T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
DOKTORA TEZİ

ULUSLARARASI BOYUTUYLA İŞKENCE SUÇU

Rifat Murat ÖNOK

Danışman
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

2005

BİRİNCİ BÖLÜM:
İŞKENCE KAVRAMI, İŞKENCENİN AMACI, TARİHÇESİ VE ULUSLARASI BELGELERDEKİ YERİ İLE KORUMA MEKANİZMALARI

§ 1. İŞKENCE KAVRAMI[1]

İşkence, Farsça kökenli bir sözcük olup (‘şikenc/işkenc), anlam itibariyle ‘bir kimseye maddî ya da manevî olarak yapılan aşırı eziyet’i[2] ya da ‘herhangi bir amaçla bir kimseye maddî acı verici tutum ve davranışta bulunmayı’[3] ifade eder. Böylece geniş anlamda işkence, basit olarak, eziyet yapma, acı veya ıstırap vermektir[4].

Hukuki açıdan ise işkence tanımının hangi unsurları içerdiği ve buna bağlı olarak nasıl tanımlanacağı çetrefilli bir meseledir. Yalnız, şu kadarını şimdiden söyleyebiliriz ki işkencenin standart, evrensel bir tanımını yapmak mümkün gözükmemektedir, zira bu konuda ne ulusal ne de uluslararası metinlerde yeknesak

---

[1] ‘*Ortada bir suç ya vardır ya da yoktur. Eğer varsa, o suça ancak kanunun öngördüğü ceza verilecektir ki, bu taktirde işkence faydasızdır. Fakat suç yoksa, masum bir kişiye acı çektirmek, büyük bir vahşet olmaz mı? Sanığın kendisini itham etmesini istemek çok korkunç ve pek gülünçtür. Çünkü, sanki gerçek onun adale ve sinirleri içine gizlenmiş gibi onu işkence ile çıkarmaya çabalamak, vahşet ve budalalıktır… İşkence, genellikle, zayıf bünyelilerin mahkum olmasına ve dayanıklı katillerin kurtulmasına yarayan kötü bir araçtır’*, bkz. **BECCARİA**, **Cesare**, Suçlar ve Cezalar yahut Beşeriyetin Mecellesi, çev. Muhittin Göklü, İstanbul 1950, s. 188 vd.

[2] Bkz. Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayını, Ankara 1982, s. 423.

[3] Bkz. **YILMAZ, Alia,** Uluslararası Ceza Hukuku El Kitabı, 2. Bası, Beta, İstanbul 2001, s. 100. Mumcu/Küzeci ise, işkenceyi ‘*herhangi bir maksada ulaşmak için bir kişiye hem bedensel hem de ruhsal eziyette bulunmaktır*’ şeklinde tanımlamakta ve tanıma – haklı olarak- manevî yönün de katılması gerektiğini belirtmektedirler, bkz. **MUMCU, Ahmet / KÜZECİ, Elif,** İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri [Kavramlar, Evrensel ve Ulusal Gelişimleri, Bugünkü Durumları], 3. Baskı, Ankara 2003, s. 322.

[4] Bkz. **ER, Deniz Erol,** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Hukukumuzda Sanık Hakları, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 171. Bayraktar’a göre işkence, ‘insanın başka bir insan üzerinde belirli bir amaç için, sıklıkla tekrarlanan eylemlerle rahatsız edici, zorlayıcı, maddi ve manevi alanda baskı altında tutucu, yaralayıcı fiilleri gerçekleştirmesi’dir, bkz. **BAYRAKTAR, Köksal,** İşkenceyi Önlemenin Yolları, Prof. Dr. Bülent Davran’a Armağan, İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayınları, İstanbul 1998, s. 185.

bir anlayış yoktur[5]. Kültürel, dinsel, tarihsel vb. farklılıklar hem ortak bir tanımın yapılmasını hem de olası bir tanımda işkenceyle başka türden saldırgan tavırlar arasındaki farkı belirlemeyi zorlaştırmaktadır[6]. Kaldı ki, eylemi uygulayacak olan kişi, mağdurun kimliği, eylemin yöntemi, derecesi, amaçların çeşitliliği karşısında, yapılacak her tanımlama girişimi, bu öğelerden birini devre dışı bırakma riskini taşıyacaktır[7].

Türk Hukuk Lugatı'ndaki tanıma bakılırsa, işkence, 'herhangi bir maksatla birisine cismen eza verici harekette bulunmak veya sanıklara suçlarını itiraf ettirmek için canlarını yakıcı muameleler yapmak, onlara eza ve cefa çektirmektir'[8].

Doktrine göz atacak olursak, işkencenin temel olarak şu nitelikleri içerdiği söylenmiştir[9]:

1. Kuvvetli bedensel veya ruhsal acı ya da ıstıraba yol açması,
2. Failin resmi sıfatla hareket eden bir kimse olması veya bu sıfatı haiz bir kimsenin, diğer üçüncü bir kimseyi kullanmak suretiyle dolaylı olarak hareket etmesi. Diğer bir deyişle, bir anlamda otorite ilişkisinin varlığı,

---

[5] Bkz. **NUHOĞLU, Ayşe**, İşkence Yasağı ve İşkence Suçu, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayın No. 8, İstanbul 1999, s. 529.

[6] Bkz. **AKÇAM, Taner,** İşkenceyi Durdurun, Ayrıntı Yayınevi, İstanbul 1991, s. 87; **ÜZÜLMEZ, İlhan,** Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Ankara 2003, s. 10 ('ÜZÜLMEZ, İşkence'). Ayrıca bkz. **SCOTT G. Ryley,** İşkencenin Tarihi, Dost Kitabevi, Ankara 2001, s. 17 vd.

[7] Bkz. **BALKIZ, Neval Oğan,** Uluslararası Belgelerdeki İşkence Kavramının Pratikte Yarattığı Sorunlar ve Türkiye'de İşkence Sorununa Hukuksal Bir Yaklaşım Denemesi- Öneriler, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2001/4, Yıl 59, s. 101.

[8] Türk Hukuk Lügatı, Ankara 1944, s. 174-175.

[9] **SPİRAKOS, Dimitris**, Folter als Problem des Strafrechts, Diss., Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris 1990, s. 200 (zikreden: **NUHOĞLU**, s. 530); **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 10-11; **ÇOR, Yaşar,** Yargıtayın İşkence ve Kötü Muameleye Bakış Açısı, Polis Dergisi, Cumhuriyet'in 80. Yılına Armağan, Temmuz-Ağustos-Eylül 2003, Yıl 9, Sayı 36, s. 448. BM KSHUS ile kurulan İnsan Hakları Komitesi'nin benzer kıstasları esas aldığı hk. bkz. **GEMALMAZ, Mehmet Semih,** Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, s. 242 ('GEMALMAZ, Yaşam Hakkı…'). İspanyol doktrininde savunulan diğer bir görüşe göre, işkencenin içerdiği üç asli unsur şunlardan ibarettir: 1. fiziksel ya da psikolojik acıya yol açma; 2. eylemin üzüntü/sıkıntı verici tarzda işlenmesi ('se realiza de manera vejatoria'); 3. mağdurun iradesini yok etme ve aksi taktirde yapmayacağı bir şeyi yaptırma amacının güdülmesi, bkz. **ZÚÑİGA Rodríguez, Laura,** El Tipo Penal de Tortura en la Legislación Española, a la Luz de la Jurisprudencia Nacional e İnternacional, s. 2 (www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Zuniga0105.pdf, son erişim 8.8.2005).

3. Acı ve ıstırap veren hareketlerin belirli bir amaca yönelik olarak yapılması. Bu amaçlar itirafa zorlama, delillere ilişkin bilgi alma, suç ortaklarını ortaya çıkarma, cezalandırma gibi çeşitli olabilir.

Burada üçüncü unsurda yer alan saik, yani sadece yukarıda belirtilen türden bir amaca yönelmiş hareketlerin işkence kapsamında sayılabilmesi eleştirilmiştir[10]. Fakat kanımızca, ileride göreceğimiz gib, işkence kavramı sadece belirli tür ve ağırlıktaki fiilleri özel olarak nitelendirmek için öngörülmüş bir kavram olduğundan, bunun kapsamının dar tutulmasında fayda vardır. Şayet, teknik anlamda işkence terimini günlük dildeki kullanımına indirgersek bununla öngörülen korumayı zayıflatmış oluruz[11].

Bu kıstaslardan yola çıkan bir tanıma göre işkence, 'devlet gücünü temsil eden bir kişi tarafından veya onun tahrikiyle, işkence görenin veya üçüncü bir kişinin ifadesini veya ikrarını etkilemek, onun tarafından gerçekten işlenmiş veya işlenme ihtimali olan bir fiili cezalandırmak veya diğer bir kişiyi korkutmak amacıyla yapılan ağır bedensel, ruhsal veya zihinsel acı veya ıstırap veren hareketlerdir'[12].

Daha genel bir tanıma göreyse işkence, fiziksel veya zihinsel ıstıraba kasten yol açan ve genelde devletin bir görevlisi tarafından işlenen bir fiildir. Böylece bu tanım, hem devlet görevlilerinin genelde itiraf elde etmek amacıyla yaptıkları ve halk bilincinde işkence kavramının tezahürünü teşkil eden hareketleri hem de bir cezalandırma yöntemi olarak bizzat acı ve ıstırap vermeye başvurulmasını kapsar[13].

765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu esas alınmak suretiyle yapılan bir tasnife göre dar anlamda işkence, 'şüphelinin veya sanığın ifadesini almaya yetkili olan görevlilerin, şüpheliye ya da sanığa suçunu itiraf ettirmek, suç delillerini ele geçirmek, sorgu sırasında düştüğü çelişkileri düzelttirmek, şeriklerini ele verdirmek

[10] Eleştiriler ve yabancı doktrindeki bazı görüşler için bkz. **NUHOĞLU**, s. 530-531. Buna karşılık, sadece işkence bakımından spesifik bir amaçla hareket edilmesi gerektiği yönünde bkz. **ÇOR,** s. 449.
[11] Bkz. ileride Üçüncü Bölüm, § 7, III altında aktarılanlar.
[12] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 5.
[13] Bkz. **ROBERTSON, David,** A Dictionary of Human Rights, Europa Publications Limited, London

ya da işlemesi mümkün başka suçları varsa onları da öğrenmek için onda bedeni veya ruhi zarar ya da tehlike meydana getiren ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan her türlü maddi ve manevi kötü muameledir'[14]. Bu anlamda işkence ve kötü muamele kavramı içerisine zalimane, gayri insani ve haysiyet kırıcı davranışlar da girecektir[15]. Cihan'a göre, işkence kavramından gerek fiziksel gerek psişik, devamlı ya da tekrarlanan ve ıstırap ile acıya sebep olan tüm hareketler anlaşılmalıdır[16]. Türk Hukukundaki işkence suçu kavramından da esinlenen Öztürk'e göre, (sanıktan beyan elde etmek maksadıyla) sistematik bir şekilde yapılıp bedene veya ruhi bütünlüğe yönelen, acı ve ıstırap verici her türlü müdahale bu kavrama dahildir[17]. Ceza muhakemesindeki yasak sorgu yöntemleri bağlamında işkencenin tanımını yapan Centel/Zafer'e göreyse, 'uzun süreli ve tekrarlanarak sistematik biçimde uygulanan fiziksel ve ruhsal acı veren davranışlar' işkencedir[18]. Keskin'e göreyse işkence, 'sanığa, sorgulama yapanın istediğini söyletmek için insan haysiyetine yakışmayan maddi ve manevi baskılarda bulun'ulmasıdır[19].

İşkencenin en geniş bir tanımını yapmanın gerekli olduğuna inanan bir görüşe göreyse, 'bireye, zor kullanılarak yapılmış olan, zulüm, ıstırap, acı yaşatan ya da acı ve ıstırap yaşatmasa dahi, onun kişiliğini yok etme ya da fiziksel veya zihinsel yetisini azaltmayı içeren her sürecin, amaç ne olursa olsun ya da hiç bulunmasın, işkenceyi oluşturacağını içeren ve insanlık dışı, onur kırıcı muameleleri, ayrı eylem türleri olarak değil, işkence eyleminin unsurları olarak kabul eden' bir tanımın oluşturulması gereklidir[20]. Ceza hukuku bakımından bu tanımın da yöneldiği anlayış,

---

1997, s. 203.

[14] Bkz. **DEMİRBAŞ, Timur**, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, DEÜHF Yayınları No. 23, Ankara 1992, s. 5-6 ('**DEMİRBAŞ,** İşkence'); benzer yönde **YILMAZ,** s. 100.

[15] Bkz. **DEMİRBAŞ, Timur,** 2003 Türk Ceza Kanunu Tasarı'sının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, Cilt 2 (İnsan Hakları), s. 347 ('**DEMİRBAŞ,** Hukuk Kurultayı 2004').

[16] Bkz. **CİHAN, Erol**, Suç Teşkil Eden Sorgu Yöntemleri, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 5, İstanbul 1971, s. 78 ('CİHAN, Suç…').

[17] Bkz. **ÖZTÜRK, Bahri**, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller, Yasak Kanıtlar, Ankara 1995, s. 25 ('**ÖZTÜRK**, Delil Yasakları').

[18] Bkz. **CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide,** Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2003, s. 118.

[19] Bkz. **KESKİN, O. Kadri,** İşkence, Adalet Dergisi, Yıl: 76, Sayı: 3, Mayıs-Haziran 1985, s. 732.

[20] Bkz. **BALKIZ,** s. 106. Aliefendioğlu da, saik ve fail unsurlarını spesifikleştirmeksizin işkenceyi, 'kişinin isteği dışında vücut tamlığına, onuruna ya da ruhsal bütünlüğüne yapılan saldırılar' şeklinde tanımlamaktadır, bkz. **ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz,** Devletin Çirkin Yüzü: İşkence, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, Cilt 2 (İnsan Hakları), s. 357.

işkencenin sadece belirli kişiler (memurlar) tarafından işlenebilen bir faili mahsus (özgü) suç olmayıp genel bir suç tipi olabilmesidir.

Yine, işkence konusunda, uluslararası örgütler aracılığıyla çeşitli tanımlama girişimleri olmuştur. Uluslararası Af Örgütü, 1975 yılında şu tanımı yapmıştır: 'İşkence, sistematik ve bilinçli olarak bir kişi tarafından diğer bir kişiye veya üçüncü kişiye yapılan ve serbest iradesine uygun olmayan bir şeyi kabul ettirme amacı güden, aküt acının bilinçli olarak verilmesidir'[21].

Oldukça isabetli bir tanım, BM Genel Kurulu'nun 9 Aralık 1975 tarihli ve 3452 (XXX) sayılı kararıyla kabul ettiği 'Herkesin İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muameleye veya Cezaya Karşı Korunmasına dair Bildiri[22]'de yer almıştır. Birinci maddede yer alan tanıma göre, 'Bu Bildiri bakımından işkence, bir kamu görevlisi tarafından bizzat veya onun teşvikiyle bir kimseye, kendisinden bir itiraf almak veya üçüncü bir kişi hakkında bilgi elde etmek, işlediği veya işlediğinden kuşkulanılan bir suçtan ötürü kendisini cezalandırmak, kendisinin veya başkalarının gözünü korkutmak gibi amaçlarla, fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı veya ıstırap veren herhangi bir fiildir.' Aynı maddenin ikinci bendinde de işkencenin, zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezanın ağırlaştırılmış ve kasten işlenmiş bir biçimi olduğuna işaret edilmiştir[23].

Beşinci Cenevre Birleşmiş Milletler Kongresi'nde ise şu tanıma yer verilmiştir: 'İşkence, kendisi veya üçüncü kişi hakkında bilgi almak, cezalandırmak

[21] Zikreden **NUHOĞLU,** s. 532. Uluslararası Af Örgütü, 1985 Tokyo Bildirisiyle şu tanımı da yapmıştır: 'Kendi başına ya da kamu otoritesinin emriyle hareket eden bir ya da daha çok kişinin, diğer bir şahıstan bilgi koparmak, onu itirafa zorlamak için veya diğer herhangi bir amaçla, kasten, sistematik veyahut fevri biçimde, fiziksel veya zihinsel ıstırap vermesi'dir, zikreden: **WILLIAMS, Mark,** Survivors of Torture: Realities, Responsible Care, and Rehabilitation, Journal of Applied Psychoanalytic Studies, Vol. 3 No. 3, 2001, s. 260.

[22] Sözleşmenin İngilizce orijinal adı şöyledir: '*Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*'. İşkenceyi konu alan bir çok uluslararası sözleşme yapılmış ve bunlara bizim yazarlarımız tarafından sıkça atıf yapılmıştır. Fakat söz konusu metinlerin başlığını aktarırken, farklı yazarların aynı sözleşmenin Türkçesini farklı şekilde aktardıkları görülmektedir. Bu itibarla, karışıklığı önlemek için bizce en uygun olan Türkçe tercümeye yer verip, ayrıca İngilizce orijinal metne de yer vermeyi uygun buluyoruz.

[23] İngilizce ve Türkçe metin için bkz. **DOĞRU, Osman,** İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı, Beta

veya gözdağı vermek amacıyla uygulanan ve kişiye hem bedensel hem de ruhsal anlamda ciddi şekilde acı ve ıstırap veren, kasti bir şekilde, resmi bir kişinin emriyle veya bizzat kendisinin uyguladığı her türlü muameledir'[24].

Bütün bu tanımlar ışığında, bize göre teknik/dar anlamda işkence, 'Kamu otoritesini kullanan bir görevli veya onun nüfuzu veya hoşgörüsünün himayesi altında hareket eden bir şahıs tarafından, mağduru adlî kovuşturmayla ilgili olarak belirli bir şekilde davranmaya zorlamak ya da işlediği veyahut işlediğinden süphe edilen bir fiil sebebiyle cezalandırmak saikiyle işlenip kişide fiziksel ya da psikolojik olarak yoğun acı veya ıstırap doğurarak ya da diğer herhangi bir şekilde insan onuruna doğrudan ve ağır bir saldırı teşkil ederek onun manevî bütünlük ve özerkliğine zarar vermeye elverişli her türlü kasıtlı hareket'tir. Elbette bu şekildeki bir tanım, işkence nosyonunun ceza hukukundan çok, uluslararası insan hakları hukukundaki anlamını açıklamakta ve olguyu tarihi-sosyolojik perspektiften algılayan bir anlayışı temel almaktadır.

Tabii ki, konuya ilişkin birçok uluslararası belge ve bunlarda yer alan çeşitli tanımlamalar mevcuttur. Şimdilik, kavram hakkında yeterli kanaat verecek bu açıklamalarla yetinip her bir belgedeki işkence kavramına ileride yer vereceğiz.

§ 2. İŞKENCENİN AMACI

I. İŞKENCENİN SÖZDE FONKSİYONU

İşkence, geçmişten günümüze kadar, başlıca iki amaçla kullanılmıştır: a) ideolojik nedenlerle karşıt görüştekileri cezalandırmak, korkutmak, sindirmek; b) suçluların cezalandırılması ya da suç delillerinin elde edilmesi, suçla ilgili bilgilere ulaşılması, sanığın itiraf ve ikrarının sağlanması amacıyla bir usul işlemi (adlî işkence) olarak uygulamak[25].

Yayınları, İstanbul 1998, s. 116-117 ('**DOĞRU**, Mevzuat').

[24] Zikreden **NUHOĞLU,** s. 533.

[25] Bkz. **ROBERTSON,** s. 185; **BAŞER, Mert/YENİDÜNYA, A. Caner,** Türk Ceza ve Ceza Usul

Buradan anlaşılacağı gibi, işkence, sosyolojik ve tarihsel süreçte başlıca iki işlev görmüştür. İlkin, politik bir şiddet yöntemi olarak kullanılan geniş anlamda işkence mevcuttur; bir de, teknik/adlî anlamda işkence kavramı vardır ki, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku açısından bizi ilgilendiren bu ikinci, dar anlamdaki işkence kavramıdır.

Bu açıdan, teknik anlamda işkencenin var olmasının sebebi, bunu yapanların sadist insanlar olması değildir[26]. Gerçi her ne kadar bazıları öyle olsa da[27], işkencenin esas varlık sebebi başkadır.

Adlî işkencenin başlıca amacı, sanıktan ikrar[28] elde edebilmektir. Gerçekten, vicdanî delil sistemini kabul eden ve tahkik sistemini terk etmiş modern ceza yargılaması hukukunda bile, ikrar 'delillerin şahı'dır ve ispat gücü bakımından kendisine yargı organlarınca büyük önem atfedilen bir delil türüdür[29].

İşkencedeki manevî amaç, mağduru izole etme, psikolojik baskı altında bırakma, fiziksel acıya tabi tutma ve neticesinde küçük düşürüp öz saygısını tahrip etme gibi yöntemlerle ondan spesifik bir netice elde etmektir. Bu netice de, bir imza, bir ikrar, diğer kimselerin ihbarı…olabilir. Böylece, belirli bir suçun ortaya

---

Hukuku Kapsamında Yasak Sorgu Yöntemleri, Sanığın Yasak Sorgu Yöntemlerine Karşı Bir Korunma Yolu: 'İşkence ve Kötü Muamele Yapmak Suçu', İzmir Barosu Dergisi, Yıl 61, Sayı 4, Ekim 1996, s. 29; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 211; **ÇOR,** s. 448; **ALİEFENDİOĞLU,** Hukuk Kurultayı 2004, s. 357. Bunun dışında, eski çağlarda, dinî inanışların yerine getirilmesi sebebiyle, Tanrılara kurban edilecek insanlara uygulanan fiziksel yöntemler de, genel anlamda işkence sayılabilir (bkz. **BALKIZ,** s. 97).

[26] Bu açıdan bkz. **BALKIZ,** s. 100.

[27] Birey tarafından yapılan işkencenin nedenleri arasında sadizmin yeri için bkz. **SCOTT,** s. 30-35.

[28] İkrar, suçlanan kişinin kendisine yüklenen suç konusunda yaptığı ve suçun kendisi tarafından işlendiğini gösteren her türlü beyandır, bkz. **BIYIKLI, Hasan İsmet,** İkrar ve Ceza Muhakemesi Sorunları, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 48, Sayı: 11-12, 1974 ('**BIYIKLI**, İkrar…'). Diğer bir tanıma göre, ceza muhakemesi anlamında ikrar, 'genel olarak, bir mahkûmiyet için önemli olabilecek vakıaların sanık tarafından kabul edilmesidir', bkz. **ŞAHİN, Cumhur,** İkrar ve Savunma Hakkı, Ceza Hukuku Reformu, Yayınlayan: Umut Vakfı, İstanbul 2001, s. 131 ('**ŞAHİN**, İkrar'); bkz. ayrıca **CİHAN, Erol/ YENİSEY, Feridun,** Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1996,s. 238 vd.

[29] Bkz. **BIYIKLI,** İkrar…, s. 672, 681 vd; **ŞAHİN, Cumhur,** Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994, s. 20-21 ('**ŞAHİN,** Sanığın Sorgulanması'); **İÇEL, Kayıhan,** Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998, s. 121 ('**İÇEL**, Sorgulamada…'); **ŞAHİN,** İkrar, s. 132-133; **ŞAHİN, İlyas,** Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma, Ankara 2003, s. 291 vd ('**ŞAHİN**, Yakalama).

çıkarılmasının sağlanacağı düşünülmektedir. Nitekim, meşru bir araç olarak mütalaa edildiği dönemlerde işkence, kanuni delil elde etme ve sanık bakımından ikrar elde etme gayesiyle maddi ve manevi eziyet yoluyla yapılan cebrî bir sorgulama yöntemi olarak düşünülmekteydi[30].

İşkence yapan kişinin ceza muhakemesi çerçevesinde hareket etmekle birlikte bazı kişisel saiklerle de harekete geçmiş olması mümkündür. Zira işkence, intikam hırsının hazır, etkili, tatmin edici ve kaba bir aracıdır. İngiliz tarihçi Scott'un anlatışıyla, '*topluma karşı işlenmiş bir suç veya soyut ilkelerin çiğnenmesi karşısında ….. haksızlığa uğradığını, kendisine ya da ailesine (ve de topluma) saldırıda bulunulduğunu düşünen bireyde gelişen ceza verme duygusuyla bağlantılıdır*'[31]. Erem'in deyimiyle, '*işkenceli sorgu, hâkimden önce cezalandırmak isteği*'nin yansımasıdır[32]. Gerçekten, özellikle de devletin şahsiyetine ve güvenliğine karşı işlenmiş suçların soruşturulmasında ilgili yetkililerin faillere 'kendi adaletlerini' uyguladıkları bilinen bir vakıadır. Böylece, kendisini 'adaleti yerine getirme' misyonuyla görevli gören bazı memurlar, suçluluğuna inandıkları kişilerin beraat edebileceği ya da az ceza alabileceğini de düşünerek, işkenceyi kendileri bakımından kullanmaya yetkili oldukları bir hak olarak görebilmektedirler[33]. Hatta bir görüşe göre, özellikle terorist gibi toplumun dışladığı kimseler tarafından toplumsal düzenin tehdit edildiği durumlarda fail, mağdura karşı uyguladığı işkence aracılığıyla onun üzerinde fiziksel bir hâkimiyet kurarak bu kimselerin topluma zarar verebilecek durumda olduğu hissini gidermiş olmaktadır[34].

Öte yandan, geniş anlamdaki işkence ile, karşıt görüşteki kimselerin iradesi kırılarak yerleşik düzen korunmak istenmektedir[35]. Bu bakımdan, işkence yapanların

---

[30] Bkz. **SABATİNİ, Giuseppe** (çev. Tosun, Öztekin), Poligraf ve Vicdan Hürriyeti, İÜHFM, Cilt: XXVIII, Sayı 2, İstanbul 1962, s. 432.
[31] Bkz. **SCOTT,** s. 23. Ayrıca, işkence yapmaya sevk eden diğer şahsi sebepler için de bkz. age, s. 22-42.
[32] Bkz. **EREM, Faruk,** İşkence, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 2, Yıl 1988, s. 199 ('**EREM,** İşkence').
[33] Bkz. **ÇOR,** s. 450.
[34] Bkz. **PARRY, T. John,** What is Torture, Are We Doing It, And What If We Are?, University of Pıttsburgh Law Review, Vol. 64:237, 2003, s. 247.
[35] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ**, s. 2.

önemli bir kısmı da, söz konusu ideoloji çerçevesinde sosyal olarak eğitilmiş olan ve genelde otoriter bir politik sistemin maşası konumunda bulunan kimselerdir[36]. Bu son durumda, işkence aslında zora dayalı bir sosyo-politik düzenin ifadesi olmaktadır. Bu gerçeklik yüzündendir ki bugün bile bir çok yerde işkence uygulanmaya devam edilmektedir, çünkü işkence, otoriteye veya onun öğretisine karşı olan tüm düşünce ve eylemleri kısıtlamada ve baskı altında tutmada, kendini en geçerli, etkin yol olarak kabul ettirmiştir[37]. Bu şekilde toplum suskunlaştırılmakta ve otorite karşısında boyun eğmeye ve teslim olmaya razı bir toplum amaçlanmaktadır[38].

II. İŞKENCE LEHİNE ÖNE SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

İşkence lehine öne sürülen başlıca görüş, insan hayatının kurtarılması ya da masum birinin benzer düzeydeki hukuki değerlerinin (vücut bütünlüğü, kişi hürriyeti, namus…) korunması uğruna şüpheliye işkence yapılmasının gerekli olabildiğidir[39].

İşkenceyi faydalı görenlere göre, madem ki zor kullanarak itiraf elde edilebilmektedir, o zaman sanığa konuşuncaya kadar işkence uygulanabilmelidir[40]. O halde, işkence, kurumsallaşmış bir uygulamadır[41]. Belirli bir motivanta (sevk ettiren sebebe) ve yöneldiği spesifik (özel/belirli) bir amaca sahip bir uygulamadır. Maalesef bir çok zaman bunun hükûmet politikasının bir parçası olarak ya da en azından devletin yetkili mercilerinin doğrudan desteği ya da dolaylı (zımni) kabulü sonucu gerçekleştiği de bilinen bir gerçektir[42].

İşkenceyi savunanlar genelde kamusal yarar kavramına endeksli tezlere dayanırlar. Devlet otoriteleri, toplumun ve devletin varlığını tehlikeye düşürüp

---

[36] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ**, s. 6.
[37] Bkz. **SCOTT,** s. 25; ayrıca bkz. **NUHOĞLU,** s. 538; **BALKIZ,** s. 99.
[38] Bkz. **AKHAN, Okan,** İşkence ve İnsan Hakları, İnsan Haklarının Gelişimi, TÜBA Bilimsel Toplantılar Serileri: 9, Ankara 2001, s. 43.
[39] Bkz. **HİLGENDORF, Eric** (çev. Bahar Erbil), Hukuk devletinde İşkence, KhukA, Yıl: 8, Mart 2005, s. 15.
[40] Bkz. **EREM,** İşkence, s. 197; **ÇOR,** s. 450.
[41] Bkz. Torture in the Eighties, Amnesty International Report, London 1984, s. 4.
[42] Somut örnekler için bkz. Torture in the Eighties, Amnesty International Report, London 1984, s. 4-6. Bir görüşe göre, işkence, 'iktidarın ifadesidir' (**SCOTT,** s. 23).

masum insanların hayatını tehdit eden kimseleri yenmek zorundadır. Bu tezi desteklemek için de '*ticking-bomb case*' denilen (buna 'patlamak üzere olan bomba olayı' diyebiliriz) şu örnek verilir: '*Çok tehlikeli bir terörist yakaladınız ve biliyorsunuz ki on binlerce kişiyi öldürecek bir bombayı şehre yerleştirmiş durumda. Yerini öğrenmek için sadece sayılı saatleriniz var, yoksa o kadar masum insan ölecek. Ne yapardınız?*'[43]. Buna karşı verilen cevap, bu tür gerçekleşmesi çok zor olan, uç ve marjinal örneklerden yola çıkarak sonuca varmanın doğru olmayacağı; bir uygulamayı tartışırken, genel ve soyut ilkelerden yola çıkarak üretilen argümanların geçerli olacağıdır. Hukukî açıdan 'zorunluluk hali' çerçevesinde tartışılması gereken bu örneği, ileride ayrıntılı olarak inceleyeceğiz[44].

III. İŞKENCE ALEYHİNE ÖNE SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

Elbette işkence aleyhine tarih boyunca yüzlerce görüş öne sürülmüştür. Bu tepkinin nedeni işkencenin devletin uyguladığı baskının en iğrenç ve sarsıcı örneklerinden olmasıdır. Çünkü bu olgu, insanın kişilik ve onurunun özüne doğrudan ve maksatlı bir saldırıdır. Bu bakımdan, köleliğe benzer. Zira, '*kölelik, insanları efendisinin emrinde basit bir nesne haline getirip ex lege olarak aşağılamakta, işkence ise mağduru irade ve onurdan mahrum ve işkence edenlerin keyfi gücüne tabi bir de facto araç haline getirmeyi amaçlamaktadır*'[45].

İşkence, buna maruz kalanın yaşamında yol açtığı kalıcı ve yıkıcı sonuçlar itibariyle, emsali olmayan ağırlıkta ve tahrip gücüne sahip bir uygulamadır. İşkence yaşantısı sonrasında ortaya çıkan ruh sağlığı sorunları çoğu kez uzun yıllar sürmekte ve bir çok kez kronikleşme eğilimi göstermektedir[46]. İşkence görmüş insanlarda ortaya çıkan sağlık sorunları çoğu kez hem bedensel hem de ruhsal boyutlu

[43] Benzer bir örnek, işkenceyi savunanların retorikleri ve buna karşı verilebilecek cevaplar için bkz. **CENGİZ, O. Kemal,** İşkence Ahlaka Karşı, Antalya Barosu Dergisi, Yıl 12, Sayı 39, Ocak 2001, s. 38 vd ('**CENGİZ**, İşkence') .

[44] Bkz. ileride Üçüncü Bölüm, § 7, IV altında aktarılanlar.

[45] Bkz. **NOWAK, Manfred**, İşkence, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Ceza Yasağı, İnsan Haklarının İç Hukukta Uygulanması (Hukuksal Kolokyum), AÜSBF Yayınları: 575, Ankara 1992, s. 63.

[46] Bkz. **TEBER, Serol,** İşkence Sonrası Yaşam, Sorun Yayınları, İstanbul 1993, s. 59.

olmaktadır. Görülen ruhsal şikayetler, yaygın korku, uykusuzluk, yorgunluk, konsantrasyon bozukluğu, reaktif depresyon, kuşkuculuk, takıntılı düşünceler, heyecan krizi, regresyon (toplumsal geri çekilme), izolasyon (tecrit), intihar düşüncesi gibi[47] ağır rahatsızlıklara dayanmaktadır. Kronikleşme durumunda, korkulu, depresif, pasif, öfkeli, saldırgan, kuşkulu bir kişilik değişikliği yaşanabilmektedir[48]. Sergilenen psiko-somatik, fiziksel bağlantılı şikayetlerin en sık görülenleri ise, baş ağrısı/dönmesi, eklem ağrıları, sırt-bel kemiği ve kas ağrıları, kalp-damar dolaşım sistemi şikayetleri, solunum sistemi şikayetleri, iktidarsızlık… olmaktadır[49].

İşkence sonrası ortaya çıkan bu tür rahatsızlıkların tedavisi de, çok zor olmaktadır[50]. İşkence tecrübesinin üzerinden on yıllık bir zaman dilimi geçmiş olmasına karşın, iyileşir gibi gözüken hastaların yine de son derece önemli ruhsal-bedensel şikayetleri ve bunlara bağlı toplumsal sorunları sürmektedir[51].

Bu tecrübeye maruz kalmış kişileri, görüldüğü gibi, iyileştirip topluma tekrar kazandırmak bir çok kez maalesef mümkün olamamaktadır. İşkence yaşantısı, buna maruz kalan insanların tüm ruhsal dünyalarını etkileyip parçalamakta ve hatta kişiliklerini dağıtabilmektedir. İnsanın yaşam öyküsünün zamansal, mekansal, kültürel ve insanlar arası ilişkiler bütünlüğünde kopmalar, dağılmalar meydana getiriyor. Bu insanlar artık yaşamları boyunca, gördükleri işkenceyi, tüm yaşam öykülerinin odağı ya da bir dönüm noktası gibi görme durumundan kendilerini kurtaramıyorlar. Bu durumlarda, bu insanlar için yaşamları, işkence öncesi ve sonrası olmak üzere ikiye ayrılır. Çoğu kez bu iki devre hiç bir zaman birbiriyle birleşip tam bir bütünlük oluşturamaz, aksine bu iki yaşam öyküsü birbirlerini inkar eder. Artık

[47] Konuyla ilgili istatistikler için bkz. **TEBER,** s. 22-25; **AKHAN,** s. 49.
[48] Bkz. **TEBER,** s. 60. Bunların belirtileri için bkz. age s. 26-28.
[49] Bkz. **TEBER**, s. 20.
[50] Bkz. **TEBER**, s. 61. Bizim çalışmamızın kapsamı hukuk sınırları içinde olduğundan, tedavinin tıbbi gereklerine girmeyi düşünmüyoruz. Bununla birlikte, çok genel olarak, işkence veya benzeri fena muameleye uğramış kimselerin psikiyatrik tedavisinde uyulması gereken ana koşullar gizlilik, disiplinler-arası işbirliği, koordine edilmiş sosyal yardım programlarının varlığı, yabancılarla çalışılması halinde kültürel farklılığı anlamaya yönelik ön çalışmanın yapılmış olması ve yeterli bir tercümanın varlığıdır. Geniş bilgi için bkz. **WILLIAMS M.,** s. 259 vd.
[51] Bkz. **TEBER**, s. 19.

mağdurlar bütün yaşamlarını uğradıkları işkence döneminin prizmasından görüp değerlendirirler[52].

Bir insanı fizyolojik ve psikiyatrik olarak bu kadar sistematik ve istikrarlı olarak yıpratan, onun karakter ve iradesini bu kadar örseleyen başka bir uygulama herhalde yoktur. İşte, işkence, bu kadar vahim sonuçlar doğuran, en acımasız ve vicdansız bir uygulamadır.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, 'patlamaya hazır bomba olayı' türünden örneklerle işkence olgusu meşrulaştırmaya çalışılmaktadır. Bize göre, bu tür ekstrem (aşırı-uç) örneklerden yola çıkarak yapılacak tümevarımlar hatalı ya da en azından yanlı sonuçlar ortaya koymaya mahkumdur. Kaldı ki, bu örnek aleyhine de verilecek cevaplar olabilir. Söz konusu örneğe karşı gayet pragmatik bir karşı örnek üreten bir yazar[53] şöyle demektedir: '*Aynı koşullar altında, o kişinin konuşması için kendi karınızı onunla yatmak üzere göndermeniz gerekseydi ne yapardınız?*' Yazara göre, muhtemelen, bu ihtimal kabul edilmezdi ve bunu yapmadığı için hiç kimse de o kişiyi kınayamazdı! Çünkü feda edilmesi gereken değer de üstündür ve onun hiçe sayılması ahlaka ve vicdana aykırı olur. İşte, aynı mantık işkence için de geçerlidir.

Genel-soyut ve hukuki ilkelere dayalı fikirler üretmek gerekirse, bir kere işkence yasağı ile korunan hukukî menfaat insan haysiyetinin dokunulmazlığı olup, bir hukuk devletinde en üst değer sayılması gereken bu hakkın başka toplumsal değerlerle kıyaslanmasına girişilerek feda edilmesi düşünülemez[54].

Ayrıca, işkenceyi savunanların suçluluğu alt etmek için buna başvurmanın bazen gerekli olduğuna dair düşüncelerinin yanlış olduğunu şöyle ifade edebiliriz. Toplum ve onun adına devlet, suçlulukla mücadele için yetkili mercilere bazı görevler ve yetkiler vermiştir. Bu hususta ilk müdahale yetkisi de kolluktadır. Zira, suçluyla ilk teması kuran ve olaya en yakın tarihte ondan ilk bilgileri alan kolluktur.

[52] Bkz. **TEBER**, s. 39-40.
[53] Bkz. **CENGİZ,** İşkence, s. 38 vd.
[54] Bkz. ileride Üçüncü Bölüm, § 7, IV altında aktarılanlar.

Onlardan beklenen de, yetkileri çerçevesinde mümkün olan en fazla bilgi ve belgeyi toplayarak toplumun onlardan beklediği bu görevi ifa etmeleridir.

Fakat, onlara yüklenen suçlulukla mücadele etme görevi ne pahasına olursa olsun ifa edilecek bir görev değildir. Aksine, hukuk devleti sınırları içinde, Anayasaya, kanunlara ve ahlak kurallarına uygun biçimde, insan hakları ihlallerine yol açmadan, kendilerine tanınan yetkilere tecavüz etmeden ifa edilecek bir görevdir. Bu sınırlar dahilinde suçluya karşı koymak mümkün olmuyorsa, devletin ve onun koyduğu kuralların emrettiği daha ileri gitmemek, durmaktır. Kolluğun, ve suçlulukla mücadele eden diğer tüm kurumların, görevi ve yetkisi bu sınırda bitmektedir. devlet, onların daha öteye gitmelerini beklemediği gibi, buna cevaz da vermemektedir. Zaten sorgulayanın, sanıktan mutlaka ve zorla gerçeğe uygun ifade almak gibi bir görevi de yoktur[55]. Artık, bu sınırlar dahilinde bir şey yapmak mümkün olmuyorsa bunun gereğini düşünmek, icabında yeni kanunlar çıkarıp başka yetkiler tanımak, daha etkili politikalar oluşturmak hükûmet ve devletin görevidir. Kendisine bu çerçeve ve sınırlar dahilinde yüklenen görevi yerine getirememesi, kolluğun kendisi çözmesi gereken, şahsi meselesi değildir. Kendisine tanınan yetki hududunu aşan kolluk ve diğer birimler; artık bunu devlet ya da toplum için değil, kendileri için yapmaktadırlar. Bu hareketleriyle de, devletin öngördüğü hukuk kurallarına ve dolayısıyla devlete ve onun koruduğu topluma karşı gelmektedirler. Artık hareketlerinin devlet hizmeti uğruna yapıldığını söyleme hakkını yitirmektedirler; çünkü devlet önceden koyduğu kurallarla onlara böyle yapmamaları gerektiğini açıkça söylemektedir.

Kaldı ki suçlulukla mücadelede görevli birimlere, bir kez hukukun tanıdığı sınırları ihlâl etme imkanı tanınırsa, artık hareketlerinin denetimini sağlamak, ne zaman doğruyu ne zaman yanlışı yaptıklarını tespit etmek mümkün olmayacaktır. Çünkü, artık hukuka aykırılık barajı bir kez aşıldıktan sonra onları durduracak, eylemlerinin ne zaman kendi çıkarları için, ne zaman devlet hizmeti için yapıldığını objektif olarak saptamaya yarayacak bir kıstas kalmayacaktır. İşkenceye, ‘yüksek

[55] Bkz. **ŞAHİN,** Sanığın Sorgulanması, s. 187; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 346; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s.

devlet menfaatleri' uğruna göz yumulursa, bir ileri aşamada yargı dışı infazlara, gözaltında ölümlere de gitgide cevaz verilmiş olunacaktır. Çünkü artık bir kere hukuk düzeninin dışına çıkılmıştır ve bu noktada yapılacak keyfi hareketlerin sınırını tespit edecek bir imkan, araç kalmamıştır. Bu sebeplerle 'devlet ya da toplum için işkence' yapmak durumunda kalınabileceğini savunan fikirler temelden sakattır.

Tabii ki işkenceye karşı öne sürülebilecek bir çok değişik argüman daha vardır. Bir kere, işkenceye maruz bırakılan insanların her zaman suçlu olduğu ve önemli bilgilere sahip olduğu doğru değildir. Bu halde, toplumun baskın çıkarı bahanesiyle acıya maruz bırakılan bir çok kimse boş yere mağdur olmaktadır[56]. Ayrıca, işkence sonucu elde edilen ifadelere rağmen, kişinin suçsuz olduğu ortaya çıkarsa, ona yapılanlar nasıl izah edilebilecektir?[57]

Bazen de, çektikleri acılara dayanamayan masum kimselerin[58], bundan kurtulmak için verdikleri sahte bilgilere güvenen görevliler yanlış yönlenip, ceza adaletinin asıl amacı olan maddi gerçeği saptama fonksiyonundan uzaklaşmaktadırlar[59]. Gerçekten, işkence gören kimsenin konuşacağı ya da doğruyu konuşacağı kesin değildir[60].

128.

[56] Bkz. **CİHAN,** Suç…, s. 82; Torture in the Eighties, Amnesty International Report, London 1984, s. 7-8; **OROSLU,** Ceza Muhakemesi, s. 129. İşkencenin bu açıdan yararsız oluşunun açıklaması için bkz. **SCOTT,** s. 44 vd. Yazarın şu güzel sözlerini aynen aktarıyoruz: '*Kötülük, itiraf ettirmek için işkencenin kullanımıyla bağlantılıdır ve her zaman için bireyin suçlu olduğunu önceden kabul etmeye dayanır. Bu amaçla yapılan işkencenin bütün mantığı, eziyetin kişi itiraf edene veya işkence altında ölene dek devam edecek oluşunda yatar … Eziyet gören bireyin işkence sonucunda masum olduğunu kanıtlaması olanaksızdır. Bu nedenle, hangi açıdan bakılırsa bakılsın, bütün uygulanabilirliğiyle, itiraf ettirme amacıyla yapılan işkence yararsız bir süreçtir. Tek amacı eziyeti haklı çıkarmak ve sanığı cezalandırmaktır. Adaleti sağlamak gibi herhangi bir umudu yoktur. Bu nedenle, adalet açısından süreç adil değildir; gerçeği bulma açısından ise yararsızdır.*'

[57] Bkz. **EREM,** İşkence, s. 198.

[58] Erem'in de belirttiği gibi, 'işkencenin istenen şekilde konuşturamayacağı insan yoktur' (bkz. **EREM,** İşkence, s. 198). Özgen'e göre, insanlık tarihi, işkence uygulamasının, gerçek suçlunun ortaya çıkarılmasına hizmet etmediğini kanıtlamıştır. İşkence sonucu verilen bir çok kararda adlî hatanın gerçekleştiği, sonradan ortaya çıkmıştır. Böylece, işkencenin amacının hakikî suçluyu bulmak değil, olsa olsa 'bir suç işlenince tesadüfen ele geçen, dış bazı belirtilere göre kuşkulanılan bir kimsenin sırtına bu suçu yıkıp cezalandırmak' olduğu anlaşılmıştır (bkz. **ÖZGEN, Eralp,** İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 2, Yıl 1988, s. 209).

[59] Bkz. **NUHOĞLU,** s. 582; **ERYILMAZ, M. Bedri,** Arrest and Detention Powers in English and Turkish Law and Practice in the Light of the European Convention on Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague- Netherlands, 1999, s. 127 ('**ERYILMAZ**, Arrest…'); **ÖZGENÇ,**

Kaldı ki elde ettikleri bilgiler doğru da olsa, bir kez işkencenin yararına ikna olan görevliler gittikçe yasal sorgu metodlarından uzaklaşmakta, daha yoğun olarak işkenceye dayanmakta ve bu vesileyle elde ettikleri bilgilerin bilimsel yoldan doğruluğunu kestirme imkanından mahrum olmaktadırlar[61].

Öte yandan, artık 'insan hakları çağı' olarak adlandırılan Yirmibirinci Yüzyıl ceza muhakemesi hukukunda, masumların işkence sonucu cezalandırılmasından ise suçluların cezasız kalmasını yeğlemek gerekecektir[62]. Yine, 'masumiyet karinesi' bakımından da işkence uygulaması kabul edilemez; çünkü suçluluğu belli olmayan bir kimseye yapılan bu tür muamele, o kişiyi baştan suçlu kabul edip peşinen cezalandırmaya yönelik amaç taşıyacaktır[63].

Doktrinde ifade edilen ve eklenebilecek başka argümanlar da vardır. Fakat, ana tezleri bu şekilde özetlemekle yetiniyoruz.

İzzet/ ŞAHİN, Cumhur, İşkence Suçu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: IV, Sayı 1-2; Haziran-Aralık 2000, Ankara 2003, s. 186 ('**ÖZGENÇ/ŞAHİN,** Ceza Hukuku'); **TOROSLU, Nevzat,** Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2003, s. 8, 129 ('**TOROSLU**, Ceza Muhakemesi'). Kaldı ki bu şekilde elde edilen ikrara dayalı bir mahkumiyet, maddî gerçeğe uygun olsa bile adliyenin prestij ve itibarını zedeleyecektir, bkz. **GÖLCÜKLÜ, Feyyaz,** Sanığın Sorgusu ve Sevk Tarzı, AÜSBFD, Cilt: X, Sayı: 2, Haziran 1955, s. 109 ('**GÖLCÜKLÜ,** Sanığın').

[60] Nitekim, adli tecrübelerin, ikrarların en az %80'inin gerçek dışı olduğunu gösterdiği belirtilmiştir, bkz. **ŞAHİN,** İkrar, s. 134. Bu bakımdan, eski Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi üyesi Kadri Keskin'in '*işkence görse idi mutlaka ama doğru ama yalan bir şeyler söyletilirdi ve ifadesine yazılırdı*' şeklindeki düşüncesine katılmak mümkün olamaz (bkz. **KESKİN K.,** s. 735). Keza, Erzincan 2 No.lu Sıkıyönetim Mahkemesi'nin 4.9.1984 tarih ve E.1984/107, K. 1984/375 sayılı kararına göre '*Bir an için işkence yapıldığı kabul edilse bile, işkence sanıktan (doğru cevap almak) için yapılmaktadır. Eğer doğru olmayan, uydurma cevaplar verilirse, işkencenin gayesi (doğru cevap almak) olduğuna göre, bu önermenin mantıki sonucu, işkenceye maruz kalanın doğru cevap vermesidir. Aksi takdirde işkenceye arttırılarak devam edilecektir. Öyleyse, ifadelerin işkence altında alındığı sabit bile görülse, ifadenin gerçek dışı olduğunu, itibar edilemeyecğini ortaya koymaz. Şu halde işkence ayrı, işkence sonucu verilen ifadelerin doğruluğu ayrı şeylerdir*' (aktaran **KOCA, Mahmut,** Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı, AÜEHFD, Cilt: IV, Sayı: 1-2, Erzincan 2000, s. 129 ('**KOCA**, Hukuka Aykırı Deliller'). Bu görüşler işkencenin bedenden ve kaslar arasından beyanı söküp alma mantığına dayanan ortaçağ anlayaşından farkı yoktur. Kaldı ki, bu 'mantık' içerisinde düşünülse bile işkenceci, mağdurun ne zaman doğru ne zaman yalan söylediğini biliyorsa, demek zaten maddî gerçeğe vakıftır ve o nedenle işkence yapmasına gerek kalmaz!

[61] Bkz. Torture in the Eighties, Amnesty International Report, London 1984, s. 8. Çünkü artık, doğru ve güvenilir bir ifade almanın şartlarını teşkil eden, ifadeye hakim olması gereken psikoloji, ifade almanın şart ve kaynakları, ifade alma teknik ve taktikleri, ifadenin değerlendirilme kriterleri gibi hususlara itibar edilmemektedir.

[62] Bkz. **DEMİRBAŞ,** Hukuk Kurultayı 2004, s. 348.

[63] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 13.

§ 3. İŞKENCENİN TARİHÇESİ

I. GENEL OLARAK

İşkence uygulaması tarihî olarak üç ana dönem geçirmiştir: bunun serbestçe uygulandığı dönem, yasaklandığı dönem ve son olarak cezalandırıldığı dönem.

Teknik anlamda işkenceden bahsedebilmek için bir devlet düzeninin varlığı şarttır[64]. Öyle ki, işkence, yüzyıllar boyu iktidar ilişkilerinin bir parçası olma özelliğini taşımıştır[65]. Toplumun hiyerarşik anlamda örgütlenmesi eski Çin, Japonya ve Mısır'da söz konusu olduğundan işkence de vardı[66]. Hatta İngiliz tarihçi Scott'a göre, dünyadaki tüm ülkeler arasında Çin, işkencenin en acayip şekilde ve en zalim, iğrenç yöntemlerle uygulandığı yer olmuştur[67]. Japonya'da, işkencenin boyutu bu denli olmamakla birlikte, mahkemeler, suçlanan ya da kuşkulanılan sanıklara ve kanıt vermek ya da gerçeği söylemekte direnen tanıklara işkence yapılmasını meşru saymaktaydı[68].

Ancak bundan önce de, Plato ve Aristoteles gibi düşünürler dahi işkenceyi meşru ve faydalı bir yöntem olarak savunuyorlardı[69]. Dünyanın çeşitli yerlerinde de, geniş anlamdaki işkence uygulamalarına rastanıyordu. Örneğin Eski Hint'te uygulanmış olan kazığa vurulma, dudak kesme, yakılma, dil kesme, boğaza kızgın demir sokma gibi cezalara bakılırsa, işkencenin bir sorgu yöntemi olarak uygulanmış

---

[64] Buna karşılık, günlük anlamda işkencenin varlığı, neredeyse insanlığın tarihi kadar eskidir. İşkenceyi, dinsel ritüel ya da cezalandırma yöntemi olarak kullanmayan vahşi veya ilkel bir toplum yok gibidir (bkz. **KAİSER, Günther,** Detention in Europe and the European Committee for the Prevention of Torture, European Journal of Crime, Criminal Law and Justice, 1995/1, s. 2; **NUHOĞLU,** s. 528; **SCOTT,** s. 51).

[65] Bkz. **TANÖR, Bülent**, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, BDS Yayınları, İstanbul 1990, s. 40 ('**TANÖR,** Türkiye'nin'); **DARENDELİ, Abdulvahap**, İnsan Hakları Açısından İşkence Yasağı ve İşkencenin Önlenmesi, Adalet Dergisi, Yıl 90, Sayı 1, Ekim 1999, s. 55.

[66] Bkz. **DEMİRBAŞ**, İşkence, s. 9.

[67] Geniş bilgi için bkz. **SCOTT,** s. 117 vd.

[68] Bkz. **SCOTT,** s. 122.

[69] Bkz. **GIBSON, S. John**, Dictionary of International Human Rights Law, The Scarecrow Press, Inc., Lanham, Md., & London 1996, s. 129. Özellikle köleler açısından işkencenin zaruri olduğu, bu ve diğer filozofların vazgeçilmez ortak yargısıydı (**SCOTT,** s. 64).

olması büyük ihtimaldir[70]. Bir cezalandırma yöntemi olaraksa işkence, Hintlilerde dünyanın hiç bir yerinde olmadığı kadar yaygındı[71]. Asurlarda da, su tecrübesi adı verilen 'yargılama usulü', günümüz anlayışına göre bir işkence yöntemi sayılacak yaygın bir uygulamaydı[72]. Bütün bu uygulamalardaki anlayış, genellikle, suçsuz olan kimselerin Tanrı'nın yardımıyla bu 'sınavlardan' başarıyla çıkacağıydı. Böylece, hayatta kalan kimse, suçsuzluğunu kanıtlamış olacaktı[73]. Buna karşılık bu 'sınavları başarıyla veremeyenler'in de suçluluğu ortaya çıkmış olacağından, çektikleri acılar da cezalarını oluşturacaktı.

İsrail'de ise kan davası işkencenin yerini tuttuğundan buna ihtiyaç görülmemişti[74]. Hammurabi Kanunlarında da kölelere karşı kötü muamele yasaklanmıştı[75].

II. BATI'DA

Batı'da ise Eski Yunan ve Roma'da köleler hukukî kişiliğe sahip bulunmadığından onlara işkence yapılması mümkündü.

Eski Atina'da, ikrar elde etmek amacıyla kölelere ve yabancılara işkence uygulanmaktaydı[76]. 'Basanos' adı verilen bu işkencenin niteliği 'tahkikat işkencesi' olmaktaydı. Bir de, bir şeyin gerçek veya kişinin dürüst olup olmadığını test etmek için yapılan, geniş anlamda işkence mevcuttu[77].

---

[70] Bkz. **BAŞER/YENİDÜNYA**, s. 29. Ayrıca bkz. **SCOTT,** s. 126 vd.
[71] Bkz. **SCOTT,** s. 126.
[72] Detay için bkz. **BAŞER/YENİDÜNYA**, s. 30.
[73] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 21.
[74] Bkz. **NUHOĞLU,** s. 539. Bununla birlikte, İsrail Tanrısı Yehova, Eski Ahit'te yer alan bir çok ifadeden de çıkarılabileceği gibi, şiddet, zulüm ve korku uygulamalarına cevaz veren, bu itibarla da işkencenin uygulanmasını normal karşılayan bir ilahtı (bkz. **SCOTT,** s. 69).
[75] Bkz. **NUHOĞLU,** s. 538-539.
[76] Bkz. **KAİSER,** s. 2; **NUHOĞLU,** s. 538.
[77] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 22.

Roma'da kölenin ifadesi ancak işkence ile pekiştirilmesi halinde geçerliydi[78]. Zira, özgür vatandaşların aksine, düşünce yeteneğine sahip olmayan bu köleler ancak bir nesne olan vücutları aracılığıyla gerçekleri ifade edebilirlerdi[79]. Hür insanlara ve Roma vatandaşlarına ise işkence yapmak yasaktı[80]. Fakat bu kural zamanla yumuşatıldı ve dönemin en ileri medeniyeti olan Roma'da dahi, devlete karşı işlenen suçlarda işkence yöntemine başvuruldu[81]. İşkencenin kurumsallaştırılması ise İmparator Marcus de Verus yönetimi esnasında gerçekleşti. Hür kişiler, alçak ve yüksek statülü olmak üzere ikiye ayrıldı ve ilk grup işkence bakımından kölelerinkine benzer statüye sokuldu. Bazı suçlarda ise (devlete karşı işlenenler, büyücülük, kalpazanlık) statü farkı gözetilmeksizin herkes işkenceye tabi tutuluyordu[82].

Cermenlerde ise başta yasak olan işkence, Roma ile ilişkiler arttıkça, köleler hakkında serbest olmuştur. Westgot ve Langobardlarda ise işkence geniş ölçüde serbestti[83].

Müşterek Hukuka gelince, Kilise başlangıçta işkenceye karşıydı[84]. Fakat 1252'de Papa IV. Innocentius'un çıkardığı 'Ad Extirpanda' Kararnamesi ile, Roma Hukukunda geçerli olan olağanüstü yargılama usulünün dini mahkemeler tarafından da uygulanmasına karar verildi ve Kilisenin yargı yetkisine giren suçlarda, itirafa

---

[78] Bkz. **HOLZHAUER, Heinz**, Rechtsgeschichte der Folter, in: Folter, Stellungahmen, Analysen, Vorschlaege zur Abschaffung, Baden-Baden 1976, s. 107 vd (zikreden: **DEMİRBAŞ**, İşkence, s. 9). Buna karşılık, işkence sırasında köleye zarar verilecek olması durumunda, onun maliki olan efendisine tazminat ödenirdi (bkz. **NUHOĞLU,** s. 539).

[79] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 23.

[80] Fakat İngiliz tarihçi Scott, bir çok yazar tarafından savunulan bu tezin yanlış olduğunu söylemektedir. Ona göre, bir itiraf ettirme aracı olarak işkence kölelerle sınırlıydı. Buna mukabil, bir cezalandırma unsuru olarak işkence, halkın her kesimine Roma'da da, Yunanlarda da uygulanmaktaydı (bkz. **SCOTT,** s. 62 vd). Tabii ki, yazarın işkence kavramını, teknik bir hukuk terimi olarak ele almayıp günlük anlamıyla değerlendirmiş olması itibariyle, bu tespit doğrudur.

[81] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 10; **ROBERTSON,** s. 204. Özgür insanlara işkence yapma yasağının ilk istisnası hıyanet suçlarında olmuş ve Arcadias Charisius, bu uygulamayı onaylamıştır (bkz. **SCOTT,** s. 63).

[82] Zikreden: **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 10; **ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, A. Caner,** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2003, s. 469.

[83] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 11.

[84] Bilgi için bkz. **BAŞER/YENİDÜNYA**, s. 32; **ALİEFENDİOĞLU,** Hukuk Kurultayı 2004, s. 357. Aslında, Hıristiyanlığın, İsa'nın hümanizmi ve İncil'in yumuşak başlılığı sayesinde her türlü zulüm ve bu arada işkenceden uzak olduğu sanılır. İngiliz tarihçi Scott'a göre, bu yanıltıcıdır. İlk Hıristiyanlardan beri, Yahudilerde de görülen amansız ceza anlayışı ve öç alma kavramı süregelmiştir. Örnekler için bkz. **SCOTT,** s. 70.

zorlamak amacıyla yapılan işkence serbest (yasal) hale getirildi[85]. Bu noktadan sonra, işkence uygulaması arttı ve hatta yeni teknikler keşfedilmeye başlandı.

Daha sonra Müşterek Hukukta ortaya çıkan tahkik sisteminde ise, sanık soruşturma objesi olarak sorguya çekenlerin hemen hemen sınırsız üstünlüğüne terk edilmişti; çünkü, bu usulde maddi gerçeğin araştırılması, sınırsız olarak tek esastı[86]. Bu sistemde hakim, sanığa isnat edilen her şeyi araştırmakla görevliydi. Sanıktan her şeyiyle devlet otoritesine boyun eğmesi beklenirdi. devlet karşısında, sanığın mutlaka doğruyu söyleme yükümlülüğü kabul edilmiş, bu sonuca ulaşmayı garanti edecek tüm araçların kullanılmasına izin verilmişti. Sanık, işkence yoluyla ikrara da zorlanırdı, zira bunun gerçeğin araştırılmasına hizmet ettiğine inanılıyordu[87]. Mevcut anlayışa göre, ikrar 'delillerin kraliçesiydi'[88], buna ulaşmak için her yol mübahtı. Zaten, tek hedefi maddî gerçeğin araştırılması ve suçlunun cezalandırılması olan; fakat delil toplamaya yetecek teknik imkânların henüz mevcut olmadığı bir sistemde ikrar elde etmek başvurulabilecek en kolay ve etkin yöntem olarak görülüyordu[89].

Neticede Ortaçağda, işkence uygulaması resmî ve sistematik bir nitelik kazanmıştır[90]. Bütün bunlara bağlı olarak Almanya'da ilk olarak, 1221-1230 tarihleri arasında yürürlükte olan Wiener Neustadt Hukukunda işkence resmî olarak düzenlenmiştir ve 1270 itibariyle tüm memlekette işkence serbest kılınmıştır[91]. On üçüncü yüzyılın sonuna doğru, sorgulama aracı olarak işkence İtalya'da çok yaygınlaştı. Giderek diğer ülkelere yayıldı ve 17. yüzyıla gelindiğinde işkenceyi,

[85] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 26.
[86] Bkz. **DEMİRBAŞ, Timur**, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, DEÜHF Yayınları No. 71, İzmir 1996, s. 40 ('**DEMİRBAŞ,** İfade'); **ER,** s. 172. Tahkik sisteminin özellikleri için bkz. **TOROSLU,** Ceza Muhakemesi, s. 41 vd; **YURTCAN,** Ceza Yargılaması, s. 42; **MERCONE, M**., Diritto Processuale Penale, XIII. Edizione, Edizione Giuridiche Simone, Napoli, 2005, s. 33-35.
[87] Bkz. **ÖZGEN,** s. 208; **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 40; **NUHOĞLU,** s. 540; **TOROSLU,** Ceza Muhakemesi, s. 6.
[88] Bkz. **GÖLCÜKLÜ,** Sanığın, s. 109; **ARTUK, Emin**, Ceza Hukukunda Soruşturmacının Yasadışı Davranışlarının Yaptırımı, Argumentum, Sayı 2, Eylül 1990, s. 1; **ER,** s. 172; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 469.
[89] Bkz. **ÖZGEN,** s. 208; **ER,** s. 172; **THURSTON, Robert W.,** The Rise and Fall of Judicial Torture: Why It Was Used in Early Modern Europe and the Soviet Union, Human Rights Review, July-September 2000, s. 30.
[90] Bkz. **ER,** s. 172.
[91] Bkz. **NUHOĞLU,** s. 540.

yargılama sürecinin bir parçası olarak benimsemeyen Kıta Avrupası ülkesi kalmadı[92]. Özellikle Engizisyon döneminin[93] başlamasıyla, işkence ceza muhakemesinin en etkin aracı haline geldi[94]. Zaten bu sistemde, 'ruhun kurtuluşu' esas sayılarak işkence sonucu elde edilen ikrar sonucunda ruhun doğru yolu bulduğuna inanılıyor, bu nedenle çekilen bedensel eza ve cefa önemsiz kabûl ediliyordu[95].

Bu dönemde, özellikle İspanya'da dinsizlere karşı uygulanan işkence yöntemleri Avrupa çapında ün yaptı[96]. Özellikle, cadı ve büyücü olduklarından şüphelenilen kimselere yapılan işkencelerin barbarlığı ve korkunçluğu ise, 'Hıristiyanlığın alnındaki en büyük lekelerden biri'ni oluşturdu[97].

On altıncı yüzyılda çıkan ceza ve usul kanunlarında işkenceye olağan bir uygulama olarak geniş yer veriliyordu. 1507 tarihli Constitutio Criminalis Bambergensis ve 1532 tarihli Constitutio Criminalis Carolina'da işkenceye, belirli şartlar altında da olsa (kuvvetlı suç şüphesinin varlığına ilaveten emarelerin iki güvenilir tanıkla veya failin suçu işlediğinin tek bir güvenilir tanıkla ispatı), kurumsal olarak yer verilmiştir[98].

Fransa da 'moda'ya 1670'te uyup bu lanetli uygulamayı kurumsallaştırmıştır. Nitekim, XIV. Louis tarafından ilan edilen 'Büyük Emirname', yasal bir tahkik vasıtası saydığı iki çeşit işkenceyi öngörmekteydi: hazırlık işkencesi ve ön işkence[99].

---

[92] Bkz. **SCOTT,** s. 78-79.

[93] Engisizyon, Roma Katolik Kilisesi tarafından dinsel sapkınlıkları (yani Tanrı'ya ve dine karşı saygısızlığı) bastırmak ve ortadan kaldırmak için kurulmuş adalet mahkemelerinin bütününe verilen addır (bkz. **SCOTT,** s. 81). Diğer bir tanıma göre, Katoliklerde din inançlarına karşı gelenleri araştırıp cezalandırmak üzere kurulan kilise mahkemeleridir (bkz. Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayını, Ankara 1982, s. 270). Aslında 382 yılına kadar dayanan bir geçmişi olan Kutsal Engizisyon uygulamasının yeniden hortlaması, III. Innocentius'un Dominique'i Genel Engisizyoncu ataması ve 1233'te Fransa'nın Toulouse kentinde ilk Engizisyon Mahkemesinin kurulmasıyla yaşanmıştır (bkz. **SCOTT,** s. 82).

[94] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 12.

[95] Bkz. **ER,** s. 172.

[96] Bkz. **GİBSON**, s. 129. Engizisyon Mahkemelerinin korkunç uygulamaları için bkz. **SCOTT,** s. 81-101.

[97] Bkz. **SCOTT,** s. 111.

[98] Bkz. **ARTUK**, s. 2; **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 41; **THURSTON,** s. 33; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 471-472.

[99] Bkz. **ARTUK**, s. 1; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 470-471.

Tüm Avrupa'da durum böyle iken bir tek İngiltere'de işkenceye sürekli karşı çıkıldı. Gerçekten de önce 1215 tarihli Lateran Kilisesi Dördüncü Kurul kararı, hemen ardından 15.6.1215 tarihli Magna Carta Libertatum (Büyük Özgürlük Fermanı)[100], ardından 1679 tarihli Habeas Corpus Actus, sonra da 1689'da ilan edilen Bill of Rights (Haklar Bildirisi) ile bu ülkede kişi dokunulmazlığı ve güvenliğine ilişkin önemli gelişmeler kaydedilmiştir[101].

Yeni Zamanlar dönemine gelindiğinde ise, diğer ülkelerde de işkenceye karşı bir tepki doğmuş ve Aydınlanma Çağı düşünürlerinin katkısıyla zamanla doğal hukuk devreye girmiş ve insanlığın utancı olan bu uygulama terk edilmeye yüz tutmuştur.

Bu dönemde Montaigne[102], La Bruyere, Beccaria[103], Montesquieu, Voltaire, Cizvit papazı Friedrich von Spee, Christian Thomasius gibi yazarlar işkenceye hep şiddetle karşı çıkmışlardır[104]. Bunlara göre, işkence hem insani hem de işlevsel açıdan yanlıştır. Çünkü, ne işkence mutlaka gerçeği ortaya çıkartır ne de insan oğluna böyle acımasızca acı vermek ahlaken kabul edilebilir bir husustur[105].

---

[100] Bkz. **GİBSON**, s. 129. Magna Cara Libertatum'un 39. maddesinde kişilerin herhangi bir biçimde kötü muameleye maruz bırakılamayacağına açıkça yer verilmişti, bkz. **ÖZGEN,** s. 209; **GEMALMAZ, M. Semih**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda İşkencenin Önlenmesi, Amaç Yayıncılık, İstanbul 1990, s. 36 ('**GEMALMAZ**, İşkencenin Önlenmesi').

[101] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 13. Bill of Rights ile, zalimane ve mutad dışı cezalar yasaklanmıştır, bkz. **ÖZGEN,** s. 210; **GEMALMAZ,** İşkencenin Önlenmesi, s. 36; **NUHOĞLU,** s. 542. Fakat, İngiliz tarihçi Scott'a göre, İngiltere'de işkence uygulamasının hiç olmadığı iddiası doğru değildir. Bu izlenim işkencenin hiç bir zaman yasal olarak tanınmamış olmasına bağlıdır. Buna karşılık işkence, bir çok davada hem itiraf ettirme hem de tanıklığa zorlama yöntemi olarak hep uygulanagelmiştir (bkz. **SCOTT,** s. 102 vd). Hatta, hıyanet davalarında monarşın izniyle resmî bir yöntem olarak dahi işkenceye bazen başvurulduğu bildirilmektedir, bkz. **ROBERTSON,** s. 204.

[102] Yazara ait '*acı, masuma da yalan söyletir*' sözü çok meşhurdur.

[103] İtalyan aydını *Cesare Bonesana Beccaria*'ya ayrı bir paragraf ayırmak, işkenceye karşı mücadele verenlerin çabasına ve tarihine duyduğumuz saygının bir gereğidir. Beccaria'nın 1764 tarihinde Milano'da yayımlanan eseri '*Dei delitti e delle pene*', işkenceyle mücadele konusunda büyük yankı uyandırmış, yeni bir çığır açmıştır. 1786'da İtalya'da işkencenin kaldırılmasındaki en büyük pay sahibi Beccaria'dır demek, sanırız yanlış olmaz (bkz. aynı yönde **SCOTT,** s. 148).

[104] Detaylı bilgi için bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 13-14; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** s. 473; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 32 vd. Bunlardan önce de *Seneca, Cicero, Aziz Augustinus*, ünlü Romalı hukukçular *Ulpianus* ve *Tertullianus*, bir sorgulama yöntemi olarak işkenceye karşı çıkmışlardır. İşkence yapılmasına ilk karşı çıkanlar arasında İspanyol bilgin *Juan Luis Vives* ve 1624'te *Tribunal Reformation* adlı eserinde tavır alan *Johann Graefe*'yi de anmak gerekir (bkz. **SCOTT,** s. 146-147).

[105] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 34.

Bu düşünce akımı zamanla etkisini göstermiş ve ilk olarak İsveç, 1734 yılında işkenceyi kaldırmıştır. Bunu Prusya (1740) ve bazı Alman devletleri izlemiş; 1767'de Rusya, 1776'da Avusturya, 1776'da Portekiz, 1786'da İtalya, 1806'da Bavyera'da işkence kaldırılmıştır[106]. Fransa'da da 1789 devriminden sonra ilan edilen İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ile 3.9.1789 tarihinde işkence ve genel olarak her türlü kötü muamele yasaklanmıştır[107]. 9 Ekim 1789 tarihli 'ordonnance' (emirname) ile işkencenin her türü ilga edilmiş[108], bunu takip eden 1791 tarihli Ceza Kanunu da aynı yolu izlemiştir[109]. Amerika Birleşik devletleri'nde ise, 12.6.1776 tarihli Virginia Bill of Rights md. 8 hükmü ile işkence yasaklanmıştır[110]. Kilise Hukukunda işkencenin resmî olarak yasaklanması ise ancak 1816'daki bir papalık fermanıyla gerçekleşebilmiştir[111].

Sonuç olarak, Aydınlanma Çağı düşünürlerinin etkisiyle insan hakları konusunda büyük bir hassasiyet doğmuştur. Bu fikirlerden etkilenen çeşitli bildirilerde insan onuruna saygı gösterilmesi gerektiğine yer verilmiş, devlete bu yönde görev yüklenmiştir. Bu gelişmelerin sonucu kanunlarda görülmüş ve amacı, kamunun korunması için suç teşkil eden vakıayı kamu adına maddî ispat vasıtasıyla mutlaka açığa çıkarmak ve faili cezalandırmak olan tahkik sistemi[112], yerini itham sistemine bırakmıştır. Bununla birlikte, o döneme kadar hukukî ve kurumsal bir nitelik taşıyıp tahkik sistemiyle özdeşleşmiş olan[113] işkence yasaklanmaya başlanmış ve 19. yüzyılın ortalarına kadar tamamen yasaklanmıştır[114]. Tahkik sisteminin

---

[106] Bkz. **NUHOĞLU,** s. 542; **HİLGENDORF,** s. 12. Bununla birlikte, işkenceyi resmen yasaklayan bir çok ülkede, işkence uygulamasının fiilen sona ermesi bir süre daha almıştır. Örnekler için bkz. **SCOTT,** s. 148 vd.

[107] Bkz. **ÖZGEN,** s. 210; **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 14-15. Gerçi, Fransa'da 1754 tarihinde işkence zaten yasaklanmıştı (bkz. **NUHOĞLU,** s. 541).

[108] Bkz. **GEMALMAZ,** İşkencenin Önlenmesi, s. 37.

[109] Bkz. **BAŞER/YENİDÜNYA,** s. 34.

[110] Gerçekten de, zalimane ve mutad olmayan cezaların yasaklanması suretiyle, dolaylı olarak bu yasağa işaret edilmiştir. Ayrıca müteakip maddelerde de kimsenin kendi aleyhine kanıt göstermeye zorlanamayacağı, keyfi tutuklamanın kişiye acı veren, yasak bir eylem olduğu türünden önemli benzer düzenlemelere yer verilmiştir (bkz. **ÖZGEN,** s. 210; **GEMALMAZ,** İşkencenin Önlenmesi, s. 37).

[111] Bkz. **ROBERTSON,** s. 204.

[112] Bkz. **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 468.

[113] Tahkik sisteminin doğal uzantısı haline gelmiş bulunan işkence ile ifade almanın tarihi seyri hk. geniş bilgi için bkz. **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 36 vd. Özetle, bu sistemde, vicdani kanaat değil de, kanuni delil usulü geçerli olduğundan ve ikrar da en önemli delil sayıldığından, sanığa suçunu ikrar ettirmek için işkence yapılması oldukça yaygın ve yasaldı.

[114] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 16.

ortadan kalkmasıyla yargılamada 'süje' sıfatına kavuşan sanık[115], bununla beraber önemli haklar ve bu arada susma hakkıyla[116] da donatılmış, işkence uygulaması bir usul yöntemi olmaktan çıkmıştır[117].

Bu gelişmelerin sonucunda ise, son adım, işkence uygulamasının suç haline getirilmesi olmuştur. Bu konuda ilk adımı 14.4.1851 tarihli Prusya Ceza Kanunu'nun 319. maddesindeki 'zorla ifade alma suçu' oluşturmuştur[118]. Bilindiği gibi, bütün devletler de bu uygulamayı sırasıyla benimsemişlerdir.

Buraya kadar, erken dönemlerden başlayarak Yirminci Yüzyıla kadar işkence konusunda Batı'daki ülkelerde yaşanan gelişmeleri kaleme aldık. Bu tarihten sonra işkence yasağı artık uluslararası sözleşmelerde yer almaya başlamıştır.

1899 ve 1907 La Haye (Lahey) Barış Konferansları sonucunda, savaş sırasında işkenceye başvurma yasağı kabul edilmiştir. 1949 tarihli Cenevre Savaş Tutsaklarına Yapılacak Muamele Hakkındaki Sözleşme'de, tutsaklar açısından bu kural somutlaştırılmıştır[119].

ABD Başkanı Roosevelt, 6.1.1941 tarihli konuşmasında işkence yasağını temel bir özgürlük olarak vaad etmiştir. Fakat Soğuk Savaş döneminde uygulamada bazı sorunlar yine de yaşanmıştır.

---

[115] Bkz. **TOROSLU,** Ceza Muhakemesi, s. 120. Gerçekten de ceza muhakemesi bakımından insan onurunun korunmasının ilk şartı, insanın muhakemenin basit bir objesi olarak alçaltılmamasını ve onun süje niteliğinin korunmasını gerektirir, bkz. **ŞİMŞEK, Oğuz,** Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üni. Sos. Bil. Enstitüsü, İzmir 1999, s. 163-164.

[116] Susma hakkının zaman içinde tanınması işkenceyi önleme çabalarına bağlıdır, bkz. **TOSUN, Öztekin / GÜRELLİ, Nevzat,** Heyecan Göstergesi ile Yalanın Bulunması ve Ceza Hukuku, İÜHFM, Cilt: XXX, Sayı: 3-4, İstanbul 1965'ten ayrı bası, s. 41; **ERYILMAZ,** Arrest…, s. 123; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 198; **ERDOĞAN, Yüksel/ BEYAZTAŞ YÜCEL, Fatma,** Ceza Yargılaması Hukukunda Susma Hakkı, İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 67, Sayı: 1, Ocak 2002, s. 78.

[117] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 46. Genel durum böyle olmakla birlikte, Nazi yönetimindeki Almanya'da işkence resmî ve kurumsallaşmış bir uygulama olarak tekrar ortaya çıkmış, hatta Gestapo'nun bulunduğu her şehirde bir 'işkence merkezi' kurulmuştu (bkz. **EREM,** İşkence, s. 197; **ER,** s. 173).

[118] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 36.

[119] Bkz. **NUHOĞLU,** s. 542-543.

İkinci Dünya Savaşında yaşananlar ise işkenceye karşı duyulan tepkiyi ve mücadele arzusunu körüklemiştir. Artık dünya kamuoyunun işkenceyi kabul etmeyeceği görülmüş, iç hukukta ve uluslararası alanda yeni düzenlemeler yapmak gerektiği ortaya çıkmıştır[120].

Uluslararası alanda bu konudaki ilk hüküm, 10.12.1948 tarihinde BM Genel Kurulu'nca kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi md. 5'te yer almış ve işkence, gayri insani, aşağılayıcı ve zalimane muamele ve cezalar yasaklanmıştır. 1960'lı yıllardan sonra uluslararası metinler devri yaşanmış ve aşağıda göreceğimiz gibi, bölgesel ve uluslararası düzeyde bir çok insan hakları belgesinde işkence yasağına yer verilmiştir[121].

Artık günümüz ceza muhakemesi hukuklarında, 'her ne pahasına olursa olsun' gerçeğin ortaya çıkarılması, kabûl gören bir ilke olmaktan çıkmış, ceza kovuşturmasında insan onurunun korunması, mutlak bir değer hâline gelmiştir[122]. Her ne kadar sanığın maddî gerçeğin araştırılıp ortaya çıkarılmasına, bazı tedbirlere katlanmak suretiyle katkıda bulunmak yükümlülüğü varsa da, sanık hiç bir zaman muhakeme objesi durumuna düşürülemez[123]. Bu nedenle, maddî gerçeğin araştılması pahasına, kişi hiç bir zaman onu 'insan' kılan özelliklerinden ve en başta kendi iradesinden mahrum bırakılamaz[124].

III. TÜRKİYE'DE

[120] Bkz. **NUHOĞLU,** s. 543.
[121] Bununla birlikte, kurumsal ve hukuksal olarak evrensel veya bölgesel koruma sağlayan belgelerle ve tüm uygar ülkelerin ulusal mevzuat hükümleriyle yasaklanan ve lanetlenen işkencenin fiilen dünyanın dört bir yanında uygulanmaya devam edildiği bilinmektedir. Maalesef günümüzde dahi, işkence uygulamasını savunanlara rastlanmaktadır (bkz. **CENGİZ**, İşkence, 38-41).
[122] Bkz. **İÇEL,** Sorgulamada…, s. 121; **KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun,** Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Kitap, Onikinci Bası, İstanbul 2003, no. 49.5 ('**KUNTER/YENİSEY,** İkinci Kitap'); **ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖZBEK, Veli Özer,** Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2004, no. 111, 121 ('**ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK**, Ceza Muhakemesi'); **TOROSLU,** Ceza Muhakemesi, s. 6 vd; **CENTEL/ZAFER,** s. 5-6; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 104; **ÇOR,** s. 450; **YURTCAN, Erdener,** Ceza Yargılaması Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2005, s. 4-5 ('**YURTCAN,** Ceza Yargılaması').
[123] Bkz. **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** İşkence, s. 182.
[124] Bkz. **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** İşkence, s. 183.

Gerek İslamiyet öncesi Türk devletlerinde, gerekse İslamiyeti benimsemiş sonraki Türk devletlerinde ve bu arada Osmanlı Devleti'nde işkencenin hukukî olarak bulunmadığı söylenebilir.

Özellikle Osmanlı Devleti'nde işkenceye yer verilmemiş olmasının başlıca sebebi, İslam hukukunun ikrah yoluyla alınan itirafı geçersiz saymasıdır[125]. Gerçekten de İslam Hukuku'nda itirafın geçerliliği, serbest iradeyle yapılmış olmasına bağlıdır. Bunun dışında, işkenceyi yasaklayan Kur'an hükümleri ve hadisler de mevcuttur[126].

Bu yasağa rağmen, 1839 tarihli Gülhane Hattı Hümayunu, 1840 tarihli Kanun-ı Cezası ve 1851 tarihli Kanun-ı Cedidde kişi dokunulmazlığı hakkı ayrıca vurgulanmıştır. 15 Ocak 1848 tarihli Eyalet Meclisleri Talimatnamesinde zanlılara hiçbir neden ve gerekçeyle işkence ve eziyet yapılamayacağı saptanmış; 1856 tarihli Islahat Fermanı'nda ise, işkenceye karar verenlerin, bunu uygulayanların ve bunların üstleri konumunda olanların sorumlu olacakları öngörülmek suretiyle işkence ve eziyet yasağı hukukî neticesiyle birlikte açıkça yer almıştır[127].

İşkence suçuna dair ilk özel düzenleme ise 1858 tarihli Ceza Kanunname-ı Hümayununun 103. maddesinde yer almıştır[128]. 1875 tarihli Fermanı Adalette de, eziyet yasağına yer verilmiştir[129].

1876 Anayasası md. 26'da '*İşkence ve sair her nevi eziyet katiyen ve külliyen memnudur*' denmek suretiyle işkence yasağına yer verilmiştir. Yirminci Yüzyıl Anayasalarımızın tümünde işkence yasağı, doğal olarak, yerini almıştır. 1924 Anayasamızın 73. maddesi ('*İşkence, eziyet, müsadere ve angarya memnudur*'), 9.7.1961 tarihli Anayasamızın 14. maddesinin son iki fıkrası ('*Kimseye eziyet ve*

[125] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 48; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 41.
[126] Bilgi için bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 41 vd.
[127] Bkz. **AKILLIOĞLU, Tekin,** İnsan Hakları I, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 17, Ankara 1995, s. 127 ('**AKILLIOĞLU,** İnsan Hakları'); **NUHOĞLU,** s. 547; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 49, dn. 265.
[128] Bkz. **ER,** s. 173; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 474.
[129] Bkz. **GEMALMAZ,** İşkencenin Önlenmesi, s. 37; **NUHOĞLU,** s. 547.

işkence yapılamaz. İnsan haysiyeti ile bağdaşmayan ceza konulamaz') ve 1982 Anayasamızın 17. maddesinde bu kurala kesin bir dille değinilmiştir[130]. Özet olarak, Avrupa'da işkencenin kurumsallaştığı ve sistematik olarak uygulandığı dönemlerde bile hiç bir Türk devletinde işkenceye bir sorgu ya da ceza yöntemi olarak, en azından hukuken yer verilmemiştir[131].

Bugün içinse, modern ceza muhakemesinin amacının, insan haklarını ihlal etmeden maddî gerçeğe ulaşmaya çalışmak olduğu anlaşılmıştır[132]. Buna bağlı olarak, en azından hukuken, Türkiye bakımından da işkence veya benzerî muameleler suretiyle kişinin iradesine tesir etmek mümkün değildir[133].

§ 4. İŞKENCENİN ULUSLARARASI BELGELERDEKİ YERİ VE KORUMA MEKANİZMALARI

I. İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN ORTAYA ÇIKIŞI

Yirminci Yüzyılın ilk yarısında insanlık tarihinin en kanlı ve vahşi çatışmalarına tanıklık eden dünya, özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra yepyeni bir insan hakları dönemine girmiştir. Büyük Savaştan sonra insan haklarının içeriği bakımından evrensel modeller ortaya çıkmaya başlamıştır. Birleşmiş Milletler Örgütü ve Avrupa Konseyi üyesi olan devletler, üye oldukları örgütler ve taraf oldukları antlaşmalar aracılığıyla insan haklarının nicelik ve niteliği (içeriği) bakımından bu

[130] Bkz. **NUHOĞLU,** s. 548; **DARENDELİ,** s. 59; **MUMCU/KÜZECİ,** s. 251, 255.
[131] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 17-18; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 473. Buna karşılık, uygulamada bazı suistimaller elbette olmuştur, bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 51, dn. 274.
[132] Bkz. **TOSUN, Öztekin,** Narko-Analiz ve Ceza Hukuku, İÜHFM, Cilt: XXIX, Sayı: 1-2, İstanbul 1963, s. 46; **TOROSLU, Nevzat,** Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, Prof. Dr. Hâmide Topçuoğlu'na Armağan, Ankara 1995, s. 55 ('**TOROSLU**, Hukuka Aykırı…'); **CİHAN/YENİSEY,** s. 11; **YENİSEY, Feridun,** Ceza Muhakemesinde '*Fair Trial'* İlkesi (SCHROEDER/YENİSEY/PEUKERT), İstanbul Barosu CMUK Uygulama Servisi Yayınları, İstanbul 1999, no. 241; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 105, 346; **KUNTER/YENİSEY,** İkinci Kitap, no. 49.5.
[133] Bkz. **ER,** s. 170-171. Buna karşılık, bir araştırmaya göre günümüzde 112 ülkede, işkence yaygın ve/veya sistematik olarak uygulanmaktadır, bkz. **WILLIAMS M.,** s. 261.

modellere uyma yükümlülüğünü üstlenmişlerdir. Resmi ve gayri resmi uluslararası örgüt ve kuruluşlar da bu uyumu denetlemektedir[134].

Bu gelişmelerin temelinde, Yirminci Yüzyılda gelişen insan hakları doktrinleri ve bunların ulusal hukuka etkisi yer almaktadır. Bu öğreti, iç hukuku ve uluslararası hukuku belirlemesi bakımından önemli bir fonksiyona sahiptir.

Bir kere, yüzyılın başından itibaren, doğal hukuk doktrini, insan hakları alanında etkisini hissettirmiş ve insanın doğuştan var olan bazı hak ve özgürlüklerinin bulunduğu ve toplumsal yaşamı sürdürebilmek amacıyla topluma devredilen bu hakların devletin yasal güvencesi altında tutulacağı kabul edilmiştir[135].

Doğal (tabii) hukuk doktrini gereğince her insanın akıl, mantık ve vicdan yoluyla ulaşabileceği, varlığının kabulü için hiç bir makamca tanınmasına gerek olmayan, her devir ve toplum için geçerli, değişmez bazı haklar mevcuttur. Pozitif hukukun aksine doğal hukuk, başka bir insan veya iradenin eseri değildir. Aksine, insanın kendi aklı aracılığıyla bulup uyduğu hukuktur.

Bu yapısı itibariyle de, doğal hukuk doktrini savunucularına göre pozitif hukuktan ayrı ve ona üstündür. Devlet, kendi hukuk düzenini doğal hukukun ortaya koyduğu ilkelere uydurmak durumundadır. Bununla birlikte, doğal hukukla pozitif hukuk arasında aykırılık olduğu zaman, uygulayıcı (avukat, hakim, savcı…) yine de pozitif hukuku esas almak ve onu olduğu gibi uygulamak zorundadır. Ancak bu durumda bile, pozitif hukuk tarafından sınırlanan ve ihlal edilen doğal hukuk prensipleri varlıklarını korumaya devam ederler[136].

---

[134] Bkz. **DÖNMEZER, Sulhi**, İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi, Dünyadaki ve Türkiye'deki Durumu, İnsan Hakları ve Yargı (Sorunlar ve Çözümler), T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 1998, s. 28 ('**DÖNMEZER**, İnsan…').

[135] Bkz. **TEZCAN, Durmuş / ERDEM, M. Ruhan / SANCAKDAR, Oğuz,** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 43. İnsan haklarının tarihsel ve düşünsel kökenleri hk gbi bkz. **MUMCU/KÜZECİ,** s. 27 vd.

[136] Bununla birlikte, doğal hukukun pozitif hukuktan önce ve her zaman uygulanması gerektiğini düşünen görüşler için bkz. **İZVEREN, Âdil,** Hukuk Felsefesi, 2. Baskı, DEÜHF Yayınları No: 45, Ankara 1994, s. 40 vd.

İlkçağda büyük rağbet gören doğal hukuk akımı, Ortaçağdan sonra etkisini tedricen yitirmişken Yirminci Yüzyılın başından itibaren, özellikle insan hakları alanında tekrar ağırlık kazanmış;[137] İkinci Dünya Savaşı'nı izleyen yıllarda ise doruğa ulaşmıştır.

Son zamanlarda, özellikle terör suçlarıyla mücadele gibi gerekçelerle tekrar gerileme yaşayan bu doktrin, yine de pozitif insan hakları düzenlemelerinin düşünsel temelini oluşturmaya devam etmektedir. Zira, yaygın görüşe göre, insan hakları kavramı doğal hukukun ürünüdür[138].

Doğal hukuk görüşünün uluslararası insan hakları hukukunun temelini oluşturmasıyla, yakın zamana kadar iradeci – pozitivist temele dayanan uluslararası ilişkilerde de bir değişiklik olmuş ve devletlerin de, özellikle insan hakları alanında, kendilerinin koymadığı, fakat 'uluslararası anayasal' değeri haiz bazı kurallarla kayıtlı ve bunlara uymakla yükümlü olduğu anlayışı ortaya çıkmıştır[139].

Buna göre, insan hakları, günümüzde değişmeyen, değiştirilemeyen, ortadan kaldırılamayan ve devletin yarattığı değil, tam aksine kendi varlıklarıyla devlete 'can veren', bu nedenle devletin de üstünde olan bir kavramdır[140].

Artık çağımızda, demokrasinin ulusal egemenlik ve insan hakları olmak üzere iki boyutu olup, insan hakları egemenliği sınırlamakta ve bütün hukuk sistemi buna göre kurulmaktadır[141]. Uluslararası insan hakları kuralları, devletlerin egemenliklerine ve ulusal yetki alanlarına sınırlamalar getirebilmektedir. Çünkü artık

---

[137] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **TOPÇUOĞLU, Hâmide,** XXnci Yüzyılda Tabiî Hukuk Rönesansı, İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik Koll.Ort., Ankara 1953.

[138] Bkz. **DEL VECCHİO, Giorgio** (çev. Yetkin, Suut Kemal)**,** Hukuk Felsefesi Dersleri, İstanbul Maarif Matbaası, 1940, s. 324, 326; **AKILLIOĞLU,** İnsan Hakları, s. 1; **GÜRİZ, Adnan,** Hukuk Felsefesi, 5. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 1999, s. 154 vd, 379.

[139] Bkz. **BAŞLAR, Kemal,** Uluslararası Hukukta 'Erga Omnes' Kavramı, MHB, Yıl: 22, Sayı: 2, 2002, s. 76 vd.

[140] Bkz. **MUMCU/KÜZECİ,** s. 24.

[141] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 19; **KAPANİ, Münci,** İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, Bilgi Yayınevi, 3. Basım, İstanbul 1996, s. 94-95; **AKBULUT, İlhan,** İnsan Hakları, Yargıtay Dergisi, Cilt 78, Sayı 3, Temmuz 2002, s. 460.

bu yeni demokrasi düzeninde hiç bir devlet, kendi ülkesindeki insan hakları ihlâllerinin salt ulusal bir sorun olduğunu öne sürememektedir[142].

Buna bağlı olarak, ulusal üstü insan hakları hukuku diye adlandırılıp[143], gittikçe gelişmekte olan bağımsız bir disiplin etkisini giderek hissettirmektedir. Bu disiplinin amacı tüm insanların asgari insan haklarına sahip olabilmesi ve bunlardan fiilen yararlanabilmesi için konulması gereken temel kuralların belirlenmesidir, denilebilir.

Bu asgari kurallar bütün insanların ortak menfaati için belirlenmiş bulunduğundan, bunların ihlâli de tüm insanlığı ilgilendirir. Dolayısıyla, bu tür bir ihlâl nerede vuku bulursa bulsun, buna karşı çıkmak ve bunu kovuşturmak insanlığın ortak görevidir[144].

Niteliğine ve amacına bağlı olarak, yeni hukuk düzeninde hakları ihlâl edildiği ölçüde, bireyler de süje olarak yer almaktadırlar ki[145], uluslararası hukuk açısından bu durum kayda değer bir gelişmedir.

Ulusal üstü insan hakları hukukunun koruması kapsamına giren çok özel bir alan da, kişi dokunulmazlığıdır. Zira, insanın en temel hakkı olarak kabûl edebileceğimiz yaşama hakkı ile maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı bu kapsama girmektedir[146].

---

[142] Bkz. **SUR, Melda,** Uluslararası Hukukun Esasları, İzmir 2000, s. 116; **BAŞLAR,** s. 81; **DÖNER, Ayhan,** İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 31-32 (‘**DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma’).

[143] Kavram ve içeriği için bkz. **GEMALMAZ,** İşkencenin Önlenmesi, s. 33 vd.

[144] Bkz. **GEMALMAZ,** İşkencenin Önlenmesi, s. 33; **BAŞLAR,** s. 82.

[145] Bkz. **TARHANLI, Turgut,** Birleşmiş Milletler Örgütü ve İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin Başlıca Usuller, İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000, s. 432; **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 33-34; **GÜLMEZ, Mesut,** Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması, TBB Yayınları, Ankara 2004, s. 22.

[146] Bkz. **TANÖR, Bülent,** Kişi Dokunulmazlığı, İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000, s. 57 (‘**TANÖR,** Kişi Dokunulmazlığı’); **MUMCU/KÜZECİ,** s. 149-150.

Bu çerçevede, fiziksel bütünlük en önde gelmektedir[147]. Bu hakkın en ağır ve acılı ihlalini ise, işkence ve benzeri muamelenin oluşturacağı açıktır[148]. Aslında hemen hemen bütün ulusal hukuk düzenleri bu türden fiilleri yasaklar. Fakat sorun tek bir devlet tarafından önlenemeyecek kadar köklü olduğundan, bu alanda uluslararası ve ulus üstü hukuk kurallarının varlığı daha da önemli hale gelir.

Günümüzde, her ne kadar hangi kuralların uluslararası hukukta *jus cogens* nitelikte olduğuna somut bir yanıt vermek pek mümkün olmasa da, işkence yasağının emredici (*jus cogens*) nitelikte bir uluslararası hukuk kuralı hâline geldiği kabûl edilmektedir[149]. Buna göre işkence yasağı, genel uluslararası hukukun buyruk bir kuralıdır ve egemen devletlerin bile bunun aksine hiç bir kural öngörmeleri mümkün değildir. Keza, bu yasakla çatışan herhangi bir antlaşma kuralı da batıl (*null and void*) olur[150]. Ayrıca, *jus cogens* niteliği gereğince işkence yasağı, bu konuda hiçbir antlaşmaya taraf olmayan bir devleti de bağlar[151]. Nitekim, *jus cogens* kuralların bir örf ve adet kuralı olarak bütün devletleri bağladığı söylenebilecektir[152].

Aynı zamanda, işkence yasağının, 'genel uluslararası hukuk' normu niteliği kazandığı; diğer bir deyişle bu yasağın uluslararası hukukun yazılı olmayan (antlaşma

---

147 Bkz. **GEMALMAZ,** İşkencenin Önlenmesi, s. 34.

148 Bkz. **TANÖR,** Kişi Dokunulmazlığı, s. 61.

149 Bkz. **GEMALMAZ,** Yaşam Hakkı…, s. 241; **AKILLIOĞLU,** İnsan Hakları, s. 73; **ZÜHLKE, Susanne / PASTİLLE, Jens-Christian,** Extradition and the European Convention - *Soering* Revisited, ZaöRV, Vol. 59/3, 1999, s. 764; **YILMAZ,** s. 102; **GÖÇER, Mahmut,** Uluslararası Hukuk ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması, Seçkin Yayınevi Ankara 2002, s. 170 vd; **BAŞLAR,** s. 98; **BEŞE, Ertan;** Terörizm, Avrupa Birliği ve İnsan Hakları, Ankara 2002, s. 161; **GAETA, Paola,** May Necessity Be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists?, Journal of International Criminal Justice, Vol. 2, 2004, s. 787 ('**GAETA**, Necessity'). Ayrıca bkz. EYUCM'un 10.12.1988 tarihli Furundzija kararının 153.-157. paragrafları.

