında üç sağlık raporu düzenlenmiş, ilgili kişilerin bir hastanenin nöroloji servisinde muayene edildikten sonra nihai raporun düzenlenebileceğine kanaat getirilmiştir. Devrim Öktem hakkında göz altı sırasında düşük yaptığı, ancak vücudunda hiçbir darp izine rastlanılmadığından düşük ile iddia edilen kötü muameleler arasında neden- sonuç ilişkisinin kurulamayacağı sonucuna varılmıştır.

dışı ve aşağılayıcı nitelikte olduğunu söylemek için yeterli ciddi unsurların olduğunu kaydetmiştir.

AİHM'ne göre, bu muameleler ilgili kişilere itirafta bulunmaları veya kendilerine yöneltilen olaylar hakkında bilgi vermeleri amacıyla, görevlerini yapan devlet görevlileri tarafından bilinçli olarak yapılmıştır. Bu koşullar, bütünüyle ele alındığında ve süresiyle beraber amacı da göz önünde bulundurulduğunda başvuranlara uygulanan şiddetin, "şiddetli" acı ve ıstırap yaratan ciddi ve acımasız nitelikte olduğu kanaatine varmıştır. Buradan yola çıkarak bu şiddet, işkence olarak nitelendirilmiştir.

Mahkeme akit devletlere; 3. Maddede yasaklanan eylemlerin yapılmasını önleyici tedbirler alma ve bütün tedbirlere rağmen eylem gerçekleşmişse, yapanları tespit edip cezalandırılması ve mağdurların mağduriyetlerinin telafi edilmesi yönünde teknik anlamda pozitif yükümlülük olarak adlandırılan yükümlülükler yüklemiş ve bu yükümlülüğe aykırı gördüğü olaylar yönünden 3. Maddenin ihlali yönünde kararlar vermiştir. Bu yönde örnek oluşturacak uygulamalardan en önemlisi, akit devletler hakkında, yapılan işkence, insanlık dışı ya da onur kırıcı muamelelere maruz kalındığı iddialarının yeterince soruşturulmaması nedeniyle verilen ihlal kararlarıdır.

Bu konudaki örnek kararlardan biri *Sevtap Veznedaroğlu* kararıdır. Bu kararda başvuran, 4-15 Temmuz 1994 tarihleri arasında gözaltında tutulduğunu ve bu süre içerisinde Sözleşmenin 3. Maddesine aykırı olarak ellerinden asılarak, kendisine elektrik verilmek suretiyle işkenceye maruz kaldığını, ölüm ve tecavüzle tehdit edildiğini iddia etmiştir. 13 Temmuz 1994 tarihli adli tıp raporunda şahsın vücudunda çürükler saptanmıştır. 18 Temmuz 1994 tarihinde başvuran, Dicle Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi'nden 20 gün iş göremezlik raporu almıştır. Başvuran, Savcıya ve Diyarbakır DGM'ne bağlı yedek hakime işkence gördüğüne ilişkin iddiada bulunmuş, ancak başvurandan daha ayrıntılı bilgi edinilmesi yönünde herhangi bir adım atılmadığı gibi, işkence iddialarına yönelik herhangi bir işlem de yapılmamıştır.

Hükümet başvuranın iddiasını reddetmiş, adı geçen Tıp Fakültesi'nin düzenlediği 20 günlük raporun sahte olup olmadığını incelemek üzere soruşturma açıldığını vurgulamış, iki çürüğe bu uzunlukta bir istirahat verilmesini abartılı bulunduğunu ifade etmiştir. Ayrıca, hastane kayıtlarında yapılan incelemede, başvurana verilmiş bu tür bir belgenin kaydına rastlanmamıştır. Hükümet yaptığı savunmada, başvuran tarafından tek somut kanıt olarak sunulan bu belgenin sahte olduğunu ve

dolayısıyla dikkate alınmaması gerektiğini, neticede Savcının şikayeti incelemediği için kusurlu bulunamayacağını dile getirmiştir.²⁵⁵

Mahkeme, “Hükümetin, başvuranın gözetiminde tutulduğu sırada meydana gelen çürükleri inkar etmediğine dikkat çekmektedir. Lakin Hükümet, bu çürüklerin küçüklüğüne işaret ederek bunların şikayetçi olunan muamelenin ağırlığıyla bağdaşmadığını vurgulamaktadır. Mahkeme, kendisine sunulan kanıtlarla, başvuranın yaralanmasına polisin yol açıp açmadığına ya da iddia edildiği ölçüde işkenceye maruz kalıp kalmadığına karar vermeyi olanaksız bulmaktadır. Mahkemeyi ikna edecek, davaya esas teşkil eden olayları açıklığa kavuşturacak ya da başvuranın iddialarını kanıtlayacak bir tanık dinleme duruşması da gerçekleşmemiştir. Aynı zamanda Mahkeme, başvuranın vücudundaki çürüklerin makul bir açıklamasının olup olmadığının ya da maruz kaldığını iddia ettiği muamelenin yetkililerin, şikayetleri incelemeyi savsaklamasından kaynaklanıp kaynaklanmadığının belirlenmesindeki zorluğa dikkat çekmektedir. Mahkeme, başvuranın işkence gördüğüne ilişkin ısrarının, dosyadaki tıbbi kanıtlarla birlikte, Savcının soruşturma açması için yeterli olması gerektiği” kanaatindedir.²⁵⁶

Başvuranın, yargılama aşamasında da iddialarında ısrar etmesi ve başvuranın iddialarına yönelik, yetkililerin sergiledikleri atalet, Sözleşme’nin 3. Maddesinin taraf devlete yüklediği usuli sorumluluğa aykırıdır. Sonuç olarak, Mahkeme, başvuranın işkence iddialarına yönelik soruşturma görevinin yerine getirilmediği için 3. Maddenin ihlal edildiği kararını vermiştir.

3.7. Mahkemenin 3. Madde Kapsamında İnsanlık Dışı Muamele Yorumu

Yeterli yoğunluk ve amaç unsuru taşımaması nedeniyle işkence sayılmayan, 3. Madde kapsamında “asgari düzeydeki” diğer kötü muameleler,” insanlık dışı” veya “onur kırıcı” olarak sınıflandırılmaktadır. Mahkemeye göre, işkence ile insanlık dışı ve onur kırıcı uygulama arasındaki ayırım, verilen acının yoğunluğundaki farklılıklardan doğmaktadır. Her işkence insanlık dışı ve onur kırıcı olmakla beraber, her onur kırıcı muamele işkence veya insanlık dışı olmayabilir.

²⁵⁵ Sevtap Veznedaroğlu/ Türkiye kararı, par. 25

²⁵⁶ Sevtap Veznedaroğlu/Türkiye kararı, par. 30, 34

İnsanlık dışı muamele, uygulandığı ortama göre gerekçesi bulunmayan ve kasti olarak uygulanan şiddetli fiziksel veya ruhsal eziyet veren muameleyi kapsamaktadır. Mahkeme, 3. Maddenin sınırları içinde kalabilmesi için kötü muamelenin en az ağırlık düzeyinde olması gerektiğini belirtmektedir.

Yunanistan kararında AİHM şu saptamayı yapmıştır; İnsanlık dışı muamele kavramı, isteyerek yapılmış, kasti olarak şiddetli fiziksel veya ruhsal eziyet veren muameleyi kapsar.²⁵⁷

Muamelenin AİHM tarafından "insanlık dışı" olarak kabul edilmesinin nedeni taammüt içermesi, kesintisiz olarak saatler boyunca uygulanması ve bedensel yaralanmaya veya yoğun fiziksel ve ruhsal eziyete yol açmasıdır. Burada alıkonulan kişiler şiddetli kötü muameleye maruz kalmakla birlikte, bu muamelenin yoğunluğu işkence olarak sınıflandırılmak için yeterli düzeyde değildir.²⁵⁸

Tomasi/ Fransa kararında Mahkeme, daha önceki benzer davalarda belirttiği gibi muamelenin “asgari düzeye ulaşması” veya “en az belli bir ağırlıkta” olmasından bahsetmeyerek, kullanılan fiziki kuvvetin “yoğunluğu ve devamlı tekrarı” ifadesini kullanmıştır. Bu ifade değişikliği, ağırlık eşiğinin daha aşağı çekildiği şeklinde yorumlanmaktadır.²⁵⁹

AİHM’nin 1992 yılında *Tomasi* kararında insanlık dışı ve onur kırıcı muamele yapıldığı kararını vermiştir. Fransız vatandaşı olan *Tomasi*, polis tarafından terörist bir saldırıda bulunduğundan dolayı gözaltına alınmıştır. Gözaltında tutulduğu sürece tokatlandığını, tekmelendiğini, uzun süre elleri arkadan kelepçeli ve çıplak olarak bekletildiğini ve silahla tehdit edildiği iddiası ile Komisyona başvurmuştur.

Bu kararda, Fransız Hükümeti, şahsın bedeni üzerinde tespit edilen izlerin gözaltına alınmasından önceki bir tarihte meydana gelmiş olabileceğine veya başvurucunun kendi kendine yaptığı eylemden kaynaklanmış olabileceğine dair hiçbir savunma yapamamış, ancak bunların başvurucunun şikayet ettiği muameleden kaynaklanmadığını ileri sürmüştür.

Komisyon yaptığı inceleme sonucunda, polis nezaretinde tutulan bir kişinin hırpalanma olasılığını vurgulamış, tespit edilen yaraların kısmen hafif olarak görülse de,

²⁵⁷ Yokuş, Sevtap, *AİHS’nin Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimine Etkisi*, Beta Yayınları, İstanbul, 1996, s. 62

²⁵⁸ Reidy, *İşkencenin Yasaklanması*, s. 16

²⁵⁹ *Tomasi/ Fransa* Kararı, 27.8.1992, par.108,114, Doğru, *İnsan Hakları Avrupa İçtihatları*, 1996, s. 266

özgürlüğünden yoksun bırakılmış ve bu nedenle utanma duygusu içinde olan bir kişinin üzerinde fiziksel bir zor kullanımın, görülebilen izlerini oluşturduğunu, bu nedenle yapılan muamelenin hem insanlık dışı, hem de onur kırıcı davranış olduğu kanaatine varmıştır. Mahkeme de, Komisyonun kararını kabul etmekte, bağımsız tıp pratisyenleri tarafından düzenlenen tıbbi belge ve raporların başvurucuya çok sayıda darbe vurulmuş olduğunu ve darbelerin şiddetini doğrulayan delil olduğunu, böyle bir muamelenin insanlık dışı ve onur kırıcı olarak nitelendirmenin doğruluğuna karar vermiştir.²⁶⁰

Türkiye hakkında verilen *Tekin* kararında başvuran, 15 Şubat 1993 tarihinde Derik İlçesi Derinsu Jandarma Karakolunda 4 gün süreyle yatak bulunmayan, ışıksız bir hücrede, sıfırın altında soğukta, sadece ekmek ve su verilerek tutulduğunu, ayrıca jandarmalar tarafından kendisine işkence yapıldığını iddia ederek Komisyona başvurmuştur.

Hükümet, başvuranın kötü muameleye uğradığı iddiasını kabul etmemiş, özellikle gazeteci olması nedeniyle hangi tip delile gereksinimi olacağından haberdar olan başvurunun herhangi bir tıbbi rapor ibraz edemediğini, güvenlik odasının binanın ortasında bulunması ve kömür sobalarıyla ısıtılan odalarla çevrilmiş olması nedeniyle bu odada donma noktasının altına düşen bir sıcaklığın mümkün olamayacağı dile getirilmiştir.²⁶¹

Komisyon, başvuranın hücrenin sıcaklığı ile burada maruz kaldığını iddia ettiği kötü muamelenin yoğunluk ve niteliğinin bir dereceye kadar değişken ve muhtemelen abartılı olduğunu kabul etmiştir. Ancak, anlatımının bazı ayrıntıları gerçeği çağrıştırdığı, örneğin, kardeşlerinin emniyet odasında kendisine katıldığı olayını uydurmuş olduğu düşünülemeyeceğini dile getirmiştir. Bununla beraber, tıbbi bir delilin olmamasının şüphesiz başvuranın davasını zayıflattığını ancak bu ihmalin genel olarak başvuranın iddialarının güvenilirliğini çürütecek nitelikte olduğunu kabul etmemiştir.²⁶²

Komisyon, başvuranın yakalanma tarihini ve nezarethanede gördüğü muamelenin detayını kesin bir şekilde belirleyememesine rağmen başvuranın soğuk ve karanlık bir odada gözleri bağlı olarak, soruşturmasıyla bağlantılı vücudunda yara ve çürükler bırakacak bir biçimde muamele gördüğüne kanaat getirmiştir.²⁶³

²⁶⁰ *Tomasi/ Fransa* kararı, par. 113, 114

²⁶¹ *Tekin/ Türkiye* kararı, 9 Haziran 1998, par. 35, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/tekin.htm>

²⁶² *Tekin/ Türkiye* kararı, par. 36

²⁶³ *Tekin/ Türkiye* kararı, par. 24

Mahkemeye intikal eden davayla ilgili yorumda; başvurunun kötü muamele iddialarını destekleyecek bağımsız bir delil olmamasına rağmen, şahsın C. Savcısına şikayeti ve bu konuyla ilgili devlet makamlarının, şahsın gözaltında iken veya salıverilmesinden sonra bir doktor tarafından muayene edilmesi için hiçbir adım atmadıklarını dile getirmiştir. Mahkeme, Komisyonun “başvuranın sorgulanması esnasında gözü bağlı olarak soğuk ve karanlık bir hücrede, vücudunda yara ve iz bırakacak tarzda muameleye tabi tutulduğunu” tespit ettiğine işaret etmektedir. Neticede, Mahkeme başvuranın gözaltında tutulduğu koşulları ve vücudunda yara ve ekimoz bırakacak şekilde muameleye tabi tutulmasını, 3. Madde anlamında “insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele” olarak değerlendirmiştir.²⁶⁴

Gerek Komisyon, gerekse Mahkeme, görevlilerin uygulamaları nedeniyle 3. Maddenin ihlal edilip edilmediğini karara bağlarken, eldeki kanıtların “her türlü şüpheden uzak, açık ve kesin kanıtlar” olmasını zorunlu görmektedir. Oysa bu kararda görüldüğü gibi, “her türlü şüpheden uzak, açık ve kesin kanıtlar” yerine “ihlal olduğu yönündeki kanaatleri ve yargıları” ile neticeye varmıştır.

Komisyon, başvuranın yakalama tarihini ve nezarethanede gördüğü muamelenin detayını kesin bir şekilde belirleyemediği gibi hücrenin sıcaklığı ile burada maruz kaldığını iddia ettiği kötü muamelenin yoğunluk ve niteliğinin de muhtemelen abartılı olduğunu dile getirmiştir. Bu konuda hiçbir rapor alınmamış olması da iddiaların değerini azaltan bir diğer husustur. Ancak Komisyon, bu ihmalin genel olarak iddiaların inandırıcılığını azaltan bir yönü olup olmadığını araştırmış ve önemli olmadığı kanaatine varmıştır.

Komisyon, başvuranın tanıklığını uyumlu ve inandırıcı, Hükümet tanıklarının verdiği ifadeleri ve gösterilen delilleri ise güvenilirmez ve noksan bulmuştur. Bundan başka, başvuranın öyküsünü veya iddialarının doğruluğuna ışık tutacak en iyi konumdaki tanıklar diğer bir deyişle davayla ilgili savcılar ve özellikle bunlardan başvuranı hemen nezaret sonrası gören şahsın herhangi bir mazereti olmadan Komisyonun tanık dinleme duruşmalarına katılmaması da bir eksiklik olarak görülmüştür. Bundan dolayı söz konusu kararda, anahtar tanıkların Komisyon önüne

²⁶⁴ Tekin/ Türkiye kararı, par. 53

çıkamalarını, davalı Devletin Komisyonun bulgularını dayandığı delillerin yetersizliğinden şikayetin haklı görülmesi düşünölemeyeceğini dile getirmiştir.²⁶⁵

İnsanlık dışı muameleye yönelik *Hulki Güneş/ Türkiye* kararında, başvuru Varto Jandarma karakolunda tutuklu bulunduğı süre içinde kaba kuvvete maruz kaldığını öne sürmüştür. Ayrıca Muş Jandarma Karakolunda filistin askısı, elektrik şoku ve çeşitli kötü muameleye maruz kaldığı yolunda şikayette bulunmuştur. Şahsın yapılan sağlık muayenesinde kötü muamele bulguları doğrulanmıştır.