150 *Jus cogens* hakkında bilgi için bkz. **PAZARCI, Hüseyin**, Uluslararası Hukuk Dersleri, I. Kitap, 6. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 1997, s. 162 vd ('**PAZARCI,** I. Kitap'); bkz. ayrıca **GÖÇER,** s. 170 vd; **BAŞLAR,** s. 79 vd. *Jus cogens* kavramının BM'nin 1969 tarihli Antlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesi'ne taraf olmayan devletler açısından varlığı ve bağlayıcılığı sorunu için bkz. **DENK, Erdem,** Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda *Jus Cogens* Kurallar, AÜSBFD, Cilt: 56, Sayı: 2, Nisan-Haziran 2001, s. 46 vd. Yazar, *jus cogens* kuralların üç özelliğe sahip olduğunu bildirmektedir: a) öncelikli bir niteliğe sahip genel bir uluslararası hukuk kuralı olması; b) kendisinden sapmanın olanaklı olmaması; c) ancak aynı nitelikteki bir başka kuralca değiştirilebilmesi, bkz. age, s. 53.

151 Bkz. **AKILLIOĞLU,** İnsan Hakları, s. 239. İşkence yasağının, *jus cogens* niteliğinin bir sonucu olarak 'erga omnes' bir yükümlülük getirdiği ve bunun ihlâli durumunda bütün devletlerin yükümlülüğün yerine getirilmesini ya da ihlâlin sona erdirilmesini talep edebilecekleri kabul edilebilir (bkz. **BAŞLAR,** s. 80-81).

dışı) bir kuralını oluşturduğu söylenmektedir[153]. Buna göre, bu konuda açık bir antlaşma hükmü mevcut olmasa bile, devletler arası ilişkilerde işkence yasağı bir teamül kuralı[154] veya uygar uluslarca tanınan bir genel hukuk ilkesi niteliğiyle, uygulama alanı bulacaktır.

Nitekim, UAD'nin 5 Şubat 1970 tarihli Barcelona Traction Kararında, '*bazı temel hakların uluslararası antlaşmalarla tanınmasına karşın, bazı hakların genel uluslararası hukuka entegre olduğu*' genel olarak ifade edilmekte[155]; 24 Mayıs 1980 tarihli Tahran'daki Amerikan Diplomatik ve Konsolusluk Personeli Kararında, bireylerin kötü koşullar içinde fizikî bir zorlamaya tâbi tutulmalarının BM Şartı ve İHEB'le bağdaşmayacağı vurgulanmakta[156]; 27 Haziran 1986 tarihli Nikaragua'da Askerî ve Yarı Askerî Faaliyetler Kararında da, dolaylı olarak insan haklarına saygı göstermenin uluslararası bir yükümlülük olduğu belirtilmektedir[157].

İşte, genel uluslararası hukukun bir parçası olan insan hakları arasında işkence yasağı hiç şüphesiz yer almaktadır. BM İnsan Hakları Komitesi de, 2 Kasım 1994 tarihli bir Genel Görüşünde, bunu açıkça ifade etmiştir[158].

---

[152] Bkz. **DENK,** s. 52.

[153] Bkz. **GÖÇER,** s. 157 vd; kısmen farklı görüş için bkz. **PAZARCI, Hüseyin,** Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 220 ('**PAZARCI,** Uluslararası Hukuk').

[154] Gerçi ilginçtir ki, her ne kadar işkence yasağının teamüli niteliği genelde kabul görse de, bu kuralın dünya çapında sıklıkla ihlal edildiği de bilinmektedir. Burada, opinio juris ile uygulama arasında açıklanamaz bir farklılık mevcuttur, bkz. **MERON, Theodor,** Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law, Clarendon Press, Oxford 1989, s. 58-59. Sancar'ın haklı olarak belirttiği üzere işkence, 'söylem ile pratik ve norm ile gerçeklik arasaındaki gerilimin, daha doğrusu uçurumun en derin olduğu' insan hakları meselelerinden biridir. Yazara göre, en baskıcı rejimler bile işkenceye başvurduklarını reddeder, işkenceyi onaylamadıklarını söyler, köşeye sıkıştıklarında ise olsa olsa işkence olaylarının 'münferit' olduğunu söylerler. Oysa ki, uluslararası örgüt raporlarına bakılacak olursa, dünya devletlerinin önemli bir kısmında halen yaygın bir işkence uygulaması mevcuttur, bkz. **SANCAR, Türkân Yalçın,** İşkence Yapan Kamu Personeline Rücu Sorunu, AÜSBFD, Cilt: 57, Sayı: 4, Ekim-Aralık 2002 (Doç. Dr. Cahit Emre'ye Armağan), s. 154; aynı tespitte **HİLGENDORF,** s. 12. Özbudun'a göre, BM ve daha da önemlisi, Avrupa Konseyi gibi üyeliği sadece demokratik ülkelere açık olan bir örgüt çerçevesinde dahi işkenceyi önlemeye yönelik sözleşmeler akdetmeye gerek duyulmuş olması, işkence ya da en azından diğer kötü muamele uygulamalarının kökünün istikrarlı ve ilerlemiş demokrasiye sahip ülkelerde bile henüz kazınamadığının ve hukukî kurallar ile uygulama arasında bir uyumsuzluk olabileceğinin göstergesidir, bkz. **ÖZBUDUN, Ergun,** International Instruments for the Prevention of Torture and Turkey, RDH/HRR, January 1992, Vol. 1/No.1, s. 23.

[155] Bkz. **GÖÇER,** s. 160.

[156] Bkz. **GÖÇER,** s. 161.

[157] Bkz. **GÖÇER,** s. 161.

[158] Bkz. **MERON,** s. 193-194; **GÖÇER,** s. 163. İşkence yasağının *jus cogens* niteliği üç numaralı Pinochet davasında da, İngiliz mahkemeleri tarafından kabul edilmiştir, bkz. **BANTEKAS, Ilias /**

Bu bakımdan, ABD'nin New York kentindeki *World Trade Center*'a (bilinen adıyla 'İkiz Kuleler'e) yönelik '11 Eylül' saldırıları sonrasında terörist gruplara karşı yapılan mücadeleyi güçlendirmek amacıyla getirilen ulusal ve uluslararası düzenlemeler ilgi çekicidir. Başta ABD ve İngiltere gibi bazı devletlerin, terör zanlılarının muhakemesi bakımından, güvenlik adına özgürlükleri aşırı kısıtlayıcı tedbirlere başvurdukları ve bu bakımdan otoriter yasalar çıkarma yoluna gittikleri bilinmektedir[159].

İşkence yasağının uluslararası hukuktaki emredici niteliğinin bu gelişmelere nasıl bir etkisi olacaktır? Öncelikle *jus cogens* kuralı, devletlerin uluslararası alanda sözleşme yapma serbestilerinin bir sınırını teşkil eder[160], bu bakımdan ulusal düzenlemelere bir etkisi olmaz.

Fakat, terör zanlılarına evrensel insan hakları standartlarına aykırı muamele yapılmasını öngören ulusal düzenlemelere sahip olan devletler ile terör konusunda yapılacak işbirliği antlaşmalarında bu hususa dikkat etmek gerekecektir. Daha da önemlisi, terör zanlılarının bu tür ülkelere iade edilmesi AİHS'ye aykırılık oluşturabilecektir[161].

Bir kere, terör konusunda yapılacak ulusalararası antlaşmalarda, terör zanlıları bakımından öngörülecek özel tedbirlerin asgari insan hakları standartlarına uygun olması gerekecektir. Özellikle, ele geçirilen zanlıların hukukî denetimden yoksun olarak, idarî bir kararla ve dış dünyayla iletişim kurma hakkına sahip olmaksızın

---

NASH, Susan/ MACKAREL, Mark, International Criminal Law, Cavendish Publishing Ltd, London-Sydney 2001, s. 178-179.

[159] Bu konuda özellikle ABD'nin çıkardığı 2001 tarihli USA PATRIOT Act (H.R. 3162) ilgi çekicidir. Kanunun kısaltması Amerika Birleşik devletleri Vatansever Kanunu anlamına gelen USA PATRIOT Act'in açılımı '*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*'dir. Bunun anlamı 'Terörizme Müdahale Etmek ve Engellemek İçin Gerekli Olan Uygun Araçları Temin Etmek Suretiyle Amerika'yı Birleştirme ve Güçlendirme'dir! Diğer 'ilginç' bir girişim Birleşik Krallık'ta 20.9.2005 itibariyle tasarı statüsünde olan 'Prevention of Terrorism Bill'dir (Terörizmin Önlenmesi Tasarısı). Her iki kanunda da, kişi özgürlüğü hakkına idarî kararla ağır müdahalelerde bulunabilmesine imkan tanınmış, başta yargısal denetim olmak üzere sanığın sahip olması gereken çeşitli hukukî güvencelere sınırlamalar getirilmiştir.

[160] Bkz. **DENK,** s. 44.

uzun süre gözaltında tutulmalarına (‘*incommunicado detention’)* imkan veren uluslararası antlaşmaların yapılması durumunda, bunların batıl sayılması sonucunun doğduğunu kabul etmek gerekecektir. Çünkü bu tür bir muamelenin işkence veya insanlık dışı muamele yasağının kapsamına girdiği kabul edilmelidir. Aksinin kabulü için, terörle mücadelede insan haklarını uymanın gerekmediğinin de, uluslararası toplumca genel kabul gören bir emredici kural haline gelmesi gerekecektir!

Buna karşılık, bu türden tedbirleri kendi ülkesinde uygulayan bir devlet ile ikili bir işbirliği antlaşması ve özellikle de terör zanlılarının iadesini öngören antlaşmaların yapılması durumunda, bunun kendiliğinden batıl olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Çünkü bu son durumda emredici nitelikli kural doğrudan ihlal edilmiş değildir, dolaylı bir yasak ilişkisi söz konusudur. Ancak bu durumda da, özellikle AİHS’ye taraf devletler açısından, kişiyi söz konusu devlete iade etmek, AİHS ile üstlenilen uluslararası sözleşmesel yükümlülüğün ihlaline yol açabilecektir.

Bu genel bilgilerden sonra, ulusal üstü insan hakları anlayışı çerçevesinde oluşturulan uluslararası modelleri ve belgeleri inceleyebiliriz.

II. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER İNSAN HAKLARI EVRENSEL BİLDİRİSİ[162]

Birleşmiş Milletler Kurucu Antlaşmasında (BM Şartı), insan hakları kavramına geniş yer ayrılmış ve bu kavrama sıkça atıf yapılmıştır. Bununla birlikte bu hakların somut kapsamı açıklığa kavuşturulmamıştır[163]. Böyle olunca, niteliği itibariyle zaten soyut ve bulanık bir kavram olan insan hakları, BM Kurucu Antlaşması’nda, tabir caizse, ‘havada kalmıştır’.

Durumun farkına varan BM üyesi devletler, bu açığı kapatmak için harekete geçmişlerdir. BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi tarafından 1946’da kurulan İnsan

---

[161] Bkz. İkinci Bölüm, § 3, V altında aktarılanlar.

[162] Sözleşmenin İngilizce adı ‘Universal Declaration of Human Rights’dır. Türkçe metin için bkz. **DOĞRU,** Mevzuat, s. 1.

[163] Bkz. **KAPANİ,** s. 23; **KORKUSUZ, M. Refik,** Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlükler, Özrenk Matbaacılık San. ve Tic. Ltd. Şti, İstanbul 1998, s. 46; **DÖNER,**

Hakları Komisyonu, hazırlık çalışmalarını yürütmüş ve 1948 yılında bu çalışmalar tamamlanarak bildirge tasarısı Genel Kurula sevk edilmiştir[164].

BM Genel Kurulunun 10.12.1948 tarihli ve 217 A (III) sayılı Kararıyla kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (İHEB)[165], insan haklarının temel kaynaklarından birisidir. Bildirinin beşinci maddesine göre, '*Hiç kimse işkenceye veya zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılamaz*'[166].

Bildirge, uluslararası hukuk bakımından bir antlaşma niteliğini taşımadığından, katılımcı devletler bakımından bağlayıcı değildir, hükümleri sadece yol gösterici niteliktedir[167]. Bununla birlikte, siyasi ve ahlaki önemi çok büyüktür[168].

Bildiri, BM dahilinde ve dışında yapılan benzer uluslararası sözleşmelere esin kaynağı olmuş; ulusal anayasalar, ulusal mevzuatlar ve mahkeme kararları üzerinde önemli etkiler doğurmuştur. Bildiri hükümleri, uluslararası insan hukuku kurallarının kapsamının belirlenmesinde bir kriter, standart ölçü olarak ele alınmıştır[169]. Yine bu bildiri, BM Genel Kurulu'nun müteakip yıllarda konuya ilişkin olarak aldığı kararlara

---

Uluslararası Alanda Koruma, s. 35 vd.

[164] Bkz. **KAPANİ,** s. 23 vd; **KORKUSUZ,** s. 46-47; **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 37.

[165] Türkiye, Bildiri'yi, 6 Nisan 1949 tarihli ve 9119 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile benimsemiş, 27.5.1949 tarih ve 7217 sayılı Resmi Gazete'de yayımlamak suretiyle duyurmuştur. Kırk sekiz kabûl oyuna karşı sekiz çekimser oyla kabûl edilen İHEB'e Türkiye'nin de olumlu oy verdiği bilinmektedir, bkz. **KAPANİ,** s. 24.

[166] Bkz. **DOĞRU**, Mevzuat, s. 2.

[167] Bkz. **ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK,** Ceza Muhakemesi, no. 91; **PAZARCI,** Uluslararası Hukuk, s. 219; **ÖNOK, R. Murat,** Tarihî Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 50; karşılaştırınız **AKBULUT,** s. 465. Kaboğlu'na göreyse, Bildirge, 'bütün devletler için hukuken bağlayıcı bir uluslararası gelenek yasası haline gelmiştir' (bkz. **KABOĞLU, Ö. İbrahim,** Özgrülükler Hukuku, 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2002, s. 76, 199 vd).

[168] Korkusuz'a göre, 'bir devletin çağdaş ülke olarak kabulü, bu metnin ülkesinde geçerlilik kazanması ve uygulanması ile eş anlamlı'dır (bkz. **KORKUSUZ,** s. 51; bkz. ayrıca **KABOĞLU,** s. 197.

[169] Bkz. Birleşmiş Milletler ve İnsan Hakları, Birleşmiş Milletler Türk Derneği Yayınları: 4, Ankara 1979, s. 18, örnekler için bkz. age, s. 21-22; **KABOĞLU,** s. 76, 199-200; **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 38-39; **ÖNOK,** Tarihî…, s. 51.

dayanak teşkil etmiştir[170]. Ayrıca, ileriki yıllarda hazırlanan bir çok uluslararası sözleşmenin önsözlerinde Bildiri'ye atıf yapılmıştır[171].

Öte yandan, İHEB'de yer alan hakların önemli bir bölümü daha sonraki antlaşmalarda tanınmış, hatta hükümlerinin bir kısmı zamanla örf ve adet kuralı niteliği kazanmıştır.

Sözün özü, Bildirge tek başına hukuken bağlayıcı olmasa da, insan hakları alanında yeni bir çığır açan, bir dönüm noktası teşkil eden ve hayati önemi yadsınamaz temel bir insan hakları kaynağıdır[172].

III. KİŞİSEL VE SİYASAL HAKLAR ULUSLARARASI SÖZLEŞMESİ[173]

A. Tarihçe ve Kapsam

BM Genel Kurulu tarafından kabûl edilen İHEB, insan haklarının korunması alanında önemli bir adım teşkil etmekle beraber, uluslararası antlaşma niteliğinde olmaması dolayısıyla devletler hakkında yükümlülük doğurmaya elverişli bir araç değildi.

Bu eksikliğin farkında olan BM Genel Kurulu, henüz İHEB kabûl edilirken BM İnsan Hakları Komisyonuna (BMİHK) antlaşma niteliğindeki bir insan hakları sözleşmesini hazırlama görevini vermiştir[174].

---

[170] Örnekler için bkz. Birleşmiş Milletler ve İnsan Hakları, Birleşmiş Milletler Türk Derneği Yayınları: 4, Ankara 1979, s. 19. Ayrıca bkz. **KORKUSUZ,** s. 53.
[171] Örnekler için bkz. Birleşmiş Milletler ve İnsan Hakları, Birleşmiş Milletler Türk Derneği Yayınları: 4, Ankara 1979, s. 20. Ayrıca bkz. **KORKUSUZ,** s. 53-55.
[172] Bkz. **KAPANİ,** s. 25 vd, özellikle 29. Uluslararası bir antlaşma teşkil etmemesine rağmen, bildirinin TBMM'de okunarak kabûl edilmesi ve daha sonra Resmî Gazetede yayımlanması da, buna örnektir.
[173] İng. International Covenant on Civil and Political Rights. Türkçe metin için bkz. **DOĞRU,** Mevzuat, s. 16 vd.
[174] Bkz. **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 40.

1949 yılında çalışmalarına başlayan BMİHK, 1950 yılında Genel Kurula ilk bir tasarı sunmuş, fakat Doğu ve Batı Bloku Devletleri arasındaki anlaşmazlıklar yüzünden bu tasarı reddedilmiştir. Bunun üzerine, farklı hak kuşaklarını ele alan iki ayrı sözleşme tasarısı hazırlamakla görevlendirilen BMİHK, 1954 yılında Genel Kurula 'ikiz sözleşmeler' olarak bilinen iki ayrı sözleşme tasarısını daha sunmuştur: BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (KSHUS) Tasarısı ve BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi Tasarısı[175]. BM Genel Kurulunun 16.12.1966 tarih ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilen KSHUS, 23.03.1976'da yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi 14 Ağustos 2000 tarihinde imzalamış; TBMM'nin 4.6.2003 tarih ve 4668 sayılı yasasıyla uygun bulmuş, uygun bulma kanunu 18.6.2003 tarihli RG'de yayımlanmıştır. Sözleşmeye Ek 1. Protokol de, 3.2.2004 tarihinde imzalanmış, fakat 1.9.2005 itibariyle henüz onaylanmamıştır.

Sözleşmenin amacı, büyük ölçüde İHEB'de yer alan hakları daha somut ve etraflı bir şekilde düzenlemek[176] ve denetim güvencesine kavuşturmaktır. Taraf devletler, Sözleşme aracılığıyla hiçbir temele dayalı ayrım yapmaksızın, yargı yetkilerine tabi tüm kişilere sözleşmede öngörülen hakları tanıyıp güvence altına almayı ve ulusal hukuklarını sözleşme gerekleriyle uyumlu hale getirmeyi üstlenmişlerdir[177].

Sözleşmenin yedinci madde hükmüne göre '*Hiç kimse işkenceye veya zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılamaz. Ayrıca hiç kimse, serbest iradesi olmadan tıbbi veya bilimsel bir deneye tabi tutulamaz*'[178]. Böylece, son cümle dışında, ileride göreceğimiz AİHS'nin metnine sadık kalınmıştır[179]. Onuncu maddede özgürlüğünden yoksun bırakılanların insani

[175] Bkz. **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 40.
[176] Bkz. **KAPANİ,** s. 32.
[177] Bkz. **GEMALMAZ,** Yaşam Hakkı…, s. 2.
[178] Bkz. **DOĞRU,** Mevzuat, s. 19. Tanımın geliştirilmesinde yaşanan süreç için bkz. **GEMALMAZ,** İşkencenin Önlenmesi, s. 49-50.
[179] AİHS md. 3 metninden farklı olarak, 'zalimane muamele' kavramına da yer verilmiştir. Fakat kanaatimizce bu kavram, KSHUS'un koruma kapsamını AİHS'den daha geniş kılmaz (bkz. aksi yönde **ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK,** Ceza Muhakemesi, no. 92); çünkü 'zalimane' sayılabilecek her tür muamele, AİHS md. 3 bakımından da kuşkusuz 'işkence, insanlık dışı ya da küçük düşürücü' olarak değerlendirilecektir.

muamele ve insanlık onurlarına saygı görme hakkından bahsedilmiştir[180]. Dördüncü madde hükmüyle de, olağanüstü durumlarda bile yedinci madde hükmündeki yükümlülüklerin azaltılamayacağı öngörülmüştür.

KSHUS, öngördüğü hakları koruma altına almak için dönemsel raporlara ve devletlerarası yakınmalara dayalı bir denetim sistemi kurmuştur[181].

A. İnsan Hakları Komitesi

1. Kuruluşu

Sözleşmenin 28. maddesiyle bir İnsan Hakları Komitesi kurulması öngörülmüştür. Amacı, taraf devletlerin sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlüklere saygı gösterip göstermediğini denetlemek olan Komite, KSHUS'a taraf devletlerin vatandaşı olan on sekiz üyeden oluşacak, üyeler kapalı seçimle (gizli oylamayla) işbaşına gelecek, görev süreleri (tekrar seçilme imkânı mevcut olmak üzere) dört yıl olacaktır (md. 28-30, 32). Komite üyeleri, insan hakları alanında yetkinliğiyle tanınmış, yüksek ahlâkî değerlere sahip kimseler arasından seçilir.

Komitenin kompozisyonunda, hem coğrafî dağılım hem de farklı medeniyet ve hukuk sistemlerinin temsili bakımından adil bir dağılımın gerçekleşmesi gözetilecektir (md. 31). Komitede aynı devletten tek bir vatandaş görev alabilir. Komiteye seçilenler, vatandaşı bulundukları devletin delegesi olarak değil, kişisel sıfatları (nitelikleri) ile görev yaparlar. Bu hükümle, temsilcilerin tarafsızlık ve bağımsızlığı sağlanmak istenmiştir[182].

[180] Bunun gereği olarak yargılanmakta olanlar, hükümlülerden; gençler, yetişkinlerden ayrı tutulmalı; ceza sisteminin başlıca amacı mahkumun tretmanı (iyileştirilmesi) ve sosyal yönden rehabilitasyonu olmalıdır. Ayrıca, madde hükmü geniş anlaşılmalı ve hastane, ıslah evi gibi yerleri de kapsar şekilde uygulanmalıdır (bkz. **NOWAK,** s. 65).
[181] Bkz. **GÜLMEZ,** s. 199.
[182] Bkz. **KAPANİ,** s. 33.

Komite, BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi aracılığıyla çalışma sonuçlarını Genel Kurul'a rapor eder, oturumlarını BM tesislerinde yürütür, BM bütçesinden finanse edilir ve idarî hizmetlerini BM Sekreteryası aracılığıyla temin eder[183].

Komite, Cenevre ya da New York'ta, yılda üç kere toplanır.

2. Yetkileri

Bağımsız uzmanlardan oluşan Komite'nin hedefi KSHUS'un etkin olarak uygulanmasını gözetmektir[184].

Komitenin başlıca üç yetkisi vardır[185]: devletlerin sunmakla yükümlü oldukları raporları inceleme, devletlerarası şikayet başvurularını kabul etme, bireysel şikayet başvurularını kabul etme. Bunların yanında, Komitenin bir de md. 40/4 gereği, sözleşmesel kimi kuralların anlam ve uygulama alanına açıklık getiren 'genel yorum' yapma işlevi de mevcuttur[186]. Genel yorumlar, spesifik bir devlete değil, bütün taraf devletlere yönelik olarak hazırlanmakta ve sözleşmenin uygulanabilme imkanlarını geliştirmek için Komitenin edindiği bilgilerin paylaşılmasını sağlamaktadır[187].

Yukarıda saydığımız yetkilerden ilki, Sözleşmeye taraf devletlerin md. 40 uyarınca hazırlamakla yükümlü oldukları; Sözleşmeyle tanınan hakları uygulamaya geçirmek ve bu hakların kullanılmasında ilerleme sağlamak için aldıkları tedbirlerin

[183] Bkz. **SANDS, Philippe / MACKENZİE, Ruth / SHANY, Yuval,** Manual on International Courts and Tribunals, Butterworths, London-Edinburgh-Dublin, 1999, s. 170.
[184] Bkz. **SANDS/MACKENZİE/SHANY,** s. 170.
[185] Bkz. **BEDDARD, Ralph,** Human Rights and Europe, Third Edition, Cambridge University Press, 1995, s. 39-40; **TARHANLI,** s. 419 vd. Devlet raporlarını inceleme, devletlerarası başvuruları inceleme ve bireysel başvuruları inceleme şeklindeki üç ana yetkisinin dışında, Komitenin, yapmış olduğu faaliyetlerle ilgili olarak BM Genel Kuruluna yıllık rapor sunma şeklinde bir periyodik ve mûtad işlevi de vardır (bkz. **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 43).
[186] Bkz. **GEMALMAZ,** Yaşam Hakkı…, s. 7; **GÜLMEZ,** s. 207. Akıllıoğlu'na göre, KSHUS hükümlerini inceleme işlevini ana görevler arasında saymak gerekir (bkz. **AKILLIOĞLU,** İnsan Hakları, s. 395).
[187] Bkz. **GEMALMAZ,** Yaşam Hakkı…, s. 7.

belirtildiği raporları incelemektir (md. 40/4). Bu inceleme sonucunda Komite, kendisine sunulan raporlar hakkındaki genel görüşlerini (*general comments*) içeren bir rapor hazırlar ve 'nihai tespit'lerini taraf devletlere ve gerek görürse ayrıca da Ekonomik ve Sosyal Konseye bildirir. Adından da anlaşılacağı üzere, bu raporlardaki görüşler sadece yol gösterici nitelikte olup hukuksal bir bağlayıcılığa sahip değildir[188].

İkinci bir yetki, Komiteye yapılan devlet başvurularını incelemektir[189]. Böyle bir başvurunun ele alınabilmesi için hem şikayet eden hem de edilen devletin, Komitenin bu yetkisini özel bir beyanla tanımış olmaları gerekir (md. 41/1)[190]. Ayrıca, Komitenin konuyu ele alabilmesi öncelikle iç hukuk yollarının tüketilmiş olmasına bağlıdır, meğer ki bunun yapılması makul olmayan bir süre alacak olsun.

Başvuru sebebi, taraf devletlerden birinin, bir diğer taraf devlet aleyhine bu Sözleşme ile üstlendiği yükümlülükleri yerine getirmemesi iddiasını öne sürmesi olacaktır. Bu halde, şikayetçi devlet, yazılı bir bildirimle durum hakkında taraf devletin dikkatini çeker.

Şikayeti alan devlet, üç ay içinde diğer devlete bir açıklama gönderir. Bunun sonucunda ve ilk şikayetin alındığı tarihten itibaren altı ay içinde durum her iki tarafı da tatmin edici şekilde çözümlenmezse, iki devletten her biri, Komite ve karşı tarafa yapacakları ihbarla konuyu Komitenin önüne getirebilirler.

Komite on iki ay içinde bir rapor hazırlar ve bu esnada tarafların her ikisini tatmin etmeye yönelik çözüm önerilerinde bulunur (md. 41). Rapor, BM Genel Sekreteri aracılığıyla ilgili taraf devletlere gönderilir. Şayet bu şekilde dostane bir çözüme varılırsa Komite, kısaca olayları ve çözümü içeren bir raporu hazırlamakla yetinir.

---

[188] Bkz. **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 44. Gbi bkz. **GÜLMEZ,** s. 209 vd.
[189] Bkz. **GEMALMAZ,** Yaşam Hakkı…, s. 13-14; **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 44-45.
[190] Oysa sözleşmeye taraf devletlerden üçte birinin altında sayıda devletin bu yetkiyi tanıdığı

Eğer bu usul sonucunda tarafları tatmin edici bir netice elde edilememişse Komite, ilgili taraf devletlerin de rızasını alarak beş kişilik bir *ad hoc* Uzlaştırma Komisyonu tayin eder (md. 42). Bu Komisyonun da görevi, sorunun dostane çözümü amacıyla taraf devletlere arabuluculuk hizmeti sağlamaktır. Uzlaştırma Komisyonu da on iki ay içinde bir rapor hazırlar ve Komite aracılığıyla bunu ilgili devletlere sunar. Raporda, dostane bir çözüme ulaşılabilmişse bunun aşamaları ve esası; ulaşılamamışsa, *ad hoc* komisyonun kendi dostane çözüm önerileri bildirilir[191].

Raporun alınmasından itibaren üç ay içinde, ilgili devletler bu raporu kabul edip etmediklerini belirtirler. Etmişlerse, artık rapordaki tavsiyeler doğrultusunda sorunu çözmeleri beklenir. Aksi halde, yapacak bir şey kalmamıştır. Çünkü Komite ve Komisyonun ihlalin vuku bulduğunu tespit etme, ilgili devleti uyarma ya da kınama, onun aleyhine tazminata hükmetme gibi yetkileri yoktur.

Demek ki, bu Sözleşme ile kurulan şikayet mekanizması tümüyle ilgili devletler arasında arabuluculuk yapıp uzlaşma sağlamaya yöneliktir, her hangi icrai bir yetki tanınmış değildir. Bu yöntemin son yıllara değin hiç kullanılmadığı ve etkili olmadığı öne sürülmektedir[192].

Komite'nin kullanabileceği son bir yetki de, kendisine yapılan bireysel başvuruları incelemektir[193]. Fakat bunun için, şikayet edilen devletin KSHUS'a Ek İhtiyarî (Seçimlik) Protokol'e taraf olması gerekmektedir. Seçimlik Protokole taraf olma durumunda bireysel başvuru yetkisi tanınmış sayılır, ayrıca bir kabûl beyanında bulunmak gerekmez[194]. Bununla birlikte, başvurucunun da şikayet edilen devletin yetki alanına tâbi olan bir kimse olması, aynı konunun diğer bir uluslararası soruşturma organı tarafında ele alınmakta bulunmaması gerekir[195].

---

bildirilmektedir, bkz. **GÜLMEZ,** s. 212.
[191] Uzlaştırma Komisyonu hakkında gbi bkz. **GÜLMEZ,** s. 215-216.
[192] Bkz. **GÜLMEZ,** s. 213.
[193] Gbi bkz. **GEMALMAZ,** Yaşam Hakkı…, s. 14 vd.
[194] Bkz. **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 46.
[195] Bkz. **SANDS/MACKENZİE/SHANY,** s. 173-174.

Bireysel başvurunun ileride göreceğimiz '1503 yöntemi'nden farkı, 1503 usulünün bir devlet içindeki 'durum'u tespit etmeye yönelirken, buradaki amacın 'bireysel ihlal'i tespit etmek üzere kişisel yakınmaları incelemek olmasıdır[196].

Başvuru, KSHUS'ta bizzat yer alan haklarından birinin ihlâl edildiğini öne süren bireyler tarafından (ya da onun adına hareket eden bir kişinin imzasıyla), iç başvuru yolları tüketildikten sonra yapılabilecektir[197].

Başvuru iki aşamada incelenir: önce kabul edilebilirlik meselesi, sonra da işin esası ele alınır.

Kabul edilebilirlik koşulları Seçimlik Protokolün 1.-5. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, başvuru Protokole taraf bir devlete karşı yapılmalı; başvurucu, şikayet edilen devletin yetki alanına (yargı yetkisine) tâbi bir kimse olmalı; aynı konu diğer bir uluslararası soruşturma organı tarafında ele alınmakta olmamalı; başvuru, hakkın kötüye kullanılması niteliği veya KSHUS'la bağdaşmaz diğer bir nitelik taşımamalı; iç başvuru yolları (makul sürede sonuç verebilmesi koşuluyla) tüketilmiş olmalıdır[198]. Kabul edilebilirlik aşamasında, ilgili devletten kural olarak hem kabul edilebilirliğe hem de işin esasına ilişkin altı ay içinde yazılı cevap vermesi istenilir.

İncelemeyi sürdürmek için İnsan Hakları Komitesinin beş üyesinden oluşan 'Şikayetler Çalışma Grubu' da yardımcı olur[199]. Komitenin kabul edilebilirlik kararını oybirliğiyle vermesi gerekir.

İşin esasının incelenmesine geçildiğinde, yine ilgili devletten sorun konusunda açıklama yapması istenir ve sorunu çözmek için önlem alıp almadığı

---

[196] Bkz. **GÜLMEZ,** s. 217.
[197] Bkz. **TARHANLI,** s. 420. Diğer koşullar için bkz. **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 46-47; **GÜLMEZ,** s. 217-219.
[198] Bkz. **GÜLMEZ,** s. 218. Başvuruda bulunması gereken bilgileri için bkz. **SANDS/MACKENZİE/SHANY,** s. 175.
[199] Bkz. **GÜLMEZ,** s. 220.

sorulur (Seçmeli Protokol md. 4). Yanıt altı ay içinde verilir. Bu yanıt başvurana (şikayetçiye) gönderilir ve iki ay içinde gözlemlerini Komiteye iletmesi istenir.

Sözleşmeye taraf devlet, Komite'ye başvurulması üzerine, ihlâli gidermeye yönelik yeterli tedbirleri alırsa, Komite'nin incelemesini sona erdirmesi gerekir. Aksine, ihlâl devam ediyorsa ve başvurucu için telafisi mümkün olmayan zararlara uğrama tehlikesi varsa, Komite uygun gördüğü takdirde, geçici önlemlere karar verebilecektir[200].

Devlet başvurusu ve kişisel başvuru, Komite'ye sunulan yazılı deliller ışığında (dosya üzerinden), kural olarak gizli şekilde incelenir. Komite kararları çoğunlukla alınsa da, uygulamada, ihlâlin varlığına '*consensus*' yoluyla karar verilmektedir[201].

Komitenin verdiği kararlar 'görüş' (*view*) adını alır ve ilgili devlet ile başvurucuya iletilir. Bu görüşte, ihlâli ya da doğurduğu sonuçları ortadan kaldırmak için ilgili devletin uygun önlemleri alması önerilir[202]. Nihaî kararlar, BM Genel Kuruluna sunulan yıllık raporun ekinde özetlenmek suretiyle kamuoyuna da duyurulur.

Bireysel başvuru durumunda, Komite, mağdur olduğunu iddia eden kimsenin telafisi mümkün olmayan zarara uğramasını önlemek için ihtiyadî tedbirlere başvurmanın gerekli olup olmadığı konusundaki görüşünü ilgili devlete bildirir (Usul Kuralları md. 86). Doğal olarak, bu görüş de tavsiye niteliğinde olup bağlayıcı değildir[203].

[200] Bkz. **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 47.
[201] Bkz. **TARHANLI,** s. 420; **SANDS/MACKENZİE/SHANY,** s. 178;**GÜLMEZ,** s. 222.
[202] Bkz. **de ZAYAS, M. Alfred,** The Follow-Up Procedure of the UN Human Rights Committee, Review of the International Commission of Jurists, No. 47, 1991, s. 29.
[203] Bkz. **SANDS/MACKENZIE/SHANY,** s. 175.

Komite'nin görevi, taraflar arasında uzlaşma sağlamaya yönelik olup kararları da 'genel gözlem'[204] veya tavsiye adını alıp, bunların bağlayıcı ya da icraî bir niteliği yoktur[205]. Komite'nin tek denetim imkânları, içtüzüğün 99. maddesiyle yaratılmış olan izleme ziyaretleri ve ilgili devletlerin gerekli düzeltmeleri yaptıklarını denetlemekle görevlendirilmiş olan özel raportörlük kurumudur[206]. Ancak bunların da sadece ahlakî bir ağırlığı vardır[207].

Şikayet mekanizmasının bu şekilde sınırlı sonuçlar doğurmaktan öteye gidememesi sebebiyle Sözleşme ile getirilen denetim sisteminin etkin olmaktan uzak kaldığı öne sürülmekteydi[208]. Bununla birlikte, Seçimlik Protokolün öngördüğü bireysel başvuru yönteminin uygulamada yerleşmesiyle Komite'ye yapılan başvuru sayısının hızla arttığı gözlemlenmektedir[209]. Nitekim, bireysel başvuru yöntemine devletlerin verdiği ilk tepkinin olumlu olduğu ve yaşanan uygulama sorunlarına rağmen mekanizmanın yarar getirmeye başladığı savunulmaktadır[210].

IV. İŞKENCEYE VE DİĞER ZALİMANE, İNSANLIK DIŞI VEYA ONUR KIRICI MUAMELE VEYA CEZAYA KARŞI BİRLEŞMİŞ MİLLETLER SÖZLEŞMESİ[211]

A. Sözleşmenin Ortaya Çıkış Süreci

---

[204] Bkz. **KABOĞLU,** s. 202.
[205] Bkz. **de ZAYAS,** s. 28; **SANDS/MACKENZIE/SHANY,** s. 171.
[206] Bkz. **de ZAYAS,** s. 32 vd.; **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 48-49; **SANDS/MACKENZIE/SHANY,** s. 179.
[207] Ancak Ek Protokol'e kendi isteğiyle taraf olmayı seçmiş bir devletin, bundan böyle iyi niyetle hareket edeceği ve Komite tavsiyelerinin gereğini yerine getirmeyi üstlenme niyetinde olduğu söylenebilir (bkz. **de ZAYAS,** s. 29). Ayrıca, devletlerin, Özel Raportöre sistematik olarak bilgi aktardıkları da gözlemlenmiştir (bkz. age, s. 33-34).
[208] Bkz. **KAPANİ,** s. 36.
[209] Bkz. **GÜLMEZ,** s. 224.
[210] Bkz. **GÜLMEZ,** s. 225-226. Sözleşme-içi koruma yöntemlerinin ortak sorunları hk. detaylı bilgi için bkz. **GÜLMEZ,** s. 341 vd.
[211] İng. *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. Türkçe metin için bkz. **DOĞRU,** Mevzuat, s. 119 vd. Sözleşmenin başlığı şu şekilde de Türkçe'ye tercüme edilebilir: İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya *Küçültücü Davranış* veya Cezalara Karşı Sözleşme (ör. bkz. **REİSOĞLU, Safa,** Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları, Beta AŞ, İstanbul 2001 s. 22).

Bu sözleşmenin temelinde BM Genel Kurulunun 9 Aralık 1975 tarih ve 3452 (XXX) sayılı Kararıyla kabul edilen '*Herkesin İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Korunmasına dair Bildiri*'[212]yi etkinleştirme arzusu yatar[213].

Söz konusu bildirinin birinci maddesinde şöyle denilmiştir: '*1. Bu Bildiri bakımından işkence, bir kamu görevlisi tarafından bizzat veya onun teşvikiyle bir kimseye, kendisinden bir itiraf almak veya üçüncü bir kişi hakkında bilgi elde etmek, işlediği veya işlediğinden kuşkulanılan bir suçtan ötürü kendisini cezalandırmak, kendisinin veya başkalarının gözünü korkutmak gibi amaçlarla, fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı veya ıstırap veren herhangi bir fiildir. İşkence terimi, Mahpusların Islahı için Asgari Standart Kurallara uygun olan hukuki yaptırımlardan kaynaklanan veya bu yaptırımların doğasında var olan acı ve ızdırabı kapsamaz.*

2. *İşkence, zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezanın ağırlaştırılmış ve kasten işlenmiş bir biçimini oluşturur*'[214].

B. 1984 BM İşkence Sözleşmesi

1. Kapsamı

Adı geçen sözleşme, BM Genel Kurulunun 10.12.1984 tarihli ve 39/46 sayılı kararıyla kabul edilip 26.6.1987'de yürürlüğe girmiş, Türkiye tarafından da 10.8.1988 tarihli RG'de yayımlanarak yürürlüğe konmuştur.

Sözleşmenin ilk maddesinde işkencenin tanımı yapıldıktan sonra 2.-16. maddelerde taraf devletlerin üstlendiği yükümlülükler sıralanmış, ardından da 17.-24. maddelerde koruma ve denetim yöntemleri düzenlenmiştir[215].

---

[212] İng. *Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. Türkçe metin için bkz. **DOĞRU,** Mevzuat, s. 117-118.

[213] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 21. Bildirinin ve bundan sonraki gelişmelerin tarihçesi için bkz. **GEMALMAZ,** İşkencenin Önlenmesi, s. 197 vd.

[214] Bkz. **DOĞRU,** Mevzuat, s. 117.

[215] Bkz. **GÜLMEZ,** s. 277.

İlk maddede işkencenin tanımı şöyle yapılmıştır: '*1. Bu Sözleşmenin amacı bakımından 'işkence', bir kimseye karşı, kendisinden itiraf almak veya üçüncü kişi hakkında bilgi edinmek, kendisinin veya üçüncü kişinin yaptığı veya yaptığından kuşkulanılan bir eylem nedeniyle cezalandırmak veya 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 işlenen ve işlendiği kimseye fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı ve ıstırap veren herhangi bir fiildir. Kanuni yaptırımlardan kaynaklanan*[216] *veya yaptırımın doğasında bulunan veya bu yaptırımlarla rastlaşan acı veya ıstırap, işkence sayılmaz.*

2. *Bu madde, uygulama alanı daha geniş olan hükümlerin bulunduğu veya bulunabileceği uluslararası belge veya ulusal mevzuat hükümlerinin uygulanmasını önlemez*'[217].

Görüldüğü gibi, ilk maddede sadece işkence kavramına yer verilmiştir. Buna karşılık, maddede tanımlanmış bulunan işkencenin düzeyine varmayan diğer zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya ceza uygulamaları,

[216] Uluslararası doktrinde, işkence yasağına tanınan bu istisnanın tanımın içeriğini muğlaklaştırdığı savunulmaktadır. Özellikle, kanuni yaptırımdan neyin anlaşılması gerekeceği, sorun yaratmaktadır. Bu çerçevede ('kanuni yaptırım' olarak) uygulanabilecek ceza ve tedbirler nelerdir? Örneğin bazı Şeriat devletlerinde kanun gereği uygulanan bedensel cezalar bu çerçevede midir? (bkz. **INGELSE, Chris,** The Committee Against Torture: One Step Forward, One Step Back, Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 18, No. 3, 2000, s. 308). İlk etapta bu sorulardan uzak duran Komite, sonunda 1997 yılında, Namibya'ya ilişkin bir tavsiye kararında, kanunla öngörülse bile bedensel cezaların uygulanmasının, Sözleşmeye aykırı düşebileceğini belirtmiştir (bkz. age, s. 318; ayrıca bkz. **GEMALMAZ,** İşkencenin Önlenmesi, s. 208-209). Gemalmaz'a göre, 'hukuka uygun yaptırım' ifadesini yeğlemek daha büyük bir güvence sağlayacaktır. Çünkü 'kanuni yaptırım' ifadesinin kullanılması, şer'i ülkelerde olduğu gibi, aslında kanunlarda yer alan, fakat doğası itibariyle uluslararası insan hakları standartlarına aykırı olan muameleleri (ör. kırbaçlama cezası), sözleşme gereğince işkence kapsamında olmaktan çıkaracaktır. Bir görüşe göreyse, Sözleşme'nin ruhuna uygun (yani 'amaçsal') biçimde yorumlanması durumunda, bu tür sorunlar çıkmayacaktır, bkz. **NUHOĞLU,** s. 531; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 13. Aslında belki sorun şudu ki, buradaki '*lawful*' ibaresini, hem 'kanuna uygun' hem de 'hukuka uygun' olarak tercüme etmek mümkündür. Şayet tercümede, ikincisi tercih edilirse, sorun kalmayacaktır; çünkü ulusal kanunda yer alsa bile, o muamelenin meşruluğu (hukukiliği) evrensel standartlara ve en başta uluslararası insan hakları hukukuna göre belirlenecektir ('hukuka uygunluk' kıstasından yola çıkarak bkz. aynı yönde **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 13). Zaten kanımızca bu ibarenin bir 'istisna' getirdiğinden bahsetmek teknik açıdan hatalıdır, çünkü burada aslında işkence teşkil edip de buna rağmen yasak kapsamından çıkarılmış bir hal yoktur. Burada, zaten doğası itibariyle işkence teşkil etmeyen yasal yaptırımlar söz konusudur.

[217] Bkz. **DOĞRU,** Mevzuat, s. 119-120.

tanımlanmamakla birlikte[218] on altıncı maddede düzenlenmiştir. Buna göre, '*işkence derecesine varmayan diğer zalimane, gayriinsani veya küçültücü muamele veya ceza gibi fiillerin…..*' işlenmesinin de önleneceği öngörülmüştür. Böylece, işkence ile diğer yasak türden davranışlar arasında nitelikten ziyade bir ağırlık farkı olduğu ortaya konmuştur[219].

Tabii ki işkence dışındaki yasak davranışları da önlemek ve cezalandırmak devletin görevidir. Böyle bir ayrımın yapılmasının sebebi, işkence konusunda devletlerin üstlendikleri tüm taahhütlerin otomatikman diğer yasaklanan türden ceza ve fiiller için de uygulama alanı bulmamasıdır[220].

İşkence tanımındaki unsurları inceleyecek olursak bunun '*ağır acı veya ıstırap veren bir fiil*' olduğunu görürüz[221]. Bu acı, fiziksel ya da ruhsal alanda meydana getirilebilir. Yeter ki belirli bir ağırlık düzeyine varsın.

İşkence teşkil edebilecek eylemin amacı da belirlenmiştir. Tanıma göre; a) mağdurdan itiraf almak, b) mağdurdan, üçüncü bir kişi hakkında bilgi almak, c) mağdurun ya da üçüncü bir kişinin işlediği sanılan bir suç nedeniyle mağduru cezalandırmak, d) mağduru ya da üçüncü bir kimseyi korkutmak ya da ikrah altında bırakmak (zorlamak)[222], e) ayrımcılığa dayanan herhangi bir sebep, faildeki saiki

---

[218] Bunun sebebi Sözleşmeyi hazırlayan çalışma grubunun işkencenin yeterince belirli bir tanımının yapılabilecek olmasını düşünürken, diğer zalimane, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele veya ceza için bunu mümkün görmemesidir, bkz. **PARRY,** s. 240, dn. 12.

[219] Bkz. **ÖZGEN,** s. 218.

[220] Bkz. **INGELSE,** s. 311. Örneğin evrensel yargı yetkisini düzenleyen md. 5, 6 , 7 hükümleri; tazminata ilişkin md. 14 hükmü; uluslararası denetime ilişkin md. 20 hükmü sadece işkence durumunda devreye girer (bkz. **GEMALMAZ,** İşkencenin Önlenmesi, s. 212).

[221] Gemalmaz bu kıstası eleştirerek, aslolanın kişilik bütünlüğünün korunması olduğundan bahisle, buna dokunan her tür eylemin işkence teşkil edebileceğini belirtmektedir (bkz. **GEMALMAZ,** İşkencenin Önlenmesi, s. 205). Bu görüşe göre, akût acıya yol açmayan, hatta psikiyatrik dengeyi de kalıcı şekilde sarsmayan, fakat insan onurunun temel direği olan serbest iradesini kaldırdığı için kişiye yönelik çok ağır bir saldırı teşkil eden tekniklerin, örneğin zihin kontrol tekniklerinin uygulanması, işkence kapsamında değerlendirilebilmelidir. Teknolojinin bu kadar geliştiği bir dönemde bu yaklaşımı anlayışla karşılamakla beraber, yaptığımız tanım gereği kişiye maddî ya da manevî ağır acı veya ıstırap vermeyen veya vermeyi amaçlamayan hareketlerin de işkence kapsamında sayılmasının aşırıya kaçmak anlamına geleceğini düşünüyoruz.

[222] Bundan maksat, işkence yapılan kişiyi ya da diğer bir üçüncü kişiyi, serbest iradesi dışında, işkence uygulayanın arzu ettiği belirli bir davranışta bulunmaya sevk etmektir (bkz. **ÖZGEN,** s. 220).

oluşturacaktır[223]. Saik böyle belirlenince, işkence teşkil edebilecek fiillerin kasten işlenmesi gerektiği açıktır[224]. Buna karşılık, amaçlanan sonucun mağdurdan ya da üçüncü bir kişiden sağlanmak istenmesi arasında fark gözetilmemiştir[225].

Bir başka unsur, eylemin; a) bir kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden bir kimse tarafından, ya da en azından b) bunların teşviki veya rızası veya muvafakatiyle, işlenmiş olmasıdır. Burada dikkati çeken husus, b) bendinde saydığımız unsurların mevcut olması şartıyla, memur olmayan kimselerin de bu suçun faili olabilmelerinin öngörülmesidir[226].

Buna karşılık, sadece bu unsurlardan birinin varlığı durumunda özel kimselerin fiilleri Sözleşme kapsamına gireceğinden, münhasıran devlet kaynaklı eylemler düzenlenmiş olmaktadır. Dolayısıyla, tümüyle hükûmet-dışı örgütler veya özel kişilerden kaynaklanan eylemler bu Sözleşmenin 1. ve 16. maddesi kapsamında değerlendirilemeyecektir. Bu anlayış, sözleşmenin maddî uygulama alanını bir hayli daralttığı gerekçesiyle eleştirilebilir[227].

Sözleşmenin md. 1/b.1 hükmünün son cümlesinde belirtildiği üzere, kanun gereği uygulanan yaptırımların salt yerine getirilişinden kaynaklanan ve/veya bu tür kanuni yaptırımların doğasında bulunan (kendisinde mündemiç) acı ve ıstırabın oluşumu işkence şeklinde nitelendirilemez.

Birinci maddenin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere, Sözleşme işkencenin tanımı bakımından asgarî bir standart getirmektedir. Böylece, daha dar bir kapsam öngören ulusal mevzuat veya uluslararası belge hükümlerinin yerini bu Sözleşmede

[223] Gemalmaz'ın maddede sayılan amaçların tahdidi (sınırlayıcı) nitelikte olmadığı yolundaki tespitine katılıyoruz. Belirtilen yöndeki saikler örnekleme niteliklidir (bkz. **GEMALMAZ,** İşkencenin Önlenmesi, s. 206). Ayrıca, yazarın da vurguladığı gibi, bu saikler sayılırken, orijinal metinde 'for such purposes as', yani 'gibi amaçlarla' ifadesine yer verilmiş olması bu tespiti doğrulamaktadır.
[224] Aynı yönde bkz. **GEMALMAZ,** İşkencenin Önlenmesi, s. 203. Zaten orijinal metinde, '*intentionally*', yani 'kasten (işlenmiş)' ifadesine açıkça yer verilmektedir.
[225] Bkz. **ÖZGEN,** s. 220.
[226] Bkz. **ÖZGEN,** s. 216.
[227] Bkz. **BALKIZ,** s. 103-104.

kabûl edilen tanım alacaktır[228]. Buna karşılık, daha kapsamlı bir tanıma yer veren ulusal veya uluslararası düzenlemeler geçerliliğini koruyacaktır[229].

Sözleşmedeki hükümlerin içeriğine bakacak olursak, savaş, savaş tehdidi, iç siyasal karışıklık veya başka bir olağanüstü durumun varlığı işkenceyi haklı kılmaz (md. 2/2). Sözleşme gereği kurulan İşkenceye Karşı Komitenin içtihatlarıyla da bu hususu kesin olarak vurgulanmıştır. Bir üstten veya resmi bir makamdan emir alınmış olması da hukuka uygunluk sebebi teşkil etmez (md. 2/3)[230].

Taraf devletler, Sözleşme ile birtakım yükümlülükler üstlenmişlerdir. Buna göre, genel olarak işkence ve diğer türden yasak eylemleri önlemek için devletler, etkili yasal, yönetsel, yargısal ve diğer türden önlemler alacaklardır (md. 2)[231].

Bir kimsenin işkenceye uğrama tehlikesiyle karşı karşıya olduğuna inanmak için esaslı (önemli) sebeplerin bulunduğu hallerde, bir başka devlete gönderilmesi veya iadesi mümkün değildir (iade yasağı, md. 3)[232].

---

[228] Buna bağlı olarak söz konusu sözleşmenin, 765 sayılı eski TCK md. 243'te yer alan daha dar kapsamlı tanımın yerini almış olduğu öne sürülmekteydi (bkz. **ÖZGEN,** s. 215 vd; **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 27 vd). Suçun mağduru olabilecek kimseler bakımından da, Sözleşme, ETCK md. 243'ü tâdil etmiş bulunuyordu. Fakat 26.8.1999 t. ve 4449 s.K'la değişik 765 s. ETCK md. 243'te, mağdur açısından bu sorun çözülmüştü.

[229] Bkz. **ÖZGEN,** s. 214-215; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 6.

[230] Zaten uluslararası ceza hukukunda, âmirin emrini ifanın hukuka uygunluk sebebi olmadığı öteden beri kabûl görmüş bir anlayıştır, bkz. **ÖNOK,** Tarihî…, s. 253 vd. Komite, İsrail'e ilişkin bir kararında, bu devletin mevzuatında üstten alınmış emrin zorunluluk halinde ifa edilmesi durumunda, bunun hukuka uygunluk sebebi teşkil edeceğinin öngörülmüş olmasını, İsrail'in sözleşmesel yükümlülüklerinin açık ihlaline yol açan, ciddi endişe yaratıcı bir durum olarak değerlendirmiştir. Hemen belirtelim ki, madde 2/3 hükmünün emrin ifasının sorumluluğu azaltan bir sebep olarak öngörülmesini engellemiş olmadığı öne sürülmektedir (bkz. **INGELSE,** s. 319; aksi görüşte **ÖZGEN,** s. 231).

[231] Bunun kapsamı için bkz. **ÖZGEN,** s. 221 vd.

[232] Bu konuda, Komite'nin içtihadı BM İnsan Hakları Komitesi'ninkiyle büyük ölçüde uyuşmaktadır. Üçüncü maddedeki yasağın devreye girmesinde temel nokta olarak başvurucunun kişisel güvenliği nazara alınmaktadır. Bu maddeye dayanan başvuruların kabul edilebilirliği dahi tartışılmadan ilgili devletten iadenin durdurulması istenmektedir. Devletlerin de bu konuda hassas olduğu gözlemlenmektedir. İşin esasını değerlendirirken Komite, maddede öngörülen türden bir tehlikenin varlığını tespit etmek için kesin deliller aramamaktadır. Zira, geleceğe yönelik potansiyel bir ihlali kesin şekilde kanıtlamak neredeyse olanaksızdır. Madde 3/2'de yer alan kriterleri (ilgili devlette insan hakları ihlallerinin ağır, açık veya kitlesel bir tarzda vuku bulup bulmadığı da dahil olmak üzere her türlü hal ve şart) kombine etmek suretiyle bir sonuca varıp, şüphe halinde başvurucudan yana karar verme yolunu tercih etmektedir (detaylı bilgi için bkz. **INGELSE,** s. 320-321). Dikkati çekmek gerekir ki, 1984 BM Sözleşmesi ile sağlanan koruma, daha spesifik birey kategorilerini korumaya yönelik diğer uluslararası sözleşmelerden daha geniş bir koruma sağlamaktadır. Özellikle, iade yasağı

Devletler, mevzuatlarına ilişkin olarak da bazı yükümlülükler altına girmişlerdir. Buna göre, işkence eylemleri suç sayılacak, buna kalkışan ya da katılan kimseler de cezalandırılacaktır (md. 4). Taraf devletler, işkence suçlarındaki yargı yetkilerini sadece kendi vatandaşlarını ya da kendi sınırlarında işlenen işkence suçu faillerini değil, yurt dışında bu suçu işlemiş olup da kendi ülkelerinde bulunan failin de yargılanmasını sağlayacak şekilde saptamalıdırlar (md. 5). Bunun ceza hukuku bakımından anlamı, evrensel yetkinin kabul edilmiş olmasıdır[233]. Demek ki artık, işkence ve diğer zalimane davranış faillerinin cezalandırılması devletlerin iç sorunu olmayıp, tüm devletlere ortak, evrensel nitelikli bir mesele haline getirilmiştir[234].

İşkence, suçluların iadesine ilişkin antlaşmalarda geri verilebilir bir suç olarak düzenlenecek (md. 8); işkence suçlarıyla ilgili uluslararası adli yardım yolu işletilecektir (md. 9).

İşkence sonucu alınan ifadenin, sadece işkenceci aleyhine yürütülen soruşturmada delil olarak kullanılabileceği düzenlenecektir[235](md. 15).

---

açısından en geniş ve sorunlu kategoriyi oluşturan mülteciler bakımından durum böyledir. Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin 1951 Sözleşmesi, bu konudaki temel ve genel kaynaktır. Buna dayanarak iade yasağından faydalanabilmek için, ırk, din, ulusalyet, belirli toplumsal veya siyasal gruba mensubiyet temellerinden birine bağlı olarak, zulme (İng. Persecution) uğrayacağı yönünde haklı sebep (İng. Well-founded fears, ifadeye sadık bir tercümeyle, 'aslı olan korku' demektir) bulunduğunu kanıtlamak gerekecektir. Halbuki, 1984 Sözleşmesi açısından, işkenceye uğrama ihtimalinin, uğramama ihtimalinden fazla olması kafidir. 1951 Sözleşmesinden farklı olarak, geçmişte kendisi başkalarını zulme uğratan ya da ceza sorumluluğunu gerektiren faaliyetlere girişen kimseler de üçüncü maddenin korumasından faydalanabilirler. Geniş bilgi için bkz. **MAUTINO, S. Kathrin**, The Convention Against Torture and Other Forms of Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment, Journal of Immigrant Health, Vol. 2, No. 4, 2000, s. 180.

[233] Bkz. **NOWAK,** s. 66.

[234] Aynı yönde bkz. **KORKUSUZ,** s. 67. Fakat, bu ilkeye soyut olarak yer verilmiş olmakla beraber devletler tarafından bu kuralın uygulanmasının gerekebileceği somut vakalarda Komite, görüş bildirmekten kaçınmıştır. Örneğin, Hollanda'da bulunan General Pinochet ve Kolombiya'da bulunan Avril hakkında yargılama yapılması gerektiği hususunda Komite inisiyatif kullanmamıştır. Bununla birlikte, 1998 sonunda Pinochet'nin Birleşik Krallık'ta ortaya çıkması üzerine daha cesur ve girişken bir tavır sergilemiş ve bu devlete, şayet Pinochet'yi İspanya'ya iade etmeyecekse onu yargılaması gerektiğini bildirmiştir (bkz. **INGELSE,** s. 321).

[235] Bkz. **KORKUSUZ,** s. 68; bu yükümlülüğün kapsamı için bkz. **ÖZGEN,** s. 224 vd; **ER,** s. 178. Türkiye, 18.11.1992 tarih ve 3842 sayılı Yasa ile CMUK'a eklediği md. 135/a hükümleriyle, bu konuda üzerine düşeni yapmıştır. Ayrıca, CMUK md. 254 hükmü ve 1.10.1998 tarih ve 23480 s. RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği md. 23 hükmüyle de, aynı doğrultuda güvenceler sağlanmıştır. Elbette 1.6.2005'te yürürlüğe giren yeni CMK bakımından da durum aynıdır.

Bunların dışında, işkence yapanın adalet huzuruna çıkması için gerekli tedbirleri almak (md. 6), işkence yasağı hakkında eğitim vermek (md. 10), sorgulama yöntemlerini ve uygulamayı denetlemek (md. 11), işkence mağdurunun yetkili mercilere rahatça başvurabilmesini sağlamak (md. 13), işkence mağdurlarının tedavisini sağlamak, zararlarını gidermek, adil bir tazminat alabilmelerine imkan vermek, devletin sorumluluğu altında olacaktır[236](md. 14).

Sözleşmenin yorumlanması ya da uygulanması konusunda, iki ya da ziyade devlet arasında çıkan uyuşmazlıkların görüşme yoluyla giderilmesi mümkün olmazsa, taraflardan birinin talebi üzerine, ihtilaf hakeme havale edilir. Bu talepten itibaren altı ay içinde taraflar; hakemliğin kuruluşu üzerinde de anlaşamazlarsa taraflardan her biri, ihtilafı Uluslararası Adalet Divanı'na götürebilecektir[237].

2. İşkenceye Karşı Komite

a. Kuruluşu

1984 BM Sözleşmesinin 17 vd. maddeleriyle işkence yasağı ihlallerini takip etmekle yükümlü bir Komitenin (İşkenceye Karşı Komite- *Committee against Torture*) kurulması öngörülmüş, bu Komite 1988 yılında oluşturulmuştur[238]. Amaç, taraf devletlerin akdî yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlamak ve bu yönde gerekli denetim ve izleme işlevlerini sürdürmektir[239].

Komite, insan hakları alanındaki yeterliliğiyle tanınmış, Sözleşmeye taraf devletlerin vatandaşı olan on uzmandan oluşur. Bu uzmanlar uluslararası memur

[236] Bkz. **REİSOĞLU,** s. 23. Madde 14 ve 15 hakkında Komite genişletici yorum yoluna başvurarak, işkence teşkil etmeyen sair zalimane muamele hallerinde de bunların uygulama alanı bulacağını saptamıştır.
[237] Bkz. Sözleşmenin 30. maddesi 1. bendi. Belirtelim ki Türkiye, md. 30/b.2'de öngörülen imkanı kullanarak Sözleşmenin söz konusu hükmüyle kendini bağlı saymadığını beyan etmiş, yani UAD'ye başvurma imkanına çekince koymuştur (bkz. **KORKUSUZ,** s. 69).
[238] Bkz. **INGELSE,** s. 308. Bu eserin 308. ve 309. sayfalarındaki atıflarda, konuyla ilgili çok zengin bir bibliyografyaya yer verilmiştir.
[239] Bkz. **TARHANLI,** s. 423.

statüsündedirler. Buna göre bu kişiler örgüt tarafından atanırlar ve tüm taraf devletlerden bağımsız olarak çalışırlar. Hiç bir hükümetten emir ve talimat almaları mümkün değildir. Bunlar sürekli olarak Komite nezdinde çalışırlar[240].

Üyeler, Sözleşmeye taraf devletlerce, taraf devletlerin gösterdiği adaylar arasından dört yıl için (yeniden seçilme imkânı mevcut olmak üzere) seçilirler[241]. Seçimde, hakça bir coğrafi dağılımın sağlanması gözetilir[242]. Komite yılda iki kez (genelde Nisan veya Mayıs ve Kasım'da) iki hafta süreyle Cenevre'de toplanır[243].

b. Yetkileri

İşkenceye Karşı Komite'nin görevi 1984 BM İşkence Sözleşmesi'ne uyulmasını denetlemek, Sözleşme'nin ihlâl edildiğini iddia eden bireylerin şikayet başvurularını kabul etmek ve işkence uygulamalarına ilişkin re'sen soruşturmaya girişmektir[244].

Komitenin yetkilerine gelince, burada üç kademeli bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, komitenin her halûkarda haiz olduğu genel denetim yetkisi bir yana (md. 19), taraf devletin çekince koymaması halinde sahip olduğu daha geniş yetkiler (md. 20) ve sadece taraf devletin kabulü halinde doğan en geniş bir yetkiler kategorisi (md. 21) basamaklı olarak düzenlenmiştir.

ba. Genel Denetim Yetkisi (md. 19)

Sözleşmenin öngördüğü en genel yetki, dönemsel raporların sunulmasına dayanır[245]. Bu kapsamda, bütün devletlerin Sözleşmeyle üstlendikleri yükümlülükleri

[240] Uluslararası memur kavramı ve statüleri hk. bilgi için bkz. **SUR,** s. 156.
[241] Ancak her iki yılda bir, üyelerin yarısının değişimi öngörülmüştür (bkz. **AKILLIOĞLU,** İnsan Hakları, s. 398).
[242] Bkz. **REİSOĞLU,** s. 24.
[243] Bkz. **KORKUSUZ,** s. 71; **SANDS/MACKENZIE/SHANY,** s. 188.
[244] Bkz. **SANDS/MACKENZIE/SHANY,** s. 187.
[245] Bkz. **GÜLMEZ,** s. 281.

yerine getirmek için aldıkları önlemlere ilişkin Komite'ye rapor vermeleri söz konusudur.

Rapor, Sözleşmenin ilgili devlet bakımından yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıl içinde, daha sonra da her dört yılda bir sunulur. İlk raporda, akdî yükümlülükleri yerine getirmek bakımından alınan önlemler, sonraki dönemsel raporlarda ise, alınan yeni önlemler belirtilir (md. 19). Ancak Komite de, bunun dışındaki herhangi bir zaman için, herhangi bir devletten rapor sunmasını isteyebilir[246]. Bazı devletler bu konuda sürekli gecikse de, rapor sunma konusunda hukuki bir yükümlülüğün varlığından söz edilebilir[247].

Komite, kendisine iletilen rapora dair görüşlerini ilgili devlete bildirir. Uygulamada bu, Komite'nin en etkin olarak yararlandığı yetkisi olmuştur.

Gönderilen rapor, çoğu zaman ilgili devletin temsilcisinin de hazır bulunduğu bir oturumda tartışılır[248]. Raporu inceledikten sonra Komite, rapor konusunda uygun gördüğü genel nitelikli yorumlarda bulunabilir (md. 19/3). Komitece kabul edilen 'sonuçlar ve tavsiyeler' kamuoyuna açıklanır[249].

Diğer bazı usullerde olduğu gibi, raporların gecikmeli olarak iletilmesi ve incelemenin çok yavaş ilerlemesi, yöntemin eleştirilen yönleridir[250].

bb. Soruşturma Yetkisi (md. 20)

---

[246] Bkz. **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 55.
[247] Bkz. **INGELSE,** s. 309.
[248] Bkz. **GÜLMEZ,** s. 281-282. Madde 19'a göre hazırlanan rapor, bir Hükûmet temsilcisi tarafından Komite'ye sunulur. Sunum bittikten sonra, Komite, üyelerinden birini, soru sorulmasına başlamak üzere seçer. Daha sonra, sırasıyla tüm üyeler Hükûmete, rapor ve akdi yükümlülüklerinin ifasıyla ilgili olarak sorular sorar. Bu sorular göstermiştir ki, Komite, ilgili devletin konuya ilişkin mevzuatının raporda tanıtılmasıyla yetinmemekte; buna ilaveten fiili uygulama hakkında da bilgi istemektedir. Komite üyeleri, sadece rapordaki bilgilerle bağlı değildirler. Kendi uzmanlık bilgileri ve dış çevrelerden edindikleri bilgilere de dayanabilirler (bkz. **WEISSBRODT, David,** UN Implementation of the International Prohibition against Torture and Fact-Finding in Regard to Torture, İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk Bağlamında İşkence Yasağı ve Yaşam Hakkı, İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yayını: 10, İzmir 1997, s. 60-61).
[249] Bilgi için bkz. **GÜLMEZ,** s. 281-284.
[250] Bkz. **GÜLMEZ,** s. 283.

Sözleşmeye taraf devletler, Komite'ye 20. maddede tanınan yetkilere çekince koymamışsa, Komitenin söz konusu ilave yetkisi doğar.

Komite, taraf devletin ülkesinde sistematik olarak[251] işkence yapıldığına dair güvenilir bilgiler alırsa, ilgili devleti bu konuda görüş bildirmeye çağırabilecek; durumun haklı kıldığı hallerde soruşturma yapmakla ve/veya rapor hazırlamakla görevli bir üye tayin edebilecektir.

Böyle bir bilgiyi edinen Komite re'sen harekete geçebilir; ihlâl iddiası bakımından iç başvuru yollarının tüketilmiş olmasına da gerek yoktur[252]. Soruşturma, ilgili devletle işbirliği içinde ve gizli olarak yürütülecektir[253]; ilgili devletin iznini almak kaydıyla söz konusu ülkeye ziyaret düzenlemek, tanık ve diğer ilgilileri dinlemek gibi tedbirlere başvurulabilir[254].

Soruşturma sonucunda Komite, kendi yorumları ve tavsiyeleriyle birlikte, tespit ettiği bulguları ilgili devlete iletir ve bu devleti söz konusu duruma karşı ne gibi bir önleme başvurmayı düşündüğünü bildirmeye davet eder[255].

Sözleşmenin hazırlandığı vakit soruşturma yetkisi, uluslararası hukukta öngörülmüş yeni bir imkandı. Fakat 20. maddede tanınan yetkiye çekince koyma imkanı bir çok devlet tarafından kullanılarak, Komite'nin sahip olabileceği bu önemli silah devre dışı bırakılmıştı[256]. Yine de, Komite'nin kendi inisiyatifiyle soruşturma yapabilmesi ve gereğinde kamuya da açıklanabilen değerlendirme ve tavsiyelerde

[251] İşkencenin ne zaman bu anlamda 'sistematik' sayıldığına dair bkz. **GÜLMEZ,** s. 284.
[252] Bkz. **SANDS/MACKENZIE/SHANY,** s. 191.
[253] Ancak soruşturma işlemlerinin bir özetinin yıl sonunda Komite'nin BM Genel Kurulu'na sunacağı raporda yer alması mümkündür.
[254] Bkz. **AKILLIOĞLU,** İnsan Hakları, s. 399; **SANDS/MACKENZIE/SHANY,** s. 191; **GÜLMEZ,** s. 285.
[255] Bkz. **SANDS/MACKENZIE/SHANY,** s. 191.
[256] Geniş bilgi için bkz. **INGELSE,** s. 314-315. 2003 başı itibariyle, çekinceci 12 devletten 4'ünün, çekincelerini geri aldıkları bildirilmektedir, bkz. **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 54, dn. 47-48.

bulunabilmesi, bu imkanı kullanmanın fiilen mümkün olduğu sınırlı hallerde etkili olarak değerlendirilmiştir.

Yirminci maddeye istinaden yapılan soruşturma sonucunda, 15 Kasım 1993'te Türkiye[257], 3 Mayıs 1996 tarihinde de Mısır hakkında yapılan sert değerlendirmeler, icabında bu yetkinin kararlılıkla kullanıldığının açık göstergeleridir[258].

Fakat belirtelim ki, Sözleşmenin yapıldığı zaman uluslararası hukukta benzeri olmayan bir yetki olan soruşturma yapma imkanı, artık BM İnsan Hakları Komitesi ve İşkence Özel Raportörü tarafından da fiilen kullanılmakta olduğundan Komite'nin bu ayrıcalığı ortadan kalkmış bulunmaktadır[259].

bc. Devlet Başvurusu (md. 21) ve Bireysel Başvuru (md. 22)

Son olarak, ancak taraf devletin ayrı ve açık bir kabul beyanıyla doğan bir yetki, taraf diğer devletlerin ve bireylerin Komiteye başvuru hakkıdır[260].

Bir devletin bir diğeri hakkında başvuruda bulunması, söz konusu her iki devletin de 21. maddedeki yetkiyi tanımış olmasına bağlıdır. Başvurunun temeli, 1984 Sözleşmesi'nden doğan akdî yükümlülüklerin yerine getirilmediği; ön şartı, iç başvuru yollarının tüketilmiş olması[261]; neticesi (yani ileri sürülecek talep) ise, Komitenin inceleme yapmasıdır[262].

Ayrıca, Komiteye başvurmadan önce, diğer bir taraf devletin sözleşmesel yükümlülüklerini ihlâl ettiğini öne süren devlet, öncelikle bu görüşünü söz konusu

[257] Bilgi için bkz. **AKILLIOĞLU,** İnsan Hakları, s. 243 vd; **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR,** s. 272 vd.
[258] Bkz. **INGELSE,** s. 315.
[259] Bkz. **INGELSE,** s. 316. Soruşturma işlevi hk. bilgi için bkz. **TARHANLI,** s. 424.
[260] Türkiye, gerek 20. gerekse 21. maddedeki yetkileri tanımıştır; daha doğrusu ilki için çekince koymamış, ikincisi için de kabul beyanını bildirmiştir.
[261] Bu koşulun istisnası, iç başvuru yollarının makul olmayan bir gecikmeye yol açması ya da etkin olmama ihtimalinin bulunmasıdır.
[262] Prosedür hk. geniş biligi için bkz. **REİSOĞLU,** s. 27.

devlete yazılı olarak bildirmelidir. Bildirimi alan devlet de üç ay içinde konuyla ilgili bir yazılı açıklamayı, bildirimi yapan devlete sunacaktır.

İlk bildirimden itibaren altı ay içinde ilgili devletler konuyu aralarında tatmin edici bir biçimde çözemediklerini düşünürlerse, bunlardan her biri meseleyi Komite'ye intikal ettirebilecektir (md. 21/1).

Komite'nin görevi taraflar arasında dostane bir çözümü sağlamaya yönelik bir arabuluculuk faaliyeti sürdürmekten ibarettir. Bunun için bir *ad hoc* uzlaştırma komisyonu kurulabilir. Başvuru, gizli oturumlarda incelenir. Taraflar uzlaşamazsa Komite'nin icraî bir yetkisi söz konusu olmaz, başvurunun kendisine sunulmasından itibaren on iki ay içinde hazırlayacağı raporda, bütün belgeleri ve durumu tespit etmekle yetinilir[263]. Çözümlenemeyen uyuşmazlıkların daha sonra uluslararası hakemliğe ya da Uluslararası Adalet Divanı'na intikal ettirilmesi mümkündür (1984 İşkence Sözleşmesi md. 21/1-e).

Bireysel başvuru yetkisi ise md. 22'de düzenlenmiştir ve doğumu, yine yetkinin bildirim yoluyla ilgili devlet tarafından kabul edilmiş olmasına bağlıdır. Taraf devletin sözleşmesel yükümlülüklerine aykırı davranışlarından zarar gören olan her şahıs, iç başvuru yollarını tüketmiş olmak ve konunun diğer bir uluslararası organ önünde çözülmüş veya çözülmekte olmaması kaydıyla[264], bu yola başvurabilecektir[265].

Hakkı ihlâl edilen şahıs bizzat başvurabileceği gibi, anonim olmamak kaydıyla onun adına yapılan bir şikayet de (ancak bu durumda şikayeti yapanların mağdurla doğrudan alakalı kimselerin olması gerekir) prosedürü işletebilir[266].

---

[263] Bkz. **TARHANLI,** s. 424; **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 55; **SANDS/MACKENZIE/SHANY,** s. 189; **GÜLMEZ,** s. 287-288.

[264] BM'nin sözleşmeye dayanmayan mekanizmalarına başvurulması (ör. İşkence Özel Raportörü), Komite'ye başvurmaya engel gözükmemektedir (bkz. **SANDS/MACKENZIE/SHANY,** s. 189; **GÜLMEZ,** s. 289).

[265] Prosedür hk. bilgi için bkz. **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 56; **REİSOĞLU,** s. 27-28.

[266] Buna karşılık, anonim olmayan bir başvuruda, şikayetçinin talebi üzerine ve şartların gerektirmesi durumunda, bu kimsenin isminin gizli tutulması mümkündür (1984 BM İşkence Sözleşmesi md. 22/2).

Böylece kabûl edilebilirlik koşulları, *mutadis mutandis* devlet başvurularındaki gibidir[267].

İlk etapta Komite, raportör görevi görmek üzere, başvuruyu üyelerinden birine tevdî edebilir ya da çalışma grubu kurabilir. Raportör üyenin ya da beş kişiden oluşacak çalışma grubunun ön inceleme sonucunda tespit ettiği bulgular ışığında Komite başvuruyu kabûl edilebilir bulursa, şikayeti ilgili (ihlâlle suçlanan) devletin dikkatine sunar. İlgili devlet, konuyu ve özellikle almayı düşündüğü önlemleri açıklayıcı bir yazılı cevabını altı ay içinde Komite'ye gönderir[268]. Başvurucuya, devletin verdiği cevaba cevap verme imkânı tanınır. Komite, şikayetçiyi ve ilgili devlet temsilcisini açıklamalarda bulunmak ve sorulara cevap vermek üzere huzuruna davet edebilir[269]. Bu noktada, başvurucuyu korumaya yönelik geçici tedbirler de önerebilir.

Komitenin inceleme sonucunda vardığı sonuçlar ilgili devlete bildirilir. Buna göre Komite, başvuru ışığında, inceleme konusu eylemin sözleşmeyi ihlal edip etmediğine ilişkin gözlemlerini ortaya koyar. Gözlemler önce ilgili devlet ve başvurucuya, sonra da kamuoyuna açıklanır; ayrıca ihlalin bulunduğu sonucuna varılmışsa, doksan gün içinde ilgili devletten alacağı önlemler konusunda bilgi verilmesi istenir[270]. Fakat bunların bağlayıcı ya da icraî bir yönü yoktur; bu tavsiyelerin gereğini yerine getirmek devletin takdirindedir[271].

bd. Yetkilerin Değerlendirilmesi[272]

İlk bakışta müthiş bir yetki gibi gözüken bireysel başvuru değerlendirme yetkisi, uygulamada Komiteyi çok etkin bir duruma getirememiştir. Bunun

[267] Bilgi için bkz. **GÜLMEZ,** s. 288-289. Komite, başvurunun iç başvuru yollarının tüketilmesinden çok uzun bir süre geçtikten sonra yapılmamış olmasını da aramaktadır, bkz. age, s. 289.
[268] Bkz. **TARHANLI,** s. 425. Prosedürün işlemesi konusunda farklı ihtimaller için bkz. **GÜLMEZ,** s. 290.
[269] Bkz. **SANDS/MACKENZIE/SHANY,** s. 190.
[270] Bkz. **GÜLMEZ,** s. 291.
[271] Bkz. **TARHANLI,** s. 426.
[272] Sözleşme-içi koruma yöntemlerinin ortak sorunları hk. detaylı bilgi için bkz. **GÜLMEZ,** s. 341 vd.

sebeplerinden ilki, bir çok devletin bu yetkiye çekince koyma imkanını değerlendirmiş olmalarıdır. İkinci bir sebep ise, benzer bir başvuru prosedürü öngören BM İnsan Hakları Komitesi'nin daha çok rağbet görmesidir. Zira, İHK hem daha gelişmiş ve güvenilir bir içtihada sahiptir hem de sadece işkenceyle ilgilenmeyip BM KSHUS'ta öngörülmüş tüm meselelerde yetkili olduğu için uygulamada ihtiyaçlara daha kolay cevap vermektedir. Zira, çoğu zaman işkence iddiaları başka ihlal iddiaları ile birlikte öne sürülecektir; bu hallerde ise BM İnsan Hakları Komitesi tüm meseleler bakımından yetkiliyken, sadece işkence konusunda yetkili olan İşkenceye Karşı Komite'ye doğal olarak başvurulmayacaktır[273].

Öte yandan, bu koruma yönteminin ulusal kamuoylarında tanınmaması ve sözleşmenin taraf devletler için öngördüğü eğitme ve bilgilendirme yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmemesi de bu duruma sebep olarak gösterilmiştir[274].

Devletlere tanınan başvuru yetkisine gelince, benzer imkan öngören diğer sözleşmelerde olduğu gibi, burada da devletler arası ilişkilerde ciddi gerginliğe yol açacak bu yola başvurmakta devletlerin çok müteredditt ve çekingen olması, devlet başvurusu yolunun büyük ölçüde kapalı, 'ölü' kalmasına yol açmıştır.

Bu nedenlerle uluslararası doktrinde Komitenin etkinliği tartışma konusu yapılmıştır. Bir görüşe göre, BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi ile zaten sağlanmış bulunan korumaya ilaveten etkin bir güvence sağlanamamıştır. Komite'nin faaliyet alanı, zaten daha önce BM İnsan Hakları Komitesi'nin faaliyet gösterdiği alanın aynısıdır, dolayısıyla uluslararası denetim sistemine yeni bir unsur katılmamıştır[275]. Buna karşılık, çok daha yerleşmiş bir içtihada sahip olan ve yetkisi, salt işkence konusuyla sınırlı olmayan İnsan Hakları Komitesi, bir çok vakada mağdurlara daha etkin bir koruma sağlayabilecektir.

[273] Bkz. **INGELSE,** s. 317.
[274] Bkz. **GÜLMEZ,** s. 293.
[275] Bkz. **INGELSE,** s. 311.

Kurulan Komitenin en yenilikçi ve önemli özelliği olan 20. maddedeki yetkisi büyük ölçüde başarısız olmuştur. Kuruluşundan itibaren görev yaptığı ilk on yıllık süreçte sadece bir devlet Komiteye kendi toprakları üzerinde soruşturma yapma yetkisini vermiştir. Bunun dışında da, hazırlanan raporun yayınlanması sadece bir kez mümkün olmuştur.

Daha da vahimi Komite, kendisine tanınan yetkileri kullanmakta oldukça çekingen davranmıştır. Aslında, Sözleşmede kendisine açıkça tanınmamış olmasına rağmen, üye devletler tarafından itiraz görmeyen bazı dolaylı yetkileri[276] ihdas etmeyi başarabilmiştir[277]. Buna karşılık, devletler tarafından açık kabul görmemesine rağmen, Sözleşme amaç ve ruhuyla bağdaşan dolaylı yetkileri kullanmaktan hep uzak durmuştur. Örneğin, bir devlet raporunun yokluğunda, Komite'nin harekete geçme yetkisinin olup olmadığı meselesini cevaplamayı hep ertelemiştir[278]. Yine, BM İnsan Hakları Komitesi'nin yaptığının aksine, somut vakalardan bağımsız, devletlerin genel tutumlarını irdeleyen ve eleştiren yorumlarda bulunmaktan kaçınmıştır[279].

Sözleşmenin maddi içeriği de ciddi uygulama sorunlarını beraberinde getirmiştir. Mesela, birinci maddede işkencenin çok detaylı bir tanımının yapılması ve Sözleşmenin öngördüğü anlamda bir ihlalin söz konusu olabilmesi için bu tanımdaki tüm unsurların gerçekleşmesi gereği, Komitenin hareket serbestisini çok sınırlamıştır. Halbuki, benzer kayıtlamaya tabi olmayan başka uluslararası organlar, yasağın kapsamını ve dolayısıyla koruma alanını belirlemede çok daha serbestçe hareket edebilmişlerdir[280].

[276] Bu kavramdan kast ettiğimiz, Sözleşmenin metninde açıkça yer almasa da, genel ruhundan ve amacından ortaya çıkan birtakım yetkilerdir.
[277] Örneğin Usul Kuralları aracılığıyla, hükumet dışı örgütlerden veri kabul edebilme yetkisi ihdas edildi. Yine, devlet raporları için, içerikte bulunması gereken ana hatları belirleme yetkisi tanındı. Akdi yükümlülüklerin yorumlanması hakkında, genel görüş beyan etme yetkisi de bu şekilde -fiilen- kullanıldı. Bu ve diğer örnekler için bkz. **INGELSE,** s. 313.
[278] Bkz. **INGELSE,** s. 313.
[279] Bkz. **INGELSE,** s. 323.
[280] Bkz. **INGELSE,** s. 318.

Yine, işkence ile, sözleşmeye aykırı diğer türden eylemler arasında ayrım yapılması ve bir çok koruyucu hükmün sadece işkence eyleminin varlığı halinde uygulama alanı bulabilmesi, Sözleşmenin etkinliğini azaltmıştır.

Son olarak, sadece devlet otoritelerinden kaynaklanan eylemlerin ele alınmış olması da, uygulama alanını daraltmıştır.

Sonuç itibariyle, BM KSHUS'e Ek Seçimlik Protokolle öngörülen mekanizmalarla aynı türden koruma sistemleri getiren 1984 Sözleşmesi esaslı bir ilerleme sağlayamamıştır, denilebilir[281]. Aşağıda kısaca değineceğimiz 18.12.2002 tarihli Ek Seçimlik Protokolün neler getireceğini ise zaman gösterecektir[282].

[281] Bkz. **BANK, Roland,** International Efforts to Combat Torture and Inhuman Treatment: Have the New Mechanisms Improved Protection?, European Journal of International Law, Volume 8, No. 4, 1997, s. 637 vd. Bunun sebeplerinden biri de, İşkenceye Karşı BM Komitesi'nin finans ve personel sıkıntısı çekmesidir. Aslında bütçe ve personel sıkıntısı sorunu, işkenceyle mücadele etmek için tesis edilmiş tüm mekanizmaların ortak sorunudur. Bu açıdan, BM Özel İşkence Raportörü'nün de durumu pek farklı değildir. Benzer mali sorunları, etkili bir çalışma sergilemekte olan İşkencenin Önlenmesi Avrupa Komitesi de yaşamaktadır. Şüphe yok ki bu sıkıntılar, koruma mekanizmalarının etkinliğini oldukça azaltmaktadır (bkz. **BANK,** s. 636-638.) İşkenceye Karşı Komite'nin, benzer diğer uluslararası koruma mekanizmalarla mukayesesi için bkz. **INGELSE,** s. 324 vd. Burada, BM İnsan Hakları Komitesi'nin, İşkenceye Karşı Komite'ye nazaran, daha uzun süredir faaliyet gösteriyor olmasının, daha sık aralıklarla ve daha uzun süreler boyunca oturumlar yapıyor olmasının, daha çok personele sahip olmasının, KSHUS'a daha çok devletin taraf olmasının ve kurucu antlaşmalar bakımından İşkenceye Karşı Komite'nin daha dar faaliyet alanına sahip olmasının, İşkenceye Karşı Komite'yi ikinci plana ittiği vurgulanmıştır. Buna karşılık, İşkenceye Karşı Komite'nin sahip olduğu soruşturma ve evrensel yetki imkanlarını, layığıyla değerlendiremediği öne sürülmüştür. Kısaca değinmek istediğimiz bir tartışma da, yazar tarafından ortaya atılan ve işkenceyi önlemek amacıyla kurulan bu yeni mekanizmaya harcanılan zaman ve paranın, zaten var olan mevcut kurumlar için harcanmasının daha yerinde olacağı yönündeki görüştür. Gerçekten, İngelse'ye göre, 1984 tarihli BM Sözleşmesi'nin yapılması ve İşkenceye Karşı Komite'nin kurulmasına harcanan maddi ve manevi emek, BM İnsan Hakları Komitesi'nin mevcut imkanlarını ve yetkisini genişletmek için kullanılabilirdi. Az çok aynı yetkilere sahip, farklı bir tatbikat alanı olmayan ikinci bir kuruluşa yer vermek pek de mantıklı değildir. Yazara göre, sadece KSHUS'ta öngörülmeyen ve İnsan Hakları Komitesi tarafından da yorum yoluyla kullanılamayacak olan yeni yetkiler (ör. evrensel yetki) ele alınmalı ve bunlar bir protokol halinde KSHUS'a eklenmeliydi. Buna mukabil, zaten BM İnsan Hakları Komitesi tarafından ele alınmış ya da alınabilecek hususlar, devletler arasında yeni müzakerelerin konusu yapılmamalıydı (bkz. **INGELSE,** s. 324-325). Biz, İngelse'nin İşkenceye Karşı Komite'nin işleyişinde gördüğü aksaklıklara ilişkin tespitlerine temelde katılmakla birlikte, sadece işkence konusuna özgülenmiş, ayrı bir sözleşmenin varlığını faydalı ve gerekli görüyoruz. Hatta, bu sözleşme ile öngörülen mekanizmalar, daha geniş yetkili başka organlarca sahip olunan imkanlarla örtüşse, yani hukuk dünyasında bir yenilik yaratmasa bile bu tür özel sözleşmelerin yapılmasında fayda görüyoruz. Bu görüşümüzü iki açıdan kurguluyoruz. Birincisi, yazarın önerdiği üzere BM İnsan Hakları Komitesi gibi genel yetkili ve kurucu sözleşmesinde sadece ana ilkeler öngörülmüş, spesifik ve somut düzenlemelere yer verilmemiş organlara, içtihat ve uygulama yoluyla yetkilerini tesis etme ve genişletme imkanı tanıyacak olursak, zaten uluslararası kuruluşlara yetki verme konusunda çok tereddütlü olan bir çok devlet işin içinden çıkacaktır. Çok iyi bilindiği gibi devletler, ulusal yetki alanlarına müdahale edilmesine ve devletlerarası kuruluşlara bağlayıcı yetkiler vermekte çok çekingen

3. Sözleşmeye Ek Seçimlik Protokol

18 Aralık 2002 tarihinde, 1984 BM Sözleşmesi'nin sağladığı koruma sistemini tamamlayacak mekanizmaların kurulmasını sağlamak üzere söz konusu Sözleşmeye Ek Seçimlik Protokol akdedilmiştir. Sözleşmenin 28. maddesine göre, yürürlük, yirminci onay ya da katılma belgesinin BM Genel Sekreterliğine tevdî tarihinden itibaren otuz gün geçmesiyle gerçekleşecektir. 15.10.2005 tarihi itibariyle kırk sekiz devlet sözleşmeyi imzalamış, on üçü sözleşmeye taraf olmuşken; Türkiye 14.9.2005'te imzaladığı Sözleşmeye henüz taraf olmamıştır.

Bu protokolün amacı, tıpkı aşağıda göreceğimiz 1987 tarihli Avrupa Sözleşmesi'nde olduğu gibi, ziyaretlere dayalı önleyici bir sistem kurmaktır[283]. Buna göre, özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilerin bulunduğu yerlere, hem uluslararası organlarca hem de bağımsız ulusal organlarca ziyaretler yapılacaktır (md. 1). Böylece, 1987 Avrupa Sözleşmesi'nden farklı olarak, bağımsız ulusal organlara da yetki tanınmıştır[284]. Söz konusu ulusal organ, her taraf devlet tarafından kurulacak ya da mevcut organlardan biri bu işlevle görevlendirilecektir (md. 3).

Bahsi geçen uluslararası organ ise, Protokol ile kurulacak olan 'İşkencenin Önlenmesi Alt Komitesi'dir.

---

ve cimridirler. Bir de, portesi (menzili) belirsiz, yetkileri nereye varacağı anlaşılamayan mekanizmalara öncelik verilecek olursa, böyle bir oluşuma destek olacak devlet bulmak neredeyse imkansız olacaktır. İkinci olarak, işkenceyi önleme amacına özgülenmiş bir mekanizmanın, somut ve spesifik düzenlemelerle yaratılmış olması devletler açısından önemli bir güvence olacaktır. Şöyle ki, sadece kurucu antlaşmaları çerçevesinde hareket edebilecek olan bu kuruluşlar, politik amaçlarla, keyfiliğe varabilecek derecede geniş ve belirsiz bir takdir hakkına dayanarak, esasen devletlerin egemenliğiyle bağdaşmayan, insan hakları denetimini de aşan faaliyetlere girişemeyeceklerdir. Dediklerimizden, devletlerin denetiminde ya da kontrolünde bir insan hakları koruma sisteminden yana olduğumuz çıkarılmasın. Tabii ki işkenceyi önlemeye (ve genel olarak insan haklarını korumaya) yönelik mekanizmaların devletlerden bağımsız, apolitik, inisiyatif hakkına sahip, bağlayıcı yetkileri olan organlar olmasından yanayız. Fakat devletlerin mevcut eğilimleri ile uluslararası denetim mekanizmalarının geçmiş uygulamalarını göz önüne alırsak, devletlerin beklentileriyle uluslararası denetim yollarının ihtiyaçlarını en iyi bağdaştırabilecek çözümün spesifik, detaylı ve belirli konulara özgülenmiş sözleşme ve mekanizmalar yoluyla sağlanabileceğine inanıyoruz.

[282] Seçmeli Protokol'ün değerlendirmesi için bkz. **GÜLMEZ,** s. 302-303.

[283] Bkz. **GÜLMEZ,** s. 296.

[284] Bkz. **GÜLMEZ,** s. 296.

Protokol henüz yürürlüğe girmediği ve ilgili mekanizmalar kurulmadığı için, Seçimlik Protokol hakkında ayrıntıya girmiyoruz[285].

V. İŞKENCENİN VE İNSANLIK DIŞI VEYA ONUR KIRICI MUAMELE VE CEZANIN ÖNLENMESİ İÇİN AVRUPA SÖZLEŞMESİ[286]

A. Sözleşmenin Amacı ve Kapsamı

26.11.1987 tarihinde Strazburg'da imzaya açılan ve 1.2.1989 tarihinde yürürlüğe giren bu Sözleşmeyi Türkiye 25.2.1988 tarih ve 3411 s.K ile onaylamış ve 27.2.1988 tarihli Resmi Gazete'de yayımlayarak yürürlüğe koymuştur[287].

Bu Sözleşme, insan hakları konusunda Birleşmiş Milletlerce kabul edilen belgeleri daha ileri düzenlemelerle bölgesel düzeyde gerçekleştirmeye çalışan Avrupa Konseyi'nin çabalarının sonucudur[288]. 1987 Sözleşmesi, işkence konusunda yeni maddî normlar getirmemekte, bunun yerine yargısal nitelik taşımayan, önleyici bir prosedür tesis ederek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki işkence yasağına işlerlik kazandırmayı hedeflemektedir[289].

Buna karşılık belirli standartların tespiti, şikayetlerin incelenmesi, ihlal halinde bir devletin mahkum edilmesi gibi hususlar amaçlanmamıştır. Amaç daha ince ve kompleks olup, işbirliği ruhuyla ve tavsiyeler yoluyla, hürriyetinden mahrum

---

[285] Alt Komitenin yapısı, görev ve yetkiler hk. detaylı bilgi için bkz. **GÜLMEZ,** s. 296-300.
[286] İng. *European Convention For the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. Türkçe metin için bkz. **DOĞRU,** Mevzuat, s. 335 vd.
[287] Sözleşmeye Ek 1 ve 2 No.lu Protokol ise, 25.9.1997 tarihinde onaylanmıştır.
[288] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 21. Bu çabaların tarihçesi için bkz. **GEMALMAZ,** İşkencenin Önlenmesi, s. 238 vd.
[289] Bkz. **EVANS, Malcolm / MORGAN, Rod,** The European Convention for The Prevention of Torture: Operational Practice, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 41, July 1992, s. 590 ('**EVANS/MORGAN,** Operational Practice'); **ER,** s. 178; **REİSOĞLU,** s. 46;. Sözleşme kapsamının özeti için bkz. **PITIRLI, Ali,** İşkencenin ve Gayri İnsani ya da Küçültücü Ceza ve Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi ve İç Hukukumuz, Türk İdare Dergisi, Yıl 62, Sayı 386, Mart 1990, s. 2-5.

bırakılmış kişilerin koşullarında gelişme sağlamaktır[290]. Sözleşmenin temelindeki fikir, kişilerin hürriyetinden mahrum tutulduğu yerlerdeki ortamı ve fiziki koşulları, işkence yapılmasının imkansız hale geleceği ve denetimin olağan bir faaliyet olacağı noktaya getirmektir.

Sözleşmede, işkencenin tanımına yer verilmemiştir. Buna karşılık dibacede *'Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin işkenceye ve insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya karşı korunmasının, ziyaretlere dayanan ve yargısal nitelikte olmayan önleyici vasıtalarla güçlendirilebileceğine ikna olarak*'[291] denilerek, 'İşkencenin Önlenmesi Komitesi[292]' kurulmuştur[293].

Bu fikrin tarihsel gelişimine bakacak olursak, Kızıl Haç Uluslararası Komitesi'nin, savaş tutsaklarını yerinde ziyaretinden esinlenen *Jean-Jacques Gautier*'in[294] 1976 yılında böyle bir ziyaretler sistemini önermesiyle yola çıkılmıştır.

İşkenceyle ilgili 1984 tarihli BM Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmaları sırasında da bu fikirden esinlenen Jamaika hükûmeti, bu fikri gerçekleştirmeye yönelik opsiyonel bir taslak protokol hazırlamıştı. Fakat bu yeni ve kompleks fikir ihtilaflara yol açmış ve yol kat etmek mümkün olmamıştır. Bunun üzerine, bu projeyi en azından bölgesel bazda, Avrupa Konseyi çerçevesinde ilk olarak uygulamak için kollar sıvanmıştır[295].