Mahkeme, başvuranın filistin askısına ve elektrik şokuna maruz kaldığı iddialarını doğrulayan bir kanıt bulunamadığını ve somut açıklamalarda bulunmamasını göz önünde bulundurmuş, bu nedenle yapılan muameleyi işkence olarak değerlendirmemiş, fakat 15 gün süren gözaltı süresi içerisinde vücudunda görölen yara izlerinden fiziksel şiddete maruz kaldığının ve bu nedenle başvuranın fiziksel ve zihinsel direncinin kırıldığı, korkuya, kaygıya ve aşağılık duygusuna kapıldığını belirterek, bu muamelelerin insanlık dışı ve aşağılayıcı nitelikte olduğuna karar vermiştir.²⁶⁶

AİHM, gözaltına alınan kişilerin sağlık raporlarında çelişki olması durumunda, gözaltı süresindeki sağlık raporları ile serbest bırakıldıktan sonra veya cezaevinde alınan raporlar arasındaki çelişkiyi 3. Maddenin ihlal edildiğine kanıt olarak değerlendirmiştir. Mahkeme birçok kararında, bir Devletin tutukluluk halinde bulunan her bir kişiden sorumlu olduğunu çünkü bu kişilerin polis görevlileri elinde zayıf bir konumda olduğunu belirtmektedir.

Algür/ Türkiye kararında, başvuran, İstanbul Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şubesi tarafından yasadışı bir örgüte karşı yürütölen bir operasyon sırasında gözaltına alındığını, “filistin askısı”, tekme tokat darbeleri yanında gövdesine, ayaklarına ve göğsüne elektrotlar bağlanmak suretiyle elektrik şoku gibi birçok kötü muameleye tabi tutulduğunu aynı zamanda, ölüm ve tecavüz tehdidi ile hakarete uğradığını iddia etmiştir. İddialarına dayanak olarak cezaevi doktorunun raporunu göstermiştir.

²⁶⁵ *Tekin/ Türkiye* kararı, par. 36

²⁶⁶ *Hulki Güneş/ Türkiye* kararı, 19.6.2003, Özet Çeviri, <http://www.ihd.org.tr/aihm/hulkig.htm>

Hükümet, başvuru sahibinin iddialarına itiraz etmiş ve yetkili Savcılık tarafından alınan ve Beyoğlu Ağır Ceza Mahkemesi tarafından tasdik edilen, dava açılmasına yer olmadığı kararına dayanak göstererek, bu iddiaların asılsız olduğunu savunmuştur.

Mahkeme yaptığı incelemede, başvuru sahibinin özgürlüğünden yoksun kalmasının başından itibaren tıbbi bir muayeneye tabi tutulmadığı ve gözaltında bulunduğu on beş gün zarfında kendi seçtiği bir doktordan veya bir avukatın yardımından yararlanmadığını açıklamıştır. Gözaltı süresi sonunda iki doktor tarafından muayene edilmiştir. Başvuru sahibini muayene eden cezaevi doktoru, kollarda, bacaklarda ve boyunda ağrılar, vücutta genel bir titreme, göğüsler üzerinde (1x1) büyüklüğünde sıyrıklar saptadığı halde, adli tabip olan ilk doktor, başvuru sahibinin vücudu üzerinde herhangi bir şiddet izinin bulunduğunu saptayamamıştır. İki tıbbi sertifika arasındaki bu açık uyuşmazlık üzerine Hükümet tarafından yapılmış bir açıklamanın olmaması ilk tıbbi muayenenin usulüne uygun olarak yapılmadığını göstermektedir.²⁶⁷

Mahkeme ayrıca, başvuru sahibinin şikayeti konusunda takipsizlik kararı alan yetkili savcılığın, tıbbi belgeye dayanan iddiaları yalanlayabilecek hiç bir açıklamada bulunmaksızın, yeterli delil yokluğuna dayanmakla yetindiğini ortaya çıkarmıştır. Öte yandan Mahkeme, başvuru sahibinin takipsizlik kararına karşı yaptığı itirazında, cezaevi doktorunun transfer emri olduğu halde bir adli tabip muayenesinin yokluğunu ikinci defa ileri sürmesine rağmen, bu yönde hiçbir girişimde bulunulmamış olmasını ve Beyoğlu Ağır Ceza Mahkemesi Başkanının bu argümanlara hiç bir cevap vermeksizin başvuruyu reddetmesini özellikle dikkat çekici olarak değerlendirmiştir.²⁶⁸

Mahkeme, elde bulunan tıbbi belgenin başvuru sahibinin çektiği acıların çok önemli olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğini göstermeye olanak vermediğini bununla birlikte, uygun bir tıbbi raporun yokluğunda bile olaylar sırasında yirmi iki yaşında bulunan şahsın Sözleşmenin 3. Maddesi uyarınca insanlık dışı ve aşağılayıcı sayılabilecek muamelelere maruz bırakıldığına karar vermiştir.

Sözleşmenin 3. Maddesi, bir suçtan dolayı gözaltına alınan, tutuklu ve hükümlülerin yaşam koşulları ve içinde bulundukları şartlar açısından önemli bir rol oynamaktadır. Alıkoymanın koşulları bazen gayri insani veya haysiyet kırıcı muameleye varabilmektedir. Alıkoymanın koşulları değerlendirildiğinde, başvuru

²⁶⁷ Algür/ Türkiye kararı, par. 41

²⁶⁸ Algür/ Türkiye kararı, par. 43

sahibinin sunduğu somut iddialar gibi bu koşulların gittikçe artan etkilerine önem verilmiştir.

Bununla ilgili olarak, hücre hapis uygulaması Mahkeme tarafından tek başına 3. Maddeye aykırı bulunmamıştır. Fakat, hücre hapsinin uygulama süresi, amacı, hücre koşullarının kişinin sağlığı üzerindeki etkileri gibi faktörler değerlendirilerek insanlık dışı veya küçültücü nitelikte olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Hükümlülere kelepçe takılması, açık havaya çıkma veya görüş haklarından yoksun bırakılmaları gibi disiplin uygulamalarının gerekli olabileceği kabul edilmekte, ancak sürekli takip edilmesi ve uygulanış biçimi itibariyle insanlık dışı ve küçültücü olmamasının sağlanması gereği üzerinde durulmaktadır.²⁶⁹

Van Der Ven/ Hollanda kararında başvuru sahibi, “kaçma teşebbüsünde bulunabilecek mahkumların konulduğu özel bir yönetime sahip” bir cezaevindeki uygulamalardan şikayetçi olmuştur. Birincisi, haftalık ve bazen daha sık aramaya maruz kalmasıdır. Onur kırıcı olarak ifade ettiği üst arama, tamamen soyunmayı, yoklamayı ve dokunmayı, utandırıcı bulduğu pozisyonda durmayı kapsamaktadır. İkincisi ise, ziyaret düzenlemesinin bir sonucu olarak, yakın akrabası ile fiziksel teması da kapsayan, olağan insani ilişkilerden alıkonulmasıdır. Bu uygulamaların, kendisi üzerinde psikolojik olarak çok büyük etkileri olduğunu, çok fazla kilo kaybettiğini ileri sürmüştür.

Mahkeme, sosyal yalnızlıkla birleşen duygusal yalnızlığın, kişiliği bozabileceğini ve bunun güvenlik veya başka bir sebebin gerekleri olarak haklı kabul edilemeyecek insanlık dışı muamelenin bir çeşidini oluşturduğunu kabul etmiştir. Mahkemeye göre, başvuru sahibinin çok fazla kontrol tedbirlerine maruz kaldığı durumun ve inandırıcı güvenlik gereklerinin azlığı içinde, başvuru sahibine yaklaşık üç buçuk yıl uygulanan haftalık arama uygulaması insani saygınlığını azaltmış ve kendisinin gururunu kırmaya ve alçaltmaya yönelik kedere ve aşağılık duygularına sebep olmuştur.²⁷⁰

Bunlardan dolayı, Mahkeme, rutin arama ile birleşen cezaevindeki diğer katı güvenlik tedbirlerinin, Sözleşmenin 3. Maddesi kapsamında insanlık dışı veya onur kırıcı muameleyle vardığı sonucuna ulaşmıştır.

²⁶⁹ Reidy, *İşkencenin Yasaklanması*, s. 27

²⁷⁰ *Van Der Ven/ Hollanda* kararı, 4 Şubat 2003, par. 51, 62, 63, *AIHM Kararları Dergisi*, Sayı 6, Temmuz 2003, s. 84, 85

Mahkeme uygulamada 3. Maddenin sağladığı korumayı, Sözleşme’de açıkça ifade edilmeyen bazı haklara da genişletmiştir. AİHS’ne taraf ülkelerin hasta tutuklu ve hükümlülerin cezaevi ve hastahane ortamında tedavilerine ve cezalarının infazı usullerine ilişkin standartları içermemektedir. Ancak, hasta bir kişinin mahpusluğunun Sözleşmenin 3. Maddesi anlamında bazı problemlere yol açması ve bu hakkın ihlaline sebep olabileceği yine verilen kararlarda görülmektedir. Sözleşmenin 3. Maddesi çerçevesinde verilen bu kararlarda, Devleti özellikle gerekli tıbbî tedavileri sağlama yoluyla özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin bedensel bütünlüğünü korumaya mecbur tutmaktadır.

Bu konuyla ilgili olarak verilen *Mouisel* kararında başvuran, kendisinin kanser hastalığı olduğunu, bununla ilgili olarak kemoterapi tedavisi gördüğünü, ayrıca, hiçbir zaman kaçmaya çalışmadığı halde sıkıca zincirlenmesine bağlı olarak hastaneye götürülme koşullarının kendisine acı çektirdiğini, mahkum taşıma aracıyla yapılan hastahane nakillerinin acı verici olduğunu, ayrıca kemoterapi seansları sırasında ayaklarının zincirli olduğunu ve bileklerinden birinin hastane yatağına bağlandığını, dolayısıyla Sözleşmenin 3. Maddesi anlamında insanlık dışı ve onur kırıcı muamele oluşturmak için yeterli fiziki ve manevi acıya yol açan rahatsızlığı ile bağdaşmayan cezaevi muamelelerine tabi tutulduğunu iddia etmiştir.

Bu koşullarda Mahkeme, başvuru sahibinin mahpusluk halinin devamının kendisini Sözleşmenin 3. Maddesinin uygulama alanına girmesi için yeterli tehlikelilik düzeyine varan bir duruma koyup koymadığını incelemiştir. Mahkeme başvuru sahibinin sağlık durumunu oldukça kaygı verici ve mahpusluk durumuyla gittikçe bağdaşmaz olduğunu saptamıştır. Başvuran hakkında verilen rapor, kapalı cezaevi ortamında kanser tedavisinin zorluğuna işaret etmekte ve uzmanlaşmış bir ortamda bakımını önermektedir. Ayrıca hastalık stresinin yol açtığı ve hayat umudu ve sağlık durumunun kötüleşmesi üzerinde etkilere yol açan psikolojik durumuna dikkat çekmektedir. Çok sayıda unsur, başvuru sahibinin hastalığının ilerlediğini ve cezaevi makamları tarafından özel tedbirler alınmadan bunun engellenmesine cezaevi ortamının uygun nitelik taşımadığını ortaya koymaktadır.²⁷¹

Kısaca, Mahkeme ulusal makamların başvuru sahibinin sağlık durumunun sorumluluğunu, Sözleşmenin 3. Maddesine aykırı davranışlardan kaçınmalarına imkan

²⁷¹ Mouisel/ Fransa kararı, 14 Kasım 2002, par. 14, 45, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 4, Ocak 2003, ss. 216, 225

verecek şekilde üstlenmedikleri görüşüne varmıştır. Hapiste kalması başvuru sahibinin onuruna zarar vermiştir. Özellikle katlanılmaz bir deneyim teşkil etmiş ve hapis cezasının ve anti kanser tedavisinin içerdiği ötesine giden bir acıya neden olmuştur. Mahkeme davada yukarıda incelenen koşullarda mahpusluğunun devamı nedeniyle insanlık dışı ya da onur kırıcı muamelenin söz konusu olduğu sonucuna varmaktadır. Buradan hareketle, Sözleşmenin 3. Maddesi ihlâl edilmiştir.

3.7.1. Gözaltında Kayıp İddiaları Sonucu İnsanlık Dışı Muamele Yorumu

Türkiye hakkında yapılan bazı başvurularda AİHM'nin verdiği kararlar, Sözleşmenin 3. Maddesine yönelik yeni kriterlerin ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Gözaltında kayıp iddialarında, mağdurun yakınlarına 3. Madde kapsamında insanlık dışı muameleye maruz kaldığına yönelik kararların verilmesi bunun en tipik örneklerindendir.

Bir devletin egemenlik sınırları içerisinde, devlet görevlileri veya resmi yetkililer adına veya onların onayı ile hareket eden kimselerce, bir kişinin kayıtlara geçmeksizin alıkonulması durumunda 3. Madde kapsamında kayıp olaylarından söz edilmektedir.

Kayıp olayları sonucunda ya bu kişinin öldüğü anlaşılmakta veya uzun süre bulunamaması nedeniyle ailesi tarafından öldüğüne kanaat getirilmektedir. Bu durumda, kayıp olaylarının Sözleşmenin 3. Maddesi anlamında kayıp kişinin hakları ve kayıp kişinin ailesi ve yakınlarının haklarının değerlendirilmesi gündeme gelmektedir.

AİHM, Sözleşmenin yaşama hakkını düzenleyen 2. Maddesi kapsamında verdiği ihlal kararlarının yanında, gözaltına alınan kişilerin kayıp olması halinde belirli şartlara bağlı kalmak üzere bu fiilin mağdurunun yakınları bakımından da 3. Maddenin ihlal edilmiş olacağı sonucuna varmaktadır. Ancak, bu genel bir kural olarak ortaya çıkmamaktadır. Bir aile bireyinin mağdur olup olmadığı belirlenirken, aile bağlarının yakınlık derecesi, başvuranın çektiği sıkıntı ve üzüntüye bazı faktörlerin etkileri de göz önünde bulundurulmaktadır.

Ayrıca, aile bağlarının yakınlık derecesi de önem kazanmaktadır. Bu bağlamda, aile çocuk bağına özel bir önem verilmekte, bireyin söz konusu olaylara ne kadar tanık

olduğu, kayıp kişi hakkında bilgi edinmek için gösterdiği çaba ve bu çabalara karşılık yetkililerin ne şekilde cevap verdiği önem arz etmektedir. Mahkeme, böyle bir ihlalin özünü, aile bireyinin kayboluşunun değil, kayıp olayının yetkililerin dikkatine sunulduğunda gösterdikleri tepkinin oluşturduğunu vurgulamıştır. Bu bağlamda söz konusu kimsenin yakını, yetkililerin olay karşısında gösterdikleri tepkiden dolayı doğrudan mağdur olduğunu iddia edebilmektedirler.²⁷²

Bu kıstasla ilgili olarak verilen *Kurt* kararında, başvuran oğlunun yetkililerin ellerinde kaybolması ile ilgili olarak kendisinin insanlık dışı ve onur kırıcı muameleye maruz kaldığını ileri sürmüştür. Mahkeme, başvuranın oğlunun gözaltına alındığına yönelik kesin bir inançla, oğlunun kaybolmasını takip eden günlerde C. Savcısı ile temaslarda bulunduğunu hatırlatmaktadır. Ancak, C. Savcısı başvuranın şikayetini ciddi bir şekilde ele almamış ve bunun yerine jandarmaların başvuranın oğlunun PKK tarafından kaçırıldığına yönelik varsayımına itibar etmeyi tercih etmiştir.²⁷³ Sonuç olarak, başvuran oğlunun tutuklandığını ve oğlunun daha sonraki akıbetine ilişkin resmi bir bilginin olmadığını bilmenin acısı ile baş başa bırakılmıştır. Bu acı uzun süreli olarak devam etmiştir. Bunun yanı sıra, şikayet sahibinin insan hakları ihlali mağdurunun annesi olması ve kendisinin de acı ve sıkıntısı karşısında yetkililerin sergilemiş oldukları rahat tutum nedeniyle mağdur olduğu dikkate alınarak, Mahkeme başvuran açısından Sözleşmenin 3. Maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir.²⁷⁴

Mahkeme, *Kurt* kararındaki bu uygulamasının bir genellemeye yol açmaması gerektiğine işaret ettiği bir başka kararında, gözaltında işkence sonucu öldüğü iddia

²⁷² *Çakıcı/ Türkiye* kararı, par. 98; *Taş/ Türkiye* kararı, 14 Kasım 2000, par.77-80, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/tas.htm>; *İpek/ Türkiye* kararı, 17.02.2004, Özet çeviri, <http://www.ihd.org.tr/aihm/ipek.html>; *Orhan/ Türkiye* kararı, 18 Haziran 2002, par. 357-360, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 3, Ekim 2002, s. 171

²⁷³ *Kurt/Türkiye* kararı, par. 83, Mahkeme, başvuranın şikayetine yönelik çözüm elde etmek için kendisinden beklenebilecek her şeyi yaptığını da dikkate almaktadır. Başvuran Bismil'deki Cumhuriyet Savcısı ile değişik tarihlerde iki kez temasa geçmiştir. Ayrıca, Diyarbakır'daki Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne de dilekçe ile başvuruda bulunmuştur. Başvuranın oğlunun köyündeki askerler ve PKK arasındaki çatışmadan sonra göz altına alındığı konusunda ısrar etmesine rağmen hiçbir aşamada yetkililer başvuranın ifadesini almamışlardır. Hem Bölge Jandarma Komutanlığı hem de İl Komutanlığı yetkilileri başvuranın ilk dilekçesini sunduğu günde Üzeyir Kurt'un PKK tarafından kaçırıldığı görüşünde olduklarını belirtmiştir. Ancak, bu alelacele varsayımı destekleyen hiçbir sebep gösterilmemiştir ve Cumhuriyet Savcısı esasları daha ayrıntılı olarak incelememiştir. Başvuranın resmi açıklamayı kabul etme konusundaki isteksizliği, oğlunun gözaltına alındığını ileri sürerek iki kez daha başvuranın yetkililerle temasa geçip oğlunun akıbeti hakkında bilgi verilmesine ilişkin ısrarı ile de teyit edilmektedir. Ancak, başvuranın bu iddiası ciddi bir şekilde ele alınmamış ve yetkililer oğlunun PKK tarafından kaçırıldığına ilişkin olarak dayanaktan yoksun bir soruşturmayı sürdürmeyi tercih etmişlerdir.

²⁷⁴ *Kurt/ Türkiye* kararı, par. 130-134

edilen şahsın kardeşinin kendi adına yaptığı başvuruyu 3. Maddenin ihlali olarak görmemiştir.

Bahse konu kararda, başvuran, kendisi, Ahmet Çakıcı'nın eşi ve çocukları da dahil ailenin diğer üyeleri ile ilgili olarak kardeşinin kaybolmasının insanlık dışı bir muameleyi ortaya koyduğunu belirtmiştir. Ahmet Çakıcı'nın başına gelenler konusunda ailenin boş ümitlere kapılmasına neden olan ve üzüntülerini arttıran uzun süreli belirsizliğe ve araştırmalarına cevaben kendilerine bilgi verilmediğini ifade etmiştir.

Mahkemeye göre, bir aile bireyinin mağdur olup olmadığı konusu, başvuranın maruz kaldığı sıkıntıya, hakları ihlal edilen mağdurların akrabalarının kaçınılmaz olarak yaşadıkları duygusal çöküntüden daha farklı bir boyut ve şekil kazandıran özel faktörlerin varlığına bağlıdır. İlgili faktörler, aile bağlarının yakınlığını, ilişkilerin özel durumlarına, aile bireyinin söz konusu olaylara ne kadar tanık olduğuna, aile bireyinin kayıp şahıs ve makamların sorulara verdikleri cevaplar hakkında bilgi edinmek için ne kadar çaba gösterdiğine belirgin bir ağırlık verilmektedir. Mahkeme, böyle bir ihlalin özünün, aile bireyinin "kaybolması" ile değil, yetkililerin dikkatine sunulduğunda gösterdikleri tepki ve davranışlarla ilgili olduğunu vurgulamıştır.²⁷⁵ Bu durumda, kayıp kişinin yakını, yetkililerin sorumsuzluğunun doğrudan bir mağduru olduğunu iddia edebilecektir.

Bu davada, başvuran, kayıp şahsın erkek kardeşidir. Kurt davasındaki başvuranın aksine, güvenlik güçleri başvuranın kardeşini götürdükleri zaman, başvuran, başka bir yerde kendi ailesi ile birlikte yaşadığı için, olay yerinde değildir. Başvuran, yetkililere başvuruda bulunup sorular yöneltirken bu görevi tek başına yüklenmemiştir. Babası, Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur. Yetkililerin verdiği yanıtların neden olduğu ağırlaştırıcı detaylar bu davada Mahkemenin dikkatine sunulmamıştır. Bu tespitler sonucunda Mahkeme, davada başvuranın kendisi ile ilgili olarak, Sözleşmenin 3. Maddesinin ihlal edildiği iddiasını savunacak hiçbir özellik tespit etmemiştir. Bu sebepten dolayı, başvuran konusunda Sözleşmenin 3. Maddesinin ihlali söz konusu değildir.²⁷⁶

Çakıcı kararında, bu genel görüşü belirleyen Mahkeme, kayıp kişinin kardeşi açısından Sözleşmenin 3. Maddesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır. Bu kararında, başvuranın kardeşinden ayrı yaşamasını, gözaltına alınma sahnesine tanık

²⁷⁵ Çakıcı/ Türkiye kararı, par. 98

²⁷⁶ Çakıcı/ Türkiye kararı, par. 99

olmamasını, yetkililere kardeşi hakkında kayıp iddiasında bulunurken yalnız olmaması ve soruşturmaya yönelik ayrıntıların delillendirilmediği belirtilmiştir.

Taş kararında, oğlu gözaltında kaybolan başvuran, oğlunun yakalandığını ve Cizre'de bir çatışma sırasında yaralandığını öğrendiği andan itibaren, C. Savcısından, Şırnak ve Cizre'deki jandarma yetkililerinden bilgi almak için birçok defa sözlü ve yazılı müracaatta bulunmuş, ancak bir ay sonra başvurana oğlunun kaçtığı bildirilmiştir. Cizre Savcısı ne başvuranın endişelerine, ne de yargılanmayı bekleyen bir tutuklunun kaçmasına izin verilmesine karşılık olarak Muhsin Taş'ın kaçtığı iddiası hakkında soruşturma başlatmamıştır. Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcısı ise soruşturmayı Muhsin Taş'ın kayboluşu hakkında değil, PKK örgütüne üye olup olmadığı hakkında yürütmüştür. Mahkeme, başvuranın bu nedenle Sözleşmenin 3. maddesine aykırı olarak yetkililerin fiilleri ve yetkili savcılık tarafından etkin biçimde araştırılmaması nedeniyle babası yönünden 3. Maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁷⁷

Ayrıca Mahkeme, kayıp kimselerin devlet makamlarınca kayıt dışı tutulmaları sırasında işkence veya insanlık dışı ya da onur kırıcı muameleye maruz kaldığına ilişkin kanıtların bulunması durumunda bu kişi bakımından 3. Madde ihlalini de değerlendirmektedir.

Ancak, Mahkeme gözaltında kayıp olayında, mağdurun bu süreçte 3. Maddenin ihlali sayılabilecek muamelelere maruz kaldığına yönelik iddialarda, buna yönelik bir delil yoksa, tahmin ve varsayımlarla 3. Madde ihlalinin kayıp kişi bakımından söz konusu olmadığını, ancak kayıp kişinin hukuka aykırı biçimde özgürlüğünden mahrum edilmesinin 5. madde kapsamında incelenmesi gerektiğini kabul etmektedir.

Ancak Komisyon, yakınlarına bilgi verilmeksizin gözaltına alınma ve kaybolma durumlarında, bağımsız ve tarafsız bir tıbbi kanıt veya görgü tanığı ifadesinin sunulamayacağı ve bunlardan birisinin varlığının 3. Maddenin ihlal edildiğinin tespit edilmesi için ön şart olarak talep edilmesinin bu madde ile sağlanan korumayı engellemeyeceği görüşündedir.

Komisyon, Çakıcı kararında, Ahmet Çakıcı'ya yapılan kötü muamelenin sonucunda ortaya çıkan etkilere tanık olan ve Çakıcı'nın kendisine dövüldüğünü ve elektrik şoku verildiğini söylediği Mustafa Engin'in tanıklığını, Ahmet Çakıcı'nın işkence gördüğüne dair yeterli delil olarak kabul etmiştir. Mahkeme, bu ifadenin hiç

²⁷⁷ *Taş/Türkiye* kararı, 14 Kasım 2000, par. 73-80, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/tas.htm>

şüphesiz, Ahmet Çakıcı'nın gözaltında iken işkence gördüğü şeklindeki Komisyon görüşünü doğruladığını kabul etmiş ve kayıp şahıs hakkında da Sözleşmenin 3. Maddesinin ihlaline karar vermiştir.²⁷⁸

Bununla ilgili olarak, 2001 yılında verilen *Çiçek/ Türkiye* Kararında 2. maddeye ilişkin şikayetlerini desteklemek için kullandığı gerekçelere dayanarak başvuru, davalı Devletin Sözleşmenin 3. Maddesini de ihlal ettiğini, zira oğullarının en temel hukuki güvencelerinden mahrum bir durumda ortadan kaybolmalarının, kendilerini ağır psikolojik işkenceye maruz bıraktığını, ayrıca gözaltı biriminde, oğullarının kötü muameleye maruz bırakıldığının söylendiğini ileri sürmüştür. Başvuru, 2. Maddeyi ihlal eden bir uygulamayı ispatlamak için dayandığı materyallere göre, ortadan kaybolmalara ve gözaltındakilere kötü muamele yapılmasına yönelik resmi bir hoşgörünün olması nedeniyle, Mahkemeden oğullarının 3. Maddenin ağırlaştırılmış ihlalinin mağduru oldukları kararını vermesini talep etmiştir. Ayrıca, oğullarının ortadan kaybolmalarına ilişkin olarak yetkililerin tatmin edici bir açıklama getirememeleri ve şikayetlerine karşı yeterli soruşturmanın yapılmamasını da 3. Maddenin ihlali teşkil ettiğini ileri sürmüştür.²⁷⁹

Mahkemeye göre, zorla ortadan kaybedilmenin bariz olduğu bir yerde, kişinin ölü mü yoksa canlı mı olduğu ya da maruz kalabileceği muamelenin sadece bir spekülasyon olup olmadığı gibi hususlarda, tam bir bilgi eksikliği söz konusudur. Başvuru, oğullarının 3. Madde bağlamında bir kötü muamelenin mağduru olduklarını gösteren kesin delil sunamamış, oğullarının ortadan kaybolmalara karşı resmi bir hoşgörü pratiğinin mağdurları oldukları ve gözaltına alınan şahıslara kötü muamele yapıldığı iddiasını da ispatlayamamıştır. Bu nedenle Mahkeme, Tahsin Çiçek ve Ali İhsan Çiçek açısından Sözleşmenin 3. Maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.²⁸⁰

Mahkeme, gözaltında kayıp iddialarını değerlendirirken, 2. Madde kapsamında verdiği ihlal kararlarına ek olarak Sözleşmenin kişi özgürlüğü ve güvenliğini içeren 5. Madde kapsamında da ihlal kararları vermektedir. AİHM, verilen kararlarda, jandarma karakollarının nezaret kayıtları uygulamalarına ilişkin olarak bir takım eksiklikler ortaya koymuştur. Bunlardan ilk eksiklik, iç hukukun izin vermediği bir uygulamadır. Buna

²⁷⁸ *Çakıcı/ Türkiye* kararı, par. 91, 92

²⁷⁹ *Çiçek/ Türkiye* kararı, par. 152

²⁸⁰ *Çiçek/ Türkiye* kararı, par. 155

göre, jandarma, nezaret kayıtlarına geçirmeden kişileri karakolda değişik nedenlerle gözaltında tutmaktadır. İkinci eksiklik, bu kayıtlar bir kişinin askeri güçlerce tevkif edilip edilmediğini ve jandarma karakolundan ne zaman salıverildiğini göstermeyeceğinden, nezarethane kayıtlarının güvenilmezliğidir. Bu iki eksiklik, kişilerin gözaltında kaybolmaları riskine karşı etkili önlemler alınmadığını resmen ortaya koymaktadır. Burada Mahkeme iç hukukun izin vermediği bir uygulamadan bahsederek özelde jandarmanın, genel de ise kolluk görevlilerinin keyfi olarak kişileri karakolda gözaltında tuttuklarını belirtmiş, bunlarla ilgili olarak tutulan kayıtların güvensizliğinden bahsetmiş ve bunun kişilerin gözaltında kaybolmaları riskini arttırdığını resmen ortaya koyduğunu belirtmiştir.

3.7.2. Köy Boşaltma ve Ev Yakma Sonucu insanlık Dışı Muamele Yorumu

İnsanlık dışı muamele, gözaltı koşullarının dışında kalan ve mağdurları sıkıntıya düşüren, kasıtlı ve acımasız bir dizi başka davranışı da kapsamaktadır. Sözleşmenin 3. Maddesi kapsamında ve ilk olarak Türkiye'ye yönelik başvurularda ortaya çıkan köylerin boşaltılması ve ev yakma sonucu yapılan başvurularda, Güneydoğu bölgesinde evlerin, eşyaların yakılması ve kişilerin başka yerlerde yerleşime zorlanmaları insanlık dışı muamele olarak nitelendirilmiştir.

Köy boşaltma ve ev yakma başvurularının tipik bir özelliği bulunmaktadır. Yapılan başvurularda, iddia sahiplerinin adli veya idari makamlara herhangi bir müracaatları bulunmamaktadır. Neticede iç hukuk yollarının tüketilmeden AİHM'ne yapılan başvurular, etkili ve yeterli bir iç hukuk yolu bulunmadığından dolayı kabul edilmiştir.

Mahkeme buna gerekçe olarak şu hususlar üzerinde durmaktadır: Öncelikle bu tür iddialarda mülkün güvenlik güçleri tarafından kasten yıkılmış olduğu veya bu iddialar konusunda açılmış davalar hakkında bedel olarak ödenen karşılığa dair hiçbir örnek bulunmadığı belirtilmektedir. Bu iddialara yönelik, sorununun boyutlarına rağmen güvenlik güçlerinin mülke kasten zarar verdiği iddialarıyla ilgili olarak tazminata hükmedildiğine ya da bu iddialar nedeniyle güvenlik güçleri üyeleri hakkında takibat yapıldığına dair hiçbir örnek bulunmadığı ve yetkililerde güvenlik güçlerince

böyle bir eylemin yapıldığını kabul etmede genel bir isteksizlik görüldüğü kanaatinin mahkemeye hakim olduğu görülmektedir.²⁸¹

Bunun yanında Mahkeme, başvuruçuların şikâyetçi oldukları olayların gerçekleştiği dönemde Türkiye'nin güneydoğusundaki, güvenlik güçleriyle terör örgütü arasındaki şiddetli çatışmalarla belirlenen durumun göz önünde bulundurulması gerektiğini dile getirmektedir. Başvuranların evlerinin yıkımını takiben kendilerinin güvensiz ve saldırıya açık durumda oldukları, böyle bir durumda adaletin gerektiği gibi işleminin önüne engeller çıkacağı, özellikle de böyle güç bir durumda yürütülen yerel adli davalar için gerekli olan kanıtları güvence altına alma hususunda güçlüklerle karşılaşılacağı ve adli yollara başvuru arayışının etkili olmayacağı belirtilmektedir.²⁸²

Selçuk ve Asker hakkında, 1998 yılında verilen kararda, başvuruçular evlerinin 1993 yılında güvenlik güçlerince yakıldığını iddia etmişler, Hükümet ise belirtilen tarihte bir askeri operasyonun yapılmadığını, evlerin PKK örgütü tarafından yakıldığını ileri sürmüştür. Mahkeme, Bayan Selçuk ve Bay Asker'in o dönemde sırasıyla 54 ve 60 yaşlarında olduklarını ve tüm yaşamları boyunca İslamköy'de oturduklarını, evleri ve malvarlıklarının büyük bölümü güvenlik güçlerince yok edildiğini dile getirmiştir. Mahkemeye göre bu durum, başvuruçuları geçimlerini sağlayamayacak duruma sokmuş ve köylerini terk etmeye zorlamıştır. Bu uygulama, önceden tasarlanmış ve başvuruçuları hor görerek ve duygularına aldırmaksızın yapılmış görünmektedir. Başvuruçular hazırlıksız yakalanmışlar ve evlerinin yanışını izlemek zorunda kalmışlardır. Şahısların güvenliğini sağlamak için yeterli önlemler alınmamıştır ve itirazlarına önem verilmemiştir. Sonrasında başvuruçulara yardım sağlanmamıştır. Özellikle başvuruçuların evlerinin yakılış biçimi ve kişisel durumları dikkate alındığında, güvenlik güçlerinin fiilleri nedeniyle 3. Madde anlamında insanlık dışı muamele olarak nitelendirilecek derecede ağır bir muameleyle maruz kalmış olduklarına karar verilmiştir.²⁸³

²⁸¹ *Dulaş/ Türkiye* kararı, 09 Ocak 2001, par. 46, *AIHM Kararları Dergisi*, Sayı 1, Nisan 2002, s.15; *Menteş/ Türkiye* kararı, 28 Kasım 1997, par. 59, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/mentesh.htm>; *Selçuk ve Asker/ Türkiye* kararı, par. 61; *Gündem/ Türkiye* kararı, par. 47; *Ayder ve Diğerleri/ Türkiye* kararı, par. 97; *Bilgin/ Türkiye* kararı, par. 112; *Yöyler/ Türkiye* kararı, 24 Temmuz 2003, par. 92, *AIHM Kararları Dergisi*, Sayı 7, Kasım 2003, s.146

²⁸² *Dulaş/ Türkiye* kararı, par. 45, *Selçuk ve Asker/ Türkiye* kararı, par. 60; *Menteş/ Türkiye* kararı, par. 59; *Gündem/ Türkiye* kararı, par. 46; *Ayder/ Türkiye* kararı, par. 93