İlk harekete geçen, Danışma Meclisinin Hukuk İşleri Komitesi olmuş ve 1983'te sözleşme taslağı hazırlanmıştır. Dört yıl süren tartışmalar sonucunda da ziyaretler sistemine dayanan bir Komitenin kuruluşunu öngören İşkenceye Karşı Avrupa Sözleşmesi kabul edilmiştir.

---

[290] Bkz. **GİNTHER, Konrad**, The European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, The European Journal of International Law, Vol. 2, No. 1, 1991, s. 123 vd.
[291] Bkz. **DOĞRU,** Mevzuat, s. 335.
[292] İngilizce adı, *Committee for the Prevention of Torture (CPT)*'dır. Aslında tam açılımı, *Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*'tır.
[293] Komite hk. geniş bilgi için bkz. **REİSOĞLU,** s. 47-57.
[294] *Gautier* aynı zamanda İşkenceye Karşı İsviçre Komitesi'nin kurucusudur.
[295] Bkz. **GİNTHER**, s. 124 vd.

B. İşkencenin Önlenmesi Komitesi

1. Amacı

Komite, faaliyetlerini insan hakları normları, içtihatlar ve özellikle AİHS sistemi ışığında yürütecektir; fakat bu kuralların oluşumunda aktif rol almayacaktır. Her ne kadar AİHS'nin üçüncü maddesine ilişkin içtihatlar yol gösterici olacaksa da, Komite bunların infazıyla uğraşan bir merci olmayacak, maddenin yorum ve uygulanış tarzına müdahalede bulunmayacaktır[296].

Komitenin amacı 1987 Sözleşmesinin önsözünde belirtildiği gibi, yargısal olmayan ve önleyici nitelikli araçlarla AİHS'deki işkence yasağını kuvvetlendirmektir.

Komite, hürriyetinden mahrum tutulan insanların durumlarını iyileştirmek için tavsiyelerde bulunacak, buna karşılık bir ihlalin vuku bulup bulmadığını yargısal anlamda ele alma yetkisini haiz olmayacak, insan hakları mevzuatının uygulanışı konusunda görüş beyan edemeyecek, somut bir olayla bağlantılı dahi olsa pozitif hükümler hakkında yorumda bulunamayacaktır.

Bu bakımdan Komitenin odak noktası, hakkı ihlâl edilen birey değil; bireyin hakkının ihlâl edildiği mekandır[297]. Komitenin amacı, hukukî yönden bir ihlâlin varlığına hükmetmek değil, bulguladığı vakalar sonucu yaptığı değerlendirmelerle olası ihlâllerin önüne geçmektir[298].

Sistemin temeli, yetkili ulusal mercilerle Komite arasında bir işbirliği yapılmasına dayanır (md. 3)[299]. Komitenin rolü devletleri kınayıp kamuoyu önünde

[296] Bkz. **GİNTHER**, s. 125.
[297] Bkz. **EVANS/MORGAN,** Operational Practice, s. 591.
[298] Bkz. **KAİSER,** s. 5.
[299] Ancak sahip olduğu bazı tek taraflı yetkiler sebebiyle Komite'nin ulusal makamlara göre üstün konumda olduğu öne sürülmüştür, bkz. **PITIRLI,** Avrupa Sözleşmesi, s. 8.

mahkum etmekten ziyade, hürriyetinden mahrum bırakılmış kişilere yönelik kötü muamelenin önlenmesinde onlara yardımcı olmaktır[300].

2. Oluşumu

Komitenin oluşumu, dördüncü ve beşinci maddede ele alınmıştır. Buna göre Komite, sözleşmeyi onaylayan (taraf) devlet sayısınca üyeden oluşur. Üyeler, taraf devletlerin önerdiği adaylar[301] arasından dört yıllığına[302] (Sözleşmeye Ek İki No.lu Protokol ile süre iki-altı yıl olarak belirlenebilecektir), Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nce salt çoğunlukla seçilirler[303] (md. 5). Aynı vatandaşlıkta iki üye olamaz

[300] Bkz. **KAİSER,** s. 4; **NİCOLAY, Claud,** The European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk Bağlamında İşkence Yasağı ve Yaşam Hakkı, İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yayını: 10, İzmir 1997, s. 36; **EVANS, Malcolm / MORGAN, Rod,** The European Convention for the Prevention of Torture: 1992-1997, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 46, July 1997, s. 669 ('**EVANS/MORGAN,** ECPT 1992-1997').

[301] Bu adayların haiz olması gereken nitelikler 4. maddede belirlenmiştir. Buna göre, söz konusu kişiler Sözleşme kapsamındaki konularda mesleki tecrübeye ya da insan hakları alanında yetkinliğe sahip, yüksek ahlaki değer sahibi kimseler olmalıdır. Bunların hukukçu olması gerekmez.

[302] En fazla iki dönem görev yapılabilir. Yani, bir kez daha seçilmek mümkündür (md. 5/3).

[303] Sözleşmede öngörülen seçim sisteminin yarattığı sorunlar için bkz. **EVANS, Malcolm/ MORGAN, Rod,** The European Torture Committee: Membership Issues, European Journal of International Law, Volume 5, No. 2, 1994, s. 249-259. Konuyu kısaca ele alacak olursak, ilk sorun üyelerin görev süresinin kendi seçim tarihlerinden itibaren başlıyor olmasıdır. Böylece, Sözleşmeye her yeni taraf olan devletin gönderdiği temsilci, görev aldığı Komite'deki diğer üyelerin görev süresinden bağımsız olarak dört yıl görev yapacaktır. Bu da Komite'nin kompozisyonundaki dengeyi bozacaktır. Yine bu kural yüzünden, bir devletin temsilcisi istifa ederse onun yerine seçilen üye dört yıl görev yapacaktır. Böylece, düzenli seçim devri yine bozulacaktır. Halbuki bu durumda, yeni seçilen üyenin müstafi üyenin geri kalmış olan görev süresini doldurması daha makul olurdu (bu durumun yarattığı sorunların somut sonuçları bakımından bkz. **EVANS/MORGAN,** age, s. 250 vd.) Bu tür sorunların sonucunda, İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele ve Cezanın Önlenmesi İçin Avrupa Sözleşmesi'nin 5. maddesini tadil eden, İki Numaralı Protokolün 1/f.2 maddesi ile yeni düzenlemeler getirilmiştir. 5. maddeye dört ve beş numaralı bentler eklenmiştir. Buna göre, Bakanlar Komitesi, üyelerin görev süresini iki yıldan az ve altı yıldan fazla olmamak üzere belirleyebilecektir. Amaç, Komite üyelerinin görev sürelerini aynı periyoda denk getirmek, seçimlerde standardı sağlamaktır. Ayrıca, bu yeni mekanizma sayesinde, bazı üyelerin görev süresini daha uzun tespit etmek suretiyle bütün üyelerin bir anda değişmesiyle ortaya çıkacak tecrübe açığının önüne geçilebilecektir. Dördüncü maddeye göre, aday olacak kimselerin, 'yüksek ahlak ve karakter sahibi, insan hakları alanındaki yetkinlikleri bilinen ya da Sözleşmenin düzenlediği alanlarda mesleki tecrübesi olan' kimseler olması kriterinin ne suretle adaylarda tetkik edileceği de bir sorundur. Avrupa Konseyi Bilgi (Enformasyon) Müdürlüğü, adayların özgeçmişlerini yayınlamaktadır. Fakat, buradan bir sonuca varmak tabii ki pek güçtür. Muhtemelen, adayların, delegelerle kişisel temas ve kulisleri yanında; yaş, cinsiyet ve mesleki geçmişleri, seçimlerinde belirleyici olmaktadır. Genelleme yapmak gerekirse, en çok seçilen aday grubunu hukukçuların oluşturduğu söylenebilir. Örneğin 1994 tarihinde görev yapan yirmi bir Komite üyesinin onüçü hukukçuydu. Böyle bir neticeyi olağan karşılamak gerekir; çünkü her ne kadar Komite üyelerini asiste edecek uzmanları tedarik etmek her zaman mümkünse de, yapılan çalışmalarda bizzat kendi mesleki bilgileri ve tecrübeleriyle hukuki sorunları saptayıp çözebilecek olan kimselerin Komite'de yer alması kolaylık sağlayacaktır.

(md. 4/3). Üyelerin tabi oldukları devletten bağımsız olarak ve tarafsızca davranma yükümlülüğü söz konusudur (md. 4/4). Usul kurallarına göre Komite, kendi üyeleri arasından bir başkan ve iki başkan yardımcısı seçer. Bunlar Komite Bürosunu teşkil ederler. Komitenin Sekreterya görevlilerini ise Avrupa Konseyi Genel Sekreteri sağlar[304].

Komite, Kasım 1989'da işler hale gelmiş, 16 Kasım 1989'da kendi usul kurallarını belirlemiş ve 1990'da ilk periyodik ziyaretini Avusturya'ya gerçekleştirmiştir[305].

3. Görev ve Yetkileri

Komitenin görevi, gerekli gördüğü hallerde dilediği yerlere ziyaretler düzenleyip aykırılıkları yerinde denetlemek ve kötü muameleye maruz kalan kişilerin işkence ve insanlık dışı davranış veya cezalardan korunması hususunda tedbirler önermektir[306]. Böylece, Komitenin görevi üç aşamadan oluşmaktadır: ziyaret programı düzenlemek, ziyareti gerçekleştirmek ve ziyaret sırasında tespit ettiği bulguları rapor hâline getirmek[307]. Komite, bu konuda re'sen harekete geçebilir; herhangi bir devlet ya da bireyin şikayetini beklemek zorunda değildir[308].

Sözleşmenin ikinci maddesine göre her devlet, Sözleşmeye uygun olarak, kendi egemenlik alanı içinde bulunan ve kişilerin bir kamu makamı tarafından özgürlükten yoksun tutuldukları yerlerin ziyaret edilmesine izin verir.

---

[304] Bu çerçevede, Avrupa Konseyi sisteminde kurulan İnsan Hakları Dairesi (*Directorate of Human Rights*) bünyesinde çalışan Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi Sekreteryası'nın, 1987 Avrupa Sözleşmesi ile kurulan Komite'nin yazmanlık işlerini yürüttüğünü belirtelim (bkz. **AKILLIOĞLU,** İnsan Hakları, s. 340).

[305] Bkz. **GİNTHER,** s. 123 vd.

[306] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 22.

[307] Bkz. **EVANS/MORGAN,** Operational Practice, s. 591.

[308] Bkz. **COHEN-JONATHAN, Gérard,** Le Comité européen pour la prévention de la torture et la Déclaration Publique relative à la Turquie, Revue Générale de Droit İnternational Public, 1993/2, s. 421.

Demek ki, kişilerin bir şekilde özgürlüklerinden mahrum tutulduğu her yer madde kapsamındadır. Bu bakımdan hapishane, nezarethane, akıl hastanesi, ıslahevi gibi yerler ziyaret edilebilir[309]. Sözleşme hükümleri, olağanüstü hal ve savaş zamanında da, diğer yandan askeri otoriteler tarafından tutulan kişiler için de geçerlidir[310].

Kişilerin özgürlüğünden mahrum tutulduğu yerlerin nitelendirmesi, AİHS md. 5 hükmü nazara alınarak yapılır; fakat bu madde itibarıyla ortaya çıkan yasal ve yasal olmayan mahrumiyet ayrımı, Komitenin yetkisi bakımından önemsizdir.

Ancak çok önemli bir husus olarak belirtelim ki md. 20/1'e göre, devletler, imza veyahut onay ya da katılma belgesini tevdi anında, Sözleşme hükümlerinin uygulanacağı ülke parçasını belirleyebilirler. Yirmi birinci madde uyarınca kural olarak hiç bir hükme çekince konamazken, coğrafi uygulama alanı bakımından böyle esaslı bir sınırlama getirilmesi mümkündür. Daha sonra, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne yöneltilecek bir beyanla, Sözleşmenin uygulama alanı başka topraklara da genişletilebilecektir (md. 20/2). Buna karşılık, imza veya onay ya da katılma belgesini tevdi anında öne sürülmeyen coğrafi bir sınırlama, daha sonra öne sürülemez.

Sözleşme'de iki tür ziyaret öngörülmüştür: periyodik ve özel (*ad hoc*) ziyaret.

Periyodik ziyaretler bakımından, Sözleşme'de açıklık olmasa da, üye devletler eşit ölçüde ziyaret edilmelidir[311]. Fakat bu ölçü belirlenirken, o ülke çapında bulunan ve kişilerin özgürlüklerinden mahrum tutuldukları yer sayısı dikkate alınmalıdır.

[309] Bkz. **PITIRLI,** Avrupa Sözleşmesi, s. 8.
[310] Bkz. **GINTHER**, s. 128.
[311] Bkz. **GİNTHER**, s. 129; **EVANS/MORGAN,** Operational Practice, s. 598.

Periyodik ziyaretlerin yanında, '*şartların gerekli kıldığı*' taktirde özel (*ad hoc*) ziyaretler de yapılabilir (md.7)[312]. Bu tür bir ziyaret, sözleşmeye aykırı muamelelerin yaşandığı iddia ve şüphesi bulunan yerleri program dışında, özel olarak denetlemek amacıyla yapılır. Bu türden ilk iki ziyaretin Türkiye'ye yapılmış olması (1990 ve 1991) düşündürücüdür.

Bir de, özel ziyaretlerin bir türü sayılabilecek '*follow-up visit*' denilen, takip ziyaretleri vardır. Bunlar, daha önce gerçekleştirilmiş periyodik ya da özel bir ziyareti tamamlamak için gerçekleştirilir. Amaç, daha önce soruşturma konusu olmuş, fakat halen sorun kaynağı teşkil eden yerleri tekrar denetleyip gelişmeleri gözlemlemektir[313]. Bu tür ziyaretlerin önemi büyüktür, çünkü ilgili hükûmetlere iletilen tavsiyelerin yerine getirilip getirilmediğini denetleme imkanı sağlayarak, bunların hayata geçirilmesi için çoğu kez gerekli olan dış baskıyı sağlar[314].

Ziyaretin türü ne olursa olsun, ziyaret delegasyonları Komitenin en az iki üyesinden oluşur (md. 7/2). Bunlara gereğinde, uzmanlar ve tercümanlar da eşlik eder[315].

Sözleşmeyi onaylayan devletler, yetki alanları dahilindeki herhangi bir yere[316] düzenlenecek ziyarete izin vermek zorundadırlar. Fakat md. 9/b.1'e göre, ulusal savunma, kamu düzeni, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin tutuldukları yerde ciddi düzensizliğin bulunması, ziyaret edilecek kişinin sağlık durumu ve ciddi bir suç hakkında acil bir soruşturmanın sürmekte olması sebeplerine dayanarak, istisnai olarak Komite tarafından yapılması tasarlanan ziyaretin yapılma zamanına veya belirli bir yere yapılmasına taraf devlet tarafından karşı konulabilir. Bu halde, taraf

[312] Geniş bilgi için bkz. **REİSOĞLU,** s. 49-50.
[313] Bkz. **EVANS/MORGAN,** ECPT 1992-1997, s. 667.
[314] Bkz. **BANK,** s. 638.
[315] Uzman personelin Komite çalışmaları bakımından önemi ve yapılan ziyaretlerde, özellikle tıbbî bilgiye sahip kimselere sürekli yer verilmesinin; istisnai bir durum olması gereken, 'ziyaretlere ad hoc uzman personelin eşlik etmesi' uygulamasını pratikte sürekli hâle getirdiği hk. bkz. **EVANS/MORGAN,** ECPT 1992-1997, s. 666; **EVANS/MORGAN,** Operational Practice, s. 596 vd.
[316] Tabii ki, ikinci madde kapsamındaki herhangi bir yer kast ediliyor.

devlet ile Komite görüşmeler yapıp, Komitenin görevini süratli bir biçimde yerine getirmesini sağlayacak tedbirler hakkında anlaşmaya varırlar[317].

Ulusal merciler, Komite üyelerinin ülkeye girmelerine ve serbestçe seyahat etmelerine izin verir[318]. İşbirliği ilkesi çerçevesinde, Komite belirli bir ziyaretten önce, ziyaret edilecek yer hakkında bilgi ve açıklama isteyebilir. İlgili devlet bu talebi yerine getirmek zorundadır, özellikle kişilerin hürriyetlerinden mahrum tutulduğu yerlerin bir listesi istek halinde temin edilmelidir. Ayrıca, ziyaret edilen yerler dahilinde serbestçe harekete izin vermek; Sözleşme'nin md. 8/3-4 hükmüne göre, Komite üyelerinin özgürlüğünden mahrum bırakılmış şahıslarla özel olarak görüşme ve konuyla ilgili bilgi vereceğine inanılan diğer herhangi bir şahısla iletişim kurmasına da imkân tanımak gerekir[319].

İşbirliği yükümlülüğünün ihlalinin yaptırımı md. 10/2'de belirlenmiştir. Buna göre, taraf devletin işbirliği yapmaktan kaçınması veya Komitenin tavsiyeleri doğrultusunda durumda iyileştirme yapmaması halinde taraf devlete görüşlerini bildirme imkanı tanıdıktan sonra Komite, üyelerinin üçte iki çoğunluğunun oyuyla konu hakkında kamuoyuna açıklama yapmaya karar verebilir. Bu uygulama, devletin uluslararası kamuoyuna şikayet ve teşhir edilmesi suretiyle cezalandırılması sonucunu doğursa da[320], asıl amacı ilgili devleti baskı altına alarak Komite tarafından önerilen hususları yerine getirmeye zorlamaktır[321].

Sözleşmenin 10/1. maddesine göre her ziyaretten sonra, tespit edilen olaylar hakkında Komite tarafından bir rapor hazırlanır. Bu rapor ziyaret delegasyonunun

[317] Böyle bir imkanın tanınması, md. 21 uyarınca çekince dermeyan etmek suretiyle Sözleşmeye taraf olma imkanının ortadan kaldırılmasının yaratacağı politik sıkıntıyı gidermek amacıyla açıklanabilir (bkz. **GİNTHER**, s. 130).
[318] Buna karşılık, md. 14/3 gereği, olağanüstü hallerde bir uzman veya yardımcı diğer bir şahsın Komite'nin gerçekleştireceği ziyarete katılamayacağı, ilgili devlet tarafından beyan edilebilir. Bu hallerin ne olduğu tasvir edilmemiştir. Ancak bu yetkinin, Komite üyeleri açısından kullanılamayacağına dikkati çekelim.
[319] Bkz. **GİNTHER,** s. 125.
[320] Bkz. **EVANS/MORGAN,** Operational Practice, s. 609.
[321] Bkz. **COHEN-JONATHAN,** s. 425.

raporuna dayanır[322] ve ilgili devletin ileri sürdüğü gözlemleri de itibara alarak hazırlanır. Rapor, iletilmek istenen tavsiyeleri içerir ve ilgili devlete yollanır. Ayrıca, md. 12 hükmüne göre ve gizlilik ilkesine uyarak Komite, her yıl için faaliyetleri hakkındaki genel bir raporu Bakanlar Komitesine sunar.

Komite çalışmalarına gizlilik ilkesi hakimdir[323]. Sadece devletin işbirliği yapmaktan kaçınması halinde, yukarıda belirtilen prosedür çerçevesinde çalışma sonuçlarının aleni hale gelmesi ihtimali vardır[324]. Bu ilke, md. 11'de düzenlemiştir.

---

[322] Ziyareti yapan delegasyonun üyeleri, durumu en iyi bilen kimseler konumunda olacağından, raporun fiilen bunlar tarafından hazırlandığı ve Komite tarafından gözden geçirildiği tahmin edilebilir (bkz. **EVANS/MORGAN,** Operational Practice, s. 607-608).

[323] Böylece, hem özel kişilerin hem de devletin bazı menfaatleri korunmaktadır (bkz. **COHEN-JONATHAN,** s. 424).

[324] Normal uygulama olan, ziyaret edilen devletin isteği ya da onayıyla, hazırlanmış raporların kamuoyuna açıklanması md. 11'de öngörülmüş ve sıklıkla uygulanan bir yöntemdir. Son yıllarda 1999 Portekiz, 2000 Fransa ve 1996-1999 Yunanistan ziyaretlerinin raporları bu şekilde açıklanmıştır. Buna karşılık, md. 10/b.2'ye göre, 'Taraf devletin işbirliği yapmaktan kaçınması veya Komitenin tavsiyeleri doğrultusunda durumda iyileştirme yapmaması halinde Taraf devlete görüşlerini öğrenme imkanı tanıdıktan sonra, üyelerinin üçte iki çoğunluğunun oyuyla konu hakkında kamuoyuna açıklama yapmaya karar' verilebilir. Yalnız bu durumda dahi Komite, kendisine gizlilik ilkesi çerçevesinde temin edilen bilgilerin ifşa edilmemesine özen göstermek zorundadır (bkz. **GİNTHER**, s. 128). Bu uygulamaya ilk defa, 15.12.1992 ve ikinci olarak da 6.12.1996 tarihli Türkiye raporları için başvurulmuştur. Türkiye'nin muhatabı olduğu bu ilk uygulama, maalesef devletimiz hakkında uluslararası alanda insan hakları ihlallerine yönelik olarak yapılan bir çok çağrıdan sadece biri; fakat belki de en somutu, bu nedenle de en dikkate değeridir. Daha önce de, bir çok uluslararası hukuk kişisi ya da hükumet-dışı toplum örgütü (ör. Avrupa Topluluğu, Avrupa Konseyi'nin Parlamenter Meclisi, Uluslararası Af Örgütü, Helsinki Watch, Dünya İnsan Hakları Yıllık Raporu aracılığıyla ABD…), dünya kamuoyunun dikkatini çekmek amacıyla Türkiye hakkında raporlar ve bildiriler hazırlamışlardı (bkz. **TANCA, Antonio,** The Public Statement on Turkey by the European Committee for the Prevention of Torture, European Journal of International Law, Volume 4 No. 1, 1993, s. 115 vd). Fakat Komite'nin bu raporunu diğerlerinden ayırt eden başlıca özellik, raporun soyut iddialara dayanmayıp bizzat Komite tarafından tespit edilen maddi bulgulara dayanıyor olmasıdır (bkz. **TANCA,** s. 115). Cohen-Jonathan'a göre, Türkiye'nin önerilen hususları yerine getirme konusunda herhangi olumlu bir gelişme göstermemesi karşısında Komite'nin bu yola başvurması 'kaçınılmaz' olmuştur (bkz. **COHEN-JONATHAN,** s. 425). Bu raporun ikinci bir özelliği, diğerlerinin aksine siyasi mahkumiyet yargısı taşımıyor olmasıdır. Zira rapor, konuyla ilgili Avrupa Sözleşmesi'ndeki prosedür takip edilerek, Komite ile Türk idari mercileri arasındaki diyalog ve işbirliği sonucunda hazırlanmıştır (bkz. **TANCA,** s. 115). Bizzat raporun 37. paragrafında da belirtildiği üzere, rapor, 'yapıcı bir ruh' ile ('constructice spirit') hazırlanmıştır (bkz. **TANCA,** s. 115-128). Bu raporun yayınlanması, 1990 ve 1991 sonbaharlarında Komite'nin Türkiye'ye yaptığı ad hoc (özel) ziyaretlerden sonra kararlaştırılmıştır. Bu ziyaretlerden sonra, Komite'nin işkenceyi önleme yönünde bulunduğu tavsiyelerin gereğince yerine getirilmediği anlaşılmıştır. Özellikle, işkenceye karşı alınması gereken yasal önlemler ve terörle mücadele şubelerinin uygulamaları bakımından yeterli gelişmelerin yaşanmadığı tespit edilmiştir (bkz. **TANCA,** s. 116). Bu itibarla, son olarak Aralık 1992'de yapılan ziyaretten sonra, bir yaptırım olarak Türkiye Raporu'nu yayınlama ihtiyacı doğmuştur. Yalnız buradaki asıl amaç, her şeye rağmen Türkiye'yi kınamaktan ziyade, işkencenin önlenmesi yolunda gerekli tedbirlerin alınması için bastıran Türk idarecilerinin ve kamuoyunun eline ek bir dayanak, kanıt vermek, Türk Hükûmetine yol göstermektir. Raporda, Türk Hükûmeti ile işbirliği yapma gereği ve isteği defalarca vurgulanmıştır. Fakat buna rağmen, Türkiye'nın yayınlanmamasını istediği bir raporun

Açıklama, Komitenin ziyareti, raporla ilgili açıklama (raporun kendisi değil) ve ilgili devletle yapılan görüşmelerin içeriğini kapsar. Bu yetkinin, konunun hassaslığı düşünülürse oldukça önemli bir yaptırım gücüne sahip olduğu söylenebilir[325].

Buna karşılık, yine on birinci maddenin ikinci fıkrasına göre, ilgili (ziyaret edilen) devletin talebi halinde devletle ilgili rapor yayımlanır. Uygulamada raporların büyük çoğunun yayımlanması mümkün olmuştur[326]. Ancak bu halde dahi, adı geçen özel kişilerin açık rızası olmadıkça, onlara ait kişisel veriler yayımlanamaz (md.11/3). On üçüncü madde hükmüne göre, Komite üyeleri, onlara yardımcı olan diğer uzmanlar ve personel, görev süreleri boyunca ve sonra, hizmetlerinin ifası sebebiyle vakıf oldukları bilgi ve bulguların gizliliğini korumakla yükümlüdürler.

İşbirliği ilkesi çerçevesinde devlet için doğan bu yükümlülüklere karşılık, Komite de ilgili devleti ziyaret hakkında önceden haberdar etmelidir (md. 8/1). Bildirim ile ziyaretin gerçekleşmesi arasında makul bir süre olmalıdır. Sözleşmenin getirdiği sistem, hem devletlere gerekli idarî hazırlıkları yapabilmeleri için yeterli süre tanımakta hem de olası ihlâllerin ört bas edilmesini önlemek amacıyla bilgi akışının tedricen gerçekleşmesini öngörmektedir. Buna göre, ziyaret edilecek devletlere durum bir yıl önceden bildirilir. Ziyaretten iki hafta önce, teklif edilen

---

(bkz. Raporun 37. Paragrafı, **TANCA,** s. 115 vd.) yayınlanmış olması, kararın Türkiye açısından aynı zamanda bir yaptırım olma niteliğini sürdürdüğünün açık kanıtıdır. Raporun içeriğine bakarsak, ilk paragraflarda, madde 10/2'ye istinaden alınan yayınlama kararının gerekçesi açıklanıyor. Sonraki paragraflarda, Türkiye'ye yapılan ziyaretlerin bulguları sunuluyor (paragraf 4-11 ilk iki ad hoc ziyarete; paragraf 17-20 de olağan ziyarete ayrılmıştır). Paragraf 12-16 arasında, Komite tavsiyelerine nazaran Türk idaresinin aldığı tedbirler tartışılıyor. Paragraf 21-25'te, ziyaretler sonucu tespit edilen olumsuz görüşler aktarılıyor. Sonraki on paragrafta, tavsiyelere yer veriliyor. 36. paragrafta ceza adaleti sisteminin kökten ele alınıp zihniyetlerin değiştirilmesi suretiyle sorunun tümüyle çözülebileceği vurgulanıyor. Son paragrafta ise, bu raporun Türk Hükumetinin isteğine uyularak yayınlanmamış olması halinde, insan haklarının korunması açısından olumsuz etkinin doğacak olduğu, bu sebeple de yapıcı bir ruhla hazırlanan raporun, işkenceyi önleme yönünde Türk otoriteleriyle Komite'nin işbirliğini artırmaya yönelik bir unsur olarak algılanması gerektiği söyleniyor. 6.12.1996 tarihli ikinci raporda ise, hukukî açıdan koşulların iyileştirilmesi konusunda önemli adımlar atılmış olmasına rağmen, bu düzenlemelerin henüz hayata geçirilemediği ve işkence ile kötü muamelenin halen geniş ölçüde yaygın olduğu açıklanmaktadır (Bkz. ayrıca **AKILLIOĞLU,** İnsan Hakları, s. 246 vd; **ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK** Ceza Muhakemesi, no. 113; **TEZCAN /ERDEM /SANCAKDAR,** s. 272 vd). İÖK, 29 Ocak 2001 tarihli raporunda da, bazı cezaevlerine yapılan operasyonlar sonucundan meydana gelen ölüm olaylarının etkin şekilde soruşturulması ve F tipi cezaevlerindeki sosyal koşulların geliştirilmesi için Türkiye'ye çağrıda bulunmuştur (bkz. **DEMİRBAŞ, Timur,** İnfaz Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 404 ('**DEMİRBAŞ,** İnfaz Hukuku').

[325] Bkz. **PITIRLI,** Avrupa Sözleşmesi, s. 7.

tarihler ve ziyaret süresi ile Komite üyeleri, uzman ve tercümanların isimleri bildirilir. Ziyaretten bir kaç gün önce, ziyaret edilecek mekanların geçici bir listesi gönderilir. Bu şekilde, hem yetkili görevlilerin hazır bulunması sağlanılır hem de infaz rejimini ve maddî koşulları değiştirmeye imkân vermeyecek kadar sınırlı bir süre tanınmış olur[327].

Komite üyelerinin görevlerini rahatlıkla yerine getirebilmesini sağlamak amacıyla, kendilerine bazı ayrıcalık ve dokunulmazlıklar sağlanmıştır (md. 16). Bunlar Sözleşme ekinde ayrıntılarıyla düzenlenmiştir. Bu ayrıcalıklardan md. 7/2'de belirtilen uzmanlar da faydalanır. Üyeler görev esnasında tutuklanamaz, tutulamaz, gözaltına alınamaz; kişisel mallarına el konulamaz; görevle ilişkili fiil ve sözlerinden dolayı hiç bir takibata maruz bırakılamazlar ve bu bağışıklık, görev sona erdikten sonra da devam eder; görevli bulundukları esnada seyahat özgürlükleri kısıtlanamaz; görevle ilgili yazı ve belgelerine dokunulamaz; iletişimleri engellenemez[328]. Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklarda olduğu gibi, bu haklar kişilere şahsi koruma sağlamak için değil, görevlerini rahatça ve tarafsızca yerine getirmelerini sağlamak için tanınmıştır. Bu nedenle, bağışıklıklardan feragat etme yetkisi sadece Komiteye aittir. Komitenin görüşüne göre, üyelerden biri hakkında bağışıklık statüsünün devamı, adaletin cereyanını engelliyorsa ya da bağışıklığın tanınmasını gerektiren amacın zarara uğraması söz konusu değilse (ör. kişisel suçun işlenmesi), feragat etme hakkı kullanılabilir. Hatta, Sözleşmenin metninde bu son hallerde, feragat etmenin temelde bir hak olduğu; fakat bu durumda esasen bir feragat etme 'görevi'nin[329] de varlığının altı çizilmektedir.

4. Komitenin Görevinin Değerlendirilmesi

İşkencenin Önlenmesi Komitesi, insan haklarının korunması sistemini yerleştirmeye çalışan Avrupa Konseyi tarafından önleyici, yargı dışı ve tamamlayıcı

---

[326] Bkz. **EVANS/MORGAN,** ECPT 1992-1997, s. 667.
[327] Bkz. **EVANS/MORGAN,** Operational Practice, s. 601.
[328] Daha geniş bilgi için bkz. **REİSOĞLU,** s.56.
[329] '*The Committee…has not only the right; but it is under a duty, to waive the immunity…*'

bir mekanizma olarak tasarlanmıştır[330]. Önleyici olma unsuru AİHM'nin bastırıcı (cezalandırıcı), denetleyici yargısal yetkisini tamamlar. Öyle ki, AİHM'nin asıl görevi AİHS'nin ihlal edilip edilmediğini tespit etmek iken, Komitenin görevi olası ihlalleri engellemektir[331].

Komitenin görevi başka yönleriyle de başta AİHS olmak üzere, Avrupa Konseyinin yaratmaya çalıştığı koruma sistemini tamamlayıcıdır. Mesela AİHM, AİHS'nin maddi hükümlerine istinaden görevini yerine getirirken, İşkencenin Önlenmesi Komitesi başka uluslararası belgelerden ve bu arada AİHM içtihatlarından[332] yararlanabilir[333].

Diğer bir husus, Komiteyi oluşturan üyelerin niteliğine ilişkindir. AİHM üyeleri, insan hakları hukukunda uzmanlaşmış hukukçularken; Komite, görevinin gereği olarak doktorlar, kriminologlar, infaz bilimi uzmanları gibi kişilerden de yararlanır. Diğer önemli bir fark, AİHM'nin aksine Komitenin olağan ve *ad hoc* (özel) ziyaretler aracılığıyla bir olaya re'sen el koyma yetkisine sahip olmasıdır[334]. Sonuç itibariyle, farklı özellikleri vesilesiyle İşkencenin Önlenmesi Komitesi, Avrupa Konseyi'nin insan haklarını koruma sistemini tamamlamaktadır[335].

Komitenin işkence ve benzeri muamelelerin önlenmesine yönelik bazı önlemlerin alınmasını raporlarında önerdiğini görüyoruz. Bunları başlık halinde özetleyecek olursak[336], karakollara ilişkin tavsiyeler arasında karakolda tutulan kişilerin bir sicile kaydedilmesi; bunlara, yakınlarına haber verme, avukatla görüşme, doktor muayenesine tabi olma, yasal haklarını öğrenme… gibi birtakım hakların tanınması; sorgulama yöntem ve yasaklarının pozitif düzenleme konusu yapılması;

---

[330] Bkz. **NİCOLAY,** s. 34.
[331] Bkz. **NİCOLAY,** s. 34. Konuşmacının, Komitenin ilk genel raporundan aktardığı üzere, '*Komitenin gözleri, geçmişten ziyade gelecektedir*'.
[332] Tabii ki, Komite bu içtihatlarla bağlı değildir.
[333] Bkz. **NİCOLAY,** s. 34-35.
[334] Bkz. **NİCOLAY,** s. 35.
[335] Ayrıca Komite, cezaevlerinin denetimi bakımından ulusal kontrol sistemlerinin gelişmesine de ön ayak teşkil etmiştir (bkz. **DEMİRBAŞ,** İnfaz Hukuku, s. 403).
[336] Detaylı bilgi için bkz. **KAİSER,** s. 8 vd; **EVANS/MORGAN,** ECPT 1992-1997, s. 671 vd; **REİSOĞLU,** s. 50-56.

polislerin eğitilmesi; işkencenin caydırıcı bir cezaya bağlanması yer alır. Cezaevlerine ilişkin öneriler ise, hücrelerin büyüklüğü, havalandırma ve ışıklandırma koşulları, farklı mahpus kategorilerine (kadın-erkek, büyük-küçük, sağlıklı-hasta, tutuklu-hükümlü) farklı yerler tahsis edilmesi, hijyen koşulları, sağlık denetimi, spor imkanı gibi hususlar üzerinde yoğunlaşmıştır. İlgili bölümlerde göreceğimiz üzere, Türkiye bu önerilerin gereğini yapmaktadır.

Komitenin Avrupa çapında saygın bir yere sahip olduğu söylenebilir. Her ne kadar Komitenin hazırladığı raporlarda vardığı sonuçlar bir çok devleti memnun etmese de, tespit edilen vakıaların ve varılan sonuçların doğruluğu tartışma konusu edilmemektedir. Aksine, hazırlanan bir çok raporun yayımlanmasına izin verilmesinden de gözlemlendiği gibi, devletler Komiteyle gerekli işbirliğini göstermekte, Komitenin tavsiyelerine uymaya çalışmaktadırlar[337]. Bu çerçevede, İÖK'nin kendisine tevdî edilen görevi başarıyla yürüttüğü söylenebilir.

5. 1987 Sözleşmesi ve İşkencenin Önlenmesi Komitesi ile Diğer Uluslararası Belge ve Organlar Arasındaki İlişki

1987 tarihli Avrupa Sözleşmesi ile diğer uluslararası enstrümanlar arasındaki ilişkiyi ele alırsak, bu Sözleşme ne AİHS gereğince doğan yükümlülükleri kayıtlar ya da ortadan kaldırır (md. 17/2) ne de hürriyetinden mahrum bırakılan kimselere daha ziyade koruma sağlayan başka uluslararası antlaşma ya da ulusal hukuk hükümlerine halel getirir (md. 17/1).

Ancak bir yetki çatışması durumunun, ulusal ve uluslararası silahlı çatışma durumunda uygulanan 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Konvansiyonları ve 8 Haziran 1977 tarihli Ek Protokol hükümlerinin devreye girmesiyle yaşandığını görüyoruz[338]. Sorun, 1987 Avrupa Sözleşmesinin md. 17/3 hükmüyle çözüme kavuşturulmuştur. Buna göre, 1949 Cenevre Konvansiyonları ve 1977 tarihli Ek Protokole göre görevlendirilen Uluslararası Kızıl Haç Komitesi ve Koruma

[337] Bkz. **EVANS/MORGAN,** ECPT 1992-1997, s. 675.

Kuvvetleri[339] delegasyonları önceliğe sahip olacaktır. Fakat bu öncelik, söz konusu delegasyonların sadece periyodik olarak gerçekleştirdikleri ziyaretler bakımından geçerli olacaktır. Barış zamanında, özel antlaşmalar uyarınca yapılan ziyaretlerde bu öncelik hükmü uygulanmaz. Bu halde, söz konusu yeri ziyaret edip etmemeye, özel tüm koşulları nazara almak suretiyle ve takdir yetkisi çerçevesinde Komite karar verecektir[340].

Komitenin, tespitlerinde AİHS'nin üçüncü maddesine ilişkin içtihatlarda ortaya konulan kriterlerle bağlı olup olmadığı sorununa gelince, buna olumsuz cevap verilebilir. Bunun sebebi, Komitenin işkence ve benzerî uygulamaları tespit etmekten çok, bu tür eylemlerin gerçekleşmesini mümkün kılan veya zaman içinde ortaya çıkmasına yol açabilecek koşulları yok etmek, işkenceyi önleyici tedbirlerin uygulanmasını sağlamakla görevli olmasıdır[341]. Durum böyle olunca, Komitenin tespit ettiği koruma standartları, AİHM'nin yerleşmiş içtihadında öngörülen düzeyden öteye geçebilir[342].

Son olarak, İÖK'nin yargısal bir fonksiyonu olmadığından, Komitenin belirli bir yeri ziyaret etmesi ya da belirli yerdeki ihlâl iddialarını araştırması, aynı konuda başka mercilere (ör. AİHM, BM İnsan Hakları Komitesi) yapılacak başvuruları engellemez[343].

VI. ÖZGÜRLÜĞÜNDEN YOKSUN BIRAKILAN KİŞİLERE İLİŞKİN BELGELER

A. Genel Olarak

---

[338] Bkz. **GINTHER**, s. 130.
[339] İng. *Protecting powers*.
[340] Bkz. **GINTHER**, s. 130.
[341] Bkz. **EVANS/MORGAN,** ECPT 1992-1997, s. 669.
[342] Bkz. **EVANS/MORGAN,** ECPT 1992-1997, s. 668.
[343] Bkz. **EVANS/MORGAN,** Operational Practice, s. 591.

Özgürlüğünden yoksun bırakılan kimseler, başka kişilerin denetim ve gözetimi altında olduklarından ötürü, söz konusu kimselerden kaynaklanabilecek saldırılara karşı özellikle savunmasız bir konumda bulunmaktadırlar.

Bu olgu, özgürlükten yoksun bırakılmanın sebep ve şekli ne olursa olsun geçerlidir. Bu açıdan, ceza hukuku veya ceza muhakemesi hukuku kuralları sebebiyle mahpus bulunanlar (ör. gözaltındaki şahıs, tutuklu, hükümlü) dışındaki kimseler de (örneğin akıl hastanesinde ya da ıslah kurumlarında kapatılmış bulunanlar) özel bir koruma altına alınmalıdır.

İnsan hakları ihlalleriyle karşılaşma ihtimali bakımından özellikle sancılı bir kategoriyi mahpuslar oluşturmaktadır. Gerçekten de, dış dünyayla bağlantılarınn kısıtlı olması ve özgürlüklerinden zaten mahrum olmalarına bir de hapishanelerdeki katı disiplin kuralları ve personelin onlar üzerindeki denetim yetkisini eklersek, mahpusların kötü muameleye maruz bırakılmalarının kolay, bunun önüne geçilmesinin ise zor olduğunu görürüz[344].

Bu durum uluslararası kamuoyunun da gözünden kaçmamış ve bu kategoriye dahil insanların kötü muameleye maruz kalmasını engellemek için çeşitli belgeler hazırlanmıştır.

B. Mahpuslara İlişkin Belgeler

Mahpustan kastımız, ceza hukukuna bağlı bir sebeple (yakalama ve gözaltı, tutuklama, hapis cezasının infazı) devletin gözetimi altında bulunan şahıslardır.

Burada değineceğimiz ilk belge 30 Ağustos 1955 tarihli ‘Mahpusların Islahı için Asgari Standart Kurallar’dır[345]. 1955’te Cenevre’de toplanan Suçların Önlenmesi

[344] Bir görüşe göre, kişilerin özgürlüğünden mahrum olarak ve kamu otoritelerinin kontrolünde tutuldukları mekanlar, özellikle de karakollar, insan haklarının en büyük tehlikede olduğu yerlerdir (bkz. **KAİSER,** s. 3, 11).

[345] İng. *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*. Türkçe metin için bkz. **DOĞRU,** Mevzuat, s. 90 vd. Gemalmaz, bu belgenin adını ‘Mahpuslara Uygulanacak Muameleye İlişkin

ve Suçluların Islahı üzerine Birinci Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilen bu kurallar, BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi tarafından 31.7.1957 tarih ve 633 C (XXIV) sayılı ve 13.5.1977 tarih ve 2076 (LXII) sayılı kararlarla onanmıştır[346].

Otuz birinci kural uyarınca, '*disiplin suçları bakımından bedensel ceza, karanlık bir hücreye konulma ve her türlü zalimane, insanlık dışı ve onur kırıcı ceza verilmesi tamamıyla yasaktır*'[347]. Müteakip maddelerde de bu kural belirli uygulamalar bakımından somutlaştırılmıştır[348].

Konuyla ilgili diğer bir belge, BM Genel Kurulunun 18.12.1982 tarih ve 37/194 sayılı Kararıyla kabul edilen '*Hapsedilenlerin ve Tutulanların İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Korunmasında Sağlık Personelinin ve Özellikle Doktorların Görevine dair Tıbbi Ahlak Prensipleri'dir*[349]. Burada, mahpuslara ilişkin sağlık hizmetlerini yürüten sağlık personelinin işkenceyi önlemek açısından uyması gerekli görülen tıbbî etik ilkeleri düzenlenmiştir[350].

Belgenin temeli, BM Genel Kurulunun 1976 yılında Dünya Sağlık Örgütünü[351] bu konuda bir taslak hazırlamaya davet etmesidir. Taslağı hazırlarken

---

Minimum Standart Kurallar' olarak tercüme etmiştir (bkz. **GEMALMAZ,** İşkencenin Önlenmesi, s. 123). Farklılık, 'treatment' kelimesinin tercümesinden kaynaklanmıştır. Bize göre, belgede yer verilmiş genel uygulama kurallarından önce yer alan ve bir önsöz niteliği taşıyan 'ilk gözlemler' başlıklı bölüme bakarsak buradaki '*treatment*' kelimesi 'muamele' anlamında kullanılmıştır. Fakat aynı kelime, ıslah anlamında tedaviyi belirtmek amacıyla da kullanılabildiğinden iki yazardan birinin bir tercüme hatasından bahsetmek mümkün değildir. Örneğin 8. kuralın metninde, aynı '*treatment*' kelimesi gerçekten de ıslah anlamında kullanılmıştır. Biz, metnin orijinal ve Türkçe versiyonları için Doğru'nun eserini kaynak gösterdiğimizden metin içinde onun kullanmış olduğu başlığı esas aldık.

[346] Bkz. **DOĞRU,** Mevzuat, s. 90.

[347] Bkz. **DOĞRU,** Mevzuat, s. 95.

[348] Bu kuralların oluşum tarihçesi ve ulusal mevzuatlara yansımasını sağlamaya yönelik çalışmaların tarihçesi için bkz. **GEMALMAZ,** İşkencenin Önlenmesi, s. 124 vd, kuralların kapsamı için bkz. age, s. 129 vd.

[349] İng. *Principles of Medical Ethics relevant to the Role of Health Personnel, particularly Physicians, in the Protection of Prisoners and Detainees against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. Türkçe metin için bkz. **DOĞRU,** Mevzuat, s. 132. Türk hukuku açısından bir eser için bkz. **CENTEL, Nur**, Adli Tıp Bilimleri ve İnsan Hakları, Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4 Sayı 1-2, Erzurum 2000, s. 10 vd ('**CENTEL**, İnsan Hakları').

[350] Bkz. **AKILLIOĞLU,** İnsan Hakları, s. 173.

[351] World Health Organization. Merkezi Cenevre'de bulunan ve bugunkü haliyle 1946 yılında kurulmuş olan bir örgüttür. BM'nin sosyal amaçlı uzman örgütü statüsündedir. BM ile özel ilişki

Dünya Sağlık Örgütü İcra (Yönetim) Kurulu 1979 yılında aldığı bir kararıyla, daha önceden Tıbbi Bilimlere dair Uluslararası Örgütler Konseyince[352] hazırlanmış olan metne dayanmaya karar vermiştir. Bu son metnin kapsamı biraz daraltılarak ve ilkelerin yöneldiği kişiler grubu belirginleştirilerek söz konusu prensipler belirlenmiştir[353].

İşkenceye katılma yasağını düzenleyen iki sayılı prensibe göre '*Sağlık personelinin ve özellikle doktorların işkence veya onur kırıcı ceza veya muamele oluşturan eylemlere aktif veya pasif olarak katılma, iştirak, teşvik veya teşebbüs oluşturan fillere karışmaları, tıbbi ahlak prensiplerinin çok ağır bir ihlali olup, aynı zamanda uygulanabilir nitelikteki uluslararası belgelere göre de suçtur*'[354].

Üçüncü prensibe göre, sağlık durumlarını değerlendirme, koruma ve iyileştirme amacı dışında, mahpuslarla girişilen herhangi mesleki bir ilişki de tıbbi ahlak prensiplerinin ihlali olacaktır.

Prensip 4/b.A'ya göre, hapsedilenlerin ve tutulanların sorgulanmasında ve ifadelerinin alınmasında kullanılacak ve onların sağlığına olumsuz tesir edebilecek metotlardan yararlanmayı sağlamaya yönelik olarak mesleki bilgi kullanımı tıbbi etiğe aykırı olacaktır.

Prensip 4/b.B'ye göre de, mahkumların ve tutukluların uluslararası kabul gören yöntemler dışında, dolayısıyla hukuka aykırı olarak maruz bırakılacakları metotlara fiziksel dayanıklılıklarının denetimini sağlamak ya da bu yöntemlerin uygulanmasına katılmak da mesleki ilkeleri ihlal edecektir.

---

içinde bulunan, evrensel ve hükumetlerarası bir örgüttür (bkz. **SUR,** s. 205). BM'den bağımsız, kendine ait uluslararası hukuk kişiliği vardır. Bu itibarla, BM'nin alt organı konumunda değildir. BM ile ilişkisi özel bir antlaşmaya dayanıp, BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi aracılığıyla Örgütle olan koordinasyonu sağlanır (bkz. **SUR,** s. 209-210).

[352] İng. *Council for International Organisations of the Medical Sciences.*

[353] Bkz. **LAWSON, Edward**, Encyclopedia of Human Rights, Second edition, Taylor&Francis, 1996, s. 1464.

[354] Bkz. **DOĞRU,** Mevzuat, s. 132.

Beşinci prensibe göre muhafızların, diğer mahpus ve tutulanların veya kendi sağlıklarının korunması için tıbbi kriterlere göre gerekli olduğu tespit edilen haller dışında, bir mahpusun ya da tutulan diğer bir kimsenin zaptedilmesine katılması, yine bir ihlal teşkil edecektir.

Son olarak altıncı prensip ile, söz konusu ilkelerin uygulama alanının hiç bir sebeple ortadan kalkmayacağı vurgulanmıştır[355].

Diğer bir belge, BM Genel Kurulunun 14.12.1990 tarih ve 45/111 sayılı kararıyla kabul edilen, '*Mahpusların Islahı için Temel Prensipler*'dir[356]. Beşinci prensip ile işkence yasağını öngören diğer bazı sözleşmelere atıf yapılarak bunlarda tanınan haklardan tüm mahpusların yararlandırılacağı belirtilmiştir.

C. Özgürlüğünden Herhangi Bir Şekilde Yoksun Bırakılmış Kimselerin Tümü Açısından Geçerli Olan Belgeler

Yukarıda belirttiğimiz belgeler, mahpus konumunda bulunan kimselere yönelik şekilde özel olarak hazırlanmış araçlarken; nedenine bakılmaksızın, özgürlüğünden herhangi bir şekilde yoksun kılınmış herkesi kapsayan genel bazı belgeler de mevcuttur.

Bunlardan ilki, BM Genel Kurulu tarafından 9.12.1988 tarihli ve 43/173 sayılı kararla kabul edilen '*Herhangi bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması için Prensipler Bütünü*'dür.[357] Birinci maddeye göre '*Herhangi bir biçimde tutulan veya hapsedilen bir kimse, insaniyetin ve insanın doğuştan sahip olduğu insanlık onuruna saygının gerektirdiği bir biçimde muamele görür*'[358].

[355] Bkz. **LAWSON,** s. 1465.
[356] İng. *Basic Principles for the Treatment of Prisoners*. Türkçe metin için bkz. **DOĞRU,** Mevzuat, s. 107.
[357] İng. *Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment*. Türkçe metin için bkz. **DOĞRU,** Mevzuat, s. 108 vd.
[358] Bkz. **DOĞRU,** Mevzuat, s. 108.

Altıncı maddede ise işkence yasağı somut bir biçimde şu şekilde yer almıştır: '*Herhangi bir biçimde tutulan veya hapsedilen bir kimse, işkenceye veya zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılamaz. * 'Zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya ceza' deyimi, tutulmuş veya hapsedilmiş bir kimseyi geçici veya sürekli olarak herhangi bir doğal duyumunu kullanmaktan veya bulunduğu yer ve zamanın farkında olmaktan yoksun bırakma da dahil, fiziksel veya ruhsal bütün istismar edilme hallerine karşı mümkün olan en geniş ölçüde koruyacak bir biçimde yorumlanır. * Hiç bir durum, işkenceyi veya diğer zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezayı haklı göstermek için ileri sürülemez*'[359].

Sonraki maddelerde ise bu yasağın uygulanmasını sağlayacak somutlaştırıcı hükümler getirilmiştir. Bu kapsamda şu hükümler gösterilebilir: '*Incommunicado*[360] tutma yasağı'na ilişkin md. 15, itirafa zorlama yasağı ve yasak sorgulama yöntemine ilişkin md. 21, tutulanın sağlığına zararlı tıbbi ve bilimsel deney yasağına dair md. 22, tıbbi muayene hakkına ilişkin md. 24-25, kötü muameleyi şikayet hakkına ilişkin md. 31, tutulma sırasında ölüm veya kaybolma halinde araştırmaya ilişkin md. 34, yargıç önüne çıkarılma ve nezarette gördüğü muameleyi beyan hakkına ilişkin md. 37 hükmü.

Tematik diğer bir belge 14.12.1990 tarihinde BM Genel Kurulu'nun '*Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Küçüklerin Korunması için Kurallar*'[361] adı altında tespit ettiği ve bu hassas kesimi özel güvence altına almayı amaçlayan normlar bütünüdür.

Kuralların uygulama alanı on sekiz yaşın altında bulunan (kural 11a) ve yargısal, idari veya başka bir kamu makamının kararıyla tutulmuş, hapsedilmiş veya kendi iradesiyle çıkamayacağı resmi veya özel nezaret yerlerine konulmuş kişilerdir (kural 11b).

[359] Bkz. **DOĞRU,** Mevzuat, s. 109.
[360] İspanyolca bu terim, dış dünyayla iletişimsiz halde tecrit edilmeyi ifade etmektedir.
[361] Türkçe metin için bkz. Bkz. **AKTAN, C. Coşkun** (Editör), Haklar ve Özgürlükler Antolojisi, Hak

Kuralların bir çoğunda insan hakları kuralları tarafından tanınan genel hak ve özgürlüklere atıf yapmaktan başka, çocukların fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün gereğince korunması zorunluluğuna da ayrıca işaret edilmektedir (örneğin kural 12, 13, 28, 31, 49 vd…).

Bizi yakından ilgilendiren hükümler ise 63 vd.ndaki kurallarda yer almıştır. Altmış üçüncü kuralda, zor kullanma yöntemlerinin ilke olarak yasak olduğu belirlendikten sonra, 64. kuralda da bunun istisnalarına ve koşullarına yer verilmiştir. Buna göre, zor kullanma yöntemleri, kanunda ve hukuki düzenlemelerde açıkça belirtilip yetki verildiği ve diğer tüm metotların tüketilip de sonuç vermediği istisnai hallerde kullanılabilir. Fakat bu yöntemler her koşulda küçükleri aşağılamadan ve onurlarını kırmadan tatbik edilecektir.

Disiplin usullerini düzenleyen hükümler arasında yer alan 67. kurala göre de bedensel ceza, karanlık bir hücreye konulma, kapalı veya tek kişilik bir odaya hapsedilme veya küçüğün fiziksel veya ruhsal sağlığını bozabilecek türden zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele oluşturabilecek herhangi bir disiplin tedbirine başvurulamaz.

Nihayet, Haziran 1993'te yapılan İnsan Hakları Dünya Konferansı sonucunda yayımlanan Bildiride, yukarıda anılan tüm belgelerin doğru ve etkin bir şekilde uygulanması için çağrı yapılmış ve bu yönde tavsiyelerde bulunulmuştur[362]. Benzer çağrı, New York'ta 6-8 Eylül 2000 tarihleri arasında toplanan BM Genel Kurulunun oturum sonunda yayımladığı '*Birleşmiş Milletler Binyıl Bildirisi*' ile, özellikle beşinci bölümdeki ifadelerle tekrarlanmıştır[363].

Mahpusların durumu, Avrupa Konseyi bünyesindeki bazı çalışmalarda da ele alınmıştır. Değineceğimiz çalışmalardan ilki, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi

İşçi Sendikaları Konfederasyonu, Ankara 2000, s. 514 vd.

[362] Geniş bilgi için bkz. **WALLACE, Rebecca**, International Human Rights Text and Materials, Sweet&Maxwell, London 1997, s. 507 vd.

tarafından 19.1.1973 tarihinde 73/5 no.lu karar ile kabul edilen '*Standart Asgarî Kurallar'*dır. Burada, hapsetmede temel ilkenin insan onuruna saygı gösterilmesi olduğu (md. 5/3); mahkumlar üzerinde tıbbi ve bilimsel deney yapma yasağı (md. 27/2); bedensel ceza, karanlık hücreye koyma ve benzeri zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı ceza yasağı (md. 32), tecrit yasağı (md. 33); zincire ve demire vurma yasağı (md.51) gibi meseleler üzerinde durulmuştur[364].

İkinci bir belge, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 12.2.1987 tarihinde R(87) 3 no.lu kararla kabul edilen *'Mahpuslara Yapılacak Muameleye İlişkin Minimum Kurallar Bütününün Gözden Geçirilmiş Avrupa Versiyonu*'dur[365]. Burada da henüz ilk maddede insan onuruna saygı göstermenin en temel ilke olduğu vurgulanmıştır. Kolektif, bedensel, karanlık hücreye koyma ve diğer her türlü zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı ceza yasağı da 37. maddede düzenlenmiştir. Müteakip maddede, tecrit ve mahpusun fiziksel ve ruhsal sağlığını bozma riski taşıyan cezalar da yasaklanmıştır. Diğer bir çok maddede de mahpusların tabi olacakları rejimin asgari standardı detaylı hükümlerle düzenlenerek insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye uğrama riski bertaraf edilmek istenmiştir[366].

Avrupa Konseyi'nin mahpuslar konusunu ele alan bir önemli faaliyeti de 28.9.1983'te Parlamenterler Meclisi tarafından kabul edilen '*Tutukluların İşkence ve Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele ya da Cezalandırılmadan Korunması*'na ilişkin tavsiye kararıdır[367]. Zaten bu tavsiyeler, sonraki metinlerde yerini almıştır.

VII. İNSANCIL HUKUK VE ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNA İLİŞKİN BELGELER

---

[363] Bkz. **AKTAN** (Editör), s. 623.
[364] Bkz. **GEMALMAZ,** İşkencenin Önlenmesi, s. 178-179.
[365] Bkz. **GEMALMAZ,** İşkencenin Önlenmesi, s. 179.
[366] Örneğin, md. 14-19 arasında kalma yeri koşulları, md. 20-21'de kişisel temizlik koşulları, md. 25'te beslenme esasları, md. 26 vd.nda sağlık hizmetleri … düzenlenmiştir. Kuralların kapsamı için bkz. **GEMALMAZ,** İşkencenin Önlenmesi, s. 180-184.
[367] Bkz. **KORKUSUZ,** s. 122.

A. İnsancıl Hukuka Dair Belgeler

1. Genel Olarak

Konuya ilişkin belgelere geçmeden önce, insancıl hukuk, savaş hukuku ve silahlı çatışma hukuku gibi bazı kavramları kısaca tanıtmak gerekir. Bunlar insan hakları hukukundan farklı, fakat onunla yakından ilişkilidir.

İnsan hakları hukuku, savaş dışı koşullarda geçerli olan normları düzenler. Savaş halini kapsamayan, olağanüstü rejim şartları da bu alana girer.

Savaş hukuku ise, savaş kaynaklı eylemleri ve bunlara ilişkin insani hukuk kurallarını düzenler. Bununla beraber savaş döneminde dahi, savaş eylemi olmayan davranışlar bakımından insan hakları hukuku kuralları işler[368].

İnsancıl hukuk kurallarının amacı, savaş döneminde kullanılabilecek savaş araçlarına sınırlamalar getirerek yıkım, ölüm ve ezayı azaltmaktır. Özellikle silahlı çatışma içinde yer almayan kimseleri, çatışmaların olumsuz etkilerinden korumak suretiyle insanlığın ayakta kalmasını sağlayabilecek temel bazı değerler korunmuş olacaktır[369].

İnsancıl hukukun devreye girmesi, bir silahlı çatışmanın (‘*armed conflict*’) varlığına bağlıdır. Tek bir devletin ülkesi içinde gerçekleşen silahlı mücadeleler bakımından bu kuralların uygulama alanı bulması dört koşulun varlığına bağlıdır[370]: a) Çatışmaların, hükûmete ait silahlı kuvvetler ile başkaldıran bir örgütlü grubun silahlı kuvvetleri arasında cereyan etmesi, b) şiddet eylemlerinin belirli bir yoğunluğa

---

[368] Bkz. **ÖNDÜL, Hüsnü,** İnsancıl Hukuka Giriş İnsan Haklarının Kavramsal Temelleri, İnsan Hakları Derneği Yayınları, Ankara 2000, s. 29 vd.

[369] Bkz. **GASSER, Hans-Peter,** Right to Life and Prohibition of Torture and Other Forms of Ill-Treatment in International Human Rights and Humanitarian Law, İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk Bağlamında İşkence Yasağı ve Yaşam Hakkı, İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yayını: 10, İzmir 1997, s. 87; **BAŞAK, Cengiz,** Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar, Ankara 2003, s. 9 (‘**BAŞAK**, Uluslararası Suçlar’).

[370] Bkz. **PAZARCI, Hüseyin,** Uluslararası Hukuk Dersleri IV. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara 2000, s. 147 (‘**PAZARCI**, IV. Kitap’); **ÖNOK,** Tarihî…, s. 161 vd, 185 vd.

ulaşıp sadece iç gerginlik veya iç karışıklık düzeyinde kalmaması, c) başkaldıran örgütlü grubun belirli bir örgütlenme düzeyine sahip olması; buna göre sorumlu bir komutanın yetkisi altında bulunması ve Protokolde yer alan silahlı çatışma hukuku kurallarına uyulmasını temin edebilecek bir iç düzene ve denetim imkânına sahip olması, d) başkaldıran örgütlü grubun, ilgili devlet ülkesinin bir bölümü üzerinde sürekli ve düzenli askerî eylemler yapmasına olanak sağlayan bir denetiminin olmasıdır. Hükümet açısındansa, tekrar düzeni sağlamak açısından askerî nitelikli kuvvetlerin devreye girmiş olması gerekir. Bu hallerin varlığında, sınır aşmayan bir olayın silahlı çatışma olarak değerlendirilmesi ve insancıl hukukun devreye girmesi mümkündür. Buna karşılık, münferit şiddet olayları, isyan gibi iç karışıklıklar bu hukukun uygulanmasını gerektirmez[371].

Silahlı çatışmalar hukuku bakımından, özellikle savaş suçları ve insanlığa karşı işlenen suçlarla ilgili belge ve bildiriler mevcuttur. Bu belgelerden bazılarını, detayına girmeden anmakla yetineceğiz.

Bu çerçevede, *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi*[372], *Avrupa'daki Büyük Savaş Suçlularının Kovuşturulması ve Cezalandırılması Anlaşması'ndaki Nüremberg Kuralları (Londra Anlaşması)*[373], *Savaş Suçları ile Barışa Karşı ve İnsanlığa Karşı Suçlardan Sorumlu Olanların Cezalandırılmasına dair 10 sayılı Denetim Konseyi Yasası*[374] (md. 2/c), *Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlar Bakımından Kanuni Sınırlamaların Uygulanmayacağına dair Sözleşme*[375]; *Savaş Suçlarını ve İnsanlığa Karşı Suçları*

[371] Bkz. **GASSER,** s. 89-90, 93 vd.
[372] BM Genel Kurulu'nun 9 Aralık 1948 tarihli ve 260 A (III) sayılı Kararıyla kabul edilen sözleşme, kısaca 'Jenosid Sözleşmesi' olarak bilinir.
[373] Avrupa Anlaşmalar Seri No. 472, 8 Ağustos 1945 (bkz. **DOĞRU,** Mevzuat, s. 254). Barışa karşı suçlar, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar, kurulacak özel bir mahkemenin yetki alanına sokulmuştur.
[374] 20 Aralık 1945 Almanya Denetim Konseyi Üçüncü Resmi Gazetesi, 50-55 (1946), (bkz. **DOĞRU,** Mevzuat, s. 255). Yukarıda zikredilen Londra Antlaşmasına işlerlik kazandırmak için çıkarılan bu yasa, savaş suçlarını ve insanlığa karşı suçları daha detaylı olarak tarif etmiştir. Savaş suçları arasında, kişilere karşı savaş hukukunun ihlalini oluşturan gaddarlıklar, sivil halka yönelik kötü muamele, tutsaklara yönelik kötü muamele gibi fiiller zikredilmiştir. İnsanlığa karşı suçlar arasındaysa işkence, tecavüz, insanlık dışı muamele gibi eylemler sayılmıştır.
[375] BM Genel Kurulu'nun 26 Kasım 1968 tarihli ve 2391 (XXIII) sayılı Kararıyla kabul edilmiş, 11 Kasım 1970'de yürürlüğe girmiştir (bkz. **DOĞRU,** Mevzuat, s. 256). İnsanlığa karşı suçlar ve savaş

İşleyenlerin Bulunmalarına, Gözaltına Alınmalarına, İadelerine ve Cezalandırılmalarına dair Uluslararası İşbirliği Prensipleri[376]'ni sayabiliriz.

2. Silahlı Çatışmalar Hukukuna Dair Araçlar

a. Genel Olarak

Silahlı çatışma (İng. *Law of Armed Conflicts*; Fr. *droit des conflits armés*), iki ya da daha çok devletin ya da bir devlet içindeki belirli silahlı grupların, karşıt savlarını kuvvet kullanmak suretiyle birbirlerine kabûl ettirmeye çalıştıkları durumdur[377].

Uluslararası hukukta, silâhlı çatışmalar ikiye ayrılmaktadır[378]: a) uluslararası silahlı çatışmalar; b) uluslararası olmayan silahlı çatışmalar. Uluslararası silahlı çatışmalar da, kendi içinde ikiye ayrılmaktadır: i) devletlerarası silahlı çatışmalar (bu da kendi içinde savaş ve savaşa varmayan sınırlı silahlı çatışmalar, olmak üzere ikiye ayrılır) ve ii) uluslararasılaşmış silahlı çatışmalar.

Demek ki, 'savaş' kavramı, hukuksal olarak silahlı çatışmaların bir alt türünü oluşturmakta ve birden fazla devlet arasında cereyan eden, uluslararası nitelikteki silahlı çatışmaları ifade etmektedir. Bu bağlamda savaşın, ortak kabul gören bir tanımı olmamakla birlikte, şu iki öğeden oluştuğu söylenebilir[379]: 1) devletler arasında silahlı çatışmalar olgusunun varlığı, 2) taraflardan en az birisinin bu silahlı eylemleri savaş niyetiyle (*animus belligerandi*) gerçekleştirmesi.

---

suçları bakımından zamanaşımının uygulanmayacağı vurgulanmıştır.

[376] BM Genel Kurulu'nun 3 Aralık 1973 tarihli ve 3704 (XXVIII) sayılı kararıyla kabul edilmiştir (bkz. **DOĞRU,** Mevzuat, s. 259).

[377] **PAZARCI,** IV. Kitap, s. 138. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin, *Tadic* davası sırasında yaptığı tanıma göre, '*devletler arasında silahlı güce başvurulduğunda ya da hükûmet otoriteleriyle örgütlü silahlar arasında ya da bir devlet içinde bu tür gruplar arasında uzayan silahlı şiddet bulunduğunda*' silahlı çatışma söz konusudur, bkz. **ALPKAYA, Gökçen,** Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ankara 2002, s. 115 ('**ALPKAYA**, EYUCM'). Bkz. ayrıca **BAŞAK,** Uluslararası Suçlar, s. 179-180.

[378] Bkz. **ÖNOK, R. Murat,** Savaşın Yasaklanma ve Cezalandırılma Süreci, HPD, Sayı 2, Nisan 2005, s. 21 ('**ÖNOK**, Savaşın…').

[379] Bkz. **PAZARCI,** Uluslararası Hukuk, s. 530.

Uluslararasılaşmış silahlı çatışmaların kapsamı konusunda ise tartışmalar vardır. Bir devletin hükûmetine karşı silahlı mücadele veren güçlere savaşan statüsü tanınması durumunda ve bir iç savaşta, yabancı devletlerin de silahlı çatışmalara katıldığı durumlarda, uluslararasılaşmış silahlı çatışmanın varlığı, kesin olarak kabûl edilmektedir[380].

Uluslararası olmayan, iç silahlı çatışmalar ise, ilk defa 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak üçüncü madde hükmü ile, bunların yürütülmesine dair bazı insancıl hukuk hükümleri getirilerek düzenlenmiştir. Daha sonra, 14.5.1954 tarihli La Haye (Lahey) Silahlı Bir Çatışma Halinde Kültür Mallarının Korunmasına Dair Sözleşme'nin 4. ve 19. maddelerinde bu kavrama yer verilmiştir. 10.6.1977 tarihli Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunmasına İlişkin 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek II. Protokol ise, münhasıran bu konuya özgü durumları ele almaktadır[381].

1977 Protokolünün ilk maddesi, uluslararası olmayan silahlı çatışmanın tanımını yapmaktadır. Buna göre, '*bir Yüksek Âkit Tarafın ülkesinde bu Tarafın silahlı kuvvetleri ile sorumlu bir komutanın yönetiminde ülkesinin bir bölümünde sürekli ve düzenli askeri harekat yürütmeye izin verecek ve bu Protokolü uygulayacak düzeyde denetim sağlayan ayrılıkçı silahlı kuvvetler ya da örgütlenmiş silahlı gruplar arasında geçen*'[382] silahlı çatışmalar, bu kapsamdadır (md. 1/1).

Nihayet, 'savaş suçu'ndan maksat '*jus in bello*' olarak ifade edilen, kuvvete başvurma hâlinde silahlı çatışmaların yürütülmesinde savaşan taraflarca uyulması gerekli olan insancıl hukuk kurallarıdır. Buna karşılık '*jus ad bellum*' kavramıyla ifade edilen uluslararası hukukta kuvvete başvurma hakkı, 'saldırgan savaş' ya da 'saldırı fiili' çerçevesinde değerlendirilmelidir[383]. Uluslararası hukukta savaş hukuku

[380] Bkz. **PAZARCI,** IV. Kitap, s. 139-143.
[381] Bkz. **ÖNOK,** Savaşın…, s. 21.
[382] Naklen **PAZARCI,** IV. Kitap, s. 147; bu tanımdan çıkan unsurlar için bkz. age, s. 151.
[383] Bkz. **PAZARCI,** IV. Kitap**,** s. 139; **ÖNOK,** Tarihî…, s. 166. Saldırgan savaş ya da saldırı suuç hk. gbi için bkz. **TEZCAN**, **Durmuş**, Saldırgan Savaş ve Devletlerarası Ceza Hukuku, AÜSBF

kurallarına uyma yükümlülüğü kuvvete başvurma hakkına sahip olunup olunmamasından bağımsızdır, silahlı çatışma hâlinde her zaman geçerlidir.

Savaş durumlarını dikkate alarak uluslararası insancıl hukuk kuralları tesis eden metinlerde konumuzla ilgili düzenlemelere rastlayabiliriz.

b. Cenevre Sözleşmeleri

Savaş hukuku konusundaki en önemli normlar 12.8.1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinde yer almaktadır. Dört ayrı sözleşmeden oluşan ve bir bütün olarak Cenevre Sözleşmeleri olarak anılan antlaşmalar serisinin kapsamındaki dört Sözleşme ismen şunlardır: I sayılı Harb Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralılarının Vaziyetlerinin Islahı Sözleşmesi; II sayılı Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Vaziyetlerinin Islahı Sözleşmesi; III sayılı Harb Esirleri Hakkında Tatbik Edilecek Muameleye Dair Sözleşme; IV sayılı Harb Zamanından Sivillerin Korunmasına Dair Sözleşme. Ayrıca, 8 Haziran 1977 tarihli, 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokoller[384] de Sözleşmelerin bir parçasıdır. Türkiye, Sözleşmeleri 21.1.1953 tarihli yasayla onaylamıştır[385]. Buna karşılık, 25.9.2005 itibariyle devletimiz henüz Ek Protokolleri imzalamamıştır.

Tüm bu Sözleşmeler için ortak 3. madde[386] 1. bend hükmüne[387] göre, Sözleşme tarafı bir devletin ülkesinde uluslararası olmayan bir silahlı çatışmanın çıkması durumunda, çatışmaya taraf olanların birtakım insancıl hukuk kurallarına riayet etmesi gerekmektedir. Bu kurallara hem hükûmet kuvvetleri hem de bunlara

---

Dergisi, İlhan Öztrak'a Armağan, Cilt 49, Sayı 1-2, Ocak-Haziran 1994, s. 358 vd; **ACER, Yücel,** Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu, Ankara 2004, s. 47 vd.

[384] Bu iki Protokol ismen şunlardır: I sayılı Uluslararası Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunması Protokolü ve II sayılı Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunması Protokolü.

[385] Sözleşme metni için bkz. Resmi Gazete, 30/01/1953, sayı 8322. 25 Eylül 2005 itibariyle bu Sözleşmelere tam 192 devlet taraf olmuştur.

[386] 12 Ağustos 1949'da kabul edilen dört Cenevre Sözleşmesinin 3. maddesi aynıdır, bu nedenle ortak 3. maddeden bahsedilir.

[387] Madde metni için bkz. **PAZARCI,** IV. Kitap, s. 148 vd. Diğer bir tercüme için bkz. **ÖNDÜL,** s. 34-35.

karşı mücadele eden karşı taraf kuvvetleri uymalıdır. Yani özel kişiler de, doğal olarak bu Sözleşmelere taraf olamasalar da, bunlara uymalıdırlar[388].

Anılan ortak maddenin 1. fıkra 1. bendi hükmüne göre, çatışmalara doğrudan katılmayan kimseler, çatışmalara katılıp da silahlarını terk etmiş bulunan kimseler, çatışmalara katılıp da hastalık, yaralanma, tutukluluk ya da başka bir nedenle çatışma dışı kalmış kimseler (ki bunların tümüne korunan kişi statüsü tanınmıştır), nerede bulunurlarsa bulunsunlar ve ne zaman olursa olsun vücut bütünlüklerine, onurlarına karşı her türlü saldırı, işkence ve kötü muameleye tabi tutulmama hakkına sahiptirler[389].

Uluslararası Adalet Divanı da, 1986 tarihli Nikaragua'daki askeri ve benzer faaliyetler kararında, söz konusu hükümlerin insanlığın temel değerlerinden olduğunu vurgulamıştır[390].

8.6.1977 tarihli İkinci Ek Protokolde de benzer kurallara yer verilmiştir. İkinci protokolün başlıca amaçlarından biri herkesin insanca muamele görmesini sağlamaktır. Bu çerçevede, çatışmalara katılan ya da katılmayan herkesin kişiliğine, onuruna saygı gösterilir; bunlara insanca muamele yapılır (md. 4/1). Dördüncü maddenin ikinci fıkra hükmüyle, buna aykırı düşecek belirli davranış türleri (ör. ırza geçme, fuhuşa zorlama gibi aşağılayıcı muameleler; bedensel ve ruhsal sağlığa zarar verecek işkence vb muameleler) yasaklanmıştır[391].

---

[388] Geniş bilgi için bkz. **PAZARCI,** IV. Kitap, s. 185. Ayrıca bkz. **GASSER**, s. 90 vd.

[389] Bkz. **PAZARCI,** IV. Kitap, s. 185.

[390] Bkz. **GASSER,** s. 86. Yazarın da vurguladığı gibi, bu tür hükümlerin uluslararası hukukta örf ve adet kuralı mertebesine ulaştığının kabulü gerekir. Dolayısıyla, bu hükümlerin yer aldığı sözleşmelere taraf olmayan devletler de bunlarla bağlıdırlar. Bu kurallardan bazıları uluslararası hukukun genel ilkeleri arasında da zikredilebilir (age, s. 87-88).

[391] Bkz. **PAZARCI,** IV. Kitap, s. 188. Bu kuralların uygulanmasında birtakım sorunlar yaşanmaktadır. Her şeyden önce, Cenevre Sözleşmeleri ve 1977 tarihli Protokollerde öngörülen kurallar, savaş durumunda dahi birtakım insancıl hukuk kurallarının gözetilmesini amaçlamaktadır. Fakat, özellikle uluslararası olmayan silahlı çatışmalar açısından getirilen koruyucu hükümlere ilgili devletlerin sınırlama getirmesi mümkündür. Silahlı çatışmalara taraf devletler özellikle egemenliğin, siyasal bağımsızlığın ve ülke bütünlüğünün korunması amaçlarıyla, uluslararası hukuka aykırı olmamak kaydıyla, uygun görecekleri bazı önlemleri alabileceklerdir. Bu durumlarda silahlı çatışma esnasında iki kategori kural devreye girecektir: uluslararası düzeyde insan haklarının korunmasına ilişkin genel kurallar ve bu tür çatışmalar için özel olarak öngörülmüş, silahlı çatışmaya dair insancıl hukuk kuralları. Bunlar birbirlerini tamamlamak üzere, birarada uygulanacaktır. İşte bu noktada ortaya çıkan

Silahlı çatışma hukuku kuralları uyarınca korunan diğer bir kategori, hasta, yaralı ve deniz kazazedeleridir. Bunların durumunu düzenlemeye yönelik bir çok antlaşma yapılmış olup bunlardan en önemlileri '*1949 tarihli Cenevre Kara Savaşında Yaralıların ve Hastaların Durumunun İyileştirilmesi Sözleşmesi'* ve yine '*1949 tarihli Cenevre Deniz Savaşında Yaralıların, Hastaların ve Deniz Kazazedelerinin Durumunun İyileştirilmesi Sözleşmesi*'dir[392]. Her iki Sözleşmenin 12. maddesi, uygulama alanına giren kişiler bakımından her türlü işkence ve kötü muameleyi yasaklamıştır[393].

Silahlı çatışmalar sırasında özel koruma altına alınmış olan diğer bir kategori, sivillerdir. Bu konu kamuoyunun en hassas olduğu noktalardan biri olup, esasen savaşın yürütülmesiyle hiç bir alakası olmayan bazı masum kişilerin saldırgan

---

sorun, insan haklarını uluslararası düzeyde korumaya yönelmiş bir çok metnin, savaş ya da ulusların yaşamsal ve kamusal tehlikelerle karşı karşıya bulunduğu dönemlerde ilgili antlaşma hükümlerinin askıya alınabileceğini öngörmesidir. Mesela, AİHS md. 15'te böyle bir imkan öngörülmüştür. Hemen belirtelim ki, AİHS md. 3'te öngörülmüş işkence yasağına dair hüküm, aynı md. 15'ın açık ifadesine göre bu tür durumlarda bile askıya alınamayacak, uygulaması sınırlanamayacak hükümlerdendir. Fakat bir çok diğer uluslararası metin bakımından işkence yasağını mutlak olarak koruma altına alan benzer bir hüküm yoktur. Oysa yukarıda anılan türden (yaşamsal ve kamusal tehlike…) tehditlerin varlığı, her zaman uluslararası olmayan silahlı bir çatışmanın varlığını ve dolayısıyla ilgili insancıl hukuk kurallarının devreye girmesini gerektirmez. Durum böyle olunca, uygulamada devletlerin ülkelerinde vuku bulan kimi çatışmaları, 1949 Cenevre Sözleşmeleri ortak 3. maddesi bakımından uluslararası olmayan silahlı çatışma saymamasına rağmen; diğer insan hakları belgeleri kapsamında, insan haklarına sınırlama getirilebilecek bir hal (ör. kamusal yaşama yönelik tehdit) olarak algıladıkları ve böylece bu belgelerle getirilen bazı hak ve özgürlükleri bir kuraldışılık olarak sınırladıklarını görülmektedir. İşte böyle bir durumda, hem silahlı çatışma hukukunun insancıl hukuka ilişkin kuralları devreye girmeyecek; hem de genel konulu insan hakları belgeleriyle getirilmiş ve barış döneminde uygulanacak mutad güvenceler sınırlanabilecektir. Türkiye de, Güneydoğu'daki terör eylemlerine ilişkin bu yöntemi izlemiştir. Silahlı çatışmalar esnasında uygulanan insancıl hukuk kurallarının uluslararası düzeyde insan haklarının korunmasına ilişkin kurallarla ilişkisi, olağanüstü hal kavramı, bunlara bağlı sorunlar hk. geniş bilgi için bkz. **PAZARCI,** IV. Kitap, s. 190-193. Ayrıca bkz. **GASSER,** s. 93-96 (yazara göre, işkence yasağı gibi insanlığın temel değerlerini koruyan hükümler, hem insan hakları hukukunun vazgeçilemez, sınırlanamaz, istisna getirilemez hükümlerindendir hem de uluslararası insancıl hukuk bağlamında ilaveten güvence altına alınmıştır. Bu bakımdan, her iki kurallar düzeni açısından da güvence her zaman (iç karışıklık, olağanüstü hal, savaş durumu) işlemeye devam eder. Ayrıca yazar, bu hakların ihlalinin denetlenmesi ve cezalandırılması açısından, insan hakları hukukunun çok daha müsait mekanizmalar öngördüğünü de haklı olarak belirtiyor. Zira, insan haklarının uygulamaya geçirilmesini gözeten bir çok yargısal ve yargı-benzeri sistemler kurulmuşken, uluslararası insancıl hukuk açısından devletlerin samimiyeti ve uluslararası yükümlülüklerine uyma iradesine güvenmekten başka çare pek yoktur, bkz. age, s. 97 vd). Bu konuda, Uluslararası Ceza Divanı'nın kurulmuş olması bu nedenle önemli bir gelişme teşkil etmektedir.

[392] Bkz. **PAZARCI,** IV. Kitap, s. 234 vd.

[393] Bkz. **PAZARCI,** IV. Kitap, s. 236.

davranışlardan korunmaya çalışılması, uluslararası siyasi ve hukuki platformda ortak destek gören bir konudur.

Bu çerçevedeki en önemli antlaşmalar, '*1949 tarihli Savaş Sırasında Sivillerin Korunmasına dair Cenevre Sözleşmesi*' ile buradaki kuralları tamamlayan ve geliştiren 1977 tarihli Ek Birinci Protokoldür[394]. Buradaki düzenlemeler, silahlı çatışmalar sırasında sivillerin insanca muamele görme hakkı (1949 Sözl.si, md.27; 1977 I. Protokol, md.75) ekseninde yapılmıştır.

Sivillerin kişiliğine ve onuruna saygı gösterilecek, bu kişiler şiddet konusu yapılmayacak, kadınların ırzına geçilmesi, fuhuşa zorlanması da dahil olmak üzere her türlü utanç verici hareketten korunmaları sağlanacaktır (1949 Sözl.si md. 27/2; 1977 t.li Ek I. Protokol, md. 76/1)[395].

Konumuz açısından en önemlisi, her türlü işkence, bedensel ceza ve sakatlama açıkça yasaklanmaktadır (1949 Sözl.si md. 31-32; 1977 t.li Ek I. Protokol md. 75/2 c-d)[396].

Ayrıca, Cenevre Sözleşmelerine taraf tüm devletler, uluslararası insancıl hukuku ihlal eden şahısları yargılama yükümlülüğü altındadırlar. Zira bu tür fiiller, savaş suçları kategorisine dahildir. Statüsü 1.7.2002 itibariyle yürürlüğe giren Uluslararası Ceza Divanı bu konuda genel yetkili merci olacaktır[397].

c. Savaş Hukukuna Dair Diğer Araçlar

[394] Bkz. **PAZARCI,** IV. Kitap, s. 243.
[395] Bkz. **PAZARCI,** IV. Kitap, s. 245.
[396] Yukarıdakiyle aynı. Ayrıca bkz. 1949 Sözleşmelerden ilkinin 50., ikincisinin 51., üçüncüsünün 130. ve dördüncüsünün 147. maddesi; zikreden: **YILMAZ,** s. 105.
[397] Uluslararası Ceza Divanı'nın bu konudaki yargı yetkisi için bkz. Bkz. **TEZCAN, Durmuş**, Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı, Hukuk Kurultayı 2000, Cilt 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2000, s. 271-301; **SÖZÜER, Adem/ERMAN, R. Barış**, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağanı, İstanbul 2001, s. 278; **ÖNOK,** Tarihî…, s. 161 vd.

Savaş durumunda gereksiz acının ika edilmesini yasaklayan bazı uluslararası sözleşmelerin dolaylı olarak işkence yasağının uygulanmasına hizmet ettikleri söylenebilir. Bu sözleşmeleri sadece ismen zikredeceğiz. Bunlar kronolojik sıraya göre, 1907 tarihli La Haye Sözleşmeleri[398], 1972 tarihli Bakteriyolojik Silahlara dair Sözleşme, 1980 tarihli Geleneksel Silahlar Sözleşmesi ve buna ek protokoller[399] ve 1993 tarihli Kimyasal Silahlar Antlaşması'dır. İnsanlığa gereksiz acılar vermeye yönelik bazı savaş araçlarının kullanılmasını önlemeye yönelik bu düzenlemeler, insan onurunu korumaktadırlar.

Savaş hukukuna ilişkin genel, yani mağdur olabilecek herkesi koruyan kurallar öngören bu düzenlemeler dışında, durumları itibariyle özellikle hassas olan bazı kesimleri ilaveten güvence altına almaya yönelmiş belgelere de rastlamak mümkündür. Konumuz açısından vereceğimiz örnek, BM Genel Kurulu'nun 14 Aralık 1974 tarihli ve 3318 (XXIX) sayılı kararıyla ilan ettiği '*Olağanüstü ve Silahlı Çatışma Hallerinde Kadınların ve Çocukların Korunmasına dair Bildiri*[400]'dir.

Bildirinin dördüncü maddesinde '*kadınların ve çocukların bir bölümünü oluşturduğu sivil halka karşı zulüm, işkence, cezalandırma, onur kırıcı muamele ve şiddet gibi muamelelerin yapılmasının yasaklanmasını sağlamak için gerekli her türlü tedbir*'in alınacağı belirtilmiştir.

Beşinci maddede de '*askeri operasyonlar sırasında veya işgal altındaki topraklarda çatışmanın taraflarınca…işkence yapma*'nın ve '*…kadınlara ve çocuklara karşı işlenen baskıcı ve zalimane ve insanlık dışı fiillerin*' de suç olarak kabul edileceği beyan edilmiştir.

[398] Bu sözleşmeler serisi de, savaş hukukuna ilişkin temel kuralları düzenlemektedir. Fakat 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri daha kapsamlı ve özel düzenlemeler getirdiğinden ve tarafları az çok aynı olup daha sonraki bir tarihte kabul edildiğinden, artık 1907 La Haye Sözleşmelerinin büyük ölçüde zımnen ilga edildiği söylenebilir.
[399] Mayın ve yangın çıkarıcı silah gibi acımasız zarara yol açan bazı araçların kullanımı yasaklanmıştır.
[400] İng. *Declaration on the Protection of Women and Children in Emergency and Armed Conflict.* Türkçe metin için bkz. **DOĞRU,** Mevzuat, s. 82-83.

3. İnsancıl Hukuka Uyumun Sağlanması

a. Genel Olarak

Yukarıda, genel anlamda uluslararası insancıl hukuk kurallarını konumuz açısından ele aldık. Şimdi kısaca bu kurallara riayetin nasıl sağlanacağı üzerinde duracağız.

Aşağıda ele alacağımız Uluslararası Ceza Divanının kuruluşuna kadar, insancıl hukuk ihlallerini yargılamakla yetkili bir uluslararası ceza organı olmadığından, bir devletin insancıl hukuktan doğan yükümlülüklerini ifa etmemesi halinde devlet bazında yapılacak girişimler önem taşımıştır. Zira devletler, bireysel olarak ya da Birleşmiş Milletler gibi örgütler aracılığıyla kolektif olarak, ihlalci devlete karşı harekete geçip onları doğru yola sevk etmeyi denemişlerdir.

Bu çerçevede, uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde başvurulabilecek geleneksel yöntemler denenmiştir. Konumuz dışında kalması bakımından bunların detayına girmeyeceğiz[401]. Fakat bunların dışında, yüz yılı aşkın bir süredir insancıl hukuka riayetin sağlanmasında özel çaba gösteren bir örgüt vardır ki, buna da kısaca değinmeyi gerekli görüyoruz. Bu örgüt Uluslararası Kızıl Haç Komitesi'dir (Kızıl Haç).

b. Uluslararası Kızıl Haç Komitesi

[401] Çözüm yollarının uluslararası hukukta geçerli olan 'kuvvet kullanma yasağı' ilkesi gereğince, barışçı yollardan geçtiği doğaldır. Bu yollar, diplomatik ya da hukuki (yargısal) olmak üzere ikiye ayrılabilir. Diplomatik yollar, ilgili devletler arasında yapılan diplomatik görüşmeler ve üçüncü bir devletin araya girmesiyle söz konusu olan dostça girişim, arabuluculuk, uluslararası soruşturma, uzlaştırma gibi yöntemlerdir. Yine diplomatik yollar çerçevesinde, uluslararası örgütlerin katkısıyla işletilen yolları unutmamak gerekir. BM gibi evrensel örgütlerin Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi gibi organlarını devreye sokarak işlettiği barışçı çözüm yolları ve benzeri sistemleri işletebilen bölgesel örgütler burada zikredilebilir. Hukuki çözüm yolları ise, uluslararası yargı ve hakemlikten ibarettir. Bu yöntemler hakkında bilgi için bkz. **PAZARCI,** IV. Cilt, s. 5 vd.; **SUR,** s. 253 vd.

Günümüze kadar silahlı çatışmalar sırasında uluslararası insancıl hukuka uyumu denetlemek bakımından en önemli görevi bu kuruluş üstlenmiştir. Kızıl Haç'a bu misyonu Cenevre Sözleşmeleri yüklemiştir. Komitenin görevi, uluslararası olan veya olmayan silahlı çatışmalar halinde uygulama bulan insancıl hukuk kurallarına riayeti teşvik etmektir[402]. Bu vekalet görevi uluslararası hukuktan, özellikle de 1949 tarihli Dört Cenevre Sözleşmesinden doğmaktadır.

Uluslararası Kızıl Haç Komitesi, Cenevreli *Henry Dunant*'ın çabaları sonucunda 1863 yılında bir hayır derneği olarak kurulmuştur. Dernek, İsviçre hukukuna tabi özel bir kurum statüsünü yıllar boyu muhafaza etmiştir. Komite üyelerinin ve yöneticilerinin büyük bölümü de İsviçre vatandaşıdır. O halde Kızıl Haç uluslararası bir örgüt olmayıp, nitelik itibariyle hükûmet-dışı bir kuruluştur.

Dolayısıyla, devletler Komitenin üyesi olamayacağı gibi hükûmetlerin de Komite işleyişi üzerinde bir nüfuzu yoktur. Buna rağmen, Komitenin yetkisi evrenseldir. Komitenin finansmanı, Cenevre Sözleşmelerine taraf devletler, Avrupa Birliği, Ulusal Kızıl Haç ve Kızıl Ay kuruluşları ve özel bağışçılar tarafından gönüllü olarak sağlanmaktadır. Komitenin BM nezdinde gözlemci statüsüne sahip olması, taşıdığı uluslararası saygınlığın ve önemin bir kanıtıdır.

Kızıl Haç'ın görevi insani konularla sınırlıdır. Komite, her zaman kendi iradesiyle hareket eder, yani çatışma taraflarından birinin ya da BM veya başka örgütlerin talimatıyla hareket etmez. Kızıl Haç'ın gördüğü işlev, çatışma tarafları arasında bir nev'i tarafsız arabuluculuk yapmaktır.

Taraflarla temaslarında, Kızıl Haç gizlilik ilkesine riayet eder. Böylece, diplomasi kurallarının gerektirdiği nezaketten de biraz sıyrılıp, dilediği kadar sert ve açık ifadeler ve tavırlarla taraflara yaklaşabilir. Fakat gizlilik çerçevesinde yürütülen

[402] Bkz. **GASSER,** s. 99.

faaliyetlerle bir sonuç elde etme imkanı artık yoksa, Kızıl Haç uluslararası kamuoyuna düşüncelerini açıkça duyurma yoluna başvurur.

Komite'nin yetkilerine göz atarsak, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine taraf devletler, Komite delegelerinin, savaş esiri kamplarına, yabancı sivillerin esir tutulduğu her türlü yerlere ve işgal altındaki yerlere yapacakları ziyaretleri kabul etmek zorundadırlar[403]. Bilindiği gibi, çatışma ortamlarında esir tutulan ve düşman birim gözüyle değerlendirilen kişilerin bulunduğu bu tür yerler, işkence ve benzeri kötü muamelenin vuku bulma olasılığının çok yüksek olduğu yerlerdir.

Hiç şüphe yok ki, ihtilafa taraf olmayan uluslararası bir örgütün bu yerleri denetimi bu tür muameleleri önlemek açısından çok önemlidir. Bu açıdan, Kızıl Haç'ın da yüz kırk yılı aşan işleyişinde başarılı bir rol oynadığı tartışmasızdır.

B. Uluslararası Ceza Mahkemeleri

Uluslararası ceza hukuku bakımından en önemli araçlar, kurucu karar veya antlaşmalarında işkencenin suç olarak düzenlenmiş bulunduğu *ad hoc* (özel) uluslararası ceza mahkemeleri ve 1 Temmuz 2002'de Statüsü yürürlüğe giren sürekli Uluslararası Ceza Divanı'dır.

Ad hoc ceza mahkemeler deyince, bugüne kadar kurulan Nürnberg, Tokyo, Eski Yugoslavya ve Rwanda (Ruanda) Uluslararası Ceza Mahkemeleri akla gelir. Öncelikle bunları inceleyeceğiz.

1. Nürnberg ve Tokyo Askerî Ceza Mahkemeleri

8 Ağustos 1945'te Londra Anlaşmasıyla oluşturulan Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi ile 19 Ocak 1946 tarihinde kurulduğu ilan edilen Tokyo Uluslararası Askeri Mahkemesi, II. Dünya Savaşı'nda Almanlar ve Japonlar

[403] Uluslararası Kızıl Haç Komitesinin hukuki statüsünün ele alındığı bu bölüm, büyük ölçüde

tarafından işlenen katliamların sorumlularını yargılamak üzere kurulmuş askerî, *ad hoc* (özel), olağanüstü mahkemelerdir[404]. Her iki mahkeme bakımından da, sivil halka kötü muamele etmek, savaş suçu teşkil etmekteydi. Ayrıca, '*mahkemenin yetki alanına giren herhangi bir suçun işlenmesi için veya bu suçla ilgili olarak…işlenen… zâlim davranışlar*' da, insanlığa karşı suç sayılmaktaydı[405].

2. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi

BM Güvenlik Konseyinin 22.2.1993 tarih ve 808 sayılı kararıyla kurulması öngörülen ve 25.5.1993 tarih ve 827 sayılı kararıyla fiilen kurulan[406] Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin Statüsünde işkence suçu açıkça düzenlenmiş ve cezalandırılmıştır[407].

Statünün 2. maddesine göre, 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ağır ihlâlleri, ki '*işkence ve biyolojik deneyler de dahil olmak üzere insanlık dışı muamele*' açıkça bu kapsamda sayılmıştır, EYUCM'un madde bakımından yargı yetkisi kapsamındadır[408].

Mahkemeye göre, bir savaş suçu olarak insanlık dışı muamele, ciddi zihinsel acı ya da fiziksel ıstırap veya zarar veren ya da insan onuruna ciddi bir saldırı oluşturan ve nesnel olarak değerlendirildiğinde, tasarlanmış olan kasıtlı bir eylemdir[409].

GASSER, s. 101-104'ün tercümesidir.

[404] Bkz. **ÖNOK,** Tarihî…, s. 41 vd.

[405] Bkz. **ÖNOK,** Tarihî…, s. 42-43. Nürnberg Mahkemesinin madde bakımından yetkisi kapsamındaki insanlığa karşı suçlar için bkz. **AZARKAN, Ezeli,** Nuremberg'ten La Haye'ye: Uluslararası Ceza Mahkemeleri, İstanbul 2003, s. 150-153.

[406] Bkz. **ALPKAYA,** EYUCM**,** s. 26-29.

[407] Mahkeme hk. gbi. için bkz. **ALPKAYA,** EYUCM, s. 41 vd; bkz. ayrıca **TEZCAN, Durmuş**, Uluslararası Suçları Kovuşturmada Katedilen Yol: Uluslararası Nüremberg Askeri Mahkemesi'nden Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesine, Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, s. 481 vd (**'TEZCAN,** EYUCM'); **BAŞAK,** Uluslararası Suçlar, s. 35 vd; **AZARKAN,** s. 120 vd.

[408] Bkz. **ALPKAYA,** EYUCM, s. 120 vd; **ÖNOK,** Tarihî…, s. 71-73.

[409] Bkz. **ALPKAYA,** EYUCM, s. 120-121.