²⁸³ *Selçuk ve Asker/ Türkiye* kararı, par. 70, 71

Bilgin kararında başvuran, 1994 yılında Diyarbakır'ın bir köyündeki evinin ve diğer mallarının güvenlik güçlerince yakıldığını ileri sürmüştür. Komisyon, başvuranın mallarına zarar verilmesi ve evinin yakılmasının, elem ve acı veren koşullar altında, kendisi ve ailesiyle birlikte barınaksız olarak bırakılmasının, emniyet ve refahının tamamen göz ardı edildiği bir şiddet ve kasıtlı tahribat fiili teşkil ettiği görüşünü dile getirmiştir. Başvuranın evinin ve eşyalarının yok edilmesini ve içinde bulunduğu kişisel koşulları göz önünde bulunduran Mahkeme, güvenlik güçlerinin fiillerinin 3. Madde anlamında insanlık dışı muamele kapsamına girdiğini ve başvuranın bu muamelelerden muzdarip olduğunu düşünmektedir.²⁸⁴

Aynı biçimde *Dulaş* kararında da Mahkemeye göre, dava konusu olayların vuku bulduğu zamanda 70 yaşının üzerinde olan başvuru sahibinin, mesken ve eşyasının gözleri önünde imha edilerek, barınak ve destekten mahrum hale düşürülmesini ve hayatının tamamını yaşadığı köyünü ve hem köylülerini terketmek zorunda bırakılmasını, üstelik bu kötü durumda ona yardım etmek için resmi makamlar tarafından hiç bir adım atılmamasını dikkate alan Mahkeme, güvenlik kuvvetlerinin fiillerinden dolayı başvuru sahibinin 3. Madde anlamında insanlık dışı muamele olarak vasıflandırılabilmek için yeterli şiddette sıkıntıya maruz kaldığı kanaatine ulaşmış ve Sözleşmenin 3. Maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.²⁸⁵

AİHM'nin köy boşaltma ve ev yakma iddialarına yönelik verdiği mahkumiyet kararlarında, dile getirilen iddiaların C. Savcıları tarafından yeterince araştırılmadığı ve başvuranların ifadelerinin alınmasına yönelik bir gayret gösterilmediği ortaya çıkmaktadır. Bunun yanında, gerçeği ortaya çıkarmak amacıyla araştırılan olaylara tanıklık edebilecek diğer köylülerin ifadelerinin alınması için bir girişimde bulunulmaması ve güvenlik güçlerinin faaliyetlerine yönelik ifadelerine başvurulmaması, başvuranların iddialarına ilişkin tam ve etkili bir soruşturma yapılmadığını göstermektedir. Ayrıca yapılan soruşturmalarda güvenlik görevlileri hakkında idare kurullarınca soruşturma izninin verilmemesi veya bu sürecin uzun zaman alması da bu tür iddiaların mahkumiyetle sonuçlanmasında diğer bir etken olarak gözükmektedir.

²⁸⁴ *Bilgin/ Türkiye* kararı, par. 93, 103

²⁸⁵ *Dulaş/ Türkiye* kararı, par. 54

3. 8. Onur Kırıcı Muamele veya Ceza Yorumu

Onur kırıcı muamelenin mağdur üzerindeki etkisi; mağdurda korku, endişe ve aşağılık duygusu yaratması ve onları kendisi veya başkaları karşısında alçaltıcı nitelikte olmaktadır. Mağdurun fiziksel veya moral direncini kırmaya yönelik uygulamalar²⁸⁶ yahut mağduru iradesine veya vicdanının aksine hareket etmeye yönelten uygulamalar bu kapsamdadır.²⁸⁷ Bununla birlikte, kişiyi kamu önünde teşhir etme, kamu gücünün veya görevlilerinin oyuncağı haline getirme, fiziki ceza verme gibi muameleler onur kırıcı muamele kavramı içerisine girmektedir. Onur kırıcı davranışlar sadece moral değerleri üzerinde etkili değildir. Mağdurun manevi bakımdan olduğu kadar maddi bakımdan da zarar görmesi mümkündür.

Bir ceza veya muamelenin 3. Madde kapsamında taşıdığı anlama göre "onur kırıcı" olup olmadığının saptanmasında dikkate alınması gereken hususlar, söz konusu ceza veya muamelenin amacının ilgili kişiyi küçük düşürmek veya alçaltmak olup olmadığı ve sonuçları itibarıyla mağdurun kişiliğini 3. Madde ile uyuşmayan bir olumsuzlukta etkileyip etkilemediğidir.²⁸⁸

Bir kişinin onur kırıcı bir muameleye tabi tutulup tutulmadığının değerlendirilmesi daha sübjektif olduğu için, bir muamelenin onur kırıcı olup olmadığının değerlendirilmesinde mağdurun yaşı ve cinsiyeti gibi göreceli faktörler, insanlık dışı muamele veya işkence değerlendirmesine kıyasla daha önemli görülmüştür. Bu bağlamda AİHM, mağdurun başkalarının gözünde olmasa bile kendi gözünde küçük düşürülmesinin yeterli olabileceği görüşünü savunmuştur.²⁸⁹

İrlanda kararında Divan, onur kırıcı muameleyi mağdurlarda korku, huzursuzluk ve aşağılık duygusu yaratan ve onları küçük düşürecek veya alçaltacak nitelikte olan muamele²⁹⁰ olarak nitelemiş, ancak daha sonraki davalarda maruz kalan birey için göreceli bir mahremiyet içinde bile icra edilen davranışların onur kırıcı olabileceğini kabul etme noktasına ulaşmıştır.

²⁸⁶ *İrlanda/ Birleşik Krallık* kararı, par. 167

²⁸⁷ Nakleden, Reidy, *İşkencenin Yasaklanması*, s. 16

²⁸⁸ *Raninen/ Finlandiya* kararı, 16 Aralık 1997, par. 55, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 3, Ekim 2002, s. 90; *Öcalan/ Türkiye* kararı, 12 Mart 2003, par. 220, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 5, Nisan 2003, s. 355

²⁸⁹ *Tyrer/ Birleşik Krallık* kararı, par. 32, Doğru, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, 2002, s. 230

²⁹⁰ *İrlanda/ Birleşik Krallık* kararı, par.167

Bu konudaki örnek kararlardan biri *Tyrer/ Birleşik Krallık* kararıdır. Başvurucu Tyrer, 15 yaşında bir öğrenci olup Birleşik Krallık vatandaşıdır. Başvurucu ve diğer üç arkadaşı okula bira soktukları gerekçesi ile bir başka öğrenci tarafından okul idaresine şikayet edilmişlerdir. Okul yetkilileri bu davranışları nedeniyle başvuru ve arkadaşlarına kamışla vurmuşlardır. Daha sonra başvuru ve arkadaşları kendilerini şikayet eden öğrenciyi yakalayıp dövmüşlerdir. Bunun üzerine Çocuk Mahkemesi başvuru aynı okuldaki bir öğrenciye müessir fiil uygulamaktan suçlu bulmuş ve kaba etine 3 kez sopa ile vurulma cezası vermiştir.

Divan, bir cezaya çarptırılma eyleminin onur kırıcı nitelikte olmadığını, fakat fiziksel cezanın şiddeti kurumsallaştırması ve çocuğun "otoritenin elinde bir obje haline getirilerek" vücut bütünlüğü ve onurunun ayaklar altına alındığı bir pozisyona düşürülmesini göz önünde bulundurmıştır.

Mahkeme kararında, uygulanan cezanın işkence kavramında varolan acı düzeyine ulaşmadığını, ayrıca bu cezanın insanlık dışı ceza olarak kabul edilebilmesi için çekilen acının belirli bir düzeyde olması gerektiğini ve dayak cezasının bu düzeyde ulaşmadığını, fakat "3. Maddenin korumayı amaçladığı insan onuruna ve insanın fiziksel bütünlüğüne açık bir saldırı oluşturduğuna" karar vermiştir.²⁹¹

Mahkeme, *Tyrer* kararında, iç hukukun, demokrasi ve insan hakları ilkesine uygun olup olmadığının saptanmasında, uluslararası hukukun vazgeçilmez bir ölçü olduğunu açıklıkla ortaya koymuştur. Hükümetin, verilen cezanın bölgede yerleşik halkın gerekli ve caydırıcı olduğuna dair kanaate sahip olduğunu ileri sürmesi üzerine, Mahkeme değerlendirmesinde, kamu düzeninin korunmasına ilişkin olarak hiçbir yerel ihtiyaç veya inanış, herhangi bir ülkeye Sözleşmenin 3. Maddesine aykırı bir cezayı kabul etme hakkını veremeyeceğini belirtmiştir.²⁹²

Bazı mahkumların özel gereksinimleri olabileceğine işaret eden Mahkeme, bunların yerine getirilmemesi halinde onur kırıcı muameleyle yol açabileceğini dile getirmektedir. Cezaevi koşullarının çok kalabalık olması, ısıtma, hijyen, uyuma yerleri, gıda ve dış dünya ile temas koşullarının yetersiz olduğu bir ortamda alıkonulmanın da AİHM tarafından onur kırıcı muamele olarak değerlendirildiğini görmekteyiz.

²⁹¹ *Tyrer/ Birleşik Krallık* kararı, 25 Nisan 1978, par. 35, Doğru, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, 2002, s. 231

²⁹² *Tyrer/ Birleşik Krallık* kararı, par. 30

Bu duruma örnek olarak *Price* kararı verilebilir. Bu davada gebelik dönemindeki sorunlar nedeniyle dört uzvu özürlü olan, böbrek bozukluğu dahil bir dizi sağlık sorunu bulunan Price adında bir kadın, duruşma sırasında mahkemeye saygısızlıktan 7 gün hapis cezasına çarptırılmış, cezayı veren yargıç mağduru hemen cezaevine göndermeden önce nasıl bir yere götürüleceğini incelememiş ve o kadar ileri derecede özürlü olan bir insanın tüm ihtiyaçlarına cevap verebilecek kolaylıklar sağlanması konusunda hiçbir önlem almamıştır. Sonuçta kadın mahkumun içine konulduğu koşullar onun tıbbi durumu açısından tamamen yetersiz kalmıştır.

AİHM bu cezayı çok sert olarak nitelendirmiş, başvurucuyu küçük düşürmek veya alçaltmak için kasıtlı bir niyet olduğuna dair herhangi bir delil olmamakla beraber, ileri derecede özürlü olan bir kişinin sağlığı için tehlikeli olacak bir ortamda tutulmasını, yatağı çok sert ve erişilmez olduğu için bedeninde yara açılması riskinin bulunmasını ve tuvalete gitmesi veya kendisini temizlemesinin mümkün olmadığı yada çok zorlukla mümkün olduğu koşullarda tutulmasını 3. Maddeye aykırılık teşkil eden onur kırıcı muamele olarak değerlendirmiştir.²⁹³

Cezaevindeki koşulların olumsuz olması nedeniyle Rusya hakkında açılan *Kalashnikov* kararında başvuru sahibi, Magadan'daki tutuklama tesisinde, içinde 8 ranza tipi yatağın bulunduğu 17 m²'lik bir hücrede tutulduğunu, aynı yerde kalan mahkum sayısının genelde 24 olduğunu ve nadiren bu sayının düştüğünü ileri sürmüştür. Her yatağa üç kişi düştüğü için mahkumların sırayla uyuduğunu, diğerlerinin yerde oturarak veya uzanarak sıralarını beklediğini, televizyonun devamlı açık olduğundan düzenli uyumanın mümkün olmadığını, hücrede ışığın hiçbir zaman söndürülmediğini iddia etmiştir. Başvuru sahibi, havalandırması olmayan hücrenin yazları sıcak, kışları ise soğuk olduğunu, ayrıca, hücre köşesindeki tuvalet yerinin özel yaşamın gizliliğini sağlamadığını, oturma yerleri ve yemek masaları ile iç içe olduğunu, tuvalet yerinin belli bir yükseklikte olduğunu ancak bunu ayıran duvarın yüksekliğinin az olması sebebi ile mahkumların diğer arkadaşlarının ve gardiyanın gözü önünde tuvaleti kullanmak zorunda kaldığını ve diğer mahkumların böyle bir ortamda zaten kötü olan yemekleri yemek zorunda kaldıklarını ileri sürmüştür.

Mahkeme, başvuru sahibinin dört yıl on ay boyunca katlanmak zorunda kaldığı tutuklama koşullarının onun üzerinde önemli ölçüde ruhsal sıkıntıya sebep olarak

²⁹³ Reidy, *İşkencenin Yasaklanması*, s. 26

ilgilinin insanlık onurunu azalttığını ve onda aşağılanma ve küçük düşürölme hislerinin ortaya çıkmasına sebep olduğunu düşünmektedir. Mahkeme, tutuklama koşullarının, özellikle aşırı derecede kalabalık mahkum sayısı, sağlıksız çevre ve bunun insan sağlığı ve refahı üzerine zararlı etkileri ve başvuru sahibinin tüm bu koşullar altında tutuklu kaldığı sürenin uzunluğu dikkate alındığında, onur kırıcı muamele oluşturduğu sonucuna ulaşmıştır.²⁹⁴

AİHM'nin verdiği *Raninen* kararında, başvuru sahibi, hapisneden askeri birlik içindeki hastaneye götürölürken kelepçelenmesinin Sözleşmenin 3. Maddesinde yer alan kötü muamele çeşitlerinden “onur kırıcı muameleyi” oluşturduğu iddiasında bulunmuştur. Başvuru sahibi, bu işlemin, keyfi ve hukuka aykırı bir özgürlük kısıtlaması sırasında gerçekleştiğini ve ayrıca kendisini strese soktuğunu vurgulamıştır. Yakalandığı tarihte veya daha önceki davranışlarının askeri poliste kaçma şüphesi uyandırmasının mümkün olmadığını hatırlatmıştır. Kendisine kelepçe takılmasını gerektiren başka bir sebepte yoktur. Başvuru sahibine göre, kelepçelenmesinin tek sebebi, askerlik veya alternatif kamu hizmetine tekrar direnmesini önlemek için korkutmak ve aşağılamaktır. Bu olaydan, birkaç ay sonra, tanımlanmamış bir psikolojik problemden dolayı askerlik görevini yerine getirmesinin mümkün olmadığı şeklinde hakkında verilen raporda göstermektedir ki, kelepçeleme olayı hukuka aykırı yakalama ile birlikte kendisi üzerinde psikolojik bir zarar meydana getirmiştir.²⁹⁵

Komisyon'a göre, hukuka aykırı yakalama ile kelepçeleme olayının ayrı değerlendirilmesi gerekir. Olayda, kelepçe takılarak başvuru sahibine karşı iki saat kadar zor kullanılmasını haklı kılan bir sebep yoktur. Kelepçeli olarak kamuoyunun önüne çıkarılması ve kendisini desteklemek için gelen kişilerce görülmesi, başvuru sahibinin saygınlığını ve haysiyetini zedelendiğinden, söz konusu eylem 3. Madde anlamında onur kırıcı muameledir.²⁹⁶

Mahkemeye göre ise, söz konusu olaydaki normal şartlarda kelepçeleme olayı, yakalamanın hukuka uygun olduğu, durumun zor kullanmayı gerektirmediği, kamuoyu önünde cereyan etmediği ve yakalanan kişinin direnmesinin, kaçma şüphesi veya

²⁹⁴ *Kalashnikov/ Rusya* kararı, 15 Temmuz 2002, par. 98-101, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 3, Ekim 2002, s. 233

²⁹⁵ *Raninen/ Finlandiya* kararı, par.14-33,

²⁹⁶ *Raninen/ Finlandiya* kararı, par. 53

delilleri karartma tehlikesinin söz konusu olmadığı durumlarda, 3. Maddenin kapsamı alanında bir muamele değildir.²⁹⁷

Yakalama anında kelepçe takma olayından dolayı AİHM önüne getirilen bir başka başvuru ise Türkiye hakkındaki *Öcalan* kararıdır. Başvuru sahibi, Kenya’da Türk görevliler tarafından kaçırıldığını ve bu kaçırmanın zorunlu olarak fiziksel bütünlüğüne saygı hakkının ihlalini oluşturduğunu iddia etmektedir. Yakalamanın gerçekleştirildiği koşulların da (gözü ve elleri bağlanmıştır, ilaç verilmiştir, uçakta kameraya alınarak görüntüler basın ve televizyonlara verilmiştir, arkada Türk bayrakları bulunduğu halde gözleri bağlanmıştır) onur kırıcı ve insanlık dışı muamele anlamına geldiğini eklemektedir

Hükümet başvuru sahibinin, kendisine eşlik eden güvenlik güçleri üyelerini tanımasına, gizli askeri bölgeleri görmesine ve kendi kendini yaralanmasına engel olmak için Kenya’dan Türkiye’ye transferi sırasında kısa bir süre için gözlerinin bağlandığını açıklamıştır Uçak Türk hava sahasına girer girmez göz bağı çıkartılmıştır. Resmi yetkililerin izni olmaksızın, polisin kullanımı için çekilen fotoğrafları ve video kayıtlarını basın elde etmeyi başarmıştır. Başvuru sahibinin sağlık durumu uçakta bulunan bir doktor tarafından devamlı olarak izlenmiştir.²⁹⁸

Mahkemeye göre bu davada şikayet edilen muamele şekillerinden biri olan kelepçeleme; hukuka uygun yakalamaya veya tutuklamaya bağlı olarak uygulandığı ve bu koşullarda makul olarak gerekliliği aşmayan, kuvvet kullanımını veya kamuya teşhir edilmeyi içermeyen yerlerde normal olarak Sözleşmenin 3. Maddesine göre bir sorun oluşturmamaktadır. Bu bakış açısından, ilgili kişinin yakalamaya direnç göstereceği veya kaçacağı yahut yaralanmaya veya hasara neden olacağına inanmak için bir neden bulunup bulunmadığı önem taşımaktadır. Bu bağlamda, muamelenin kamusal doğası ilgili bir faktördür. Ayrıca, muameleyi reklam etme veya tek başına kurbanın kendi bakış açısına göre küçük düşürülmesi, dikkate alınması gereken hususlardır.²⁹⁹

Mahkeme, başvuru sahibinin Türk güvenlik güçlerine karşı silahlı bir mücadeleye girişmiş olan silahlı ayrılıkçı hareketin lideri olmasından şüphelenildiğini ve tehlikeli olduğunun düşünüldüğünü ifade etmektedir. Mahkeme, yakalama anında alınan güvenlik tedbirlerinden biri olarak başvuru sahibinin ellerinin kelepçelenmesin

²⁹⁷ *Raninen/ Finlandiya* kararı, par. 55, 56

²⁹⁸ *Öcalan/ Türkiye* kararı, par. 217

²⁹⁹ *Öcalan/ Türkiye* kararı, par. 221

tek amacının, kaçmaya teşebbüs etmesini veya kendisini yahut başkalarını yaralamasını ya da zarar vermesini engellemek olduğu yolundaki Hükümet sunumunu kabul etmiştir.