Statünün beşinci maddesinde de, insanlığa karşı suçlar kapsamında, hem işkenceye hem de 'diğer insanlık dışı' fiillere yer verilmiştir[410]. İnsanlığa karşı suçun maddî unsuru kapsamındaki işkence suçunun unsurları ise şu şekilde tespit edilmiştir[411]:

- Bir eylem ya da ihmal yoluyla, fiziksel ya da zihinsel ağır acı ya da ıstırap verilmesi;
- Eylem ya da ihmalin kasıtlı olması;
- Eylem ya da ihmalin bilgi ya da itiraf elde etmeyi, mağduru ya da bir üçüncü kişiyi cezalandırmayı, sindirmeyi ya da zorlamayı veya mağdura ya da bir üçüncü kişiye, herhangi bir temelde ayrımcılık yapmayı amaçlaması.

İnsanlığa karşı suç kapsamındaki 'diğer insanlık dışı eylemler' ise, Statü'de özel olarak sayılmış olmayan, fakat aynı ağırlıktaki sair eylemleri içeren torba bir hükümdür[412].

3. Rwanda (Ruanda) Uluslararası Ceza Mahkemesi

Ruanda'da 1994'te Tutsilerle Hutular arasında yaşanan trajik olaylar sonucunda BM Güvenlik Konseyi'nin 8.11.1994 tarih ve 955 sayılı kararıyla kurulan Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü de işkence teşkil eden eylemleri cezalandırmaktadır. Statüye göre, sivil nüfusa yöneltilmiş geniş çaplı veya sistematik saldırıların bir parçası olarak işlenen işkence fiilleri, ulusal, siyasî, etnik, ırkî veya dinî bir ayrımcılık temeline dayanıyorsa, RUCM Statüsü anlamında insanlığa karşı suç teşkil edip Mahkemenin yargı yetkisine girecektir. Ayrıca, Statü md. 4'e göre, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin ortak üçüncü maddesi ve buna ek II.

[410] Statü bakımından 'insanlığa karşı suç', ister uluslararası, ister iç silahlı çatışmada işlenmiş bulunsun, sivil halka yönelik belirli fiillerdir, bkz. **ÖNOK,** Tarihî…, s. 74-75; EYUCM içtihadı için bkz. **ALPKAYA,** EYUCM, s. 132-134. Demek ki, suçun oluşması için 'silahlı çatışma' sırasında işlenmiş olması gerekecektir, bkz. **TEZCAN,** EYUCM, s. 489.
[411] Bkz. **ALPKAYA,** EYUCM, s. 132; **BAŞAK,** Uluslararası Suçlar, s. 146.
[412] Bkz. **ALPKAYA,** EYUCM, s. 133-134.

Protokolün ihlâlleri de (yukarıda açıklandığı gibi işkence bu kapsamdadır), RUCM'un yetkisi dahilindedir[413].

4. Uluslararası Ceza Divanı

Uluslararası Ceza Divanı (*International Criminal Court*), uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren en ağır suçlardan sanık kimseleri cezai açıdan yargılamakla görevli bir uluslararası yargı organıdır (Statü md. 1, 5). Divan, Hollanda'nın La Haye kentinde merkezi bulunan (md. 3), sürekli yapıda (md. 1), uluslararası tüzel kişiliğe sahip (md. 4), BM ile özel bir ilişkisi bulunan, fakat ondan bağımsız (md. 2) bir evrensel mahkemedir[414].

UCD'nin kurucu Statüsü (Roma Statüsü), 1998 yılında Roma'da yapılan bir uluslararası konferans sonucunda kabul edilmiş[415] ve 1 Temmuz 2002'de yürürlüğe girmiştir. Statü'yü 139 devlet imzalamış ve 14 Ekim 2005 itibariyle 99 devlet buna taraf olmuştur. Konferansta çekimser oy kullanan Türkiye, Statü'ye bu tarih itibariyle taraf değildir; fakat bu yöndeki çalışmalar Hükûmet tarafından sürdürülmektedir. Nitekim 6 Ekim 2004 tarihinde, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Genel Kurulu'nda konuşma yapan Başkaban Recep Tayyip Erdoğan, Türkiye'nin 'yakın bir gelecekte' UCD'ye taraf olacağını ilan etmiştir[416]. Bu amaçla, Anayasanın 38. maddesindeki iadeye dair hükmün de değiştirildiği bilinmektedir.

UCD kendisinden önce kurulmuş diğer uluslararası yargı organlarından

---

[413] Bkz. **ÖNOK,** Tarihî…, s. 100.

[414] Bkz. **ÖNOK, R. Murat,** Avrupa Birliği, Amerika Birleşik Devletleri ve Uluslararası Ceza Divanı, Hukuk ve Adalet, Yıl 1, Sayı 3, Temmuz-Eylül 2004, s. 221 (**'ÖNOK**, AB-ABD-UCD').

[415] UN Document Number A/CONF.183/9 of 17 July 1998 and corrected by procès-verbaux of 10 November 1998, 12 July 1999, 30 November 1999, 8 May 2000, 17 January 2001 and 16 January 2002. Oylamada, yüz yirmi devlet kabûl, yedi devlet red oyu vermiş; yirmi bir devlet de çekimser oy kullanmıştır.

[416] Bkz. http://www.akparti.org.tr/haber.asp?haber_id=10895&kategori=8 (son erişim 5.12.2004).

farklıdır[417]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, Uluslararası Adalet Divanı gibi ulus-üstü niteliğe sahip olsa da, onlardan farklı olarak, ceza yargılaması yapmakta ve gerçek kişileri hedef almaktadır. Kendisinden önce kurulan diğer uluslararası ceza mahkemelerinden başlıca farkı ise *ad hoc* olmaması, yani sürekli yapıya sahip olması ve bu bakımdan sadece belirli coğrafî alanda, belirli dönemde ve belirli kişilerce işlenen fiilleri yargılamakla sınırlı bir görevi olmamasıdır.

UCD Statüsü md. 7/1-f bendine göre işkence, insanlığa karşı bir suç olup mahkemenin yargı yetkisine girmektedir. Bu durumda, sivil nüfusa karşı yöneltilmiş *yaygın veya sistematik saldırının bir parçası olarak* işlenen işkence fiilleri mahkeme tarafından yargılanabilecektir. Münferit veya tesadüfî vakalar, ancak ulusal ceza hukukları uyarınca cezalandırılacak adi suçlardan sayılacaktır. Fakat, sistematik veya yaygın bir saldırının bir unsurunu oluşturacak biçimde ifa edilen bireysel fiiller, insanlığa karşı suç teşkil edebilir[418].

Statünün md. 7/2-e bendindeki açıklayıcı hükme göre işkenceden bahsedebilmek için '*sanığın, kontrolü veya gözetimi altında bulunan bir kişiye kasten, ağır fiziksel veya zihinsel acı veya eza çektirmesi*' aranmaktadır[419]. Fakat sadece kanunî yaptırımlardan kaynaklanan ya da onların doğasında mündemiç (var olan) acı ve ıstırap, işkence çerçevesinde değerlendirilmeyecektir.

Burada, özel bir saikin veya devlet güçlerinden kaynaklanan bir eylemin aranmamış olması ilginçtir[420]. Bu nedenle, Roma Statüsü bakımından işkenceden bahsedebilmek için failin resmî sıfatı haiz bir kimse olması gerekmez[421].

---

[417] Bkz. **ÖNOK,** AB-ABD-UCD, s. 222.
[418] *Prosecutor v Dusko Tadic, Opinion and Judgement*, 7 Mayıs 1999, paragraf 649.
[419] Bkz. **SÖZÜER/ERMAN,** s. 278; **ÖNOK,** Tarihî…, s. 160; **ATEŞ EKŞİ, Canan,** Uluslararası Ceza Mahkemesinin İnsanlığa Karşı Suçlar Üzerindeki Yargı Yetkisi, Ankara 2004, s. 133.
[420] Bkz. **SÖZÜER/ERMAN**, s. 279; **ATEŞ EKŞİ,** s. 134. Oysa EYUCM içtihatlarında özel kasta vurgu yapılmaktaydı, bkz. **BAŞAK,** Uluslararası Suçlar, s. 146.
[421] Bkz. **BAŞAK,** Uluslararası Suçlar, s. 149; **ATEŞ EKŞİ,** s. 133.

Yine Statü'nün 7/1-k maddesine göre '*Kasten büyük ezaya veya vücut ya da zihinsel veya fiziksel sağlıkta ciddî zarara yol açan benzer nitelikte diğer insanlık dışı hareketler*' de insanlığa karşı suçtur. Bu bent ile, kanunîlik ilkesi açısından tereddüt uyandıran ve maddede sayılmamış tüm benzer durumları kapsaması amaçlanan torba bir hüküm getirilmiştir. Mesela RUCM'un Akayesu Kararında, Tutsi kadınların zorla çıplak tutulması bu çerçevede değerlendirilmiştir[422]. Sonuçta burada da, Statüde insanlık dışı suçun maddî unsuru kapsamında sayılan eylemlere yapısı ve ağırlığı itibariyle benzer nitelikte olup ciddî fiziksel ya da zihinsel acı veren davranışlar söz konusudur[423].

Ayrıca Statü'de savaş suçları kapsamında da işkenceye açıkça yer verilmiştir. Buna göre md. 8/2-a (ii)'da, 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin ağır ihlâlleri kapsamında işkence veyahut biyolojik deneyler de dahil olmak üzere insanlık dışı muameleye; md. 8/2-b'de, savaş yasa ve âdetlerinin diğer ciddî ihlâlleri kapsamında kişilerin sakat bırakılması veya mağdurun yararına olmayan ve tıbbî gerek bulunmayan deneylere maruz bırakılmasına (md. 8/2-b (x), kişi haysiyeti üzerinde tecavüzde bulunmaya, özellikle aşağılayıcı ve küçük düşürücü muamelede bulunmaya (md. 8/2-b (xxi); md. 8/2-c'de, Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak üçüncü maddesinin ciddî ihlâlleri kapsamında yine kişi haysiyeti üzerinde tecavüzde bulunmaya, özellikle aşağılayıcı ve küçük düşürücü muamelede bulunmaya (md. 8/2-c (ii); md. 8/2-e'de, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilen kural ve âdetlerin diğer ciddî ihlâlleri kapsamında işkence veya aşağılayıcı ya da küçük düşürücü muamele teşkil edebilecek bir çok fiile (cinsel suçlar (md. 8/2-e (vi), kişilerin sakat bırakılması veya mağdurun yararına olmayan ve tıbbî gerek bulunmayan deneylere maruz bırakılma (md. 8/2-e (xi) yer verilmiştir[424].

VIII. ULUSLARARASI ÖRGÜTLER BÜNYESİNDEKİ DİĞER BELGE VE ARAÇLAR

[422] Bkz. **SCHABAS, A. William,** An Introduction to the International Criminal Court, Cambridge University Press, 2001 s. 39.
[423] Bkz. **BAŞAK,** Uluslararası Suçlar, s. 166-168; **ATEŞ EKŞİ,** s. 146.

A. Birleşmiş Milletler Örgütü Bünyesindeki Diğer Belge ve Araçlar

1. İşkence Yasağının Dolaylı Olarak Düzenlendiği Belgeler

Bu başlık altında, Birleşmiş Milletler Örgütü bünyesinde insan hakları konusunda kabul edilen ve işkence yasağını dolaylı olarak düzenleyen birtakım belgelere değineceğiz.

Bunlardan ilki, '*Her Türlü Irk Ayrımcılığının Tasfiye Edilmesine dair Uluslararası Sözleşme'*dir[425]. BM Genel Kurulunun 21.12.1965 tarih ve 2106 A (XX) sayılı kararıyla kabul edilmiş bu sözleşme, 4.1.1969'da yürürlüğe girmiştir. Belgede ırk ayrımcılığına dayalı işkence ve kötü muamele çeşitli maddelerde (ör. şiddet ve bedensel zarara karşı koruma sağlayan md. 5/b) dolaylı olarak yasaklanmıştır.

İkinci bir belge, BM Genel Kurulunun 29.11.1985 tarihinde kabul ettiği '*Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına dair Temel Prensipler Bildirisi'*dir[426]. İlk maddede '*yürürlükte bulunan ceza kanunlarının eylem veya ihmal yoluyla ihlal edilmesi nedeniyle, bireysel veya toplu olarak, fiziksel veya ruhsal biçimde yaralanma da dahil olmak üzere manevi acılar çeken*' kimselerin mağdur kapsamına gireceği belirtilmiştir. Bu tanımdan da kolayca anlaşılacağı üzerine, işkence ya da benzeri muameleye maruz kalmış kimseler bu bildirinin kapsam alanına girecektir. Fakat hemen dikkat çeken diğer bir özellik, bu bildiriyle getirilen ilkelerin bu tür fiilleri önleyici nitelikte olmayıp sadece uğranılan mağduriyeti cezai veya hukuki yollardan gidermeye yönelik olmasıdır. Bildiriye göre mağdurlar, adalete ulaşma ve adil muamele görme (İlke 4 vd.), tazminat elde etme (İlke 8 vd., 12 vd.), yardım alma (İlke 14 vd.) gibi haklara sahip kılınmalıdırlar.

---

[424] Bkz. **ÖNOK,** Tarihî…, s. 198 vd.
[425] İng. *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*. Türkçe metin için bkz. **DOĞRU,** Mevzuat, s. 41 vd.
[426] Türkçe metin için bkz. **AKTAN** (Editör), s. 439 vd.

Beden bütünlüğünü bozmaya yönelik fiilleri yasaklayan diğer bir belge de BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi tarafından 30.4.1956 tarih ve 608 (XXI) sayılı karar ile kabul edilip 7.9.1956'da son halini alan ve 30.4.1957'de yürürlüğe giren '*Köleliğin, Köle Ticaretinin ve Kölelik Benzeri Kurum ve Uygulamaların Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Tamamlayıcı Sözleşme*'dir[427].

Dördüncü bir belge BM Genel Kurulunun 30.11.1973 tarih ve 3068 (XXVIII) sayılı kararı ile kabul ettiği '*Apartheid Suçunun Bastırılması (Önlenmesi) ve Cezalandırılmasına dair Sözleşme*'dir. İkinci maddede, grup üyelerine yönelik ciddi bedensel ya da zihinsel zarar veren, onların onurunu ihlal eden eylemler ya da onları işkence yahut diğer zalimane, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele veya cezaya maruz bırakmak yasak türden insanlık dışı tasarruflardan sayılıp yasaklanmıştır[428].

Değineceğimiz beşinci bir belge, BM Genel Kurulunun 17.12.1979 tarihli ve 34/169 sayılı kararıyla kabul ettiği '*Yasaların Uygulanmasından Sorumlu Kişilerin Davranış Tarzına İlişkin Kurallar*'dır[429]. Birinci maddenin altında yer alan yorum beyanına göre, '*yasaların uygulanmasından sorumlu kişi*', hukuk alanında görev ifa eden, atanmış ya da seçilmiş, polisiye yetkilere (özellikle de yakalama ve tutuklama) sahip tüm görevlileri kapsar. İkinci maddeye göre, görevlerinin ifasında bu şahıslar insan haysiyetini ve insan haklarını korumakla yükümlüdürler. Konumuzu doğrudan ele alan beşinci maddeye göreyse, hiç bir yasa uygulayıcısı, işkence ya da zalimane, insanlık dışı veya küçük düşürücü ceza ya da muamele teşkil eden bir fiili uygulayamaz, teşvik edemez, hoş göremez. Ayrıca, bu tür muamelelerin mazereti olarak yetkili amirin emrinin ifası veya iç siyasi karışıklıklar, ulusal güvenliğin tehdit altında olması, savaş hali ya da tehdidi gibi olağanüstü hallerin varlığı öne sürülemez. Yani, bu yasak mutlak ve istisnasızdır. Beşinci maddeye ekli yoruma göre maddedeki yasak, BM Genel Kurulunun 9 Aralık 1975 tarihli ve 3452 (XXX) sayılı kararıyla

[427] Bkz. **GEMALMAZ,** İşkencenin Önlenmesi, s. 41.
[428] Bkz. **GEMALMAZ,** İşkencenin Önlenmesi, s. 41-42.
[429] İng. *Code of Conduct for Law Enforcement Officials*. Kuralların hazırlanış tarihçesi için bkz. **GEMALMAZ,** İşkencenin Önlenmesi, s. 139; tercüme için bkz. ayrıca **GEMALMAZ, Mehmet Semih,** İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, s. 38

kabul edilen '*Herkesin İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Korunmasına dair Bildiri*'ye[430] dayanmaktadır. 1975 Bildirisindeki işkence tanımı burada da geçerli olacaktır. Zalimane, insanlık dışı veya küçük düşürücü ceza ya da muamele kavramları ise, gerek fiziksel gerekse zihinsel saldırılara karşı mümkün olan en geniş korumayı sağlayacak şekilde yorumlanacaktır.

Farklı amacı ve uygulamadaki önemi sebebiyle anılması gereken altıncı bir araç, resmi bir BM belgesi olan İstanbul Protokolü'dür. Belgenin tam adı '*İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi için El Kılavuzu*'dur[431]. Kılavuzda yer alan esaslar 20.4.2000'de BM İnsan Hakları Komisyonu ve 4.12.2000'de BM Genel Kurulu nezdinde oylanarak oybirliğiyle benimsenmiştir[432].

Adından da anlaşılacağı üzere, bu belge işkencenin önlenmesine değil, vuku bulmuş ihlallerin ortaya çıkarılmasına ve etkin biçimde soruşturulmasına hizmet etmek amacıyla oluşturulmuştur[433]. Bu itibarla, uluslararası alanda önemli bir eksikliği gidereceğine inandığımız protokol, gerek hukukçular gerekse tabipler için önemli bir referans teşkil edecektir.

İstanbul Protokolü, hükümet-dışı örgütler ve işkenceyle mücadele, hukuk ve tıp alanındaki uzman kişilerin işbirliğiyle hazırlanmıştır. Böyle bir belge hazırlama fikri, 1996'da Adana'da düzenlenen 'İnsan Hakları ve Tıp Mesleği' adlı toplantı esnasında ortaya atılmıştır. İlk taslak Mayıs 1996'da hazırlanmıştır. Bu taslak metnin iki yıllık görüşmeler ve çalışmalar sonucunda gözden geçirilmiş bir versiyonu 1998 yılının haziran ayında oluşturulmuştur. Bundan sonra devam eden iletişim trafiği sonucunda yeni ve geliştirilmiş taslaklar hazırlanmış ve sonuç olarak 5 Mart 1999'da

---

vd ('**GEMALMAZ**, Belgeler').

[430] Bkz. yukarıda Birinci Bölüm, § 4, IV.

[431] Orijinal adı, '*Manual on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*' olarak geçen İstanbul Protokolü'nün Türkçe tercümesi de mevcuttur. Bkz. İstanbul Protokolü, s. I vd.

[432] Bkz. **FİNCANCI, Şebnem Korur,** İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı (Sempozyum), Ankara 2004, s. 161.

[433] Protokolün hazırlık çalışmalarının tarihçesi için bkz. İstanbul Protokolü, s. VII vd; **FİNCANCI,** s. 160.

İstanbul'da, üç gün süren ve beş no.lu taslağın görüşüldüğü bir toplantı düzenlenmiştir. Protokolün ana hatları belirlenmiş ve seçilen editörlere metni tamamlamaları için yetki verilmiştir. Editörlerin hazırladığı taslaklardan sekiz sayılısı görüşülmek üzere, 9 Ağustos 1999'da Cenevre'deki BM'ye ait *Palais Wilson* binasında toplanılmıştır. Aynı gün, İstanbul Protokolü BM İnsan Hakları Yüksek Komiserine teslim edilmiştir. Bundan sonra üzerinde bir kaç değişiklik yapılan Protokol, 4 Kasım 1999 tarihinde BM İşkence Özel Raportörü *Sir Nigel Rodley* tarafından BM'ye sunularak resmen BM belgesi unvanını kazanmıştır. Protokolün ekinde yer alan 'işkence ile mücadele prensipleri', BM İnsan Hakları Komisyonuna sunulmuş ve 20 Nisan 2000 tarihinde, üye elli iki devlet tarafından aynen onaylanmıştır.

Kılavuzun temel amacı, '*işkence ve kötü muamelenin etkin araştırması ve dokümantasyonu için uluslararası standartları*' oluşturmaktır[434]. Kılavuzun ekinde yer alan '*İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ve Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesine Kılavuzluk Eden İlkeler*'[435] şunları öngörmektedir[436]:

I. Konularında yetkin bireyler tarafından hiç vakit kaybetmeden etkin ve bağımsız araştırmaların yapılması,
II. Araştırmacı otoriteye tam yetki verilmesi,
III. İşkence kurbanı olduğu iddia edilenlerin ve araştırmacıların (soruşturmacıların) kendilerinin ve ailelerinin güvenliğinin sağlanması[437],

[434] Bkz. İstanbul Protokolü, s. VIII.
[435] Bkz. İstanbul Protokolü, s. 91-96.
[436] Bkz. İstanbul Protokolü, s. IX.
[437] Kanımızca bu ilkenin öngörülmesi çok önemlidir. Şayet bu ilke hayata geçirilebilirse bir çok işkence vakası ortaya çıkarılıp cezalandırılabilecek, bunu gören potansiyel müstakbel failler de böyle bir eyleme cesaret edemeyecektir. Gerçekten de, işkencenin zaten bir çok zaman devlet otoritelerinden kaynaklanıyor olduğu düşünülürse, devlet kaynaklı şiddet ve dehşete maruz kalmış mağdurun, bunun sonucunda devlete karşı geliştirdiği korku ve güvensizlik psikolojisi içinde yine başka devlet otoritelerine başvurması çok güçleşecektir. Hele zararın kaynaklandığı yetkililerin mağdur üzerindeki nüfuzu sürüyorsa (örneğin sessiz kalma yönündeki baskı ve tehditler aracılığıyla), mağdurun hakkını arayabilmesi iyice zorlaşacaktır. İşte bu etapta mağdurun, kendisinin ve yakınlarının can ve mal güvenliğinin teminat altında olduğunu bilmesi, onun hakkını arama yolunda harekete geçebilmesini sağlayacak en önemli etkendir. Bu teminat, görevli soruşturmacılar (ör. diğer polisler, savcı, tabipler) açısından da çok önemlidir. Çünkü, kendi can ve mal güvenliğini teminat altında hissetmeyen bir kimsenin başkasının hakkını korumak için korkusuzca hareket edebileceğini düşünmek güçtür.

IV. İşkence kurbanı olduğu iddia edilen kişiler ve onların yasal temsilcilerinin tüm duruşmaları izlemesinin ve ilgili bilgilere ulaşmasının sağlanması,

V. Var olan soruşturma prosedürleri yetersiz olduğunda bağımsız soruşturma komisyonları tarafından tarafsız soruşturmaların yapılması,

VI. Vakit geçirmeden, doğru ve halk diliyle gerçeğin bulgularını içeren ve uygulanabilir kanunlar temelinde devletlerin cevaplaması gereken raporların hazırlanması[438],

VII. Kişiye özel ve tıbbi uzmanın kontrolünde olan klinik değerlendirmelerin yüksek etik standartlarda olmasının sağlanması,

VIII. Tıbbi raporun tam manasıyla gizliliğinin sağlanması[439],

IX. En azından aşağıdakileri içeren hızlı ve doğru raporların hazırlanması:

* Görüşme koşulları * Başvuranın anlattığı öykünün detaylı kaydı * Klinik muayenedeki tüm fiziki ve psikolojik bulguların kaydı * Saptanan fiziki ve psikolojik bulguların olası işkence ve kötü muamele ile meydana gelme olasılığı hakkında yorum * Muayeneyi yapanların kimlik bilgileri.

---

[438] Prokole göre, muayeneler tıp uzmanının kontrolünde 'özel olarak' yapılmalı, muayene sırasında güvenlik ve diğer hükumet görevlileri bulunmamalıdır. Muayenenin baskıdan uzak bir ortamda gerçekleşebilmesi açısından hayatî önem taşıyan bu kuralın gereği, Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği md. 10/son'da, 18.9.2002 ve 3.1.2004 tarihli değişikliklerle sağlanmış; muayenenin gizliliği esası kabul edilmişti. Keza, 1.6.2005'te yürürlüğe giren yeni yönetmelik md. 9/10'a göre '*Hekim ile muayene edilen şahsın yalnız kalmaları, muayenenin hekim hasta ilişkisi çerçevesinde yapılması esastır. Ancak, hekim kişisel güvenlik endişesini ileri sürerek muayenenin kolluk görevlisinin gözetiminde yapılmasını isteyebilir. Bu istek belgelendirilerek yerine getirilir. Bu durumda gözaltına alınan kişinin talebi hâlinde müdafiî de muayene sırasında gecikmeye neden olmamak kaydıyla hazır bulunabilir*'. AİHM'nin Akkoç/Türkiye kararında da (10.10.2000) muayenede hiçbir polisin hazır bulunmaması gerektiği vurgulanmıştır (kararın 118. paragrafı). Muayenenin önemi için bkz. **ÖZEN, Muharrem,** İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Bağlamında Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağına İlişkin İç Hukuktaki Düzenlemeler ve Uygulamadaki Sorunlar, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı (Sempozyum), Ankara 2004, s. 151; gbi için bkz. **DOĞAN, İlyas,** Gözaltında Yaşama Hakkına Saygı ve İşkencenin Önlenmesinde Hekimin Rolü ve Sorumluluğu, Polis Dergisi, Cumhuriyet'in 80. Yılına Armağan, Temmuz-Ağustos-Eylül 2003, Yıl 9, Sayı 36, s. 230.

[439] Burada anlaşılması gereken, adli kovuşturma başlatılana kadarki sürede bu raporun gizliliği olsa gerek. Aksi düşünce, şeffaflık ve hukuk devleti ilkesine uygun düşmez. Gerçekten de, mesela kendisini itham altında bırakan bır tıbbi raporun içeriğinin ilgili kişi tarafından hiç bir zaman öğrenilememesi ve dolayısıyla buna karşı hiç bir başvuru imkanının olmaması düşünülemez. Buna karşılık, adli kovuşturma başlatılana kadarki sürede, işkence mağduruna ait tıbbi raporun gizliliğini koruması hiç şüphesiz faydalı olacaktır. Böyle bir imkan, hekimin raporunu baskı altında kalmadan, rahatça hazırlayabilmesini kolaylaştıracaktır.

Bir de bunlara ek olarak, işkence ve kötü muamelenin tıbbi değerlendirmeleri için kılavuz kurallar da öngörülmüştür ki, bunların tıbbi-teknik hususlara ilişkin olması itibariyle çalışmamızda aktarılmalarına gerek yoktur.

Bu ilkelerin, uluslararası hukuk alanında işkence ve benzeri muamelelerin ortaya çıkarılması için oluşturulan ilk kurallar bütünü olması açısından önemi büyüktür. Tabii ki, bu kuralların pratik faydasını ortaya koyabilmesi açısından İstanbul Protokolünün BM Genel Kurulunca kabul edilerek BM'ye üye devletleri bağlayıcı hale gelmesi, bunun üzerine de ilgili devletlerin ulusal mevzuatlarında Protokolün gerekli kıldığı değişikliklerin yapılması gerekecektir.

Tıbbî kontrolün bu kurallara uygun olarak yürütülmesine özen göstermek ve bu doğrultuda, ilgili uzman personelin eğitilmesini sağlamak görevi devletimize düşmektedir.

1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren yeni 'Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği' md. 9'da öngörülen 'sağlık kontrolü'nün de, tıpkı eskisinde olduğu gibi adlî tıp kurumu veya resmî sağlık kuruluşlarınca yapılacağı öngörülmüştür. Bu durumun tek istisnası md. 9/3'te yer alan '*Gözaltına alınanlardan herhangi bir nedenle sağlık durumu bozulanlar ile sağlık durumundan şüphe edilenler, derhâl hekim kontrolünden geçirilerek gerekiyorsa tedavileri yaptırılır. Bu durumdaki kişilerden kronik bir rahatsızlığı olanların, istekleri hâlinde varsa kendi hekimi nezaretinde resmî hekim tarafından muayene ve tedavi edilmeleri sağlanır*' şeklindeki hükümdür[440]. Oysa, AİHM nezdindeki yargılamalarda özel raporlara da itibar edilebilmektedir.

Belirtelim ki, 765 sayılı TCK md. 354'te 26.8.1999 tarihinde yapılan değişiklikle, sahte rapor verme suçunda gerçeğe aykırı belge düzenlemenin '*işkence,*

[440] Bkz. ayrıca **DOĞAN,** s. 229-230. Yazara göre, mevcut mevzuata göre ancak devlet memuru konumunda bulunan hekimlerce yürütülebilen bu amaçlı muayenelerin, AİHM anlayışına uygun olarak özel hekimlerce de yapılabilmesini sağlamaya yönelik düzenlemelerin yürürlüğe konmasında fayda vardır, bkz. age, s. 230; Türkiye'de İşkence Hukuki Bir Yaklaşım, New York Barosu Uluslararası İnsan Hakları Komitesi, Belge Yayınları, İnsan Hakları Dizisi: 4, İstanbul 1991, s. 43 vd, 81.

zalimane veya gayriinsanî diğer fiillerin delillerini gizlemek için' yapılması halinde cezanın arttırılacağı öngörülmüştü[441]. 5237 sayılı YTCK'da ise bunu karşılayan özel bir hüküm yoktur.

Nihayet, işkence yasağı bakımından dolaylı bir koruma öngören ve zikretmekle yetineceğimiz diğer bazı belgeler şunlardır:

- BM Yargı Bağımsızlığına Dair Temel Prensipler'in 6. maddesi[442] (26 Ağustos-6 Eylül 1985 tarihleri arasında Milano'da yapılan BM Yedinci Suçun Önlenmesi ve Suçluların Tedavisi Kongresi tarafından kabul edilmiş bu ilkeler, BM Genel Kurulu tarafından da 29.11.1985 tarih ve 40/32 no.lu ve 13.12.1985 tarih ve 40/146 no.lu kararlar ile kabul edilmiştir),
- BM Savcıların Rolüne Kılavuzluk Eden Kuralların 15. ve 16. maddeleri[443] (Bu kurallar, 27 Ağustos-7 Eylül 1990 tarihleri arasında Küba'nın Havana kentinde yapılan BM Sekizinci Suçun Önlenmesi ve Suçluların Tedavisi Kongresi tarafından kabul edilmiştir[444]. On beşinci maddeye göre, '*savcılar, kamu görevlileri tarafından işlenen suçları, özellikle…..ağır insan hakları ihlali*' oluşturan suçların soruşturulmasına '*yeterli özeni gösterirler*'. On altıncı maddeye göre, '*savcılar işkence, zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya ceza gibi ağır insan hakları ihlali oluşturan hukuka aykırı yollara başvurularak…..elde edildiğini bildikleri veya bu yollarla elde edildiğine makul sebeplere dayanarak inandıkları delilleri, bu yollara başvuranlara karşı kullanmanın dışında, başka hiç bir biçimde kullanamazlar; bu durumdan Mahkemeyi haberdar ederler ve bu yolların kullanılmasından sorumlu olanların adalet huzuruna çıkarılmalarını sağlamak için gerekli tüm işlemleri yaparlar*'),

[441] Ancak Üzülmez'in haklı olarak belirttiği üzere, bu (ve YTCK'daki benzeri) hükmün etkili olabilmesi için, gerçeğe uygun rapor veren doktorların güvenliğini de devlet sağlamalıdır, bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 205.
[442] İng. *Basic Principles on the Independance of the Judiciary*. Türkçe metin için bkz. **DOĞRU,** Mevzuat, s. 161 vd.
[443] İng. *Guidelines on the Role of Prosecutors*. Türkçe metin için bkz. **DOĞRU,** Mevzuat, s. 156 vd.
[444] Bkz. İstanbul Protokolü, s. 17.

- BM Avukatların Rolüne dair Temel Prensiplerin 14. kuralı[445] (Bu kurallar, 27 Ağustos-7 Eylül 1990 tarihleri arasında Küba'nın Havana kentinde yapılan BM Sekizinci Suçun Önlenmesi ve Suçluların Tedavisi Kongresi tarafından kabul edilmiştir[446]. On dördüncü ilkeye göre '*Avukatlar, müvekkillerinin haklarını korurken ve adaletin gerçekleşmesine çalışırken, ulusal ve uluslararası hukukun tanıdığı insan haklarını ve temel özgürlüklerini yüceltmeye çalışırlar…*'
- 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilen Çocuk Haklarına dair Sözleşme[447] md. 37/a'ya göre '*Hiçbir çocuk, işkence veya diğer zalimce, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ve cezaya tabi tutulmayacaktır. On sekiz yaşından küçük olanlara, işledikleri suçlar nedeniyle idam cezası verilemeyeceği gibi salıverilme koşulu bulunmayan ömür boyu hapis cezası da verilmeyecektir*'. Yine md. 37/c'ye göre '*Özgürlüğünden yoksun bırakılan her çocuğa insancıl biçimde ve insan kişiliğinin özünde bulunan saygınlık ve kendi yaşındaki kişilerin gereksinimleri göz önünde tutularak davranılacaktır*'. Son olarak, md. 39'da işkence mağduru çocukları rehabilite etme yükümlülüğü öngörülmüştür.

2. İnsan Haklarını Koruma Mekanizmaları

Birleşmiş Milletler Örgütü bünyesinde işleyip işkenceyle ilgili normları uygulamaya yönelik olan dört ana prosedür vardır. Bunlar, yukarıda ayrıntısıyla incelediğimiz İşkenceye Karşı Komite ve bunun yanında, İnsan Hakları Komisyonu, İşkence Özel Raportörü ve BM İşkence Mağdurları Gönüllü Fonudur[448].

Bunun yanında, Birleşmiş Milletler bünyesinde genel olarak insan haklarıyla ilgilenen, fakat işkence iddialarını araştırmak ve bununla mücadele etmeye yönelik olarak da çalışan bazı alt organlar vardır. Bunlar tali organlardır. Yani, kurucu antlaşmada doğrudan öngörülmemiş olan ve ana organlar tarafından kurulan, yetki ve görevlerini de kendilerini kuran bu ana organlardan alan kuruluşlardır[449].

[445] İng. *Basic Principles on the Role of Lawyers*. Türkçe metin için bkz. **DOĞRU,** Mevzuat, s. 151 vd.
[446] Bkz. İstanbul Protokolü, s. 17.
[447] RG. 27.1.1995, Sayı 22184.
[448] Bkz. **WEİSSBRODT,** s. 56-57.
[449] Bkz. **SUR,** s. 152.

BM bünyesinde öngörülen koruma yöntemleri çeşitli bakımlardan tasniflere tabi tutulabilir. Bunlardan biri, koruma sisteminin belirli bir sözleşme tarafından özel olarak öngörülmüş olup olmamasına dayalı sözleşme-içi/sözleşme-dışı mekanizmalar ayrımıdır[450]. Buna göre, kimi organlar belirli sözleşmeler tarafından kurulmuştur, burada öngörülen hakları korurlar ve sözleşmeye taraf devletlere hitap ederler. Sözleşme-dışı koruma yöntemleri ise, belirli (spesifik) sözleşmelerden bağımsız olarak BM bünyesinde faaliyet gösteren ve örgüte üye tüm devletleri kapsayan organları ifade eder. Sözleşme-dışı koruma yöntemleri arasında BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi bünyesindeki '1235 yöntemi' ve '1503' yöntemi ile BM İnsan Komisyonuna özgü yöntemler sayılabilir[451].

Fakat ister sözleşme-içi ister sözleşme-dışı olsun, bu yöntemlerin hiçbiri yargısal nitelik taşımaz; hukuken bağlayıcı bir kararla, çiğnenen hakkın iadesi ya da tazmini gibi bir kararla sonuçlanamaz[452].

a. BM İnsan Hakları Komisyonu ve BM İnsan Haklarının Korunması ve İlerletilmesi Alt Komisyonu

Konumuzla ilgili olan ilk organ BM İnsan Hakları Komisyonudur. Bu organı, benzer ya da aynı adı taşıyan, fakat sadece kendisini öngören Sözleşme çerçevesinde işleyen diğer özel organlarla (örneğin, KSHUS çerçevesinde kurulan İnsan Hakları Komitesi) karıştırmamak gerek.

BM İnsan Hakları Komisyonu, BM Ekonomik ve Sosyal Konseyinin 1946 tarihli iki kararıyla yaratılmıştır. Ertesi yıl işler hale gelen Komisyon, elli üç devletin diplomatik temsilcilerinden oluşur[453]. Dikkati çekelim ki, bu Komisyon uluslararası memurlardan değil, devlet temsilcilerinden oluşmaktadır.

[450] Bkz. **GÜLMEZ,** s. 162.
[451] Bkz. **GÜLMEZ,** s. 163.
[452] Bkz. **GÜLMEZ,** s. 162.
[453] Bkz. **GİFFARD, Camille** (çev. Cengiz Orhan Kemal); İşkencenin Rapor Edilmesi El Kitabı, Essex Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi, Mart 2001 (Türkçe Baskı) , s. 170; **KABOĞLU,** s. 201.

Vaktinde, İHEB'i hazırlamak üzere kurulan Komisyonun[454] bugünkü amacı, insan haklarıyla ilgili meseleleri incelemek, insan hakları alanında gerçekleştirilen ilerlemeler hakkında üye devletlerin sunduğu raporları incelemek ve dünya çapında insan hakları durumunun geliştirilmesi konusunda tedbirler almaktır. Komisyon ayrıca, BM KSHUS'e Ek Seçimlik Protokolü onaylayan devletler hakkında, bireyler tarafından öne sürülen başvuruları değerlendirir[455]. Bunun dışında Komisyon her durumda KSHUS md. 7 (işkence yasağı) ve md. 10'un (özgürlüğünden yoksun bırakılanlara insan onuruna uygun biçimde davranma yükümlülüğü) uygulayıcısıdır. Komisyon, söz konusu 7. ve 10. maddeler arasındaki ilişkiyi de ele aldığı 21 sayılı genel açıklamasında ana ilkeyi tespit etmiştir. Buna göre, hürriyetinden mahrum tutulan kimseler, tıbbi ve fenni deney de dahil olmak üzere, yedinci maddeye aykırı muameleye tabi tutulamayacağı gibi, hürriyetten yoksun kalmanın yarattığı dışında bir sınırlama ve ezaya da maruz bırakılamazlar. Ayrıca, özgür kişilerle aynı derecede olmak üzere onların insan haysiyetlerine saygı gösterilecektir[456].

BM İnsan Haklarının Korunması ve İlerletilmesi Alt Komisyonu ise, BM Ekonomik ve Sosyal Konseyinin otoritesi altında, BM İnsan Hakları Komitesinin 1947 tarihli kararıyla kurulmuştur. Ertesi yıl devreye giren bu organ belirli ülkelerden seçilen yirmi altı bağımsız uzmandan oluşur.

Genel hedefi insan hakları konusunda tavsiyelerde bulunmak, konuyla ilgili taslaklar hazırlamaktır[457].

aa. 1235 Usulü

Her iki Komisyonun işletebileceği bir prosedür '1235 Usulü' olarak anılan yöntemdir. Bu isim 6.6.1967 tarihinde Ekonomik ve Sosyal Konsey'in aldığı 1235

[454] Bkz. **KABOĞLU,** s. 201.
[455] Bkz. **WEİSSBRODT,** s. 58. Türkiye, 3 Şubat 2004'te söz konusu Protokolü imzalamış; fakat 10 Ekim 2005 itibariyle henüz onaylamamıştır.
[456] Bkz. **WEİSSBRODT,** s. 58-59.
[457] Bkz. **GİFFARD** (çev. Cengiz)**,** s. 171.

(XLII) sayılı karara dayanarak BM İnsan Hakları Komisyonunun ve Alt Komisyonun belirli bir devlette gerçekleşen insan hakları ihlâlleriyle ilgilenme yetkisine sahip kılınmış olmasından kaynaklanmaktadır[458]. Gerçekten, kararın ikinci maddesi ile, söz konusu organlara tüm ülkelerdeki '*apaçık insan hakları ve temel özgürlüklerin ihlaline ilişkin dilekçelerde yer alan bilgileri*' inceleme izni verilmiştir[459].

Bu karar sayesinde Komisyonun kazandığı yetkiler, insan haklarının ağır ihlâllerine ilişkin bilgileri incelemek, ihlâllerin sürekli ve sistematik biçimde sürdürüldüğünü gösteren durumların varlığında konuyu araştırmak ve vardığı sonuçları kendi tavsiyeleriyle birlikte Ekonomik ve Sosyal Konseye bildirmekten ibarettir (karar md. 3). Fakat bu usulün herhangi bir bağlayıcı ya da yaptırım getirici yönü yoktur.

Sonuçta '1235 Usulü' ile sağlanmış olan imkân, gerçek anlamda bir soruşturma yapma yetkisi olmayıp, sadece gerçekleştiği iddia edilen insan hakları ihlâllerini tespit edip doğrulamaktır[460]. Bununla birlikte, '1235 Usulü'ne göre Komisyonun yaptığı değerlendirme kamuya açık olduğundan kamuoyu nezdinde devletler üzerinde gerekli baskıyı da sağlayabildiği öne sürülmektedir[461].

ab. 1503 Usulü

Yukarıda değindiğimiz 1235 sayılı kararda, organlara tanınan inceleme yetkisinin nasıl kullanılacağına dair yöntem gösterilmiş değildi. Bunun üzerine Alt Komisyonca hazırlanan bir tasarıyı esas alan İnsan Hakları Komisyonu 1969 yılında '*insan hakları ve temel özgürlüklerin ihlaline ilişkin yakınmaların incelenmesi*

[458] Bkz. **AKILLIOĞLU,** İnsan Hakları, s. 377 (1235 sayılı Karardan önce Komisyon, belli bir devlete yönelik insan hakları ihlâli araştırması yapma konusunda kendisini yetkisiz görmekteydi); **TARHANLI,** s. 412.
[459] Bkz. **GÜLMEZ,** s. 384.
[460] Bkz. **TARHANLI,** s. 412. Kaldı ki, bu usûl dairesinde, spesifik olayları görüşüp sonuca varmak da hedeflenmemektedir (bkz. **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 63).
[461] Örneğin Akıllıoğlu, yapılan soruşturmalar sonucunda ilgili devletlere tavsiyelerde bulunulduğundan ve bu devletin tavsiyelere duyarsız kalabilmesi güç olduğundan, 1235 yönteminin ciddî baskı yarattığı görüşündedir (bkz. **AKILLIOĞLU,** İnsan Hakları, s. 377-378); bkz. ayrıca **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 63.

amacıyla kabul edilecek yöntemler'e dair bir karar tasarısı hazırlamış, buradaki kurallar 1970'te kabul edilmiştir[462].

1503 sayılı Karar ile Komisyona, '*bir devlet içerisinde birbiriyle ilişkili, delillere dayanan, ağır ve sistematik insan hakları ihlâllerini içeren şikayetleri araştırma yetkisi*' verilmiştir[463]. Kendisini tesis eden kararın sayısıyla anılan '1503 usulü'nün[464] amacı, bir ülkedeki ihlalleri tespit edebilmek için, ciddi insan hakları ihlalleriyle ilgili yapılan yakınmaları incelemeye dayalı bir prosedürü işletmektir.

'1503 Usulü' uluslararası bir antlaşmaya dayanmadığı için devletler bakımından uluslararası hukuk uyarınca bağlayıcı bir yöne sahip değildir, sonuç vermesi devletlerin iyi niyetine bağlıdır. Buna karşılık, tüm haklar bakımından uygulanabilmesi ve BM'ye üye tüm devletler bakımından işletilebilmesi, olumlu yönleridir[465].

'1503 Usulü' uyarınca şikayette bulunabilecek kişiler: bireyler, birey grupları ya da sivil toplum örgütleridir. Buradaki başvuru, niteliği itibariyle şahsî hak ihlâline dayanan kişisel başvuru değildir, zira belirli bir olayda bir insan hakkı ihlâlinin gerçekleştiğini tespit etmek amaçlanmamaktadır. Hedef, insan hakları ihlâlleri bakımından belirli bir devletteki genel durumu araştırmaktır[466].

Prosedür şöyledir[467]: alınan başvuru incelemeye uygun değilse[468] diğer aşamalara geçilmez. Uygun ise, şikayet, yorumlarını bildirmesi için şikayet edilen ülkeye gönderilir. Cevabın alınması üzerine Alt Komisyon (Şikayetler) Çalışma

---

[462] Bkz. **GÜLMEZ,** s. 385.
[463] Bkz. **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 63.
[464] Bu ad, söz konusu prosedürü tesis eden 27 Mayıs 1970 tarih ve 1503 (XLVIII) sayılı BM İnsan Hakları Komitesi kararından gelmektedir (bkz. **TARHANLI,** s. 413; **GİFFARD** (çev. Cengiz)**,** s. 171).
[465] Bkz. **TARHANLI,** s. 421. Usulün genel eleştirisi için bkz. **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 67.
[466] Bkz. **AKILLIOĞLU,** İnsan Hakları, s. 379; **TARHANLI,** s. 413; **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 63; **GÜLMEZ,** s. 386.
[467] Geniş bilgi için bkz. **AKILLIOĞLU,** İnsan Hakları, s. 379 vd; **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 64 vd; **GÜLMEZ,** s. 389 vd.
[468] Kabul edilebilirlik koşulları için bkz. **GÜLMEZ,** s. 388.

Grubu'na mensup beş üye, başvuru ve cevabı inceler ve '*örnek ihlal ortaya koyar görünen*' bir durumun olup olmadığını mutlak çoğunlukla saptar. Bu aşamada amaç, insan hakları ve temel özgürlüklerin 'açık ve sistemli bir ihlaller bütününün varlığını' inanılır ve güvenilir kanıtlarla ortaya koyan yakınmaları Alt Komisyona gönderilmek üzere tespit etmektir[469].

'Örnek ihlal ortaya koyar görünen' bir durum varsa, başvuru Alt Komisyona havale edilir. Bu Komisyon da, böyle bir 'durum' olup olmadığını tekrar inceler; yoksa başvuru düşer ya da seneye kadar derdest tutulur, varsa başvuru İnsan Hakları Komisyonu'na gönderilirdi. Ancak belirtelim ki, 16.6.2000 tarih ve 2000/3 sayılı kararıyla Alt Komisyonun bu ara görevine son verilmiştir. Bu bakımdan artık Alt Komisyon, kendi bünyesinden oluşturduğu Şikayetler Çalışma Grubu aracılığıyla süreçteki yerini almaktadır[470].

Bu noktadan sonra (2000/3 tarihli karardan önceki durumda Alt Komisyon incelemesinden sonra) ve işin İnsan Hakları Komisyonu oturumlarında incelenmesinden önce, gerçekleştirilecek eylemler konusunda tavsiyeler üretmekle görevli bir Çalışma Grubu (beş üyeli olan 'Durumlar Çalışma Grubu') daha görevlendirilir. Bu grubun amacı, 2000/3 sayılı değişiklik öncesi bakımından Alt Komisyonun, bundan böyle Şikayetler Çalışma Grubunun İnsan Hakları Komisyonuna iletmeye karar verdiği dosyaları, hükümetlerin buna ilişkin gözlemlerini ve özel durumları incelemek, şikayet konusu ve diğer özel durumlar hakkında alınabilecek önlemler konusunda önerilerde bulunmaktır[471]. Durumlar Çalışma Grubu, sonuçta ele alıp incelediği meselenin İnsan Hakları Komisyonuna havale edilmesine ya da edilmemesine karar verecektir.

İş Komisyona geldiğinde, iki ayrı gizli oturum süresince hükûmetler, kendi durumları incelenirken hazır bulunmaya davet edilir; hükumet temsilcisi sunuş niteliğinde bir açıklama yapar, sözlü sorulara yanıt verir, oturumda bulunur ve

[469] Bkz. **GÜLMEZ,** s. 390.
[470] Bkz. **GÜLMEZ,** s. 391-392.
[471] Bkz. **GÜLMEZ,** s. 393.

tartışmalara katılır[472]. İkinci gizli oturumda ise Komisyon üyeleri, iki oturum arasında dağıtılan karar tasarıları üzerindeki görüşlerini ortaya koyar ve son karar kabul edilir[473]. Amaç bireysel ihlâlleri tespit etmek ve/veya gidermek olmadığından, bireyler usûlün hiç bir aşamasında yer almaz[474].

İnsan Hakları Komisyonu, incelemesi sonucunda ya kendi kuracağı bir özel ve geçici (*ad hoc*) komite aracılığıyla soruşturma yapmaya[475] ya da daha kapsamlı bir araştırmaya başvurulması sonucunda hazırlanacak ve önerilerin yer aldığı bir raporu[476] Ekonomik ve Sosyal Konseye intikal ettirmeye karar verir.

Komisyonun bir yaptırım yetkisi yoktur. Sadece durumu değerlendirip tespit eder. Durum bazen kamuya duyurulabilir ve aleni tartışma konusu yapılabilir. Fakat gizlilik esastır[477]. Normalde, şikayet edilen devletin adı bildirilmez. Bununla birlikte, 2000/3 sayılı karar sonrasındaki usule göre yapılan incelemenin sonucunda Komisyon başkanı, '1503 Usulü'ne göre incelenen ve bu arada artık incelenmeyecek devletlerin adlarını kamuya açık bir oturumda açıklar. Ancak incelenen devletin açıklanması, ilgili hükümetin rızasına bağlıdır[478].

Neticede, görüldüğü gibi bu komitenin fonksiyonu tespit, teşhis ve izlemeyle sınırlı olup icrai bir yetkisi yoktur. Komisyonun sağlayabileceği faydalar şunlar olabilir: hükûmetin uyarılması ve durumu düzeltmeye güdülenmesi, devletlerin açıklama vermek zorunda kalması, devletlere iyileştirme yönünde tavsiye verilebilmesi, ihlaller hakkında bilincin artırılması. Yine, Ekonomik ve Sosyal Konseye sunulan rapor üzerine Konseyin ilgili hükümetten çözüm bulmasını ve insan haklarına saygı ilkesine uymasını istemesi mümkündür. Buna karşılık, giderim elde etmek veya iddialara ilişkin geri bildirim almak mümkün değildir[479]. Öte yandan

[472] Bkz. **GİFFARD** (çev. Cengiz)**,** s. 171-173; **GÜLMEZ,** s. 396.
[473] Bkz. **GÜLMEZ,** s. 398.
[474] Bkz. **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 65.
[475] Bilgi için bkz. **TARHANLI,** s. 413-414.
[476] Bilgi için bkz. **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 66 vd; **GÜLMEZ,** s. 396.
[477] Bkz. **GÜLMEZ,** s. 165.
[478] Bkz. **GÜLMEZ,** s. 398.
[479] Bkz. **GİFFARD** (çev. Cengiz), s. 174-175; **GÜLMEZ,** s. 397. Başvurucuya verilen tek bilgi, başvurusunun usül çerçevesinde incelenmekte olduğudur. Usulün genel bir değerlendirmesi için bkz.

Komisyon, yukarıda sunduğumuz iki seçeneğe (özel komite kurma ya da daha geniş incelemeye başvurup rapor hazırlama) hemen hiç başvurmamakta, bunun yerine uygulamada oluşturduğu 'durumun incelenmesini sürdürmek', 'bağımsız uzman atamak', 'sorunun 1235 usulü çerçevesinde açık yöntemle incelenmesine karar vermek' gibi yöntemleri tercih etmekteydi. 2000/3 sayılı karar ile bu fiilî yöntemler yasallaştırılmıştır[480].

b. BM İşkence Özel Raportörü

BM İnsan Hakları Komitesine bağlı olarak çalışıp onun bir alt organını teşkil eden BM İşkence Özel Raportörü mevcuttur. Bu, BM İnsan Hakları Komitesi kararıyla 1972'de kurulan, dünya çapındaki işkence uygulamalarını izlemek ve İnsan Hakları Komisyonu ya da BM Genel Sekreterine rapor etmek amacında olan tek kişilik bağımsız bir uzmandan oluşan bir organdır[481]. Atanma amacı, 1985 yılında BM İnsan Hakları Komitesi tarafından alınan bir karara göre, '*işkence konusunda güvenilir ve gerçek bilgi toplanabilmesi*'dir[482]. Bu suretle raportör, bireylerin fiziksel ve zihinsel bütünlük haklarının korunmasına da katkı sağlayacaktır.

Raportör, 1984 BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesini onaylamış olmayan BM üyesi devletler bakımından da yetkilidir[483]. Raportörün çalışma usulü aleni olduğundan tespitleri devletler üzerinde baskı oluşturabilmektedir. Zira, raporunda incelemeleri sonucundaki gözlemleri ve ulaştığı sonuç ile tavsiyeleri yer almaktadır[484]. Buna karşılık, kararları ve tavsiyeleri hukuken bağlayıcı değildir ve bunları uygulama/uygulatma yetkisi de yoktur.

Raportörün bazı sınırlı fonksiyonları olabilir: işkence olaylarını kamuya duyurma, hükümetlere tavsiyelerde bulunma, risk altında bulunan kişileri korumaya

---

DÖNER, Uluslararası Alanda Koruma,s. 67.
[480] Bkz. **GÜLMEZ,** s. 397-398.
[481] Bkz. **GİFFARD** (çev. Cengiz), s. 184; **GÜLMEZ,** s. 422 vd.
[482] Bkz. **KORKUSUZ,** s. 72.
[483] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İnfaz Hukuku, s. 402.
[484] Bkz. **GÜLMEZ,** s. 422.

yönelik taleplerde bulunma gibi. Buna karşılık, hükümetin izni olmadan ülkesini gezemez[485], bağlayıcı karar alamaz ve uygulayamaz, giderim sağlayamaz[486].

Yine de, BM İşkence Raportörünün insan hakları ihlalleriyle mücadelede başarılı bir rol aldığı söylenebilir. Özellikle, ilk tesis edildiğinde yetkili olmadığı bir uygulamayı uluslararası kamuoyuna kabul ettirmede başarılı olmuştur. Söz konusu yetki, işkence ve benzeri uygulamaların yapıldığına ilişkin ihbar aldığı zaman, ilgili bireyin adına, ihlalci devlet hükümeti nezdinde 'acil eylem', yani müdahalede bulunma yetkisini fiilen kabul ettirmiş olmasıdır[487]. Bunun dışında, ihlalde bulunduğu iddia edilen devlet hükümetine değerlendirme mektubu göndermesi ve ilgili devlet hükümetinin kabulü halinde, ihlallerin vuku bulduğu iddia edilen ülkeyi ziyaret etmesi şeklindeki faaliyetleri de olağan uygulamalarıdır[488]. Aralarında özel raportör atanmasının da bulunduğu bu tür özel yöntemlerin bir çok yaşamı kurtardığı, somut ihlalleri önlediği ve ağır ihlal olaylarının çözülmesine katkıda bulunduğu için faydalı olduğu söylenebilir[489].

c. BM İşkence Mağdurları Gönüllü Fonu

BM Örgütü bünyesindeki diğer bir araç, 6.12.1981 tarih ve 36/151 sayılı Genel Kurul kararıyla kurulan '*BM İşkence Mağdurları Gönüllü Fonu*'dur. Temel amacı, işkenceye uğrayan bireylerle bunların yakınlarına yardım sağlamaktır[490]. Bu çerçevede, işkence mağdurlarının rehabilitasyonuna yönelik projelere finansman sağlanmaktadır. Ayrıca, doğrudan mağdurlara yönelik olarak da tıbbi, psikolojik, hukuki, sosyal vb yardımlar sağlanabilmektedir[491]. Somut olarak, tedavi merkezlerine ve yardım programlarına ciddi mali destek verilmektedir. Fonun mali kaynağı

[485] Ziyaret sırasında sağlanması gereken imkanlar için bkz. **GÜLMEZ,** s. 424
[486] Bkz. **GİFFARD** (çev. Cengiz), s. 187.
[487] Bkz. **BANK,** s. 636-638. Somut örnekler için bkz. age, s. 614 vd.
[488] Bkz. **BANK**, s. 614.
[489] Bkz. **GÜLMEZ,** s. 432.
[490] Bkz. **GEMALMAZ,** İşkencenin Önlenmesi, s. 273.
[491] Bkz. **GİFFARD (**çev. Cengiz**),** s. 268.

hükümetlerden, sivil toplum örgütlerinden, bireylerden gelen katkılardır. Fonun karar organı olan Yönetim Kurulu, yardımların dağıtılmasında inisiyatif sahibidir[492].

Bu faaliyet, 1984 tarihli BM Sözleşmesinin 14. maddesinin hayata geçirilmesini kolaylaştırmaktadır[493]. Bu maddeye göre '*Her bir Taraf devlet bir işkence fiili mağduruna giderim elde etme ve mümkün olduğu kadar tam bir rehabilitasyon için gereken de dahil, adil ve yeterli miktarda tazminat alma hakkı tanır…*'[494]. İşkence mağdurlarına bu konuda yol gösterecek ulusal mercileri destekleyen en önemli kuruluş olan bu fon, söz konusu merkezlerin ayakta kalabilmesini sağlayarak söz konusu maddede öngörülen imkanın fiilen kullanılabilir hale gelmesini sağlamaktadır.

B. Avrupa Konseyi Bünyesindeki Diğer Araçlar[495]

Avrupa Konseyi bünyesinde ele alınan bir konu, polislerin uyması gereken kurallar olmuştur. Gerçekten de, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi 8.5.1979 tarihinde 690 (1979) no.lu kararı ile, '*Polis Hakkındaki Bildiri*'yi kabul etmiştir[496]. Bildirinin üçüncü maddesinde, işkence ve diğer insanlık dışı ve aşağılayıcı ceza ve muamelenin her koşulda yasak olduğu belirlenmiş, bu tür eylemlerin işlenmesine yönelik emir ve yönlendirmelerin dikkate alınmaması gerektiği de ayrıca vurgulanmıştır[497].

Avrupa Konseyi bakımından akla gelebilecek dolaylı bir koruma aracı, Avrupa Konseyi Statüsü'nün sekizinci maddesidir. Buna göre, insan haklarını ciddi bir şekilde ihlal eden, bu çerçevede ülkesinde sistematik ve yaygın olarak işkence ve

[492] Bkz. **GEMALMAZ,** İşkencenin Önlenmesi, s. 273-274.
[493] Bkz. **WEİSSBRODT,** s. 69.
[494] Bkz. **DOĞRU,** Mevzuat, s. 123.
[495] Bkz. ayrıca **GEMALMAZ,** Belgeler, s. 207 vd.
[496] Bkz. **GEMALMAZ,** İşkencenin Önlenmesi, s. 190.
[497] Bkz. **GEMALMAZ,** İşkencenin Önlenmesi, s. 192. Polis kavramının kapsamı için bkz. age s. 191, kuralların kapsamı içinse bkz. age s. 192-194.

benzeri muamele yapılan bir devletin Avrupa Konseyi'ndeki üyeliği askıya alınabilecektir[498].

Gerçekten söz konusu maddeye göre, üçüncü maddeyi[499] ciddi olarak ihlal eden devletlerin Konsey'de temsil hakkından mahrum bırakılabileceğini ve hatta, Bakanlar Komitesi'nin, yedinci maddedeki prosedür çerçevesinde bunların örgütten çekilmesini isteyebileceğini düzenler. Bu davete uyulmazsa Bakanlar Komitesi bir karar ile, söz konusu devletin belirlenen tarihten itibaren Avrupa Konseyi üyesi olmaktan çıkarıldığını tespit edebilecektir[500].

Bu şekilde, ülkesinde sistematik ve sürekli olarak işkencenin uygulandığı tespit edilen bir devlet, yetki alanındaki kimselerin temel haklarını koruma konusunda ciddî ihlâlde bulunduğundan bahisle, söz konusu prosedür çerçevesinde Avrupa Konseyi'nden dışlanabilecektir.

C. Avrupa Birliği Bünyesindeki Araçlar

1. Birlik Bünyesinde Temel Hakların Korunması

Avrupa Birliği, ileride alacağı şekil ve örgütlenme biçimi kendi kurucuları ve mimarları tarafından dahi tam olarak bilinmeyen, tabir caizse 'barok yapıya sahip'[501] sui generis bir ulus üstü örgüt olup, yol kat ettikçe yeni bir hedef tespit etmek

---

[498] Bkz. **REİSOĞLU,** s. 57.

[499] Söz konusu madde, örgüte üye tüm devletlerin hukukun temel ilkelerini kabul etmesi ve yetki alanındaki herkesin temel hak ve özgürlüklerden yararlandırılması zorunluluğundan bahsetmektedir. Metin için bkz. Human Rights in International Law, Council of Europe Press, Germany 1992, s. 157.

[500] Bu prosedürü düzenleyen Avrupa Konseyi Statüsü 8. maddesi metni, doğrudan bu kavramı kullanmasa da, burada teknik anlamda bir ihraç söz konusudur. Zira, yaptırıma maruz kalan devletin iradesi aranmaksızın, örgüte üye diğer devletlerin bir kararıyla, örgüt üyeliğinden doğan tüm hak ve yükümlülükler sona erdirilmektedir (maddede yer verilen ifade, '*ceased to be a member*', yani 'üye olmanın sona ermesi'nden bahsetmektedir. Bkz. Human Rights in International Law, Council of Europe Press, Germany 1992, s. 158).

[501] Söz konusu ifade, Prof. Dr. Feyyaz Gölcüklü'ye ait olup, Avrupa Birliği'nin yapısı hakkında kendilerinin sıkça başvurduğu bir benzetmedir. Kast edilen, önceden saptanmış belirli bir sistematikten yoksun olan, ihtiyaçlara göre farklı özellikler birleştirilmek suretiyle yapılandırılan, nihai şekli yol aldıkça beliren bir yapıdır.

suretiyle bir adım ileriye götürülen bir kuruluştur. Bu bakımdan AB'nin alacağı şekil, bilim ve siyaset adamları arasında hararetli tartışmalara neden olmaktadır[502].

Fakat üzerinde mutabık kalınan bir konu, nihai yapılanma biçimi ne olursa olsun Birliğin temel hukukî metin anlamında bir anayasaya sahip olması ve bunda temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesi gerektiğidir[503].

Uzun süre boyunca Topluluk organları ve en başta ATAD içtihatlarının tekelinde olan insan hakları ve temel özgürlükler alanı[504], daha yakın tarihte normatif bir temel düzenlemeye kavuşturulmak istenmiştir.

Gerçekten de, 1950'li yıllarda Avrupa Topluluklarının kurucu antlaşmaları imzalandığında ekonomik amaçlı pazar özgürlükleri ve buna bağlı ayrımcılık yasağı dışında, klasik insan haklarına ilişkin hiçbir düzenleme yer almamaktaydı[505]. Uzun

---

[502] Bkz. **ARINIR, Turgut,** AB İnsan Hakları Şartı Taslağı Komisyon Başkanlığına Sunuldu, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 74, Sayı 10-11-12 (2000), s. 1107.

[503] Bkz. **ODER, Burak,** (Tekinalp/Tekinalp) AB Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2000, s. 741; **ARINIR**, s. 1107; **DÖNER, Ayhan,** Avrupa Birliği/Topluluğu Hukuk Düzeninde İnsan Hakları: Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan (yayına hazırlayan: Akın, Murat Yusuf/Caner, Oğuz); İstanbul 2003, s. 953 ('**DÖNER**, Temel Haklar Şartı'). Avrupa Birliği'nde temel haklar konusunda geniş bilgi için bkz. **LECLERC, Stéphane/ AKANDJİ-KOMBÉ, Jean François/ REDOR, Marie-Joëlle (éditeurs);** L'Union européenne et les droits fondamentaux, Bruylant, Bruxelles 1999, s. 13 vd.

[504] ATAD'ın temel haklara ilişkin içtihatları için bkz. **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 119 vd; **DÖNER,** Temel Haklar Şartı, s. 954 vd. Kısaca şunu belirtelim ki, ilk faaliyet yıllarında topluluk hukukunun üstünlüğü ve doğrudan uygulanabilirliği ilkelerini yerleştirmek için büyük uğraş veren ve bunu başararak, Topluluk kurallarıyla vatandaşlar lehine hakların doğacağını kabûl ettiren ATAD; artık bir adım ileri atarak tanındığı kabul edilen bu hakların olası ihlâllerinin sonuçlarını değerlendirmektedir. Gerek bu olgu, gerekse yerleşmiş saygınlığı sebebiyle daha atak bir konum sergilemesi sonucunda, ATAD'ın devletlerin bireylere karşı sorumluluğunu sağlamaya dönük, insan hakları rejimini sağlamlaştırıcı kararları artmaktadır, bkz. **COLOMER, D'Amaso Ruiz-Jarabo,** La Proteccion de los Derechos de los Ciudadanos Europeos – Jurisprudencia Reciente del Tribunal de Justicia, in: Les nouveaux Droits de l'Homme en Europe, Bruylant, Bruxelles 1999, s. 145. Şunu da söylemek gerekir ki, temel hak ve özgürlüklerin Topluluk kurallarına etkisi konusunda ilk yıllarında muhafazakar bir tavır sergileyip herhangi bir etkiyi reddeden ATAD (bkz. örneğin 1959 t.li *Stork* ve 1960 t.li *Nold I* kararları), 1969 tarihli *Stauder* Kararıyla, temel hakların Topluluk kurallarına uygulanabilirliğine ilk defa olumlu yaklaşmış, 1970 tarihli *İnternationale Handelsgesellschaft v. Einfuhr und Vorrstelle für Getreide und Futtermittel* kararında ise, bir Topluluk kuralını ilk defa ve açıkça ulusal hukuklarda tanınan temel haklar açısından değerlendirmeye almıştır. Bundan itibaren de ATAD, temel hak ve özgürlükleri bir hukuk kaynağı olarak dikkate almaya devam etmiştir (bkz. **ODER,** in: Tekinalp/Tekinalp**,** AB Hukuku, s. 754 vd; **CRAIG, Paul/ de BÚRCA, Gráinne,** EU Law – Text, Cases and Materials, Third Edition, Oxford University Press, 2003, s. 319-327; **DÖNER,** Temel Haklar Şartı, s. 954-957).

[505] Bkz. **ODER,** in: Tekinalp/Tekinalp**,** AB Hukuku, s. 740.

süre boyunca bu konu üye devletlerin ortak anayasal gelenekleri ve taraf oldukları uluslararası antlaşmalarda yer alan temel hakların korunmasının AB Hukukunun genel ilkeleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği anlayışıyla hareket eden ATAD'ın içtihatlarıyla ele alınmıştır[506].

Zamanla, insan haklarının Topluluk içindeki yer ve anlamı tartışılmaya başlanmış, Amsterdam Antlaşması ile özellikle ayrımcılığa karşı mücadeleye yer verilmiş; AB Antlaşması md. 6'da temel hak ve özgürlüklere saygının Topluluğun üzerine kurulduğu temel değerlerden olduğu vurgulanıp yedinci maddede bu ilkeleri ağır ya da sürekli biçimde ihlâl eden üye devletlere yönelik bir yaptırım mekanizması öngörülmüş; Toplulukların AİHS'ye kurumsal olarak taraf olması önerilmiş[507]; nihayetinde 2000 yılında bir Temel Haklar Şartı ilân edilmiştir[508].

Yeri gelmişken belirtelim ki ATAD, Topluluk hukukuna uymayan devletlerin vatandaşlara verdiği zararları tazmin etmesi gerektiği yönündeki görüşünü, 16.12.1960 tarihli *Humblet* kararıyla fikirsel bazda ortaya koymuş, ilk defe genel olarak 19.11.1991 tarihli *Francovich* kararında koşullarını saptayarak vurgulamış; Alman Hükûmeti ile Topluluk ve ATAD arasında uzayıp giden *Brasserie du pêcheur* olayına bağlı 5.3.1996 tarihli kararıyla da, topluluk normuyla bahşedilen doğrudan uygulanabilir hakların ihlâli bakımından da topluluk düzeyinde tazminat hakkının doğacağını belirtmiştir[509]. Buradan çıkan sonuca göre AB üyesi devletler, vatandaşlarının temel haklarını ihlâl etmeleri durumunda hem ulusal hem de topluluk düzeyinde sorumlu tutulabileceklerdir.

2. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı[510]

---

[506] Elbette ATAD, kararlarında AİHM kararlarını ve üye ülkelerin ortak anayasal geleneklerini dikkate almıştır, bkz. **METİN, Yüksel,** Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, AÜSBFD, Cilt: 57, Sayı: 4, Ekim-Aralık 2002 (Doç. Dr. Cahit Emre'ye Armağan), s. 37 vd.

[507] ATAD, 1996 tarihinde Topluluğun böyle bir yetkiye sahip olmadığını belirtmiştir.

[508] Bkz. **CRAIG/ DE BÚRCA,** s. 317. Topluluk organlarının temel haklara ilişkin faaliyetleri için bkz. **ODER,** in: Tekinalp/Tekinalp**,** AB Hukuku, s. 746 vd; **DÖNER,** Temel Haklar Şartı, s. 957 vd.

[509] Bkz. **COLOMER,** s. 146-147.

[510] Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (*Charter of Fundamental Rights of the European Union*) resmi metni için bkz. *Official Journal of the European Communities*, 18.12.2000, 2000 C 364/1-22.

Avrupa Birliği içinde temel hakların pozitif bir temele oturtulması çabaları çerçevesinde AB Bakanlar Konseyi, 3-4 Haziran 1999 tarihleri arasında Köln'de yaptığı toplantıda 'Temel Haklar Şartı' hazırlanması konusunu tartışarak ilk somut adımı atmıştı. Daha sonra yine Konsey, 15-16 Ekim 1999 tarihleri arasındaki *Tampere* toplantısı sonucunda söz konusu taslağı hazırlamak üzere bir komisyonun kurulmasına karar verdi. Bu komisyon da, 'Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı Tasarısı' adını alan ve ileride AB Anayasasının bir kısmını oluşturacak olan[511] elli ik maddelik taslağı, Haziran 2000 tarihinde AB Komisyonu Başkanlığına sundu[512]. Tasarı, nihai şeklini 2 Ekim 2000'de Avrupa Parlamentosu Genel Kurulunda yapılan oylama sonucunda kabûl edilerek aldı ve 13-14 Ekim 2000 tarihleri arasında *Biarritz*'de yapılan Konsey toplantısında oybirliğiyle kabul edilip Avrupa Komisyonu ve Parlamentosuna havale edildi. Avrupa Parlamentosu 14 Kasım 2000'de ve Komisyon da 6 Aralık 2000'de Şartın kabul edilmesini onayladılar. Şart, 7 Aralık 2000 tarihinde *Nice*'te yapılan devlet ve hükümet başkanları toplantısında tartışılıp kabûl edildi ve törenle resmî bir bildiri olarak ilân edildi; Konsey tarafından da 14 Aralık 2000 tarihinde kabul edilerek Topluluk Resmî Gazetesinde ilân edildi[513].

Bu Şart, henüz bir bildiri niteliğinde olup hukukî bağlayıcılığa sahip değildir. Fakat en kısa sürede Topluluk birincil mevzuatına dahil edilerek bağlayıcı niteliğe kavuşturulmak istenmektedir[514]. Bu amaçla, Şartın AB Anayasasına entegre edilmesi düşünülmüştür. Fakat, Hollanda ve Fransa'da yapılan referandumlarda halkın olumsuz oy vermesi sebebiyle Anayasanın yürürlüğe girme süreci ertelenince, bu yol da Ağustos 2005 itibariyle sonuç vermemiştir.

---

[511] Alternatif olarak, Temel Haklar Şartı Topluluğun kurucu antlaşmalarından birine de monte edilebilir (farklı opsiyonlar için bkz. **WEBER, Albrecht,** The European Charter of Fundamental Rights, German Yearbook of International Law, Vol. 43, 2000, s. 104 vd).

[512] Bkz. **ARINIR**, s. 1108.

[513] Bkz. **WEBER,** s. 101; **METİN,** s. 40 vd. Şart'ın Türkçe tercümesi için bkz. **ARINIR**, s. 1110 vd.

[514] Bkz. **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 125; **DÖNER,** Temel Haklar Şartı, s. 960. Kaboğlu'na göre, Şart'ın iç hukukta etki doğurabilmesi daha ziyade AB üyesi devletlerin ulusal düzenleme ya da yargısal içtihatlarıyla Şart hükümlerine ulusal alanda hukuken bağlayıcı nitelik kazandırabilmelerine bağlıdır (bkz. **KABOĞLU,** s. 209). Weber'a göreyse, ileride Topluluk mevzuatına dahil edilmese bile, Şart'ın Topluluk organlarına yol göstereceği, bazı rehber ilkeleri ortaya koyacağı ve ATAD üzerinde belli ölçüde etki edeceği söylenebilir (bkz. **WEBER,** s. 104).

Hazırlanma aşamasında Şart, tüm yönleriyle hukukî etkiye sahip olacak şekilde tasarlanmıştır; fakat nihaî statüsü ve Topluluk Hukukuna entegrasyon süreci, 2004 yılında yapılacak Hükumetlerarası Konferansa bırakılmıştır[515]. Buna rağmen, Şartın şimdiden AB içinde etkili bir yeri olduğunu ve Komisyon, Parlamento, Ombudsman faaliyetlerinde ve hatta İlk Derece Mahkemesi'nin kararlarında (ör. *max. mobil Telekommunikation Service GmbH v*. Komisyon, 31.1.2002) kendisine atıf yapıldığını söylemek gerekir[516].

Şartın özelliği, Avrupa Birliği tarihinde ilk defa medeni, siyasi, ekonomik ve sosyal haklar öngören tek bir metnin ortaya konmuş olmasıdır. Birlik dahilinde oturan herkesi ve Birliğe üye olan tüm devlet vatandaşlarını kapsayan geniş bir haklar yelpazesi tanınmıştır. Şart, temel hakları daha anlaşılır bir şekilde formüle etme ve temel haklara daha seçkin bir yer verme imkanını sağlamaktadır[517]. Temel hakların bir katalog şeklinde belirlenmesi, Avrupa temel haklar kültürünü sistematik bir şekilde derleyecek, ATAD'ın içtihat boşluklarından doğan açık alanı kapatacak, hukuk güvenliğine hizmet edecek, ATAD kararlarının dayanağını oluşturan somut bir referans teşkil edecek, gelişmekte olan Avrupa hukuku düzeninin temel normlarına daha fazla demokratik meşruiyet kazandıracaktır[518].

Şartın temel amacı, '*AB kurumlarının insan haklarına saygı duymasını sağlamak, temel hakları güvence altına almak suretiyle etkin bir şekilde korumaktır. Bir başka deyişle, Avrupa Birliği'nin yetkilerinin temel haklar lehine sınırlandırılması*'dır[519].

Şartta haklar altı bölüme ayrılmıştır. Bunlar insan haysiyeti, özgürlükler, eşitlik, dayanışma, vatandaş hakları ve adalete ilişkindir. Şartın yedinci bölümünde ise 'genel hükümler'e yer verilmiştir. Bu haklar AİHS'de tanınan hak ve özgürlüklere, Birlik üyesi devletlerin anayasal geleneklerine, Avrupa Konseyince

[515] Bkz. **CRAIG/ DE BÚRCA,** s. 358.
[516] Bkz. **CRAIG/ DE BÚRCA,** s. 362-363, 369.
[517] Bkz. **METİN,** s. 36.
[518] Bkz. **METİN,** s. 39.
[519] Bkz. **METİN,** s. 346.

kabul edilen Sosyal Şarta, Birlik tarafından hazırlanan *İşçilerin Temel Sosyal Haklarına dair Topluluk Şartı*na ve AB'nin ya da üye devletlerin taraf oldukları diğer uluslararası sözleşmelere ve bu bağlamda ATAD'ın süregelen içtihadına dayanmaktadır.

Söz konusu Şartın önsözüne göz atacak olursak amaç, Avrupa halklarının aralarında daha da yakın bir birlik sağlamak için ortak değerlere dayalı barışçıl bir gelecek paylaşma yolundaki kararlılığı ortaya koymaktır. Önsözün ikinci paragrafında, Avrupa Birliği'nin üzerine inşa edildiği temel prensiplerden birinin insan haysiyeti olduğu vurgulanmıştır. Bu temeller, korunacak ve geliştirilecektir (önsöz üçüncü paragraf). Bu amaca yönelirken, yaşanmakta olan toplumsal değişim, sosyal ilerleme, bilimsel ve teknolojik gelişmeler ışığında, temel hakların, bunları bir Şartta somut hale getirmek suretiyle güçlendirilmesi sağlanacaktır (önsöz dördüncü paragraf).

Şarta göz atacak olursak, ilk bölüm, müteakip tüm kuralların ana eksenini teşkil eden[520] 'insanlık onuru'nun korunmasına ayrılmıştır. Daha ilk maddede, insan onuruna saygı gösterilmesi ve onun korunması gerektiğine işaret etmek suretiyle, işkence yasağının da temelini oluşturan değere atıf yapılmıştır.

İkinci maddenin ikinci bendinde, ölüm cezasının verilemeyeceği ve uygulanamayacağı belirtilmiştir. Böylece, AİHS md. 2'deki açık kapatılmış, ölüm cezasını kaldıran AİHS'ye Ek 6. ve 13. Protokole ihtiyaç duyulmaksızın bu yasak ihdas edilmiştir.

Kişi bütünlüğü hakkına dair üçüncü maddenin ilk bendinde de herkesin bedeni ve ruhi bütünlük hakkına sahip olduğu vurgulanmıştır. Maddenin ikinci bendinde bu ilkenin bazı yansımalarına yer verilmiştir. Buna göre, tıp ve biyoloji alanlarında bazı hususlara özellikle riayet edilecektir. Bunlar, hukukun öngördüğü

[520] Bkz. **WEBER,** s. 107.

usuller çerçevesinde, müdahale edilecek kişinin buna özgür ve bilgiye dayalı[521] rızasını göstermiş olması; kişiler arasında ayrımcı uygulamaların yasaklanması[522]; insan vücudu ve bölümlerinin maddi çıkar kaynağı yapılmasının yasaklanması; insan varlığının tekrar üretmek amacıyla klonlanmasının yasaklanmasıdır[523].

Konumuzu doğrudan düzenleyen hüküm ise, '*işkence ve insanlık dışı veya küçük düşürücü ceza veya muamele yasağı*' başlığını taşıyan dördüncü maddedir. Maddede, AİHS'nin üçüncü madde hükmü aynen tekrarlanmıştır. Söz konusu düzenleme ile anılan türden davranışlar kesin bir dille yasaklanmıştır. Bununla birlikte, AİHS md. 15'te yer alan ve işkence yasağı bakımından hiç bir muafiyet, istisna öngörülemeyeceğine dair bir hüküm Şart'ta yer almamaktadır. Ancak, '*tanınan hakların amacı*' başlıklı 52. maddede benzer işlevli bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu maddenin ilk bendine göre, tanınan hak ve özgürlüklerin sınırlanması kanunla ve bunların özüne dokunmamak[524] kaydıyla olabilecektir. Ayrıca herhangi bir sınırlama, oranlılık ilkesi uyarınca sadece bunun zorunlu ve AB'nin genel çıkarlarını ya da diğer kişilerin hak ve özgürlüklerini korumak bakımından gerekli olduğu zaman getirilebilecektir.

AİHS md. 15'te yer alan hüküm benzeri bir düzenlemenin yer almış olmaması işkence yasağının mutlak doğası itibariyle sonucu değiştirmeyecektir. Çünkü 'hakkın özüne dokunmama' ilkesi bile, işkence yasağının mutlak yapısı itibariyle bunu herhangi bir şekilde kısıtlayabilecek bir halin varlığının kabul edilmemesini gerektirecektir.

---

[521] Dolayısıyla, ilgili kişi müdahalenin amacı, kapsamı, neticeleri vb. hususlar hakkında tam olarak bilgilendirilmelidir. Bunlar yapılmadan gösterilecek rıza, hukuk düzenince kabul görmeyecektir.

[522] Özellikle '*eugenic*' uygulamaların yasak olduğu belirtilmiştir. Bu kavramın, tam Türkçe karşılığını genel sözlüklerde ya da tıp sözlüklerinde bulamadık. Anlamı 'insan ırkının soyaçekim yoluyla zihnen ve bedenen geliştirilmesine dair; gelecek nesillerin ıslahına dair'… çalışmalardır (bkz. İngilizce-Türkçe Redhouse Sözlüğü, SEV Matbaacılık ve Yayıncılık Eğitim Ticaret A.Ş., Otuzuncu Baskı, İstanbul 2000, s. 329).

[523] Bkz. **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 125, dn. 178.

[524] Md. 52/b.1: '*Any limitation…must…respect the essence of those rights and freedoms…*'. Görüldüğü gibi, madde metninde 'hakların özüne saygı duymak'tan bahsediliyor. Bunu, Türkiye Cumhuriyeti 1961 Anayasası md. 11/2'de öngörülen 'hakkın özüne dokunmama' kaydıyla eş anlamlı olarak algılamak mümkündür.

Kaldı ki, Şart'ın 52. maddesinin üçüncü bendinde, yorum yoluna başvurmaksızın tartışmayı doğrudan pozitif bağlamda çözmeye olanak verecek bir dayanak sağlanmıştır. Buna göre Şartın, AİHS'de tanınmış bulunan haklara tekabül eden hakları öngörmesi halinde bunların anlam ve amacı AİHS'de öngörüldüğü şekilde olacaktır[525].

Yine 53. maddeye göre de Şarttaki hiç bir hüküm, AİHS de dahil olmak üzere, Birliğe üye devletlerin ya da AB'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, uluslararası hukuk, Birlik Hukuku uyarınca tesis edilmiş olan hakları sınırlayıcı ya da olumsuz yönde etkileyici şekilde yorumlanamayacaktır.

Bu iki hükmü birlikte ele alırsak bundan çıkacak doğal sonuç, işkence ve benzeri muamele yasağının mutlak ve istisna kabul etmez doğasının bu Şart itibariyle de geçerli olacağıdır. Çünkü, md. 52 ve 53'ten çıkan sonuç, Şart ile sağlanan koruma düzeyinin hiç bir şekilde AİHS ile sağlanmış olan düzeyden daha düşük olamayacağı ve Şart ile öngörülmüş sınırlandırma hükümlerinin hiç bir şekilde AİHS'de öngörülenlerden daha geniş kapsamlı etki yapamayacağıdır[526].

Son olarak, işkence yasağının sağladığı koruma alanına girdiği kabul edilen bazı spesifik durumların bu Şartta özel olarak düzenlendiğini görüyoruz. On sekizinci maddede iltica hakkı düzenlenmiştir. 28 Temmuz 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve 31 Ocak 1967 tarihli Protokoldeki kurallar uyarınca bu hakkın tanınacağı belirtilmiştir. Buna göre, örneğin geri gönderme yasağı gibi haller doğrudan bu hükme istinaden ele alınabilecektir.

Yine 19. maddenin ilk bendinde, toplu sınır dışı etmeler yasaklanmış, ikinci bendinde AİHM içtihatlarından esinlenerek kaleme alınmış aşağıdaki hükme yer verilmiştir: '*Hiç kimse, kendisinin ölüm cezasına, işkenceye veya diğer gayri insani veya aşağılayıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı bir devlete sınırdışı veya böyle*

[525] Bununla birlikte, AB Hukukunun daha ziyade bir koruma sağlayan hükümleri, tabii ki öncelikle uygulanacaktır, bkz. **DÖNER,** Temel Haklar Şartı, s. 963-964.
[526] Bkz. **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 128-129; **CRAIG/ DE BÚRCA,** s. 360-361;

bir devlete iade edilemez'[527]. Böylece, AİHS'de doğrudan düzenlenmemiş, fakat mahkeme içtihatları ile tespit edilmiş olan bir anlayışa[528] Şartta doğrudan yer verilmiştir. Zaten Başlangıç bölümünde belirtildiği üzere, '*İşbu Şart…İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Avrupa Konvansiyonu…ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile oluşan hakları sağlamlaştırır*'[529].

Yirmi birinci maddede ayrımcılık yasağına yer verilmiştir. Müteakip maddede de kültürel, dini ve dilsel farklılığa saygı öngörülmüştür. Böylece, bazen AİHS'nin üçüncü maddesi açısından da denetimi gerektirebilecek ayrımcı davranışların önüne geçilmek istenmiştir. Şartın md. 49/b.3 hükmüyle de işlenen suçla orantısız derecede ağır bir ceza öngörülemeyeceği vurgulanmıştır.

Sonuç olarak bu Şart ile, işkence, insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele veya ceza yasağına, uygulamada doğabilecek ve Strazburg organlarının içtihatlarından esinlenerek öngörülmüş bağlantılı sorunlara ilişkin özel düzenlemelere yer vermek suretiyle işaret edilmiş, bu konuda Avrupa Birliği bünyesindeki mevzuat boşluğu böylece giderilmiştir.

3. Konuyla İlgili Tüzükler

Avrupa Birliği bünyesinde insan hakları ile temel özgürlüklerin sağlamlaştırılması ve geliştirilmesi amacıyla yürürlüğe konan diğer önemli bir kaynak, 29 Nisan 1999 tarih ve 975/1999, 976/1999 sayılı Tüzüklerdir (*Regulation*)[530]. AB Kurucu Antlaşmasının 130w maddesi nazara alınarak, Antlaşma'nın 189c maddesindeki usul uyarınca kabul edilen bu tüzüklerin amacı insan haklarını ve temel özgürlükleri, hukukun üstünlüğünü ve demokrasiyi

---

METİN, s. 57.

[527] Bkz. **ARINIR**, s. 1113.

[528] Geri gönderme yasağının anlamı, kapsamı, AİHS md. 3 açısından doğurduğu sonuçlar ve genel olarak mültecilerin AİHS md. 3 açısından durumu hk. geniş bilgi için bkz aşağıda İkinci Bölüm, § 3, V altında aktarılanlar.

[529] Bkz. **ARINIR**, s. 1110.

[530] Orijinal metinler için bkz. European Union Annual Report on Human Rights 2000, Council of the European Union 11317/00, s. 133 vd; Türkçe tercüme için bkz. **GEMALMAZ,** Belgeler, s. 391 vd.

sağlamlaştırmak ve geliştirmek amaçlarına yönelik işbirliği faaliyetlerinin uygulamaya geçirilme yollarını göstermektir.

Bu soyut amaç çerçevesinde yapılması gerekenler 975/1999 sayılı Tüzüğün 2.-19. maddeleri arasında belirtilmiştir. Konumuz itibariyle bizi ilgilendiren md. 2 hükmüne göre, işkence veya kötü muameleyi önlemek üzere, kişilerin hürriyetinden mahrum tutulduğu yerlerdeki koşulları iyileştirmeye yönelik faaliyetler desteklenecek, işkence mağdurlarının rehabilitasyonu sağlanacaktır (md. 2/1-f). İkinci maddenin ilk fıkralarında da, genel olarak siyasi ve medeni haklar olmak üzere, İHEB ve diğer önemli uluslararası belgelerde tanınan insan hak ve özgürlüklerinin desteklenmesi gereğinden bahsedilmektedir. Benzer hususlar 976/1999 sayılı Tüzükte de yer almaktadır (md. 3/1-f)[531].

Yukarıda anılan spesifik belgeler bir yana, zaten AB'nin faaliyetlerinin merkezinde insan haklarına saygı ilkesinin yer aldığını söylemek mümkündür. AB Kurucu Antlaşmasının çeşitli maddeleri (en başta 2, 6, 7, 11, 19, 29, 49)[532] ve Avrupa Topluluğu Kurucu Antlaşmasının bir çok maddesinde (en başta 3, 13, 17, 18)[533] belirtildiği gibi, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi amacı ve bu yönde ortak işbirliği ilkesi, kurumun önde gelen ideallerindendir. Bunun açık kanıtı, Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin AB'ye entegrasyonu sürecinde karşılamaları gereken koşulların belirlendiği meşhur Kopenhag Kriterleri arasında insan haklarına saygının vurgulanmış olmasıdır[534].

D. Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı

[531] Metin için bkz. **GEMALMAZ,** Belgeler, s. 394-396.
[532] Bkz. European Union Annual Report on Human Rights 2000, Council of the European Union 11317/00, s. 71-74
[533] Bkz. European Union Annual Report on Human Rights 2000, Council of the European Union 11317/00, s. 75
[534] Bkz. The Copenhag Criteria- Presidency Conclusions, European Council, Copenhagen, 21-23 June 1993; European Union Annual Report on Human Rights 2000, Council of the European Union 11317/00, s. 79. Konuya verilen önemin vurgulandığı daha güncel bir belge için bkz. Declaration of the European Union on the Occasion of the 50th Anniversary of the Universal Declaration on Human Rights (Vienna, 10/12/1998); European Union Annual Report on Human Rights 2000, Council of the

Şu ana kadar ele aldığımız araçlar Birleşmiş Milletler Örgütü ve Avrupa merkezli örgütler tarafından oluşturulan belgelerden kaynaklanmaktadır. Avrupa devletleri tarafından oluşturulan kuruluşlar arasında, şu ana kadar değinmediğimiz bir de Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (eski haliyle 'Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı') vardır.

Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı'nın bazı belgeleri insan hakları hukukunun 'yumuşak yasaları' sayılmaktadır[535]. AGİT'in hazırladığı metinler uluslararası hukuk anlamında antlaşma teşkil etmezler[536]. Bu husus AGİT'in oluşturduğu çeşitli metinlerde yer alan ifadelerden ve kullanılan kavramlardan açıkça saptanabilir[537]. Buna karşılık, bu işlemler siyasi bakımdan büyük önemi haizdirler ve bazı hukuki sonuçlar da doğururlar[538].

İşkence yasağı bu belgelerden bir çoğunda yer almıştır. Bunlardan ilki, 1989 tarihli Viyana Belgesidir. Burada, 1957 tarihli *Mahpusların Islahı için Asgari Standart Kurallar*a ve BM tarafından çıkarılan *Yasaların Uygulanmasından Sorumlu Kişilerin Davranış Kuralları*na saygı gösterme yükümüne yer verilmiş, 1987 tarihli BM İşkence Sözleşmesine taraf olma çağrısı yapılmıştır. Ayrıca, tutulan ya da hapsedilenlere insanca ve insan onurunun gerektirdiği saygıya uygun şekilde davranma yükümlülüğü[539] vurgulanmıştır. Nihayet, katılan devletler işkence ve

---

European Union 11317/00, s. 122 vd.

[535] Bkz. **DOĞRU,** Mevzuat, s. V.

[536] Bkz. **ALPKAYA, Gökçen**, AGİK Sürecinden AGİT'e İnsan Hakları, Kavram Yayınları, İstanbul 1996, s. 51 ('**ALPKAYA,** AGİT'); **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 104. AGİK ve AGİT süreçinin önemi, amacı; bu kuruluşların statüsü ve konuyla ilgili başlıca belgeler için bkz. **KORKUSUZ,** s. 150 vd.

[537] Metnin, antlaşma teşkil etmeyen çok taraflı işlem olduğunu ortaya koyan kriterler için bkz. **SUR,** s. 90.

[538] Bkz. **AKILLIOĞLU,** İnsan Hakları, s. 280. Bu sonuçlardan en önemlisi, 'Estoppel kuralı' olarak da bilinen, uyandırılan güvene uygun davranma yükümlülüğünü ifade eden ilkenin devreye girmesidir. İkincisi, artık bu belgelerde yer alan konuların ulusal yetki alanına girdiği öne sürülemez. Üçüncü bir etki, bu tür işlemlerin uluslararası örf ve adetin doğumuna sebebiyet verebilmesidir (bkz. **SUR,** s. 92). AGİK/AGİT belgelerinin hukuki niteliği ve etkileri hk. geniş bilgi için bkz. **ALPKAYA,** AGİT, s. 51-60.

[539] Her ne kadar 'yükümlülük'ten bahsetsek de, bu belgelerin antlaşma teşkil etmediği, bu nedenle bunlarda yer alan üstlenimlerin sadece 'vaat' teşkil ettiğini hatırlatırız.

benzeri fena muameleyi yasaklayacak ve bunları önlemeye yönelik tüm gerekli önlemleri alacaklardır[540].

İşkence yasağına mutlak olarak yer verilen ilk metin ise 1990 tarihli Kopenhag Belgesi[541] olmuştur. Burada, Viyana Belgesindeki vaatler tekrarlanmış, 1984 tarihli BM İşkence Sözleşmesine taraf olunması ve bununla kurulan İşkenceye Karşı Komitenin yetkisinin tanınması konusunda çağrıda bulunulmuş; ayrıca hiç bir istisnai durumun[542] işkenceyi meşrulaştırmak için öne sürülemeyeceği belirtilmiştir. Ayrıca, ilgili görevlileri işkence konusunda bilgilendirme ve işkence yasağına uyulduğu konusunda sürekli denetim yapma üstlenimleri de (md. 16) getirilmiştir[543]. Türkiye de bu belgeyi imzalamıştır.

Konumuzla ilgili üçüncü bir belge, 21 Kasım 1990 tarihli *Yeni Bir Avrupa İçin Paris Şartı*dır. Fakat burada detaya girilmeden, sadece işkence ya da diğer zalimce, insanlık dışı, aşağılayıcı davranış ve cezanın yasaklanmasıyla yetinilmiş; bu ilkenin de aralarında yer aldığı ve Şartta zikredilen diğer ilkelere tam saygının, inşa edilmeye çalışılan yeni Avrupa düzeninin temelini oluşturduğu belirtilmiştir[544].

Değineceğimiz dördüncü bir metin, 1991 tarihli Moskova Belgesidir. Bu belgede, işkencenin önlenmesi yolunda alınabilecek tedbirlerin detayına girilmiştir. Tutuklanan ya da tutulan kişilerin haklarına, bunların sınırlarına, sorgu yöntem ve yasaklarına değinilmiştir. Ayrıca, işkence ve benzeri davranışların vukuu halinde ilgililerin yararlandırılması gereken başvuru yollarına yer verilmiştir[545]. Moskova Belgesinde daha soyut birtakım genel ilkelere de yer verilmiştir. Bunlardan ilki, insan hakları sorunlarıyla ilgilenmenin devletlerin içişlerine karışma kapsamına girmediğinin ilk defa belirtilmesidir[546]. Bu anlayış uluslararası hukuka hakim olan

[540] Bkz. **ALPKAYA,** AGİT, s. 66. Bkz. ayrıca **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 108.
[541] Türkçe bir metin için bkz. **ALPKAYA,** AGİT, s. 137 vd.
[542] Bu durumlar savaş, savaş tehdidi, iç siyasal istikrarsızlık ve diğer olağanüstü haller olarak sayılmıştır.
[543] Bkz. **ALPKAYA,** AGİT, s. 67; **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 108-109.
[544] Bkz. **ALPKAYA,** AGİT, s. 67; **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 110.
[545] Detaylı bilgi için bkz. **ALPKAYA,** AGİT, s. 68.
[546] Bkz. **KORKUSUZ,** s. 159; **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 110.

eğilime uygundur[547]. İkinci ve yine çok önemli bir ilke, sert çekirdekli hakların askıya alınamayacağının öngörülmüş olmasıdır[548]. Bu da uluslararası hukuka uygun bir anlayıştır[549].

1992 tarihli Helsinki Belgesinde soruna değinilmemişken, 1994 tarihli Budapeşte Belgesinde işkenceyi önleme konusunda uluslararası işbirliğinin önemine dikkat çekilmiş ve BM İşkence Özel Raportörüne atıf yapılmıştır[550].

AGİT belgeleri hakkında genel olarak söylenebilecek bir husus, bunların her ne kadar önemli atılımlar olduğu ortada olsa da, sonuçta bunlarla ortaya konulan ilkelerin hukukî olmaktan çok, siyasî iradenin yansımasından ibaret olduğudur. Hele bir zamanlar Komünist Blokun parçası olan ve AGİK aracılığıyla Avrupa standartlarına çekilmek istenen bir çok Orta ve Doğu Avrupa ülkesinin AİHS'ye taraf ve gitgide AB'ye üye olduğu düşünülecek olursa, AGİT sürecinin Avrupa insan hakları hukukuna katkısının marjinal düzeyde kalacağı ortaya çıkacaktır[551].