Başvuru sahibinin Kenya'dan Türkiye'ye yaptığı yolculuk sırasında gözlerinin kapatılması ile ilgili olarak Mahkeme, başvuru sahibi tarafından güvenlik güçlerinin tanınmalarını engellemek için alınmış bir tedbir olduğunu görmektedir. Başvuru sahibi gözleri bağlı iken güvenlik güçleri tarafından sorgulanmamıştır. Mahkeme, önlemin amacının başvuru sahibini küçük düşürmek veya aşağılamak değil, problem çıkarmadan transferin gerçekleşmesini sağlamak olduğu şeklindeki Hükümet açıklamasını makul görmüştür. Başvuru sahibinin niteliği ve yakalanmaya tepkisi göz önüne alındığında, operasyonun başarılı olması için büyük bir dikkatin ve uygun önlemlerin gerekli olduğunu kabul etmektedir.³⁰⁰ Neticede, yapılan muamelenin Sözleşmenin 3. Maddesinin uygulanması için gerekli olan asgari şiddet düzeyine ulaştığının ispatlanamadığını ve bu durumun 3. Maddenin onur kırıcı muamele hükmünün ihlali sayılamayacağını dile getirmiştir.

Sözleşmenin 3. Madde kapsamında değişik bir kararı da, kendisi hakkında yapılan yayın nedeniyle hakarete uğradığı ve aşağılandığına dair bir başvuruyla ilgili olarak yapılan incelemedir.

Başvuran, 1995 tarihinde, TRT'de (Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu) yayımlanan bir programla ilgili başvuruda bulunarak, anılan programda, hakarete ve karalanmaya uğratıldığını belirtmiş, Sözleşme'nin 3. Maddesi çerçevesinde, Devlet Televizyonu'nun çeşitli kanallarında gösterilen program yoluyla hakarete uğrama ve hakkında gerçek dışı açıklamalar yapılması dolayısıyla kötü muameleye maruz kaldığı yönünde şikayette bulunmuştur.

Mahkeme şikayetin, Sözleşme'nin 3. Maddesi kapsamına girebilmesi için, en az seviyede bir ciddiyete sahip olması gerektiğini dile getirmiştir. Mahkeme, yerel mahkemelerin, başvuranın TV programında aşağılanmadığı kararına vardığına işaret etmekte olup esasen, bu olayda olduğu gibi, ilgili TV programlarında tartışılan konuların kamuya açık olduğunu; sonuç olarak, anılan aşağılamanın gerekli en az seviyede bir ciddiyete sahip olmadığını belirtmektedir. Mahkeme, oybirliğiyle başvuruyu kabul edilmez bulmuştur.³⁰¹

³⁰⁰ *Öcalan/ Türkiye* kararı, par. 223, 224

³⁰¹ *Mahmut Alınak/ Türkiye* kararı, 17 Ekim 2000, <http://www.adalet.gov.tr/aihm/Sayfa2/f32.htm>

3.9. Mahkemenin “Sınır Dışı Etme ve Suçluların İadesi” Hakkında 3. Madde ihlali Yorumu

Komisyon suçlunun iade edileceği ülkenin siyasi rejimi ve ülkedeki mevcut şartlar dolayısıyla, Sözleşmede güvence altına alınmış olan temel insan haklarının ihlal edilmesi ya da tamamen yok edilmesi tehlikesi varsa, bunun iade taleplerinde sorun yaratabileceğini kabul etmektedir. Sığınma hakkı sözleşmede koruma altına alınmadığı halde, Komisyona göre; kişinin, insanlık dışı muameleye tabi tutulabileceği bir ülkeye geri gönderilmesi, geri gönderen üye ülkenin 3. Maddeyi ihlal etmesi anlamını taşımaktadır. Suçluların iadesi kapsamında yapılan başvurularda Komisyon öncelikle ilgili hükümete sınır dışı etme kararı uygulamasının ertelenmesini istemektedir.³⁰²

3. Maddenin, bireylerin ülkeden uzaklaştırılması ve sınırdışı edilmesi olaylarına uygulandığı birçok örnek vardır. Bu örneklerde, ülkeler arasında suçluların iadesi anlaşmasının varlığı, sınır dışı eden ülkenin yetki alanı veya terör zanlılarının adaletle teslim edilmesi gibi faktörler söz konusu olsa bile, bir devletin bir kişiyi kötü muamele görmesi konusunda gerçek bir riskin bulunduğu üçüncü bir ülkeye göndermeme sorumluluğundan kurtulması mümkün değildir.³⁰³

Bir kişinin 3. Maddeyi ihlal anlamına gelecek türde muameleye maruz kalabileceği bir ülkeye gönderilmek üzere sınır dışı edilmesi durumunda, kendisini ihraç veya sınır dışı eden Devletin AİHS çerçevesinde sorumluluk taşıyacağı yolunda görüş bildiren Mahkeme, bu alanda önemli ve giderek yaygınlaşan bir içtihat oluşturmuştur.

AİHM, 7 Temmuz 1989 tarihinde yapılan başvuruda, İngiltere’de gözetim altında tutulan Alman uyruklu Soering’in ABD’ye iade kararını 3. Maddeye aykırı bulmuştur. ABD Virginia’da cinayet suçlaması ile yargılanacak olan ve Mahkemeye göre bu suçtan dolayı ölüme mahkum edilebileceği belirgin olan Soering’in başvuru gerekçesi; ölüm cezasının, temyiz dahil, kesinleşme süresi altı ile sekiz yıl olması ve bu ölüm bekleyişinin Sözleşmenin 3. Maddesinin ihlalini oluşturacağıdır. AİHM söz konusu olayda “ölüm bekleyişinin” kişi üzerinde yaratacağı şiddetli gerilimi göz önünde

³⁰² Ünal, *AİHS*, s. 110

³⁰³ Ergül, Ergin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında İşkence Yasağı ve Türk Mevzuatı” http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergileri_dosyalar/sayi19/Dergi19-1.htm

bulundurarak, Soering'in ABD'ye iade edilmesinin 3. Maddeyi ihlal edeceği sonucuna varmıştır.³⁰⁴

AİHM'nin Türkiye hakkında 2000 yılında vermiş olduğu *Jabari* kararı da sığınma hakkı ile ilgili verilmiş bir karardır. Başvuran İran'da zina suçu işlediğini ve kendisine karşı cezai takibat başlamadan önce oradan ayrılmak zorunda kaldığını söylemektedir. Muhtemelen, bundan dolayı yargılanacağını ve insanlık dışı bir cezaya çarptırılacağını da eklemektedir. Başvuran Mahkeme'nin yerleşmiş içtihadına dayanarak, İran hukukunda zina suçunun cezası olarak öngörülen falaka, kırbaç ve taşlanarak öldürülme cezalarının Sözleşme'nin 3. Maddesi bağlamındaki yasaklanmış muamele tarzları içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini de iddia etmektedir. Bu iddiasını da desteklemek için Uluslararası Af Örgütü'nün hazırladığı rapora dayanarak İran'da zina suçu işleyen kadınların taşlanarak öldürülme cezasına çarptırıldıklarını dile getirmektedir. Başvuran, kendisine, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği tarafından ortada sağlam gerekçeli bir öldürülme korkusu mevcut bulunduğu için sığınmacı statüsü verildiğini vurgulamaktadır.

Mahkeme tarafından, başvuranın İran'a döndüğü takdirde 3. Maddeye aykırı bir muameleye maruz kalacağını kanıtladığı sonucuna varılmış, dolayısıyla İran'a sınır dışı edilmesi işleminin, eğer icra edilirse 3. Maddenin ihlaline yol açacağı şeklinde değerlendirme yapılmıştır.³⁰⁵

3.10. Adil Olmayan Yargılama Sonucu Ölüm Cezasının Verilmesi

Adil olmayan bir yargılama sonucu ölüm cezası verilmesi, kişiyi yanlış bir biçimde, bu cezanın infaz edileceği korkusu ile karşı karşıya bırakması olarak ilk defa Öcalan Kararında karşımıza çıkmaktadır.

Ölüm cezasının, AİHS'nin 2. Maddesinde dile getirilmesi ve daha sonra çıkarılan ek protokoller ile ölüm cezasının seçmeli olarak kaldırılmasını taraf Devletlerin tercihinin bırakan Sözleşme hükümlerine rağmen Mahkeme, ölüm cezasıyla ortaya çıkan geleceğe ilişkin korku ve belirsizlik, cezanın gerçekten uygulanma ihtimali

³⁰⁴ Çavuşoğlu, Naz, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine*, İmaj Yayınları, Ankara, 1994, s. 16

³⁰⁵ *Jabari/Türkiye* kararı, 11.7.2000, par. 33-50, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 4, Ocak 2003, s. 7-10

olduğu durumlarda, insanın ciddi derecede acı çekmesine neden olacağını, bu acı ve endişe, cezanın temelinde yatan ve insan yaşamının tehlikede olduğu göz önüne alındığında Sözleşmeye göre hukuk dışı sayılan dava sürecinin adaletsizliğinden ayrı tutulamayacağını ve günümüzde, artık demokratik bir toplumda meşru yeri olduğuna inanılmayan ölüm cezasının Sözleşmeci taraflarca reddedilmesi göz önüne alındığında, ölüm cezası verilmesinin insanlık dışı bir muamele biçimi olarak kabul edilmesi gerektiğini dile getirmiştir.³⁰⁶

Öcalan kararında Mahkeme, ölüm cezasını veren mahkemenin, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olması, yaşam hakkından mahrumiyetin “mahkemece hükmedilen bir cezanın yerine getirilmesine” uygun olması ve hem yerel mahkemedeki, hem de temyiz aşamasındaki ceza yargılamasında en sert biçimde adalet standartlarına uyulması 2/1. Maddedeki zorunluluk anlamına geldiğini, ölüm cezasının infazının geriye getirilemez olması nedeniyle, keyfi ve hukuka aykırı yaşamı sona erdirmekten kaçınılabilmesi, ancak böylesi yüksek standartların uygulanması yoluyla olabileceğine işaret etmektedir.

Mahkemeye göre, adil olmayan bir yargılamadan sonra bir kişiye ölüm cezası vermek, bu kişiyi kanuna aykırı olarak idam edileceği korkusuna maruz bırakmak demektir. Mahkumiyetin infaz edileceği gerçek bir ihtimalin bulunduğu koşullarda ölüme mahkum olmanın getirdiği geleceğe ait belirsizlik ve korku; insanın ıstırapının önemli bir derecede artmasına neden olur. Böyle bir ıstırap, insan yaşamı tehlikede olunca, Sözleşmeye göre hukuka aykırı olan mahkumiyetin temelini oluşturan işlemlerin adaletsiz olmasından ayrılamaz.

Mahkeme, ölüm cezasını içeren davalarda gerekli olan sıkı adalet standartlarına uymayan, adalete aykırı bir yargılama sonucunda başvuru sahibine ölüm cezası verildiğinden ve ayrıca başvuru sahibinin üç yıldan daha uzun bir sürede böyle bir cezanın sonuçlarına katlanmak zorunda kaldığından dolayı Mahkeme, adil olmayan bir yargılama sonunda başvuru sahibine ölüm cezası verilmiş olmasının 3. Maddenin ihlali ile insanlık dışı muamele anlamına geldiği sonucuna ulaşmaktadır.

³⁰⁶ *Öcalan/ Türkiye kararı*, par. 207

4. BÖLÜM: KARARLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Ulusal mahkemeler, ülkelerin anayasa ve yasalarını da dikkate almak suretiyle karar vermektedirler. Ancak Anayasamızın 90. maddesinde dile getirilen uluslararası sözleşmelere üstünlük tanıyan hükmün göz önünde bulundurulmaması, neticesinde verilen yargı kararlarında ulusal mevzuatın baz alınması AİHM'nin ülkemiz aleyhine verdiği kararların artmasına sebebiyet vermektedir. Nitekim, ülkemizde son dönemde yapılan yasal değişikliklerde de AİHM kararlarının etkisi azımsanamayacak ölçüdedir.

AİHM'nin yerleşmiş içtihatlarına göre; AİHM, ulusal mahkemelerin mevzuatı doğru uygulayıp uygulamadığını denetleyen bir üst mahkeme olmayıp, sadece taraf devletlerin kendi iç hukukunda verdikleri kararlarda Sözleşme hükümlerinin ihlal edilip edilmediğini saptamaya yönelik çalışan bir kurumdur. Bunun neticesinde, AİHM kararları iç hukukta doğrudan sonuç doğurmamakta, ulusal mahkeme kararlarını iptal ederek veya değiştirerek onların yerine geçmemektedir.

Ayrıca AİHM, Sözleşme hükümlerinin ihlal edilip edilmediğini re'sen değil, devlet başvurusu yada bireysel başvuru üzerine incelemekte, buna karşılık bir konuda şikayet yapıldıktan sonra şikayete konu fiillerin sözleşme karşısındaki durumunu kendi yetki sahası içinde serbestçe değerlendirmektedir.

Bu bölümde, Yargıtayın ve AİHM'nin işkence fiiline yönelik verdikleri kararların değerlendirilmesi ve yaklaşımları ele alınacaktır.

4.1. Etkili ve Yeterli Soruşturma

Hukukumuzda kamu davasının açılması C. Savcısının görevleri arasında bulunmaktadır. C. Savcısı tarafından yapılan hazırlık tahkikatı sonunda toplanan deliller kamu davasının açılmasına yeterli ise C. Savcısı iddianame hazırlayarak mahkemeye davasını açmakla yükümlüdür.

Ancak, kamu davası açılması öncesinde karşılaşılan sorunlardan biri, işkence faillerinin soruşturulması ve kovuşturulmasında, görevliler hakkında kamu davası açılmadan önce idarece yapılan soruşturmalar idi. Özellikle, uygulamada karşılaşılan bu sorunu aşmak amacıyla 4483 Sayılı Kanunun 2. maddesine bir fıkra ile “765 Sayılı Türk

Ceza Kanununun 243 ve 245. maddeleri ile 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 154. maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında açılacak soruşturma ve kovuşturmalarda bu Kanun hükümleri uygulanmaz” hükmü getirilmiştir. Böylece işkence ve kötü muamele suçlarında önemli bir yargılama engeli teşkil eden 4483 sayılı kanundaki amirin izni şartı kaldırılmıştır. Bu düzenleme ile işkence ve kötü muamele iddiaları görevi sırasında işlenmiş olup olmamasına bakılmaksızın soruşturulabilecek ve yargılanabilecektir.

Bu kanuni düzenlemelere kadar geçen süre içerisinde ortaya atılan işkence ve kötü muamele iddialarının araştırılması ve soruşturulması mümkün olmamakla beraber, özellikle AİHM’ne yapılan başvuruların tarihlerinin de son yapılan değişiklik öncesine rastlaması verilen kararların ihlale yönelik olmasına sebebiyet vermiştir.

AİHM tarafından verilen kararlarda, Türkiye’ye ve hukuk sistemimize yönelik değerlendirmelerine ve bu konudaki tüm kararlara bakıldığında ortak bir nokta dikkat çekmektedir. Özellikle, iç hukukta adli ve idari organlara ilişkin etkili ve yeterli bir soruşturmanın yapılmaması kararların aleyhimize neticelenmesine sebep olmaktadır.

AİHM kararlarıyla, işkence iddiaları karşısında, Türk Hukuk sisteminin, pek çok kere hareketsiz kaldığı, kötü muamele ihbarlarına ilişkin olaylarda suç mağdurlarının ifadelerinin alınmadığı, kötü muamele iddia ve emarelerine gerekli dikkat ve özenin gösterilmediği, şikayet konusu görevliler hakkında yeterli ve etkili bir soruşturma yapılmadığının ortaya çıktığı görülmektedir. AİHM C. Savcılarının hazırlık soruşturmalarında yetersiz kalmalarını, başlı başına insan hakları ihlali olarak kabul edip, işkence yapıldığı saptanamazsa bile soruşturmanın yetersizliğine kanaat getirmesi halinde ihlal kararı vermektedir. Bunun yanında, kararlarda idari ve özellikle adli makamların olaylar karşısındaki etkin olmayan tutum ve davranışları eleştirilmekte olup, TCK’nın 243 ve 245. maddelerin etkin bir şekilde uygulanmadığı vurgulanmıştır. Ancak, TCK’nın söz konusu hükümlerinde öngörülen cezanın miktarı konusunda bir eleştiri yapılmamıştır.

Örneğin Aksoy Kararında, “şikayetçi işkence gördüğünü bildirmemiş olsa dahi, savcının şikayetçinin ellerini düzgün kullanamadığını rahatlıkla görebilmesi mümkün iken, Türk hukukuna göre soruşturma yapma görevine sahip olan C. Savcısının bu sakatlığın nedenleri ve boyutları hakkında hiçbir araştırma yapma ihtiyacı görmemesi” dile getirilen noktalardan biridir.

Kurt kararında da, Cumhuriyet Savcısı başvuranın şikayetini ciddi bir şekilde ele almadığı, bunun yerine güvenlik güçlerinin, başvuranın oğlunun PKK tarafından kaçırıldığına yönelik savlarını kayıtsız kabul etmesi de bu konuya örnek olarak verilebilir.

Ayrıca AİHM, devletin mahiyetinde çalışan yani kontrolleri altındaki kişilerin hesap verebilirlik yükümlülüğünü hatırlatarak, görevli memurların haklarında açılan ceza davasında beraat etmiş olmalarının davalı devleti Sözleşme karşısındaki sorumluluğundan kurtarmadığının altını çizmekte ve ulusal mahkemeler tarafından verilen beraat kararlarına rağmen hak ihlaline yönelik kararlar verilmektedir.³⁰⁷

4.2. İspat Yükümlülüğü

İşkence iddiaları ile ilgili olarak, sanığın yakalandığı andan itibaren devletin sorumluluğunun başladığı göz önüne alınarak, yakalama esnasında sanığın direnmesi gibi nedenlerle kuvvet kullanılması veya kaçarken yaralanması gibi durumlar varsa, bunun hekim marifetiyle tespit ettirilmesi ve bu kişinin konuyla ilgili ifadesinde tutanağa geçirilmesi gerekir. Zira bir kimsenin kendi davranışıyla sebep olduğu durumlar hariç, yakalanmasından itibaren uğradığı her türlü yaralanma ve benzeri muameleler devletin sorumlu tutulma nedeni sayılır.³⁰⁸

Hukukumuz da, yakalanan kişilerin doktor kontrolünden geçirilerek yakalanma öncesi ve bırakılmasından sonraki sağlık durumlarının tespitini öngörmektedir. Gözaltına alınanların adli doktorlar tarafından muayene edilmesi işkence ve kötü muameleye karşı önemli bir tedbir olmakla birlikte doktorların raporları düzenlerken uygulayacağı yöntem de önem arz etmektedir. Çünkü işkence ve kötü muamele iddialarına yönelik açılan davalarda, delil olarak değerlendirilebilecek tek unsur adli tabipliklerce verilen raporlardır. Ancak bu raporların yeterli düzenlenmediği yine mahkeme kararlarında dile getirilen bir husus olduğu da unutulmamalıdır.

³⁰⁷ Yaz/ Türkiye kararı, 22 Temmuz 2003, par. 30, AİHM Kararları Dergisi, Sayı 7, Kasım 2003, s. 111; Esen/ Türkiye kararı, 22 Temmuz 2003, par. 28, AİHM Kararları Dergisi, Sayı 7, Kasım 2003, s. 105; Çolak ve Filizer/ Türkiye kararı, 8 Ocak 2004, par.33

³⁰⁸ Tezcan, *AİHS ışığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 2002 s. 205

Yargıtayın vermiş olduğu kararlarda ispata ilişkin en önemli delil, adli tabipliklerce verilen raporlardır. Yargıtay, işkence suçu mağdurlarına yönelik verilen adli raporlarda çelişki olmaması, olduğu takdirde adli tıp kurullarının değerlendirilmesinin alınmasına yönelik hassasiyetini verdiği kararlarda yinelemektedir. Eldeki delillerin yetersiz görülmesi halinde ise, ceza hukukunun “şüpheden sanık istifade eder” ilkesi gereği, kararını sanık lehine vermektedir. Bu ilkenin amacı, bir suçlunun cezasız kalmasının bir masumun mahkum olmasına tercih edilmesi ve suçluluğu ispatlanıncaya kadar sanığın masum sayılmasıdır.

AİHM, 3. maddenin ihlal edildiği iddialarının “sağlam bir delille desteklenmesi gerektiğini” belirtmekte, fakat bu iddianın taraflardan herhangi biri tarafından ispatlanmasını şart koşmamaktadır. Dava dosyasındaki bilgi ve belgelerden yola çıkarak Mahkeme ispat edilebilirliği bizzat değerlendirmektedir. Ayrıca Mahkeme bazı durumlarda 3. maddenin ihlal edilmediğinin ilgili devlet tarafından ispat edilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Mahkeme ve Komisyona göre; sağlıklı bir biçimde gözaltına alınan kimseler gözaltından bir kısım yara bere vb. belirtilerle çıkmışlarsa, şikayete konu yaraların nasıl oluştuğunun (işkenceyle oluşmadığının) ispatı ilgili devlete düşmektedir.

AİHM, özellikle işkence ve gözaltında kaybolma olaylarında kanıt bulma güçlüğüne kabul etmekte ve bu konuya ilişkin mevcut maddi delillerin iyi değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Mahkeme, bir olayda Komisyonun, gözaltında işkenceye tanık olduğunu söyleyen bir tanığın ifadesini yeterli gördüğünü şöyle açıklamakta ve sonuçta aynı kanıt kendisi de yeterli görmektedir;

“Komisyon, yakınlarına bilgi verilmeksizin gözaltına alınma ve kaybolma durumlarında, bağımsız ve tarafsız bir tıbbi kanıt veya görgü tanığı ifadesinin sunulamayacağı ve bunlardan birisinin varlığının 3. maddenin ihlal edildiğinin tespit edilmesi için ön şart olarak talep edilmesinin bu madde ile sağlanan korumayı engellemeyeceği görüşündedir. Mahkeme bu ifadenin (tek tanığın) hiç şüphesiz A.Ç’nin gözaltında iken işkence gördüğü şeklindeki Komisyon görüşünü doğruladığını paylaşmaktadır.”³⁰⁹

Ulusal mahkemelerde, işkence suçundan beraat kararlarının verilmesinin, buna karşılık benzer veya aynı olaylarda AİHM tarafından mahkumiyet kararlarının

³⁰⁹ Çakıcı/Türkiye kararı, par. 91, 92

verilmesinin en önemli nedeni ise ispat yükümlülüğüne ilişkin yaklaşım farklılığıdır. Bu konuda Eryılmaz ve Çiçekli şunları dile getirmektedir; “AİHM’in kullandığı ispat hukuku standartları ile Türkiye’de kullanılan ispat hukuku standartları farklıdır. AİHM, Anglo-Saxon hukuk sisteminin ispat hukukunu, Türkiye ise, Kıta Avrupası Hukuk Sisteminin ispat hukukunu kullanmaktadır. Anglo Saxon hukuk sisteminde mahkumiyet için toplanan delillerin hakimde “makul şüphenin ötesinde” kanaat uyandırması (% 51 ve üzeri derecesinde) yeterlidir. Bu bağlamda, AİHM önünde ve bu sistemin kabul edildiği ülkelerde, örneğin, tanık beyanı, sanığın ikrarı tek başına mahkumiyet için yeterlidir. Türkiye’de mahkumiyet için ise toplanan delillerin bir birini destekleyerek şüpheyi mahal bırakmayacak derecede kesinlik oluşturması (% 100 derecede) gerekir. Bu noktada, örneğin, tanık beyanları, sanığın ikrarı gibi deliller başka maddi delillerle desteklenmediği müddetçe şüpheden sanık yararlanacak ve beraat edecektir. Örneğin, iç hukukta mahkemelerin işkenceden dolayı beraat kararı verdiği güvenlik güçleri hakkında AİHM’den, bu farklılıktan dolayı, AİHS2nin 3. maddesine yönelik ihlal kararı çok rahat alınabilecek, alınan bu karar sonrası Türkiye’de mahkemelerin işkence olmadığı yönündeki kararında ısrar etmeleri halinde de, işkenceci kolluk görevlilerinin korunduğu söylenecektir.”³¹⁰

Özellikle işkence iddialarının en başta sıkı bir şekilde gözden geçirilmesi, alınacak adli tıp raporlarının sadece “darp cebir yoktur” şeklinde alınmaması, şahsın iddialarının bütün bulguları ortaya koyacak şekilde fiziki ve ruh sağlığı açısından da değerlendirilmesi bir zorunluluktur. Her ne kadar adli tıp uzmanının yetersizliği bir sorun olarak ortaya çıksa da, bütün tetkiklerin yapılabileceği adli tıp kurumları ve üniversiteler bünyesinde adli tıp bilim dalları bulunmaktadır. Bu kurumlara başvurulması halinde, verilen kararların daha isabetli olacağı düşünülmektedir.

4.3. Mağdur Açısından Değerlendirme

TCK’nın 243. maddesinin 1999 yılında yapılan değişiklikten önceki halinde, bu suçun mağduru sadece “maznun-zanlı” olarak gösterilmiştir. Maznun kavramı, hakkında, kamu davası açılmış veya henüz ceza davası açılmamış olmakla birlikte

³¹⁰ Eryılmaz, M. Bedri ve Çiçekli, Bülent, “AİHM Kararları Ve Yeniden Yargılama Üzerine Bir Değerlendirme” AİHM Kararları Dergisi, Sayı 4, Ocak 2003, s. XVII

kendisine sanık sıfatını veren adli bir işlem yapılmış kişi olarak anlaşılmıştır. Bunun neticesi ise, sanık sıfatını taşımayan kişilere karşı uygulanan kötü muamele fiillerinin, 243. madde kapsamındaki işkence suçunu oluşturmayacağı yorumunu ortaya çıkarmıştır. Verilen yargı kararlarında da bu tür fiiller 245. madde kapsamında değerlendirilmiştir.

Ancak, 1999 yılında madde metninde yapılan değişiklik neticesinde, suçlarını söyletmek için işkenceye maruz kalan mağdurun, bir suç işleme şüphesi altında bulunması yeterli görülmüş, daha sonra hakkında sanık sıfatıyla dava açılmış olması şartı aranmamıştır. Bunun yanında yapılan son değişiklik ile suçun mağduru olabilecek kişiler, işlenen bir suçtan zarar gören mağdur, şahsi davacı, davaya katılan ve tanık olarak gösterilmiştir. Yeni düzenleme, uygulamada karşılaşılan sorunları giderme yönünde faydalı olmuştur.

Ancak AİHM'nin kararlarında böyle bir ayırım gözetilmemektedir. Gerek ülkemize yönelik verilen kararlarda, gerekse Sözleşmeye taraf olan diğer ülkelere yönelik kararlarda, işkence suçunun mağduru olarak devlet denetiminde ve gözetiminde bulunan kişiler açısından bir değerlendirme yapılmıştır. Kişiler hakkında herhangi bir soruşturma veya kovuşturmaya geçilmesine yönelik bir ön şart bulunmadığı gibi, ayrıca bu kişilerin yakınları açısından da 3. Maddenin ihlali verilen kararlar da gündeme gelmiştir.

AİHM gözaltında kaybolan şahıslar ile ilgili olarak birinci dereceden akrabaların sürekli olarak maruz kaldığı belirsizlik ve ciddi, zihinsel sıkıntı acıya sebep olan olaylarda gerekli duyarlılığı göstermiş olması kaydı ile olayın mağduru olabileceklerini ve müracaatlarının inceleyip karara bağlanabileceğini kararlarında zikretmiştir. Nitekim, AİHM kararlarına bakıldığında, gerçek mağdurun ölüm veya başka bir nedenle başvuru yetkisini bizzat kullanamadığı durumlarda yakınlarının hem gerçek mağdur adına, hem de iddia konusu ihlalin kendilerini de mağdur ettiği gerekçesiyle mahkemeye başvurabildikleri görülmektedir.

4.4. Kavramların Yorumu

TCK'nun 243. maddesinde dile getirilen zalimane, gayri insanî veya haysiyet kırıcı muamele kavramlarının neler olduğunu belirtilmemiş ve hangi fiillerin bu kavramlara uygun olarak değerlendirileceği hakimın takdirine bırakılmıştır. Ancak, verilen kararlarda yapılan tanımlardan, bu kavramların aralarındaki farkın ne olduğu anlaşılmamaktadır.

Yargıtayın 1983 tarihli kararında “*İşkence; bir kimseye maddi veya manevi mahiyette eza verici muamelelerin*” uygulanması olarak tarif edilmiştir. Kişinin bir hafta iş ve gücünden kalacak şekilde darp edilmesi, 243. madde kapsamında işkence olarak görülmediği gibi işkencenin ancak müessir fiilin ağırlaşmış hallerinde söz konusu olabileceğine işaret edilmekte, şahsın yaralanmasına sebep olan müessir fiiller 245. madde kapsamında değerlendirmektedir.

Yargıtayın müessir fiil dışında uygulanan kötü muamele fiillerin 243. madde kapsamında değerlendirmesi ise uygulanan yöntemlerin çeşitliliğine ve ağırlığına göre şekil almaktadır. Ancak bu değerlendirmeler, zaman içerisinde değişen kanuni hükümler ve AİHM'nin verdiği kararlar çerçevesinde gelişme göstermiştir. Örneğin, kişilerin elbiselerinden tecrit edilerek üzerlerine soğuk su dökülmesi, copla dövülmesi, makatlarına cop sokmaya yeltenilmesi ve vücutlarında sigara ateşinin söndürülmesi, sert cisimle dövmek, tazyikli su sıkmak, makatına cop sokulması ve koltuk altlarına kaynamış yumurta konulması ve darp edilmesi şeklinde uygulanan fiiller, kararlarda işkence, gayri insani ve haysiyet kırıcı muameleler olarak kabul edilmiştir.

AİHS, esas olarak işkence yasağına yer vermiş olmakla birlikte, işkenceyi tanımlamamıştır. Bu konuda Sözleşmenin denetim organı niteliğindeki AİHM, verdiği kararlarda, işkence, insanlık dışı ya da onur kırıcı muamele terimlerinden ne anlaşılması gerektiğini ve bunların arasındaki farklılıkları dile getirmiştir.

AİHM, işkencenin “kasıtlı yapılan çok ciddi ve zalimane, insanlık dışı muameleye maruz bırakılma” olduğunu belirterek, “bir muamele, kasıtlı fiziksel ve zihinsel acı veriyor ve psikolojik bir tahribata yol açıyorsa bu insanlık dışıdır. Bir muamele korku duygusuyla yükselir, utanca boğan etki yapar, fiziksel ve moral direnci kırarsa aşağılayıcıdır” nitelemesinde bulunmuştur. İşkenceden söz edebilmek için kişi üzerinde uygulanan fiilde, “belli bir ağırlık” ve “belli düzey/yoğunluk ölçüsü olmalı”

görüşünü benimseyen Mahkeme, bu ölçülerin her somut olayın özel şartlarına göre, yargıç tarafından takdir edileceğini belirtmektedir.

Özellikle Yargıtayın verdiği kararlarda AİHM'nin vermiş olduğu kararların etkisinin olduğu görülmektedir. Yargıtayın vermiş olduğu kararlarda, “bir kimseye cürümlerini söyletmek, olayların bildirilmesini engellemek, şikayet ve ihbarda bulunmasını önlemek ve tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple” işkence yapılması suçun özel kastını oluşturmaktadır. Ancak bu özel kasıt, TCK’unda yer alan işkence, zalimane, haysiyet kırıcı ve gayri insani muamele kavramlarının tümü için geçerli olarak görülmektedir.