E. Amerika Kıtasına Ait Araçlar

1. Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi

Kronolojik olarak ilk araç, 30 Mart - 2 Mayıs 1948 tarihleri arasında düzenlenen *Bogota Konferansı* esnasında kabul edilen '*Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi*'dir[552]. Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisinin hukuksal

[547] Bkz. **SUR,** s. 116.
[548] Bkz. **KORKUSUZ,** s. 160.
[549] Aynı yönde bir hüküm için bkz. AİHS md. 15. İşkence yasağının, belgede kast edilen sert nitelikli (çekirdekli) haklardan biri olduğu şüphesizdir.
[550] Bu konuda bilgi ve AGİT belgelerinin işkence yasağı konusunda getirdiği düzenin değerlendirmesi için bkz. **ALPKAYA,** AGİT, s. 68. AGİT çerçevesinde oluşturulan denetim mekanizmaları hk. bilgi için bkz. **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 113 vd.
[551] Bkz. **BEDDARD,** s. 38.
[552] Türkçe metin için bkz. **AKTAN,** (Editör), s. 140-146. Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi, 1948 tarihli Bogota Konferansı'nda (XXX) sayılı kararla kabul edilmiştir. Hukuki niteliği, tanıdığı haklar, getirdiği mekanizma hk. bilgi için bkz. **GEMALMAZ, M. Semih**, Latin Amerika'da İnsan Hakları, 3. Baskı, Kavram Yayınları, İstanbul 1994, s. 75-88 ('**GEMALMAZ,** Latin Amerika'da İnsan Hakları').

değeri ve özellikle bağlayıcı olup olmadığı tartışılmıştır. Gemalmaz'a göre bağlayıcılığın varlığı kuşkusuzdur[553].

Daha ilk maddede, kişi güvenliği hakkına işaret edilmek suretiyle kişi dokunulmazlığı ve dolayısıyla bedensel bütünlük hakkına, ve bu arada tabii ki işkence yasağına zemin oluşturulmuştur. Bildirinin 26. maddesinde zalimane, küçültücü ya da mutad olmayan cezalara çarptırılmama hakkına açıkça yer verilmiştir. Bir önceki (25.) maddenin son cümleciğinde de, gözaltında tutulan bireylerin insanca muamele görme hakkına sahip oldukları açıklanmıştır.

Dikkat edileceği üzere işkence kavramına doğrudan işaret edilmemiştir. Bununla birlikte, 25. ve 26. madde hükümlerini 1. maddedeki 'kişi güvenliği hakkı' ışığında değerlendirsek, işkence yasağının sözleşme metnine zımnen dahil bulunduğu söylenebilecektir[554].

2. Amerikan İnsan Hakları Komisyonu

Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisine duyulan saygıyı artırmak amacıyla 1959 yılında Amerikan Devletleri Örgütü'nün (ADÖ) dışişleri bakanlarının kararıyla kurulmuş, 1969 tarihli İnsan Hakları Amerika Sözleşmesiyle gözden geçirilmiş, yedi tane bağımsız uzmandan oluşan bir de Amerikan İnsan Hakları Komisyonu vardır. Bu yedi üye, insan hakları konusunda uzmanlaşmış ve yüksek ahlak sahibi kimseler arasından seçilmelidir (İHAmeS md. 34). ADÖ'ye üye devlet hükümetleri tarafından önerilen adaylar arasından seçimi, ADÖ Genel Kurulu gerçekleştirir (md. 36). Görev süresi dört yıldır, en fazla bir kere daha seçilebilir, aynı vatandaşlıkta iki üye seçilemez (md. 37).

[553] Bkz. **GEMALMAZ,** Latin Amerika'da İnsan Hakları, s. 75-88; yine bkz. **GEMALMAZ,** İşkencenin Önlenmesi, s. 51.
[554] Bkz. **GEMALMAZ,** İşkencenin Önlenmesi, s. 51.

Genel hedefi insan haklarını savunup buna duyulan saygıyı artırmak (md. 41) olan Komitenin olay yerinde inceleme (md. 8/g)[555], izleme (md. 41) , olgu bulgulama (md. 41), bireysel şikayetleri kabul etme (md. 44), devletler arası yakınmaları inceleme (bu son yetkisi seçimliktir- md. 45) gibi yetkileri vardır[556].

Bireysel başvuru yetkisini, İHAmeS'e taraf her devlet otomatikman kabul etmiş olur (zorunlu yargı yetkisi). Ayrıca, ilgili devlet beyan yoluyla da somut olay bakımından Komisyonun yetkisini kabul edebilir. Bu çerçevede özel kişiler, kişi grupları, hatta ADÖ'ye üye devletlerden en az biri tarafından tanınan hükümet dışı örgütler, dava ve taraf ehliyetini haizdir (md. 44).

Devlet başvurularının kabulü içinse md. 45'e göre, şikayet edilen devletin onay ya da katılma belgesini tevdi anında ya da bundan sonraki herhangi bir zamanda Komisyonun bu yetkisini kabul ettiğini bildirmesi lazımdır. Yetkinin kabul ettiği bildirilirken, zaman ya da konu bakımından sınırlama getirilebilir. Bunun dışında bir çekince imkanı (ör. karşılıklılık koşulu) tanınmamıştır (md. 45/3).

Başvuru sonucunda Komisyon, maddî ve hukukî tespitlerini içeren ve Bildiri, İHAmeS veya diğer bir belgenin (örneğin, aşağıda göreceğimiz İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkında Amerikan Devletleri Arası Sözleşmenin) ihlâl edilip edilmediğine ilişkin işin esasına dair vardığı sonucu ve tavsiyelerini içeren bir rapor yayımlar. Her ne kadar tavsiyelerin gereği kural olarak üç ay içinde yerine getirilmeliyse de[557], Komisyon kararları resmen bağlayıcı değildir ve bu nedenle zorla icra edilemez[558].

Sonuçta, Amerikan İnsan Hakları Komisyonunun yapabilecekleri şunlardır: bireysel vaka hakkında rapor hazırlayıp sonuçlar çıkarmak, devletlerin önerilen

[555] Bilgi için bkz. **AKILLIOĞLU,** İnsan Hakları, s. 418.
[556] Bkz. **GİFFARD** (çev. Cengiz), s. 234. Amerikan koruma sistemleri hk. geniş bilgi için bkz. age, s. 235-244.
[557] Tavsiyeleri uygulamak için İHAmeS'e taraf devletlerin 'her tür çabayı gösterme yükümlülüğü' mevcuttur (*Loay Tamayo* Davası, 17/9/1997, paragraf 80, zikreden: **SANDS/MACKENZIE/SHANY,** s. 229).
[558] Bkz. **SANDS/MACKENZIE/SHANY,** s. 230.

tedbirleri gerçekleştirmemesi durumunda bu hususu raporlarında belirterek kamuya duyurmak, telafisi mümkün olmayan zararların doğma tehlikesi varsa hükümetten ihtiyati tedbir alınmasını istemek, bir kimsenin kaybolduğu iddia ediliyorsa bu konuda hükümetten bilgi istemek[559]. Bu konumuyla Komisyon hem siyasal hem de yarı-yargısal yetkilere sahip bir organdır[560].

Komisyonun Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi ile ilişkisi şöyledir: kendisine yapılan bireysel başvuruları karara bağlanmak üzere Mahkemeye sevk edebilir. Sistem şöyle işler: Komisyon, İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesinin ihlâline ilişkin kendisine yapılan bir başvuruyu öncelikle kabûl edilebilirlik şartları açısından inceler. Başvuru gerekli koşulları taşıyorsa Komisyon, dostça bir çözüme ulaşabilmeleri amacıyla kendisini tarafların hizmetine sunar. Dostça çözüme ulaşılmazsa Komisyon, ilgili devlete gönderilmek üzere, işin esasına ilişkin gizli bir rapor yayınlayıp Sözleşmenin ihlâl edilip edilmediğine dair vardığı sonuçları ve tavsiyelerini bildirir. İlgili devlet üç ay içinde bu tavsiyelerin gereğini yerine getirmelidir. Fakat bu süre içinde bile gerek ilgili devlet gerekse Komisyon, şikayet edilen devletin Mahkeme yetkisini tanımış olması ya da somut olay bakımından tanımayı kabûl etmesi kaydıyla, olayı Mahkemeye intikal ettirebilir[561].

3. İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi

1948 tarihli Bildirinin hukukî değeri konusundaki tartışmalar bir yana, benzer konularda daha detaylı düzenlemeler getiren ve uluslararası bir sözleşme olması açısından hukuki bağlayıcılığı tartışmasız olan bir kaynak daha vardır: 22 Kasım 1969 tarihli *İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi (American Convention on Human Rights*)[562]. Bu sözleşme, Amerikan Devletler Örgütü[563] (*Organization of American States*) üyelerine açıktır.

---

[559] Bkz. **GİFFARD** (çev. Cengiz)**,** s. 239.
[560] Bkz. **KABOĞLU,** s. 246.
[561] Bkz. **SANDS/MACKENZIE/SHANY,** s. 217.
[562] Bu sözleşme, '*San José Paktı*' olarak da anılır. Bu, metnin imzalandığı Kosta Rika'daki yerin adıdır. Sözleşme, 18/07/1978'te yürürlüğe girmiştir. Orijinal metin için bkz. Human Rights in International Law, Council of Europe Press, Germany 1992, s. 293 vd. Hazırlanışının tarihçesi için bkz. **GEMALMAZ,** Latin Amerika'da İnsan Hakları, s. 89-96.

a. Kapsamı

Sözleşmenin beşinci maddesinde işkence ve benzeri uygulamalar altı bent halinde yasaklanmıştır[564]. Madde başlığı '*insancıl muamele hakkı'*dır. İlk bentte, her kişinin, zihinsel, fiziksel ve ahlaki bütünlüğüne saygı görme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. İkinci bendin ilk cümlesinde işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele yasağına işaret edilirken, ikinci cümlede hürriyetinden mahrum bırakılmış kişilerin insan saygınlığının gerektirdiği şekilde muamele görme hakkından bahsedilir. Geri kalan dört bentte ise, doğrudan kişi dokunulmazlığı ve işkence yasağını ele almayan, fakat bu açıdan sorun doğurabilecek yakın alanlar düzenlenmiştir[565]. Yedinci maddede de, kişi güvenliği hakkından bahsedilmek suretiyle dolaylı olarak bedensel bütünlük hakkı, ve bu arada işkence yasağına bir dayanak daha sağlanmıştır.

b. Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi

İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesine dayanarak 1979 yılında Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur[566]. Mahkeme, Amerikan Devletleri Örgütü'ne üye[567] devletlerin vatandaşı olan yedi bağımsız ve uzman hakimden oluşur (İHAmeS md. 52/1). Hâkimler, en yüksek ahlâkî değerlere sahip, insan hakları alanında yetkinlikleriyle tanınmış ve vatandaşı bulundukları (ya da kendilerini aday olarak

---

[563] Amerikan Devletleri Örgütü, Kolombiya'nın Bogota kentinde yapılan 9. Uluslararası Amerikan Devletleri Konferansı'nın sonucunda, 30 Nisan 1948'de yirmi bir devlet tarafından imzalanan ADÖ Şartı ile ortaya çıktı. Şart 13.12.1951'de yürürlüğe girdi (bkz. **GEMALMAZ,** Latin Amerika'da İnsan Hakları, s. 45). Bu örgüt, Kuzey, Merkez ve Güney Amerika ve Karayip bölgesi devletlerinin üyeliğine açıktır.

[564] Bkz. **LAWSON**, s. 1445.

[565] Üçüncü bentte ceza sorumluluğunun şahsiliği, dördüncü bentte yargılanan kişilerle hükümlülerin farklı statüye tabi olması gereği, beşinci bentte küçüklerin farklı statüye tabi olması zarureti, altıncı bentte de ceza vermenin amaç ve sınırları kaleme alınmıştır. Metin için bkz. Human Rights in International Law, Council of Europe Press, Germany 1992, s. 295-296.

[566] Mahkeme ve işleyişi hk. geniş bilgi için bkz. **GEMALMAZ,** Latin Amerika'da İnsan Hakları, s. 126-205. Ayrıca, hem siyasal hem de yarı yargısal yetkilerle donatılmış bir soruşturma ve uzlaştırma organı niteliğinde olan bir Komisyon da kurulmuştur (bkz. **KAPANİ,** s. 69).

[567] Bu kimselerin aynı zamanda İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi'ne de taraf olan devletlerin vatandaşları arasından olması aranmamaktadır; ADÖ üyesi herhangi bir devletin vatandaşı olmaları yeterlidir.

öneren) devlette en üst düzey adlî görevleri yürütebilmek için aranan şartları taşıyan hukukçular arasından seçilir. Seçim, ADÖ Genel Kurulunda yapılacak gizli oylamada salt çoğunlukla gerçekleşir (md. 53/1). Aynı vatandaşlıktan iki hakim olamaz (md. 52/2) ve görev süresi (yenilenebilir olmak üzere) altı yıldır (md. 54/1).

Mahkeme, önüne getirilen davaları kesin çözüme bağlayan yargısal bir organ niteliğindedir[568]. Aynı zamanda istişarî işlevi de mevcuttur. Herhangi bir üye devlet, Amerika kıtasında insan haklarına ilişkin her hangi bir konuda Mahkemenin danışma niteliğindeki görüşüne başvurabilir[569].

Mahkeme, yargı yetkisini kabul etmiş devletler hakkında yapılan bireysel başvuruları inceleme yetkisini haizdir[570]. Bireysel başvuru yetkisinin kabûl edilmiş sayılması için İHAmeS'e taraf olmak yeterlidir, ayrıca bir tanıma beyanına gerek yoktur. Buna karşılık, devletler arası başvuru yöntemine başvurabilmek için, ilgili devletlerin her birinin Mahkemenin yetkisini ayrıca ve açıkça tanımış olması gerekmektedir[571]. Yetkinin nasıl kabul edileceği Sözleşmenin 62. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre kabul beyanı, onay ya da katılma belgesinin tevdii anında ya da daha sonra bildirilebilir. Bu beyan, koşulsuz ve şekil şartına bağlı olmadan yapılabilir. Buna mukabil, yetkinin bazı çekincelerle de kabulü mümkündür (md.62/b.2)[572]. Buna göre karşılıklılık şartı, zamanla sınırlılık şartı ya da belirli konularla sınırlılık şartı öngörülebilir. Zorunlu yargı yetkisinin kabûlü anlamına gelen bu en kapsamlı yol dışında, ilgili devletler Mahkemenin yetkisini özel anlaşma (tahkimname) yoluyla ya da somut olay bakımından yetkinin kabûl edildiğini beyan etme yoluyla da tanıyabilirler[573].

Yetkinin kabulü halinde kişiler, kişi grupları ve bir ya da daha fazla üye devlet tarafından tanınmış bulunan hükümet dışı örgütler, kendi adlarına ya da

[568] Bkz. **KAPANİ,** s. 69.
[569] Bkz. **SANDS/MACKENZIE/SHANY,** s. 217, 222-223.
[570] Bkz. **GİFFARD** (çev. Cengiz), s. 233.
[571] Bkz. **AKILLIOĞLU,** İnsan Hakları, s. 419; **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 131.
[572] Metin için bkz. Human Rights in International Law, Council of Europe Press, Germany 1992, s. 319.
[573] Bkz. **SANDS/MACKENZIE/SHANY,** s. 221.

üçüncü bir kişi adına başvurabilecektir. Ayrıca 61. madde uyarınca, Sözleşmeye taraf devletler ve Komisyon[574] da Mahkemeye dava iletebilecektir.

Bir başvurunun kabul edilebilir olması, yukarıda özetlenen yetkiye ilişkin hususlar dışında bazı şartların varlığına bağlıdır. Kısaca zikredecek olursak bunlar, devletten kaynaklanan (devlete isnat edilebilen) bir ihlalin varlığı, etkin ve yeterli iç hukuk yollarının tüketilmiş olması[575], başvurunun iç hukuk mercîinin nihai kararından itibaren altı ay içinde ya da iç hukuk yollarının tüketilememesi durumunda makul bir süre içinde yapılmış olması, aynı olguları içeren bir vakanın Komisyon ya da başka bir uluslararası merci tarafından incelenmiş ya da incelenmekte olmaması, başvurunun imza ve belirli detayları içermesi, başvurunun açıkça destekten yoksun olmaması ve ilk bakışta ortaya bir ihlali koyar görünmesi, Komisyona yapılan başvurunun yeterli sonuç vermemesidir[576].

Yapılan başvuru, Mahkeme başkanı tarafından incelenir ve varsa, eksikliklerin giderilmesi için başvurucuya yirmi gün süre tanınır. Başvuru Mahkeme hâkimlerine, davalı devlete, Komisyona, mağdura veya en yakın akrabasına ve (farklı bir kişiyse) başvurucuya, ayrıca İHAmeS'e taraf tüm devletlere ve ADÖ Genel Sekreteri'ne iletilir. Davalı devlete cevap için dört ay süre tanınır[577].

Mahkeme, şahıslara telafisi mümkün olmayan zararların verilmesi ihtimalinin bulunduğu çok acil ve zarurî durumlarda geçici önlemler (ihtiyadî tedbirler) alınmasını emredebilir (AmeİHS md. 63/2).

Mahkeme, esasa ilişkin olarak oy çokluğuyla ihlal konusu olay hakkında hukuken bağlayıcı karar alabilecektir (AmeİHS md. 68)[578]. Kararda davalı devlete,

[574] 1959 yılında kurulmuş ve bu Sözleşme ile gözden geçirilmiş Amerikan İnsan Hakları Komisyonu kast ediliyor.
[575] Bu şartın istisnaları: a) ulusal başvuru yollarının âdil olmaması, b) ilgili devletin iç başvuru yollarının tüketilmesini engellemiş olması, c) ulusal başvuru yolları sonucunda kesin bir hüküm elde etmekte haklı görülemeyen bir gecikme olmasıdır.
[576] Bkz. **GİFFARD** (çev. Cengiz), s. 241; **SANDS/MACKENZIE/SHANY,** s. 222.
[577] Bkz. **SANDS/MACKENZIE/SHANY,** s. 224-225.
[578] Bkz. **GİFFARD** (çev. Cengiz), s. 240.

zarar gören tarafın ihlâl edilen hak ve özgürlüklerinden yararlanabilmesini sağlamak için hangi önlemleri alması gerektiği gösterilir (AmeİHS md. 63/1). Tazminata da hükmedilebilir.

Mahkemenin bağlayıcı yetkisi çok önemlidir. Zira, Mahkemeye icraî karar alma imkanı verilmiştir. Bu kararı taraf devlet yerine getirmek zorundadır. İhlalin ne surette giderileceği de kararda gösterilebilir ve bunu infaz etmek zorunludur (İHAmeS md. 63/1). Ayrıca AmeİHM, faillerin kovuşturulmasını emretme, tazminata hükmetme ve telafisi mümkün olmayan zarar doğabilecek acil vakalarda da koruyucu tedbirlere karar verme yetkisine sahiptir[579].

4. İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkında Amerikan Devletleri Arası Sözleşme

Son olarak yine Amerikan Devletleri Örgütü tarafından hazırlanan *İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkında Amerikan Devletleri Arası Sözleşme* (*Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture*) md. 6-14 hükümleri ile, her devlet işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muameleleri önlemek için yetki alanı içinde elinden gelen tüm tedbirleri alma yükümlülüğünü üstlenmiştir.

Bu sözleşmenin hazırlanması ADÖ Genel Kurulu tarafından istenmiş ve taslak çalışmalarını Amerikan Hukuk Komisyonu[580] ile Amerikan İnsan Hakları Komisyonu yürütmüştür. ADÖ Daimi Konseyi tarafından gözden geçirilen metin son halini aldıktan sonra, ADÖ Genel Kurulunda 9 Aralık 1985'te kabul edilmiş ve imzaya açılmıştır[581].

İşkencenin tanımı ve kapsamı ikinci maddede belirlenmiştir. Buna göre ceza soruşturması, kişiyi korkutma, kişisel cezalandırma, tedbir aracı olarak veya diğer

[579] Bkz. **GİFFARD** (çev. Cengiz), s. 240.
[580] *Inter-American Juridical Committee*; bu ADÖ'nün bir alt organıdır.
[581] Bkz. **LAWSON**, s. 1463.

herhangi bir şekilde; kişiye fiziksel veya zihinsel acı veren herhangi bir fiilin kasten işlenmesi, işkencedir. Ayrıca, fiziksel acı veya zihinsel ıstıraba yol açmasa dahi, mağdurun kişiliğini silmeye veya onun fiziksel ya da bedensel kapasitesini azaltmaya yönelik metotların kullanımı da md. 2/f.1'e göre işkence mefhumuna dahildir[582]. Buna karşılık, yasal önlemlerin doğal sonucu olan veya zaten onların doğasında mündemiç bulunan, acı ve ıstıraba yol açıcı unsurlar işkence kavramına dahil değildir. Buna göre örneğin, işlenen suç karşılığında hükmolunan hapis cezası, kişiyi özgürlük gibi başlıca bir değerinden mahrum bırakıp ona büyük acı ve elem verse de, doğal olarak Sözleşmeye aykırı bir durum yaratmayacaktır.

Üçüncü maddeye göre, fail, bir kamu görevlisi ya da onun tarafından kışkırtılan özel bir kişi olabilir. Böylece özel kişilerin de belirli koşullar altında işkence faili olabilecekleri doğrudan düzenlenmiş bulunmaktadır.

Dördüncü maddeye göre amirin emrini ifa etmiş olmak, cezai sorumluluğu etkilemeyecektir. Zaten bu sonuca genel ceza hukuku ilkelerinden yola çıkılarak da varılabilirdi, fakat bu hususun açıkça düzenlenmiş olması, bu anlayışı vurgulamak bakımından kanımızca yerindedir.

Beşinci maddeye göre de hiç bir özel durumun varlığı işkenceye mazeret teşkil edemez. Buna göre savaş hali, savaş tehdidi, olağanüstü hal, işgal, iç huzursuzluklar, siyasi çalkantılar, ulusal felaketler, seferberlik hali ya da mağdurun tehlikeli kişiliği ya da özel durumları, işkenceyi haklı çıkaracak ya da failin sorumluluğunu azaltacak birer unsur olarak gündeme getirilemez.

Sözleşme ile devletler şu yükümlülükleri üstlenmiştir: işkenceyi ulusal mevzuat tarafından ağır bir şekilde cezalandırılan bir suç haline getirmek (md. 6), kamu görevlilerinin işkence teşkil edecek her türlü hareketten men edilmesini sağlamak (md. 7), işkence mağdurlarının şikayetlerinin adil bir şekilde incelenmesini

[582] İşkencenin kapsamını, fiziksel acı veya zihinsel ıstıraba yol açmayan bazı yöntemleri de içerecek şekilde genişleten bu tanımın teknolojik ve bilimsel gelişmelere uygun düştüğü için aynı konulu BM Sözleşmesine göre daha yerinde olduğu öne sürülmüştür (bkz. **BALKIZ,** s. 102).

sağlamak (md. 8), işkence mağdurlarına adil bir tazminat sağlamak (md. 9), işkenceyle elde edilen ifadelerin sadece işkence faillerine karşı delil olarak kullanılabileceğini mevzuatlarında düzenlemek (md. 10), işkence faillerini iade etmek (md. 11)[583]. Ayrıca taraf devletler Sözleşmeye riayeti sağlamak için aldıkları önlem ve sonuçlardan Amerikan İnsan Hakları Komisyonunu haberdar edeceklerdir (md. 17). Komisyon da, yıllık raporlarında söz konusu önlem ve sonuçlara ilişkin görüş ve tavsiyelerini bildirecektir (md. 17/2)

F. Afrika Kıtasına Ait Araçlar

1. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı

Afrika ülkeleri açısından önemli bir kaynak, Afrika Birliği Örgütü'nün katkılarıyla kabul edilmiş olan 27.6.1981 tarihli '*Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı*'dır[584]. Kenya'nın başkenti Nairobi'de 27 Haziran 1981'de yapılan 18inci devlet ve Hükümet Başkanları Konferansı sonucunda kabul edilmiş bu Şart, 21.10.1986'da yürürlüğe girmiştir.

Şartın beşinci maddesinde doğrudan, dördüncü ve altınıc maddesinde ise dolaylı olarak işkence ve benzeri kötü muamele yasağına işaret edilmiştir[585]. Buna göre, dördüncü maddede kişi dokunulmazlığından bahsedilmek suretiyle, altıncı maddede ise kişi güvenliğine değinilmek suretiyle dolaylı bir koruma sağlanmıştır. Beşinci maddenin ilk cümlesinde ise, insan varlığında mündemiç olan haysiyete saygı duyulması gerektiğinden bahsedildikten sonra işkence, zalimane, insanlık dışı ya da küçük düşürücü ceza ve muamele yasağına yer verilmiştir.

[583] Bkz. **LAWSON**, s. 1462.
[584] Bu sözleşmeye, İnsan ve Halkların Haklarına dair Afrika Şartı da denebilir (bkz. **GİFFARD** (çev. Cengiz), s. 244).

2. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu

a. Oluşumu

Afrika İnsan ve Halkların Şartı md. 30'a dayanarak Kasım 1987 yılında işlerlik kazanan, (yenilenebilir) altı yıllık göreve sahip, Şarta taraf devletlerin vatandaşı olan on bir bağımsız uzmandan oluşan bir Komisyon kurulmuştur[586].

Komisyon, Afrika Birliği Örgütü ile işlevsel ve organik bir bağa sahiptir, fakat tabii ki ondan bağımsız bir işleyişe sahiptir[587].

Komisyon üyelerini, Şarta taraf her bir devletin göstereceği ikişer aday arasından Afrika Birliği Örgütü Meclisi (Devlet ve Hükümet Başkanları Kurulu) seçer (Şart md. 33, 34, 36). Adaylar, tercihen hukuk bilgisine sahip ve en üst düzey saygınlığa sahip; ahlak, dürüstlük, tarafsızlık ve insan hakları alanında yetkinlikleriyle tanınan kişiler olmalıdır (Şart md. 31/1). Komisyon üyeleri kendilerini aday gösteren devletin temsilcisi sıfatıyla hareket etmezler. Seçim gizli oyla yapılacak; kazananlar altı yıl süreyle görev yapıp en fazla bir kez daha seçilebileceklerdir (md. 33-36)[588].

b. Görev ve Yetkileri

Komisyonun fonksiyonları, insan hakları sorunlarını izleme (md. 45), ziyaretler de dahil olmak üzere olgu bulgulama (md. 45 ve 58), rapor hazırlama (md. 54, 62), devletler arası (md. 47 vd.) ve bireysel başvuruları (md. 55) incelemektir[589].

---

[585] Bkz. **AKTAN** (Editör), s. 395.
[586] Bkz. **GEMALMAZ, Mehmet,** Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu, MHB, Sayı 1/Yıl 9/1989, s. 12. ('**GEMALMAZ,** Afrika Komisyonu').
[587] Bkz. **GEMALMAZ,** Afrika Komisyonu, s. 15.
[588] Komisyonun oluşumu hk. detaylı bilgi için bkz. **GEMALMAZ,** Afrika Komisyonu, s. 13 vd.
[589] Bkz. **GİFFARD** (çev. Cengiz), s. 245 (başvuru prosedürü için bkz. age, s. 248-252); **GEMALMAZ,** Afrika Komisyonu, s. 16-17.

Şartın otuzuncu madde hükmüne göre, '*İnsan ve Halkların Haklarına dair Afrika Komisyonu*' adı verilecek bu organın asıl amacı insan ve halkların haklarını korumak ve ilerletmek (geliştirmek) olacaktır. Bu çerçevede, araştırmalar yapmak, yayınlar yapmak, insan haklarıyla ilgilenen ulusal ve bölgesel kuruluşlarla işbirliği yapmak ve onları destekleyerek teşvik etmek, insan hakları eğitimini gerçekleştirmek gibi[590] insan haklarını öğretici ve geliştirici faaliyetlerde rol almak Komisyonunun ilk işlevidir.

Komisyon, Afrika Şartına taraf bir devlet, ABÖ mensubu bir kurum veya ABÖ tarafından tanınan herhangi bir Afrika örgütünün talebi üzerine Afrika Şartının hükümlerini yorumlama yetkisine sahiptir (Şart md. 45/3).

Bu istişarî işlevi dışında, Komisyonun yarı yargısal fonksiyonları da (kişisel ve devletler arası başvuruları incelemek) mevcuttur.

Devletler arası başvuru prosedürü md. 47 vd.nda düzenlenmiştir. Komisyon, Şarta taraf olan her devlete ilişkin başvuruları incelemeye yetkilidir, diğer bir deyişle Şarta taraf olunmakla Komisyonun yetkisi tanınmış olur[591]. Eğer Şarta taraf bir devlet, taraf diğer bir devletin Şart hükümlerini ihlal ettiğine inanmak için 'iyi gerekçelere[592]'e sahip olursa, yazılı bir bildirimle konuya ilgili devletin dikkatini çekebilir. Aynı bildirim Komisyona da gönderilir. Bildirimi aldığı tarihten itibaren üç ay içinde ilgili (zan altındaki) devlet, diğer (araştıran) devlete detaylı bilgi vermek zorundadır (md. 47). Bu üç ay ve müteakip görüşmeler sonucunda tarafları tatmin eden bir sonuç alınamazsa her iki devletin de Komisyona başvurma hakkı doğacaktır (md. 48). Hemen belirtelim ki, aşikâr ihlâllerin varlığı durumunda bu ön prosedürün tüketilmesi zorunlu değildir; bu durumda, md. 49'a göre Şarta taraf her devletin bir meseleyi doğrudan Komisyona intikal ettirme yetkisi vardır.

[590] Bkz. **KRİSCH, Nico,** (yazı başlıksız), ZaöRV (Heidelberg Journal of International Law), Vol. 58/3, 1998, s. 714; **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 133.
[591] Bkz. **GEMALMAZ,** Afrika Komisyonu, s. 24.
[592] Şart'ın 47. maddesinde '*good reasons*'tan bahsedilmiştir.

Bu noktada, bir başvurunun kabul edilmesi bazı şartlara bağlıdır. Kişisel başvurularda[593]; iç başvuru yollarının tüketilmiş olması (şayet böyle bir başvuru yolu makul olmayan derecede uzun bir prosedür gerektiriyorsa bu yükümlülük kalkar), başvurunun makul bir süre içinde Komisyona intikal ettirilmiş olması, başvurunun aşağılayıcı bir dille kaleme alınmamış veya sadece medya haberlerine dayanıyor olmaması, aynı olguları içeren bir başvurunun daha önce BM, Afrika Birliği Örgütü ya da bu Şart mekanizmaları çerçevesinde ele alınmamış olması, başvurunun Şart hükümleriyle bağdaşır olması gerekir[594].

Devlet başvurularında Şartın 47. maddesi uyarınca, devletler arasında cereyan etmesi gereken doğrudan temas aşamasının tüketilmiş olması, şikayet edilen devlete ilk bildirimin yapıldığı tarihten itibaren üç ayın dolmuş olması ve ulusal başvuru yollarının tüketilmiş olması[595] aranır[596].

Bireysel başvuru ise, diğer denetim sistemlerindekinden farklı bir anlama sahiptir. Bireysel hak ihlâlleri ele alınmadığı gibi, başvurunun hükûmet dışı kuruluşlar ya da kişi topluluklarından gelmesi mümkündür, başvurabilmek için kişisel menfaatin varlığı aranmaz[597]. Söz konusu koşullar tamamsa, Komisyon meseleyi ele alacaktır.

İnceleme sonucunda Komisyonun yapabilecekleri sınırlıdır. Devlet başvurularında dostane bir çözüme ulaşılamamışsa Komisyon, bildirim yoluyla uyuşmazlığın kendisine intikal ettirildiği tarihten itibaren on iki ay içerisinde işin esasına ilişkin varılan karar ve sonuçları içeren bir rapor hazırlayacaktır[598]. Bireysel başvurularda ise Komisyon 'gözlemler'ini açıklar. Fakat kendisine iletilen bilgiler

[593] Hem gerçek kişilerin hem de hükumet dışı kuruluşların başvuruları, 'diğer bildirimler' adı altında ele alınmaktadır (bkz. **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 134). Biz, her ikisine de 'bireysel başvuru' diyeceğiz.
[594] Bkz. **GEMALMAZ,** Afrika Komisyonu, s. 19 vd; **GİFFARD** (çev. Cengiz)**,** s. 245.
[595] Etkin iç başvuru yolunun olmaması ya da iç başvuru yollarına başvurmanın makul olmayan gecikmeye yol açacağının açık olması durumunda, bu koşul aranmaz.
[596] Bkz. **SANDS/MACKENZIE/SHANY,** s. 241.
[597] Bkz. **AKILLIOĞLU,** İnsan Hakları, s. 423; **KRİSCH,** s. 714. Ancak, taraf devletler dışında bir kaynaktan intikal eden bildirimin dikkate alınabilmesi ancak Komisyonun salt çoğunlukla vereceği karara bağlıdır (Şart, md. 55/2).

ışığında Komisyon, olağanüstü bir hâlin varlığı ya da ciddî veya kitlesel bir insan hakları ihlâlleri dizisinin yaşandığına kanaat getirirse durumu ABÖ Meclisine (Devlet ve Hükûmet Başkanları Kurulu) bildirebilir (Şart md. 58). Bu durumda Meclis, durumun derinlemesine incelenmesi için Komisyondan talepte bulunabilir. Bu inceleme sonucunda Komisyonun tespit ettiği bulgular ve tavsiyeleri rapor hâline getirilir (Şart, md. 58/2)[599].

Fakat başvurunun yöntemi ne olursa olsun (devlet, bireysel, ABÖ Meclisi), Komisyonun hukuken bağlayıcı karar alma veya tazminata hükmetme yetkisi yoktur; zaten Komisyon yargısal bir mercî değildir. Bu durumuyla, gerek AİHM'den gerekse Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi'nden çok daha güçsüz durumdadır. Zira, AİHM tazminata hükmedebilirken, Amerikan sisteminde Mahkemenin hukuken bağlayıcı karar bile alması mümkündür. Afrika sistemindeki Komisyon, sadece yön gösterici nitelikte tavsiyelerde bulunabilecek, önlemler konusunda tartışmalar ve araştırma ile bulgulamayla sınırlı kalan tespitler yaparak ihtiyadî tedbirler önerebilecek, tarafları dostça çözüme sevk edebilecektir. Bunu başaramazsa konuya ilişkin rapor hazırlayabilecektir[600]. Ancak bu rapor dahi kural olarak gizli olup hiç bir hukukî bağlayıcılığı yoktur[601].

Ancak her şeye rağmen, devlet ya da birey tarafından yapılan bir başvuru sonucunda Şartın ihlal edildiği kararına varılmışsa, Komisyonun kararın gereğinin yerine getirilmesi konusunda herhangi bir yetkisi yoksa da, böyle bir yükümlülüğün manevi olarak Afrika Birliği Örgütüne düşeceği söylenebilir.

---

[598] Bkz. **SANDS/MACKENZIE/SHANY,** s. 243.

[599] Bu yöntemin, BM bünyesindeki '1503' usûlünü örnek aldığı belirtilmektedir (bkz. **KRİSCH,** s. 715).

[600] Bkz. **GEMALMAZ,** Afrika Komisyonu, s. 21 vd.

[601] Bkz. **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 134. ABÖ devlet ve Hükûmet Başkanları Kurulunun izni üzerine, başvuru sonucunda hazırlanan raporun, Komisyonun yıllık raporunda yer verilmek suretiyle alenî hâle getirilmesi mümkündür (bkz. **AKILLIOĞLU,** İnsan Hakları, s. 423). Bununla birlikte, Komisyon'un, faaliyetlerine ilişkin basın açıklamasında bulunması ve bunlarda, Komisyon'a intikal edilen başvurular hakkındaki kararlara yer vermesi mümkündür (bkz. **SANDS/MACKENZIE/SHANY,** s. 244). Ayrıca, yıllık raporun kendisi de, her zaman yayınlanabilir (bkz. **KRİSCH,** s. 715).

Bu sorunlara ve ciddî boyutlara varan malî kaynak ve personel sıkıntısına rağmen[602] son yıllarda Komisyon daha etkin bir rol üstlenip mahkeme-benzeri bir işleyiş tarzı benimsemiş, ilgili tarafları huzuruna davet etmiş, olay yeri incelemeleri gerçekleştirmiş, çalışmalarını alenîleştirmeye çabalamıştır. Bu ilerlemeler ve taraf devletlerin Komisyon önünde en üst düzey hukukçularıyla temsil edilmeye özen göstermeleri, Komisyonun Afrika sistemi içinde daha saygın bir konuma gelmekte olduğunun göstergesi sayılabilir[603].

3. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi[604]

Afrika kıtası bakımından güncel bir gelişme Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartına Ek 1998 tarihli Protokol ile kurulması öngörülen Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi'dir. Fakat söz konusu Protokol yürürlüğe girmiş olmakla birlikte henüz mahkemenin herhangi bir faaliyeti bildirilmiş değildir. Protokolün yürürlüğe girmesiyle birlikte, Afrika sistemindeki yargısal denetim eksikliği giderilmiş olmaktadır.

Mahkemeyi kuran Protokol, on beşinci taraf devletin kendi katılma ya da taraf olma belgesini Komisyon Başkanına sunmasından otuz gün sonra, 15.1.2004'te yürürlüğe girmiştir. Hakkında çok az verinin mevcut olduğu mahkemenin bazı ayırt edici özelliklerini belirtmekle yetineceğiz.

Mahkeme ABÖ üyesi devletler tarafından[605] gizli oyla seçilecek on bir üyeden oluşacaktır. Görev süresi altı yıl olup bir kereliğine yenilenebilir (md. 11, 15). Sadece Protokole taraf devletler aday gösterebilirler, her devlet en az ikisi kendi

---

[602] Bkz. **KRİSCH,** s. 716, diğer bazı sorunlar için bkz. age, s. 725.

[603] Bkz. **KRİSCH,** s. 715. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'na Ek Protokol'le (Ouagdougou, Burkina Faso, 10 Haziran 1998) tesis edilmeye çalışılan Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi de, hiç şüphesiz bu gelişmeleri güçlendirecektir.

[604] Mahkeme hk. bilgi için bkz. **KRİSCH**, s. 716 vd; **SANDS/MACKENZIE/SHANY,** s. 233 vd.

[605] Protokolün 13. ve 14. maddesi lafzından ABÖ'ye üye tüm devletlerin oylamaya katılabileceği izlenimi doğsa da, sadece Protokole taraf devletlere oy hakkının tanınacağı şeklinde hükmün yorumlanması uygun olacaktır, bkz. Occasional Paper The African Court on Human and Peoples' Rights – Presentation, analysis and commentary: The Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights, establishing the Court, APT, Geneva 2000, s. 6 ('Occasional Paper').

vatandaşı olmak üzere üç aday gösterebilmekle beraber neticede aynı vatandaşlıktan birden çok üye seçilemez (md. 12).

Mahkemenin hem yargısal hem de istişarî işlevi vardır. Yargısal yetki, devlet başvuruları açısından daha geniştir. Şöyle ki, bir olayın Mahkemeye aşağıdaki kişilerden biri tarafından intikal ettirilmesi durumunda Mahkemenin zorunlu yargı yetkisi mevcuttur[606]:

- Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu,
- Komisyona başvurmuş olan taraf devlet,
- Aleyhine Komisyona başvurulmuş olan taraf devlet,
- Vatandaşı insan hakları ihlalinin mağduru olan taraf devlet,
- Kendilerini ilgilendiren hususlarda Afrika kökenli uluslararası örgütler.

Buna karşılık, Mahkemenin gerçek kişiler ya da Komisyon nezdinde tanınmış (gözlemci statüsünü haiz) hükümet-dışı örgütlerden kaynaklanan bireysel başvurulara ilişkin yargı yetkisini kullanabilmesi için davalı devletin yargı yetkisini açıkça tanımış olması gerekecektir (Protokol md. 5/3).

İlginç bir nokta olarak, Mahkeme nezdinde açılacak davaların sadece Afrika İnsan ve Halkların Şartına değil, davalı devletin taraf olduğu herhangi bir uluslararası antlaşmaya dayanması mümkündür (md. 3/1). Benzer şekilde Mahkeme, ilgili devletin taraf olduğu herhangi bir insan hakları belgesini hukuk normu olarak dikkate alabilecektir (md. 7). Bu açıdan, BM Örgütü bünyesinde akdedilen, fakat kendi içinde bir denetim mekanizması öngörmeyen tüm genel konulu ve/veya tematik antlaşmalar bakımından söz konusu Mahkeme denetleyici bir işleve sahip olabilecektir[607].

[606] Bkz. Occasional Paper, s. 4.
[607] Bkz. Occasional Paper, s. 5.

G. İslam-Arap Dünyasındaki Araçlar[608]

1. İnsan Haklarına Dair Arap Şartı

Bu alanda ulaşabildiğimiz ilk belge '*İnsan Haklarına Dair Arap Şartı*'dır[609]. Bu belge, Arap Devletler Cemiyeti'nin 15 Eylül 1994'te yapılan 102nci oturumu esnasında 5437 sayılı karar ile kabul edilmiştir. Şartın önsözünde BM Şartına, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesine, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesine, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesine ve de İslam'da İnsan Haklarına dair Kahire Beyannamesine[610] atıf yapılmıştır.

İşkence yasağına 13. maddede yer verilmiştir. Maddenin a bendine göre, taraf devletler, ülkelerinde oturan herkesi, zihinsel veya fiziksel işkenceden, küçük düşürücü ya da insanlık dışı muameleden korumak ve bu yönde etkin önlemler almak zorundadırlar. Bu tür muamelelerin uygulanması ya da bunlara katılım, suç olarak düzenlenmelidir. B bendine göreyse, hiç kimse önceden alınmış rızası olmaksızın tıbbi veya fenni deneye tabi tutulamaz.

On beşinci maddede dolaylı bir korumaya yer verilmiş ve özgürlüğünden mahrum bırakılan her kişinin insanca muamele görmeyi hak ettiğinden bahsedilmiştir.

Yirmi üçüncü maddede, zulme uğrama tehlikesiyle yüz yüze olan kimselerin iltica talep etmeye hakkı olduğu düzenlenmiştir.

Şart'ın 40 vd. maddelerinde bir komitenin kurulması öngörülmüştür. Komite yedi üyeden oluşacaktır, bunları Cemiyete üye devletlerden oluşan Cemiyet Konseyi gizli oyla üç yıllığına seçecektir. Bu komitenin görevi taraf devletlerin sundukları

[608] Bu belgelerin fotokopisini bize sağlama nezaketini gösteren İzmir Barosu İnsan Hakları Merkezi Eski Müdürü Sn. Av. Hülya Üçpınar'a teşekkür ederim.
[609] Şart'ın orijinal metni şu adresten temin edilebilir: League of Arab States, Permanent Delegation to the United Nations in Geneva, 9 rue du Valais, CH-1202 Geneva- İsviçre.
[610] Söz konusu beyanname 21inci İslam Dışişleri Bakanları Konferansı'nın 5.8.1990'daki oturumu

raporları incelemek olacaktır (md. 41). İnceleme sonucunda Komite, Arap Cemiyeti İnsan Hakları Komisyonuna nihai bir rapor sunacaktır.

2. İnsan Hakları Evrensel İslam Beyannamesi

Değineceğimiz diğer belge ise 19 Eylül 1981 tarihli *İnsan Hakları Evrensel İslam Beyannamesi*dir[611]. Bir önceki belgeden önce hazırlanmış olan bu Beyanname daha dini motifli ve soyut, tanınan hakların sadece ana çerçevesinin çizildiği bir metindir. Ayrıca, herhangi bir denetim mekanizması kurulmamıştır. Konumuz bakımından yedinci madde önemlidir. Madde başlığı '*işkenceye karşı korunma hakkı*'dır. Metne göre hiç kimse '*zihinde ya da vücutta*', işkenceye tabi tutulamayacak, küçük düşürülemeyecektir. Hiç kimse, kendisinin ya da bir yakınının ya da değer verdiği herhangi birisinin zarara uğratılacağıyla tehdit edilemeyecektir. Son olarak hiç kimseye suç işlediği zorla ikrar ettirilemeyecek[612] ve hiç kimse çıkarlarına aykırı bir eyleme rıza göstermeye zorlanamayacaktır.

sırasında, 41/21-p sayılı kararla kabul edilmiştir.

[611] Beyanname'nin İngilizce metnine internet üzerinden, şu adresten ulaşılabilir: http://www.alhewar.com/ISLAMDECL.html (son erişim 26.9.2005).

İKİNCİ BÖLÜM:

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE İŞKENCE YASAĞI

§ 1. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ SİSTEMİ[613]

Bu bölümde, öncelikle AİHS'nin ortaya çıkış sürecini kısaca aktaracağız. İkinci Dünya Savaşından sonra Batı Avrupa, modern yaşamın farklı yönlerini düzenlemeye ve bu konuda eşgüdümü sağlamaya yönelik uluslararası mekanizmalar yaratan ilk bölge olmuştur[614]. İlk adımlardan beri bu mekanizmaların temel taşını insan hakları oluşturmuştur.

İkinci Dünya Savaşından sonra Birleşmiş Milletler bünyesinde sürdürülen çalışmalar, üye devletler arasında mevcut olan sosyal ve siyasal farklılıklar sebebiyle daha uzun süre devam edecek gibi gözükmekteydi. Oysa Avrupa Konseyine zaten 'herkesin insan haklarından ve temel özgürlüklerden yararlanması' ilkesine bağlılık vaad ederek üye olmuş Avrupalı devletler, benzer felsefe ve ideolojileri paylaştıkları için bu konuda çok daha çabuk ve etkin bir çözüme ulaşabilirlerdi.

Böylece söz konusu devletler kendi aralarında geçerli olacak bağlayıcı bir metnin hazırlıklarına giriştiler ve nispeten kısa bir sürede amaçlarına ulaştılar[615].

Bir 'İnsan Hakları Şartı' fikri Mayıs 1948'te Lahey'de toplanan ve Avrupa'nın birliğini sağlamaya yönelik Avrupa Kongresinde ortaya atılmıştır. Kongrenin aldığı kararlardan bir çoğunda böyle bir Şartın hazırlanması ve buna

---

[612] Bilindiği gibi, Şeriat'a göre zorla elde edilen itiraf geçerli değildir.

[613] Sözleşmenin tam adı '*İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya dair Avrupa Sözleşmesi*'dir. İngilizce adı ise '*European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*'dır. Türkçe metin için bkz. **DOĞRU,** Mevzuat, s. 261 vd.

[614] Bkz. **GOMİEN, Donna/ HARRİS, David/ ZWAAK, Leo,** Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter, Council of Europe Publishing, Germany 1996, s. 11.

[615] Bkz. **KAPANİ,** s. 43-44; **BEDDARD,** s. 1 vd.

riayeti denetlemeye yönelik bir de mahkemenin kurulması gerekliliğine yer verilmiştir[616].

Müstakbel bir Avrupa Birliğinin işleyişine hakim olacak ana ilkeleri belirleyen bir bildiri de de, bu kuruluşa üye olacak her devletin hazırlanacak bir insan hakları şartındaki temel ilkeleri kabul etmek ve bunların uygulanmasını gözetmeye hazır olmak zorunda olduğundan bahsedilmiştir. Bu ana fikrin Londra'da 5 Mayıs 1949'da imzalanan Avrupa Konseyi Statüsü üçüncü maddesinde yer aldığını görüyoruz. Buna göre, Konsey üyesi her devlet yetki alanı dahilindeki kimselerin temel hak ve özgürlüklerden yararlanmasını sağlamak zorundadır[617]. Statünün giriş bölümü ve ilk maddesine bakacak olursak Avrupa Konseyinin ana amaçları arasında bu hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi yer almaktadır.

İşte bu amacı gerçekleştirmeye yönelik olarak, Konseyin faaliyetleri arasında sözleşme ve tavsiye kararlarının kabulü, insan hakları konusunda bilgi dağıtımı, araştırma projelerinin desteklenmesi, temel hak ve özgürlüklere riayet edilmesini gözetecek kurumların tesis edilmesi yer almıştır[618].

Bu çerçevede, amacı gerçekleştirmeye yönelik enstrümanlar arasında en eski, köklü ve önemlilerden birisi, AİHS olmuştur. Sözleşme, Avrupa Konseyi tarafından 4.11.1950 tarihinde Roma'da imzaya açılmış ve 3.9.1953'te yürürlüğe girmiştir. Türkiye açısından Sözleşme 10.3.1954 tarih ve 6366 sayılı onay kanunu ile yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, dünya çapında insan hakları standartlarının belirlenmesinde temel referanslardan biridir[619].

Çalışmamızın konusunu aşacağından AİHS'nin yapısı, uygulanma koşulları, getirdiği denetim ve başvuru mekanizmaları, uluslararası hukuktaki yeri, iç hukuka

[616] Bkz. **BEDDARD,** s. 19 vd; **GOMİEN/HARRİS/ZWAAK,** s. 11.
[617] Bkz. Human Rights in International Law, Council of Europe Press, Germany 1992, s. 157. Bu bakımdan, AİHS de müstakbel Avrupa bütünleşmesinin bir parçası ya da en azından bir ilk adımı olarak değerlendirilebilir, bkz. **BEDDARD,** s. 19.
[618] Bkz. **GOMİEN/HARRİS/ZWAAK,** s. 11.
[619] Bkz. **BEDDARD,** s. 1.

etkisi gibi konulara girmiyoruz[620]. Sözleşmenin işkenceye karşı öngördüğü güvenceyi aşağıda ele alacağız. Burada sadece Sözleşmenin koruduğu hakların niteliğine işaret etmekle yetineceğiz.

İkinci Dünya Savaşında yaşanan yoğun insan hakları ihlalleri sonucunda savaş sonrası döneme insan hakları, hukukun üstünlüğü ve siyasi demokrasinin damgası vurulmak istenmiştir. Bu sebeple de ekonomik, sosyal ve kültürel haklar bir yana bırakılıp öncelikle siyasi ve medeni hakların korunmasına yönelinmiştir. Ayrıca, metnin hazırlandığı dönemde bir çok devletin her halûkarda ekonomik ve sosyal hakları uygulamaya geçirecek konumda olmamaları bu tutumun pratik diğer bir gerekçesini teşkil etmiştir[621]. Bu nedenle, Sözleşmede klasik haklara yer verilmiş; diğer haklar ise zaman içinde ve ek protokoller aracılığıyla güvence altına alınmıştır.

Sözleşmenin önsözüne bakacak olursak İnsan Hakları Evrensel Bildirgesine atıf yapıldığını ve AİHS'nin Bildirgedeki bazı hakları gerçekleştirmeye yönelik ilk adımları teşkil ettiğini görürüz. Ayrıca, üye devletler arasında daha büyük bir beraberliğin hedeflendiğini ve bunun temel hak ve hürriyetlerin korunması ve gerçekleştirilmesi yoluyla sağlanmaya çalışacağını görürüz.

İlk maddede Yüksek Sözleşmeci Tarafların, Sözleşmenin ilk bölümünde tanınan hak ve özgürlükleri yetki alanları dahilindeki herkese tanıyacakları düzenlenir. Bu hak ve özgürlükler ile sınırları, 2. ve 18. maddeler arasında tek tek sayılmıştır[622]. Daha sonra kabul edilen ek protokollerle de bazı diğer haklar[623] protokolleri onaylayan devletler açısından tanınmış bulunmaktadır.

---

[620] AİHS sisteminin özellikleri hk. Türkçe bilgi için bkz. diğerleri arasında **GÖLCÜKLÜ, A. Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK A. Şeref.**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 11 vd; **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR,** s. 68 vd; **REİSOĞLU,** s. 164 vd; **ERGÜL, Ergin,** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, Yargı Yayınevi, Ankara 2003, s. 8 vd.

[621] Bkz. **GOMİEN/ HARRIS/ ZWAAK,** s. 14.

[622] Yaşam hakkı (md. 2), işkence yasağı (md. 3), kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (md. 4), özgürlük ve güvenlik hakkı (md. 5), adil yargılanma hakkı (md. 6), cezaların yasallığı (md. 7), özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı (md. 8), vicdan ve din özgürlüğü (md. 9), ifade özgürlüğü (md. 10), dernek kurma ve toplantı özgürlüğü (md. 11), evlenme hakkı (md. 12), etkili başvuru hakkı (md. 13), ayrımcılık yasağı (md. 15).

[623] Örneğin mülkiyet, eğitim ve serbest seçim hakkı (Ek 1. Protokol md. 1, 2, 3); borçtan dolayı

AİHS, insan haklarını korumaya yönelik mekanizmalar öngörmüş bulunan en eski metindir. Koruma yöntemi itibariyle en gelişmiş ve en zengin içtihat koleksiyonuna sahip bir enstrümandır. Komisyon ve Divan (11. Ek Protokolün yürürlüğe girmesinden sonra 'Mahkeme') kararlarının teşvikiyle ayakta duran ve sürekli gelişen, yaşayan bir araçtır.

Sözleşme, insan hakları alanında Avrupa devletleri için asgari müşterek standartları tespit etmektedir[624]. Saptanan bu standartlar taraf devletler için bağlayıcı hukuk kuralı mertebesine ulaşmaktadır. Çünkü klasik uluslararası kamu hukuku doktrinine göre oluşturulan ve devletlerin egemen eşitliği, karşılıklılık, uluslararası nezaket ilkelerine dayanan sözleşmelerin aksine; modern uluslararası insan hakları hukuku doktrinine göre hazırlanan AİHS, tek taraflı bağlayıcı kurallar tesis etmektedir. Sözleşme, devletle birey arasında bir ilişki doğurmaktadır. Artık birey, uluslararası hukukun öznesi haline gelmekte ve devletten uyulmasını talep edebileceği haklara sahip olmaktadır[625].

AİHS'nin İnsan Hakları Evrensel Bildirisinden esaslı farkı bir sözleşme olup bağlayıcılık taşımasıdır. Ayrıca, tanınan hakların gerçekleşmesini sağlamak için uluslararası bir denetim mekanizması kurulmuştur. Türkiye, 1987 yılında AİHM'ye[626] kişisel başvuruyu kabul etmiştir. Artık Türkiye'de yaşayan herkes, md. 35'teki şartlara uyarak[627] Türkiye'yi AİHM önünde dava edebilecektir.

özgürlüğünden mahrum bırakılma yasağı, serbest dolaşım özgürlüğü, vatandaşların sınır dışı edilmeleri yasağı, yabancıların topluca sınır dışı edilmeleri yasağı (Ek 4. Protokol md. 1, 2, 3, 4); ölüm cezası yasağı (Ek 6. Protokol, Ek 13. Protokol); cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı, adlî hata hâlinde tazminat hakkı, *non bis in idem* güvencesi (Ek 7. Protokol md. 2, 3, 4).

[624] Bkz. **GOMİEN/ HARRIS/ ZWAAK,** s. 18.

[625] Bkz. **GOMİEN/ HARRIS/ ZWAAK,** s. 17; **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR,** s. 68; **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 32 vd; **GÖÇER,** s. 25 vd.

[626] O tarihte 'Komisyon'a.

[627] Bu konuda bilgi hk. diğerleri arasında bkz. **MADRA, Ömer,** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı, AÜSBF Yayınları No: 458, Ankara 1981; s. 1 vd; **SUR, Melda**, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na Kişisel Başvuru, İzmir Barosu Dergisi, Nisan 1993 Sayı 2, s. 74-84; **TURMANGİL, Civan,** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 25. Maddesi ve Türkiye Örneği: Bireysel Başvuru Hakkının Kullanılmasında 7. Yıla DOĞRU, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Ekim 1994, Cilt II, Sayı II, s. 22-32; **AKILLIOĞLU,** İnsan Hakları, s. 345 vd; **BEDDARD,** s. 43 vd; **BATUM, Süheyl,** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Kavram Yayınları, İstanbul 1996, s. 28 vd; **KAPANİ,** s. 219 vd; **ÇAVUŞOĞLU, Naz,** Avrupa Konseyi: İnsan Hakları Avrupa

AİHS'nin büyük başarısını ifade etmek için denilebilir ki Sözleşme, 'Avrupalı yaşam tarzının' belirlenmesine vazgeçilmez bir katkıda bulunmuş; Strazburg organlarının içtihatları hem Avrupa Toplulukları Adalet Divanı hem de ulusal mahkemeleri yönlendirici etkisiyle, ulusal ve Topluluk düzeyinde temel hakların belirlenmesinde en önemli rolü oynamıştır[628]. Türkiye açısından da, 1999'dan beri 'Avrupa Birliği'ne Uyum Yasaları' adı altında Anayasa'da ve bir çok temel kanunda yapılan değişikliklerin büyük ölçüde Mahkeme içtihatlarından esinlendiğini söylemek mümkündür.

§ 2. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN ÜÇÜNCÜ MADDESİ

Sözleşmenin işkenceyi ele alan düzenlemesi üçüncü maddededir. Söz konusu hükme göre, '*Hiç kimse, işkence, gayri insani ya da küçük düşürücü muamele ya da cezaya tabi tutulamaz*'[629].

I. İŞKENCE YASAĞININ HUKUKİ NİTELİĞİ

İşkenceye veya benzerî muameleye tâbi olmama, her insan için dokunulmaz bir haktır. Zira, insanın kendi vücudu ve dokunulmazlığı üzerindeki haklar doğal hukuk uyarınca kendiliğinden mevcut olup[630], hiç bir kimse ve bu arada devlet

---

Sözleşmesi'nin Denetim Sistemi, in: İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000, s. 458 vd; **REİSOĞLU,** s. 170 vd; **GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK,** s. 33 vd; **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR,** s. 108 vd; **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 81 vd; **ERGÜL,** s. 23 vd.

628 Bkz. **BEDDARD,** s. 6.

629 İngilizce metindeki orijinal ifadeye göre '*No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment*'.

630 Bilindiği gibi, doğal (tabii) hukuk doktrini gereğince doğal haklar, her insanın akıl, mantık ve vicdan yoluyla ulaşabileceği, varlığının kabulü için hiç bir makamın tanımasına gerek olmayan, her devir ve toplum için geçerli, değişmez bazı haklardır. Pozitif hukukun aksine doğal hukuk, başka bir insan veya iradenin eseri değildir. Aksine, insanın kendi aklı aracılığıyla bulup uyduğu hukuktur. Bu yapısı itibariyle de doğal hukuk doktrini savunucularına göre, pozitif hukuktan ayrı ve ona üstündür (bkz. **GÜRİZ,** s. 154). İşkenceye tâbi olmamanın da doğal hukukun türevi olan insan onurunun bir güvencesi olarak, her insanın salt insan olması dolayısıyla doğal olarak sahip olduğu dokunulmaz haklar kategorisinden olduğu söylenebilir (bkz. **AKILLIOĞLU,** İnsan Hakları, s. 1, 5; **KAPANİ,** s. 115-116).

tarafından tanınmış değildir. Bu itibarla, bu hakka devlet dahil hiç kimse müdahale edemez[631].

Üçüncü madde ile koruma altına alınan haklar mutlaktır[632]. Maddenin devreye girebilmesi için herhangi bir önkoşul ya da şarta gerek olmadığı gibi, uygulama alanı bakımından herhangi bir istisnaya da yer verilmiş değildir[633]. Ayrıca AİHS md. 15'e dayanarak dahi devletler bu maddeye tabi olmaktan muaf olamazlar. Gerçekten, söz konusu maddenin ilk bendine göre, harp veya milletin varlığını tehdit eden genel bir tehlike halinde sözleşmeci taraflar, belirli şartlarla[634] sözleşmedeki yükümlülüklerinden sıyrılabilmektedirler. Fakat aynı maddenin ikinci bendinde, bu hükmün dahi üçüncü maddeyi sınırlayamayacağı öngörülmüştür[635]. Zira mahkemenin belirttiği üzere[636], bu maddedeki yasak '*Avrupa Konseyini oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden birini*' korumaya yönelmiş bulunmaktadır[637]. Söz konusu temel değerin korunmasına ise istisna getirilemez.

Bu sebeple, devletin içinde bulunduğu özel koşullar ve ihlale yol açan şartlar, örneğin terör veya organize suçlulukla mücadele gereği ya da mağdurun kışkırtıcı vb

---

631 Bkz. **AKILLIOĞLU,** İnsan Hakları, s. 38.

632 Bkz. **OWEY, Clare / WHITE, C.A. Robin,** Jacobs & White, The European Convention on Human Rights, Third Edition, Oxford University Press, New York, 2002, s. 58; **GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK**, s. 198; **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 246-247; **REİSOĞLU,** s. 44. Daha önce de belirttiğimiz gibi, işkence yasağının emredici, mutlak bir uluslararası hukuk normu olduğu kabûl edilmektedir (bkz. **KAPANİ,** s. 115-116; **GÖÇER,** s. 173 vd). Bir görüşe göre, AİHS md. 3, md. 4 (kölelik yasağı), md. 6 (adil yargılanma hakkı) gibi, mutlak olduğu kabûl edilen hakların ayırt edici özelliği bunlara yasal bir sınırlama getirilememesidir. Fakat bunun dışında, bu türden haklarla Sözleşme'de güvence edilmiş diğer hakların sunduğu koruma düzeyi bakımından bir fark yoktur (bkz. **ZÜHLKE/PASTİLLE,** s. 759).

633 Bkz.**OWEY/WHITE**, s. 58; **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 247.

634 Bu şartlar, durumun gerektirdiği ölçüyü aşmamak ve diğer uluslararası yükümlülüklere aykırı davranmamaktır (AİHS md. 15/b.1).

635 Bu yönde bir çok karar da verilmiştir. Örneğin bkz. İrlanda/Birleşik Krallık, 18.1.1978, paragraf 65; Chahal/ Birleşik Krallık, 15.11.1996, paragraf 79; Ahmed/Avusturya, 17.12.1996, paragraf 40-41.

636 Soering/Birleşik Krallık, 7.7.1989, Chahal/Birleşik/Krallık, 15.11.1996.

637 Bkz. **GEMALMAZ, Mehmet Semih;** Bir İnsan Hakkı İhlali: Ölüm Bekleyişi Olgusu, MHB, Sayı 1-2, Yıl 10, 1990, s. 102 vd ('**GEMALMAZ,** Ölüm Bekleyişi Olgusu'); **PETTİTİ, Louis-Edmond/ DECAUX, Emmanuel/ İMBERT, Pierre-Henri**, La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Economica, Paris, 1995, s. 155; **CLAYTON, Richard / TOMLINSON, Hugh,** The Law of Human Rights, Vol. 1, Oxford University Press, 2000, s. 387; **GARLİCKİ, Lech,** The Right to Physical Integrity under the European Convention on Human Rights, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı (Sempozyum), Ankara 2004, s. 108. Aynı anlayışın KSHUS bakımından da geçerli olduğu, İnsan Hakları Komitesinin 27.7.1982 tarih ve 7 (16) sayılı ve 3.4.1992 tarih ve 20 (44) sayılı genel yorumuyla ortaya konulmuştur, bkz. **GEMALMAZ,** Yaşam Hakkı…, s. 238, 240.

davranışları, üçüncü maddenin ihlalini haklı gösteremez, failin ve devletin sorumluluğunu azaltamaz[638]. Denilebilir ki bu madde, Sözleşmenin 'sert çekirdeğinin' bir parçasıdır[639], yani bu madde her zaman, her koşulda, herkese uygulanır[640].

---

[638] Tomasi/Fransa, 27.8.1992, paragraf 42; Chahal/Birleşik Krallık, 15.11.1996, paragraf 80; Egmez/Kıbrıs, 21.12.2000, paragraf 77; Sakık ve diğerleri/Türkiye, 10.10.2000, paragraf 53. Haklı olarak belirtildiği gibi, bir devletin insan haklarına bağlılığının en büyük ölçütü bu tür çalkantılı durumlarda onlara gösterdiği saygıdan anlaşılır, bkz. **CALHOUN, Robert K.,** Confessions and the Right to Counsel: Reflections on Recent Changes in Turkish Criminal Procedure, Ceza Hukuku Reformu, Yayınlayan: Umut Vakfı, İstanbul 2001, s. 126.

[639] Bkz. **BİLGEN, Pertev**, Sert Çekirdekli Temel Haklar, İnsan Hakları Sempozyumu, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayın No. 1, İstanbul 1995, s. 101 vd; ayrıca bkz. **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 86 vd.

[640] Bkz. **KABOĞLU,** s. 270-271. Buraya kadar, maddede tanınan hakkın mutlak olduğunu belirtmiş bulunuyoruz. İşkence yasağının bu mutlak niteliği, doktrinde herkesin kabul ettiği bir husustur. Bu itibarla da üzerinde pek durulmamış bir meseledir. Fakat hakkın gerçekten bu nitelikte olup olmadığını tartışan görüşler de çıkmıştır (Bkz. **ADDO, K. Michael/ GRIEF, Nicholas**, Does Article 3 of The European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?, European Journal of International Law, Volume 9, No. 3, 1998, s. 510-525). Bu makalede öne sürülen görüşlere kısaca değinmek isteriz. Yazarlara göre, her ne kadar Sözleşme metninde yasağın mutlak olduğu belirtilmemiş olsa da, doktrinde bu sonuca insan hakları genel teorisi ve mahkemenin içtihatları yoluyla varılmaktadır. Fakat bu içtihatlara bakacak olursak, mutlak haktan ne anlaşılacağına pek değinilmiş değildir. Bununla birlikte, işkence yasağına hiç bir sınır veya istisna tanınmamış olması, bu hakkın mutlak olarak kabul edilmesi için yeterli görülmektedir. İrlanda/Birleşik Krallık davasının 163. paragrafında da, Sözleşme'nin işkence ve benzeri muameleyi 'mutlak ifadelerle' yasakladığı sonucuna varılmıştır. Bu sonuç, bugüne kadar başarılı bir uygulamayla desteklenmiştir; fakat hiç bir tarafın bu tespiti sorgulamamış olması da bu istikrarlı uygulamanın başarıya ulaşmasına yardımcı olmuştur. Halbuki, madde 3'teki yasağın mutlak doğasının kesinlikle tespit edilmekten ziyade varsayılıyor olması, hukuki güvensizlik yaratır. Yazarların vardığı sonuç şudur: her ne kadar mutlak hakkın tanımı içtihatlarda yer almamış olsa da, yasağın mutlak doğası, sınırlama ya da istisna getirmenin mümkün olmamasına dayanarak kabul edilmektedir. Madde 3'te öngörülen hakların diğerlerinden daha kuvvetli, özel yapıda olduğunu gösterir emareler olsa ve AİHM de bu anlayışla hareket etse de, bu hakların hizmet ettiği amaç ve kapsam yeterli derecede belirli değildir. Mutlak hak, sınırlama ya da istisna getirilemeyen bir hak olmaktan öte bir anlam ifade ediyor olmalıdır. Oysa ki şimdilik, farklı öznel faktörlerin değerlendirilmesini gerektiren, bulanık bir kavramla karşı karşıyayız. AİHM bu faktörleri bir arada değerlendirip neticeye varırken, Avrupa kamu düzenini koruma ve maddeyle sağlanan hakların etkin korunması ilkelerinden yola çıkmaktadır. Bu öznel değerlendirmeye bağlı olarak Mahkemenin farklı olaylardaki uygulamalarını yüzeysel olarak kıyaslamak adil olmayan sonuçlar ortaya çıkarabilir. Bununla birlikte genelleme yaparsak, Mahkemenin maddeyle sağlanan güvencelerin mutlak doğasını koruduğu söylenebilir. Fakat bu, yeterli değildir. Daha iyi bir koruma sağlanabilir. Örneğin, maddenin devreye girmesi için aranan asgari eşiğin seviyesinin yüksek tutulduğu söylenebilir. Benzer şekilde, Yunan Raporunda (bkz. 5 Kasım 1969 tarihli 'Greek Case', Yearbook, s. 501) fiziksel fena muamele kapsamında, maruz görülebilecek/izin verilebilecek sertlikten bahsetmek suretiyle, her türlü kötü muamelenin maddenin ihlaline yol açmayacağı belirtilmiştir. Burada yapılacak değerlendirme de olaya bağlı olarak öznellik gösterecektir. Bu da bir tehlikedir. Sonuç olarak, mutlak hak kavramının doğasında mündemiç bir belirsizlik söz konusudur. Bu da, maddeyle sağlanan korumanın isabetsiz olabilecek öznel değerlendirmeler vasıtasıyla azalması sonucunu doğurabilir. Bunu engellemek için AİHM, ilerideki içtihatları yoluyla mutlak hak kavramının anlam, kapsam ve sonuçlarıyla AİHS md. 3'ün bu niteliğini daha somut olarak irdelemek zorundadır. Görüldüğü gibi yazarlar, netice itibariyle maddenin mutlak bir hak içerdiğini kabul etseler de, bunun kapsamının muğlaklığından şikayetçi olmaktadırlar. Bize göre, maddeyle sağlanan korumanın mutlak olduğunu tartışmaya açmaya yer olmasa da, Strazburg organlarının bu hakkın niteliğini etraflıca açıklamaları ve böylece her türlü

İşkence yasağı, Avrupalı devletlerin ortak kamu düzeni standartlarını belirleyen temel unsurlardan biridir[641]. Denilebilir ki, işkenceye uğramama hakkı insan kişiliğinin ayrılmaz ve vazgeçilmez bir parçasını oluşturan, uluslararası hukukta da genel kabul gören emredici bir normdur[642].

Madde hükmünün sadece gerçek kişileri korumaya yöneldiği açıktır[643]. Hükmün amacı beden bütünlüğünü ve kişi haysiyetini mutlak surette korumaktır[644]. Bu nedenle mağdurun rızasının bulunmaması, maddenin ihlal edilmesi bakımından inşai bir unsur teşkil etmez. Yani, mağdurun rızasıyla işlenen fiiller dahi üçüncü maddedeki yasağın kapsamına girebilir. Özellikle, mağdurun bile üzerinde tam tasarruf yetkisine sahip olmadığı haklar bakımından (ör. kişilik hakkından vazgeçilmesi, yaşam hakkı, insan onuru), rızanın hukuka uygunluğu sağlayıcı bir etkisi olmayacaktır[645].

Yine de mağdurun rızasının bulunup bulunmaması fiili nitelendirme bakımından bir role sahip olabilir. Bu bakımdan mağdurun rızasıyla uygulanan bir eylemin, başka insanlar tarafından küçük düşürücü ya da insanlık dışı olarak algılanacak bir fiili bu nitelikte olmaktan çıkarabileceği öne sürülmüştür[646]. Yalnız

---

şüpheyi bertaraf etmeleri, yazarların da belirttiği üzere faydalı olabilir. Ancak, böyle bir açıklamanın yokluğunda da, AİHS md. 3 hükmünün mutlak, yani sınırlanamaz, vazgeçilemez, devredilemez haklar tanıdığı ortadadır.

641 Bkz. **PETTİTİ/DECAUX/İMBERT**, s. 155 vd; bkz. ayrıca **ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK,** Ceza Muhakemesi, no. 113.

642 Bkz. **NOWAK,** s. 63; bkz. ayrıca **GÖÇER,** s. 173 vd. Uluslararası hukukta emrediciliği ve tüm devletleri bağlayıcılığı kabul edilen bu tür kurallara '*jus cogens*' denilmektedir. Bu tür 'buyruk kurallar'ın aksine hiçbir kuralın konulması mümkün olmadığı gibi, ancak diğer bir buyruk kural ile bunlarda değişiklik meydana getirilebilir. Geniş bilgi için bkz. **PAZARCI,** I. Kitap, s. 162 vd.

643 Bkz. **Harris DJ/O'Boyle M/Warbrick C**, Law of the European Convention on Human Rights, Butterworths, London/Dublin/Edinburgh, 1995, s. 55; **CLAYTON/TOMLİNSON,** s. 387.

644 Tyrer/İngiltere, 25.4.1978 (aktaran: **GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK,** s. 198; **ERGÜL,** s. 110).

645 Mağdurun rızası kavramının gelişimi, mukayeseli hukuktaki yeri, hukuki niteliği vb hususlar için bkz. **DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir,** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II, 11.Basım, Beta A.Ş., İstanbul 1997, s. 62 vd. ('**DÖNMEZER/ERMAN**, Cilt: II')

646 Bkz. **van DİJK P./van HOOF G.J.H.,** Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston 1998, s. 317; kıyaslayınız **ÜNAL, Şeref**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No: 89, Ankara 2001, s. 104 ('**ÜNAL,** AİHS'). Ünal'ın mağdurun sübjektif algılamalarına göre değerlendirme yapılarak sonuca varılması gerektiğini ve bu itibarla, işkenceye aldırmayan bir benliğin aşağılanmaya tahammül edemeyebileceği şeklindeki görüşünü doğru ve gerçekçi bulmuyoruz. Buradan

bu durumda dahi devlet başvurusu yolunun önü tıkanmış olmaz. Hatta, daha önce rızasını açıklamış olan mağdurun da ileride kendini maddedeki yasağa aykırı bir eylemin muhatabı olarak hissedip iç hukuk yollarını tükettikten sonra AİHM'ye başvurması mümkündür. Zira, bireyin yargısal başvuru hakkından peşinen feragat etmesi kabul edilemez.

Sözleşmenin üçüncü madde hükmü, niteliği itibariyle devletlere sadece negatif (olumsuz) bir yükümlülük, yani işkence etme yasağını yüklemekle kalmaz. Aynı zamanda burada pozitif (olumlu – aktif) bir davranış yükümlülüğü de söz konusudur. Zira, devletler aynı zamanda yetki alanlarında bulunan hiç kimsenin bu tür bir muameleye maruz kalmamasını sağlamak, üçüncü maddeye aykırı muameleleri önleyecek ve cezalandıracak yasaları çıkarmak, önleyemedikleri ihlâlleri ise etkin olarak koğuşturmakla mükelleftirler[647]. Bu çerçevede her devlet ilgili mevzuatını işkence ve kötü muamele fiillerinin işlenebilme ihtimalini en aza indirgeyici şekilde düzenlemek ve bu eylemlere karşı maddî ve usulî koruma tedbirleri getirmek zorundadır[648]. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi söz konusu eylemlerin sivil kişiler tarafından gerçekleştirilmesi durumunda da aranır[649], zira modern devlet tipi sayılan 'koruyucu devlet'in temeli, vatandaşlarını gerek kendi temsilcilerinin gerekse özel şahısların aşırı davranışlarından koruyabilme yeteneğine dayalıdır[650].

O halde işkence yasağı ile devletlere 'preventif' (önleyici), yani maddeye aykırı müdahaleleri önleyici bir işlev de yüklenmiştir. Bu pozitif yükümlülük, tehdit

---

yola çıkılırsa, küçük düşürücü veya insanlık dışı muamele yapmış olmadan işkence yapılabilecektir ki böyle bir anlayış, üçüncü maddede yer alan kavramlar arasında yapılan derecelendirmeye ve hiyerarşiye uygun olmayacaktır.

[647] Bkz. **CLAYTON/ TOMLINSON,** s. 389; **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 247; **ERGÜL,** s. 89; **GARLİCKİ,** s. 109. 21 Aralık 2000 tarihli Erkan Eğmez/Kıbrıs kararında da vurgulandığı üzere, '*bir kişi işkenceye uğradığını ciddi bir şekilde iddia etmişse, etkili başvuru yolu devletin bu iddiayı etkili biçimde soruşturmak, sorumluları teşhis etmek ve cezalandırmak ödevini de kapsamaktadır*' (paragraf 65), karar hk. bilgi için bkz. **AKILLIOĞLU, Tekin,** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 'Erkan Eğmez-Kıbrıs' Kararı, in: Polis Dergisi, Cumhuriyet'in 80. Yılına Armağan, Temmuz-Ağustos-Eylül 2003, Yıl 9, Sayı 36, s. 56 ('**AKILLIOĞLU**, Eğmez Kararı').

[648] Bkz. **GARLİCKİ,** s. 115. Bkz. bu yönde Mahmut Kaya/Türkiye, 28.3.2000, § 115; Pretty/Birleşik Krallık, 29.4.2002, § 50-51.

[649] KSHUS md. 7 bakımından İnsan Hakları Komitesinin aynı yönde tespiti için bkz. **GEMALMAZ,** Yaşam Hakkı…, s. 239-240.

ister resmî görevlilerden ister özel kişilerden kaynaklansın, Sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlayacak tedbirleri almak mükellefiyeti şeklinde özetlenebilir. Bu aktif yükümlülüğün bir uzantısı olarak devlet, meydana gelmiş ihlâlleri ortaya çıkarmaya yönelik tarafsız ve etkili bir soruşturma yürütmezse, üçüncü maddenin ya da etkili başvuru hakkını tanıyan on üçüncü maddenin (bazen de her ikisinin) ihlâlinden ötürü mahkûm edilecektir ('Devletin üçüncü maddeye ilişkin usulî yükümlülüğü')[651].

Önemle vurgulayalım ki, aktif yükümlülüğün yerine getirilmesi için sadece cezalandırıcı önlemlerin alınması yeterli değildir; maddede yasaklanan türden eylemlerin gerçekleşmesini engelleyecek önlemlerin de en baştan alınmış olması gerekir.

Öte yandan, cezalandırıcı önlem alma yükümlülüğü kapsamında devletin sorumluyu sırf tazminata mahkum etmesi yeterli sayılabilir mi? Kanaatimizce işkence mağdurları için uygun giderim yolu failin örnek bir cezaya çarptırılmasıdır. Böylece, caydırıcılık sağlanarak başka potansiyel mağdurların da kendileriyle aynı acılara maruz bırakılması önlenebilecektir. Mağdurlar açısından ekonomik giderimin pek anlamı olmaz, çünkü maruz kaldıkları zarar manevîdir, insan olmanın gerektirdiği dokunulmazlıkları ihlal edilmiştir. Öte yandan, fail açısından da hürriyetten yoksun kılıcı yaptırımın korkutucu etkisi çok daha fazladır. Bu sebeple, işkenceye maruz almış kişilerin zararlarının giderilmesi bakımından arzuları, faili hapiste görmek olacaktır[652]. Bize göre de, ceza hukukunun müdahalesini gerekli kılmayıp disipliner işlemle geçiştirilebilecek hafif ihlaller dışında, işkence olarak nitelendirilen fiillerin faillerine verilmesi gereken ceza, hapis olmalıdır. Meğer ki cezanın bireyselleştirilmesi sonucunda faile hapis cezası vermenin adil olmayan sonuçlar doğuracağı anlaşılsın (ör. ilk defa hukuk dışı davranan tecrübesiz bir memurun eyleminin haksızlık içeriğinin pek fazla olmaması). Öte yandan, devletin

---

[650] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ**, s. 1.
[651] Bkz. *inter alia* İlhan/Türkiye, 27.6.2000; Bilgin/Türkiye, 16.11.2000, Büyükdağ/Türkiye, 21.12.2000, Denizci ve diğerleri/Kıbrıs, 23.5.2001; ayrıca bkz. **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 247; **DOĞAN**, s. 226; **GARLİCKİ,** s. 109.
[652] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ**, s. 24.

işkence mağduru kimselerin rehabilitasyonu için aranan imkanları sunması da gereklidir.

Belirtelim ki burada önemli olan, Devletin bu pozitif yükümüne uymasıdır. Diğer bir deyişle, özgürlüklerin korunmasında aslolan devlete yüklenen bu yükümün olumlu sonuç vermesi değildir. Çünkü devlete yüklenen, sonuç değil, imkan/araç yükümlülüğüdür. O hâlde devlet, araçları ve imkanları dahilinde elinden geleni yapmakla mükelleftir. Bunun sonucunda yine de olumsuz netice alınmış, yani devletin üzerine düşeni yapmasına rağmen bir ihlal önlenememişse devleti sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Demek ki, devlete yüklenilen mükellefiyet sonuç değil, araç ve imkan yükümlülüğüdür[653].

Öte yandan üçüncü madde sadece vuku bulmuş ihlalleri değil, vuku bulma ihtimali olan ihlalleri de önleyici ve yasaklayıcı bir fonksiyona sahiptir[654]. Şöyle ki, eğer maddeyi ihlal etme olasılığı bulunan fiillerin gerçekleşme ihtimali yeterince yakın ve gerçek ise, diğer bir deyişle başvurucunun maddedeki yasağa aykırı fiillere maruz kalacağına inanmak için ciddi temeller bulunup da bu açıdan ortada gerçek bir risk varsa, yine maddenin ihlal edildiği söylenebilecektir[655]. Bu husus, Soering davasında[656] şu kelimelerle ifade edilmiştir: '*Normalde sözleşme kurumları potansiyel bir ihlal tehlikesinin var olup olmadığı hakkında inceleme yapmazlar. Fakat şayet bir başvurucu, bir iade kararının uygulanması halinde iade edilen devletteki öngörülebilir koşullar bakımından üçüncü maddeye aykırı muameleyle karşılaşacağını iddia ediyorsa; sözleşmenin öngördüğü korumayı gerçekleştirmek bakımından ve de söz konusu riskin doğuracağı ciddi ve tamir edilemez zarar bakımından bu ilkeden ayrılmak gereklidir*'[657]. Bu hususu aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağız.

---

653 Bkz. **GÖLCÜKLÜ, Feyyaz**, Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk Bağlamında İşkence Yasağı ve Yaşam Hakkı, İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yayını: 10, İzmir 1997, s. 44-45 ('**GÖLCÜKLÜ,** Yaşam').

654 Bkz. **PETTİTİ/DECAUX/İMBERT**, s. 157-158.

655 Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık, 25.2.1982, Series A No. 48, § 26.

656 Soering/Birleşik Krallık, 7.7.1989, § 161.

657 Bkz. **JANIS, W. Mark/ KAY, S. Richard/ BRADLEY, W. Anthony**, European Human Rights Law-Text and Materials, Clarendon Press, Oxford, (tarih belirtilmemiş), s. 122; **GEMALMAZ,** Ölüm Bekleyişi Olgusu, s. 102 vd.

Belirtmek istediğimiz diğer bir husus, 1950 yılında hazırlanmış olan bir metnin günümüzde ne şekilde yorumlanacağı ve anlaşılacağına ilişkin AİHM'nin yerleşmiş içtihadıdır. Gerek Komisyonun gerekse Divanın (Ek 11. Protokolden sonra Mahkemenin) yorum metodu '*evolütif* ve *progresif*' dediğimiz, geliştirici ve ileri götürücü bir yöntemdir. Sözleşmede açıkça öngörülmemiş bazı haklar da mevcut maddelerin amaçsal olarak yorumlanması suretiyle, dolaylı olarak korunmaktadır. Bu şekilde, ilk etapta maddenin koruması kapsamına girmesi belki de düşünülemeyen bir çok husus, inceleme konusu yapılabilmiştir (ör. aşağıda göreceğimiz iade ya da sınır dışı etme bakımından).

Yine Mahkemeye göre, '*bu sözleşme teorik ve pratik hakları değil, günün ihtiyaçlarına cevap verecek şekilde gerçek hakları korumak için ayaktadır*'[658]. Bu nedenle, insan haklarının korunması geliştikçe ve standartlar yükseldikçe Mahkemenin bazı eski içtihatlarında (örneğin spor ayakkabasının altıyla popoya vurmanın[659], surata tokat atmanın[660], okullarda belirli ağırlığa ulaşmayan bedeni cezaların maddeyi ihlâl etmediği yönündeki[661] kararlarda) vardığı sonuçların başka benzeri davalarda gözden geçirilmesi gündeme gelebilecektir[662].

II. ÜÇÜNCÜ MADDEDEKİ KAVRAMLAR

AİHS'nin üçüncü maddesinde üç kategori ihlale yer verilmiştir: işkence, insanlık dışı muamele ve küçültücü muamele (ya da ceza).

---

[658] Bkz. **GÖLCÜKLÜ,** Yaşam, s. 43 vd; **ZÜHLKE/PASTİLLE,** s. 770; **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 164-165.
[659] Costello Roberts/Birleşik Krallık, 25.3.1993.
[660] 1969 tarihli Yunan Raporu. Yunanistan'daki 21.4.1967 tarihli ihtilal sonrasında vuku bulan insan hakları ihlallerini inceleyen söz konusu rapor, 5.11.1969 tarihli, 12 sayılı Yıllık Rapor'un (Yearbook) 186-510. sayfalarında yer almaktadır ('Yunan Davası Raporu').
[661] Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık, 25.2.1982.
[662] Bkz**. OWEY/WHITE,** s. 59; **CLAYTON/ TOMLINSON,** s. 387; **ERGÜL,** s. 113; ayrıca bkz. **LAMBERT, Pierre,** Extradition et expulsion d'étrangers dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, in: Les nouveaux Droits de l'Homme en Europe, Bruylant,

A. Hazırlık Çalışmaları

Metnin hazırlık çalışmaları sırasında belirli davranış türlerine açıkça yer verip vermeme konusunda tereddütler yaşanmıştır[663]. Özellikle belirli işkence kalıplarının sayılması yönünde görüş belirmiştir. *Cocks* adlı Birleşik Krallık temsilcisi bir değişiklik önergesi sunmuş ve '*mutilasyon*' (yaralayarak sakat bırakma), kısırlaştırma, zararlı ilaçların verilmesi, zihinsel acıya yol açma kastıyla karanlık, gürültü ya da sessizliğe tabi tutma gibi fiillerin maddede açıkça yer almasını önermiştir. Böyle bir yaklaşım zararlı bulunmuştur, zira bazı işkence türlerini sayarken diğer bazıları unutulabilir ve böylece bu sayım sınırlayıcı olmasa bile, metinde özellikle zikredilmemiş olan bazı özgürlüklerin koruma gücü azalabilirdi[664].

Bunun yerine sadece işkence, insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele/ceza kavramlarının soyut olarak sayılmasıyla yetinildi ve bunların içeriğinin tespiti Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihadına bırakıldı.

Bu haliyle madde metni, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin beşinci maddesiyle neredeyse aynıdır. Fakat tasarı gerekçesinde açıklanmayan sebeplerle İHEB'de yer alan 'acımasız' (zalimane – *cruel*) kelimesi AİHS md. 3'te yer almamıştır[665]. Elbette, zalimane bir muamelenin, neden olunan acı ya da ıstırabın seviyesine göre zaten maddede sayılan kategorilerden birine girmesi mümkündür.

B. İşkence Kavramı

Maddedeki kavramların anlamını ele alırsak, 'işkence' nitelik ve içerik itibariyle en ağır ihlal türlerine işaret eder. BM Genel Kurulunun 1975 tarihli bildirisinde[666] işkence şu şekilde tarif edilmiştir: '*işkence; acımasız, insanlık dışı ve*

Bruxelles 1999, s. 63-64. Bkz. bu yönde Selmouni/Fransa, 28.7.1999, paragraf 101.
[663] Bkz. **PETTİTİ/DECAUX/İMBERT**, s. 157.
[664] Bkz. **PETTİTİ/DECAUX/İMBERT**, s. 157.
[665] Bkz. **JANİS/KAY/BRADLEY**, s. 152. Öğretide, 'insanlık dışı muamele' teriminin zalimane kavramını da kapsadığı savunulmaktadır, bkz. **GEMALMAZ,** İşkencenin Önlenmesi, s. 58.
[666] 9 Aralık 1975 tarihli, 3452 (XXX) sayılı BM Genel Kurul Kararı 1. maddesi.

küçük düşürücü muamele ya da cezanın kasıtlı ve ağırlaşmış bir şeklidir'[667]. AİHS bakımından da, işkenceyi evrensel kabul gören söz konusu tanım çerçevesinde anlamak mümkündür.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu da, Yunan Davasını[668] inceleyen kapsamlı raporunda işkenceyi, itiraf ya da bilgi elde etmek veya kişiyi cezalandırmak gibi spesifik bir amaca yönelik olarak kasten yapılan, ve genellikle insanlık dışı muamelenin ağırlaşmış bir halini oluşturan bir olgu olarak saptamıştır.

Demek ki işkence üç unsurdan oluşmaktadır: çekilen acının yoğunluğu, kast, spesifik bir amacın varlığı[669]. Bu davada ayrıca, kaynaklanan ıstırabın yeterince kuvvetli olması kaydıyla, zihinsel acıya yol açılmasının da işkence teşkil edebileceği, bu bakımdan fiziksel zararın şart olmadığı vurgulanmıştır[670]. 'Fiziksel olmayan işkence' kavramının, '*fiziksel saldırı dışında kaygı ve stres verici bir durum yaratmak suretiyle zihinsel ıstıraba yol açma*' şeklinde tanımı yapılmıştır.

C. İnsanlık Dışı Ceza veya Muamele Kavramı

İnsanlık dışı muamele, Yunan Raporundaki ifadelere göre, somut olayda halin haklı göstermediği ve ciddi zihinsel ya da fiziksel ezaya kasten yol açan muameleleri işaret eder[671].

Belirtelim ki maddedeki 'ceza' terimi, klasik anlamdaki özgürlüğü bağlayıcı cezalar yanında yaptırım niteliği taşıyan diğer her türlü tedbiri de içermektedir[672].

---

[667] İngilizce metin şöyledir: '*Torture constitutes an aggravated and deliberate form of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*'.

[668] Bkz. 5 Kasım 1969 tarihli 'Greek Case', Yearbook of the European Convention on Human Rights, Year XII (1969) ('Yearbook').

[669] Bkz. **SUDRE, Frédéric**, Droit International et Européen des droits de l'homme, Presses Universitaires de France, Paris 1995, s. 183.

[670] Aynı anlayışa daha sonra bir çok davada daha yer verilmiştir. Örneğin Tyrer/Birleşik Krallık (25.4.1978), Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık (25.2.1982), Soering/Birleşik Krallık (7.7.1989).

[671] Bkz. Yunan Davası Raporu, s. 186.

[672] Bkz. **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 248. Öte yandan bu kavramları ayırt etmenin de normalde gerekli olmadığı; özellikle de cezanın, çoğu zaman bir muameleri de gerektirdiği öne sürülmüştür, bkz. **OWEY/WHITE,** s. 65.

‘Muamele’ kavramı ise, egemenlik yetkisine dayanarak gerçekleştirilen diğer her türlü işlemi ifade eder[673].

Burada geçen ‘*halin haklı göstermediği… insanlık dışı muamele*’ kavramı tereddütlere yol açabilir. Kast edilen, belirli şartlar altında makul ya da maruz görülebilecek ama yine de gayri insani olan bir muamele kategorisinin var olabileceği değildir. Zira üçüncü maddeye aykırı düşecek bir muamele, kamu yararı da dahil olmak üzere, hiç bir gerekçeyle haklı görülemez[674]. Burada söylenmek istenen, bazı hallerde yasal sınırları zorlamayacak ceza ya da muamelelerin, diğer bazı hallerde insanlık dışı olma vasfını taşıyabileceğidir[675]. Bir örnekle bu tezi somutlaştırmak istersek, cinayet suçuna karşı hükmedilecek olan otuz yıllık bir hapis cezası yasal ve makul olacakken, mesela gazete çalan kimseye aynı cezanın verilmesi pekala insanlık dışı sayılabilecektir (Zira AİHM, cezaların demokratik toplum gereklerine ve oranlılık ilkesine uygun olmasını aramaktadır). Bu bakımdan, insanlık dışı muamele kavramının göreceli niteliğine dikkat çekmek isteriz.

Burada, işkenceden farklı olarak, ıstıraba yol açma amacı aranmaz[676]. Fakat uygulamada çoğu kez bu unsurun da fiilde mündemiç bulunduğu görülecektir. Öte yandan, muamelenin taammüden işlenmesi de gerekmez[677]. O halde esas ayırt edici özellik, çekilen acının yoğunluğunda yatmaktadır. İşkence tehdidi, ‘yeterince gerçek ve pek yakın’ olduğu müddetçe, insanlık dışı muamele teşkil edecek yoğunlukta zihinsel acıya yol açabilir[678].

[673] Bkz. **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 248; **REİSOĞLU,** s. 45.
[674] Bkz. **CLAYTON/ TOMLINSON,** s. 387.
[675] Bkz. **OWEY/WHITE**, s. 60. Zaten Komisyon da, sonraki kararlarında bu hususu açıklamıştır (bkz. **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 249).
[676] Bkz. **ERYILMAZ,** Arrest…, s. 255. Fakat bu unsurun varlığı halinde, fiili nitelendirmede dikkate alınması gereken bir kriter teşkil edeceği hk. bkz. **OWEY/WHITE,** s. 64.
[677] Bkz. **OWEY/WHITE,** s. 64; bu yönde Labita/İtalya, 6.4.2000, § 120.
[678] Bkz. Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık, 25.2.1982, § 26.

D. Küçük Düşürücü Muamele

Son olarak küçük düşürücü muamele, şahsı diğer kişiler karşısında büyük ölçüde utandıran, rezil eden ya da şahsı iradesi veya bilinci dışında davranmaya zorlayan[679]; onda korku, acizlik ve değersizlik duygusu uyandırıp onurunu zedeleyen her türlü muameledir[680]. Diğer bir ifadeyle, kişinin başkaları önünde fena halde küçük düşmesine[681] veya kendi isteği veya iradesine aykırı davranmasına yol açan eylemlerdir[682].

Bu ifadelerden de anlaşılacağı üzere, küçük düşürmenin 'önemli, ağır (İng. *gross*)' ölçüde olması gerekmektedir[683].

E. Değerlendirme

Aslında görüldüğü gibi, bu üç kavram arasındaki ayrım büyük ölçüde derece[684] ve ağırlık farkına dayanmaktadır. Bunlar arasında nitelik değil, yoğunluk farkı vardır[685]. Zira bu üç kavram, en hafifi olan küçük düşürücü muameleden, en ağırı olan işkenceye varacak şekilde, kademeli olarak ele alınmıştır[686].

---

679 Bkz. Yunan Davası Raporu, s. 186.

680 Yunan Raporu'ndaki İngilizce orijinal ifade şöyledir: '*...punishment... may be said to be degrading if it grossly humiliates him before others or drives him to act against his will or conscience*'.

681 Bkz. bu yönde **GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK,** s. 199; **CLAYTON/ TOMLINSON,** s. 394; **ERGÜL,** s. 110.

682 Bkz. **ÇAVUŞOĞLU, Naz**; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları Özel Dizi No. 1, Ankara 1994, s. 12.

683 Bkz. **OWEY/WHITE,** s. 65.

684 Bkz. İnsan Hakları Hukuku'nda İşkence Yasağı, İzmir Barosu İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yayını: 5, İzmir 1996, s. 10 vd.

685 Bkz. **CENTEL**, İnsan Hakları, s. 8; **GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK,** s. 198; **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 249; **ERGÜL,** s. 110.

686 Bkz. **GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK**, s. 198. Bir görüşe göre, işkence ile insanlık dışı muamele arasındaki ilişki sadece yoğunluk farkıyken, küçük düşürücü muamele bakımından durum her zaman böyle olmayabilir, çünkü burada 'büyük ölçüde rezil edilme ya da iradesi veya bilinci dışında davranmaya zorlanma' gibi bir unsurun varlığı da söz konusudr, bkz. **OWEY/WHITE,** s. 60.