AİHM ise, işkence ile diğer kötü muamele türleri arasındaki ayrımın “yoğunluk farkı” ve “amaca yönelik kasıt unsuru” olduğunu kararlarında belirtmektedir. Ayrıca, kötü muamelenin şiddetini ve olayın şartlarını dikkate alarak işkence olarak tanımlanabilecek fiillerin, “çok ciddi ve zalimce” bir muamele olup olmadığını belirlemektedir. Nitekim verilen kararlarda, işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele olarak değerlendirilmiş, ancak her onur kırıcı muamele, işkence veya insanlık dışı muamele olarak değerlendirilmemiştir. Böylelikle, bu muameleler arasında ihlalin ağırlığı bakımından farklılık olduğu kabul edilmiş ve bunun her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi öngörülmüştür.

Bu kriterler, davanın bütün şartlarına bağlı göreceli bir değerlendirme olmaktadır. Yapılan eziyetin şiddeti veya yoğunluğu değerlendirilirken, muamelenin süresi, söz konusu muamelenin fiziksel ve ruhsal etkileri ve bazı durumlarda mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi koşullar değerlendirmeye alınmaktadır.

Mahkeme zaman içerisinde verdiği kararlarda, işkencenin, şiddetli ruhsal acı veya eziyet vermesi, acının kasıtlı ve bilinçli olarak uygulanmasının yanı sıra, bilgi almak ve itiraf sağlamak gibi belirli bir amacın izlenmesi gibi üç ana unsuru ortaya koymuştur.

SONUÇ

İşkence, insanlık tarihi boyunca uygulanan ve çeşitli amaçlar için yapılan bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak, işkencenin tarihsel gelişimine bakıldığında, uygulanmasında genel olarak iki amaç güdülmektedir. Bunlardan birincisi, siyasi nedenler veya iktidar mücadelesinde başarıya ulaşmak için korkutmak, sindirmek veya cezalandırmak, ikincisi ise; ceza yargılaması çerçevesinde suçların aydınlatılması ve suçluların cezalandırılmasıdır.

İkinci dünya savaşı sonrasında uluslararası alanda insan haklarına yönelik ortaya çıkarılan sözleşmeler, özellikle işkence uygulamalarına yönelik sert tedbirler alınmasını ve işkence görmeme hakkının korunması için gerekli tedbirlerin alınmasına yol açmıştır.

Türk hukuk sisteminde; işkence ve kötü muamele 1876 Anayasasından itibaren yasaklanmış ve bir suç olarak düzenlenmiş ve yaptırıma bağlanmıştır. Zaman içerisinde, Anayasal düzeyde yasaklayıcı metinler değiştirilmiş ve geliştirilmiştir. Yine, ceza hukuku açısından da, işkence ve kötü muamelenin kapsamı genişletilmiş, uygulanması halinde ise verilecek cezalar arttırılmıştır.

Bütün bu düzenlemelere rağmen, kamusal güç kullanmaya yetkili görevlilerin, işkence ve kötü muamele sayılabilecek eylemlere başvurdukları, bu konuda ortaya atılan iddialar ve yargı makamlarının vermiş oldukları kararlar ile ortaya konulmaktadır. Bunların yanında, AİHM'nin Türkiye aleyhine vermiş olduğu kararlarda ve uluslararası insan hakları komitelerinin raporlarında da "İşkence ve kötü muamelenin" Türkiye'deki varlığına işaret etmektedir.

AİHM'nin kararlarına bakıldığında Türk hukuk sisteminin "işkence ve kötü muamelenin" önlenmesi için yeterli mevzuata sahip olduğunu, ancak bu tür fiillerin adli ve idari makamlarca etkili bir şekilde soruşturulmadığının dile getirildiğini görmek mümkündür.

Yargıtayın son zamanlarda vermiş olduğu kararlarda, işkence ve kötü muameleden ne anlaşılması gerektiği net bir şekilde belli olmasa da, her geçen gün bu kavramların alanının ve içeriğinin genişlediğini görmek mümkündür. Ancak, yargı makamlarının da bu fiillerin cezalandırılmasına yönelik kararlarını mevcut yasal düzenlemelere göre verdiğini unutmamak gerekir. Yasal düzenlemelerin, tekrar gözden

geçirilmesi, kavramların tanımının yapılması verilecek kararlarda etkili olacaktır. Ayrıca yerel mahkemelerin vermiş olduğu kararlarda, bu madde hükümlerinden daha önce verilen üst mahkeme kararlarının değerlendirilmemesi kararların bozulmasına yol açmakta, yerel mahkeme ile üst mahkeme arasındaki anlaşmazlıklar neticesinde yargılama süresinin uzamasına sebebiyet verilmektedir.

Türkiye'de tüm çabaların Avrupa Birliğine tam üyeliğin elde edilmesi üzerinde yoğunlaştığı bir dönemde, insan hakları alanında mevcut durumun iyileştirilmesinin tam üyeliğin bir önkoşulu olması nedeniyle, AİHM'nin Türkiye ile ilgili tespitleri bütünüyle önem kazanmaktadır. Dolayısıyla başta hakim ve Cumhuriyet Savcılarımız olmak üzere, hukukçularımız için AİHM içtihatlarının rolünün tanınması ve bu rol ekseninde uygulama alanının genişletilmesi büyük önem taşımaktadır.

Özellikle Avrupa Birliğine uyum sürecinde Anayasamızda yapılan değişiklikler neticesinde, AİHS kapsamında koruma altına alınan haklar artık ulaşılması gereken bir ideal değil, iç hukukun bir parçası olarak ülke sınırları içinde herkesin sahip olduğu hukuki haklar haline gelmiştir.

İşkence ve kötü muamelenin önlenmesine yönelik yasal alanda bir çok düzenlemeler yapılmıştır. Ancak, verilen yargı kararlarına bakıldığında işkencenin önlenmesi yasaların veya diğer mevzuat hükümlerinin değiştirilmesi ile mümkün olmamaktadır.

Bu tür uygulamaların önlenmesi için en başta anlayış, tutum ve davranışların değiştirilmesi gerekmektedir. Buna yönelik, ilgili kişilerin insan hakları, gözaltı koşulları ve sorgulama şekilleri hususunda gerekli eğitimin verilmesi bir gerekliliktir.

Yönetme ve denetlemeye yetkili amirlerin, işkence ve kötü muamele gibi insan hakları ihlallerine karşı takınacağı tutum, maiyetindeki personelin uygulamalarının şekillenmesine sebep olacaktır. Bu gibi davranışların tasvip edilmediği ve göz yumulmadığı anlayışı, maiyetinde çalışan personele yansıtılması ihlallerin önlenmesinde etkili olacaktır. Oysa, uygulayıcıların olayların bir an önce çözülmesi ve şüphelinin konuşturulması hususunda maiyetindeki kişileri bir nevi ateşlemesi ile bu işlemin meşru bir hareket gibi algılanmasına sebep olmaktadır. Ancak son dönemlerde yapılan kanuni değişiklikler ve yargılama sonunda görevlilere verilen cezalar bu işin ciddiyetini anlamada büyük etken olmuştur.

Bu çerçevede, kolluk görevlileri için insan hakları kursları düzenlenmeli ve eğitici elkitapları dağıtılmalıdır. Eğitim sırasında, işkence yasağının mutlaklığı, işkence konusunda yükümlülük azaltılamazlığı prensipleri ve üst'ün, işkence yapma yönünde verdiği talimata itaat edilmemesi yönündeki yükümlülük, özellikle altı çizilerek anlatılmalıdır. Hükümetler, hukuken kabul ettikleri uluslararası standartları titiz biçimde ulusal garantiler haline getirmeli ve güvenlik güçlerini uygulamaları beklenen kurallar konusunda bilgilendirmelidirler.

İşkence ve diğer türden kötü muamelelerin engellenmesi birincil olarak siyasi ve profesyonel bir iradenin ortaya konmasını gerektirmekte; işkenceyle mücadele, toplumdaki tüm yetki sahibi kişilerin sorumluluğunu beraberinde getirmektedir. Hukuk devletin korunmasındaki rolleri nedeniyle yargıçlar ve savcılar, işkence ve kötü muamelenin önlenmesine yardımcı olmak bakımından özel bir sorumluluğa sahiptirler.

Sanıkların, tanıkların ve mağdurların adil bir şekilde işlem görmelerini ve yargılamanın adil olmasını temin etmek hakim ve savcıların sorumluluğundadır. Sanıkların adil yargılanması, bütün muhakeme süreci boyunca haklarına saygı gösterilmesini ve sadece hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delillerin mahkeme tarafından kabul edilmesini gerektirir. Adalet aynı zamanda, yasaları uygulamakla yükümlü olanların hesap verebilmesini gerektirir. Bunun için hakim ve savcılar, bütün ifade ve delillerin serbest irade sonucu verilmesini ve zorlayıcı yöntemlerle elde edilmemesini temin etmek için belirleyici bir rol oynamalıdır. Bir ceza soruşturması sırasında toplanan bütün delillerin usulüne uygun bir şekilde elde edilmesini ve bu süreçte sanığın hiçbir temel hakkının ihlal edilmemesini temin etmek, adli makamların sorumluluğunu gerektiren konulardır.

Polis tarafından alınan ifadelerin elektronik (ses ve/veya video) olarak kaydedilmesi, gözüaltına alınan kişilerin kötü muameleye maruz kalmasını önleyecek bir başka ek güvencedir. Böyle bir imkân sayesinde, görüşme sürecinin kaydı tutulacağından, herhangi bir kötü muamele suçlaması durumunda araştırma yapmak kolaylaşacaktır. Bu durum, hem polis tarafından kötü muameleye maruz kalan kişilerin, hem de fiziksel olarak kötü muamele yaptıkları veya psikolojik baskı uyguladıkları yönünde temelsiz suçlamalara muhatap olan polis memurlarının lehine olacak bir durumdur. Polis görüşmelerinin elektronik olarak kaydedilmesi, sanıkların bazı itiraflarda bulunduklarını sonraki aşamalarda reddetmeleri olasılığını da azaltır.

İşkence iddialarının suiistimal edildiği, çoğu kişilerin bazı yönlendirmeler sonunda bu iddiaları gündeme getirdiği de düşünölmelidir. İddiaları sadece “suç yüklemek, yıpratmak, bunları asılsız olarak nitelendirerek” cevaplandırma kolaylığa kaçmaktır. Kolluk görevlilerinin hazırlıklı olması, gerekli tedbirleri alması bu konudaki sorumlulukları azaltacaktır. Başka bir ifadeyle, sorgulamanın daha titiz yapılması, uzman personelin kullanılması ve müdafî gözetiminde sorgulamanın yapılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akçam, Tamer, *İşkenceyi Durdurun*, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1991.
- Akıllıoğlu, Tekin, “İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi”, *İnsan Hakları Yıllığı*, TODAİE Yayınları, Cilt 10, 1988-1989.
- Aksar, Yusuf, “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve ABD”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 52, Sayı 2, 2003.
- Arslan, Zühtü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Din Özgürlüğü*, Avrupa Konseyi&Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2005.
- Artuk, Mehmet Emin ve Diğerleri, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2000.
- Atar, Yavuz, “Ulusal ve Uluslararası Düzeyde İnsan Haklarının Korunması”, *Yeni Türkiye Dergisi*, Sayı 22, 1998.
- Aydın, Hakkı, *İslam ve Modern Hukukta İşkence*, Beyan Yayınları, İstanbul, 1997.
- Balkız, N. Oğuz, “Uluslararası Belgelerdeki İşkence Kavramının Pratikte Yarattığı Sorunlar ve Türkiye’de İşkence Sorununa Hukuksal Bir Yaklaşım Denemesi” *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 4, 2001.
- Batum, Süheyl, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 3. Maddesi, AİHM ve Türkiye”, *Yeni Türkiye Dergisi*, Sayı 22, 1998.
- Baykal, Türkcan, “İşkencenin Belirlenmesinde Alternatif Sağlık Raporu”, *Toplum ve Hekim Dergisi*, Cilt 13, Sayı 3, 1998.
- Beccaria, *Suçlar ve Cezalar*, Çev. Muhiddin Göklü, Nurgök Matbaası, İstanbul, 3. Bası, 1964.
- Bıçak, Vahit, “Ceza Soruşturması Konusunda Polisin Eğitimi: TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Raporları Işığında Bir Değerlendirme”, *21. Yüzyılda Polisin Eğitimi Sempozyumu Bildirileri*, Emniyet Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara, 2001.
- Bingöl, İrfan, *Ülkemizde Anayasa Hareketleri*, Ankara, Atak Ofset, 1993.
- Centel, Nur, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yayınları, İstanbul, 2002.
- Cihan, Erol, “Suç Teşkil Eden Sorgu Yöntemleri”, *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul, Yıl 5, Sayı 7, 1971.

- Çağlayan, M. Muhtar, *Açıklamalı İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1984.
- Çalışkan, Bilal, “AİHM Ülkemize Karşı Başvurularda İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi Şartını Neden Aramıyor”, *Adalet Dergisi*, Sayı 14, Ocak 2003.
- Çavuşoğlu, Naz, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine*, İmaj Yayınları Ankara, 1994.
- Çeçen, Anıl, *İnsan Hakları*, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1995.
- Çiçekli, Bülent, “Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesinin Ülkemize İlişkin Tespit ve Tavsiyeleri”, *İnsan Hakları Konferansı*, 30-31 Mart 1998, İçişleri Bakanlığı APK Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1998.
- Demirbaş, Timur, “1997 TCK Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi”, *Faruk Erem Armağanı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 1999.
- Demirbaş, Timur, “2003 TCK Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi”, *Hukuk Kurultayı 2004*, Ankara Barosu, Tebliğ Notu, 9 Ocak 2004.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002.
- Demirbaş, Timur, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1992.
- Doğan, Bülent ve Seven, Huriye, “İnsan Hakları Sorunu Olarak İşkence”, *Türk İdare Dergisi*, Sayı 438, Mart 2003.
- Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa İçtihatları*, Beta Yayınları, İstanbul, 1996.
- Dönmezer, Sulhi ve Yenisey, Feridun, *Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği*, TESEV Yayınları, İstanbul, 2000.
- Ekşi, Canan Ateş, *Uluslararası Ceza Mahkemesinin İnsanlığa Karşı Suçlar Üzerindeki Yargı Yetkisi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004.
- Erdoğan, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2001.
- Erem, Faruk, *TCK Şerhi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 1993.
- Erem, Faruk, “İşkence”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, Sayı 2, Eylül 1988.
- Ergül, Ergin, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması*, Yargı Yayınları, Ankara, 2003.
- Erol, Haydar, *Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, PYS Matbaacılık, Ankara, 2002.
- Ertuğrul, Metin, “İşkence ve Ötesi”, *Yargıtay Dergisi*, Sayı 4, 1975.

- Eryılmaz, M. Bedri ve Çiçekli, Bülent, “AİHM Kararları Ve Yeniden Yargılama Üzerine Bir Değerlendirme” *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 4, Ocak 2003.
- Evliyaoğlu, Erkal, *Memurlarla İlgili Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2001
- Gemalmaz, Semih, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, Kavram Yayınları, İstanbul, 1993.
- Gemalmaz, Semih, *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda İşkencenin Önlenmesi*, Amaç Yayınları, İstanbul, 1990.
- Giffard, Camille, *İşkencenin Rapor Edilmesi*, Çev. Orhan Kemal Cengiz, Egetan Yayınları, İzmir, 2001.
- Gölcüklü, Feyyaz “Uluslararası Belgeler ve Koruma Amaçlı Mekanizmalar” *Yeni Türkiye Dergisi*, Sayı 22, 1998.
- Gölcüklü, Feyyaz ve Gözübüyük, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- Gözlügöl, Said Vakkas, *AİHS ve İç Hukukumuz Etkisi*, Usta Matbaacılık, Ankara, 1999.
- Gözübüyük, Şeref, *TCK Şerhi*, Kazancı Yayınları, İstanbul, yayın tarihi yok, 5. bası.
- Gülmez, Mesut, *İnsan Haklarının Korunması*, TBB Yayınları, 2004.
- Gülmez, Mesut, “İşkencenin Önlenmesi Avrupa Komitesi ve Türkiye’ye Yönelik Açık Bildirimleri” *Amme İdaresi Dergisi*, TODAİE Yayınları, Cilt 31, Sayı 1, 1991.
- Güneş, Seyithan, “İşkence, Eziyet ve İnsan Onuruyla Bağdaşmayan Muamele Yasağı”, *Yeni Türkiye Dergisi*, Sayı 22, 1998.
- Hafizoğulları, Zeki, “CMUK’da Yapılan Değişiklikler Üzerine”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1-4, Ankara, 1994.
- İçel, Kayıhan ve Diğerleri, *Yaptırım Teorisi*, Beta Yayınları, İstanbul, 2000.
- İlkiz, Fikret, “Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararı: İşkence İnsanlık Suçudur ve İşkenceye Karşı Seçmeli Protokol Nedir”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 76, Sayı 4, 2002.
- Karakaş, Hakan, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Karşı Oylarında Türkiye*, İstanbul Barosu Yayınları, 2001.

- Karaosmanoğlu, Fatih, “Avrupa İşkenceyi Önleme Sözleşmesi Ve Denetim Mekanizması: Türkiye'nin Tespit Edilen Sorunları Ve Çözüm Önerileri“, *İnsan Hakları Konferansı*, 30-31 Mart 1998, İçişleri Bakanlığı APK Kurulu Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1998.
- Kazancı, Metin, “TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu ve Ülkemizde İnsan Hakları”, *İnsan Hakları Yıllığı*, TODAİE Yayınları, Cilt 14, Ankara, 1992.
- Keller, Gustav, *İşkence Psikolojisi*, Fırat Yayınları, İstanbul, 1990.
- Keskin, Serap, “AİHS’de Hukuka Aykırı Deliller ve AİHM Schenk Kararı Örneği”, *18. Hukuk İhtisas Semineri*, 18-20 Ekim 2002, EGM Yayınları, 2003.
- Kunter, Nurullah ve Yenisey, Feridun, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 1998.
- Lök, Veli, “Bilimsel Deliller” *Yargı Reformu 2000 Sempozyumu*, İzmir Barosu Yayını, 2000.
- Malkoç, İsmail ve Güler, Mahmut, *Memurlar ve Suçlar*, Adil Yayınevi, Ankara, 1998.
- Montaigne, *Denemeler*, Çev. Sabahattin Eyüboğlu, İstanbul, Cem Yayınları, 1999.
- Osman Yaşar, *Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.
- Özdek, Yasemin, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, TODAİE Yayınları, Ankara, 2004.
- Özgen, Eralp, “İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 2, 1988.
- Özgen, Eralp, “İşkenceyi Önlemek ve Hukuk Devleti İlkelerini Gerçekleştirmek İçin Ceza Muhakemesi Yasasında Yapılan Değişiklik Çalışması”, *İşkencenin Önlenmesi ve Hukuk Devleti*, İnsan Hakları Derneği Yayınları, Ankara, 1993.
- Özgenç, İzzet ve Şahin, Cumhur, “İşkence Suçu”, *Polis Dergisi*, EGM Yayınları, Sayı 36, 2003.
- Öztürk, Bahri, “Tasarıda ve CMUK’da Delil Yasakları” *Ceza Hukuku Reformu*, Umut Vakfı Yayınları, İstanbul, 2001.
- Öztürk, Bahri ve Diğerleri, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2000.
- Parlar, Ali ve Demirel, Güleç, *Kişilerin Hayatına ve Beden Bütünlüğüne Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2000.
- Pazarcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, Turhan Kitapevi, Ankara, 1989.

- Pıtırılı, Ali, “İşkencenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi ve İç Hukukumuz”, *Türk İdare Dergisi*, Sayı 386, Mart 1990.
- Read, Frank, “Bilimsel Delillerin Kabul Edilebilirliği Konusuna Mukayeseli Bir Bakış”, *Ceza Hukuku Reformu*, Umut Vakfı Yayınları, İstanbul, 2001.
- Reidy, Aisling *İşkencenin Yasaklanması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, Adalet Bakanlığı Yayınları, 2002.
- Reisoğlu, Sefa, *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları*, Beta Yayınları, İstanbul, 2001.
- Savaş, Vural ve Mollamahmutoğlu, Sadık, *TCK Yorumu*, Seçkin Yayınları, Ankara, 1995.
- Savaş, Vural ve Mollamahmutoğlu, Sadık, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2. Baskı, 1998.
- Sancar, T. Yalçın, “İşkence Yapan Kamu Personeline Rücu Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Sayı 57-4, 2002.
- Scott, Geoerge Ryley, *İşkencenin Tarihi*, Çev. Hamide Koyukan, Dost Yayınevi, Ankara, 2001.
- Sevig, Vasfi Rıza, “Engizisyon Muhakeme Usulü”, *AÜHFD*, Cilt 18, Sayı 1-4, 1961
- Soyaslan, Doğan, “Hukuka Aykırı Deliller” 18. *Hukuk İhtisas Semineri*, 18-20 Ekim 2002, EGM Yayınları, 2003.
- Şafak, Ali, “Son Toplumsal Olaylar ve Gündeme Gelen Polisin Kuvvete Başvurma Yetkisinin Sınırı Sorunu” *Polis Dergisi*, EGM Yayınları, Sayı 38, 2004.
- Tarakçıoğlu, Bülent, *İşkence Olayı*, Belge Yayınları, İstanbul, 1990.
- Tahranlı, Turgut, “Uluslararası Suçlar ve İnsan Hakları”, *Toplum ve Bilim Dergisi*, Sayı 87, Yıl. 2000/2001.
- Tezcan, Durmuş ve Diğerleri, *AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004.
- Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 1998.
- Turhan, Mehmet, *Anayasal Devlet*, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1997.
- Türkcan, Baykal, “İşkencenin Belirlenmesinde Alternatif Sağlık Raporu”, *Toplum ve Hekim Dergisi*, Cilt 13, Sayı 3, 1998.
- Türkiye İnsan Hakları Raporu (1996)*, TİHV Yayınları, Ankara, 1998.
- TÜSİAD Yayınları, *AİHS ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu*, İstanbul, 2003.

- Ünal, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, TBMM Basımevi, Ankara, 2001
- Ünal, Şeref, *Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı*, TBMM Kültür ve Sanat Yayınları, Yayın no: 65.
- Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.
- Yıldırım, Ali, “Yargılama Hukuku ve İşkence Olgusu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, 1989.
- Yokuş, Sevtap, *AİHS’nin Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimine Etkisi*, Beta Yayınları, İstanbul, 1996.

İnternet Kaynakları:

Aksoy, Ercüment ve Diğerleri, “Cinsel Saldırıları”, <http://www.ttb.org.tr/adli/5.html>,
Erş. Tar:17.03.2005

Cengiz, Serkan, “14 Nolu Protokol İle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Getirilecek
Olan Değişiklikler”,
http://www.turkhukuksitesi.com/hukukforum/art_showarticle.php?s=f4af527f715db3b5fb2ff1d928c7d42c&id=185, Erş. Tar. 17.03.2005

Çetintürk, Ekrem, “Avrupa Konseyi ve İnsan Haklarının Korunması”,
http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergileri_dosyalar/sayi19/Dergi19-2.htm,
Erş. Tar: 13.09.2004

Dorfman, Ariel, “İşkence kabul edilemez mi?”,
<http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=116135&tarikh=12/05/2004>

Ergül, Ergin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında İşkence Yasağı ve Türk
Mevzuatı”,
http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergileri_dosyalar/sayi19/Dergi19-1.htm,
Erş. Tar: 03.09.2004

http://www.izmirbarosu.org.tr/iog/iskencenin_rapor_edilmesi_bolum1_05.htm, Erş.
tarihi: 28.06.2003

Özen, Muharrem, “AİHS Işığında Yaşama Hakkı Ve İşkence Yasağı Konularında İç
Hukuktaki Düzenlemelere Ve Türk Mahkemelerindeki Davalardaki Sorunlara
Bir Bakış”, http://www.yargitay.gov.tr/aihm/muharrem_ozen.html, Erş. Tar:
03.09.2004

Rıza, Sadık, “İşkence Karşıtı Örnek Karar”,
http://www.izmirbarosu.org.tr/iog/iskencenin_rapor_edilmesi_bolum1_05.htm,
Erş. Tar: 28.06.2003

Şahin, Cumhur ve Özgenç, İzzet, ”İşkence Önlenebilecek mi?”,
http://www.turkhukukenstitusu.org/dergi_nisan03.htm, Erş. Tar: 13.09.2004

“Son 10 Yılda Geçirdiği Değişikliklerle Türk Hukuk Mevzuatında İşkence”,
<http://www.ihd.org.tr/kitap/iskence/mevzuat.htm>, Erş. Tar: 24.09.2004

Mahkeme Kararları:

Anayasa Mahkemesinin 27/12/1965 tarih ve 1963/57 esas no ve 1965/65 sayılı kararı,

<http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1965/K1965-65.htm>,

Erş. Tar: 28.09.2004,

Anayasa Mahkemesinin, 15/6/1967 tarih ve 1966/34 esas no ve 1967/18 sayılı kararı,

<http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1967/K1967-18.htm>,

Erş. Tar: 28.09.2004,

AY. Mahkemesinin 11.3.1986 tarih ve 32/9 sayılı kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararları*

Dergisi, XXII, Ankara, 1987

Yargıtay 1.Ceza Dairesinin 15.9.1970 tarih ve 3576/2486 sayılı kararı

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 19.6.1981 tarih ve 2821/4069 sayılı kararı

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 20.2.1986 tarih ve 6399/1151 sayılı kararı

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 17. 6.1986 tarih ve 3320/3733 sayılı kararı

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 2.7.1986 tarih ve 3506/4007 sayılı kararı

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 25. 2.1987 tarih ve 5613/1416 sayılı kararı

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 18.6.1987 tarih ve 1202/ 6631 sayılı kararı

Yargıtay 4. Ceza Dairesi 19.2.1989 tarih ve 3509/4147 sayılı kararı

Yargıtay 8.Ceza Dairesinin 9.4.1991 tarih ve 3005/4058 sayılı kararı

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 14.5.1991 tarih ve 2971/5267 sayılı kararı

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 29.06.1995 tarih ve 9314/10352 sayılı kararı, *Yargıtay*

Kararları Dergisi, Cilt 22, Sayı 1, Ocak, 1996

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 20.12.1995 tarih ve 14569/17658 sayılı kararı

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 17.12.1997 tarih ve 1588/17840 sayılı kararı

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 30.9.1998 tarih ve 10513/12029 sayılı kararı

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 12.10.1998 tarih ve 10667/12819 sayılı kararı, *Yargıtay*

Kararları Dergisi, Cilt 25, Sayı 1, Ocak 1999

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 23.6.1999 tarih ve 8660/10478 sayılı kararı

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 4.7.2001 gün ve 8044/12551 sayılı kararı,

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 31.1.2001 tarih ve 25909/3067 sayılı kararı,

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 27.5.2002 tarih ve 4807/6301 sayılı kararı, *Yargıtay*

Kararları Dergisi, Cilt 28, Sayı 10, Ekim 2002

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 2.10.2002 tarih ve 6686/8949 sayılı kararı, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Cilt 29, Sayı 1, Ocak 2003

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 13.11.2002 tarihli ve 10480/10568 sayılı kararı,

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 09.12.2002 tarih ve 9903/11324 sayılı kararı, Dosyasından

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 24.4.2002 tarih ve 2093/5360 sayılı kararı, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Cilt 28, Sayı 9, Eylül 2002

Yargıtay 8. Ceza Dairesi 04.04.2003 tarih ve 1060/360 sayılı kararı

YCGK'nun 4.4.1983 tarih ve 8-64/156 sayılı kararı

YCGK'nun 22.3.1976 tarih ve 100/133 sayılı kararı

YCGK'nun 4.4.1983 tarih ve 8-64/156 sayılı kararı

YCGK'nun 5.10.1987 tarih ve 8/186-423 sayılı kararı

YCGK'nun 13.02.1989 tarih ve 8/463-39 sayılı kararı

YCGK'nun 17.4.1989 tarih ve 8-87/143 sayılı kararı

YCGK'nun 4.2.1991 tarih ve 8-354/14 sayılı kararı

YCGK'nun 27.5.1991 tarih ve 23/178 sayılı kararı

YCGK'nun 19.04.1993 tarih ve 6-79/108 sayılı kararı

YCGK'nun 15.6.1999 tarih ve 8-109/164 sayılı kararı, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Cilt 25, Sayı 8, Ağustos 1999

YCGK'nun 15.10.2002 tarih ve 8-191/ 362 sayılı kararı, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Cilt 29, Sayı 2, Şubat 2003

YCGK'nun 25.3.2003 tarih ve 36/75 sayılı kararı, Dosyasından

Çubuk Asliye Ceza Mahkemesinin 16.12.2003 tarih ve 162/937 sayılı kararı,

Zonguldak 2. Ağır Ceza Mahkemesi 27.01.2004 tarih ve 2003/80 esas ve 2004/7 sayılı kararı, Dosyasından

Manisa Ağır Ceza Mahkemesinin 11.3.1998 tarih ve 128/ 46 sayılı kararı, Dosyasından

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları:

Abdurrahman Orak/ Türkiye Kararı, 14 Şubat 2002, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 2, Temmuz 2002.

Algür/ Türkiye Kararı, 2 Ocak 2002, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 4, Ocak 2003.

Aksoy/ Türkiye Kararı, 18 Aralık 1996, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 2, 1997.

Aktaş/ Türkiye Kararı, 24 Nisan 2003, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 6, Temmuz 2003.

Ayder Ve Diğerleri/ Türkiye Kararı, 8 Ocak 2004, <http://www.barobirlik.org.tr/insanhaklari/makaleler/index.aspx>

Aydın /Türkiye Kararı, 25 Eylül 1997, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcyaaydin.htm>

Ayşe Tepe/ Türkiye Kararı, 23 Temmuz 2003, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 7, Kasım 2003.

Aytekin/ Türkiye Kararı, 23 Eylül 1998, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcyaaytekin.htm>

Batı ve Diğerleri/ Türkiye Kararı, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcyabativediger.html>

Bilgin/ Türkiye Kararı, 16 Kasım 2000, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/bilgin.htm>

Çiçek/ Türkiye Kararı, 27 Şubat 2001, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 1, Nisan 2002.

Çolak ve Filizer/ Türkiye Kararı, 8 Ocak 2004, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/colakfilizer.htm>

Dulaş/ Türkiye Kararı, 09 Ocak 2001, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 1, Nisan 2002.

Erdagöz/ Türkiye Kararı, 22 Eylül 1997, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcyaerdagoz.html>

Esen/ Türkiye Kararı, 22 Temmuz 2003, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 7, Kasım 2003.

Hulki Güneş/ Türkiye Kararı, 19 Haziran 2003, Özet Çeviri, <http://www.ihd.org.tr/aihm/hulkig.htm>

İrlanda/ Birleşik Krallık Kararı, 18 Ocak 1978, Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, Beta Yayınları, İstanbul, 2002.

İpek/ Türkiye Kararı, 17 Şubat 2004, Özet Çeviri, <http://www.ihd.org.tr/aihm/ipek.html>

Jabari/ Türkiye Kararı, 11 Temmuz 2000, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 4, Ocak 2003.

Kalashnikov/ Rusya Kararı, 15 Temmuz 2002, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 3, Ekim 2002.

Kurt/ Türkiye Kararı, 25 Mayıs 1998, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/kurt.htm>

Mahmut Alınak/ Türkiye Kararı, 17 Ekim 2000, <http://www.adalet.gov.tr/aihm/Sayfa2/f32.htm>

Menteş/ Türkiye Kararı, 28 Kasım 1997, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/mentesh.htm>

Mouïsel/ Fransa Kararı, 14 Kasım 2002, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 4, Ocak 2003.

Sabuktekin/ Türkiye Kararı, 19 Mart 2002, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 2, Temmuz 2002.

Sadık Önder/ Türkiye Kararı, 8 Ocak 2004, Özet Çeviri, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcSadikOnder.html>

Sahibe Nergiz ve Aysel Karaaslan/ Türkiye Kabul Edilmezlik Kararı, http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcNergis_Karaaslan.html

Satık ve Diğerleri/ Türkiye Kararı, 10 Ekim 2000, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcyasatikdigerleri.html>

Selçuk ve Asker/ Türkiye Kararı, 24 Nisan 1998, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/selcukveasker.htm>

Sevtap Veznedaroğlu/ Türkiye Kararı, 11 Nisan 2000, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcyasevtapveznedaroglu.html>

Selmouni/ Fransa, 28 Temmuz 1999, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 2, Temmuz 2002.

Öcalan/ Türkiye Kararı, 12 Mart 2003, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 5, Nisan 2003.

Orhan/ Türkiye Kararı, 18 Haziran 2002, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 3, Ekim 2002.

Raninen/ Finlandiya Kararı, 16 Aralık 1997, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 3, Ekim 2002.

Taş/Türkiye Kararı, 14 Kasım 2000, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/tas.htm>

Tanlı/ Türkiye Kararı, 10 Nisan 2001, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/tanli.htm>

Tekin/ Türkiye Kararı, 9 Haziran 1998, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/tekin.htm>

Tomasi/ Fransa Kararı, 27 Ağustos 1992, Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa İçtihatları*, Beta Yayınları, İstanbul, 1996 .

Tyrer/ Birleşik Krallık Kararı, Doğru, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, 2002

Van Der Ven/ Hollanda, 4 Şubat 2003, *AİHM Kararları Dergisi*, S. 6, Temmuz 2003

Yağız/ Türkiye Kararı, 7 Ağustos 1996, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/yagiz.htm>

Yaz/ Türkiye Kararı, 22 Temmuz 2003, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 7, Kasım 2003

Yöyler/ Türkiye Kararı, 24 Temmuz 2003, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 7, Kasım 2003

Zeynep Avcı/ Türkiye Kararı, 6 Şubat 2003, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcyazeynepavci.htm>