Elbette, maddenin ihlaline yol açabilecek fiillerin kasten işlenmiş olması gerekmektedir[687]. Buna karşılık, fiili işleyenin saikinin değerlendirmede belirleyici rol oynamaması gerekir[688]. Örneğin, adlî bir amaç güdülmediği için ETCK md. 243'e girmeyip ETCK md. 245 kapsamında kalan bir muamele, Sözleşmeye göre üçüncü madde kapsamında değerlendirilebilecektir. Her ne kadar işkencenin amacı genelde sanıktan itiraf elde etmek olsa da, AİHS açısından faili cezalandırmak, onu sindirmek gibi başka amaçlar da güdülmüş olabilir[689]. Bu bakımdan, fiili nitelendirirken failin özel amacına değil, fiilin doğasına ve mağdur üzerindeki neticelerine bakılır[690].

Ayrıca işlediği bir suç nedeniyle bireye uygulanan ceza (özü itibariyle maddeye doğrudan aykırı düşen dayak, teşhir, sürgün gibi cezalar dışında), zaten tanımı ve yapısı itibariyle bir ölçüde onur kırıcı ve kişiye sıkıntı verici nitelikte olduğundan, maddeye muhalefet teşkil edemez. Sadece cezanın infaz tarz ve koşulları bakımından maddeye aykırılık söz konusu olabilir[691].

Yunan Davasında belirtildiği üzere, maddedeki terimlerin hepsine birden uyan muamelelerin olabileceği açıktır; zira, her işkence aynı zamanda insanlık dışı ve küçük düşürücü, ve her insanlık dışı muamele de aynı zamanda küçük düşürücüdür. İşkenceyi maddeye aykırı diğer fiillerden ayıran unsur, kişinin maruz bırakıldığı ıstırabın yoğunluğundaki farktır[692].

Burada, işkencenin insanlık dışı muameleden ayrı tutulması ve en ağır türden bazı ihlalleri işaret etmek üzere kullanılması belirli bir amaca dayanır. Buna göre işkence, çok ağır ve acımasızca eza çekilmesine yol açan kasti muameleleri

---

687 Bkz. **GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK**, s. 200; **ERGÜL,** s. 110. Tasarlamanın bulunması ise şart değildir, bkz. İrlanda/Birleşik Krallık, 18.1.1978, § 167; Eğmez/Kıbrıs, 21.12.2000, § 77.
688 Bkz. **CLAYTON/ TOMLINSON,** s. 390. Bkz. bu yönde Labita/İtalya, 6.4.2000, § 120.
689 Bkz. **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 248.
690 Bkz. **van DİJK/van HOOF**, s. 316. Buna karşılık, bazı kararlarında Mahkeme, bu denilenin aksine olarak, failin saikine de belirleyici bir etki tanımıştır. Örneğin Albert ve Le Compte/Belçika davasında (10.2.1983), doktorun mesleğini icra yetkisinin elinden alınmasının, bir cezayı tatbik amacına yöneldiği ve onun kişiliğine yönelik bir küçültme amacı taşımadığı belirtilmiş ve buna istinaden de, maddenin ihlal edilmediğine karar verilmiştir. Yine, Eğmez/Kıbrıs kararında, failin özel bir amaçla hareket etmesine önem verilmiştir (değerlendirme için bkz. **AKILLIOĞLU,** Eğmez Kararı, s. 57).
691 Bkz. **CENTEL**, İnsan Hakları, s. 9.
692 İrlanda/Birleşik Krallık, 18.1.1978, Series A, No. 25.

damgalamak için öngörülmüş özel bir kavramdır[693]. O halde işkencenin ayırt edici özelliği, çekilen acının yoğunluğudur. Tabii ki yasak davranışların mutlaka maddi kuvvet içermesi ve bu bakımdan fiziki acı vermesi gerekmez, manevi ıstırap ve yoğun acı da bu kapsamdadır.

Bununla birlikte, bir çok kez AİHM organları insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele gibi kavramlar arasında ayrıma gitmeyi gerekli görmeyip, maddenin ihlaline hükmederken her iki kavramı beraber kullanmaktadırlar[694]. Elbette, inceleme konusu ceza veya muamele bu üç nitelendirmeden hangisine uygun düşerse düşsün, sonuçta üçüncü madde ihlal edilmiş olacaktır. Fakat bu ayrım, mağdur lehine hükmedilecek tazminatın tayini ve ihlalci devletin saygınlığı bakımından önemlidir[695]. Nitekim, AİHS md. 41'de tazminatın 'adil' olması arandığından, hükmedilecek miktar da işlenen ihlalin ağırlığı ile doğru orantılı olmalıdır.

Yine belirtelim ki, belirli fiil kalıplarının otomatikman bu üç kategoriden birine girdiğini söylemek, yani belirli fiillerin mutlaka belirli bir ihlâl türüne yol açtığını kesin bir şekilde söylemek mümkün değildir. Aşağıda göreceğimiz gibi, her seferinde somut olaya mahsus bir değerlendirme yapılmalıdır. Buna karşılık yakın tarihli Aksoy davasında[696], mağdurun maruz kaldığı '*Filistin askısı*' adı verilen uygulamanın[697] ancak işkence olarak nitelendirilebileceğine karar verilmiştir (paragraf 64). Keza 25.9.1997 tarihli Aydın kararında da Mahkeme, mağdurun maruz bırakıldığı muamelelerin her birinin ve özellikle de göz altındayken ırzına geçilmesinin tek başına dahi işkence olarak nitelendirilmesi gerektiğini tespit etmiştir (paragraf 86, ırza geçme fiili bakımından özellikle paragraf 83).

---

[693] İrlanda/Birleşik Krallık, 18.1.1978, § 167; Egmez/Kıbrıs, 21.12.2000, § 77; Aksoy/Türkiye, 18.12.1996, § 63; Aydın/Türkiye, 25.9.1997, § 82; bkz. ayrıca **CLAYTON/ TOMLINSON,** s. 389.

[694] Bkz. **van DİJK/van HOOF,** s. 310.

[695] Bkz. **HARRİS/O'BOYLE/WARBRİCK,** s. 56-57; **CLAYTON/ TOMLINSON,** s. 388; **GARLİCKİ,** s. 112. AİHM'nin tayin edeceği maddî-manevî tazminatın koşulları için bkz. **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 131-135.

[696] Aksoy/Türkiye, 18.12.1996. Bu dava, bir devletin 'işkence'den mahkum edildiği ilk olaydır; bkz. ayrıca **van DİJK/van HOOF**, s. 310; **OWEY/WHITE,** s. 63.

[697] Filistin askısında mağdur, ayaklarından ya da bileklerinden genelde ip kesmelerini önlemek için asılır (hatta bazen, deri ile ip arasına pamuk veyahut benzer malzemeler doldurulur), elleri de arkadan bağlanır. Aynı zamanda, el jeneratörü ya da arazi telefonunun çıplak telleri gibi elektrik kaynakları kullanılarak vücudun hassas yerlerine elektrik şoku verilir. Vücudun elektriğe duyarlılığını arttırmak

III. MADDENİN UYGULANMA KRİTERLERİ

Bu bölümde, AİHS'nin üçüncü maddesinin devreye girebilmesi için aranan koşullar üzerinde duracağız[698].

A. Asgarî Eşik

Mahkemenin yerleşmiş içtihadına göre, maddenin koruma alanından yararlanabilmek için dava konusu fiilin '(en az) belli bir ağırlıkta'[699], 'belirli bir düzeyde' olması gerekir. Maddede yer alan kademeli her üç kavram bakımından da bu asgari eşik aranır.

Ağırlığın tespitinde durumun tüm özellikleri, bilhassa muamelenin doğası ve gerçekleştiği ortam, süresi[700], fiziksel veya zihinsel etkileri, mağdurun cinsiyeti ve yaşı, sağlık durumu, sonraki süregelen etkileri vs. dikkate alınır[701].

Burada, ihtilaf konusu muamelelere maruz kalanların sübjektif algılamaları da önemli rol oynar. Fakat kanımızca, fiilin objektif olarak nitelendirilmesi sonucunda maddeye aykırı olarak değerlendirilebilecek bir eylem, salt mağdurun çok yüksek

---

için mağdurun suyla ıslatıldığı da olur (bkz. Türkiye'de İşkence, s. 19).

[698] Buna karşılık, AİHM'ye başvurabilmek için gerekli olan ve tüm maddeler bakımından ortak olan koşullar, spesifik bir alana yönelik araştırmamızın kapsamını aşacağından burada aktarılmayacaktır. Bu konuda bilgi için bkz. **MADRA, Ömer,** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı, AÜSBF Yayınları No: 458, Ankara 1981; s. 1 vd; **SUR, Melda**, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na Kişisel Başvuru, İzmir Barosu Dergisi, Yıl 58, Sayı 2, Nisan 1993, s. 74-84; **TURMANGİL, Civan,** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 25. Maddesi ve Türkiye Örneği: Bireysel Başvuru Hakkının Kullanılmasında 7. Yıla Doğru, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Ekim 1994, Cilt II, Sayı II, s. 22-32; **AKILLIOĞLU,** İnsan Hakları, s. 345 vd; **BATUM, Süheyl,** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Kavram Yayınları, İstanbul 1996, s. 28 vd; **ÇAVUŞOĞLU, Naz,** Avrupa Konseyi: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Denetim Sistemi, in: İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000, s. 458 vd; **REİSOĞLU,** s. 170 vd; **GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK,** s. 33 vd; **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR;** s. 108 vd; **DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma, s. 81 vd; **ERGÜL,** s. 23 vd.

[699] İngilizce ifadesiyle '*attain a certain severity*'.

[700] Örneğin, Eğmez/Kıbrıs kararında (paragraf 76), kötü muamelenin kısa süre içerisinde cereyan ettiğinden hareketle, işkence derecesine varmadığı kabul edilmiştir (bkz. ayrıca **AKILLIOĞLU,** Eğmez Kararı, s. 56).

[701] İrlanda/Birleşik Krallık, 18.1.1978, Series A, No. 25, § 65; Selmouni/Fransa, 28.7.1999, § 100.

dayanma kapasitesi veya aldırmazlığı sebebiyle onun üzerinde beklenenden daha az etki doğurursa, bu husus fiili maddeye aykırı olmaktan kurtarmaz. Bu bakımdan örneğin, kişiyi çıplak soyup gezdirmek hususu ortalama bir insanın telakkilerine ve yaşam tecrübelerine göre küçük düşürücü olarak nitelendirilebiliyorsa, mağdurun bundan fazla bir rahatsızlık duymamış olması, maddenin ihlal edilmiş olmasını engellemez[702].

Olayın tüm özelliklerini değerlendirirken, oluş anında geçerli bulunan baskın anlayışları, yani olayın meydana geldiği sırada o toplumda kabul gören genel eğilimleri de dikkate almak gerekecektir. Bu son husus özellikle Yunan Raporunda[703] vurgulanmıştır. Buna göre, kendileriyle görüşülen mahpusların ifadelerinden, polis ve askeri yetkililerce kendilerine gösterilecek muamelenin belirli sertliği içermesini çoğu mahpusun maruz gördüğü ve hatta buna kesin gözüyle baktığı anlaşılmaktadır. Komisyona göre bu husus, mahpusların ve kamuoyunun fiziksel şiddeti ne zalimane ne de aşırı olarak görmeyecekleri sınırın farklı toplumlar ve hatta aynı toplumun farklı kesimleri arasında değiştiğini göstermektedir. Bu husus, fiili nitelendirmede dikkate alınmalıdır.

Bununla birlikte, nihai değerlendirmenin mutlaka Avrupa kamu düzeninin ortak standartlarına uygun olması gerektiği unutulmamalıdır.

Yukarıda saydığımız iki kıstas, yani fiillerin belirli ağırlığa ulaşmış olmasının aranması ve diğer tüm koşulların nazara alınması[704], maddedeki yasakların statik olmayıp, yaşayan ve gelişen bir özelliğe sahip olduğunu ve maddenin her zaman günün koşullarına ve somut olaya göre değerlendirileceğini ortaya koyar[705].

Maddenin korumasından yararlanabilmek için belli bir ağırlığın aranması, istenmeyen ve hatta yasa dışı türden her muamelenin üçüncü maddenin

[702] Bkz. **GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK,** s. 199; **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 247-248; **REİSOĞLU,** s. 45; **DOĞAN,** Gözaltında…, s. 228.
[703] Bkz. 5 Kasım 1969 tarihli 'Greek Case', Yearbook, s. 501.
[704] Buna 'nispi değerlendirme' ilkesi de denebilir (**PETTİTİ/DECAUX/İMBERT**, s. 158).
[705] Bkz. **ZÜHLKE/PASTİLLE,** s. 771; **OWEY/WHITE**, s. 89.

uygulanmasını gerektirmeyeceğini ortaya koymaktadır. Gerçekten de bireye, ahlakın ve hukukun yasakladığı tarzda acı ve sıkıntı veren, hatta suç teşkil eden her durum otomatikman üçüncü madde kapsamına girmez[706].

Böylece cüzi ihlallerden dolayı mahkemenin meşgul edilmesi de önlenmiş olur. Aslında Hakim Fitzmaurice'in İrlanda/Birleşik Krallık davasında[707] belirttiği gibi, Sözleşmenin fena muamelenin çok ağır olmayan türlerini yasaklayan bir ifadeye veya sayıma yer vermemesi, bu 'asgari eşik, ağırlık' seviyesini düşük tutmaya teşvik edebilir. Zira, Sözleşmenin kesin ve katı ifadesine dahil edilemese de, en azından insan hakları idealleriyle bağdaşmayan bir çok fena muamele türünün varlığı yadsınamaz. Fakat, madde hükmünün mutlak, yani istisna ve muafiyete imkan vermeyen doğası, sadece en ağır ve ciddi fena muamele hallerinin kapsam içine alınmasını zaruri kılmaktadır[708].

Tabii ki, fiilin madde kapsamına girebilmesi için asgari bir ağırlık seviyesine ulaşması gereği dışında, üçüncü maddenin mutlak yapısını sınırlayan diğer birtakım genel kabul görmüş istisnalar da mevcuttur. Bu istisnalar, hukukun genel ilkeleri ve yorum yoluyla ortaya çıkarılabilir. Örneğin, Sözleşme'nin ikinci maddesi uyarınca, yaşam hakkına belirli koşullar altında müdahale edilebiliyorsa ve hatta yaşam hakkı elden alınabiliyorsa (ör. meşru müdafaa), o halde bu durumlarda yaralamaya yol açacak, fiziksel bütünlüğe yönelik müdahalelerin, yasal sınır aşılmamak kaydıyla meşru olacağı kabul edilir. Benzer şekilde, normalde maddenin ihlaline yol açacak nitelikte elverişsiz ya da ağır hapishane koşulları, firarı ya da intiharı önlemek bakımından zaruriyse, kanaatimizce tam bir tecride yol açmamak kaydıyla mazur görülebilir[709].

---

[706] Bkz. **BÖK, Selçuk**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle Koruma Altına Alınan Başlıca İnsan Hakları, İnsan Hakları ve Yargı (Sorunlar ve Çözümler), T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 1998, s. 33; **ZÜHLKE/PASTİLLE,** s. 757; **OWEY/WHITE,** s. 59; **GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK,** s. 200.

[707] İrlanda/Birleşik Krallık, 18.1.1978, Series A, No. 25.

[708] Bkz. **HARRİS/O'BOYLE/WARBRİCK,** s. 55. Benzer yönde Olsson/İsveç, 24.3.1988, Series A, No. 130 (zikreden: **ZÜHLKE/PASTİLLE,** s. 757).

[709] Bkz. **HARRİS/O'BOYLE/WARBRİCK,** s. 56.

B. Bireysel Fiillerin Devlete İsnat Edilmesi

Çok önemli bir mesele, bireylerin davranışlarının ne zaman devlete yüklenebileceğidir. AİHS'nin üçüncü maddesi, insan onurunun korunmasını amaçlayan ve devlet tarafından bunun teminini ülke kapsamındaki herkes bakımından zorunlu kılan bir etkiye sahiptir[710]. Bu sebeple devlet pozitif bir yükümlülüğe sahiptir, kendi yetki alanı içindeki hiç kimsenin maddede sayılan türden bir muameleye tabi tutulmamasını güvence altına almalıdır. Zira AİHS md. 1'e göre, sözleşmeci devlet yaşamın her alanında şiddeti önleme yükümlülüğü altındadır.

Buna bağlı olarak, devletin sadece maddede yazılı türden fiilleri işlememek şeklindeki olumsuz edim yükümlülüğünün yanında, bir de bu tür fiillerin işlenmesini engellemek gibi 'pozitif yükümlülüğü' de vardır[711]. O halde, devlete ait olmayan kurumlarda dahi meydana gelecek bir ihlalden devlet, bunu bilmesi veya bilmesi gerekiyor olması kaydıyla, sorumlu olacaktır[712]. Hatta devlete ait kurumlarda veya devlet ajanlarınca meydana getirilen ihlâllerden devletin haberdar olmadığı ya da bunları engelleyecek durumda olmadığına dair bir savunma kabul görmeyecektir[713]. İlgili devletin bu konuda yapabileceği savunma, ajanlarının maddeyi ihlal etmemesi için gerekli önlemlerin alındığı; fakat buna rağmen gerçekleşen ihlalin faillerini tespit

[710] Bkz. **ÇAVUŞOĞLU**, s. 17.

[711] Bkz. **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR;** s. 247; **DARENDELİ**, s. 58. Bu anlayışın bir yansımasını Kıbrıs/Türkiye davasında görebiliriz. Olayda, Türk askerlerinin işlediği ırza geçme fiillerinden, davalı devlet sorumlu tutulmuştur. Zira, Komisyon'a göre, bu fiilleri engelleyecek uygun önemler alınmamıştır (bkz. **HARRİS/O'BOYLE/WARBRİCK,** s. 57).

[712] Bkz. X ve Y/Birleşik Krallık, 13/12/1990. Burada özel okulda eğitimini sürdüren iki çocuğa uygulanan dayak cezasından dolayı devlet sorumlu tutulmuştur. Zira devlet, md. 3'teki korumayı kendi yetki alanı içindeki herkese sağlamak zorundadır. Bu sebeple okulun özel olması devletin sorumluluğunu etkilemez (bkz. **ÇAVUŞOĞLU**, s. 17; **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 247). Benzer sonuca, Costello-Roberts/Birleşik Krallık davasında (25.3.1993, Series A, No. 247-C) da ulaşılmıştır. Burada, özel kişilerin davranışlarından ötürü devletin sorumluluğu açıkça kabul edilmiştir. Burada, özel bir okulda, disiplin önlemi olarak bedensel bir ceza söz konusuydu. Bu eylemden dolayı, mağdur kişiyi devletin koruma yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmasından bahisle, davalı devlet sorumlu tutulmuştur. Fakat bu neticeye varılırken, bazı özel gerekçelere istinat edilmiştir. Öyle ki, davalı devletin de onayladığı Birinci Protokol'un 2. maddesi uyarınca, çocukların eğitim hakkının garanti altına alındığı ve bu güvencenin aşırı sert disiplin cezalarından korunmayı da kapsadığını ve bu anlamda devlet okullarıyla özel okullar arasında ayrım yapılamayacağı söylenmiştir. Yani burada, doğrudan üçüncü maddeye istinat edilmediği öne sürülmektedir (bkz. **HARRİS/O'BOYLE/WARBRİCK,** s. 57).

[713] İrlanda/Birleşik Krallık, 18.1.1978, § 159. Ayrıca, Sözleşme'ye göre, söz konusu devlet otoriteleri, iradelerini görevliler üzerinde empoze etmekle yükümlüdürler ve bunu sağlayamadıkları gibi bir

etmeye yönelik etkin bir soruşturmanın gerekli sürede yürütüldüğünü öne sürmek olabilecektir[714].

Yine, ihlalin devletle organik bağı olmayan bir kimse tarafından işlenmiş olması da, devletin bu durumu bilmesi ya da bilmesi gerekiyor olması durumunda, sorumluluğu ortadan kaldırmayacaktır[715]. Bu durumda, devlet bu muameleyi önlemek için imkanı dahilindeki araçları kullanmış olmalıdır. Mahkeme, gerek 1993 tarihli Costello-Roberts/Birleşik Krallık gerekse 1998 tarihli A/Birleşik Krallık davalarında özel kişilerce işlenen fiilleri önlemeye yönelik gerekli sistemi oluşturmadığından bahisle davalı devleti sorumlu tutmuştur[716]. Özellikle 10.5.2001 tarihli A/Birleşik Krallık davasında Mahkeme, devletin yargı yetkisi kapsamındaki insanların üçüncü maddeye aykırı muameleye özel kişiler tarafından tabi tutulmaması için alınması gereken önlemlerin, özellikle çocuklar ve diğer hassas kimseler için etkin bir koruma sağlaması ve yetkili mercilerin bildiği ya da bilmesi gereken kötü muamele olaylarını önlemeye yönelik makul adımları içermesi gerektiğini tespit etmiştir (kararın 73. paragrafı).

Buna karşılık, resmi görevlilerin istisnai ve ferdi nitelikteki ihlalleri kural olarak devlete yüklenemez[717]. Fakat bu sonucun doğması için devlet üzerine düşen pozitif yükümlülüğü yerine getirmiş; buna rağmen ihlale engel olamamış olmalıdır. Ayrıca bu durumda dahi, etkin bir soruşturma yürütme ve gerekli cezalandırıcı tedbirlere başvurma yönündeki usulî yükümlülük devam etmektedir.

C. İspat Derecesi ve Yükü

Mahkemenin yerleşmiş içtihadına göre, davalı devletin ihlâlden ötürü sorumlu tutulabilmesi, kural olarak isnatların kesin olarak sübuta ermesine bağlıdır. İrlanda/Birleşik Krallık davasında da belirtildiği üzere ‘her türlü şüphenin

gerekçenin ardına sığınamazlar (bkz. **CLAYTON/ TOMLINSON,** s. 388).
[714] Bkz. **CLAYTON/ TOMLINSON,** s. 388-389.
[715] Bkz. **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 247.
[716] Bkz. **CLAYTON/ TOMLINSON,** s. 389; **OWEY/WHITE,** s. 68.
[717] Donnelly/İngiltere, 15.12.1975 tarihli Komisyon kararı (zikreden: **GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK,**

ötesinde/kesin' bir ispat düzeyi aranır[718]. Bu tür bir ispat, güçlü, açık ve tazminata hükmedilebilecek sonuçlar ya da çürütülemez karinelerle desteklenmelidir[719]. Mahkemenin deyimiyle, yeterli ispat kuvvetine sahip, açık ve birbiriyle uyumlu sonuçlar çıkarmaya yetecek olguların bir arada bulunması veyahut aksi kanıtlanamamış benzerî maddî karinelerin varlığı durumunda, iddia ispat edilmiş sayılabilir[720]. Mahkeme, 1978 tarihli İrlanda/Birleşik Krallık davasında tespit ettiği bu kriterleri daha sonraki içtihatlarında da sürekli vurgulamıştır[721].

Maddenin uygulanmasında ispat yükümlülüğü esas olarak başvurana düşmekle beraber[722], dava dosyasında mevcut bilgi ve unsurların Mahkeme tarafından bir bütün olarak değerlendirilip sonuca varılması yerleşmiş bir ilkedir[723]. Diğer bir deyişle, herkesin iddiasını ispata mecbur olması mahkeme bakımından da geçerli bir genel hukuk ilkesi olsa da, ispat yükünün taraflardan özellikle birine yüklenmesi konusunda AİHM oldukça liberal bir anlayış sergilemektedir[724].

Özellikle, sadece devlet tarafından temin edilebilecek türden delillerin ortaya çıkmaması durumunda, bu eksikliğin külfetini başvurucuya yüklemek haksızlığa yol açabilir. Devletin, elindeki bilgi ve belgeleri temin etmemesi sebebiyle başvurucunun iddialarını ispatlama imkanından yoksun kaldığı durumlarda dahi mahkemenin iddianın sübuta ermediği sonucuna varması, özellikle göz altında yaşanan ihlallerin yaptırımsız kalmasına yol açabilmektedir[725]. Bu tür durumlarda, Mahkemenin re'sen araştırma ilkesine öncelik vermesi uygun olacaktır.

---

s. 202).

[718] İrlanda/Birleşik Krallık, 18.1.1978, § 161. Orijinal ifadeyle '*beyond reasonable doubt*'.

[719] Bkz. İnsan Hakları Hukuku'nda İşkence Yasağı, İzmir Barosu İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yayını: 5, İzmir 1996, s. 9.

[720] İrlanda/Birleşik Krallık, 18.1.1978, § 22; Labita/İtalya, 6.4.2000, § 121.

[721] Bkz. **UGAR, Erdal,** Burden and standard of proof in proceedings under the European Convention, reprinted from European Law Review Human Rights Survey, Vol. 26/1, 2001, s. 74.

[722] Bkz. **GARLİCKİ,** s. 113.

[723] Bkz. **CENTEL,** İnsan Hakları, s. 10. Keza BM KSHUS ile kurulan İnsan Hakları Komitesinin 29.3.1982 tarihli (no. 30/1978) Bleier/Uruguay ve 21.7.1994 tarihli (no. 458/1991) *Albert Womah Mukong*/Kamerun kararlarına göre ispat külfeti açısından, başvurucu ile taraf devletin her zaman delillere eşit biçimde ulaşamadığı ve genellikle devletin ilgili bilgi kaynaklarına ulaşabildiği dikkate alındığında, ispat yükü tek başına başvurucuya yüklenemez, bkz. **GEMALMAZ,** Yaşam Hakkı…, s. 394-395.

[724] Bkz. **UGAR,** s. 81.

[725] Bu konuda bkz. **UGAR,** s. 76-78.

AİHM, üçüncü madde kapsamına girmesi muhtemel fiillerin algılanıp değerlendirilmesinde, kural olarak kendisini ulusal mercilerin yerine koymamakla beraber, ulusal yargılama makamlarının değerlendirmeleriyle de bağlı değildir[726]. Yani, AİHM'nin ulusal mahkemenin yerini alıp ilk derece mahkemesiymiş gibi kendi fiilî değerlendirmelerini ikame etmesi mümkün değildir; fakat ulusal mahkemenin elde ettiği bulgulardan çıkardığı sonuçlardan ayrılması mümkündür.

Bazı ayrık durumlarda, iddia edilen ihlalin vuku bulmadığını ispat, davalı tarafa düşebilir. Mahkeme Tomasi kararında[727] bir 'illiyet karinesi'ne başvurup[728], başvurucuda meydana gelen yaralanmaların açıklamasını yaparak kendini sorumluluktan kurtarmanın hükümete düşeceğini belirtmiştir. Zira, Tomasi gözaltına alınmadan önce sağlam iken, salıverildiğinde yaralıydı ve hükümet, bu durumu izah edebilecek hiç bir vaka öne sürmemişti. Buradaki karar, devletin 'garantör konumu'na dayanmaktadır. Şöyle ki, devletin özgürlüğünden mahrum bırakıp kendi gözetimi altında tuttuğu kimselerin hayatını ve sağlığını koruma yükümlülüğü mevcuttur. Zira bu kişiler tümüyle devletin kontrolüne tabidir ve özerklik yeteneğini devlete devretmiştir[729]. Bu açıdan, söz konusu kimselerin Devlet gözetimindeyken sağlığında meydana gelen olumsuz gelişmelerin makul sebebini izah etme görevi devlete aittir. Bu olguyu aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğiz[730].

İspat yükü bakımından ayrık bir durum, belirli davranışların idari pratik oluşturmasıdır[731]. Bu durumda, artık fertlerin davranışları münferit, istisnai uygulamalar olarak nitelendirilemeyecek; doğrudan devlete isnat edilecektir.

İdari pratik (İng. *administrative practice*), iki ayrı unsura dayanır[732]: olayların tekrarı ve resmi hoşgörü. Burada, resmi hoşgörü (İng. *official tollerance*), olayların tekrarı ve idari pratik gibi kavramların neyi ifade ettiği önem kazanmaktadır.

---

[726] Bkz. **BÖK**, s. 33.
[727] Tomasi/Fransa, 27.8.1992.
[728] Bkz. **SUDRE,** s. 184.
[729] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 26.
[730] Bkz. İkinci Bölüm, § 3, IV, B altında aktarılanlar.

Buna göre, bu türden davranışların sürekli ve sistematik şekilde uygulanıyor ve buna devlet otoritelerinin göz yumuyor olması halinde, idari pratikten söz edilecektir[733]. Olayların tekrarı, çok sayıda işkence ya da kötü muamele eyleminin genel durumu yansıtmasıdır; daha anlaşılır bir deyimle, yaygın bir uygulama alanı bulan, sıklıkla rastlanan eylemlerden olmasıdır. Bu tür eylemler ya aynı yerlerde cereyan edip polis ve askeriye içindeki kişilere atfedilebilir ya da eylemlerin mağduru aynı siyasi görüşteki kişilerdir[734].

Resmi müsamaha (hoşgörü) ise, işkence ve kötü muamelenin yasadışı olmasına karşın sorumlu üst yetkililerin bunları hoş görmeleri, eylemlerden haberdar oldukları halde failleri cezalandırmamaları, bu eylemlerin tekrarlanmasını önlememeleri, iddiaları araştırmamaları, yargı önüne gelen olaylarda da adil yargılamayı gerçekleştirmemeleridir.

Komisyona göre, işkence artık idari uygulama halini almış ya da buna karşı resmi hoşgörü gösterilmekte ise, AİHS md. 35 uyarınca mahkemeye yapılacak başvuruların kabul edilebilirlik aşamasında iç hukuk yollarının tüketilmesi şartı aranmaz[735]. Öte yandan, bu olguya bağlı bir ihlal kararı da münferit olaylara göre daha ciddî bir ihlal oluşturacaktır[736].

---

[731] Bkz. **GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK,** s. 202; **GARLİCKİ,** s. 113.

[732] Bkz. İnsan Hakları Hukuku'nda İşkence Yasağı, İzmir Barosu İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yayını: 5, İzmir 1996, s. 10; **OWEY/WHITE,** s. 62; **GARLİCKİ,** s. 114.

[733] Bu halde, iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının aranmasından da vazgeçilebilecektir (bkz. **ÜNAL,** AİHS, s. 105; bkz. ayrıca **CLAYTON/ TOMLINSON,** s. 388).

[734] Bkz. İnsan Hakları Hukuku'nda İşkence Yasağı, İzmir Barosu İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yayını:5, İzmir 1996, s. 10.

[735] Bkz. **ÇAVUŞOĞLU**, s. 13; **OWEY/WHITE,** s. 62; **ERGÜL,** s. 112. Hemen belirtelim ki normal usule göre, iç başvuru yollarının tüketilmediği iddiasında bulunan devlet, iç hukuk yollarının mevcut ve işler bulunduğunu ispat etmek durumundadır. Bu ispat yükü yerine getirilince, artık başvurucu iç hukuk yollarını tükettiğini ya da başvuru yollarının olayın özel koşulları içerisinde etkin ve yeterli olmadığını ve bu nedenle bu yükümlülükten muaf tutulması gerektiğini kanıtlamalıdır (bkz. **CENGİZ, Orhan Kemal,** Uygulamacılar İçin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Başvuru Rehberi, İzmir Barosu CMUK Komisyonu Yayını, Gen. 2. Bası, İzmir 2001, s. 20 ('**CENGİZ**, Rehber')). İşte burada, başvurucu lehine kesin bir karine getirilmiş ve karşı ispat yükü, idari pratik halinde ortadan kaldırılmıştır.

[736] Bkz. **OWEY/WHITE,** s. 62.

Türkiye adına ders çıkarmak gerekirse, demek ki önemli olan, belirli bir kişinin işkence iddiasıyla karşılaşıldığında etkin ve tarafsız bir soruşturma yürütmek ve gereğinde ilgili memuru adlî ve disipliner kovuşturmaya maruz bırakmaktır[737]. Aksine bir davranış, devletimizin üçüncü maddenin ihlalinden mahkum olmasına yol açacaktır[738].

D. Üçüncü Madde ile Diğer Maddeler Arasındaki İlişki

Değinilmesi gereken son bir husus, üçüncü maddeyle birlikte diğer bir maddenin de ihlal edildiğinin iddia edildiği hallerde durumun ne olacağıdır. Burada kesin bir kural vermek mümkün değildir. Fakat uygulamada, bu örtüşme durumu en çok ikinci madde (yaşam hakkı) ve sekizinci madde (özel hayatın ve aile hayatının korunması) ile yaşanmaktadır.

Sekizinci maddeyle örtüşme halinde, öncelikle bunun üzerinde durulduğu söylenebilir. Zaten bu madde ihlal edilmemişse üçüncü maddenin ihlal edilmiş olma olasılığı düşüktür[739].

İkinci maddeyle örtüşme durumunda, şayet kişinin devlet tarafından öldürüldüğü ispat edilmişse, artık üçüncü madde üzerinde ayrıca durulmasına gerek kalmayacağı söylenebilir. Buna karşılık, kayıp kişiler durumunda olduğu gibi, kişinin devlet tarafından yaşam hakkının ihlal edildiği kesin olarak belirlenemese bile, etkin bir soruşturma yürütülmemesi durumunda, ölenin yakınları açısından üçüncü maddenin ihlali gündeme gelebilmektedir. Bu sorunu aşağıda ayrıca ele alacağız.

Öte yandan, sözleşmeci devletlerin üçüncü maddeden doğan usul yükümlülüklerinin ihlali, on üçüncü maddenin ihlaline yol açabilecektir. Gerçekten,

---

[737] Bkz. **CLAYTON/ TOMLINSON,** s. 388-389; **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 273 vd; **ERGÜL,** s. 114.

[738] Bkz. bu yönde Aksoy/Türkiye, 18.12.1996, §§ 98-99; Aydın/Türkiye, 25.9.1997, §§ 88-98; Assenov/Bulgaristan, 28.10.1998, § 102.

[739] Bkz. **HARRİS/O'BOYLE/WARBRİCK,** s. 58. Fakat burada AİHS md. 8 açısından bazı sınırlama sebeplerinin getirilmiş olduğunu, oysa bunların üçüncü madde açısından geçerli olamayacağını da dikkate almak gerekir.

devletin organları tarafından kötü muameleye maruz bırakıldığına dair makul ('tartışılabilir') bir iddiayla karşılaşan kolluk ve yargı makamları etkin bir soruşturma gerçekleştirmek zorundadırlar. Bu usulî yükümlülük, Sözleşmeci devletlerin yargı yetkisi dahilindeki herkesin Sözleşmede öngörülen hak ve özgürlüklerden yararlanmasını temin etmesini öngören birinci maddeden doğmaktadır. Böyle bir soruşturmanın, sorumluların teşhis ve cezalandırmasını sağlamaya elverişli olması gerekmektedir. Şayet böyle tamamlayıcı bir yükümlülüğün varlığı kabul edilmezse, üçüncü maddedeki yasak uygulamada etkisiz olacaktır[740].

Bunun sonucunda, üçüncü maddeye ilişkin ihlal iddialarını kesin olarak ispat etmeye yarayacak deliller mevcut olmasa bile, bu usulî yükümlülüğün ihlali durumunda Mahkemenin, duruma göre üçüncü veya sadece on üçüncü veyahut her iki maddenin ihlal edildiğini tespit etmesi mümkündür[741].

IV. KRİTERLERİ UYGULAMADAKİ TARTIŞMALAR

Yukarıda verilen kriterler mahkeme içtihadında yerleşmiş olmakla birlikte, bunların sıkça eleştirildiğine ve bir çok davada bazı hakimlerin ayrık görüş şerh ettirdiklerine tanık olunmaktadır. Mutlak olan, işkence veya insanlık dışı ya da küçük düşürücü ceza veya muamelenin, uluslararası toplumun gözü önünde kesinlikle yasadışı kabul edildiğidir. Fakat uygulamaya geçilince ve özellikle belirli bir sosyal sorunla bağlantılı olarak işkence iddialarıyla karşılaşılınca, ciddi görüş ayrılıkları patlak verebilmektedir[742].

Üçüncü maddenin uygulanmasına dair sorunları irdelemek ve kriterleri somutlaştırmak açısından ele alacağımız örnek, üçüncü maddeye ilişkin belki de en önemli içtihadı oluşturan 1978 tarihli İrlanda/Birleşik Krallık davasıdır.

---

[740] Assenov/Bulgaristan, 28.10.1998, § 102; Sevtap Veznedaroğlu/Türkiye, 11.4.2000, § 32, 35.

[741] Bkz. **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 247; **GARLİCKİ,** s. 114. Bu konuda bkz. Aksoy/Türkiye, 18.12.1996, § 98. Aydın/Türkiye kararında ise (25.9.1997), etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlali mağdurun tazminat hakkını tespit etmeyi imkansız kıldığından, altıncı maddenin ihlaline hükmolunmuştur (paragraf 98).

A. İrlanda/Birleşik Krallık Davasına Yol Açan Olaylar

Davanın temelinde Kuzey İrlanda'daki terörist eylemler, yani *Irish Republican Army*'nin (IRA) terör eylemleri yatmaktaydı. IRA'nın eylemleriyle bağlantılı olarak Mart 1975'e kadar 1.100 kişi ölmüş ve 11.150 kişi yaralanmıştı. Ülke içi düzen bozulmuş, anarşi bazı bölgelere hakim olmuş ve halk korkuya kapılmıştı. Olağan adli yetkiler bu teröre karşı koymaya yetmiyordu. Bu sebeple, terörist faaliyetlerde bulunma şüphesi altında olup da aleyhlerinde yeterli delil bulunmayan kimselerin tutulması ve sorgulanması için yeni sistemler bulmak gerekiyordu. Bunlara karşı koyabilmek için Kuzey İrlanda kolluk yetkilileri Ağustos 1971'den Aralık 1975'e kadar birtakım özel yetkiler ve usuller kullanmışlardır. Bu gerekçelerle, 'kimliği tespit edilemeyenleri sorgulama merkezleri'[743] kurulmuştur[744]. Burada 'beş teknik' adı verilen bir 'derin sorgulama' yöntemine başvurulmuş; bu yöntem, Ağustos ve Ekim 1971 tarihleri arasında on dört ayrı kişiye uygulanmıştır. Bu yöntemler şunlardır[745]:

1) Duvara karşı ayakta tutma: Kişiler saatler boyunca 'stres pozisyonu' denilen bir vaziyette ayakta tutuluyordu. Buna göre sanıklar, elleri kafalarının üstünde duvara dayanıyor, bacaklarını açıp ayaklarını geriye atmak suretiyle vücut ağırlığının ayak parmaklarına verildiği bir pozisyonda tutuluyorlardı.
2) Gözbağı: Sorgulama dışında, sanıkların başına koyu renkli bir poşet geçirilmek suretiyle dış dünyayla bağlantıları kesiliyordu.
3) Gürültüye maruz bırakma: Sorgulama dışında, sanıklar sürekli tiz ve monoton bir sesin verildiği bir odada tutuluyorlardı.
4) Uykudan mahrum bırakma: Sanıkların uyumasına izin verilmiyor, uyuklarlarsa uyandırılıyorlardı
5) Yiyecek ve içecek kısıtlamaları: Sanıklara altı saatte bir, sadece bir dilim ekmek ve bir miktar su veriliyordu.

---

[742] Bkz. **JANİS/KAY/BRADLEY**, s. 122 vd.
[743] '*Unidentified Interrogation Centres*'.
[744] Bkz. **JANİS/KAY/BRADLEY**, s. 124 vd.
[745] Geniş bilgi için bkz. **GEMALMAZ,** Yaşam Hakkı…, s. 210 vd.; **CLAYTON/ TOMLINSON,** s. 390.

Bu yöntem sayesinde, sorgulanan on dört kişiden birçok bilgi elde edilmiş ve yedi yüz IRA üyesinin kimliği tespit edilmiştir. Mart 1972'de, İrlanda'nın AİHM'ye başvurusundan sonra Birleşik Krallık Başbakanı artık bu yöntemlerin bir daha kullanılmayacağını duyurmuştur.

B. AİHM'nin Değerlendirmesi

Olayı ele alan Komisyon, bu yöntemlerin işkence teşkil ettiğine oybirliğiyle karar vermiştir. Divan ise, yapılan yargılamada şu sonuçlara varmıştır.

Her şeyden önce, söz konusu beş teknik önceden tasarlanmak suretiyle, sistematik ve kombine bir biçimde saatlerce uygulanmaktaydı. Bu bakımdan, fiziksel sakatlığa yol açmasa bile, yoğun zihinsel ve psikolojik acı çekmeye ve sorgulama sırasında psikiyatrik rahatsızlıklara yol açmaktaydı. Bu sebeple söz konusu yöntemler, üçüncü maddedeki insanlık dışı muamele kategorisine dahildir. Aynı zamanda, beş tekniğin uygulanması küçük düşürücü muamele yasağına da aykırılık teşkil eder. Zira, bu muameleler mağdurlarda korku, kaygı ve aşağılık duygusu yaratıp onların moral ve fiziksel direncini kırıyordu.

Muamelelerin işkence olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği meselesine gelince, Komisyonla Divam arasında görüş ayrılığı çıkmıştır[746]. Zira Komisyon, beş tekniğin kullanımını işkence olarak nitelendirmişken, Divan bu tespite uymamıştır.

Burada hemen söylemek gerekir ki, aslında Divan ilke olarak ulusal mahkemelerin ve Komisyonun maddi tespitleriyle bağlıyken; hukuki nitelendirmelerde, bunu gerektiren hallerin varlığında, daha önceki tespitlere uymama hakkına her zaman sahiptir. Ayrıca Divan, kendini ulusal mercilerin yerine

[746] Bilindiği gibi, yakın zamana kadar tek bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yerine, Divan ve Komisyon'dan oluşan ikili bir yapı vardı.

koyamasa da, olağanüstü hallerin varlığında ulusal mercilerin ve Komisyonun maddi tespitleriyle dahi bağlı değildir[747].

Bu davada Divan şöyle düşünmüştür: beş tekniğin işkence olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini tespit ederken, Sözleşmenin üçüncü maddesinde öngörülen işkence nosyonuna ve maddeye aykırı diğer muamelelerden farkına dikkat edilmelidir. Buna göre başlıca kıstas, çekilen acının yoğunluğundaki farklılıktır. İşkence kavramı çok ciddi ve acımasızca eza çekilmesine yol açan kasti muameleleri 'etiketlemek[748]' için öngörülmüştür. Bu düşünce, BM Genel Kurulunun 9 Aralık 1975 tarih ve 3452 (XXX) sayılı kararında işkenceyi tanımlarken sahip olduğu '*ratio legis*'e de uygundur.

Sonuç olarak Mahkemeye göre her ne kadar beş tekniğin kombine şekilde uygulanması insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele teşkil etse ve bilgi ya da itiraf elde etme amacına dönük olarak sistematik bir biçimde kullanılsa da, işkence kelimesiyle kast edilen ağırlık ve yoğunlukta acı çekilmesine yol açmamıştır. Dolayısıyla, olayda işkence yoktur.

C. Tartışmalar

Bu karar bir çok tepkiye yol açmıştır[749]. Muamelelerin işkence teşkil etmediğine on üçe karşı dört oyla karar verilirken, karara katılmayan bir çok hakim ayrık görüş beyan etmişlerdir. Bu görüşler de kendi içinde çok farklı olup, kimisi işkence vardır derken, kimisi insanlık dışı muamele bile yoktur demiştir.

[747] Bkz. **GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK**, s. 198.
[748] İngilizce'de bunu belirtmek için kullanılan ifade '*stigmatyze*'dır. Bunun sözlük anlamı, 'rezil etmek, leke sürmek, damgalamak'tır.
[749] Özellikle, insan haklarını korumaya yönelik uluslararası örgütler, yayımladıkları raporlarda varılan bu sonucun şaşırtıcı olduğunu belirtmişlerdir. Örneğin Uluslararası Af Örgütü (Amnesty International) 1984 tarihli 'Torture in the Eighties' kitabında, beş tekniğin yol açtığı kilo kaybı, zihinsel karışıklık, aküt psikolojik rahatsızlık gibi olguların ikna edici delillerle kanıtlanması karşısında bu sonuca varılmasına karşı çıkmıştır (zikreden: **HARRIS/ O'BOYLE/ WARBRICK,** s. 61; bkz. ayrıca **CLAYTON/ TOMLINSON,** s. 390 vd).

Bu davadaki tartışmalar yankılarını günümüze kadar sürdürmüş olup, ortaya konulanlar bugün için de kriterler hakkındaki çeşitli eleştirileri çok iyi yansıtmaktadır. Bu nedenle Mahkemece uygulanan kriterlerin en yoğun olarak sorgulandığı ve tartışıldığı bir dava olarak 1978 tarihli İrlanda/Birleşik Krallık kararındaki hakimlerin şerh ettirdiği çeşitli ayrık görüşleri çalışmamıza yansıtmayı uygun buluyoruz[750].

Hakim *Zekia*'nın görüşüne göre, işkence ya da insanlık dışı muamelenin tespitinde objektif ölçüt (yani fiilin ağırlığı/yoğunluğu) dışında, sübjektif bir ölçüt de uygulamak gerekir. Buna göre, bir hasta ve yaşlı adama defalarca vurulduktan sonra, yere düşünce sürüklenmesi ve tekmelenmesi halinde hiç şüphesiz işkenceden bahsedilecektir. Aynı muamele, bir pankreas dövüşçüsü ya da genç bir atlete uygulanırsa, Zekia'ya göre bunu insanlık dışı muamele olarak bile adlandırmak zor olacak, belki fena muameleden bahsedilecektir. Diğer bir örneğe göre, bir anneyle yeni doğmuş bebeği, sorgulama bahanesiyle birbirlerinde ayrı odalara konulsa ve açlıktan ağlayan ve haykıran bebek, annesinin gözleri önünde tutulup ona teslim edilmese, hem anne hem de çocuk işkenceye uğratılmıştır. Halbuki burada her ikisine de bir saldırı ya da fiziksel müdahale söz konusu değildir.

Zekia'ya göre, bir muamele ya da fiilin üçüncü madde kapsamında işkence olarak değerlendirilebilmesi için, çekilen zihinsel ya da fiziksel acının yoğunluğu zorunlu bir unsur değildir. İşkence, yapısı itibariyle, kullanılan metodlar, ağırlığı ve yoğunluğu itibariyle kendi içinde bir derecelendirmeye imkan vermektedir. Buna göre, bunu en iyi takdir edecek olan ve hatta bunu yapmakla yükümlü olan merci, soruşturmayı bizzat yürüten, tüm delilleri ilk elden ve en yakından inceleme imkanına sahip olan organdır (Komisyon kast ediliyor). Bu sebeple, mahkeme bu takdir ve tespite karışmamalıdır[751]. Özetle, Zekia'ya göre, Komisyonun işkencenin var olduğuna dair tespitine uyulmalıydı.

[750] Kararın Türkçe metni için bkz. İnsan Hakları Kararlar Derlemesi cilt 1, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, s. 246 vd.
[751] Bkz. **JANIS/ KAY/ BRADLEY**, s. 127.

Hakim *Evrigenis*'e göre, işkence kavramı artık mutlaka maddi şiddete dayanmak zorunda değildir. Gerçekten, bilimsel olma iddiasındaki büyük laboratuvarlarda geliştirilmiş çok ince metotlarla da günümüzde işkence uygulanabilir. Bu tür metotlar pek ala kişinin şahsiyetini ortadan kaldırabilir, onun fiziksel ve zihinsel dengesini altüst edebilir ve iradesini ortadan kaldırabilir. Eğer bu davadan çıkacak işkence tanımı bu yeni metodları kapsamazsa, durum çok üzüntü verici olacaktır. Sonuçta bu tekniklerin dikkatli seçimi ve ölçülü kombine kullanımı, hiç şüphesiz, mağdurlarda son derece yoğun fiziksel ve zihinsel acıya yol açmıştır. Dolayısıyla işkencenin en dar tanımına dahi uygun bir muamele vardır.

Hakim *Matscher*'e göre, çekilen acının yoğunluğu işkencenin tespitinde sadece tamamlayıcı bir unsur olmalıdır. Burada muamelenin sistematiği daha önemlidir. Buna göre, metot ne kadar rafine (ince) ve sofistike (karmaşık) ise, hedefe ulaşmak yolunda sebep olunacak acı o kadar az olur.

Hakime göre, işkence hiç bir şekilde insanlık dışı muamelenin bir üst derecesi sayılamaz. Aksine, çok daha fazla acıya yol açmasına rağmen işkence sayılamayacak vahşi davranışlar olabilir. Sonuçta bu hakimin anlayışına göre, bu yöntemlerin tasarlanarak ve saatlerce kombine kullanımı, hiç şüphesiz üçüncü maddedeki işkence kavramına dahildir.

Hakim *O'Donoghue*'e göre işkence, artık işkence aletleriyle işlenen ve tırnak sökme, kazığa oturtma, kafa sıkıştırma gibi fiillerden oluşan Ortaçağa mahsus bir olgu olarak görülmemelidir. Günümüzde daha rafine yöntemlerle ve zihinsel alanda işkence uygulanabilir. Tabii ki işkence, insanlık dışı muamelenin daha ağır bir türüdür. Fakat bunu bilerek ve koşulları çok dikkatli değerlendirerek bile, beş tekniğin kombine kullanımının işkence teşkil ettiğine dair Komisyon yaklaşımından ayrılmak mümkün değildir.

Kanaatimizce en ilginç görüşleri öne süren Birleşik Krallık vatandaşı olan Hakim *Fitzmaurice*'e göre herkesin işkence, insanlık dışı muamele ve küçültücü

muamele kavramlarının anlamını bildiği ifade edilemez. Mevcut dava da bu konudaki görüş ayrılıklarına işaret etmektedir. Hatta belirli fiil türleri bir yana, kullanılacak kriterler konusunda bile fikir birliği yoktur.

Fitzmaurice'e göre, kavramlarla kelimeleri doğru şekilde ele alırsak, beş tekniğin kullanımını 'insanlık dışı' olarak tarif etmek aşırı ve kavramı saptırıcıdır, meğer ki bu kavramlar mecazi anlamda ya da belirsiz bir kapsamda kullanılmış olsun[752]. Her halde, üçüncü maddenin bunu amaçlayacağı düşünülemeyecektir.

Beş tekniğin kullanımının haksız, çirkin, fena muamele teşkil ettiği söylenebilir. Fakat insanlık dışı muamele, tümüyle farklı kategori ve tipte fiillerin vasıflandırılmasını amaçlamaktadır.

Eğer 'insanlık dışı' kavramı günlük anlamında ele alınıp saptırılırsa, gerçekten insan dışı fiilleri belirtmek için kullanılacak, ayırt edici bir kavram elimizden alınmış olur. Eğer ciddi şekilde acı, stres, rahatsızlık, gerginliğe yol açan fiillere insanlık dışı dersek, hiç şüphesiz bu kategoriye ait olan çok daha ağır ihlallere ne diyeceğiz? Somut örnekler vermek gerekirse, bir insanı saatlerce duvara dayalı olarak ayakta tutmak ya da kafasına poşet geçirmek insanlık dışıysa, bir erkeğin hayalarını tekmelemeye ya da onu karanlık bir hücrede aç farelerin içine atmaya ne denecek? O da mı aynı şekilde insanlık dışı olacak? O zaman hiç şüphesiz insanlık dışı olan bu fiilleri, daha önceki nispeten hafif fiillerden nasıl ayırt edeceğiz? Bu son tür fiiller, öncekilerden ne daha ciddi ne de farklı mı olacak? Eğer her tür zihinsel ya da fiziksel acıya yol açan harekete insanlık dışı dersek, gerçekten böyle olan fiilleri ortaya çıkarmak ve onlara gereken vasıflandırmayı vermek mümkün olmaz. Herhalde sıfatlardan yararlanıp 'çok insanlık dışı', 'bayağı insanlık dışı' demek de gülünç olacağına göre, yapacak bir şey kalmayacaktır.

[752] Hâkim Fitzmaurice tarafından, kavramların bu şekilde kullanıldığı, günlük hayattan alınmış şu üç örnek zikredilmiştir: 1) 'Bu trende yemek vagonu olmaması insanlık dışı bir şey, ne biçim bir tren bu?' 2) 'Bu adamın bütün ayak işlerini bana vermesi küçük düşürücü bir davranış' 3) 'Bu adamın dersini dinlemek de işkence!'

Mahkemenin hükmünde beş tekniğin, yoğun fiziksel ve zihinsel acıya ve sorgulama sırasında psikiyatrik rahatsızlıklara yol açtığından bahisle insanlık dışı muameleden bahsedilmiştir. Peki yoğun acının kriteri nedir? Hakime göre, bu kelimeler orantısız ve aşırıdır ve eldeki delillere nazaran gereksizdir. Çoğu kişi, beş tekniğe maruz kaldığında yoğun acı bir yana, belki herhangi acı bile hissetmezdi. Duvara dayanıp ayakta durma bile, belki sadece yorgunluk, bitkinlik ve ağrıya yol açabilir. Ama yoğun fiziksel acıdan bahsetmek, yargıyı işkenceye yakınlaştırmak olur; oysa işkencenin söz konusu olamayacağı aynı kararda kabul edilmiş bulunuyor.

Fitzmaurice'e göre söz konusu olan davranış, nahoş, sert, kaba, ağır türünden kelimelerle ifade edilebilir. Buna karşılık, insanlık dışı mertebesine ulaşmak için gerekli olan acımasız, vahşi, barbarca olma unsuru bu tekniklerde mevcut değildir. Mevcuttur dersek, çok daha ağır ihlaller için öngörülmüş olan bir kavramın değerini azaltırız. Fitzmaurice'e göre, insanlık dışı muamele hiçbir insanın bir diğerine yapamayacağı ya da en azından ağır zararlara sebep olmadan yapamayacağı türden muameleleri kast eder. Olayda ise sadece 'kaba, kötü, ağır' davranışlar söz konusudur.

Küçük düşürücü muameleye gelince, bu kavram gerçekten utanç verici ve rezil edici, insan haysiyetini azaltıcı fiilleri kast eder. Yabancılar karşısında çıplak dolaştırılma, katran ve tüylerle kaplanma, dışkı yedirme gibi. O halde, yemeksiz bırakılma, uykudan mahrum edilme, sürekli gürültüye maruz bırakılmadaki küçük düşürücü unsurun ne olduğunu anlamak güçtür. Hatta, sanıkların başına naylon poşet geçirmek bakımından bile durum aynıdır. (Fitzmaurice'e göre, ne de olsa kimse, idam edilecek şahısların infazı sırasında gözlerinin kapatılması ya da kafalarına siyah bir örtü geçirilmesinin küçük düşürücü olduğunu iddia edemeyeceği gibi, aksine bu muamele mahkumun yararına yapılmaktadır).

Yine mahkemeye göre beş teknik küçük düşürücüdür, çünkü mağdurlarda korku, kaygı ve aşağılık duygusu uyandırmakta ve onların fiziksel ve zihinsel dirençlerini kırmaya yönelmektedir. Korku, kaygı ve aşağılık duygusu, her insanın

günlük hayatta tattığı duygulardır[753]. Buna rağmen, bu duyguları tadan kimse kendisini küçük düşürülmüş saymaz. Bu sebeple küçük düşmenin ölçütü, şahsın kişisel duyguları değil, fiil ve muamelenin objektif yapısıdır Zira, bir yandan fanatikler, diğer yandan melek ve azizler en küçük düşürücü muameleyi yaşarken bile küçük düştüklerini düşünmeyip, aksine kendilerini onore edilmiş ve yüceltilmiş hissedebilirler[754]. Ama muamele, temelinde yine de küçük düşürücüdür.

Fiziksel ve zihinsel direnci kırma şeklindeki ölçüt dahi ciddi bir kriter oluşturamaz. Çünkü burada da muamelenin yol açtığı netice değil, kendisi önemlidir. Mesela, alkol de zihinsel ve fiziksel direnci rahatlıkla kırar, keza ikna yolu da… Küçük düşürücülük, muamelenin neticesinde değil, kendisinde saklıdır; hiç bir sonuç vermeyebilir, ama şeytani yapısı itibariyle yine de küçük düşürücü olma özelliğini muhafaza edebilir.

Sonuçta Fitzmaurice, işkence olmadığına dair mahkeme kararına katılsa da, bunu eksik bulmaktadır. Zira, işkencenin olabilmesi için gerekli yoğunluğa ulaşılmadığı gibi, aynı zamanda işkence kelimesi tümüyle farklı tür ve kategoride fiillerin varlığını gerektirmektedir. Sadece derece farkı değil, tür (nitelik) farkı da vardır.

Onun deyimiyle, eğer beş tekniğe işkence denilecekse, tırnakların sökülmesine, anüsün yavaşça sivri bir kazığa geçirilmesine ya da insanın fırında yakılmasına ne denecektir? Buna da mı işkence? Ya da 'ağır' işkence mi! Bu tür muamelelerin yol açacağı çıldırtıcı, tahammül edilemez ve akla hayale sığmaz *agoni*yle (ölüm acısı) beş tekniğin yol açacağı acı, stres, yorgunluk nasıl aynı tutulabilir? Bunlar aynı kategoride yer alamaz. Şayet işkence bugünün de gerçeği olmasaydı, belki bu hususlar sadece akademik, doktriner nitelikli olacaktı. Fakat durum böyle değildir, yakın zamanda Avrupa'da bu tür pratiklere rastlanmıştır. Buna

[753] Fitzmaurice'in Fransızca deyimiyle, bu tür duygular '*la condition humaine*', yani insanlık halinin bir sonucudur.

[754] Bu görüşe katılmamak kanımızca mümkün değildir. Gerçekten de, en iğrenç suçlardan ölüme mahkum edilmiş kimselerin bile, ABD'de infaz sırasında kendilerini misyoner olarak gördüklerini belirten ifadelerine ve bu sebeple döktükleri sevinç gözyaşlarına şahit olunmuştur.

bağlı olarak Fitzmaurice '*O halde, Komisyon bu türden muamelelerle karşılaşınca ne yapacak? Sadece sözleşmenin üçüncü maddesine aykırılığa mı karar verecek? Mahkeme, şanslıdır ki kendi bindiği dalı kesmemiştir*[755]' yargısına varmıştır.

Netice itibariyle Fitzmaurice'e göre Sözleşmenin uygulanmasında, kavramlarla öngörülen koruma alanının ve amacının dışına çıkılırsa bütün sisteme duyulan güven sarsılır ve sistem kendi kendini yok eder. Bunu yapmanın en kolay yolu da sözleşmedeki terimleri sulandırmak ya da genişletmekten geçer. Demek ki olayda insanlık dışı muamele, hatta küçük düşürücü muamele bile yoktur; sadece iç hukuka ve ahlaka aykırı, istenmedik bir durum vardır.

D. Sonuç

Bu tartışmaları ve davada Mahkeme üyelerinin çoğunlukla kabul ettikleri tutumu özetlemek gerekirse insanlık dışı muamele, tasarlama, muamelenin süresi, çekilen fiziksel ve zihinsel acı, psikiyatrik rahatsızlıkla özdeşleştirilmiştir.

Küçük düşürücü muamelenin tarifinde ise korku, kaygı, aşağılık duygusu, rezil olma, aşağılık duruma düşme, fiziksel ve zihinsel direncin kırılması gibi kavramlar üzerinde durulmuştur. Demek ki insanlık dışı muamele bakımından, çekilen acının yoğunluğu ön planda olmuşken, küçük düşürücü muamelede işin duygusal ve onursal yanı dikkate alınmıştır. Yine de her iki kategori büyük ölçüde örtüşmektedir[756].

İşkenceye ise bağımsız bir içerik tanınmamış; görünüşte, insanlık dışı muameleye göre daha yoğun acıya sebep olan bir davranış biçimi olarak algılanmıştır. İşkencenin varlığı için, sonuçta çok ciddi ve acımasız ezaya sebebiyet verilmesi gerektiği tespit edilmiştir[757].

---

[755] Bkz. **JANIS/ KAY/ BRADLEY**, s. 131. (İngilizce deyimiyle '*dig its own grave*'; yani kelime kelimesine çevirirsek, 'kendi mezarını kazmak').
[756] Bkz. **JANIS/ KAY/ BRADLEY**, s. 132.
[757] Bkz. **ERYILMAZ,** Arrest…, s. 281-282. Mahkemenin İngilizce deyimiyle '*very serious and cruel suffering*'.

Bu tür sorgu yöntemlerinin bugün de, özellikle terörle mücadeleyle görevlendirilmiş olan Amerikan ve İsrail görevlileri tarafından kullanıldığının ısrarla öne sürülmesi karşısında[758], başka bir uluslararası yargı organı veya yargısal-benzeri merciin veyahut da yine AİHM'nin önüne götürülmesi durumunda nasıl bir sonuç çıkabileceğini kestirmek zordur. Fakat BM'nin İşkence Özel Raportörü ve İşkenceye Karşı Komitenin, İsrailli sorgu görevlilerinin uzun süre rahatsız pozisyonlarda oturtma veya ayakta tutma, sıkı şekilde elden ya da ayaktan kelepçeleme, yüksek gürültüye maruz bırakma, uykudan mahrum bırakma, başa çuval geçirme, soğuk odada tutma ve kişileri şiddetle sarsmadan müteşekkil yöntemlerinin, 'işkence' oluşturduğuna kanaat getirdiğini belirtmek isteriz[759].

§ 3. ÜÇÜNCÜ MADDE AÇISINDAN BAZI FİİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu başlık altında, AİHM içtihatlarından yararlanmak suretiyle belirli ihlal kategorilerini sistematik olarak ele alacağız.

---

[758] Ayrıntılı inceleme için bkz. **PARRY,** s. 249 vd. Bir Amerikan üniversitesinde öğretim üyesi olan Amerikan vatandaşı yazara göre, yaşanmış olayların çokluğu karşısında ABD, zora dayalı sorgu yöntemlerini kabul ettiği anlaşılan, fakat bunu Dünyaya ve hatta kendisine itiraf etme niyeti olmayan bir devlet konumundadır. Öyle ki, resmî tavrı işkence veya başka zora dayalı muameleye karşı olmaktır ve bu söyleme göre tüm mahpuslara insanca davranılmaktadır. Bu bakımdan ABD'nin konumu, aleni olarak işkence benzeri metodlara bağlılık gösterdiğini belli eden ve uygulamada bu tavırlarına uygun davranan devletlerden de farklıdır. Örneğin İsrail, her ne kadar işkence sınırını aşmış olabilecek zora dayalı uygulamaları sebebiyle eleştiri alsa da, en azından bu tavrını ulusal ve uluslararası alanda kabul edip tartışmaya açmış ve mahkemelerinin bu davranışın yasallığını ele almasına müsaade etmiştir. Amerikan yönetimi ise, örtülü yöntemlerle ve fiilî yoldan buna cevaz vermiş, halk ise bunu görmezden gelmeyi tercih etmiştir. Yazarın vardığı çarpıcı sonuçlara göre ileride, yabancı ellere düşen Amerikan esirlerine bizzat ABD'nin açtığı yoldan giderek kötü muamele yapılırsa; hatta ulusal polis nezaret altındakilere de benzer metodlar uygulamaya başlarsa şaşırmamak gerekir. Yine yazara göre en acınası olanı, belki de ABD'nin bütün bunlara, kendisine karşı çıkacak ve onu farklı şekilde davranmaya zorlayabilecek hiçbir devlet olmadığından girişmiş olması ihtimalidir, bkz. age, s. 261-262.

[759] Bundan sonra, İsrail Yüksek Mahkemesi bu yöntemlerin işkence teşkil ettiğini açıklamasa da, yasal olmadıklarından ötürü uygulanmaması gerektiğine karar vermiştir, dava için bkz. *H.C. 5100/94, Public Comm. Against Torture in Israel v. The State of Israel*, 53(4) P.D. 817 (1999), *reprinted in* Supreme Court of Israel: *Judgment Concerning the Legality of the General Security Services Interrogation Method,* 38 I.L.M. 1471, 1478, 1480-85 (1999), aktaran: **PARRY,** s. 242.

I. HAPİS CEZASI VE İNFAZ SÜRECİ

Her ne kadar hükümlü denilen şahıs en değerli varlığı olan hürriyetinden mahrum bırakılsa da, onun her şeyden önce bir insan ve dolayısıyla 'temel hak öznesi' olduğu hatırlanmalı, mahpusun insan onuru devlet tarafından korunmalıdır[760]. Buna bağlı olarak, özgürlüğünden mahrum edilmiş kimselerin barındırıldığı koşullar asgarî haysiyet gereklerine uymalıdır[761]. O hâlde kişi, mahpus olmanın zorunlu olarak içinde barındırdığı eza düzeyini aşan ölçüde ıstırap ve sıkıntıya (güçlük) maruz kalmasına yol açacak şekilde infaz koşullarına tabi tutulmamalıdır. Mahpusluğun fiilî gereksinimleri dikkate alınarak, diğerleri arasında gerekli tıbbî yardım da sağlanmak suretiyle, mahpusun sağlığı ve iyiliği uygun şekilde temin edilmelidir[762].

Öte yandan, devletin malî sıkıntı gibi imkansızlıkları öne sürerek bu yükümlülüğünden kurtulması, kural olarak mümkün değildir[763].

A. Hapis Cezası

Hürriyeti bağlayıcı cezaların AİHS'nin üçüncü maddesiyle ilişkisine bakarsak, her şeyden önce hapis cezasının kendisinin maddeye aykırılık teşkil etmeyeceği açıktır. Zira son çare (*ultima ratio*) olarak da olsa, hürriyeti bağlayıcı cezanın uygulanması insan onurunu ortadan kaldırmaz[764]. Bir çok uluslararası belgede vurgulandığı üzere, bir cezanın doğasında mündemiç acı ve ıstırap (hapis

---

[760] Bkz. **GÜNTHER, Klaus,** Ceza İnfaz Hukukunun İnsan İmgesi, İnfaz Hukukunun Sorunları, Ankara 2001, s. 64; **DEMİRBAŞ,** İnfaz Hukuku, s. 34 vd. BM KSHUS ile kurulan İnsan Hakları Komitesi de 30.7.1982 tarih ve 9 (16) sayılı genel yorumunda bu hususu vurgulamıştır, bkz. **GEMALMAZ,** Yaşam Hakkı…, s. 251.

[761] Bkz. **GARLİCKİ,** s. 116; **ÖZGENÇ, İzzet,** Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005, s. 596 vd. ('**ÖZGENÇ**, TCK Gazi Şerhi').

[762] Aerts/Belçika, 30.7.1998, §§ 64 vd; Kudla/Polonya, 26.10.2000, § 94; Kalashnikov/Rusya, 15.7.2002, § 95.

[763] Poltoratskiy/Ukrayna, 29.4.2003, § 148. BM KSHUS ile kurulan İnsan Hakları Komitesi de, hatta daha kesin ifadelerle bu görüşü savunmuştur, bkz. **GEMALMAZ,** Yaşam Hakkı…, s. 254.

[764] Bkz. **YENİSEY, Feridun;** İnfaz Hukukunun İnsan Hakları Yönü, İnfaz Hukukunun Sorunları, Ankara 2001, s. 237 ('**YENİSEY**, İnfaz').

cezasının yol açtığı yoksunluklar veya utanç duygusu gibi), işkence veya benzerî türden muamele sayılamaz[765].

Ayrıca, yetkili bir mahkemenin hükmettiği hapis cezasının *süresi* de üçüncü madde açısından inceleme konusu olamaz. AİHM içtihadına göre, ulusal otoriteler kendi cezalar sistemini tayinde çok geniş bir takdir hakkına sahiptirler. Bu bakımdan, aynı suç için bir devletin diğerlerinden çok daha ağır bir cezayı öngörmüş olması, tek başına aykırılık iddiasına dayanak teşkil etmez[766].

Buna karşılık istisnai olarak, hükmedilen cezanın işlenilen suça nazaran çok orantısız olması halinde insanlık dışı ceza yasağının ihlal edilmiş olması ihtimali değerlendirilebilecektir[767].

Müebbet hapis cezası da bu çerçevede meşrudur. Fakat bu cezanın insan onuruna aykırılık teşkil etmemesi için, hükümlüye kişiliğini geliştirme olanağının tanınması ve özgürlüğünü tekrar talep edebilme olanağının başından beri açık tutulmasının gerektiği belirtilmektedir[768].

Mahkûmun kişisel durumu (yaş, sağlık) sebebiyle, cezasının infaz edilmesinin Sözleşmeye aykırı olacağı da söylenemez. Gerçekten, başvurucunun yaşı ya da sağlık durumu sebebiyle cezanın infazının maddeye aykırı olacağına dayanan iddialar reddedilmiştir[769]. Örneğin AİHM, *Bonnechaux* adında şeker ve kalp hastası 74 yaşındaki bir şahsın otuz beş ay süreyle hapiste kalmasını maddeye aykırı bulmamıştır[770]. Benzer şekilde, sağlık durumu artık elvermediği için bir kimseyi

---

[765] Bkz. **GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK,** s. 199.
[766] Bkz. **van DİJK/van HOOF**, s. 312.
[767] Bkz. **van DİJK/van HOOF**, s. 313; **GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK,** s. 202; **YENİSEY,** İnfaz…, s. 238; **CLAYTON/ TOMLINSON,** s. 393. On yedi yaşında bir gencin yol kesmek suretiyle yağma suçundan dolayı ömür boyu hapis cezasına mahkum edilmesinin, olaydaki özel koşullar olmasaydı üçüncü maddedeki insanlık dışı ceza yasağı açısından ciddi sorunlara yol açabileceği belirtilmiştir (Weeks/Birleşik Krallık, 2.3.1987, paragraf 47); bkz. ayrıca Hussain/Birleşik Krallık, 21.2.1996, paragraf 53 (zikreden: **CLAYTON/ TOMLINSON,** s. 393).
[768] Bkz. **ŞİMŞEK,** s. 161-162.
[769] Bkz. **OWEY/WHITE,** s. 75.
[770] Bkz. Bonnechaux/İşviçre, 5.12.1978. Hemen belirtmek gerekir ki, infaz süresi boyunca gerekli tıbbi yardım kendisine sağlanmıştır (zikreden **OWEY/WHITE,** s. 75).

salıverme yönünde bir yükümlülük de henüz tespit edilmiş değildir[771]. Elbette bu durumlarda gerekli sağlık ve tıbbî destek yardımı sunulmalıdır. Bu konuda, aşağıda aktaracağımız *Price*/Birleşik Krallık davası açıklayıcıdır.

Küçük yaştaki çocukların cezaî ehliyetinin varlığı kabul edilerek mahkum edilmesi de Sözleşmeye uygun gözükmektedir. Nitekim bir davada[772], suçu işlediği sırada on yaşında olan iki küçüğün süresiz hapis cezasına mahkûm edilmesi maddeye aykırı bulunmamıştır. Fiili işlediği zaman on, yargılama sırasında ise on bir yaşında olan çocuk, cezaî sorumluluk açısından bu kadar düşük bir yaş sınırının kabul edilmesinin tek başına maddeye aykırı sayılamayacağını kabul etmekle beraber, bundan doğacak sorunları önlemenin ilgili devlete düştüğünü, oysa yargılamasının yetişkinlere mahsus bir mahkemede hem de kamuya açık olarak yapılmasının kendisi üzerinde yarattığı manevi ıstırabın üçüncü maddeye aykırılık oluşturduğunu öne sürmüştür (§ 62- 63). Hükumet ise, üye devletlerde yaş sınırının yediye kadar inebildiğini, uluslararası hukukta bağlayıcı bir asgari sınır getiren hüküm olmadığını (BM Çocuk Sözleşmesi md. 40/3 bu sınırın takdirini taraf devletlere bırakmıştır, davacının dayandığı Pekin Kuralları ise bağlayıcı nitelikte değildir), kaldı ki çocuğu korumak için bazı önlemlerin alındığını savunmuştur (§ 64-65). Mahkemeye göre, şu aşamada cezai sorumluluğun isnat edilebileceği asgari yaş sınırına dair Avrupa Konseyi üyesi devletleri arasında ortak bir standart yoktur. Her ne kadar İngiltere ve Galler'in kabul ettiği yaş sınırı, Avrupa devletleri arasında kabul edilen en düşük sınırlardan biri olsa da, on yaş sınırının diğer Avrupalı devletlere nazaran orantısız bir farklılık teşkil ettiği söylenemez. Bu bakımdan, cezaî sorumluluk için asgarî sınır olarak on yaşın kabul edilmesi AİHS'ye aykırı değildir (§ 72). Fakat buradan aksi yoluyla kanıt yöntemiyle çıkan bir sonuç, cezaî sorumluluk için kabul edilen asgarî yaş sınırının, Avrupa Konseyi üyesi devletleri geneline nazaran 'orantısız' derecede düşük olmaması gerektiğidir. Fakat bu sınırın yedi yaşa kadar inebildiği düşünüldüğünde, zaten hiçbir devletin bunun da çok altına inebileceği düşünülemez.

[771] Bkz. **GARLİCKİ,** s. 117. Bkz bu yönde Kudla/Polonya, 26.10. 2000, § 93.
[772] Bkz. T./Birleşik Krallık, başvuru no. 24724/94, 16.12.1999.

Diğer bir sorun, süresi önceden belirli olmayan (süresiz) hükümlerdir. Bunlarda, mahkumun ceza süresi hükümden sonraki davranışlarına ve topluma hukuka uygun davranan bir vatandaş olarak geri dönmeye hazır olup olmadığına, yani suçlunun ıslah olması veya tehlike halinin sona erdiği ana göre belirlenir[773].

Bir görüşe göre, böyle bir konumdaki mahkum ceza süresinin belirsizliği sebebiyle geleceğe kuşku ile bakmakta, ayrıca mahkumun konumu, onu cezaevi personeline karşı kişiliksiz ve bağımlı hale sokmaktadır[774]. Bu durumun yaratacağı manevi acı ve elem ise, insan onuru ile bağdaşmamaktadır[775].

AİHM'ye göreyse, belirsiz süreli hapis cezasına mahkûmiyet (işlenen suça nazaran orantılı olmak kaydıyla) tek başına üçüncü maddeye aykırı değildir[776]. Davaya konu olay, yukarıda belirtilen on yaşındaki çocuğun işlediği kasten öldürme suçundan dolayı aldığı süresiz cezaya ilişkindir. Mahkeme, önceki *Hussain*/Birleşik Krallık (21.2.1996) içtihadına atıf yaparak, önleyici bir nitelik taşıyan böyle bir cezanın AİHS md. 5/4'teki güvencelere tabi olduğunu tespit etmiştir. Bu bakımdan, başvurucunun kesin olarak özgürlük hakkından feragat ettiği söylenemez (§ 94). İngiliz uygulamasına göre, belirsiz süreli cezaya mahkum edilen çocuklar, kefaret ve önleyicilik açısından '*tariff*' adı verilen bir tutulma süresine tabidirler. Bu süre dolduktan sonra, ancak kamunun korunması açısından gerekli görüldüğü taktirde hükümlüyü tutmaya devam etmek meşru olabilir (§ 95). Somut olayda, daha önce on beş yıl olarak belirlenen asgari tutulma süresi kaldırılmış, şu ana kadar da yeni bir süre belirlenmemiştir. BM Çocuk Sözleşmesi md. 37, on sekiz yaşını doldurmayan kişiler bakımından sadece salıverilme imkanı olmadan müebbet hapse mahkumiyeti yasaklamaktadır. Pekin Kurallarından 17.1(b) sayılısı ise, çocuğun özgürlüğünden mahrumiyetinin mümkün olan asgari sınırda olması gerektiğini tavsiye etmekle

[773] Bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: II, no. 1359; **İÇEL, Kayıhan / SOKULLU-AKINCI, Füsun/ ÖZGENÇ, İzzet/ SÖZÜER, Adem/ MAHMUTOĞLU, F. Selami/ ÜNVER, Yener,** İçel Yaptırım Teorisi, 3. Kitap, İstanbul 2000, s. 21.
[774] Bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: II, no. 1363.
[775] Bkz. **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Yaptırım Teorisi, s. 21 (hatta yazarlara göre bu tür cezalar işkence sınıfı altında değerlendirilmelidir); **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 117 (yazara göre böyle bir cezanın insanlık dışı muamele sayılması gerekmektedir)
[776] Bkz. T./Birleşik Krallık, başvuru no. 24724/94, 16.12.1999

yetinmektedir (§ 96). Mahkemeye göre, devletler kamuyu şiddetli suçlardan korumak için tedbir almak zorunda olup '*tariff*' uygulaması ya da bir küçüğün belirsiz süreli hapse mahkumiyeti tek başına üçüncü maddeye aykırı olamaz (§ 97).

Bununla birlikte Mahkeme şu tespiti de yapmıştır: başvurucu, henüz mahpusluğunun devamı tedbirinin meşruluğunun, tehlikelilik kriteri bakımından adli mercilerce gözden geçirileceği aşamaya gelmemiştir. Henüz yeni bir '*tariff*' (asgari tutulma süresi) belirlenmemişse de, küçüğün şu aşamada cezanın kefaret ve önleyicilik fonksiyonu açısından mahpus tutulduğu varsayılabilir. Yeni bir asgari sınır belirlenene kadar, başvurucunun infaz edilmesi gereken ceza süresinin uzunluğu bakımından herhangi bir sonuca varmak mümkün değildir. Bugüne kadar başvurucu altı yıl süreyle tutulmuştur. Mahkemeye göre davanın tüm şartları ışığında bu uzunluktaki bir sürenin maddeyee aykırı olduğu söylenemez (§ 98).

Nihayet bizim açımızdan en önemlisi, Mahkeme özellikle mahkumiyet zamanında başvurucu kadar genç olan bir kimse bakımından, onu geleceğine ilişkin olarak uzun yıllar boyunca belirsizlik içinde bırakacak şekilde, mazur görülemez ve sürekli olarak bir asgari süre belirlememenin üçüncü madde uyarınca sorun doğurabilme ihtimalini devre dışı bırakmamaktadır (§ 99). Fakat somut olay açısından böyle bir sorun henüz doğmamıştır.

Aynı tarihte görülen bir diğer davada da[777], benzer koşullardaki diğer bir çocuk açısından aynı sonuçlara varılmıştır.

Demek ki, belirsiz süreli ceza konusunda Mahkeme aslında sorunu ertelemiştir.

[777] V./Birleşik Krallık, başvuru no. 24888/94, 16.12.1999.

B. İnfaz Koşulları

Hapis cezasına hükmedilmesi olgusu, insan hakları bakımından sorun yaratmazken; cezaların infazı tarzı, duruma göre üçüncü maddeye aykırılığı gündeme getirebilir. Özellikle 'tecrit' uygulaması iddiaları, ciddi sorunları beraberinde getirmektedir.

1. Tecrit[778]

İnfaz hukuku açısından sürekli gündemde olan sorunlardan biri, özel tehlikelilik arz ettiği düşünülen mahkumların devlet tarafından sıkı güvenlik önlemleri altında tutulmasıdır.

Bu önlemlerden biri, hücrede tek kişinin tecrit edilmesidir[779]. Mahkemenin tek başına infaz konusunda vardığı sonuca göre, maddenin ihlal edilip edilmediğinin tespitinde özel koşullara, önlemin sertliğine, süresine, amacına ve mağdur üzerindeki etkisine bakılmalıdır. Tam bir tecrit, aynı zamanda sosyal tecridi (yani diğer kişilerle iletişimin kesilmesini de) içeriyorsa kişiliğin yok olmasına yol açabilir; bu durum ise hiç bir güvenlik gerekçesiyle açıklanamayan insanlık dışı bir muamele teşkil eder[780].

BM KSHUS İnsan Hakları Komitesi de, uzun süreli mutlak tecridin (*prolonged solitary confinement*) KSHUS md. 7'ye aykırı düşeceğini belirlemiştir[781].

Bunun haricinde, halin haklı gösterdiği ve zaman bakımından sınırlı tecrit uygulaması, adaletin selameti, güvenlik ve disiplin gerekçeleriyle mazur

[778] Tecrid kavramı için bkz. **DEMİRBAŞ,** İnfaz Hukuku, s. 460 vd. AİHS md. 3'ün kapsamına girebilecek durumlar dışında, mahpusların dış dünyayla iletişimi konusundaki hakları bakımından bilgi için bkz. **YOKUŞ SEVÜK, Handan,** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişimi, AÜEHFD, Cilt: VII, Sayı: 3-4 (Cumhuriyetimizin 80. Kuruluş Yılına Armağan), Erzincan 2003, s. 335 vd.

[779] Türkiye bakımından 'F Tipi' cezaevlerine ilişkin değerlendirme için bkz. **DEMİRBAŞ,** İnfaz Hukuku, s. 455 vd.

[780] Ensslin, Baader ve Raspe/Almanya Fed. Cumhuriyeti, 8.7.1976; Öcalan/Türkiye, 12.3.2003, paragraf 232; bkz. ayrıca **YENİSEY,** İnfaz…**,** s. 244; **OWEY/WHITE,** s. 77.

[781] Bkz. **GEMALMAZ,** Yaşam Hakkı…, s. 243.

görülebilir[782]. Örneğin Öcalan kararında Mahkeme, başvuranın İmralı'da tek başına tutulmasını, güvenlik gerekçelerinin bunu gerektirmesi ve Öcalan'ın tam anlamıyla (duyusal yönden) tek başına tecrit edilmiş olmaması; kitap, radyo, gazeteye sahip olması, avukat ve doktorla periyodik olarak görüşme imkânına sahip olması gibi nedenlerle üçüncü maddeye aykırı görmemiştir[783].

Tecrit iddiaları bakımından en ilgi çekici olaylardan biri *Kröcher ve Möller*/İsviçre[784] davasıdır. Burada, terörist faaliyetler çerçevesinde adam öldürmeye teşebbüs suçundan yargılanan iki Federal Almanya vatandaşı İsviçre'de mahpus bulunuyorlardı. Firar ya da intiharı engellemek için iki ayrı hücrede yalnız tutuluyorlardı. Pencereler karartılmıştı ve oda sürekli suni ışıklandırmayla aydınlatılmaktaydı. Sürekli kapalı devre televizyon kontrolü altındaydılar. Gazete, radyo ve televizyon yasaktı ve saat ile günlükleri ellerinden alınmıştı. Birbirleriyle ve avukatlarıyla görüşmeleri mümkün değildi. Tüm bu koşullar bir ay boyunca sürmüştü.

Bütün bu durumlar karşısında Komisyon, 1970'li yıllarda Batı Almanya'da yaşanan terör ortamının bu derecede ağır güvenlik önlemlerini haklı gösterdiği sonucuna varmıştır. Komisyonun raporuna göre[785], önemli olan kişisel temel haklarla güvenlik gereksinimleri arasındaki dengenin bu sonuncusu lehine bozulmamasıdır. Komisyona göre olayda bu oransızlık söz konusu olmamıştır. Bu karara varılmasında, mahpusların dışarısıyla temas kurmak için kendilerine tanınan diğer birtakım imkanları reddettikleri ve söz konusu koşulların ilk ayı izleyen sonraki beş ay boyunca tedricen yumuşatıldığı hususlarının dikkate alındığı vurgulanmıştır.

Keza diğer bir olayda, başvuruculların salıverilmesini sağlamak için terörist saldırıların gerçekleştirilmesi riskinin doğurduğu güvenlik sıkıntısı, başvuruculların

[782] Öcalan/Türkiye, 12.3.2003, § 232; ayrıca bkz. **CLAYTON/ TOMLINSON,** s. 401; **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 251-252.
[783] Öcalan/Türkiye, 12.3.2003, § 234.
[784] Kröcher ve Möller/İsviçre, 16.12.1982 tarihli Komisyon raporu.
[785] 16.12.1982 tarihli raporun 24. paragrafı.

diğer tüm mahkûmlardan üç yıl boyunca tümüyle ayrı tutulması için haklı bir sebep olarak görülmüştür[786].

Hücre cezası/tecrit konusunda son olarak şunu da belirtelim ki, BM İnsan Hakları Komitesi'nin 3.4.1992 tarih ve 20/44 sayılı genel yorumuna göre, '*gözaltına alınan ya da hapse konanlara uygulanan uzatılmış hücre hapsi işkence yasağının ihlalini*' oluşturabileceği gibi, Amerikan İnsan Hakları Komitesi'nin *Larossa-Uruguay* davasındaki görüşüne göre de, bir aydan fazla süren hücre cezası insan onuruna aykırı bir infaz tarzı teşkil edecektir[787].

Bu söylenilenler çerçevesinde, 1.6.2005'te yürürlüğe giren 5275 sayılı 'Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 25. maddesinde yer alan 'ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının infazı'na dair hükmü kısaca incelemek gerekir. Söz konusu maddenin 1. fıkrasının a bendine göre '*Hükümlü, tek kişilik odada barındırılır.*' Acaba bu düzenlemenin tecride yol açacağı söylenebilir mi? AİHM içtihatlarından yola çıkarsak buna olumsuz cevap vermek gerekir. Çünkü AİHM ve diğer uluslararası belgelerde yasaklanan infaz yöntemi, uzun süreli olarak kişinin tümüyle dış dünyayla bağlantılarından koparıldığı ve duyusal olarak izole edildiği durumlardır.

Oysa, CeGTİK'in 25. maddesinin 1. fıkrasının b bendine göre '*Hükümlüye, günde bir saat açık havaya çıkma ve spor yapma hakkı tanınır'*. Bu hüküm emredicidir ve mahkumun her gün sosyal faaliyet yapabilmesini mümkün kılmaktadır. Yine maddenin müteakip bentlerinde mahkumlara diğer bazı haklar daha tanınmıştır. Ancak bu diğer hakların '*risk ve güvenlik gerekleri*', '*yaşadığı yerin olanak verdiği ve idare kurulunun uygun göreceği*', '*kurum idare kurulunun uygun gördüğü hâllerde*' gibi kayıtlara bağlanması kaygı vericidir. Kayda bağlı bu diğer haklar şu şekildedir:

[786] Ensslin, Baader, Raspe/Federal Almanya, 8.7.1976 (zikredenler: **CLAYTON/ TOMLINSON,** s. 401; **DEMİRBAŞ,** İnfaz Hukuku, s. 465-466).
[787] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İnfaz Hukuku, s. 464-465.

- Risk ve güvenlik gerekleri ile iyileştirme ve eğitim çalışmalarında gösterdiği gayret ve iyi hâle göre; hükümlünün, açık havaya çıkma ve spor yapma süresi uzatılabileceği gibi kendisi ile aynı ünitede kalan hükümlülerle temasta bulunmasına sınırlı olarak izin verilebilir (md. 25/1-c);

- Hükümlü, yaşadığı yerin olanak verdiği ve idare kurulunun uygun göreceği bir sanat veya meslek etkinliğini yürütebilir (md. 25/1-d);

- Hükümlü, kurum idare kurulunun uygun gördüğü hâllerde ve onbeş günde bir kez olmak üzere (f) bendinde gösterilen kişilere, süresi on dakikayı geçmemek üzere telefon edebilir (md. 25/1-e);

- Hükümlüyü; eşi, altsoy ve üstsoyu, kardeşleri ve vasisi, belirlenen gün, saat ve koşullar içerisinde onbeş günlük aralıklarla ve günde bir saati geçmemek üzere ziyaret edebilirler (md. 25/1-f). Bu bentte sayılan hak da mutlaktır. Koşulları belirleme yetkisi infaz kurumuna ait olsa da, hakkın kullanılmasının 'uygun görülmemesi' ya da 'güvenlik gerekleri' veyahut 'kurum olanakları'nın elvermediği öne sürülerek mahkum bu hakkından mahrum edilemeyecektir.

O halde, CeGTİK md. 25'te yer alan hükmün, tecrit yasağına aykırı olmadığı söylenebilir.

2. Hapishane Koşulları ve Sağlık Hizmeti Sunma Yükümlülüğü

Devlet gözetimi altındaki kimselerin sağlık koşullarına uygun bir ortamda tutulmaları, onların insan olmasından kaynaklanan temel bir haklarıdır[788].

Hapishane koşulları sayısız davanın konusu olmuştur. Çok ilginç bir olay, *McFeeley*/Birleşik Krallık davasıdır. Burada IRA mensubu hükümlüler, özel bir statü elde etme amacına yönelik olarak '*dirty protest*' (kirli protesto) adını verdikleri toplu bir eyleme başvurmuşlardır. Hükümlüler, odalarını yemek artıkları ve üreyle kirletmekte, hücre duvarlarına da cinsel ve vücutsal salgılarını sürmekteydiler. Ayrıca, hapishane üniformalarını giymeyi reddettiklerinden, hücrelerini terk etmek istedikleri halde bunu çıplak olarak yapmak durumunda kalmaktaydılar. Burada

Komisyonun tespitine göre, söz konusu hücre koşullarının devlete isnat edilebilmesi halinde insanlık dışı muamele teşkil edeceği saptanmıştır. Fakat, hükümlülerin kendi kendilerine empoze ettikleri koşullardan ötürü devlet sorumlu tutulamayacağından, bu olay bakımından üçüncü maddenin ihlalinden bahsedilemeyecektir. Aynı kararda ilginç bazı tespitlere de yer verilmiştir. Buna göre, hükümlünün engelleyici tavırlarına (mukavemetine) rağmen hapishane yetkilileri, denetim yetkilerini insancıl ve esnek bir şekilde kullanmak, gözetimleri altındakilerin sağlık ve iyiliklerini sağlamak için de koşulları sürekli gözden geçirmekle yükümlüdürler[789].

Ayrıca, mahkumların kendilerine empoze ettikleri elverişsiz koşullar, Sözleşmede tanınan bazı haklarının ihlalini protesto amacıyla yaratılırsa, maddenin ihlalinin gündeme gelebileceğini düşündüren bazı kararlar da vardır[790].

Buna karşılık, hapishane üniforması giyme zorunluluğu[791] ya da mahpusların kelepçelerle taşınması ve kamu içine çıkarılması[792] maddeye aykırı değildir. Keza, uyuşturucu madde kontrolü yapabilmek için mahkumlardan bir gözetmen eşliğinde üre örneğinin alınması üçüncü maddenin ihlalini sonuçlayacak düzeyde ağırlığa ulaşmamaktadır[793].

Yine, bir olayda sanığa koruma gömleği giydirilmesi ve bu şekilde hücreye konulmasının maddeye aykırılık teşkil ettiği iddiası, sanığın kendi şiddet içeren eylemlerinin bu tedbire yol açtığı gerekçesiyle reddedilmiştir[794]. Mahkeme içtihadına göre, özgürlüğünden mahrum edilmiş kimseye karşı şiddet kullanılması, kendi tutumunun sonucunda kesinlikle gerekli olmuşsa artık maddenin ihlâlinden

---

[788] Bkz. **ŞAHİN,** Yakalama, s. 218.
[789] Bkz. **HARRIS/ O'BOYLE/ WARBRICK,** s. 67; **CLAYTON/ TOMLINSON,** s. 399; **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 252.
[790] Bkz. **HARRIS/ O'BOYLE/ WARBRICK,** s. 67. *Mc Feeley* davasında, mahkumların 'siyasi hükümlü' sayılma yönündeki taleplerinin 9. madde çerçevesinde haklı olmadığına işaret edilmiştir. Diğer bir davada, dini sebeplere istinaden hapishane üniformasını giymenin reddedilmesinin 8. maddeye dayandırılamayacağı belirtilmiştir.
[791] Bkz. **YENİSEY,** İnfaz…, s. 240.
[792] Bkz. **CLAYTON/ TOMLINSON,** s. 398.
[793] Peters/Hollanda (1994), Galloway/Birleşik Krallık (1999) (zikreden: **CLAYTON/ TOMLINSON,** s. 398).
[794] Zeidler-Kormann/Federal Almanya Cumhuriyeti, 3.10.1967 (zikreden: **OWEY/WHITE,** s. 76).

bahsedilemez[795]. Genel olarak denilebilir ki, cezaevi düzenini sağlamak için başvurulan zorlayıcı önlemler, gereken düzeyi aşmadıkça maddenin ihlâline yol açmaz[796].

Buna karşılık, ihlal sonucuna varılan bir davada ise[797], başvurucunun hapishanede tutulduğu koşulların insanlık dışı olduğu sonucuna varılmıştır. Mahkeme heyetine hakaretten yedi gün hapis cezasına çarptırılan bayan *Price,* bunun bir kısmını hapishane geçirmiştir. Bayan Price, *Thalidomide* ilacının yan etkileri sebebiyle çok ciddî sağlık sorunlarıyla boğuşmaktadır. Fakat bu durumu bilen hakim, kendisine uygun sağlık koşulları ve hizmetleri olup olmadığını araştırmaksızın onu hapse mahkum etmiştir. Oysa başvurucu, bir çok uzvu işlevsiz olduğundan çoğu temel ihtiyacını gidermekten acizdir. Örneğin hapishanede, yatak ve tuvalete ulaşmakta, kendisini temizlemekte, tekerlekli sandalyesinin bataryası biterse hareket edebilmekte, sıvı tüketimini sağlayabilmekte imkansızlıklarla karşı karşıyaydı (kararın 29. paragrafı)

Başvurucu, ilk olarak tutulduğu polis istasyonunda da, havanın soğukluğu yüzünden böbrek enfeksiyonu geçirmiştir. Hücresindeki sağlık hizmetleri, hapishane doktorunun da kabul ettiği üzere, kendi ihtiyaçlarına uyarlanmamıştır; hemşire ve hapishane görevlileri ise yardımcı olmamıştır. Bunun sonucunda başvurucu, fiziksel ve psikolojik neticeli sorunlar yaşamıştır.

Mahkemeye göre, onu mahkum eden hakim, başvurucunun ağırlık seviyesinde özürlere sahip olan bir kimsenin ihtiyaçlarıyla baş edebilecek imkanların temin edilip edilemeyeceğini tespit etmeye yönelik hiçbir adım atmamıştır (kararın 25. paragrafı). Her ne kadar başvurana sunulan sağlık hizmetleri konusunda hükümet ile başvuranın çelişkili ifadeleri söz konusu olsa da, hükümetin sunduğu rapor ve kayıtlardan, polis ve hapishane yetkililerinin, başvurucunun özel durumuyla baş edemedikleri anlaşılmaktadır (paragraf 26).

[795] Sakık ve diğerleri/Türkiye, 10.10.2000, § 54.
[796] Bkz. **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 248.
[797] Price/Birleşik Krallık, 10.7.2001.

Sonuçta Mahkemeye göre, başvurucuyu küçük düşürme kastıyla hareket edildiğine dair hiçbir delil yoktur. Fakat ciddî şekilde özürlü olan bir kimseyi tehlikeli şekilde üşüdüğü, yatağının çok sert ya da ulaşılamaz olması sebebiyle berelenmelere uğrama riskinin olduğu, en büyük zorlukları yaşamaksızın tuvalete gitme ya da kendini temiz tutma imkanından mahrum olduğu koşullarda tutmak, küçük düşürücü muamele teşkil etmektedir (kararın 30. paragrafı). Fakat bu kararda, hapishane koşullarından ziyade, başvurucunun özel durumunun ihlale yol açtığı gözden kaçırılmamalıdır.

Buna karşılık, doğrudan hapishane koşulları sebebiyle ihlale hükmedilen yakın tarihli bir dava, 19.4.2001 tarihli *Peers*/Yunanistan olayıdır. Başvurucu, *Koridallos* Hapishanesinde yılın en sıcak döneminde penceresiz ve havalandırmasız bir hücrede tutulmaktaydı; başka bir kimsenin huzurunda tuvaleti kullanmak durumundaydı ve hücre arkadaşı tuvaleti kullanırken kendisi orada bulunmaktaydı. Bu durumların, başvurucunun insan haysiyetini azalttığı ve küçük düşürücü muamele teşkil ettiği belirlenmiştir (paragraf 75).

Yukarıda anılan davalardan ve mahkemenin içtihatlarından çıkan bir sonuç, hapishanede maruz kalınan koşulların üçüncü maddeye aykırılık teşkil ettiğinin tespiti için bu koşulların mahpusların sağlığını olumsuz etkilediğine dair tıbbi raporların ibrazının genelde aranmakta olmasıdır. Bu raporlar, hem söz konusu koşullarla sağlığın bozulması arasındaki illiyet bağını ortaya koymalı, hem de bu koşulların mahpusların kişiliğini yok edip, ciddi fiziksel ve zihinsel ıstıraba yol açabileceğini kanıtlamalıdır[798].

İnfaz koşulları bakımından devletin sahip olduğu önemli bir yükümlülük, infaz süresi boyunca mahpuslara gerekli tıbbî desteği sağlamaktır. Hasta kimselerin infaz için cezaevine gönderilmesi mümkün ise de, hapishanede bulunan mahpuslara

[798] Konuyla ilgili örnekler için bkz. **van DİJK/van HOOF**, s. 319. Fakat Price davasında, başvurucu, maruz kaldığı yaralanmaların belgesini ibraz edememiştir. Fakat söz konusu olayda, hapishane koşullarının kendisi bakımından elverişsiz olduğunun ispatlanmış olması yeterli görülmüştür.

uygun sağlık hizmetleri sunma yükümlülüğü kabul edilmiştir[799]. Bu çerçevede, gerekli tıbbi kolaylıklar hapishanede sağlanamıyorsa mahpusun *geçici olarak* salıverilmesi ve gerekli sağlık hizmetini görmesi sağlanmalıdır[800]. Bu yükümlülüğün doğması mahpusun talebine de bağlı değildir.

Sağlanması gereken tıbbî yardımın düzeyi, '*ölüm ya da ciddî sakatlanmayı önlemenin gerekli olduğu durumlarda, tıp bilimince kabûl edilmiş standartlara uygun*' olmalıdır[801].

İnsan hakları ihlâlleri iddialarının her zaman yoğun olarak gündeme geldiği mekanlar olarak, bizde de cezaevi ve tutukevlerinin denetimini gerçekleştirecek özerk bir organın kurulması gerektiği doktrinde savunulmaktadır[802]. Türkiye'de böyle bir işlev, 14.6.2001 tarih ve 4681 sayılı 'Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları Kanunu' ile, infaz kurumları ve tutukevlerinin, yönetim, işleyiş ve uygulamalarını yerinde görmek, incelemek, bilgi almak ve tespitlerini rapor hâline getirerek yetkili ve ilgili mercilere sunmak amacını taşıyarak kurulan 'İzleme Kurul'ları tarafından yerine getirilmektedir[803]. Ancak, kanunun 6. maddesinden de anlaşılacağı üzere bu organın yetkisi rapor hazırlamak ve tespit ettiği aksaklıkları ilgili adlî ve idarî mercîlere iletmekle sınırlıdır.

Öte yandan, CeGTİK md. 25/1-ı'ya göre '*Hükümlünün cezasının infazına, hiçbir surette ara verilemez. Hükümlü hakkında uygulanacak tüm sağlık tedbirleri, tıbbî tetkik ve zorunluluklar hariç ceza infaz kurumlarında, mümkün olmadığı takdirde tam teşekküllü Devlet ya da üniversite hastanelerinin tek kişilik ve yüksek güvenlikli mahkûm koğuşlarında uygulanır*'. Bu hüküm de AİHS gereklerine uygundur. Şöyle ki hastalık sebebiyle infaza ara verme gibi bir yükümlülüğün AİHM

[799] Hurtado/İsviçre, 28/1/1994. Bu şahıs, zorla gözaltına alındıktan sonra film çekilmesini istemiş, bu isteği ancak 6 gün sonra yerine getirilmiş ve çekilen filmde kaburga kırığı tespit edilmiştir. Türkçe özet için bkz. **DOĞRU, Osman**; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi (1960-1994), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1999, s. 400-401. ('Kararlar'); **CLAYTON/ TOMLINSON,** s. 400.
[800] Bkz. **HARRIS/ O'BOYLE/ WARBRICK,** s. 71.
[801] Herczegfalvy/Avusturya, Komisyon raporu, paragraf 242 (zikreden: **CLAYTON/ TOMLINSON,** s. 400).
[802] Bkz. **DOĞAN,** s. 231.
[803] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İnfaz Hukuku, s. 407-408.

tarafından bugüne kadar tespit edilmediğini yukarıda belirtmiştik. Burada tek kıstas, modern tıp biliminin verilerine uygun şekilde, gerekli tıbbî desteğin sağlanmasıdır. Tam teşekküllü devlet ya da üniversite hastanelerinin de bu konuda yetkin olacağı tartışmasızdır.

C. AİHS Üçüncü Madde ile Mahpuslara İlişkin Uluslararası Belgeler Arasındaki İlişki

Önemli bir mesele, hapishane koşullarını düzenleyen uluslararası belgelerle AİHS'nin üçüncü maddesi arasındaki ilişkidir. Avrupa Konseyi çerçevesinde akdedilmiş ve Avrupa'daki hapishane koşullarını standartlaştırmayı amaçlayan 1987 tarihli Avrupa Sözleşmesi'nin ve diğerlerinin, üçüncü madde ile ilişkisi ne olacaktır?

AİHM içtihadına göre bu diğer kuralların ihlali, Sözleşmenin üçüncü maddesinin de ihlal edilmesine kendiliğinden yol açmaz[804]. Zira, her iki sözleşmede ihlalin gerçekleşmiş sayılması için aranan koşullar ve özellikle 'asgari eşik' farklıdır.

AİHM organlarının bu yaklaşımı şaşırtıcı değildir; çünkü organların cezaevi koşullarının insanlık dışı ve aşağılayıcı olması yasağına aykırılığı saptama konusundaki çekingenliği ve infaz bilimindeki yeni gelişen akımları pek dikkate almadığı içtihatlardan da gözlenmekte ve yabancı doktrinde eleştirilmektedir[805].

II. ÖLÜM CEZASI

Bir ceza yaptırımı olarak ölüm cezasına hükmedilmesi ve bunun infaz şekli üçüncü madde açısından sorun yaratabilir mi? Bu konudaki en önemli dayanak,

---

[804] Eggs/İsviçre, 11.12.1976 (zikreden: **HARRIS/ O'BOYLE/ WARBRICK,** s. 68). Ayrıca bkz. **GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK,** s. 200.

[805] Bkz. **van DİJK/van HOOF**, s. 313; **GÜNTHER,** s. 59. 7408/76 sayılı X/Federal Almanya Cumhuriyeti davasında Komisyon, başvurucuya uygulanan cezanın modern infaz bilimi görüşleriyle bağdaşmadığını tespit etmekle beraber yine de maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Bu konuda özellikle sıkıntılı bir konu, mahkumlarla, tutuklu yargılanların aynı mekanda tutulup tutulamayacağıdır. 1987 tarihli Avrupa Sözleşmesi md. 11/3 bunu yasaklamaktadır. Fakat böyle bir yasak AİHS'de yer almadığından ve diğer uluslararası belgelere de Mahkeme doğrudan istinat etmediğinden, bu yönden üçüncü maddeye aykırılık kararı verilmesi beklenemeyecektir.

AİHS'nin yaşam hakkını düzenleyen ikinci maddesindeki '*kanunun ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infazı dışında, hiç kimse öldürülemez*' hükmüdür. Buradan, ölüm cezasının Sözleşmeye aykırılık teşkil etmeyeceği çıkarılabilir[806].

Buna karşılık, AİHS'ye Ek 6. ve özellikle 13. Protokole taraf olan devletler açısından durum farklıdır. Zira burada önceki-sonraki norm ilişkisi sebebiyle, söz konusu protokollere taraf devletlerin sonradan üstlenmiş oldukları yükümlülüklere uygun davranmaları gerekecektir. Zaten Avrupa Konseyi içerisinde ölüm cezasını uygulayan devlet de kalmamıştır.

A. Bir Ceza Türü Olarak Ölüm Cezasının Üçüncü Madde Karşısında Durumu

Ölüm cezasını, savaş ve yakın savaş tehdidi durumları dışında yasaklayan Sözleşme'ye Ek 6. Protokol ve aynı cezayı bu sefer hiçbir istisnaya yer vermeksizin yasaklayan Ek 13. Protokol yürürlüğe girmiş olsa da[807], AİHS md. 2/1'in ikinci cümlesindeki açık hüküm karşısında; kanaatimizce, ölüm cezasına hükmedilebilmesi en azından Ana Sözleşme bakımından mümkün gözükmektedir. Söz konusu Protokollerle, AİHS md. 2'deki ölüm cezasına imkân veren hükmün zımnen ilga edildiğini söylemek güçtür. Bize göre, Protokollere taraf olan devletler bakımından Protokol hükümleri 'sonraki hüküm (*lex posteriori*)' olarak, AİHS md. 2/1'deki önceki hükmün yerini alacaktır. Fakat, ikinci maddedeki hüküm yürürlüğünü sürdürmektedir. Zaten aksi takdirde, ilgili devletler ayrı bir Protokol hazırlayıp bunu yürürlüğe koyma yerine, doğrudan söz konusu ikinci maddeyi değiştirme yoluna

[806] Ayrıntılı bilgi için bkz. **TURHAN, Faruk,** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Suçluların İadesinde Ölüm Cezası ve Avrupa İnsan Hakları Divanının Soering Kararı, Yargıtay Dergisi, Cilt 24, Sayı 1-2, Ocak-Nisan 1998, s. 87 vd ('**TURHAN,** Soering Kararı').

[807] 28 Ağustos 2005 itibariyle, Avrupa Konseyi'ne üye 45 devletten 44'ünün (tek istisna Rusya'dır) taraf bulunduğu AİHS'ye Ek 28.4.1983 tarihli 6. Protokol ile ölüm cezası, savaş ve yakın savaş tehdidi durumları dışında yasaklanmıştır. 1.3.1985'te yürürlüğe girmiş bulunan bu protokole Türkiye 1 Aralık 2003'te taraf olmuştur. Litvanya'nın *Vilnius* kentinde akdedilip 3 Mayıs 2002 itibariyle imzaya açılan AİHS'ye Ek 13. Protokol, ölüm cezasını hiçbir istisnaya yer vermeksizin yasaklamıştır. On devletin onay işlemini gerçekleştirmesi üzerine, Protokol 1 Temmuz 2003'te yürürlüğe girmiştir. 28 Ağustos 2005 itibariyle otuz bir devlet tarafından onaylanan Ek 13. Protokole, Türkiye de 6.10.2005 t. ve 5409 sayılı uygun bulma kanunu ile taraf olmuştur (RG 12.10.2005, Sayı 25964).

giderlerdi[808]. Ancak şunu da belirtelim ki, Rusya dışındaki diğer 44 Avrupa Konseyi üyesi devletin Ek 6. Protokole taraf olduğu bir ortamda, en azından barış dönemi bakımından bu tartışmaların değerinin büyük ölçüde teorik düzeyde kaldığını ve devletlerin zaten fiilen ve hukuken kaldırdıkları ölüm cezasının ilgası yönünde uluslararası alanda da yükümlülük altında oldukları söylenmelidir[809]. Fakat, AİHS'e Ek 6. ve 13. Protokole sonradan taraf olan devletlerin taraf olma tarihinden önce hükmettikleri ölüm cezaları bakımından tartışmanın pratik önemi de olabilir.

Ölüm cezasının değerlendirilmesine gelince, *Soering* davasında, ölüm cezasını kaldıran AİHS'ye Ek 6. Protokolün yürürlüğe girmesi ve cezanın hiç bir Avrupa Konseyi üyesi devlette infaz edilmiyor olmasına rağmen, ölüm cezasının üçüncü madde anlamında 'gayri insani' sayılamayacağına karar verilmişti[810].

Buna karşılık, Öcalan davasında[811], ölüm cezası konusundaki son gelişmeler ışığında aksi yönde bir sonuca varılabileceği ima edilmiştir.

AİHM, kararında şunları söylemiştir: Sözleşme, bir bütün olarak değerlendirilmek zorundadır, dolayısıyla üçüncü madde hükmü, ikinci maddeyle uyumlu olarak yorumlanmalıdır. Ölüm cezası Avrupa çapında yasaklanmış olsa bile, ikinci maddede buna imkân tanındığına göre, üçüncü maddeyi ölüm cezasını yasaklar şekilde yorumlamak mümkün değildir, çünkü böyle bir anlayış ikinci maddenin açık anlatımını hiçe saymak olur. Bu durumda, öncelikle saptanması gereken husus, âkit tarafların ölüm cezası konusundaki yerleşmiş uygulamalarının ikinci maddedeki istisnayı ilga etmek yönünde bir anlaşma teşkil edip etmediğidir (paragraf 189). Mahkemeye göre Sözleşmeyi, mümkün olduğu ölçüde bir parçasını oluşturduğu uluslararası kamu hukuku ile uyumlu olacak şekilde yorumlamak gerekir (paragraf 190). Daha önceki Soering davasında da (Soering kararının 103. paragrafı), üye devletler bünyesindeki yerleşmiş uygulamanın Sözleşmenin tâdil edilmiş olduğunun

[808] Bkz. **TEZCAN, Durmuş**, Ölüm Cezasını Gerektiren Suçlarda Şuçluların Geri Verilmesi Sorunu, AÜSBFD Cilt 38 Ocak-Aralık 1983 No. 1-4, Ankara 1984, s. 164-165 ('**TEZCAN,** Ölüm Cezasını').
[809] Tartışmanın pratik değeri AİHS'e Ek 6. ve 13. Protokole sonradan taraf olan devletlerin taraf olma tarihinden önce hükmettikleri ölüm cezaları bakımından olabilir.
[810] Bkz. **TURHAN,** Soering Kararı, s. 89.

kabul edilmesine yol açabileceği vurgulanmış; fakat AİHS'ye Ek 6. Protokolün yürürlüğe girmesinin böyle bir niyeti ortaya koymadığından bahisle, ölüm cezasının artık üçüncü maddeye aykırı düştüğü sonucuna varılamayacağına karar verilmiştir (paragraf 191). Bununla birlikte Sözleşme, yaşayan bir araç olarak mevcut koşullar ışığında yorumlanmalıdır ve insan haklarının korunması alanındaki giderek yükselen standartlar, kaçınılmaz olarak demokratik toplumda temel değerlerin ihlâlini teşkil eden davranışları değerlendirme konusunda daha fazla katılık gerektirmektedir (paragraf 193). Bu açıdan Mahkemenin, belirli bir davranış ya da cezanın üçüncü madde anlamında insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele teşkil edip etmediğinin tespitinde Avrupa Konseyi üyesi devletlerin bu alandaki uygulamalarından ve gelişmelerinden etkilenmemesi düşünülemez. Kaldı ki Soering kararından bu yana, insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele kavramları kayda değer şekilde evrim göstermiştir (paragraf 194). Aynı şekilde, ölüm cezasının hukukî konumu da Soering kararından beri kayda değer evrim göstermiş; ölüm cezası, davalı devlet de dahil olmak üzere, âkit 44 devletten 43'ünde hukuken kaldırılmış, geriye kalan tek devlette de (Rusya) uygulanmamaktadır. Keza Avrupa Konseyine üye tüm devletler, AİHS'ye Ek 6. Protokolü imzalamış, 41'i de buna taraf olmuştur. Ayrıca, Avrupa Konseyi'ne yeni üye olacak devletlerin katılım koşulu olarak da ölüm cezasını kaldırmış olmaları aranmaktadır. Bu gelişmelerin sonucunda, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin kapsadığı ülkeler '*ölüm cezasından arındırılmış bir bölge*' hâline gelmiştir (paragraf 195). Bu kadar belirgin bir gelişme, artık Âkit devletlerin AİHS md. 2/1'in ikinci cümlesini ilga etme ya da en azından tâdil etme yönündeki anlaşmalarının göstergesi olarak anlaşılabilir, özellikle Ek 6. Protokolün tüm Âkit Taraflarca imzalanıp 41'i tarafından da onaylandığı düşünülürse. AİHS md. 2'deki ölüm cezasına ilişkin istisnanın tâdil edildiği sonucuna varabilmek için geriye kalan üç devletin de AİHS'ye Ek 6. Protokolü onaylamalarını beklemenin gerekip gerekmediği sorgulanabilir. Fakat Mahkemeye göre, bu kadar yeknesak bir görünüm (tutarlı uygulama) karşısında, barış zamanında ölüm cezasının artık ikinci madde uyarınca caiz olmayan ve kabul edilemez, belki de insanlık dışı bir cezalandırma biçimi olarak mütalaa edilecek duruma geldiği söylenebilir (paragraf 196).

[811] Öcalan/Türkiye, 12.3.2003.

Mahkemenin görüşüne göre, bu alandaki gelişmeler ışığında, devletlerin AİHS md. 2/1'deki barış zamanında ölüm cezasına imkân veren ikinci cümleyi, uygulamaları aracılığıyla anlaşarak tâdil etmiş oldukları artık ihtimal dışı bırakılamaz. Bu çerçevede, ölüm cezasının uygulanmasının üçüncü maddeye aykırı, insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele olduğu da tartışılabilir. Fakat Mahkeme için, bu nokta üzerinde kesin bir sonuca varmak gerekli değildir; çünkü, söz konusu davada ikinci maddenin ölüm cezasına hâlâ imkân verdiği yorumu yapılsa bile, zaten âdil olmayan bir yargılama sonucunda hükmedilen ölüm cezasının infazı, bu yönüyle Sözleşmeye aykırı olacaktır (paragraf 198).

Demek ki, Öcalan davasında, ölüm cezasının bile başlı başına üçüncü maddeye aykırılık teşkil edebilmesinin mümkün olduğu tespit edilmiştir. Fakat, Mahkeme bu konuda kesin bir yargıya varmaktan kaçınmıştır. Çünkü, Öcalan'ın Türkiye tarafından yapılan yargılamasının âdil olmadığından bahisle, zaten bu yönüyle üçüncü maddenin ihlâl edilmiş olduğuna, diğer yönleri ayrıca incelemeye gerek olmadığına karar verilmiştir. Fakat sonuçta Mahkemenin söylediklerinden şu sonuç çıkıyor ki, ölüm cezasının Sözleşme sistemine uygun olduğunu söylemek artık çok zordur. Bu bakımdan söz konusu cezanın uygulanması, her durumda üçüncü madde açısından çok ciddî tereddütler doğuracaktır[812].

Öcalan davasında Büyük Dairenin verdiği 12.5.2005 tarihli karar da aynı yönde olmuştur. Büyük Daire, kararının 163. paragrafında, yukarıda aktardığımız tespitlere katıldığını beyan etmiştir. Daha sonra, 164. ve 165. paragrafta Ek 13. Protokolün de yürürlüğe girmesinin ölüm cezasını ilga edici eğilimi teyit ettiği vurgulanmış; daha sonra da, henüz bir çok devletin 13. Ek Protokole taraf olmamasının 'şimdilik' Mahkemeyi, ölüm cezasını uygulamanın taraf devletler uygulamasında insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele olarak görüldüğünü

[812] Avrupa Konseyi bünyesinde, ölüm cezasını yasaklayan belgeler için bkz. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 1187 (1999) sayı ve tarihli kararı (*Europe: a death penalty free continent)* ve 1253 (2001) sayı ve tarihli karar (*Abolition of the death penalty in Council of Europe Observer states)*; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 15 Temmuz 2002'de yayımladığı 'İnsan Hakları ve Terörizmle Mücadeleye ilişkin Rehber İlkeler', md. X § 2 ('*Hiç bir koşul altında, terorist faaliyetlerden mahkûm olan kimse, ölüm cezasına çarptırılamaz; böyle bir cezaya hükmedilmesi hâlinde, ceza infaz edilemez*'.

tespit etmekten alıkoyabilecektir. Fakat bunları söyledikten sonra Büyük Daire de, bu konuda bir sonuca varmayı gerekli görmemiştir.

B. Cezaya Hükmedilme veya Cezanın İnfaz Tarzı Bakımından Sorunlar

Ölüm cezanın kendisinin soyut olarak üçüncü maddeyi ihlal edip etmeyeceği meselesi bir yana, cezanın belirli şekilde infazı veya hükmediliş sebebi, yasağı ihlal edebilir[813]. Bu bakımdan, ölüm cezasının infaz süreci, mahkûmun kişisel durumu, işlenen suçla ölüm cezası arasındaki orantısızlık, taraflı yürütülmüş yargılama sonucunda hükmolunan mahkumiyet, infaz öncesi içerisinde bulunulan koşullara bağlı sebeplerle[814] üçüncü maddenin koruduğu alana tecavüz edildiği ileri sürülebilir.

Öcalan kararına bakılırsa[815], ölüm cezasının infaz edilmesi geriye dönüşü mümkün olmayan bir durum yarattığından, böyle bir cezaya ancak bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hükmedilebilir. Ayrıca, hem ilk derece hem de temyiz aşamasında en katı âdil yargılama standartlarına uyulmalıdır. Sadece bu koşullara uyulması durumunda, keyfî ve haksız şekilde kişilerin yaşam haklarından mahrum edilmeleri önlenebilir. Bu bakımdan, doğru ve âdil yargılanmayan bir kimsenin ölüm cezasına mahkûm edilmesi, ikinci maddeye aykırı olur. Aynı doğrultuda, bir kimseyi âdil olmayan bir yargılama sonucunda ölüm cezasına mahkûm etmek, o şahsı cezasının infaz edileceği korkusuna haksız yere maruz bırakmak anlamına gelir. Bir ölüm cezası hükmünden kaynaklanan korku ve belirsizlik, hükmün infaz edileceği yönünde gerçek bir ihtimalin var olduğu durumlarda, önemli ölçüde ıstıraba yol açacaktır. Bu ıstırabın bir sebebi de, hükme yol açan işlemlerin âdil olmayışıdır. Demokratik bir toplumda meşru bir yere artık sahip olmadığı düşünülen ölüm cezasının âkit taraflarca reddedilmiş olması dikkate alınırsa, bu şartlar altında ölüm cezasına hükmedilmesi ve başvuranın üç yıl boyunca

[813] Bkz. **JANIS/ KAY/ BRADLEY**, s. 154-155.
[814] Öcalan/Türkiye, 12.3.2003, § 207, 213; Soering/Birleşik Krallık, 7.7.1989, § 104. Aynı anlayışa Amerikan Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında yer vermiştir. ABD Anayasası'na Ek 5. ve 8. tadil metinleri, yargılama sonucu verilmiş ölüm cezasının infazını hukuka uygun bulsa da, Anayasa Mahkemesi (*Supreme Court*) bu hallerde, infazın tarzı bakımından insan haklarına aykırı olacağını belirtmiştir.
[815] Öcalan/Türkiye, 12.3.2003, §§ 203 vd.

bunun sonuçlarına katlanmak zorunda kalması, başlı başına insanlık dışı muamelenin bir tarzına tekabül eder (paragraf 207, 211-212)[816]. Bu görüş Büyük Dairenin 12.5.2005 tarihli kararında da tekrarlanmıştır.

Ölüm cezası bakımından çok önemli bir içtihat Soering davasıdır[817]. Mahkeme burada 'ölüm koridoru (bekleyişi)' olgusundan bahisle üçüncü maddenin ihlaline hükmederken, ölüm cezasının kendisinin Sözleşmeye aykırı olduğunu incelemeye gerek görmeyip sadece infaz koşulları üzerinde durmuş ve somut olay bakımından bunların maddeye aykırılığa yol açacağına hükmetmiştir. Ölüm bekleyişi olgusu (*death row phenomenon*), kişinin ölüm cezasına mahkum edilmesi tarihinden başlayarak, bu cezanın infazına kadar geçen sürede içinde bulunduğu ruhî durumu ifade eder[818].

İçtihada yol açan olayı özetleyecek olursak, Alman vatandaşı *Jens Soering*'in Mart 1985'te henüz on sekiz yaşındayken, ABD'de kız arkadaşıyla iştirak halinde, kızın anne ve babasını öldürdüğünden şüpheleniliyordu. Henüz haklarında bir cezaî işleme girişilmeden, Soering ve kız arkadaşı *Elizabeth, Virginia*'dan ayrılmışlardır.

---

[816] Belirtelim ki bu sonuca varırken Mahkeme, Öcalan'in ölüm cezasının infaz edilme ihtimalinin gerçek bir risk oluşturduğuna kanaat getirmiştir. 9.8.2002 tarih ve 4771 sayılı Kanunla, barış zamanında ölüm cezası TBMM tarafından kaldırılmıştı. Türk Hükûmeti, Mahkemeye yönelik 19 Eylül 2002 tarihli mektubunda da Türk Yargıtayı'nın 22 Kasım 1999 tarihli kesin kararından sonra, Öcalan'ın ölüm cezasının infaz edilmesinin artık söz konusu olmadığını beyan etmiştir. Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi de, 3 Ekim 2002 tarihli kararıyla, başvuranın ölüm cezasını müebbet ağır hapis cezasına çevirmiştir. Bir siyasî partinin (Milliyetçi Hareket Partisi), 4771 sayılı Kanunun, ölüm cezasını kaldıran hükümlerinin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı başvuru da, 27 Aralık 2002'de reddedilmiştir. Fakat Mahkemeye göre, bu süreçten sonra infaz riski ortadan kalkmışsa da, bundan önceki aşamada mevcut olan infaz riski ve bunun üç yıl boyunca sürmüş olması, üçüncü maddenin ihlâli bakımından yeterlidir. Mahkemenin görüşüne göre, her ne kadar TBMM 1984'ten beri hiçbir ölüm cezasının infazına onay vermemiş olsa ve hatta Türk Hükûmeti, Öcalan dosyasını Meclise sevk etmemiş bile olsa da, bu üç yıllık süreçteki infaz riski gerçektir. Mahkemeye göre Öcalan, Türkiye'nin en çok aradığı kimsedir, giriştiği şiddet faaliyetleri binlerce kişinin ölümüne yol açmıştır. Ölüm cezasına mahkûm edilmiş bir kimse olarak durumunun eşsizliği, tutuklu kaldığı süredeki sıkı tecrit koşullarından bellidir. Başvurucunun önemli konumu, Türk Ceza Kanunu'ndaki en ağır suçlardan mahkûm edilmiş olması ve idam edilmesi konusundaki Türkiye'deki genel siyasî tartışmalara bakılırsa, cezasının infaz edilme riskinin gerçek olduğundan şüphe edilemeyecektir. Bu bakımdan Mahkeme'ye göre Öcalan'ın mahkûmiyet kararının Yargıtay'ca onandığı 25 Kasım 1999 tarihinden, Anayasa Mahkemesi'nin ölüm cezasını kaldıran yasanın geçerliliğine karar verdiği 27 Aralık 2002 tarihine dek bu risk mevcut olmuştur (kararın 208-210. paragrafları). Oysa AİHK'nin 5.9.1994 tarihli Çınar/Türkiye kararında Türkiye'nin 1984'ten beri ölüm cezasını uygulamadığı, bu nedenle Türkiye açısından ölüm koridoru sendromunun olmadığı vurgulanmıştı, bkz. **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR,** s. 213.

[817] Soering/Birleşik Krallık, 7.7.1989, Series A, No. 161.

Daha sonra Birleşik Krallık'a geçen çift, Nisan 1996'da Londra'da iken çek sahtekarlığı suçundan tutuklanmışlardır. Yapılan sorgulamalarında çift, Virginia'da gerçekleşen cinayeti üstlenmiştir. Ardından da, Virginia'daki mahkeme jürisi, çiftin yargılanmaları gerektiği yönünde karar almıştır. Soering hakkında bu eyalette adam öldürmeden ötürü iki dava açılmıştır.

Sonuçta ABD yönetimi, Birleşik Krallık ile aralarında yürürlükte bulunan bir iade antlaşmasına dayanarak, 31 Temmuz 1986 tarihinde çiftin iadesini istemiştir[819]. Suçun işlendiği Virginia Eyaleti'nde, isnat edilen fiilin cezası ölümdür; Soering'in kız arkadaşı Elizabeth de önceden iade edilmiş, suçunu kabûl etmiş ve cinayete iştirakten doksan yıl hapis cezasına mahkum olmuştur[820]. Şayet iade edilirse Soering hem idam cezasıyla[821] hem de 'ölüm koridoru' olgusuyla karşı karşıya kalacaktır[822]. Zira yerleşmiş uygulamaya göre, hüküm infaz edilene dek aradan ortalama altı-sekiz yıllık bir süre geçmektedir[823].

Bu olaylar üzerine Birleşik Krallık, ABD ile aralarındaki iade antlaşmasının dördüncü maddesindeki yetkiye dayanarak, Soering'in iadesi durumunda ölüm cezasına çarptırılmayacağına dair güvence verilmesini istemiştir. ABD böyle bir güvence vermediği gibi, Virginia'daki yerel savcı yargılamanın ölüm cezası istemiyle gerçekleştirilmesinde ısrarcı olmuştur[824].

---

[818] Bkz. **GEMALMAZ,** Ölüm Bekleyişi Olgusu, s. 97.
[819] Bkz. **GEMALMAZ,** Ölüm Bekleyişi Olgusu, 98-99; **TURHAN,** Soering Kararı, s. 85.
[820] Bkz. **TURHAN,** Soering Kararı, s. 85. Ayrıntılı bilgi için bkz. **GEMALMAZ,** Ölüm Bekleyişi Olgusu, s. 98 vd; **ZÜHLKE/PASTİLLE,** s. 749.
[821] İade halinde kişinin mahkum edilmesi çok olasıydı, çünkü suçunu itiraf etmişti. Ayrıca bu tür suçlarda, Virginia Mahkemeleri idam cezasına kolaylıkla hükmetmekteydiler. Hafifletici sebeplerin varlığı da (failin genç olması, sabıkasız olması, suçu işlediği andaki ruhsal durumu) muhtemelen sonucu değiştirmeyecekti. Ayrıca, ABD ile Birleşik Krallık arasındaki iade antlaşması uyarınca, Krallık Hükümetinin idam cezasının uygulanmasını istemeyeceği savcı tarafından mahkemeye arz edilecekti. Ancak hemen belirtelim ki, Amerikalı savcı her halükarda idam cezasının verilmesi için bastıracağını beyan ettiğinden, bu son noktaya pek önem verilmemiştir. Ayrıca, sanığın sorumluluğunu azaltabilecek bir unsur olarak akıl zayıflığı söz konusuydu. Bu savunma, İngiliz Hukukunda geçerli olabilecekken Virginia'da öne sürülemeyecekti. Son olarak, Almanya da kendi vatandaşının iadesini talep etmiş; fakat ABD'nin talebi daha önce iletildiğinden ve delillerle desteklendiğinden buna öncelik verilmişti. Oysa ki, Almanya'da yapılacak yargılamada ölüm cezası riski yoktu.
[822] Bkz. **GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK**, s. 200-201.
[823] Bu dava hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **DOĞRU,** Kararlar, s. 139-141.
[824] Bkz. **GEMALMAZ,** Ölüm Bekleyişi Olgusu, s. 99-100.

Prosedür bu şekilde cereyan ederken devreye giren Federal Almanya Hükümeti, Birleşik Krallık'a başvurarak aralarındaki ikili bir iade antlaşmasına istinaden ve faile göre şahsîlik ilkesi uyarınca Soering'in kendisine iadesini talep etmiştir. ABD bu istemin üzerine Birleşik Krallık'a başvurup, sanığın kendilerine teslimini nota aracılığıyla talep etmiştir[825].

Birleşik Krallık'ta sürdürülen soruşturma ve koğuşturma işlemleri sonucunda, 16 Haziran 1987'de yapılan duruşmada öne sürülen itirazlara rağmen sanığın ABD'ye iade edilebileceğine karar verilmiş; Soering'in bu karara itirazları üst yargı yerince 11 Aralık 1987'de, Lordlar Kamarası'nda da 20 Haziran 1988'de reddedilmiş; İçişleri Bakanlığı'nca, sanığın ABD'ye teslim edilmesine ilişkin belge 3 Ağustos 1988'de imzalanmıştır. Bunun üzerine Soering, 8 Temmuz 1988 tarihinde AİHK'ya başvurmuş; Komisyonun bu yöndeki tavsiyesi üzerine iade geciktirilmiştir[826].

Komisyon önündeki incelemede, üçüncü maddeye ilişkin ihlâl iddiası altıya karşı beş oyla reddedilmiştir. Birleşik Krallık ve Federal Almanya'nın başvurusu üzerine, dava Divana intikal ettirilmiştir.

Hükmün, ölüm koridoru (bekleyişi) olgusuyla ilgili görüş belirtilen bölümünde, Soering'in ABD'ye iade edilmesi durumunda çok büyük olasılıkla ölüm cezasına mahkum edileceği ve ABD'nin bu cezanın infaz edilmeyeceğine dair yeterli güvenceyi de vermediği öncelikle vurgulanmıştır. O hâlde, ABD'ye iade edilmesi durumunda, Soering ölüm cezasına çarptırılma korkusuyla karşılaşacaktır. Bu noktada, üçüncü madde anlamında 'insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele'den bahsedebilmek için, mutlaka fiziksel acının şart olmadığı; mahkumun maruz kalacağı şiddet nedeniyle hissedeceği korkunun yol açtığı zihinsel kaygının (*moral anguish*) da maddenin ihlâline yol açabileceğinin altı çizilmiştir[827]. Ölüm cezasına çarptırılma durumunda, infazın gerçekleşeceği Virginia'da bu ana kadar geçen süre ortalama altı

[825] Bkz. **GEMALMAZ,** Ölüm Bekleyişi Olgusu, s. 100.
[826] Kıyaslayınız **GEMALMAZ,** Ölüm Bekleyişi Olgusu, s. 100-101.
[827] Hükmün 100. paragrafı.

yılı bulmaktadır[828]. Bu sürenin uzunluğu, mahkumun başvurduğu denetim yollarından kaynaklansa da, bu durumdaki bir kişinin tüm hukuk yollarını denemesi anlaşılabilir ve insan doğasına uygun olduğu için, bu gecikmede sanığa izafe edilebilecek bir kusur olmayıp gecikme kaçınılmazdır. Bu durumda Soering, ABD'ye iade edilmesi halinde '*süregiden bir ölüm gölgesi altında yükselen bir tansiyon ve gerilimle*' yaşayacaktır[829].

Sonuç olarak AİHM, ölüm cezasının kendisinin ikinci yada üçüncü maddeye aykırılık oluşturmamasına karşılık[830], olaydaki koşullar altında gerçekleşecek bir iadenin Soering'i 'ölüm bekleyişi olgusu'yla karşı karşıya bırakacağından ve bu durumun Soering'de yol açacağı ağır psikolojik etkilerin insanlık dışı muamele teşkil edeceğinden ötürü, iadenin gerçekleşmesinin üçüncü maddeye aykırılık oluşturacağına karar vermiştir[831].

III. VÜCUT BÜTÜNLÜĞÜNÜ İHLAL EDEN (BEDENSEL) CEZALAR

Bedensel cezaların küçük düşürücü nitelikte olduğu sık sık gündeme gelmiştir. Bu nitelikteki ilk dava, Tyrer olayı olmuştur[832]. Tyrer isimli şahıs, olay zamanında on beş yaşında bir çocuktur ve *Isle of Man* (Birleşik Krallık) hakimi tarafından, okulunda bir çocuğa saldırma suçundan mahkum edilip üç kez kızılcık sopasıyla dövülme cezasına çarptırılmıştır. Ceza, bir amir polisin denetiminde ve

---

[828] Bu sırada başvurucunun tutulacağı hapiste de, kendisine çok sıkı bir disiplin rejimi uygulanacaktır (kararın 105. paragrafı).

[829] Hükmün 106. paragrafı. Önceki tarihli bir olayda da (Kirkwood/Birleşik Krallık), Komisyon, California'ya iade edilmek istenen ve ölüm cezasıyla karşı karşıya olan bir kimsenin başvurusu üzerine benzer değerlendirmelere girişmiş; fakat somut olayda, kişinin cezasının ve California'daki infaz öncesi koşulların üçüncü maddeyi ihlâl etmeyeceğine karar vermiştir (zikreden: **ZÜHLKE/PASTİLLE,** s. 750).

[830] Hükmün 104. paragrafı. Buna karşılık cezanın bizzat kendisinin de AİHS sistemine aykırı düştüğü konusunda bkz. **GEMALMAZ,** Ölüm Bekleyişi Olgusu, s. 107-108.

[831] Bu sonuca varılırken, Soering'in tutulacağı hapishanedeki ağır koşullara, başvurucunun yaşına ve hassas aklî denge durumuna (kararın 105. paragrafı); ayrıca, kişiyi, ölüm cezasıyla karşılaşmayacağı bir devlete (Almanya) iade etme imkânının da varlığına (kararın 110. paragrafı) dikkat çekilmiştir. AİHM kararının sonucunda, Birleşik Krallık ile ABD, iade hâlinde ölüm cezasının uygulanmayacağı konusunda anlaşmışlardır. Bu koşullar altında iade edilen Soering, Virginia'da yargılanmış ve ömür boyu hapis cezasına çarptırılmıştır (bkz. **ZÜHLKE/PASTİLLE,** s. 750).

[832] Tyrer/Birleşik Krallık, 25.4.1978, Series A, No. 269. Türkçe özet metin için bkz. **GEMALMAZ,** İşkence Yasağı, s. 218-222. Kararın Türkçe tam metni için bkz. İnsan Hakları Kararlar Derlemesi cilt 1, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, s. 278 vd.

özel bir odada, doktor ve çocuğun babası gözetiminde infaz edilmiştir. Mahkeme, üçüncü maddeye aykırılığa hükmederken 'kurumsallaşmış şiddet' ('*institutionalised violence*') uygulamasından bahsetmiş; bunun, mağdurun haysiyet ve fiziksel bütünlüğüne saldırı olduğunu tespit etmiş ve bu cezanın infazını beklerken uzunca bir sürenin geçirilmiş olmasını da, kaygıya yol açtığı için ayrıca maddeye aykırı bulmuştur. Aslında burada, infaz tarzı bakımında tıbbi ve diğer türlü güvenceler alınmış, önceden doktor muayenesi yapılmış, infaz sırasında baba ve bir doktor hazır bulunmuş ve infaz özel olarak gerçekleşmiştir. Fakat, infazın özel olarak gerçekleştirilmesinin, eylemin nitelendirilmesi bakımından değerlendirmeyi etkilemeyeceği söylenmiştir. Zira, alenilik unsuru bir muamelenin küçük düşürücü olup olmadığını tespit etmede dikkate alınması gereken bir husus olabilirse de, onun yokluğu cezanın bu kategoriden çıkmasını sonuçlamaz. Zira, mağdurun kendi gözü önünde utanca düşürülmüş olması da yeterli olabilir.

Kararda mahkumiyete yol açan esas unsur, buradaki 'kurumsallaşmış şiddet' uygulamasıdır. Devlet adına, bir kimsenin diğer bir kimseye empoze ettiği, ve mağdur konumda bulunan kişinin otoritelerin elinde bir obje konumuna düşürüldüğü bir durum söz konusudur. Burada, bir kişinin fiziksel bütünlüğü ve haysiyetine, yani maddeyle korunan başlıca hukuki yararlara yönelmiş doğrudan bir saldırı vardır (kararın 33. paragrafı). Buna bağlı olarak, kamuoyunun bu cezadan yana olmasının ve cezadaki caydırıcılık ve önleyicilik unsurunun yüksek olması da sonucu değiştirmez (kararın 31. paragrafı)[833].

Diğer bir olay *Campbell* ve *Cosans* davasıdır[834]. Bu olayda iki çocuk, deri bir çubukla ellerine vurulma cezasına çarptırılmıştı. Çocukların babası, çocuklarından birini okula göndermemiş, diğerine de cezanın uygulanmasına engel olmuş, bunun neticesinde çocuk okuldan uzaklaştırılmıştı. Mahkeme, üçüncü madde açısından olayı incelerken cezaların infaz edilmemiş olmasından bahisle maddeye aykırılık bulmamıştır. Fakat, yeterince ciddi ve yakın olmak kaydıyla, salt soyut ihlal

[833] Zaten buradaki kamuoyu görüşünün, ceza politikasının kabul gören ortak ilkelerine ve Avrupa Konseyi üyesi devletlerdeki baskın anlayışa aykırı düştüğü ayrıca belirtilmiştir.
[834] Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık, 25.2.1982, Series A, No. 48.

tehlikesinin maddeye aykırılık yaratmaya yeteceğini genel bir ilke olarak vurgulamıştır[835].

Vereceğimiz son bir örnek *Costello-Roberts* davasıdır[836]. Bu olayda, kaldıkları yatılı okulda beş disiplin puanı toplayan çocuklara, popolarına altı lastik bir ayakkabıyla vurmak suretiyle ceza veriliyordu. Mahkeme, olayda maddede aranan asgari ağırlık seviyesinin bulunmadığından bahisle, üçüncü maddeye aykırılık iddiasını reddetmiştir. Olayın maddi koşulları, bu tür davalarda ana referansı teşkil eden *Tyrer* olayından oldukça farklıdır. Bu son olayda, ceza daha hafifti ve neticesinde gözle görülür bir yaralanma olmamıştı. Oysa Tyrer olayında, ceza çıplak popoya uygulanmış ve ilk darbenin etkisiyle sopanın bazı parçaları kırılmıştı. Ayrıca Tyrer olayında ceza uygulanırken, çocuk iki polis tarafından zapt edilmekteydi. Nihayet Costello-Roberts olayında, cezanın verilmesiyle infazı arasında sadece üç gün geçmişti. Tüm bu gerekçelerle, maddeye aykırılık iddiası beşe karşı dört oyla reddedilmiştir. Karşı oy veren hakimler, özellikle çocuğun yaşına (olay anında yedi) dikkat çekmek suretiyle muamelenin küçük düşürücü olduğunu iddia etmişlerdir.

Mahkemenin genel tutumuna bakarsak, etki bırakan[837] ve maddede aranan asgari ağırlık düzeyine varan tüm bedeni cezalardan dolayı, ister özel isterse resmi kurumlarca yerine getirilsin, devleti sorumlu tutma yoluna gidildiğini görürüz. Bu konuda, ebeveynlerin onayının olup olmaması da incelenmemiştir, bunun önemi olmayacaktır[838]. En çok şikayet edilen devlet olan Birleşik Krallık, okullarında bedensel cezayı önlemek için bir yasa çıkarmıştır[839].

Veliler tarafından uygulanan bedensel eylemler hakkında da devletin sorumluluğu doğabilir. Devlet, tedip (uslandırma) hakkının kullanılması çerçevesinde değerlendirilemeyecek ve özellikle yaralama düzeyine varan eylemleri, imkanı ölçüsünde önlemekle sorumludur. Burada, AİHS md. 1'den doğan ve devletlere

[835] Kararın 26. paragrafı, zikreden **OWEY/WHITE,** s. 86; **CLAYTON/ TOMLINSON,** s. 392.
[836] Costello-Roberts/Birleşik Krallık, 25.3.1993, Series A, No. 247-C.
[837] Örneğin Warwick/Birleşik Krallık (zikreden: **CLAYTON/ TOMLINSON,** s. 396).
[838] Bkz. **HARRIS/ O'BOYLE/ WARBRICK,** s. 87.
[839] Bkz. **OWEY/WHITE**, s. 87 (Education (No 2) Act 1986, Education (Scotland) Act 1980).

pozitif yükümlülük getiren anlayış geçerlidir. Bu bakımdan, maddede aranan asgari eşiğin altında kalmayan fiillerden ötürü, devletin bunları önlemek ya da cezalandırmak için yeterli tedbirleri almaması durumunda sorumluluğu doğabilecektir.

IV. YAKALAMA VE GÖZALTI SIRASINDAKİ KOLLUK FİİLLERİ

A. Genel Olarak

Genel bir tespit olarak belirtmek gerekir ki, dramatik ve ciddi vakalarda ilgili devletler dostça çözüm yoluna gitmeyi seçtiklerinden bir çok önemli dava kayıttan silinmekte ve böylece mahkemenin bu konudaki içtihat oluşturma imkanı ortadan kalkmaktadır[840].

Bununla birlikte görülen davalara bakılarak denilebilir ki, genel olarak özgürlüğünden yoksun tutulan kimse üzerinde durumun mutlak surette gerekli kılmadığı şekilde kuvvet kullanılması, onur kırıcı muamele sayılmalıdır; dolayısıyla, üçüncü maddeye aykırıdır[841]. Fakat, kısa süreli gerginlikler vesilesiyle polisin mağdura dayak attığı durumlarda, itiraf elde etme gibi durumu ağırlaştırıcı faktörler yoksa, madde ihlal edilmiş olmakla birlikte işkencenin varlığından bahsedilemez[842].

Buna karşılık, yakalama işleminin gerçekleştirilmesi veya kaçmanın önlenmesi için devlet görevlilerinin olayın 'mutlaka gerekli' kıldığı düzeyi aşmayan bir kuvvet kullanımı sonucunda sebebiyet verdikleri kasıtlı olmayan yaralama ve öldürmeler, AİHS md. 2'nin açık hükmü karşısında Sözleşme'ye uygundur[843]. Buradaki hukuka uygunluk sebebi, üçüncü madde açısından da geçerli sayılmalıdır.

---

[840] Bunun çok iyi bir örneği, geçtiğimiz Mart ayında (2001) dostça çözümle sonuçlanan Köksal/Hollanda davasıdır. Olayda, bir Türk vatandaşı gözaltına alınırken maruz kaldığı iddia edilen hareketler sonucu ertesi gün ölmüştür. Taraflar, olay Mahkeme önündeyken dostça çözüm yoluna başvurmuşlardır.

[841] Ribitsch/Avusturya, 4.12.1995, Tekin/Türkiye, 9.6.1998 (bkz. **GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK,** s. 200; **CLAYTON/ TOMLINSON,** s. 396).

[842] Bkz. **OWEY/WHITE,** s. 64.

[843] Detaylı bilgi için bkz. **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 216 vd; **GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK**, s. 164 vd; **REİSOĞLU,** s. 40; **DOĞAN,** Gözaltında…, s. 228.

Kolluk tarafından işlenen fiillere ilişkin önemli bir örnek Tomasi/Fransa davasıdır[844]. Olayda, Bay Tomasi, iki gün süren gözaltı süresinde pek fena muameleye tabi tutulmuştu. Kişi tokatlanmış, tekmelenmiş, yumruklanmış, saatlerce ayakta tutulmuş, açık pencere önünde çıplak olarak ayakta tutulmuş, yemekten mahrum bırakılmış ve ateşli silahla tehdit edilmiştir[845]. Hükümet, mağdurda meydana gelen yaralanmalar için bir açıklamada bulunamamış; fakat üçüncü maddeyi ihlal edecek ağırlıkta bir muamelenin bulunmadığını öne sürmüştür. Ayrıca, bu kişinin Korsika adasında yakalanan bir terörist olup, ciddi terör faaliyetlerinde bulunduğu öne sürülmüştür.

Mahkeme, üçüncü maddenin ihlal edildiği sonucuna varırken şunları söylemiştir: '*Soruşturmanın gerekleri ve, özellikle teröre ilişkin hallerde, suçla mücadelenin inkar edilemez zorlukları kişilerin fiziksel bütünlüğüne tanınacak korumanın sınırlanmasına yol açamaz'* [846]. Yani, üçüncü maddedeki yasağın mutlak yapısı sebebiyle, mağdur konumunda bulunan kişinin özelliğine dayanarak ona tanınacak korumanın standardında bir değişiklik öngörülemeyecektir.

Buna karşılık, Mahkemeye göre, yakalanan bir kimsenin gereksiz yere kelepçelenmiş olması, önlemin yasal bir yakalama-tutuklama işlemi sonucunda uygulanmış olması ve şartların makul olarak gerekli kılabileceği düzeyi aşan şekilde kuvvet kullanılmış ya da kişinin teşhir edilmiş olmaması şartıyla, maddeyi ihlal etmez[847]. Özellikle, kişinin kaçmasını ya da kendisine veya başkalarına zarar vermesini önlemek amacıyla bu yola başvurulması mümkündür[848]. Hatta, Öcalan kararında, bu ve benzer amaçlarla (örneğin güvenlik görevlilerinin sanık tarafından teşhis edilmesinin engellenmesi için) kişinin gözlerinin bantlanmasının üçüncü

[844] Tomasi/Fransa, 27.8.1992, Series A, No. 241-A.
[845] Ayrıntılı bilgi için bkz. **GEMALMAZ,** İşkence Yasağı, s. 230-232.
[846] Tomasi/Fransa, 27.8.1992, § 11. Bu kararın metni için bkz. İnsan Hakları Kararlar Derlemesi cilt 2, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1998, s. 75-110. Aynı yönde daha yeni kararlar için bkz. Selmouni/Fransa, 28.7.1999; Satık ve Diğerleri/Türkiye, 10.10.2000.
[847] Raninen/Finlandiya, 16.12.1997, § 56.
[848] Öcalan/Türkiye, 12.3.2003, § 223.

maddeye aykırı olmadığı, bu sırada kişinin sorgulanmaması ve işlemin onu küçük düşürme amacıyla yapılmaması da dikkate alınarak tespit edilmiştir[849].

Bu başlık altında yer verebileceğimiz ilginç bir olay Hurtado/İsviçre[850] davasıdır. Burada, gözaltına alma esnasında kullanılan patlayıcı maddenin yarattığı şokun etkisiyle başvurucu, büyük tuvaletini altına kaçırmıştı. Hükümde, Hurtado'nun ertesi güne kadar üstüne değiştirmesine izin verilmemesi küçük düşürücü muamele niteliğinde bulunmuştur[851].

Buna karşılık, Hüseyin-Devrim Berktay/Türkiye kararında (1.3.2001), babanın, balkondan düşüp yaralanan oğlunu hastaneye götürme yönündeki ısrarlarına rağmen, kolluk kuvvetlerinin olayı aydınlatmak amacıyla kendisini karakola götürmesi sonucunda maruz kaldığı korku ve manevî çöküntünün üçüncü madde bakımından aranan asgarî düzeye varmadığı; polislerin takip ettiği prosedürün de adlî olayın aydınlatılması bakımından olağan bir yol olduğu belirtilmiştir[852].

Nihayet belirtelim ki, muhtaç durumda olanlar için sağlık hizmeti sunma, örneğin gözaltına alınırken yaralanan bir kimseye gerekli tıbbî desteği sağlama yükümlülüğü, bu noktada da mevcuttur[853].

B. İspat Yükü

Kolluk gözetiminde bulunan kimselere karşı işlenen fiillere ilişkin davalarda ispat yükü bakımından ayrık kuralların uygulanabildiğini ve davalı aleyhine 'illiyet karinesi'ne başvurulabildiğini yukarıda açıklamıştık[854]. Tomasi kararına göre, devlet yetkililerinin gözetimi altına girmeden önce hiç bir rahatsızlığı ve sakatlığı bulunmayan bir kimsenin (gözaltına alındığından sağlıklı olan bir şahsın)

[849] Öcalan/Türkiye, 12.3.2003, § 224.
[850] Hurtado/İsviçre, 28.1.1994 (Türkçe özet için bkz. **DOĞRU,** Kararlar**,** s. 400-401).
[851] Zikreden: **HARRIS/ O'BOYLE/ WARBRICK,** s. 83.
[852] Zikreden: **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 249.
[853] Bkz. **BAŞAK, Cengiz,** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Gözaltında İnsan Hakları İhlalleri, AÜHFD, Cilt 51, Sayı 4, 2002, s. 52 ('**BAŞAK**, AİHM…').
[854] Bkz. İkinci Bölüm, § 2, III, C altında aktarılanlar.

salıverildikten sonra bedensel tahribatı bulunuyor ve bunu açıklayabilecek makul bir sebep gözükmüyorsa, bu sakatlıkların/yaralanmaların makul ve haklı sebeplerini açıklamak davalı devlete düşmektedir[855].

Diğer bir deyişle, şüphelilerin ifade verme veya gözaltı süreci sırasında maruz kaldıkları yaralanmaların gerekçesi, ilgili resmî makamlar tarafından ikna edici bir şekilde açıklanamazsa ve bu yaralanmaların devlet adına görev yapan kimselerin eylemlerinden kaynaklanmadığı ispat edilemezse, üçüncü maddenin ihlâl edildiğine hükmedilebilir[856]. Gerçekten de, göz altında (ve genel olarak devletin hakimiyet alanı içinde) iken, bir kimsenin hayatı ya da vücut bütünlüğü konusunda meydana gelebilecek her türlü olumsuzluğun görevlilerin bilgisi ve sorumluluğu altında oluştuğu karineten kabûl edilmektedir[857]. Tomasi davasındaki bu anlayış, genel bir ispat karinesi kuralı haline dönüşmüştür[858].

Buna karşılık, kısmen benzer bağlamda geçen *Klaas/*Almanya[859] davasında farklı bir sonuca varılmıştır. Bu olayda, sarhoş olduğundan şüphelenilen bir bayan sürücüden nefes örneği vermesi istenmiştir. Çıkan tartışma ve bunu takip eden mücadele sonucunda bayan Klaas kelepçelenmiştir. Fakat bu sırada bazı yaralanmalara uğramıştır (özellikle sol omzundan uzun süreli bir sakatlık geçirmiş ve kafasını pencereye çarpması sonucunda bir süre baygınlık geçirmiştir). Davacı, gözaltına alma esnasında aşırı güç kullanımı sonucunda yaralandığını iddia ederken,

---

[855] Aynı yönde Altay/Türkiye, 22.5.2001, § 50; Sakık ve diğerleri/Türkiye, 10.10.2000, § 54.

[856] Bkz. **EVANS/MORGAN,** ECPT 1992-1997, s. 670; **ER**, s. 176; **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 274; **CLAYTON/ TOMLINSON,** s. 389, 396 vd; **ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK** Ceza Muhakemesi, no. 113; **BAŞAK,** AİHM…, s. 49; **ERGÜL,** s. 110;; **DOĞAN,** s. 226.

[857] Bkz. **DOĞAN**, s. 226.

[858] Örneğin Satık/Türkiye davasında başvurucular mahkemeye götürülmek üzere, hapishanedeki hücrelerinden çıkartılmışlardı. Kendi iddialarına göre, üzerlerinin aranmasını reddettiklerinden dövülmüşlerdi. Bazıları ciddî şekilde yaralanmıştı. Hapishane görevlilerine göreyse, mahkumlar kapıya doğru giderken kol kola girip bir insan zinciri oluşturmuşlardı. Fakat merdivenlerdeki bir çarpışma sebebiyle hepsi düşmüş ve yaralanmıştı. Yürütülen soruşturma sonucunda görevlilere karşı hiçbir tedbire başvurulmamış ve hatta, daha sonra da soruşturma dosyası kaybolmuştur. Bütün bu olaylar karşısında Mahkeme, yürütülen iç soruşturmanın doğruluğu hakkında şüphelerini belirtmiş ve merciler tarafından makul bir açıklama sunulamamış olmasının karşısında, başvurucuların iddia ettikleri gibi devlet ajanları tarafından dövüldüğünü tespit etmiştir (kararın 61. paragrafı). İlliyet karinesini ortaya koyan içtihatlar için yine bkz. Ribitsch/Avusturya, 4.12.1995; Aksoy/Türkiye, 18.12.1996.

[859] Klaas/Almanya, 22.9.1993 (Türkçe özet metin için bkz. **DOĞRU,** Kararlar, s. 380-382).

davalı hükümet, yasal bir gözaltına direnmeye çalışan bayanın kendisini sakatladığını öne sürüyordu. Çelişen bu iddialar karşısında Alman mahkemeleri, ispat yükü kendisine ait olan davacının iddiasını kanıtlayamadığını belirterek davayı reddetmişlerdi. Komisyon, bayan Klaas açısından üçüncü maddenin ihlal edildiğini tespit etmiştir. Divan ise, ulusal mahkemenin tespitlerinden ayrılmayı gerekli görmemiş ve polisin aşırı güç kullanmış olduğu tespit edilemediğinden, üçüncü maddenin ihlal edilmiş sayılamayacağına karar vermiştir. Kararın 30. paragrafına göre, yerel mahkeme çeşitli tanıkları dinlediği ve onların inandırıcılığını değerlendirebildiği için durumu tespit etmede avantajlı konumdadır. Oysa, Strazburg organları önündeki işlemlerdeyse, ulusal mahkemenin tespitlerini şüpheye düşürtebilecek ve başvurucunun iddialarına destek verebilecek hiçbir materyal sunulmamıştır .

Mahkeme'ye göre, burada Tomasi davasından farklı bir durum vardır. Zira o olayda, polis gözetimindeki kırk sekiz saat boyunca kaynağı açıklanamayan sakatlıklar söz konusu olmuşken, bu davada, AİHM'yi ulusal mahkemenin tespitinden ayrılmaya sevk edecek hiç bir inandırıcı delil bulunmamaktadır[860]. Sonuçta, burada 'illiyet karinesi'ne başvurulmaması, somut olayın tüm koşulları nazara alınmak suretiyle mahkemenin yaptığı ayrık bir değerlendirmeden kaynaklanmakta olup genel kural Tomasi davasında konduğu gibidir.

Çoğu zaman, ulusal mahkemeler önünde bir mahkumiyet kararına varabilmek için failin tespit edilebilmiş olması gerekir. Bizde de, CMK md. 170/3-a gereği 'şüphelinin kimliği' (CMUK md.163 uyarınca, sanığın *açık* kimliği) gösterilmelidir. Bunun somut olarak ne anlama geldiği hakkında bazı tartışmalar mevcut olmakla birlikte[861] en azından ferden belli bir failin bulunmasının gerekeceği açıktır. Buna karşılık, üçüncü maddeden dolayı devletin mahkum edilebilmesi için, somut bir

[860] Buna karşılık, karşı oy kullanan Hakim Welsh'e göre, gözaltındaki kimselerin uğradığı sakatlıklar bakımından ispat yükü her zaman için ters çevrilmeli ve davalı, kusurlu olmadığını ispat etmekle sorumlu tutulmalıdır. Zira, bu tür olaylarda polisin suçluluğunu sübuta erdirecek yeterli kanıta ulaşmak sade bir vatandaş için hemen her zaman imkansızdır (bkz. **HARRIS/ O'BOYLE/ WARBRICK,** s. 64; **CLAYTON/ TOMLINSON,** s. 397).

[861] Bu tartışmalar için bkz. **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 93 vd.

sanığın tespitine gerek yoktur. Devletin sorumluluğu altında olan herhangi bir kimsenin fiili işlemiş olduğunun soyut olarak kabulü, yeterlidir[862].

Bu konuda, 1.10.1998 tarihli RG'de yayımlanıp yürürlüğe giren 'Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 10. maddesinde ilk defa öngörülen ve 1.6.2005'te yürürlüğe giren yeni yönetmeliğin 9. maddesinde yer alan 'sağlık kontrolü' uygulamasının çok isabetli olduğunu belirtmeliyiz[863]. Bu hüküm, iki yönlü

[862] Bkz. **HARRIS/ O'BOYLE/ WARBRICK,** s. 63. Tomasi davasında, Fransız mahkemeleri önünde mağdurun açtığı dava, bir sanığın tespit edilememiş olmasından dolayı reddedilmişti.

[863] Hüküm şöyledir: *'Yakalanan kişinin gözaltına alınacak olması veya zor kullanılarak yakalanması hâllerinde hekim kontrolünden geçirilerek yakalanma anındaki sağlık durumu belirlenir.*

Gözaltına alınan kişinin herhangi bir nedenle yerinin değiştirilmesi, gözaltı süresinin uzatılması, serbest bırakılması veya adlî mercilere sevk edilmesi işlemlerinden önce de sağlık durumu hekim raporu ile tespit edilir.

Gözaltına alınanlardan herhangi bir nedenle sağlık durumu bozulanlar ile sağlık durumundan şüphe edilenler, derhâl hekim kontrolünden geçirilerek gerekiyorsa tedavileri yaptırılır. Bu durumdaki kişilerden kronik bir rahatsızlığı olanların, istekleri hâlinde varsa kendi hekimi nezaretinde resmî hekim tarafından muayene ve tedavi edilmeleri sağlanır.

Gözaltına alınan kişinin ifadesini alan veya soruşturmayı yürüten kolluk görevlisi ile bu kişiyi tıbbî muayeneye götüren kolluk görevlisinin farklı olması zorunludur. Ancak personel yetersizliği nedeniyle farklı kolluk görevlisinin bulunmaması hâlinde bu durum belgelendirilir.

Tıbbî muayene, kontrol ve tedavi, adlî tıp kurumu veya resmî sağlık kuruluşlarınca yapılır.

Hekim raporu üç nüsha hâlinde düzenlenir. Kolluk görevlileri tarafından, hekim raporunu verecek birime, yakalananın nezarethaneye giriş raporu mu, yoksa çıkış raporu için mi getirildiği yazılı olarak bildirilir.

Yakalama veya nezarethaneye giriş raporunun bir nüshası raporu tanzim eden sağlık kuruluşunda saklanır, ikinci nüshası gözaltına alınana, üçüncü nüsha ise soruşturma dosyasına eklenmek üzere ilgili kolluk görevlisine verilir.

Gözaltı süresinin uzatılması veya yer değişikliği ya da nezarethaneden çıkış sırasında düzenlenen hekim raporlarından; bir nüshası sağlık kuruluşunda saklanır, iki nüshası ise raporu düzenleyen sağlık kuruluşunca kapalı ve mühürlü bir zarf içerisinde ilgili Cumhuriyet başsavcılığına en seri şekilde gönderilir. Bunlardan bir nüshası Cumhuriyet savcısı tarafından gözaltına alınanın kendisine veya vekiline verilir, bir nüshası ise soruşturma dosyasına eklenir. Bu raporların düzenlenmesinde ve Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesinde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 157 nci maddesinde belirtilen gizlilik kurallarına uyulur ve bu amaçla gerekli tedbirler ilgili sağlık kuruluşunca alınır.

Hekim muayene esnasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 94 üncü maddesinde belirtilen işkence, 95 inci maddesinde belirtilen neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence ve 96 ncı maddesinde belirtilen eziyet suçlarının işlendiği yolunda herhangi bir bulguya rastlaması hâlinde, keyfiyeti derhâl Cumhuriyet savcısına bildirir. Bu durumda Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 7 ve 8 inci maddesine göre işlem yapılır.

Hekim ile muayene edilen şahsın yalnız kalmaları, muayenenin hekim hasta ilişkisi çerçevesinde yapılması esastır. Ancak, hekim kişisel güvenlik endişesini ileri sürerek muayenenin kolluk görevlisinin gözetiminde yapılmasını isteyebilir. Bu istek belgelendirilerek yerine getirilir. Bu durumda gözaltına alınan kişinin talebi hâlinde müdafiî de muayene sırasında gecikmeye neden olmamak kaydıyla hazır bulunabilir.

Kadının muayenesi, talebi hâlinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılır. Muayene edilecek kadının talebine rağmen kadın hekimin bulunmaması halinde, muayene sırasında hekim ile birlikte sağlık mesleği mensubu bir kadın personelin bulundurulmasına özen gösterilir'. Önceki yönetmelikte, muayene edilen şahısla doktorun yalnız kalması kuralının bir çok

bir koruma sağlamaktadır. Gerçekten, bir yandan işkenceye maruz kaldığını iddia eden vatandaşlara bu hususu resmî belgelerle ispat etme imkânı sağlanırken, öte yandan da bizzat devlet, kötü niyetli ve asılsız işkence iddialarından korunmuş olmaktadır. Bu husus, Tomasi kararı ile ortaya konan karine karşısında, devlete kendisini sorumluluktan kurtarma olanağını yaratmaktadır. Fakat belirtelim ki, bu uygulamanın başarılı olabilmesi için, hekim incelemesinin konusunda uzman kimselere, baskıdan uzak ve bilimsel bir ortamda yaptırılmasının devletçe sağlanması zorunludur[864]. Aksi taktirde, göstermelik ya da eksik raporlarla ne maddî gerçeğe ulaşmak ne de AİHM önünde Türkiye'yi mahkûmiyetten kurtarmak mümkün olabilecektir[865].

Son bir nokta olarak şunu da belirtmekte fayda vardır ki, gözaltında işkence iddialarının önüne geçmek ve sorunları henüz doğmadan önleyebilmek açısından, modern teknolojinin sunduğu imkânlardan da faydalanmak gerekir. Bu bağlamda, gözaltındaki şahsın ifadesinin görsel-işitsel olarak kaydı, şahsın kötü niyetli olarak kendine zarar vermesini önlemek için gözaltı odasının kamerayla veya düzenli olarak

---

istisnası mevcuttu. Yasak sorgu yöntemlerini örtbas etmek için tanındığı öne sürülmekle birlikte, soruşturmanın selameti, doktorun güvenliği ve şüphelinin güvenliği bakımından tehlike doğan hallerde uygulama alanı bulan bu istisnaların haklı nedenlere dayandığı savunulmaktaydı. Özellikle güneydoğuda, bazı terör örgütü yanlısı doktorların yalnız kalmaktan istifadeyle muayene edilen kişiden öğrenilen bilgileri sızdırabileceği ya da göz altındaki kişinin hassas psikolojik durumu ve/veya arz ettiği tehlikelilik durumu sebebiyle doktora ya da kendisine zarar verebilme ihtimalinin varlığı gibi fiilî gerçeklerin bu istisnaları zorunlu kıldığı öne sürülmüştü. Bu teorik ihtimaller bir yana, bize de makul gelen düşünce tarzına göre, zaten baskı yapacak olan bir kolluk görevlisinin bunun için doktorla aynı odada kalmaya muhtaç olmadığı ve kolluğun hukuka aykırı bir baskı yapacağı varsayımından hareket etmenin doğru olmadığıdır (bu görüşler için bkz. **ERYILMAZ, Bedri,** Yeni Yakalama, Gözaltı ve İfade Alma Yönetmeliğine Getirilen Eleştirilere Bir Eleştiri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 1999/2, Yıl: 12, s. 442-445). Bu söylenenlerden çıkan sonuç, bu hükmün işkence uygulamalarının örtbas edilmesini sağlama amacı güttüğü gibi bir yorum yapmanın adil olmadığını göstermekteydi. Fakat şu da bir gerçekti ki, kendisine işkence yapan kolluk görevlileri ya da meslektaşlarıyla aynı odada bulunan bir mağdurun doktora şikayette bulunabilmesi ve bu koşullarda doktorun rahatça harekete edebilmesi de bazen daha güç hale gelecekti. Yeni yönetmelik, muayenenin gizliliği koşuluna tek istisnayı, hekimin '*kişisel güvenlik endişesini ileri sürerek muayenenin kolluk görevlisinin gözetiminde yapılmasını isteyebil*'mesi durumunda tanımıştır**.**

[864] Bu açıdan, muayene sonucu verilen raporların içeriği hakkında kolluk kuvvetlerinin bilgi sahibi olmaması için gerekli önlemlerin alınması gerektiği belirtilmektedir, bkz. **ŞAHİN,** Yakalama, s. 328. Oysa yeni yönetmeliğin md. 9/7 hükmüne göre '*Yakalama veya nezarethaneye giriş raporunun bir nüshası raporu tanzim eden sağlık kuruluşunda saklanır, ikinci nüshası gözaltına alınana, üçüncü nüsha ise soruşturma dosyasına eklenmek üzere ilgili kolluk görevlisine verilir*'.

[865] Bkz. **CENTEL,** İnsan Hakları, s. 16 vd; **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 274; **DOĞAN**, s. 227; **ÇOR,** s. 451.

takip ve denetimi[866], gözaltı işlemlerinin tümüyle kayıt altına alınması ve şeffaf olması gibi önlemler önerilmektedir[867].

Bu noktada son olarak vurgulayacağımız husus, devletin, gözetimi altında bulunan kişilerin sağlığını korumakla yükümlü olduğudur. Bu bakımdan, 6.10.2001 tarihli Tanrıbilir/Türkiye kararında ortaya konduğu üzere, gözaltına alınmaya bağlı psikolojik sorunlar sebebiyle, sanığın kendisine zarar vermesine yol açabilecek nesnelerden (ör. kesici ve delici maddeler, kemer, zincir gibi) arındırılması olağan bir tedbir olarak uygulanmalıdır[868]. Gerçekten, devletin AİHS'nin ikinci ve üçüncü maddesine ilişkin pozitif yükümlülüğü, kendi kontrolü altındaki kimseler bakımından daha da artmaktadır. Bu nedenle, şayet alınması beklenebilecek tedbirlere başvurulmamışsa, gözaltındaki bir kimsenin kendisine zarar vermesi durumunda da devlet bundan ötürü sorumlu olacaktır[869]. Nitekim, 1.6.2005'te yürürlüğe giren yeni Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin md. 10/b hükmünde gözaltına alınan kişinin, k*endisine zarar verebilecek kemer, kravat, ip, kesici ve delici alet gibi nesnelerden arındırılacağı öngörülmüştür.*

C. Gözaltında Kayıp

Yakalama ve gözaltına bağlı bir husus, devlet yetkililerinin gözetiminde, özellikle de gözaltında bulunan kimselerin kaybolması ve bunlardan bir daha haber alınamaması durumudur. Bu hâllerde, kaybolan kişi bakımından üçüncü maddenin ihlâline hükmedebilmek için Mahkeme, genel ispat kuralı uyarınca, kişinin gerçekten de devlet otoritelerinin kontrolü altındayken ortadan kaybolduğunun kesin olarak ispatlanmasını aramaktadır.

Buna karşılık, kaybolan kimsenin yakınları bakımından maddenin uygulanma ihtimali vardır. Şöyle ki, kaybolan kimsenin mukadderatını araştırmak ve konu

[866] Fakat AİHS md. 8 karşısında bu yöntemin sınırları çok dikkatle tayin edilmelidir. Bunun yerine, kişinin kendisine zarar vermesine yol açabilecek eşyalardan arındırılması daha pratik bir çözümdür.
[867] Bkz. **DOĞAN,** s. 230-231.
[868] Bkz. **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR,** s. 209.
[869] Örneğin, akıl hastalığı olan bir müntehirin ölümüne yol açan olaylardan ötürü devletin sorumlu

hakkında yakınlarını haberdar etmek, devletin görevidir. Devletin gerekli soruşturmayı yapmayıp yakınları bilgilendirmemesi durumunda, bu kimselerin uzun süre boyunca ve sürekli olarak yaşadıkları belirsizlik, şüphe ve korku, onlarda ciddi manevi acı ve ısdırap doğuracak niteliktedir. Bu bakımdan, yakınları kaybolan kimselerin iddialarını araştırma yükümlülüğün ihmali, kaybolan kişinin yakınları bakımından üçüncü maddenin ihlâlini oluşturur[870]. Mahkemenin Kurt kararındaki açıklamasına göre (paragraf 98), bu ihlâle yol açan hususun özü, kişinin kaybolmuş olmasından çok, dikkatlerine sunulan durum karşısında yetkili mercilerin tepki ve tavırlarıdır. Bu sebepledir ki, bazı yakınlar yetkili mercilerin davranışının doğrudan mağduru sıfatıyla başvuruda bulunabilirler.

Buradan çıkan sonuç şudur: yakın akrabası kaybolan ve hatta öldürülen (AİHS md. 2'deki yaşam hakkı ihlâl edilen) her şahıs bakımından otomatikman üçüncü maddenin ihlâlinden bahsedilemez. Fakat bu olayla bağlantılı olarak, söz konusu şahsın özel olarak acı çekmesini ve mağduriyetini doğuran gelişmeler yaşanmışsa; örneğin 14.12.2000 tarihli Taş/Türkiye kararında olduğu gibi, akrabanın başvurusuna rağmen olayı aydınlatmak ve kendisini bilgilendirmek açısından gerekli hiçbir işlem yapılmamışsa; bu olayla ilgili olarak, resmî makamların söz konusu tavrından ötürü yakının maruz kaldığı manevî acı ve ıstırap, kendisi bakımından üçüncü madde anlamında insanlık dışı muamele sayılabilecektir[871]. Demek ki bu tür durumlarda, örneğin yakınının göz altında kaybolduğu iddiasıyla resmî makamlara yapılan bir başvurunun varlığında, ilgili görevliler ciddî ve samimi bir araştırmaya girişmek durumundadırlar. Aksi taktirde, söz konusu iddia kanıtlanamasa bile devletimiz hem göz altında kaybolduğu iddia edilen kimse bakımından etkin araştırmanın yapılmamış olması gerekçesiyle md. 2 ve/veya md. 13'ün ihlâlinden dolayı; hem de söz konusu yakına karşı yine üçüncü maddenin ihlâlinden ötürü mahkûm olacaktır[872].

---

tutulduğu Keenan/Birleşik Krallık davası, 3.4.2001, §§ 108 vd.

[870] Kurt/Türkiye, 25.5.1998, §§ 130-134; Çakıcı/Türkiye, 8.7.1999, § 98; Çiçek/Türkiye, 27.2.2001, §§ 173-174; ayrıca bkz. BM İnsan Hakları Komitesi'nin 21.7.1983 tarihli Quinteros/Uruguay kararı.

[871] Bkz. **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 252-253; **BAŞAK,** AİHM…, s. 54-55.

[872] Bkz. benzer yönde **DOĞAN,** s. 226. Öte yandan, gözaltında kayıp iddialarında bir çok kez devlet ilgili kişiyi salıverdiğini, başvurucular ise kişiyi gözaltına alındıktan sonra bir daha görmediklerini iddia etmektedirler. Hatta bazen ilgili kişinin cesedi ortaya çıktığında, yakınları onun devlet tarafından

V. SUÇLULARIN İADESİ, SINIR DIŞI EDİLMESİ VE İLTİCAYA İLİŞKİN SORUNLAR

A. Genel Olarak

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin AİHS'yi amaçsal yorum yöntemiyle ileri götürücü ve geliştirici bir şekilde yorumlamasının önemli yansımalarından biri, AİHS'ye taraf devletlerden sınır dışı edilme ya da başka bir ülkeye iade edilme tehdidi altında olan kimseler hakkında verilen kararlarda görülmüştür[873].

Aslında, AİHS'ye Ek 4. Protokolde konuyu düzenleyen maddeler vardır. Söz konusu Protokolün 3. ve 4. maddelerine göre, vatandaşlar sınır dışı edilemez ve yabancılar da toplu olarak sınırdışı edilemez. Yedinci Ek Protokolün 1. maddesi de yabancıların sınırdışı edilmesine ilişkin usulî güvenceleri düzenlemektedir[874]. Fakat söz konusu protokol hükümlerinin dışında, AİHS sisteminde konuyla ilgili bir sınırlama yoktur[875].

Genel ilke olarak, ulusal hukuka ya da uluslararası antlaşmalara aykırı olarak bir şüpheli ya da mahkumu iade etmek, üçüncü madde açısından bir denetimi devreye sokmaz. Zira, '*iade hukukunun doğru uygulanmasını gözetmek*' AİHM'nin görevi değildir[876]. Fakat, gönderildikleri ülkede siyasi sebeplerle zulme maruz kalma ya da kötü muameleyle karşılaşma ihtimali olan kimselerin durumu üçüncü madde açısından tartışma ve tereddütlere yol açmıştır.

öldürüldüğünü, devlet ise salıverildikten sonra örgüt içi hesaplaşma sebebiyle öldürüldüğünü öne sürebilmektedir. Bu tür iddiaların önüne geçmek açısından, özellikle terör suçlarında bir kimseyi salıverirken ailesinden birinin ya da bir avukatın hazır bulunmasının sağlanması tavsiye edilmektedir, bkz. **TEZCAN, Durmuş,** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Adli Kolluk, Ceza Adalet Sistemi ve Polis Sempozyumu, 6-8 Mayıs 1998, Polis Akademisi, Emniyet Genel Müdürlüğü Basımevi, Ankara 1998, s. 181 ('**TEZCAN**, Adlî Kolluk').

[873] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ayrıca Protecting Human Rights: The European Dimension, Essays in Honour of Gérard Wiarda, Köln, 1990, s. 663 vd.

[874] Her iki Protokolün Türkçe metinleri için bkz. **CENGİZ,** Rehber, s. 76-78, 82-86.

[875] AİHS'de, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin aksine sığınma (asylum) hakkına yer verilmemiştir.

Burada Mahkemenin genel anlayışı şudur: her şeyden önce, bir kimsenin Sözleşmeye taraf olmayan bir üçüncü devlete gönderilmesi durumunda, artık uyuşmazlığın Mahkemenin yetki alanına girmeyeceği kabul edilemez. Zira, bu üçüncü devlette Sözleşmeye aykırı muameleyle karşılaşma riski varsa, bunu önlemek gönderen devletin yükümlülüğüdür ve bu bakımdan da AİHM, gönderen devletin, yani Sözleşmeye taraf bir devletin fiilini değerlendirmektedir[877].

Mahkemenin deyimiyle, '*işlenen suç ne kadar haince olursa olsun, bir devletin, bir kaçağı işkence, insanlık dışı muamele ya da küçük düşürücü muameleye maruz kalma tehdidi altında olduğu diğer bir ülkeye, bu durumu bilmesine rağmen teslim etmesi, üçüncü maddenin ruh ve amacına açıkça aykırı olur*'[878]. Aksine bir anlayışın kabul edilmesi, Sözleşmede tanınan hakların etkin uygulanmasını önlerdi[879].

Demek ki, iade ya da sınır dışı edilmek istenen kimsenin gönderilmesi düşünüldüğü ülkede AİHS'ye aykırı bir muameleye maruz kalma riskinin olduğunu gösteren ciddi sebepler varsa, bu kimseyi iade ya da sınır dışı etmek suretiyle bu riske maruz bırakan ilgili Sözleşmeci devletin sorumluluğu söz konusu olur[880].

---

[876] Altun/Federal Almanya, başvuru no.10308/83, , paragraf 156 (zikreden: **YILMAZ,** s. 102).

[877] Buna karşılık, AİHS'ye taraf bir devletten diğer bir Sözleşmeci devlete başvurucunun gönderilmek istendiği durumlarda, kişinin gönderileceği diğer devlette hak ihlâline uğrayacağı iddiasıyla kendisini iade ya da sınır dışı etmek isteyen devlete karşı yöneltilen başvurular, reddedilmektedir. Strazburg organları, böyle bir durumda ilgili diğer devletin Sözleşme'deki haklara riayet edeceğini varsaymaktadır (ör. K ve F/Hollanda, 2.12.1986 Kom. Kararı), bkz. **LAMBERT,** s. 74. Bu karar, Sözleşmeci olmayan üçüncü bir devlete gönderilecek yabancıları; Sözleşmeci diğer bir devlete gönderilecek vatandaşlara göre daha çok koruduğu için eleştirilmektedir (bkz. **PETTİTİ/DECAUZ/İMBERT,** s. 171 vd; **LAMBERT,** s. 74).

[878] Bkz. **JANIS/ KAY/ BRADLEY**, s. 151. Bu görüş bir çok davada çok benzer ifadelerle yer almıştır. Bkz. *inter alia* Vilvarajah/Birleşik Krallık, 30.10.1991, § 34; Chahal/Birleşik Krallık, 15.11.1996, §§ 73-74; Ahmed/Avusturya, 17.12.1996, § 39. Detaylı bilgi ve başka içtihatlar için bkz. **van DİJK/van HOOF**, s. 328 vd; bkz. ayrıca **GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK,** s. 201; **YILMAZ,** s. 102. Bilindiği gibi, bu ihtimal 1984 tarihli BM İşkence Sözleşmesi'nde açıkça öngörülmüş ve bu koşullar altında iadenin gerçekleştirilmeyeceği öngörülmüştür. AİH Komisyonu da, önceki tarihli bir çok kararında aynı doğrultuda görüş beyan etmişti, bkz. **LAMBERT,** s. 65, dn. 7.

[879] Bkz. **ZÜHLKE/PASTİLLE,** s. 782; **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 250.

[880] Böylece, AİHS md. 3 aracılığıyla, haklarının ihlâli bakımından özellikle hassas bir durumda olan ve Sözleşmenin açıkça iltica hakkı veya iade ya da sınır dışı edilmeme hakkı tanımadığı yabancılara dolaylı bir koruma sağlanmış olmakta ve Sözleşme'nin bazı açıkları kapatılmaktadır, bkz. **LAMBERT,** s. 64 (yazar buna '*protection par ricochet*' demektedir).

BM KSHUS ile kurulan İnsan Hakları Komitesi de, 3.4.1992 tarih ve 20 (44) sayılı genel yorumunda aynı yargıya varmıştır[881].

Bu bakımdan, şayet olay AİHM'ye intikal etmişse, kısa süre içinde başvurucunun sınırdışı edilmesinin söz konusu olduğu davalarda Mahkeme, ilgili devlet yetkilileriyle temasa geçmekte ve çoğu zaman işlemin Mahkemenin davayı incelemesini bitirmesine kadar ertelenmesi konusunda hükümetin karar almasını sağlamaktadır[882].

Soering davasından beri Mahkemenin sürdürdüğü bu içtihat, devletlerin kendi ülkeleri üzerinde kimlerin bulunabileceğini tümüyle serbest biçimde takdir edebilecekleri yönündeki anlayışın, bundan böyle AİHS'de güvence edilen temel hakların ihlâl edilmemesi koşuluna bağlandığını göstermektedir[883].

B. İade

İade ile üçüncü madde arasındaki ilişki, Soering davasında ele alınmıştır[884]. Yukarıda özetlendiği gibi, Alman vatandaşı olan Jens Soering on sekiz yaşındayken ABD'de kız arkadaşıyla iştirak halinde anne ve babasını öldürmekle suçlanıyordu. Daha sonra Soering, İngiltere'de başka bir suçtan ötürü ele geçirildi ve ABD'nin devreye girmesi üzerine, söz konusu ülkeye iade edilmek üzere işlemlere başlandı. Suçun işlendiği Virginia Eyaleti'nde fiilinin cezası ölümdü[885]. Yaygın uygulamaya göre de, hüküm infaz edilene dek aradan altı-sekiz yıl kadar bir süre geçiyordu[886]. Şayet iade edilirse, Soering hem idam cezasıyla hem de 'ölüm koridoru' olgusuyla

[881] Bkz. **GEMALMAZ,** Yaşam Hakkı…, s. 246.
[882] Bkz. **OWEY/WHITE**, s. 82.
[883] Bkz. **ZÜHLKE/PASTİLLE,** s. 752. İlk defa söz konusu Soering kararı ile, doğrudan iade işleminin Sözleşme'deki haklar bakımından yasallığını doğrudan inceleme yoluna gidilmiştir, daha önce bu mesele genellikle AİHS md. 5'deki kişi güvenliği çerçevesinde ele alınıyor ve bizzat iade işlemi inceleme konusu yapılmıyordu, bkz. **LAMBERT,** s. 67.
[884] Soering/Birleşik Krallık, 7.7.1989, Series A, No. 161. Kararın ayrıntılı bir incelemesi için bkz. **GEMALMAZ,** Ölüm Bekleyişi Olgusu, s. 98 vd.
[885] Ayrıntılı bilgi için bkz. **GEMALMAZ,** Ölüm Bekleyişi Olgusu, s. 98 vd.
[886] Bu dava hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **DOĞRU,** Kararlar, s. 139-141.

karşı karşıya kalacaktı[887]. 'Ölüm koridoru' olgusu, kararın 111. paragrafında belirtildiği gibi, mahkumun '*yıllarca sürecek bir ölüm koridoruna girip belirsizlik içinde ve ölümün gölgesinde bir yaşam…*' sürmesidir.

Bu durum üzerine, Komisyonun da müdahalesiyle iade işlemleri askıya alındı. Yapılan yargılamada da, bu koşullar altında vuku bulacak bir iade işleminin AİHS'nin üçüncü maddesine aykırı düşeceği hüküm altına alındı[888].

Mahkemece yapılan yargılamada tespit edilenleri özetleyecek olursak, her şeyden önce işkence gibi tiksindirici bir eylemin bazı bağlantılı noktaları içerdiği 1984 tarihli BM Sözleşmesinde kabul edilmiştir. Bu Sözleşmenin üçüncü maddesi uyarınca, işkence riskine maruz kalacağına inanmak için esaslı (önemli) sebeplerin bulunması halinde bir kişiyi iade etmek mümkün değildir. Özel bir antlaşmanın işkence yasağına bağlı spesifik bir yükümlülüğün detaylarına işaret ediyor olması, benzer yükümlülüğün AİHS'in üçüncü maddesinin genel söyleminde mündemiç bulunmadığı anlamına gelmez. Bir suç ne kadar haince işlenmiş olursa olsun, bir kaçağın işkenceyle karşılaşma tehdidi altında olduğu diğer bir devlete bilerek verilmesi, Sözleşmenin temelinde yatan değerlerle, Önsözün atıf yaptığı '*siyasi geleneklerin mirası, idealler, özgürlükler ve hukukun üstünlüğü*' gibi kavramlarla bağdaşamaz.

Bu durumda, devletin kendi yetki alanı dışında gerçekleşen bir fiilden dolayı sorumlu tutulamayacağı iddiası da öne sürülemez; çünkü ilgili devlet, başvurucuyu doğrudan kötü muameleye maruz bırakma sonucunu doğuracak eylemi bizzat kendisi gerçekleştirmektedir[889]. O hâlde, AİHS md. 3'ün kısa ve genel ifadesinde belirtilmemişse de, iade işleminin gerçekleşmesi maddenin ruhu ve anlayışına açıkça aykırı olur[890].

---

[887] Bkz. **GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK**, s. 200-201.

[888] Sonuçta, AİHM kararı üzerine, Birleşik Krallık idam istemine konu olacak adam öldürme isnadından dolayı Soering'i iade etmeyi reddetti. Yani, idam cezasının uygulanmamasını sağlayacak güvencelerin sağlanmasını gözetti (bkz. **GEMALMAZ,** Ölüm Bekleyişi Olgusu, s. 106).

[889] Bkz. **BANTEKAS/NASH/MACKAREL,** s. 161.

Konuyla ilgili diğer bir meşhur dava, general Amekrane olayıdır[891]. Bu şahıs 1972'de Fas Kralı'na suikast düzenlemiş; fakat başarılı olamayıp Cebelitarık'a kaçmıştır[892]. Varır varmaz da iltica talebinde bulunmuştur. Fas otoriteleri ise şahsın iadesini istemiştir. Amekrane, istemin ertesi gününde iade edilmiş ve daha önce yapılan yargılamasında hükmolunan ölüm cezası infaz edilmiştir. Bunun üzerine dul eşi ve iki çocuğu, Birleşik Krallık aleyhine dava açmıştır. Sonuçta dostça çözüme varılmıştır. Fakat yine de bu dava esnasındaki Komisyon tutumundan şu sonuçlar çıkarılabilirdi: şayet sınırdışı etme sonucunda başvurucunun, 1) temel hakları baskı altında tutulacak ya da geniş çapta ihlal edilecekse, 2) AİHS'deki maddelerden birine aykırı muameleye maruz kalmasına yol açılacaksa, 3) ya da şahıs, dini veya ırki bir nedenle ya da siyasi görüşü sebebiyle ayrımcı bir muameleyle karşı karşıya kalacaksa; artık üçüncü maddeye aykırılıktan bahsedilebilecektir[893].

Yine Komisyona göre, bir kişinin iade edilmesi prosedürünün kötüye kullanıldığına inanmak için inanılır sebepler varsa, işlemin gerçekleşmesi insanlık dışı muamele kategorisine girebilir[894] . Buna göre amaç, hususilik kuralına[895] aykırı

---

[890] Soering/Birleşik Krallık, 7.7.1989, §§ 34-35.

[891] Amekrane/Birleşik Krallık, 11.10.1973 (ayrıntılı bilgi için bkz. **TEZCAN,** Ölüm Cezasını, s. 174-175. Ayrıca bkz. **GEMALMAZ,** İşkence Yasağı, s. 216).

[892] Bilindiği gibi, Cebelitarık Birleşik Krallık'a bağlı bir ülkedir. 1704 yılında ülkenin fiili egemenliğini ele geçiren Krallık, 1713 tarihli Utrecht Anlaşması sonucunda ülkenin egemenliğini hukuken İspanya'dan devralmıştır. Yürürlükteki 1969 tarihli Anayasa ile, ülke dışişleri bakımından Krallık'a bağlanmıştır. Yani, devletler umumi hukuku bakımından Cebelitarık'ın dış ilişkilerinin yürütülmesinden ve işlemlerinin sonuçlarından yine Birleşik Krallık sorumludur. Söz konusu Anayasaya göre, Cebelitarık, Birleşik Kralllık'ın 'deniz aşırı ülkesi'dir (bilgi için bkz. http://www.gibnet.com/faq.htm (son erişim 1.10.2005).

[893] Bkz. **JACOBS, G. Francis/ WHITE, C. A. Robin**, The European Convention on Human Rights, 2nd edition, Clarendon Press, Oxford 1996, s. 61.

[894] Bkz. **HARRIS/ O'BOYLE/ WARBRICK,** s. 77.

[895] İadede hususilik ya da özellik (ihtisas) kuralının anlamı, iade edilen kişinin sadece iade talepnamesinde belirtilen suçtan ötürü yargılanabilmesi ve şayet bir mahkujm söz konusu ise, sadece iadeye konu olan cezasının infaz edilebilmesidir. Ancak bu durum, iade edilen kişinin geri verilmesinden önce işlediği suçlar bakımındandır. Yine, yargılama sırasında, iade talebinde belirlenen suçun niteliği değişmiş ve yeniden nitelendirilen suçun unsurları iadeye engel bir durum ortaya çıkarıyorsa, kişi derhal serbest bırakılmalıdır. Keza, iade edilen kişi koğuşturma sonucunda beraat ettikten ya da cezası infaz edildikten sonra, iade eden devletin rızası olmaksızın bir diğer devlete de iade edilemeyecektir. Nitekim, 5237 s. YTCK md. 18/8'e göre '*Geri verme hâlinde, kişi ancak geri verme kararına dayanak teşkil eden suçlardan dolayı yargılanabilir veya mahkûm olduğu ceza infaz edilebilir*'. Detaylı bilgi için bkz. **ÖNDER, Ayhan,** Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 141-142 ('**ÖNDER**, Ceza Hukuku Dersleri'); **DÖNMEZER/ ERMAN, Sahir,** Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Cilt: III, Onbirinci Bası, İstanbul 1994, no. 2344 vd ('**DÖNMEZER/ERMAN**, Cilt: III); **İÇEL, Kayıhan / DONAY, Süheyl,** Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, 1. Kitap, Üçüncü Bası, İstanbul 1999, s. 239-240; **ŞEN, Ersan,** Türk Ceza Hukuku, İstanbul 2002, s.

olarak kişiyi yargılamak veya siyasi görüşleri sebebiyle cezalandırmak ise, istemin reddedilmesi gerekir (Altun/Federal Almanya, 7.3.1984 tarihli Komisyon raporu, başvuru no. 10308/83). Zira böyle bir durumda, kişinin haksız ve/veya orantısız bir cezaya çarptırılma olasılığı vardır.

Benzer şekilde, Avrupa Konseyi Bakanlar Konseyi de 27 Haziran 1980 tarihli tavsiye kararında, sığınma hakkını doğuracak nedenlerin varlığı hâlinde[896], Konseye üye devletlerin AİHS'ye taraf olmayan bir devlete iadeyi gerçekleştirmemeleri gerektiğini vurgulamıştır[897].

Buna karşılık, iade ya da sınır dışı etme işlemi sonucunda kişilerin maruz kalacağı etkilerin maddeyi ihlal boyutuna varmayacağının saptandığı örnekler de mevcuttur. Buna göre, iade edilecek kişinin salt ağır bir ceza yaptırımıyla, hatta iade eden ülkede aynı suç için çarptırılacağı cezadan daha ağır bir yaptırımla karşı karşıya olması ihlale yol açmaz[898]. Ya da, kişinin sınırdışı edilmesi, onu ailesinden ayırmak suretiyle zihinsel acı çekmeye sevk edecekse, yine de üçüncü maddedeki asgari eşiğin aşılması muhtemelen söz konusu olmayacaktır. Burada, 8. madde çerçevesinde sorunu ele almak daha doğru olacaktır[899].

Genel olarak şunu belirtebiliriz ki, Soering davasından beri Strazburg organlarının sürdürdüğü yerleşmiş içtihat, iade kurumunun temellerini sarsacak şekilde, kaçak suçlular için 'sığınma bölgeleri' yaratma sonucu da doğurabilecektir[900]. Ayrıca, AİHS'ye taraf devletler, Sözleşmeye taraf olmayan diğer

---

131-134 ('**ŞEN**, Ceza Hukuku'); **ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA**, **A. Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Ankara 2002, s. 408-411 ('**ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, Ceza Genel'); **CENTEL, Nur,** Türk Ceza Hukukuna Giriş, 2. Baskı, İstanbul 2002**,** s. 157 vd ('**CENTEL**, Ceza Genel'); **ÖZTÜRK, Bahri /ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖZBEK, Veli Özer,** Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2003, no. 53 ('**ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK**, Ceza Hukuku'); **DEMİRBAŞ, Timur,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 171-172 ('**DEMİRBAŞ**, Ceza Genel').

[896] Söz konusu haller için bkz. **ODMAN, M. Tevfik,** Mülteci Hukuku, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 15, Ankara 1995, s. 84 vd.

[897] Bkz. **YILMAZ,** s. 102-103.

[898] Bkz. **HARRIS/ O'BOYLE/ WARBRICK,** s. 77.

[899] Bkz. **HARRIS/ O'BOYLE/ WARBRICK,** s. 73.

[900] Bkz. **ZÜHLKE/PASTİLLE,** s. 754; **BANTEKAS/NASH/MACKAREL,** s. 161.

bazı devletlerin hukuk sistemini değerlendirmek zorunda kalacaklarından uluslararası ilişkilerde gerginliğe de yol açabilecektir[901].

Fakat, kişinin işkence veya kötü muameleyle karşılaşma riskinin olduğu durumlarda, Mahkemenin yaptığı gibi, üçüncü maddeyle korunan hukuki yarar (kişi haysiyeti) ile, iadeyle amaçlanan yarar (suçun kovuşturulması) arasındaki menfaat tartımında, kişi bütünlüğüne ait değeri üstün görmesi insan hakları bakımından en kabul edilebilir çözümdür[902].

Belirtmek gerekir ki, 1.6.2005'te yürürlüğe giren 5237 s. yeni TCK md. 18/3'te '*Kişinin, talep eden devlete geri verilmesi hâlinde ırkı, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî görüşleri nedeniyle kovuşturulacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence ve kötü muameleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebepleri varsa, talep kabul edilmez*' hükmü getirilmek suretiyle, bu kural ulusal düzeyde yasalaştırılmıştır.

C. Sınır Dışı Etme ve İltica

Sınırdışı etmeye ilişkin Mahkemeye intikal etmiş olayları incelersek, bunların bir çoğunun temelinde, iltica istemiyle ülkeye girmiş bulunan kişilerin durumunun yattığını görürüz[903]. Bu kimselerin bir çoğu 1951 tarihli Mültecilerin Statüsüne dair Cenevre Sözleşmesi anlamında mülteci[904] olarak kabul edilmediğinden, söz konusu

[901] Bkz. **ZÜHLKE/PASTİLLE,** s. 753.

[902] Bkz. **BANTEKAS/NASH/MACKAREL,** s. 161. Bir görüşe göre, kişisel menfaate peşinen üstünlük tanınmamalı; her somut olay bakımından devlet çıkarıyla bireysel çıkar arasında menfaat tartımına gidilmelidir (bkz. **ZÜHLKE/PASTİLLE,** s. 766).

[903] Bir araştırmaya göre, iltica talebiyle başvuran kimselerin işkence ya da benzeri fena muameleye maruz kalma oranı %35 civarındadır. Mülteci sayısının 50 milyona yakın olduğunu düşünürsek, bu oran ve neticesinde ortaya çıkan sayı, düşündürücüdür. Bu mültecilerin, %59'u Afrika, %24'ü Güney ve Güneydoğu Asya kökenlidir (bkz. **WILLIAMS M.,** s. 261).

[904] Cenevre Sözleşmesi'nin 1. madde A bendi, 2. fıkrasına göre, mülteci kavramı '*1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar sonucunda ve ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen her şahsa uygulanacaktır.*' (bkz. Sığınma ve Mülteci Konularındaki Uluslararası Belgeler ve Hukuki Metinler, BM Mülteciler Yüksek Komiserliği Türkiye Temsilciliği, Ankara 1998,

Sözleşme'nin 33. maddesinde öngörülen[905] ve geldikleri ülkeye geri gönderilme yasağını öngören koruma hükmünden de yararlanamamaktaydılar.

Bunların önemli bir bölümü, geldikleri ülkede işkence, küçük düşürücü ya da insanlık dışı muameleye uğrama tehdidi altında bulunduklarını öne sürdüklerinden, konunun AİHS md. 3 hükmü açısından ele alınması söz konusu olmuştur.

İltica sorununu ele alırken referans olarak değineceğimiz dava, Vilvarajah olayıdır[906]. Konu, iltica istemiyle Birleşik Krallık'a gelmiş olan beş Sri Lankalının sınırdışı edilme kararıdır. *Nadarajah Vilvarajah* ve diğer dört *Tamil* ırkı mensubu, Şubat 1988'de Birleşik Krallık'tan Sri Lanka'ya sınırdışı edilmiştir. Yaptıkları iltica başvurusu sonuç vermemiştir. Bu kişilerden üçü, dönüşleri üzerine işkenceye maruz kaldıklarını iddia etmişlerdir. *Sivakumaran* adlı başvurucu, altı aydan uzun bir süre boyunca hapsedildiğini ve her dört beş günde bir işkenceye uğratıldığını öne sürmüştür.

---

s. 68). O halde maddedeki beş temelden, yani ırk, din, milliyet, belirli toplumsal veya siyasal gruba mensubiyet temellerinden birine bağlı olarak, zulme (ing. '*persecution*') uğrayacağı yönünde haklı sebep (İng. *well-founded fears*, ifadeye sadık bir tercümeyle, aslı olan korku demektir) bulunduğunu kanıtlayabilen bireyler, bu sıfattan yararlanabilecektir. İltica istemiyle başvuran kimseler açısından en büyük sorun, zulme uğrama korkularını bu beş unsurdan birine bağlayabilmektir. Böyle olunca, Cenevre Sözleşmesi'nin sağladığı korumadan bir çok kişi faydalanamamaktadır. Mesela, genelleşmiş bir şiddet ortamına maruz kalacak olanlar Sözleşme kapsamı dışında kalırlar. Bu açıdan, örneğin savaş ortamında bulunup da yaşamlarını sürdürebilme konusunda kaygısı bulunanlar, zikredilen beş unsurdan birine bu korkularını bağlayamadıklarından mülteci sıfatından yararlanamazlar (bkz. **MAUTİNO**, s. 179). Baskı ve zulme temel teşkil eden bu beş neden hk. geniş bilgi için bkz. **ODMAN,** s. 102 vd.

[905] '*Sınırdışı Etme ya da Geri Verme Yasağı*' başlıklı maddenin metni şudur: '*1. Hiçbir Sözleşmeci devlet, sığınan bir kimseyi ne yolla olursa olsun, ırkı, dini, uyrukluğu, özel bir toplumsal grup üyeliği ya da siyasal görüşünden ötürü yaşam ve özgürlüğünün tehdit altında bulunduğu ülkelere sınırdışı edemez ya da geri veremez.*

2. Bununla birlikte, içinde bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması için gerekçeler bulunan ya da özellikle ağır bir suçtan kesin bir hüküm giydikten sonra bu ülke halkı için bir tehlike oluşturan kimse yukarıdaki hükümden yararlanmaz' (metin için bkz. **AKTAN** (Editör), s. 212-213). Bilgi için bkz. **ODMAN,** s. 155 vd.

[906] Vilvarajah/Birleşik Krallık, 30.10.1991, Series A, No. 215. Ayrıca bkz. **GEMALMAZ,** İşkence Yasağı, s. 228-229. Aslında, iltica telebi reddedilen bir şahsın AİHS md. 3'e istinaden başvuruda bulunduğu ilk olay, Cruz Varas/ İsveç davasıdır (bilgi için bkz. **MOLE, Nuala** (Tercüme: Avrupa Konseyi), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bakımından Mültecilerin Günümüzdeki Mevcut Durumunun Belirli Yönlerinden Kaynaklanan Problemler, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Dosyaları No. 9, Ankara 1997, s. 10). Fakat, kriterleri daha net biçimde ortaya koyması bakımından Vilvarajah olayını referans almayı uygun gördük.

Mahkeme, Cruz Varas kararına da atıf yaparak[907] kişinin gönderildiği ülkede küçük düşürücü ya da insanlık dışı muamele ya da işkence teşkil eden hareketlere maruz kalabileceği riskine dair esaslı sebepler ('*substantial grounds*') olması halinde, bir iltica istemcisinin sınırdışı edilmesinin üçüncü maddeye aykırılık doğurabileceği tespit edilmiştir[908]. Bu riski değerlendirirken Mahkeme, önündeki tüm delilleri takdir eder. Riskin varlığı, istem anında davalı hükümetin bildiği ya da bilmesi gereken hususlar dikkate alınmak suretiyle tespit edilecektir. Bu andan sonra ortaya çıkacak yeni hususlar da Mahkeme tarafından riski takdir etme ve durumu yorumlama açısından yardımcı olabilir. Ayrıca, maruz kalınan riskin ağırlık derecesi belli bir seviyeye varmalıdır, ki bu seviye de davanın tüm koşulları nazara alınmak suretiyle tespit edilir.

Sonuçta mahkeme, somut olayda tüm bu kriterleri uygulamak suretiyle başvurucunun somut ve özel bir risk altında olmadığını ve 'basit bir kötü muamele ihtimali'nin yeterli olmadığından bahisle maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır[909]. Kararın alınmasında, BM Mülteciler Yüksek Komiserliği tarafından uygulanan ve daha önce ülkeyi terk etmek zorunda kalan Tamillerin gönüllü olarak geri dönüşünü sağlayan bir programın yürütülmekte olması ve başvuruculara nazaran benzer durumdaki bir çok kişinin bu vasıtayla, isteyerek Sri Lanka'ya dönmüş olması belirleyici unsuru olmuştur[910].

Hemen belirtelim ki, bu hususa kararda bu kadar ağırlık verilmiş olması bizce yanlış olmasa da, kendi içinde eksiklikler barındırmaktadır. Her şeyden önce kararda,

---

[907] Cruz Varas ve diğerleri/İsveç, 20.3.1991, Series A, No.201. Ayrıca bkz. **GEMALMAZ,** İşkence Yasağı, s. 226-227.

[908] Artık bu ilke AİHM içtihatları açısından yerleşmiş bir anlayışı ifade eder. Prensip istikrarlı bir şekilde uygulandığı gibi, yakın tarihli bir davada da karşıt savı ortaya atan İngiliz Hükumeti'nin itirazları kesin bir dille reddedilmiştir. Gerçekten, Chahal/Birleşik Krallık, Başvuru No. 22414/93 davasına ilişkin 27.6.1995 tarihli raporda vurgulandığı üzere, '*Sözleşmeye taraf bir devletçe sınırdışı etme, 3. madde dahilindeki bir konuyu gündeme getirebilir ve söz konusu olan kişinin gönderildiği ülkede işkence veya insanlık dışı veya küçültücü muamele veya cezaya maruz kalma riski olduğuna inanmak için yeterli dayanak var ise, söz konusu devleti Sözleşmeye göre sorumluluk altına sokabilir…*' (bkz. ayrıca **MOLE**, s. 10, 11, 51; **BANTEKAS/NASH/MACKAREL,** s. 162; **ERGÜL,** s. 118).

[909] Kararın detayları ve tartışması için bkz. **van DİJK/van HOOF**, s. 329; bkz. ayrıca **LAMBERT,** s. 68.

[910] Bkz. **ALLEWELDT,** s. 362. Ayrıca bkz. kararın 110. paragrafı.

gönüllü geri dönüş programından faydalanan kimselerin mukadderatına ilişkin açıklık yoktur. İkincisi, gönüllü olarak dönmekle sınırdışı edilmek suretiyle gayri ihtiyari dönmek arasında fark vardır[911]. Komisyonun azınlıkta kalan üyeleri de ayrık görüşlerinde bu hususu belirtmişlerdir[912]. Bu iki önemli noktanın çoğunluk görüşünü savunanlar tarafından nazara alındığına dair hiç bir bulgu yoktur. Yukarıda belirtildiği gibi, söz konusu kişiler Sri Lanka'ya dönüşlerinde gerçekten de işkenceye uğratılmışlardır! Fakat Mahkemeye göre, İngiliz Hükümeti, iade ya da sınırdışı etme kararını alırken, sadece bu fiilin öngörülebilir neticelerinden sorumlu tutulabilir. Eldeki delillere nazaran, sınırdışı etme anında bu kişilerin böyle bir muameleye tabi tutulabileceklerini gösteren ve onların durumunun ayrı değerlendirilmesini gerektiren hiç bir özel unsur yoktu. Bu nedenle, kişilerin sonradan fiilen işkenceyle karşılaşmış olması Birleşik Krallık'ın üçüncü maddeyi ihlal ettiği anlamına gelmez.

Diğer önemli (ve bu alanda ilk teşkil eden) bir dava, 1987'de Şili'den İsveç'e kaçan *Hector Cruz Varas*'a ilişkindir. Varas'ın iltica talebi Eylül 1988'de reddedilmiştir. Bunun üzerine, Ocak 1989'da Varas, iddiasını destekleyen doktor raporlarıyla birlikte, Şili'de işkenceye uğramış olduğunu öne sürmüştür. Bu iddiayı dinlemeyen İsveç hükumeti, Ekim 1989'da Varas'ı Şili'ye sınırdışı etmiştir. Kendisine intikal eden olayda AİHM, üçüncü maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Mahkeme, başvurucunun inanılırlığına dair ciddi şüpheler duymuştur. Zira Varas, İsveç polisi tarafından ilk sorgulandığı tarihten takriben on sekiz ay sonra işkence iddialarını gündeme getirmiştir. Ayrıca, anlatımını sık sık değiştirmiş, özellikle işkenceye uğramasının temeli olarak gösterdiği kaçak siyasi faaliyetlere ilişkin bir çok ifade değişikliğine başvurmuştur. AİHM, geçen süre içerisinde Şili'deki durumun iyileştiğine ve ülkenin demokrasi yolunda ilerlemesine de atıf yapmış ve sonuçta, başvuruyu haklı bulmamıştır.

Kararın bir kaç yönden şüphe doğurduğu söylenebilir. Öncelikle, Cruz Varas'ın geçmişte işkenceye uğradığı kanıtlanmıştı. Bunun tek açıklaması, bu

[911] Bkz. aynı yönde **ALLEWELDT,** s. 369 vd.
[912] Bkz. Komisyonun 7.6.1990 tarihli, 15576/89 sayılı raporu; Trechsel ve diğerlerinin ayrık görüşü, § 43.

muamelelerin o zamanki rejim yandaşları tarafından gerçekleştirilmiş olmasıydı. Komisyon da bu görüşü benimserken; Divan, bu konuda çekinceli kalmış, fakat başka bir olası fail de göstermemiştir. Şili'deki durumun iyileştiği de doğrudur, ama işkence yapılan zaman yönetimde olan rejim ve onu yöneten diktatör *Pinochet* hala işbaşındaydı ve hala işkence edildiğine ilişkin raporlar vardı. Bu noktada, artık Cruz Varas'ın karşılaştığı riskin neden hala gerçek olmadığı daha iyi açıklanmalıydı[913]

Yukarıda da belirtildiği gibi, Cruz Varas davası, kendi alanında bir ilk teşkil etmesi bakımından önemli olmuştur. Ayrıca bu davada, Soering davasına ilişkin olarak tespit edilen bazı ana ilkeler de teyit edilmiş ve bu ilkelerin mülteciler bakımından da uygulama alanı bulacağı saptanmıştır. Buna göre, işkencenin yasaklanması ile ilgili belirli bir yükümlülüğün (iade etmeme) bir ihtisas anlaşmasında bulunması gerektiği gerçeği, temelde benzer bir yükümlülüğün üçüncü maddenin daha genel öğelerinde zaten bulunmadığı anlamına gelmez. Bireyleri koruyan bir belge olarak sözleşmenin amaç ve hedefi, içeriğinin, korumayı etkili ve kullanışlı kılacak şekilde yorumlanmasını ve uygulanmasını gerektirmektedir. Üçüncü maddenin ruhunda mevcut olan görev, mültecinin gittiği ülkede bu maddede tanımlanan insanlık dışı ve küçültücü muameleye maruz kalma riskini de kapsar. Bu riski önlemek Sözleşmeye taraf olan devlete ait bir sorumluluktur; çünkü kendi iradesiyle uyguladığı bir davranışın sonucunda devlet, doğrudan bir kişiyi bu tür muameleye maruz bırakmaktadır (aynı yönde Soering/Birleşik Krallık, 7.7.1989, §§ 88, 89, 91). Bu ilkeler, mültecilerin durumu açısından da geçerlidir (Cruz Varas/İsveç, 20.03.1991, § 70).

Sınır dışı etme işlemiyle, AİHS'in üçüncü maddesinin ilişkisini ortaya koyan diğer içithatlara bakacak olursak, kişinin sınır dışı edilmesi sonucunda yurt dışında maruz kalacağı kovuşturmaların haksız veya orantısız cezalarla sonuçlanabilmesi riski varsa, buna rağmen kişinin sınır dışı edilmesi maddeye aykırı olabilecektir[914].

[913] Bkz. **ALLEWELDT, Ralf,** Protection Against Expulsion Under Article 3 of the European Convention on Human Rights, The European Journal of International Law, Vol. 4, No. 3, 1993, s. 360 vd.

Aynı şekilde, somut koşullar açısından sınır dışı etme işleminin kendisinin orantısız bir uygulama olduğu hallerde (*Agee*/Birleşik Krallık, başvuru no. 7729/76), veya uyruksuz olmaları sebebiyle başka hiç bir devletçe kabul edilmeyecek kimselerin sınırdışı edilmesi (*Harabi/Hollanda*, başvuru no. 10798/84) durumunda, üçüncü madde açısından pürüz çıkması çok olasıdır[915].

İngiltere'yle ilgili yakın tarihli bir davada ise (D/Birleşik Krallık, 2.5.1997), ülkeye giriş yapan ve AİDS hastalığına yol açan etkin virüs olan HIV taşıyıcısı bir suçlunun cezasını çektikten sonra, kalacak yeri, evi ve ailesi olmayan ülkesi St. Kitt'e sınırdışı edilmesinin başvurucuyu tedavi imkanlarından mahrum bırakacağı, bu durumun zaten bir yıl kadar olduğu tahmin edilen ömrünü daha da kısaltacağı gerekçesiyle, maddenin ihlaline yol açacağı belirtilmiştir[916].

Konuya ilişkin Türkiye'nin tarafı olduğu önemli bir içtihat, *Jabari* kararıdır (11.7.2000). Buna göre, başvurucunun İran'a sınır dışı edilmesi üçüncü maddeyi ihlal edecektir, çünkü söz konusu ülkede taşlanarak öldürülme cezasına çarptırılması konusunda ciddî bir tehlike vardır. Başvurucunun iddiasına göre, kendisi İran'da zina suçunu işlemiş; fakat yargılanamadan önce kaçmıştır. Kalsaydı, muhtemelen mahkum edilip insanlık dışı bir cezaya çarptırılacaktı (paragraf 34-35). Hükümete göreyse, başvurucunun korkularının aslı şüphelidir; çünkü Türkiye'ye 1997'de ilk geldiğinde BM Yüksek Mülteciler Komiserliği ya da devlete başvurmamış, Şubat 1998'de Paris'te havalimanında yakalandığı zaman da bunu yapmamıştır (paragraf 37).

Mahkemeye göre, sözleşmeci devletlerin yabancıların ülkelerine giriş, ikamet ve ülkeden sınır dışı edilmelerini kontrol etme hakkı olduğu yerleşmiş bir uluslararası hukuk ilkesidir. Siyasi iltica hakkı da Sözleşme ya da Protokollerde tanınmış değildir (paragraf 38). Fakat, sınır dışı edildiği ülkede üçüncü maddeye aykırı bir muameleyle karşılaşma konusunda gerçek bir riskle karşılacağını gösteren esaslı sebeplerin varlığı

---

[914] Bkz. **CLAYTON/ TOMLINSON,** s. 393 (Altun/Federal Almanya kararına atfen).
[915] Zikreden **HARRIS/ O'BOYLE/ WARBRICK,** s. 74.
[916] Zikreden **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 250; **ÜNAL,** AİHS, s. 113.

durumunda, kişinin sınır dışı edilmesi üçüncü madde açısından sorun doğurabilir (paragraf 38). Mahkemeye göre, taşlama cezası zina için halen yasalarda öngörülmektedir ve yetkili mercilerin bunu uygulaması mümkündür (paragraf 41). Bu bakımdan, üçüncü maddeye aykırı bir muameleyle karşılaşma konusunda gerçek bir riskin varlığı kanıtlanmıştır. Bu sebeple, şayet başvurucu İran'a sınır dışı edilirse, üçüncü madde Türkiye tarafından ihlal edilmiş olacaktır (paragraf 42).

D. Ortak İlkeler

Mahkemenin yukarıdaki içtihatlarından sonuçlar çıkaracak olursak, tüm bu davalarda tespit edilen bazı ortak bulgular gözümüze çarpar. Her şeyden önce, üçüncü maddenin ihlalinden bahsedebilmek için, kötü muameleyle karşılaşma konusunda soyut bir ihtimalin varlığı yetmez, özellikle ilgili kişiye yönelik olarak 'gerçek bir risk'in varlığı aranır[917].

Yukarıda anılan Vilvarajah davasında bu husus açıkça gündeme getirilmiştir. Bu olayın biraz daha detayına girecek olursak, buradaki beş başvurucu, Sri Lankalı *Tamil*ler idi. Tamil mensupları, Sri Lanka Hükümeti ile Tamil Kurtuluş Hareketi arasında bir mücadele mevcut olduğundan devlet güvenlik güçleri tarafından fena muameleyle karşılaşma riski altında olduklarını iddia ediyorlardı. Davalı devlet, iltica talebini reddetmiş ve onları iade etmişti.

Mahkeme ise, burada maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Buna göre, daha önceleri genel olarak Tamil toplumuna karşı, hükümet kaynaklı kayda değer şiddet hareketleri olmuştur. Bu aşamada, bu toplumun herhangi bir üyesinin kötü muameleyle karşılaşma yönünde ciddi risk altında olduğu söylenebilirdi. Fakat son yıllarda durum iyileşmiş ve hatta bir çok Tamil, kendi istekleri üzerine Sri Lanka'ya dönmüşlerdir. Buna rağmen, iade edilen davacıların yine de yakalanıp fena muameleye maruz bırakılma 'ihtimalleri' halen devam etse de, artık bu 'ihtimal', maddenin ihlaline hükmetmeye yetecek ağırlıkta değildir. Söz konusu olayda,

[917] Bkz. **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 250; **ERGÜL,** s. 110.

başvurucuların özellikle risk altında olduğunu göstermeleri gerekirdi, fakat bu yapılmamıştır[918].

Cruz Varas kararında Mahkeme, gerçek riskin değerlendirilmesi konusunda bazı ilkeler getirmiştir. Buna göre, üçüncü maddeye aykırı muamele riskinin var olup olmadığına karar verirken Mahkeme, durumu kendisine sunulan tüm belgelerin ışığında ve gerekli görürse, *proprio motu* (kendi inisiyatifiyle) elde edilen belgeler aracılığıyla belirleyecektir. Ayrıca, ilgili devletin kararı değerlendirilirken, sınır dışı etme zamanında bilinen veya bilinmesi gereken bilgiler ışığında hareket edileceği de vurgulanmıştır. Fakat mahkeme, sınır dışı etme eyleminden sonra kendisine gelen bilgileri de değerlendirmekten geri kalmayacaktır. Bu bilgiler, karar verme anında devletin ortaya koyduğu gerekçeleri ve mültecinin sahip olduğu kaygıları doğrulamak açısından önemlidir[919].

Soering davasında[920] da, sınırdışı etmenin ne zaman üçüncü maddenin ihlaline yol açacağı meselesine cevap ararken, kişinin kötü muameleyle karşılaşması yolunda gerçek bir riskin varlığına inanmak için '*esaslı (önemli) sebeplerin*' gösterilmiş olmasından bahsedilir[921]. Bu kıstası getiren Mahkeme, sınırdışı etme vakalarında kötü muameleyle karşılaşmanın gelecekte gerçekleşebilecek potansiyel bir vaka olduğunu nazara almıştır. Doğasıyla, bu kanıtlanabilir bir husus olmayıp

---

[918] Bkz. **HARRIS/ O'BOYLE/ WARBRICK,** s. 79-80. Yazarlarca zikredilen, 1802/63 başvuru sayılı X/Federal Almanya davasında ise farklı bir sonuca varılmıştı. Söz konusu olay, Vilvarajah davasına göre daha eski tarihlidir. Burada Komisyona göre, bir kişiyi ülkedeki rejimin özelliği veya özel bir sebebin varlığı sebebiyle Sözleşmede güvence altına alınan temel hakların büyük ölçüde engellenebileceği ya da tümüyle ihlal edilebileceği bir devlete iade etmek, maddeye aykırıdır. Vilvarajah davasından sonra içtihadın değiştiği söylenebilir. Artık, sadece söz konusu ülkedeki durumun oradaki tüm şahıslar açısından gerçek risk yaratacak kadar tehlikeli olması durumunda bu anlayış geçerlidir. Aksi halde başvuranlar, kendilerinin özel olarak tehdit altında bulunduklarını kanıtlamak zorundadırlar.

[919] Bkz. **MOLE**, s. 17. Başvuru sahibinin henüz sınır dışı edilmediği durumlarda ise (mahkemenin bu konuda ilgili hükumete sınır dışı etme işlemini gerçekleştirmemesini bildirdiği ve ilgili devletin bu çağrıya uyduğu durumlarda), riski saptamak açısından önemli olan husus, mahkemenin dava hakkındaki mütalaasını gerçekleştirdiği zamandır. '*Her ne kadar geçmiş durum şu anki duruma ve muhtemel gelişmelere ışık tutması bakımından önem arz etse de, önemli ve belirleyici olan şu anda mevcut olan koşullardır*' (Chahal/Birleşik Krallık, Başvuru No. 22414/93, 27.6.1995 tarihli raporun 86. paragrafı).

[920] Soering/Birleşik Krallık, 7.7.1989, § 161.

[921] Bkz. kararın 91. paragrafı. Ayrıca bkz. **GEMALMAZ,** Ölüm Bekleyişi Olgusu, s. 103.

sadece öngörülebilirdir. Bu nedenle mahkeme, ihlalin vuku bulacağının kesin olmasını aramamış, sadece gerçek bir riskin varlığını yeterli görmüştür.

Devleti sorumlu tutabilmek açısından önemli olan husus, başvurucunun gönderildiği ülkede kötü muameleyle karşılaşma riski altında olduğunun 'öngörülebilir' olmasıdır[922]. Aksi taktirde, iade veya sınır dışı etme işlemini gerçekleştirmekten kaçınmak için bir neden olduğunu düşünmeyen iyi niyetli bir devlete, daha sonra vuku bulan kötü muameleyi isnat etmek mümkün değildir.

Buraya kadar söylenenlerden, iki temel sorunla karşı karşıya olduğumuz görülüyor: birincisi, 'gerçek risk'in ne olduğu; ikincisi de 'esaslı sebepler (temeller)'in ne zaman ortaya konmuş sayılacağıdır.

1. Gerçek Risk Kavramı

Mahkeme içtihadına bakacak olursak, gerçek riskin ille de yüksek bir gerçekleşme olasılığı olmadığını görüyoruz[923]. Soering davasını ele alırsak, Mahkemeye göre başvurucunun ölüm cezasına mahkum edilmesinin muhakkak olmadığı, hatta muhtmel bile olmadığını görürüz (kararın 94. paragrafı)[924]. Buna rağmen ortadaki risk, üçüncü madde açısından ihlale yol açacak kadar ciddidir (kararın 99. paragrafı).

---

[922] Bkz. **ZÜHLKE/PASTİLLE,** s. 768.

[923] Bkz. **ALLEWELDT,** s. 365. Özellikle Chahal/Birleşik Krallık davasında, düşük bir tehlike eşiği aranmıştır (bkz. **RUDOLF, Beate,** International Decisions, AJIL, Vol. 92, 1998, s. 70).

[924] Mahkeme'nin bu tespitine katılmak güçtür. Daha önce belirttiğimiz gibi, iade halinde kişinin mahkum edilmesi çok olasıydı; çünkü suçunu itiraf etmişti. Ayrıca bu tür suçlarda, Virginia Mahkemeleri idam cezasına kolaylıkla hükmetmekteydi. Bazı hafifletici sebeplerin varlığı da (failin genç olması, sabıkasız olması, suçu işlediği andaki ruhsal durumu) muhtemelen sonucu değiştirmeyecekti. Ayrıca, ABD ile Birleşik Krallık arasındaki iade antlaşması uyarınca, Krallık Hükümetinin idam cezasının uygulanmasını istemeyeceği savcı tarafından mahkemeye arz edilecekti. Ancak, hemen belirtelim ki Amerikalı savcı, ne olursa olsun idam cezasının verilmesi için ısrar edeceğini beyan ettiğinden, bu son noktaya pek önem verilmemiştir. Ayrıca, sanığın sorumluluğunu azaltabilecek bir unsur olarak akıl zayıflığı söz konusuydu. Fakat İngiliz Hukukunda geçerli olabilecek bu savunma, Virginia'da öne sürülemeyecekti. Son olarak, Almanya da kendi vatandaşının iadesini talep etmiş; fakat ABD'nin talebi daha önce iletildiğinden ve delillerle desteklendiğinden, buna öncelik verilmişti. Halbuki, Almanya'da yapılacak yargılamada ölüm cezası riski yoktu. Ayrıntılı bilgi için bkz. **GEMALMAZ,** Ölüm Bekleyişi Olgusu, s. 97 vd.

Tabii burada şöyle bir durum da var ki, bir kere bir riskin varlığından bahsettik mi, bunun gerçek olmama ihtimali pek düşünülemez. Yani, nerdeyse her risk, doğası gereği gerçektir[925]. Buradan çıkan sonuç, küçük risklerin de üçüncü madde açısından bir değerlendirmeyi gerektireceğidir. Bu düşünce, Mahkemenin 'gerçek risk' standardını kabul ederken nazara aldığı kıstaslarla da uyuşmaktadır.

Aslında AİHM içtihadında, 1984 tarihli BM Sözleşmesi'nin 3. maddesinden esinlenilmiştir. Buna göre, kişinin işkenceye maruz kalma tehlikesi altında bulunduğuna inanmak için esaslı temeller (sebepler) varsa[926], kişi sınırdışı edilemez. Görülüyor ki Mahkeme, 'esaslı temeller (sebepler)' bulunması kıstasını korumuşken; 1984 Sözleşmesindeki 'tehlike' kavramı yerine 'gerçek risk' deyişini benimsemiştir. Demek burada, 1984 Sözleşmesine göre bir farklılık yaratılmak istenmiştir. Kullanılan ifadeleri kıyaslayacak olursak, 'risk' kavramının 'tehlike'ye göre daha soyut ve genel olduğunu görürüz. Demek ki Mahkeme, gerçek dışı olmamak kaydıyla, sadece tehlike teşkil etmeyen, daha küçük riskleri de kayda almak istemiştir[927]. Zira, Soering kararı 99. paragrafında da belirtildiği üzere, Sözleşme hükümlerinin yorumlanışı ve uygulanışı, öngörülen güvenceleri etkin ve uygulanabilir kılacak şekilde olmalıdır. Bu itibarla, küçük riskler de dikkata alınmalıdır. Çünkü, belirli bir düzeyin, belirli bir gerçekleşme olasılığının altındaki tehlike veya riskler göz ardı edilirse, sonuçta buna tekabül eden oranda ihlaller kabullenmiş olunacaktır. Şöyle ki, bu kavramlar istatistiğe ve rakamlara vurulabilseydi ve biz 'gerçek risk' kavramıyla belirli bir gerçekleşme oranının, mesela %5'in üzerindeki vakaları nazara alsaydık, bu anlayışla, sınırdışı edilen kimselerin %5'inin işkenceye maruz kalacağını ve buna göz yumulacağını kabullenmiş olurduk[928]. Bu durumda da, bu %5'in kötü muameleye uğramama hakkı etkin olarak korunamamış olurdu. Oysa bilindiği gibi, kötü muameleye karşı en etkin

[925] Bkz. **ALLEWELDT,** s. 365.
[926] Sözleşmenin 3. madde 1. fıkra hükmü şöyledir: '*No State Party shall expel, return (refouler), or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture*' (bkz. Human Rights in International Law, Council of Europe Press, Germany 1992, s. 102). Soering davasındaki ifadeye bakacak olursak: '*...where substantial grounds have been shown for believing tahat the person concerned...faces a real risk*', bkz. kararın 91. paragrafı.
[927] Bkz. **ALLEWELDT,** s. 365.
[928] Bkz. **ALLEWELDT,** s. 366.

koruma, önlemedir. Üçüncü maddenin ihlali, telafisi mümkün olmayan zararlara yol açar, sözgelimi işkence, hayat boyu taşınacak izler bırakır. Bu bakımdan önleyici denetim, kilittir[929]. Bunu etkin olarak sağlayabilmek için de, 'gerçek risk' kavramının geniş olarak algılanması gerekmektedir.

Fakat öte yandan, kötü muamelenin olmadığı bir ülkeye yeryüzünde rastlamak imkansızdır. Gerçekten, dünyanın her köşesinde uzak ve soyut olarak da olsa, kötü muameleye maruz bırakılmak mümkündür. Böyle bir riske karşı kişileri korumak imkansızdır. Bu durumda, risk kavramını geniş olarak ele alırken 'gerçek risk'i bu genel, soyut, belirsiz riskten nasıl ayırt edeceğiz? Bir görüşe göre, bu ayrımı sağlayacak kıstas öngörülebilir sonuçların ağırlığıdır[930]. Bu bakımdan, kötü muameleye uğrama yolundaki küçük bir risk, sınırdışı etmeyi engelleyecekken; hafif bir bedensel cezaya çarptırılma tehlikesi üçüncü maddenin devreye girmesini gerektirmeyecektir. Demek ki, gerçekleşme riski bulunan muamelenin türü ve zarara uğratılması muhtemel olan hukuki yararın önemi açısından bir inceleme yapılacaktır.

Aksi görüşe göreyse, üçüncü maddeyle korunan hakkın mutlak doğası dikkate alınırsa, 'gerçek risk'in mevcudiyetini bir kez tespit ettikten sonra, artık birey ile devletin çıkarları arasında bir menfaat tartımına gitmenin imkânı yoktur; riskin varlığına rağmen gerçekleşecek iade veya sınır dışı etme işlemi maddenin ihlâline yol açacaktır[931]. Biz de, bu son görüşe katılıyoruz[932].

---

[929] Bkz. **CASSESE, Antonio,** A New Approach to Human Rights; The European Convention for the Prevention of Torture, AJIL, 1989, s. 128-129 (zikreden: **ALLEWELDT,** s. 367).

[930] Bkz. **ALLEWELDT,** s. 367.

[931] Bkz. **RUDOLF,** s. 74; **CLAYTON/ TOMLINSON,** s. 403. Hatta, risk altında olan kimsenin kendisini sınır dışı etmek isteyen ülkedeki (örneğin kamu düzenini bozucu) davranışları da bu değerlendirmeyi değiştirmez (aksi görüşte **ZÜHLKE/PASTİLLE,** s. 769 vd).

[932] Nitekim, Chahal/Birleşik Krallık kararının 78. paragrafında bu anlayış benimsenmiş ve terör durumunda, millî güvenliğe dayalı bir menfaat değerlendirmesine gidilmemiştir (bkz. **RUDOLF,** s. 70; **ZÜHLKE/PASTİLLE,** s. 774-775; **OWEY/WHITE**, s. 85). Olayda, Sikh grubu eylemcilerinden olan Karamjit Singh Chahal'ın Birleşik Krallık'tan Hindistan'a gönderilmesinin, onu işkence riskiyle karşı karşıya bırakacağı gerekçesiyle üçüncü maddeye aykırı olacağına karar verilmiştir. Böylece ilgiliye, ulusal güvenlik gerekçesiyle mültecilerin sınır dışı edilebilmesine imkân tanıyan Cenevre Sözleşmeleri'nden (md. 32-33) daha kapsamlı bir koruma tanınmıştır (bkz. **RUDOLF**, s. 73). Buna karşılık, ayrık görüşte olan hâkimler (Gölcüklü, Matscher, Freeland, Baka, Gotchev, Bonnici ve Levits), başvurucunun yüz yüze olduğu riski düşük olarak değerlendirerek, ulusal güvenlik gerekçesine dayalı devlet çıkarının üstün tutulması gerektiğini savunmuşlardır, bkz. **RUDOLF**, s. 72.

Bu durumda, kanaatimizce kişinin kötü muameleye maruz kalma ihtimalinin gerçekten var olduğu konusunda Mahkemede kanaat oluşturmaya yetecek somut delillerin gösterilmesi durumunda, artık 'gerçek risk'in varlığı kabul edilecektir. Bu durumda da, ilgili devletin bu işlemi gerçekleştirmedeki çıkarları ile bireyin uğraması muhtemel zarar arasında bir değer tartımına gidilmedem, sadece başvurucunun maruz kalabileceği muamelenin ağırlığı konusunda bir değerlendirmeye başvurarak olası bir iade veya sınır dışı etme işleminin üçüncü maddeyi ihlal edip etmeyeceği sonucuna varılacaktır. Diğer bir deyişle, gerçek riskin varlığı bir kez tespit edildikten sonra, dikkate alınacak husus bu riskin gerçekleşmesi durumunda başvurucunun maruz kalacağı muamelenin üçüncü maddedeki asgarî eşik düzeyine varıp varmadığıdır.

Fakat her koşulda çok önemli bir husus, başvurucunun kendisine yönelik özel bir riskin varlığını kanıtlamasıdır. Zira başvurucu, kendi durumunun, gönderileceği devlette oturan diğer kimselere göre daha riskli olduğunu ortaya koymadıkça, insan hakları bakımından söz konusu devletteki salt genel bir hassas durumun varlığı maddenin korumasını devreye sokmayacaktır[933].

Soering davasından beri AİHM'nin 'gerçek risk' kıstasına başvurduğunu görüyoruz. Ancak ilginçtir ki Komisyon tarafından bazen 'ciddi risk'[934] ya da 'esaslı (önemli) risk'[935] kavramlarına başvurulmuştur. Her gerçek risk, ciddi ya da esaslı olmayacağından, daha sıkı bir kriter getiren bu anlayış eleştiriye açıktır. Komisyon-Mahkeme ayrımı kalktıktan sonra, 'gerçek risk' kavramı sabitleşmiş gözükmektedir.

Önemli bir husus, iade veya sınır dışı etme halinde işkence, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muameleyle karşılaşma riskinin ille de devlet otoritelerinden kaynaklanıyor olması gerekmediğidir. Devlet içinde fiilen etkin konumda bulunan

[933] Bkz. **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 250.
[934] İng. '*serious risk*', bkz. ör. A&F/Türkiye, 12.1.1991 t. Komisyon kararı, başvuru no. 14401/88; A/İsviçre, 14.1.1991 t. Komisyon kararı, başvuru no. 17428/90; Gezici/İsviçre, 7.3.1991 t. Komisyon kararı, başvuru no. 17518/90; K/İsviçre, 7.3.1991 t. Komisyon kararı, başvuru no. 17547/90 (zikreden: **ALLEWELDT,** s. 367).
[935] İng. '*substantial risk*', bkz. ör. R/Danimarka, 14.10.1991 t. Komisyon kararı, başvuru no. 16381/90 (zikreden: **ALLEWELDT,** s. 367).

grupların[936] ve hatta özel kişilerin bile[937] böyle bir tehdidi doğuruyor olması yeterlidir. Zira sözleşmeci devlet, kötü muamele kimden kaynaklanacak olursa olsun, insan hakları ihlallerinin dolaylı sorumlusu olmama yükümlülüğü altındadır[938].

Değinilmesi gereken diğer bir mesele, iade ve sınırdışı etme halinde şahsın fena muameleyle karşılaşma riski altında bulunduğu devletin AİHS'ye taraf bir devlet olmasının, durumu değiştirmeyeceğidir. Yani, kişinin gönderileceği devlet, AİHS'ye taraf olsa da, şayet burada kötü muameleyle karşılaşacağı öngörülebiliyorsa, onu ülkesinde bulunduran devlet açısından, AİHS ile tanınan hakları koruma, ihlale dolaylı olarak katkıda bulunmama, ihlali önleyici görevini ifa yükümlülükleri devam eder. Nasılsa böyle bir durumda şahıs, gönderildiği ülkede AİHS'ye aykırı muameleye maruz kalırsa, mağdur sıfatıyla ve AİHS md. 25 uyarınca, bu son devlete karşı dava açabilir denemez. Böyle bir düşünce, kişiye, kendisine kötü muamele yapılmasına katlanma külfeti yüklemiş olurdu. Fakat Strazburg organlarının böyle bir durumda ilgili diğer devletin Sözleşme'deki haklara riayet edeceğini varsaydığı görülmektedir (ör. K ve F/Hollanda, 2.12.1986 Kom. Kararı). Bu karar, Sözleşmeci olmayan üçüncü bir devlete gönderilecek yabancıları, Sözleşmeci diğer bir devlete gönderilecek vatandaşlara göre daha çok koruduğu için eleştirilmektedir[939].

Son olarak bu konuda belirtmek gerekir ki, üçüncü maddeyi ihlâl edebileceği iddia edilen bir iade/sınır dışı işlemi henüz gerçekleştirilmiş olmadan önce olay Mahkeme önüne intikal edecek olursa, gerçek bir riskin var olup olmadığı, artık Mahkemenin olayı değerlendirdiği zamandaki şartlara göre tayin edilecektir[940].

---

[936] Bkz. Ahmed/Avusturya, 5 Temmuz 1994 tarihli rapor ve 17.12.1996 tarihli karar, § 48.

[937] Bkz. H.L.R./Fransa, 29.4.1997. Buna göre, mafya tarafından öldürülme tehtidi altında olan bir esrar satıcısını Kolombiya'ya sınır dışı etmek, maddeye aykırı olabilecektir. Aynı olaya ilişkin 29.4.1997 tarihli kararın 40. paragrafında da, tehtidin kamu görevlisi olmayan kimse ya da kimseler grubundan kaynaklanması halinde de maddenin uygulama alanı bulabileceği vurgulanmıştır (Olay hk. bkz. **van DİJK/van HOOF**, s. 324; **CLAYTON/ TOMLINSON,** s. 402; **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 251).

[938] Bkz. **ALLEWELDT,** s. 362.

[939] Bkz. **PETTİTİ/DECAUZ/İMBERT,** s. 171 vd.; **LAMBERT,** s. 74.

[940] Bkz. **RUDOLF,** s. 72. Örneğin 11.7.200 tarihli Jabari/Türkiye kararının 42. paragrafında Mahkeme, İran'a iade edilmek istenen başvurucunun, işlediği suçtan ötürü İran'da taşlanarak öldürülme tehlikesi altında bulunduğunu belirterek iadenin gerçekleştirilmesinin üçüncü maddeye

2. Esaslı Sebepler (Temeller)

'Gerçek risk' kavramını bu şekilde inceledikten sonra, kötü muameleye maruz kalma yolunda gerçek bir riskin varlığına inanmak için bulunması gereken 'esaslı (önemli) sebepler'in ne olabileceğine geçelim. Burada, söz konusu riskin varlığının sadece ihtimal ve varsayımlarla değil, kanıtlanmış maddi bulgularla desteklenmesi gerektiği sonucu çıkarılabilir. Gerçekten orijinal ifadedeki '*substantial grounds*' kıstasında yer alan '*substantial'* kelimesinin sözlük anlamı itibariyle 'sağlam, dayanıklı, özlü, cisimsel, önemli, gerçek' gibi karşılıkları vardır[941]. Bu açıdan söz konusu ibare ile, sebeplerin hem önemli olması hem de gerçeklik payına sahip olması, yani maddî temellere dayanması gerektiğine işaret edilmektedir.

Ancak burada karşılaşılan sorun, bu tür kesin maddî bulguların sadece geçmiş olaylar bakımından geçerli olabileceği, buna karşılık ileride vuku bulabilecek ihlaller bakımından sadece soyut öngörülerde bulunulabileceğidir. Bu nedenle 'esaslı sebepler' konusunda kesin formüller vermek mümkün değildir. Burada, şayet sınırdışı etme kararı icra edilmişse, başvurucunun gerçekten de fena muameleye maruz kalması belki de korkularının haklı olduğu yolundaki en sağlam delildir. Zira bu halde, en azından gerçek bir riskin varlığı kanıtlanmış olur. Fakat bu husus tek başına esaslı temelleri ortaya koymaya yetmez, çünkü sonuçta sınırdışı etme kararını verme anında bu bilgiler mevcut değildir ve sadece mevcut bilgilere göre karar verme yükümlülüğü ve ihtimali söz konusudur. Sonradan vuku bulan olaylar, olsa olsa karar anında yapılan değerlendirmelerin doğruluğunu denetlemede ölçüt olabilir.

Vilvarajah kararında yukarıda aktardığımız hususlar tartışılmıştır. Bu karara göre riskin varlığı, başvuru anında davalı Hükümetin bildiği ya da bilmesi gereken hususlar nazara alınmak suretiyle tespit edilecektir. Bu andan sonra ortaya çıkacak yeni hususlar ise, Mahkeme tarafından riski takdir etme ve durumu yorumlama açısından yardımcı olabilir.

---

aykırı olacağına karar vermiştir.

Esaslı sebepleri ortaya koymada, ilgili kişinin geldiği ülkede önceden uğradığı kötü muameleler önemli bir ölçüt oluşturabilir[942]. Bir kez zulme uğramış kimsenin tekrar aynı muameleyle karşılaşması olasıdır[943]. Zira bu halde, bu kişinin ilgili devlet veya devlet güçleri tarafından muhalif olarak görüldüğü ortadadır. Ancak, önceden vuku bulmuş ihlaller de tek başına yeterli bir kriter olamaz. Çünkü, ilgili ülkedeki koşullar değişmiş olabilir. Bir zamanlar, başvurucu için tehlike oluşturan kaynaklar artık ortadan kalkmış olabilir. Örneğin, Cruz Varas ve Vilvarajah davalarında durum böyleydi.

Sınırdışı edilecek ülkedeki genel koşullar da bir ölçüt olabilir. Söz konusu yerde, işkence ve fena muamele bir idari pratik halini almışsa, veya en azından bu tür muameleler günlük hayat akışının olağan bir parçası haline gelmişse, artık orada bulunacak her şahıs açısından bir riskin varlığından bahsedilebilir[944]. Fakat Vilvarajah kararına bakacak olursak, üçüncü maddenin devreye girmesi için her vatandaş açısından geçerli olan genel bir risk durumunun yeterli bulunmadığını ve başvuruculaların, kendilerinin özellikle risk altında bulunduklarını ispatlamaları istendiği görülür[945].

---

[941] Bkz. İngilizce-Türkçe Redhouse Sözlüğü, 30. Baskı, İstanbul 2000, s. 972.

[942] Önceden uğranılan kötü muamelelerin, ileride de işkenceye maruz kalma bakımından ciddi bir riskin varlığını gösteren esaslı bir temel teşkil edip edemeyeceği tartışılabilir. Bunun dışında, bu hallerde sırf bu muamelelerin yaratmış olduğu psikiyatrik korku ve kaygı durumunun da, sınırdışı etmeyi insanlık dışı bir muamele kılıp kılmayacağı ayrıca tartışılabilir. Bu hallerde, maruz kalacağına inandığı şiddet sebebiyle yoğun bir psikolojik baskı ve korku altına giren kimsenin bu durumu da göz önüne alınmalıdır. Sırf bu kaygı nedeniyle kişinin salt sınırdışı edilmesi dahi onun sağlığını tehlikeye sokacaksa, artık bundan kaçınmak gerekir (bkz. Brückmann/F. Almanya Cumhuriyeti, 27.5.1974 t. 6242/73 sayılı Komisyon kararı; zikreden: **ALLEWELDT,** s. 371). Özellikle, daha önce işkence ile karşılaşmış kişilerin durumu büyük hassasiyet arz eder. Bu kişiler için, salt işkence kaynağına dönme fikri bile çok büyük acı ve kaygı sebebi olabilir. Bu hallerde, bunların o ülkeye sınırdışı edilmesi, hiç şüphesiz uygun olmayacaktır ve üçüncü madde açısından insanlık dışı muamele kapsamında değerlendirilebilecektir. Bu husus, Cruz Varas olayında tümüyle gözardı edilmiştir. Başvurucunun daha önce maruz kaldığı işkenceler sebebiyle psikiyatrik rahatsızlık içinde olduğu, ülkesine dönmekten çok korktuğu, hatta intiharın eşiğinde olduğu pek nazara alınmamıştır. Bize göre, bu ruh hali içindeki bir kimseyi onca acıları çektiği topraklara zorla geri yollamak insan haysiyetiyle bağdaşmayan, zalim bir davranıştır (aynı görüş ve benzer eleştiriler için bkz. **ALLEWELDT,** s. 372).

[943] Bkz. **ALLEWELDT,** s. 368.

[944] Bkz. **ALLEWELDT,** s. 369.

[945] Her şahıs açısından geçerli olan genel bir riskin yeterli olup olmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ülke içinde geçerli olan genel bir olumsuz durum yeterli sayılamaz, ilgili kişinin özel durumu itibariyle gerçek bir risk altında olduğunu ispatlaması gerekir (bkz. **HAILBRONNER,** 'Nonrefoulement' and 'Humanitarian' Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?, in D.A.Martin (ed.), The New Asylum Seekers: Refugee Law in the 1980s (1988), s. 142). Aksi yöndeki görüş ise, ülkede işkence ve fena muamele vakalarının genelleşmiş bir durumu

Kriter teşkil edebilecek son bir husus, orijin ülkesine dönüş yapan mültecilerin genel olarak kötü muameleyle karşılaşmalarıdır. Bu durumda, gerçek bir riskin varlığından söz edilebilmesi gerekir. Fakat bu durumun da çeşitli belgelerle kanıtlanması gerekecektir.

Görüldüğü gibi, esaslı temellerin ortaya konduğunun kesin olarak söylenebileceği vaka kategorileri yoktur. O halde, bu ispat koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğini her olayın tüm somut özelliklerini nazara almak suretiyle AİHM tespit edecektir[946].

E. GEÇİCİ ÖNLEMLER

İade ve sınırdışı etme vakalarında yargılama usulü ve ispat meseleleri bakımından hassas bir durum söz konusudur[947]. Her şeyden önce, bu konularda AİHS md. 34'e göre mağdur sıfatını kazanmak ve AİHM'ye başvurabilmek için ilgili şahıs hakkında infazı zorunlu bir iade ya da sınırdışı etme kararı verilmiş olmalıdır[948].

Durum böyle olunca, hakkında bu türden bir karar verilmiş bulunan kimseler ivedi bir tehlikeyle karşı karşıya olmaktadırlar. Zira, karara karşı başvurdukları yollar sonuç vermezse ve karar icra edilirse, telafisi mümkün olmayan zararlara uğrama riskiyle yüzleşmektedirler.

---

yansıtmasının gerçek riskin saptanması açısından yeterli olacağını savunmaktadır (bkz. **EİNARSEN,** The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to de facto Asylum, 2 International Journal of Refugee Law (1990), s. 370-371; ayrıca bkz. **W. KÄLİN,** Grundriss des Asylverfahrens (1990), s. 46-47); tartışmaları zikreden: **ALLEWELDT,** s. 370.

946 Örneğin Soering olayında, bu kıstaslar '*ölüm cezasının hükmedildiği veya infaz edildiği şartlar, mahkûmun şahsî koşulları, işlenen suçun ağırlığına nazaran cezanın oransızlığı ve infazdan önce tutulma koşulları*' olarak belirlenmiştir, bkz. kararın 104. paragrafı. Belirtelim ki, doktrinde Strazburg organlarının bu konudaki takdir yetkilerini kullanırken her zaman standardı sağlayamadığı ve bazı kararların hukukî güvenliği sağlamaktan uzak kalabildiği belirtilmiştir, bkz. **LAMBERT,** s. 78.

947 Detaylı bilgi için bkz. **ALLEWELDT,** s. 374 vd.

948 Bkz. Vijayanathan ve Pusparajah/Fransa, 27.8.1992 tarihli kabul edilmezlik kararı, §§ 45-47. Karara göre, en azından derhal sınır dışı edilme kararıyla karşı karşıya kalma durumu söz konusu olmalıdır ('*The Commission considered that the applicants could not be regarded as faced with an imminent decision of removal to Sri Lanka*').

Bu etapta, AİHM'ye başvuran kimsenin yürütmeyi durdurma kararı aldırma yetkisi olmadığı gibi; başvurunun yapılması da işlemin icrasını kendiliğinden durdurmamaktadır[949]. O hâlde, Mahkeme, devleti bağlayıcı böyle bir tedbir kararı alamaz.

Bu hallerde sorun, Mahkemeyle ilgili devlet arasındaki İçtüzük md. 39'a dayalı bir mutabakatla çözülmektedir. Mahkeme, ilgili devletten dava sonuçlanıncaya kadar işlemleri durdurmasını istemekte; ilgili devlet de buna göre hareket etmektedir[950]. Aslında bu talebe uyma zorunluluğu yoksa da, üçüncü maddenin ihlaline yol açmamak ve AİHM'nin otoritesine saygısızlık etmemek için bu tür isteklere hemen her zaman uyulmaktadır[951].

Mahkemenin böyle bir talepte bulunması için başvurucunun haklılığını kesin yoldan kanıtlaması gerekmese de, en azından Mahkemeyi ilk bakışta tatmin edecek bulguların sunulması gerekir ('*gerçek bir tehlikenin mevcudiyeti konusunda önemli nedenler*' bulunmalıdır)[952]. Aksi halde, Mahkeme, başvurunun açıkça temelden yoksun olduğuna karar verip hiç bir talepte bulunmayabilir[953]. Ancak başvuru incelenirken, özellikle işkenceye uğramış kimselerin ifadeleri dikkatle incelenmeli ve giderilebilir türden belirsizlikler, ufak çelişkiler, eksiklikler hemen onun aleyhine değerlendirilmemelidir. Zira, bu kimselerin uğradıkları psiko-patolojik derin travmalar, bir çok zaman bu türden hataların sebebidir.

O halde, ilk bakışta (*prima facie*) başarılı olabilme ihtimali devre dışı bırakılamayan; daha sonra Mahkemenin *ex officio* (re'sen) yapacağı inceleme sonucu açıklığa kavuşturabileceği belirsizlikleri içeren başvurular için de devletten iade ve sınırdışı etme işlemlerini durdurması istenebilecektir. Ayrıca, Cruz Varas davasında belirtildiği üzere, böyle bir tavsiyenin yapılabilmesi, durdurulmak istenen

[949] Bkz. **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 165 vd.
[950] Yukarıda incelediğimiz Chahal davasında, Usul Kurallarının 36. maddesine dayanarak, ilgili Hükûmete 'geçici tedbir tavsiyesi' adı altında, sınır dışı etme işlemini gerçekleştirmemesi gerektiği iletilmişti (bkz. **MOLE**, s. 30).
[951] Bkz. **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 168; **ÜNAL,** s. 416.
[952] Ahmed/Avusturya, 5.7.1995 tarihli Komisyon kararı.
[953] Detaylı bilgi için bkz. **ALLEWELDT,** s. 375-376.

uygulamanın tamir edilemeyecek ölçüde zarara neden olabileceği bir durumda mümkündür. Bu durum, özellikle iadenin veya sınır dışı edilmenin her an gerçekleşebileceği ve müracaat sahibinin gideceği ülkede Sözleşmenin 2. maddesi (yaşama hakkı) veya 3. maddesine aykırı olarak muamele göreceğini iddia etmesi durumunda söz konusu olacaktır[954].

F. AİHS Üçüncü Madde ile Mültecilere İlişkin Uluslararası Belgeler Arasındaki İlişki

Burada tartışılabilecek son bir mesele, üçüncü madde ile mültecileri korumaya yönelmiş uluslararası belgeler[955] arasındaki ilişkidir. Burada AİHM'nin görevi, bu tür belgelere riayetin sağlanmasını gözetmek değildir. Ayrıca, bu tür belgelerdeki hükümlerle üçüncü maddedeki dolaylı yasaklar tam olarak örtüşmemektedir. Özellikle, üçüncü maddenin ihlal edilmiş sayılması bakımından asgari bir eşiğin aranıyor olması sebebiyle, mültecilere dair uluslararası mevzuatın ihlalinin otomatikman üçüncü maddenin uygulanmasını gerektirmeyeceği açıktır[956]. Buna mukabil, AİHS'in bir çok bakımdan mültecilere ilişkin temel düzenleme olma özelliğini koruyan 1951 tarihli ilgili Cenevre Sözleşmesine nazaran daha geniş kapsamlı bir koruma sağladığı da söylenmelidir[957].

O halde, söz konusu durumlarda AİHM'nin yapacağı değerlendirme yine otonom olacak ve kendi ilkeleri ışığında bir sonuca varılacaktır.

VI. ÜLKEYE KABUL VE GÖÇ

Bir devletin ülkesine bazı kişilerin alınmamasının da belirli durumlarda üçüncü maddeye aykırılık teşkil edebileceği öne sürülmüştür.

---

[954] Bkz. **MOLE**, s. 31.

[955] Bunlardan en önemlisi 28 Temmuz 1951 tarihli Mültecilerin Statüsüne dair Cenevre Sözleşmesi'dir. Metin için bkz. **AKTAN** (Editör), s. 201 vd. Konuyla ilgili araçlar hk. geniş bilgi için bkz. **ODMAN,** s. 46 vd.

[956] Geniş bilgi için bkz. **van DİJK/van HOOF**, s. 328-333.

Bu konudaki en önemli dava Doğu Afrika Asyalıları davasıdır[958]. Davanın konusu, 1968 yılına kadar İngiliz vatandaşlığına da sahip olan bazı Afrika ülkesi vatandaşlarının[959], o yılda çıkarılan özel bir kanun sonucu[960] Birleşik Krallık'a giriş hakkının kısıtlanmasıdır. Başvurucular, bu düzenlemenin ayrımcılık yasağına aykırı düştüğü ve bu sebeple de aynı zamanda küçük düşürücü olduğunu iddia etmişlerdir[961]. Mahkeme, istemi kabul edilebilir bulmuştur, zira ırka dayalı bu tür ayrımlar, belirli kişi gruplarını diğer kişilerden farklı tutmayı amaçladığından bir anlamda kişi haysiyetine de dokunur durumdadırlar[962]. Olayda, Komisyon tarafından karar verilinceye kadar, İngiltere birtakım yasal düzenlemelerle problemi büyük ölçüde çözmüştür. Uzun gecikmeler sonucunda tüm başvurucular ülkeye kabul edilmiş ve artık başkaca eyleme gerek kalmadığına karar verilmiştir (AİHS md. 37 - kayıttan düşme). Sonuçta, konumuz açısından önemli olan, bu tür ayrımların üçüncü madde çerçevesinde sorunlar doğurabileceğinin kabul edilmiş olmasıdır[963]. Ancak, benzer bir durumun bugün yaşanması durumunda, buna taraf devletler bakımından meselenin AİHS'ye Ek 4. Protokoldeki '*hiç bir devletin kendi vatandaşlarını ülkeye girmekten alıkoyamayacağı*'na dair kural çerçevesinde çözümleneceğini hatırlatalım.

Benzer bir olay, birtakım evli kadınların İngiliz vatandaşı olmayan eşlerinin ülkeye alınmaması üzerine açtıkları davadır[964]. Burada Mahkeme, kişilerin ülkeye alınmamasının ve bu yöndeki ayrımcı davranışın söz konusu kişilerin şahsiyetine

---

957 Bkz. **MOLE,** s. 11 vd.

958 Bkz. Doğu Afrikalı Asyalılar/Birleşik Krallık, 10 ve 18.10.1970. Türkçe özet için bkz. **GEMALMAZ,** İşkence Yasağı, s. 217-218.

959 Özellikle Kenya ve Uganda gibi, o yıllara dek İngiliz sömürgesi olan ülkelerin vatandaşlarıdır bunlar.

960 '*Commonwealth Immigrants Act*'. Bu Kanunun amacı, çift vatandaşlığa dayanarak Birleşik Krallık'a girme hakkını mahfuz tutan Afrika kökenlilerin sayısındaki büyük artış sebebiyle yaşanan sorunu çözmek, bu kişilerin Krallık'a giriş haklarını ellerinden almaktı. Kanuna göre, artık sadece doğum yeri ya da aile kökeni olarak Birleşik Krallık'la bir bağlantı noktasını muhafaza edenler ülkeye vatandaş gibi girebilecekti.

961 Bkz. **OWEY/WHITE**, s. 80 vd. Aslında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 4. Protokol, hiç bir devletin kendi vatandaşlarını ülkeye girmekten alıkoyamayacağını düzenler. Fakat Birleşik Krallık o zamanda bu protokolü onaylamadığı için, başvurucular doğrudan bu maddeye dayanarak istemde bulunamamışlardır. Aynı sebeple, ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddeye de dayanamamışlardır, zira bu yasak Sözleşmede söz konusu edilmiş diğer haklar bakımından geçerliydi.

962 Bkz. 14 Aralık 1973 tarihli Komisyon raporu, paragraf 188-95 (aktaran **OWEY/WHITE**, s. 81).

963 Nitekim, Kıbrıs/Türkiye davasında (10.5.2001) Kuzey Kıbrıs'ın Karpat bölgesinde yaşayan Kıbrıslı Yunanların maruz bırakıldığı ayrımcı muamelenin 'küçük düşürücü' olduğuna karar verilmiştir.

964 Abdülaziz, Cabales, Balkandalı/Birleşik Krallık, 28.5.1985, Series A, No. 94.

yönelmiş bir davranış olmayıp göç rejiminin düzenlenmesine ilişkin meşru bir davranış olduğunu belirterek, davayı reddetmiştir[965]. Demek ki, *argumentum a contrario* yoluyla denilebilir ki, farklı muameleler şahsiyete yönelik ayrımcı bir değerlendirmeye dayanıyorsa veyahut insan onuruna saygı eksikliğinden kaynaklanıyorsa, üçüncü maddenin aradığı ağırlıkta bir ihlalden bahsedilebilecektir[966]. Zaten bu davada da, göç düzenlemeleri konusunda devletin takdir yetkisinin mutlak bir doğaya sahip olmadığı ve ırkçı yapıda politikaların benimsenmesinin mümkün olmadığı ayrıca belirtilmiştir[967].

VII. DİĞER SOMUT İHLAL ŞEKİLLERİ

Bu başlık altında, çeşitli somut kişi veya konulara ilişkin olarak AİHM'nin ortaya koyduğu ilkeler ele alınacaktır.

A. Akıl Hastaları

İlginç olan ve yukarıdaki kategorilerden hiçbirine koyamadığımız bir dava, *Herczegfalvy* olayıdır[968]. Burada başvurucu, maruz kaldığı tıbbi muamelenin küçük düşürücü olduğunu iddia etmiştir. Bu şahsın akıl hastası olduğu teşhis edilmiş ve zorla belirli bir diyete tabi tutulup belirli ilaçlar kendisine içirilmiştir. Ayrıca kişi tecrit edilmiş ve de yatağına kelepçelenmiştir. Komisyon, üçüncü maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Zira, uygulanan önlemler gerekenin ötesine geçmiştir ve süre itibariyle de taşkın niteliktedir. Özellikle şahsın, şuursuz bulunduğu ilk bir haftalık süre boyunca da kelepçeli tutulması, önlemlerin gereken ölçüden ağır tutulduğunun göstergesidir.

---

[965] Karara göre, devletin mahkum edilmesi, bu farklı muamelenin bir ayrımcılık kastına ve bu saikle de ayırt edilen kişilerin kasten küçük düşürülmüş olmasına bağlıdır. Kasten küçük düşürücü muamele de, 'kişinin değerini düşürmek ve onu utandırmak için kişililiğini hiçe sayarak ona farklı muamele yapmaktır' (bkz. **OWEY/WHITE**, s. 81; **ÜNAL,** AİHS, s. 108).

[966] Bkz. **OWEY/WHITE**, s. 81.

[967] Belirtelim ki, ayrımcılık yaratan yasal düzenlemelerin üçüncü maddeyi ihlâl ettiğinin öne sürüldüğü diğer bir davada (Marckx/Belçika, 13.6.1979), gayri meşru çocuk ve ana-babaya karşı ayrımcı hükümler içeren bir kanunun bu maddeye aykırılık oluşturmadığı (fakat 14. maddeyi ihlâl ettiği) tespit edilmiştir (zikreden: **CLAYTON/ TOMLINSON,** s. 394).

[968] Herczegfalvy/Avusturya, 24.9.1992, Series A, No. 242-B.

Mahkemeye göre, akıl hastaları da üçüncü maddenin koruması kapsamında kalmaya devam ederler. Fakat, tıbbın yerleşmiş ilkeleri bu tür olaylarda belirleyicidir ve terapi amaçlı önlemler hiç bir zaman insanlık dışı ya da küçük düşürücü olarak değerlendirilemezler[969].

Yine de bu tür vakalarda, psikiyatrik tedavi merkezlerine kapatılmış bulunan kimselerde karakteristik olan alçaklık ile güçsüzlük duygusu ve durumu, Sözleşmeye uygunluk bakımından yapılacak denetimin daha sıkı olmasını gerektirmektedir[970]. Ancak, irade özgürlüğünden yoksun oldukları için tamamiyle doktorların sorumluluğu altındaki hastaların fiziksel ve ruhsal sağlığını korumak amacıyla zorlayıcı önlemlere ve güce başvurulması elbette mümkün olacaktır. Herczegfalvy davasında, böyle bir hasta söz konusuydu ve bu sebeple kendisine zorla ilaç ve yemek verilmesi maddeye aykırı bulunmamıştı.

B. Açlık Grevleri

Açlık grevleri olgusu, ceza infaz kurumlarında mahpuslar tarafından uygulanan bir direniş ve baskı yöntemi olarak son yıllarda gündeme gelmiş ve maalesef Türkiye'de de çok sayıda kişinin hayatına mal olmuştur[971].

Açlık grevleri, belirli bir hedefe ulaşmak, bir hareketi protesto etmek ya da bir görüşe taraftar bulmak için, kamuoyu yaratmak düşüncesiyle kişinin tek başına veya grup şeklinde, yemek yemeyi durdurarak ve/veya sıvı almayarak aç kalma eylemidir[972].

---

969 Bkz. kararın 82. paragrafı. Buna karşılık, tedavi amaçlı olmayıp da hastayı kontrol altında tutmayı amaçlayan ilaçların verilmesi, muhtemelen maddeye aykırı olacaktır (bkz. **HARRIS/ O'BOYLE/ WARBRICK,** s. 72).

970 Bkz. **HARRIS/ O'BOYLE/ WARBRICK,** s. 71; **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 252.

971 Adalet Bakanlığı'nın verilerine göre, 16.9.2002 itibariyle 37 kişi ölüm orucu nedeniyle hayatını kaybetmiştir, aktaran: **DEMİRBAŞ**, İnfaz Hukuku, s. 181.

972 Bkz. **FEYZİOĞLU**, **Metin**, Açlık Grevi, AÜHFD, C. 43, Sayı 1-4, s. 157 ('**FEYZİOĞLU**, Açlık Grevi'); **ÇAKMUT, Özlem Yenerer**, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s. 183.

Bu eylemin mantığı, kamuoyunda yaratılan etki sayesinde talep edilen konuya ilişkin karar verme yetkisine sahip olan kimseleri baskı altına almaktır. Gerçekten de, ilgili kişi ya grevcilerin taleplerine boyun eğecektir ya da kamuoyu nezdinde bu kimselerin ölümünden sorumlu tutulma riskiyle karşılaşacaktır[973]. Bu şekilde, 'açlık grevi', belirli bir amaca yönelik olarak, iradî şekilde sürdürülen bir eylemdir.

Açlık grevlerine başvurarak ulaşılmak istenen amaç kendi hayatına son vermek olmadığı için, bu eylemleri intihardan ayırt etmek gerekir[974]. Ancak, esas amacı gerçekleştirebilmek için muhtemel ölüm neticesi de göze alınmaktadır[975]. Gerçekten de, açlık grevcilerinin amacı hayatlarına son vermek değil; aksine, kendileri ya da uğruna eylemi sürdürdükleri kişiler için daha iyi koşullar elde edebilmektir. Fakat bu 'ülkü' uğruna, gerekirse kendi hayatlarını feda etmeye razıdırlar.

Tıp hukuku açısından sürekli gündemde olan konu, bu eylemlere başvuran kimselere zorunlu tıbbî müdahalede bulunulup bulunulamayacağıdır. Zira, tıbbî müdahaleler bir kimsenin fiziksel bütünlüğünü ihlâl ettiği için ceza hukuku açısından yaralama suç tipine uygun düşmekte; tıbbî müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi ise, mağdurun rızasına bağlı olmaktadır. Kişinin rızasına aykırı olarak yapılan

---

[973] Bkz. **FESSLER, D.M.T**, The implications of starvation induced psychological changes for the ethical treatment of hunger strikers, Journal of Medical Ethics, Vol. 29/4, August 2003, s. 243. Williams ise, kapsamlı bir tasnif yapmaktadır. Ona göre, açlık grevcilerini beş kategoriye ayırmak mümkündür: 1) siyasî veya diğer kanaatlerine dikkat çekmek için bu yönteme başvurup eylemini sonuna kadar sürdürmeye niyetli olan, taleplerinin karşılanması durumunda tekrar beslenmeye başlayabileceğini ümit etse de aslı amacı olmayan ölüm riskini göze almış olanlar; 2) sırf dikkat çekme amaçlı olarak, kısa süreliğine ve işi uzatma niyeti olmaksızın bu yönteme başvuranlar ('*reactive food refusers*'), ör. bir talebinin reddedilmesini protesto etmek amacıyla, kızgınlık ve hayal kırıklığıyla yemek yemeyeceğini söyleyen şahsın durumu; burada amaç, sadece sesini duyurabilmektir ; 3) grevi bir pazarlık aracı olarak görüp diğer bazı yöntemlerle birlikte uygulayan ve 'makul bir teklif' gelmesi halinde eylemi sona erdirme arzusunda olup amaç elde edilemese bile her halukarda işi sonuna kadar götürmeyi düşünmeyenler; 4) intihar yöntemi olarak, ölmek isteyip başka şekilde bunu gerçekleştiremedikleri için bu eyleme başvuranlar (*determined food refuser*; bu kategoriye, çaresizlik gibi şahsi nedenlerle beslenmeyi kesenleri de katabiliriz); 5) tıbbî nedenlerden ötürü beslenmeyi reddedenler (ör. anorexia hastaları, ruhsal sağlılı bozuk olanlar…), bkz. **WILLIAMS**, **John**, Hunger-Strikes: A Prisoner's Right or a 'Wicked Folly'?, The Howard Journal, Vol. 40, No. 3, August 2001, s. 287. Bu tasnif bakımından, bizim esas olarak ele aldığımız ve kamuoyundaki açlık grevcisi kavramına uygun düşen kategori, birinci gruptur.

[974] Bir Britanya Mahkemesi de, 1993 tarihli *Airedale NHS Trust v Bland* davasında, bu eylemlerin intihar olarak değerlendirilemeyeceğini vurgulamıştır, bkz. **WILLIAMS J**., s. 286.

[975] Bkz. **EREM, Faruk**, Adalet Psikolojisi, 7. Bası, Ankara 1977, s. 376 (**'EREM**, Adalet Psikolojisi'); **ÇAKMUT**, s. 184; **DEMİRBAŞ**, İnfaz Hukuku, s. 177.

müdahalelerin ise, insan onurunu uygunluğu şüpheli olmaktadır.

Konuya ilişkin bir görüşe göre, açlık eylemleri AİHS ve ulusal anayasalarda tanınan düşünceyi açıklama özgürlüğünün bir tezahür şeklidir[976] ve bu iradeye saygı gösterilmelidir. Öte yandan, kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde kişilerin özgür iradeleriyle yaptığı bu seçime saygı göstermek gerekir, zira, kişileri bu şekilde davranmaktan men eden herhangi bir hukuk kuralı yoktur[977]. Müşterek Hukuk bakımından, self-determinasyon ilkesi özellikle katıdır; ayırtım gücüne sahip hastaların, intihar maksadıyla olsa da tedaviyi reddedebilecekleri açıkça kabul görmektedir[978]. Ayrıca, zorla beslemeye başvurulduğunda, bu tedbirin yerine getirilmesi kişiye karşı kuvvet kullanılmasını gerektirdiğinden maddi ve manevi kişilik haklarını ihlâl edici nitelik alabilmektedir[979].

Tabiplerin görüşüne bakılırsa, açlık grevine başvuran hastanın iradesine saygı gösterilmeli ve sağlığı kötüleşse, hatta ölüme sürüklense bile, rızası olmadan ona müdahale edilmemelidir[980]. Gerçekten de, Dünya Tıp Birliğinin 1975 tarihli Tokyo Bildirgesine göre, mahkum, sonuçları hakkında sağlıklı ve akılcı bir yargıya vardıktan sonra ihtiyariyle beslenmeyi reddederse, onun yapay olarak beslenmesi yoluna gidilmeyecektir. Yine, Dünya Tıp Birliğinin Kasım 1991 yılında Malta'da

---

[976] Bkz. **SOYASLAN, Doğan**, Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu, Yargıtay Dergisi, Temmuz 1990, s. 272 ('**SOYASLAN**, Açlık Grevi'); **FEYZİOĞLU**, Açlık Grevi, s. 162.

[977] Bkz. **ÇAKMUT**, s. 185. Örneğin, Alman Federal Yüksek Mahkemesi, hasta bir kimsenin, yaklaşan ve muhtemelen veya kesin olarak önlenebilecek ölüm sonucuna rağmen doktor yardımını reddedebileceğini açıklamıştır, bkz. **HAKERİ, Hakan**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri, Ankara 2003, s. 154-155 ('**HAKERİ**, İhmal').

[978] Bkz. **KENNY, A. Mary/ SILOVE, M. Derrick/ STEEL, Zachary**, Legal and ethical implications of medically enforced feeding of detained asylum seekers on hunger strike, MJA, Vol. 180, March 2004, s. 238.

[979] Bkz. **ERMAN, Barış**, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s. 191, benzer şekilde **AKAL, Cemal Bali**, İspanya'da Açlık Grevinin Doğurduğu Sorunlar, Argumentum, Yıl 2, Sayı 19, s. 293.

[980] Aslolan, şahsın irade özerkliğidir ve kişinin kendisi hakkında verdiği karar, her ne kadar anlamsız hatta delice olsa da, başkaları bakımından risk yaratmıyorsa buna müdahale etme imkânı yoktur. Bu nedenle, tabibin yapması gereken, ölüm orucuna girişme kararı veren kimsenin temyiz yeteneğine sahip olup olmadığını tespit etmektir. Eğer, kararı veren kimse ayırtım gücüne sahipse bu kararına saygı göstermek gerekecektir. Şayet daha önceden kendisine müdahale edilmemesi yönündeki iradesini açıkça ortaya koymuşsa, şahsın daha sonradan eylemi sebebiyle bilincini yitirmiş veyahut hayatî tehlike altına girmiş olması da durumu değiştirmeyecektir, bkz. **BROCKMAN, Bea**, Food refusal in prisoners: a communication or a method of self-killing? The role of the psychiatrist and resulting ethical challenges, Journal of Medical Ethics, Vol. 25/6, December 1999, s. 453.

yapılan 43. Genel Kurulunda kabul edilip Eylül 1992'de Marbella'da yapılan 44. toplantısında yayım açısından gözden geçirilen (*editorially revised*) açlık grevlerine dair bildirgesine göre, açlık grevcisinin bilinci bozulup da sağlıklı bir karar vermeye muktedir olmadığında ya da komaya girdiğinde, doktor, açlık grevi sırasında onunla yaptığı görüşmeler doğrultusunda hastanın daha önce vardığı kararını dikkate alarak, onun yararına olacağını düşündüğü kararı verecektir[981]. Alman Tabipler Odası ve Alman Doktorlar Konseyi Başkanlığının da benzer görüşte olduğu ifade edilmektedir[982]. Keza, Türk Tabipler Birliği Merkez Konseyinin 12.11.1990 tarih ve 5739/90 sayılı genelgesinde, açlık grevi yapan kişinin zorla beslenilmemesi

[981] Bildiriyi özetlemek gerekirse, Önsözün 1. maddesinde, açlık grevcilerini tedavi edecek doktorun; yaşamın kutsallığını koruma yönünde her insana ve özellikle de yeteneklerini bu amaçla kullanan doktorlara düşen ahlaki yükümlülük ile, hastanın kendi şahsı üzerinde sahip olduğu özerklik şeklinde, çatışan iki ayrı değerle yüzleştiği açıklanmaktadır. Bu çatışma, hayata döndürülmeme yönünde açık talimat vermiş olan bir açlık grevcisinin bitkisel hayata girip ölmek üzere olduğu durumlarda özellikle belirgin hale gelir (önsöz, md. 2). Doktor-hasta ilişkisi, doktorun, hastaya karşı olan yükümlülüğü sebebiyle, şahıs üzerinde yeteneklerini görevi icabı sergilemek zorunda olduğu zaman mevcuttur; hasta, belirli müdahale veya tedavi şekillerine rıza göstermese de bu ilişki bulunabilir. Bir doktor, açlık grevcisine bakmayı kabul ettiği zaman da, bu şahıs, doktorun hastası konumuna girer. Bu durum, rıza gösterme gereği ve gizlilik de dahil olmak üzere, doktor-hasta ilişkisinde mündemiç tüm netice ve sorumlulukları meydana getirir (önsöz md. 3). Müdahale edip etmeme konusundaki nihai karar, öncelikli menfaatleri hastanın selameti olmayan, üçüncü kişilerin müdahalesi olmaksızın, ilgili doktora bırakılmalıdır. Fakat doktor, hastaya, tedaviyi reddetme yönündeki kararını veya bitkisel hayata girmesi durumunda, suni beslenmeyi reddedip ölme riskini göze alma kararını kabul edip edemeyeceğini ona açıkça belirtmelidir. Şayet doktor, hastanın böyle bir yardımı reddetme kararını kabullenemezse, hasta, başka bir tabibin yardımından faydalanma hakkına kavuşacaktır (önsöz md. 4). Bu önsözden sonra, bildiride, açlık grevcilerinin durumunun idaresi konusunda, bazı rehber ilkelere (guidelines) uyulması tavsiye edilmiştir. Bunlardan bazıları şöyledir: Tıp mesleği, yaşamın kutsallığı ilkesini uygulamasında temel aldığı için, doktor, öncelikle, mümkün olduğu taktirde, hastanın detaylı bir tıbbî özgeçmişini edinmelidir (md. 2.1). Açlık grevinin başlangıcında, hastanın detaylı bir incelemesi (muayenesi) yapılmalıdır (md. 2.2.). Doktor veya diğer tıbbî bakım personeli, açlık grevcisine, eylemine son verme yönünde herhangi türden bir makul olmayan/haksız (undue) baskı uygulayamazlar. Açlık grevcisinin tedavi veya bakımı, eylemine son vermesi şartına bağlanamaz (md. 2.3). Açlık grevcisi, bir açlık grevinin doğurabileceği klinik sonuçlara ve kendi somut durumuna özgü tehlikelere ilişkin, doktor tarafından profesyonel bir şekilde bilgilendirilmelidir. Ancak, açık bir iletişim sonucunda aydınlatılmış (bilgiye dayalı) bir karar verilebilecektir. Gerekirse, bir tercümandan faydalanılmalıdır (md. 2.4). Daha sonra, bildirinin üçüncü maddesinde, doktorlara kesin bir talimat verilmiştir ('clear instruction'). Buna göre, doktor, hastanın açlık grevine devam etmek isteyip istemediğini her gün tekrar tetkik etmelidir. Bilgilendirilmiş bir karar veremeyecek bir duruma gelebilecek olması hâlinde, tedaviyi ilişkin olarak hastanın arzusunun ne yönde olduğu da günlük olarak tetkik edilmelidir. Bu bulgular, doktor tarafından şahsî tıbbî kaydına yazılıp gizli tutulmalıdır. Suni beslenmeye ilişkin dördüncü maddeye göre, açlık grevcisinin bilinci bozulup da sağlıklı bir karar vermeye muktedir olmadığında ya da komaya girdiğinde, doktor, açlık grevi sırasında hastanın önceki bakımı sırasında onun varmış olduğu kararı her zaman dikkate alarak ve bu Bildirinin önsözünün 4. maddesini teyit ederek, tedavi yapma konusunda hastanın en yararına olacağını düşündüğü kararı onun adına vermekte serbest olacaktır. Beşinci maddeye göre, açlık grevcileri, zorla greve katılmaktan korunmalıdırlar. Bu, diğer grevcilerin huzurundan başka yere alınmayı gerektirebilir. Son olarak, altıncı maddeye göre, hasta bunu açıkça yasaklamadıkça, doktor, hastanın ailesini, onun açlık grevine başvurduğundan bilgilendirme sorumluluğu vardır.

bildirilmiş; Türk Tabipler Birliğinin Aralık 1994 Bildirgesinin 7. maddesinde de, açlık grevini bırakması için hastaya baskı yapılmayacağı, zorla serum vb. verilmesinin doğru olmadığı belirtilmiştir[983]. Yine, 18.7.1996 tarihli 'Acil Çağrı Metni' ile de bu kurum, Türk hekimleri tarafından Tokyo ve Malta Bildirgelerindeki tutumun beninsenmesi gerektiği duyurulmuştur.

Zorunlu müdahaleyi savunan aksi görüşe göreyse, mahkumların açlık grevlerine başvurmaları çoğu zaman baskı altında bırakılan bir iradenin yansımasıdır[984]. Kaldı ki, Anayasalarda kişilere tanınmış olan kendi geleceğini belirleme hakkı, kişinin maddi ve manevi değerlerini koruyup geliştirmesi için tanınmıştır, yok etmesi için değil[985]. Yaşamın dokunulmazlığı ve kutsallığı ilkesi sonucunda, kişiye kendi yaşamını sonra erdirme yönünde bir karar verebilme hak ve yetkisi tanınmış değildir[986]. Öte yandan, Devlete baskı ve şantaj yapmak için bu yönteme başvurulmasının, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelip hukuken korunamayacağı da öne sürülmektedir[987].

Öte yandan, doktrindeki bir görüşe göre bu eylemlere müdahale ederek kişilerin sağlık ve yaşamını kurtarma, üçüncü kişi lehine meşru müdafaa[988] ya da ıztırar[989] hukuka uygunluk sebebi teşkil edecektir. Ancak tabii ulusal ceza hukukları bağlamında öne sürülebilecek bu hukuka uygunluk sebeplerinin, açlık grevlerine

---

[982] Bkz. **DEMİRBAŞ**, İnfaz Hukuku, s. 180.

[983] Metinler için bkz. **GÜNAY, Erhan**, Uygulamalı – Yenileştirilmiş – İçtihatlı – Genelgeli – Notlu-Türk İnfaz Hukuku, Dördüncü Baskı, Ankara 2002, s. 538-540.

[984] Benzer yönde **AKAL**, s. 292-293 (cezaevi ortamı zaten kişinin bağımsız karar vermesini engellediği gibi, sosyal ya da siyasî bir grubun baskısı altında olan insanların eylemlerinin özerkliği daha da şüphelidir).

[985] Bkz. **ERMAN B.**, s. 188. Keza, geleneksel dinî yaklaşım da kişiye kendi bedenini yok etme hakkını tanımaz, bkz. **AKAL**, s. 292.

[986] Britanya'da bir yasama organı olan House of Lords da, 1999'da önüne gelen *Reeves v Commissioner of Police of the Metropolis* olayında, hapishane görevlilerinin mahpusların sağlık ve yaşam açısından kendilerini tehlikeye sokmasını önlemekle yükümlü olduğunu ortaya koymuştur. Fakat bu tespitin, ancak açıkça bir intihar yöntemi olarak açlık grevine başvurulduğu taktirde soruna kesin olarak cevap verdiği öne sürülmüştür, bkz. **WILLIAMS J.**, s. 286.

[987] Bkz. **AKAL**, s. 293.

[988] Bkz. **FEYZİOĞLU**, Açlık Grevi, s. 166-167; **ÇAKMUT**, s. 190. Üçüncü kişi lehine meşru müdafaanın varlığını savunan görüşe katılmak zordur; zira buradaki grevciyi, hem saldırıyı gerçekleştiren kişi hem de aynı zamanda kendisine saldırı yöneltilen üçüncü kişi olarak değerlendirmek mümkün gözükmemektedir, bkz. aynı yönde **ERMAN B.**, s. 199.

[989] Bkz. **SOYASLAN**, Açlık Grevi, s. 189. Oysa ki, burada tehlikeye neden olmuş kişinin dışındaki, üçüncü bir kişiye zarar verilmediği için ıztırar halinden bahsedilemez.

zorunlu müdahalenin AİHS md. 3'e aykırı düştüğü savunulacak olursa artık uygulama alanı bulamayacağı unutulmamalıdır.

Kanaatimizce en sağlam argüman ise, burada kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına ağır basan bir kamusal yükümlülüğün varlığıdır. Bu da, devletin kendi gözetim ve denetimi altında bulunan mahpusların hayat ve sağlıklarını koruma yükümlülüğüdür. Bu bakımdan, devletin müdahale edip kişiyi zorla tedavi etmek ve yaşatmak yükümlülüğü vardır[990]. Gerçekten, AİHS sisteminde de, md. 2'deki yaşama hakkı bakımından, devletin, yaşamı tehlike altında olan kişiler için koruyucu tedbir alma yükümlülüğü genel olarak mevcut olduğu gibi, özellikle hükümlü ve tutuklular bakımından daha da kapsamlı, özel bir korumanın gerekli olduğu bildirilmektedir[991].

Bu noktada, bizim mutlaka vurgulamak istediğimiz husus, bütün diğer bildirge ve kararların temelini oluşturan 1975 Tokyo Bildirgesindeki hükmün teleolojik, sistematik ve tarihsel olarak doğru yorumlanması gereğidir. Şöyle ki, söz konusu Bildirge tabiplerin herhangi bir şekilde işkence uygulamasına katılmalarını yasaklayan bir belgedir. Bu çerçevede de, açlık grevcilerinin zorla beslenemeyeceği özel olarak öngörülmüştür. Bu düzenlemenin konuluş amacı, Sözleşmenin yapılmasına yol açan olaylarla ilgilidir. Buna göre hedef, doktoru işkenceye maruz bırakıldığı (bunu protesto etmek, buna karşı çıkmak ya da bu durumdan kurtulmak) için açlık grevine başvurmuş olan mahpusu iradesi hilafına tekrar kendine getirip yine işkenceye maruz kalmasına alet etmemektir. Bildirgenin beşinci maddesinin altında yatan düşünce budur[992]. Bu bakımdan, burada saydığımız tıbbî bildirgelerin

[990] Bkz. **YENİSEY**, İnfaz…, s. 249; **KENNY/SILOVE/STEEL**, s. 237. ABD'de 1990 yılında görülen *Commonwealth of Pennsylvania, Department of Public Welfare, Fairview State Hospital v Joseph Kallinger* davasında da, devletin gözetiminde bulunan kimselerin kişisel haklarının ve bundan kaynaklanan hareket serbestisinin olağana oranla ciddi şekilde kısıtlı olduğu vurgulanmıştır, bkz. **WILLIAMS J.**, s. 291. B. Erman da, zorunlu müdahaleyi haklı kılabilecek tek hukukî gerekçe olarak, müdahalenin yapıldığı bu yerlerin devletin denetim ve sorumluluğu altında olmasının öne sürülebileceği görüşündedir, bkz. **ERMAN B.**, s. 195-196.

[991] Bkz. **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR**, s. 208, 209; ayrıca bkz. genel olarak devletin yaşama hakkını koruma bakımından pozitif yükümlülüğü için **GÖLCÜKLÜ/ GÖZÜBÜYÜK**, s. 160 vd.

[992] Medical and Ethical Aspects of Hunger Strikes in Custody and the Issue of Torture, Extract from the publication "Maltreatment and Torture", in the series Research in Legal Medicine - Volume 19 / Rechtsmedizinische Forschungsergebnisse - Band 19. M. Oehmichen, ed., Verlag Schmidt-Römhild, Lübeck, 1998.

söz konusu gerçek ışığında değerlendirilmesi durumunda, amacın hiçbir türden açlık grevcisine hiçbir zaman rızası hilafına müdahale edilememesini sağlamak olduğunu savunmak zordur. Nitekim, daha sonra hazırlanan Malta bildirgesinde, işkence olgusundan bağımsız olarak zorla besleme yasağı genel olarak öngörülse de, nihai karar hastanın menfaati çerçevesinde doktora bırakılmıştır.

Mukayeseli hukuktaki uygulamaya göz atacak olursak, bazı ulusal mevzuatlarda tıbbî müdahale yoluyla zorunlu besleme yoluna gidilmesinin öngörüldüğü gözlemlenmektedir. Örneğin Alman Ceza İnfaz Kanunu § 101, tutuklu veya hükümlünün sağlığına yönelik ağır bir tehlikenin varlığı durumunda müdahale yükümlülüğü öngörmektedir[993]. Avusturya Ceza İnfaz Kanunu § 69'da da benzer düzenleme vardır. Bulgar Ceza İnfaz Kanunu md. 86 da, zorunlu besleme yoluna başvurulmasını öngörmektedir. Keza, İspanyol Anayasa Mahkemesi, Temmuz 1990 tarihli bir kararında, zorla beslemenin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir[994]. ABD[995], Belçika, Fransa, İsviçre ve Portekiz'de de açlık grevlerine doktor kararıyla müdahale edilip zorla besleme yoluna gidildiği belirtilmektedir[996]. İngiltere'de ise, yargısal anlayışın bireyin yaşam hakkını korumaktansa onun irade özerkliğine saygı göstermek yönüne kaydığı belirtilmektedir[997].

---

[993] Bkz. **DEMİRBAŞ**, İnfaz Hukuku, s. 178; **ERMAN B.**, s. 182-183.

[994] Bkz. **ERMAN B.**, s. 187.

[995] Örneğin 1981 tarihli *Boyce v Petrovsky* ve 1982 tarihli *White v Narick* davalarında, mahpusların zorla beslenmesi yönünde karar verildiği gibi, 2002 yılında da Amerikan Mahkemelerinin, ABD'nin Afganistan'da yürüttüğü operasyon sırasında ele geçirip Guantanamo'da tutulan iki esirin de zorla beslenmesi yönünde karar verdiği belirtilmektedir. Keza, *Cruzan v Director* davası vesilesiyle 1990 yılında konuyu ele alan Amerikan Yüksek Mahkemesi (Supreme Court) de, çoğunluk görüşünde, sezgin ve bilgilendirilmiş bir yetişkinin iradi kararına rağmen, Devletin tarafsız kalmasının (buna engel olmamasının) gerekli olmadığını bildirmiştir, bkz**. FESSLER**, s. 244. Keza, doğrudan açlık greviyle ilgili olmamasına rağmen, bu konuya da değinilen Iowa Yüksek Mahkemesi'nin 1999 tarihli *Polk County Sheriff v Iowa District Court for Polk County* kararında, intiharı önlemek ve infaz düzenini korumak bakımından devlete ait olan menfaatlerin kişi özerkliğine ağır bastığı savunulmuştur, bkz. **WILLIAMS J.**, s. 290.

[996] Bkz. **DEMİRBAŞ**, İnfaz Hukuku, s. 178.

[997] Bkz. **KENNY/SILOVE/STEEL**, s. 238. Örneğin, 20. yüzyılın başında, *Leigh/Gladstone* davasında (1909), hapisa gardiyanlarının hukukî görevinin mahpusların sağlığını ve evleviyetle yaşama hakkını korumak olduğundan bahisle, yapılan zorunlu müdahale mahkemece haklı bulunmuş ve bu temayül uzun süre devam etmişken, 1974 yılında İçişleri Bakanının, hastayı iradesi hilafına zorla besleme yoluna gitmeyen tabibin görevini ihmal etmiş olmayacağını söylemesi ve bundan kısa süre sonra, Britanya Tabipler Birliği (British Medical Association) tarafından da, müdahalenin yapılmaması durumunda disipliner işlem yapılmacağının açıklanması üzerine işler değişmiştir. Nitekim, 1994 tarihli bir mahkeme kararında da (*Re R [1994]*), sezgin hastaların açlık yoluyla ölme hakkına sahip oldukları teyit edilmiştir, bkz. **BROCKMAN**, s. 453-454. Yine, 1995 yılında, *Secretary of State for the Home*

Konuya ilişkin AİHM içtihatlarına gelince, Strazburg organları Herczagfalvy[998] ve Ilijkov[999] davalarında dolaylı yoldan da olsa, zorla beslemenin AİHS md. 3'teki işkence, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele yasaklarına aykırı olduğu iddialarına dayalı başvuruları kabul edilemez bulmuştur.

Herczegfalvy olayında, Avusturya'da yaşayan bir Macar vatandaşı olan başvurucu, beş yıl kadar cezaevinde yattıktan sonra, hakkında düzenlenen psikiyatrik raporda tespit edilen tehlikelilik durumuna dayanılarak, 1978'de bir ruh ve sinir hastalıkları merkezine kapatılmıştır. Bu durumu protesto etmek isteyen başvurucu, 10 Eylül 1979'da açlık grevine başlamış, buna çeşitli aralıklarla devam etmiş; eylem sürecinde bazen beslenmeye rıza göstermiş, bazense sakinleştirici ilaçla uyutularak yapay yoldan beslenilmiş; bütün bu süre içinde de yatağa zorla bağlı tutulmuştur.

Başvurucu, gerek zorla beslenme olgusunun gerekse bunun icra tarzının üçüncü maddeye aykırı düştüğünü iddia etmiştir. Mahkeme, zorla beslemenin yerine getirildiği tarz itibariyle küçük düşürücü olarak değerlendirilebileceğini; fakat ikinci madde uyarınca, bir kimsenin yaşam hakkını korumanın, üçüncü maddeye ilişkin mülahazalara ağır basacağını ve olaydaki müdahalede tıbbî zorunluluk bulunduğunu belirterek açlık grevine zorunlu müdahaleyi Sözleşmeye aykırı görmemiştir.

İlijkov olayını irdelersek, tutukluluk halinin devamına itiraz etmek amacıyla başvurucu, 23 Eylül 1996 tarihinde açlık grevine başlamıştır. 24 Eylül'de başlayan muayeneler iki günde bir devam etmiştir. 4 Ekim 1996'da (grevin on birinci gününde) yapılan muayenede, üç doktordan müteşekkil komisyonun incelemesinde, sağlık üzerinde hala önemli olumsuz etkilerin doğmadığı tespit edilmiş; fakat on beşinci günden sonra telafisi mümkün olmayan değişikliklerin meydana gelebileceği

---

Department v Robb davasında, bireyin kendi geleceğini belirleme hakkının bu gibi durumlarda önceliğe sahip olduğu belirlenmiştir, bkz. **WILLIAMS J**., s. 288. Bkz. ayrıca *R (On the Application of Wilkinson) v. The Responsible Medical Officer Broadmoor Hospital [2001] EWCA Civ 1545 (22nd October, 2001); Re W (adult: refusal of medical treatment) 24 April 2002 by DameElizabeth Butler-Sloss P in the Family Division of the High Court.*

[998] Herczegfalvy/Avusturya, 24.9.1992.

[999] İlijkov/Bulgaristan (Komisyon Kararı), 20.10.1997.

başvurucuya izah edilmiştir. 7 Ekim 1996 günü, hapishanede görevli tabip, başvurucunun rızasıyla ona damardan bir karışım vermiştir. 8 Ekim'de ise başvurucu, ikinci bir karışım verilmesini reddedip hiçbir şey yememiş ve içmemiştir. Aynı gün, hapishane müdürü telefon aracılığıyla savcıyla görüşmüş ve Bulgar İnfaz Kanunu § 86 uyarınca, üç tabipten oluşan tıbbî komisyona gereğinde zorla besleme yetkisi vermiştir. 10 Ekim 1996'da, tıbbî komisyon başvurucuyu toplamında sekizinci kez muayene etmiş ve onun karaciğerinde beslenme eksikliğine bağlı değişimler ve kalp ritminde hızlanma tespit etmiştir. Komisyon, başvurucunun eyleminin sonuçlarını anlamaya muktedir olduğunu ve grevine kararlılıkla devam etmeyi istediğini de tespit etmiştir. Başvurucunun sağlığını korumak için mideye indirilen bir tıbbi boruyla kendisi beslenmiştir. Ayrıca tıbbî komisyon, İlijkov'un Plovdiv Tıp Fakültesinde hazırlanmış konsantre sıvı maddelerle zorla beslenmeye devam edilmesi talimatını da vermiştir. 28 Ekim 1996'da, grevin yirmi yedinci gününde hazırlanan raporda, açlık grevine devam etmesinin, zorla beslenmesine rağmen başvurucunun hayatı için tehlikeli olduğu belirlenmiştir. 2 Kasım ve daha sonra 6 Kasım'da etraflı incelemeler için hastaneye götürülen başvurucunun hayatının, kısmen de zorla beslenme sayesinde tehlikede olmadığı bulgulanmıştır. Hastanede kaldığı ve daha sonra hapishanede bulunduğu süreden 28 Kasım 1996 tarihinde açlık grevine son verene kadar, başvurucu iradesi hilafına zorla beslenmeye devam edilmiştir.

Başvurucu, bu muamelelerin AİHS md. 3'teki yasağa aykırı olduğunu iddia etmiştir. Şöyle ki, zorla beslenmenin kalifiye olmayan personel tarafından ve kirli bir plastik hortumla, şiddetli acıya yol açacak ve kendisini aciz hissettirecek tarzda yerine getirildiğini ve bu durumun yaşamını tehlikeye attığını iddia etmiştir.

Komisyona göre, tıbbın yerleşmiş ilkeleri doğrultusunda tedavi bakımından zorunluluk teşkil eden önlemler, ilke olarak insanlık dışı ya da küçük düşürücü olarak nitelendirilemez; yeter ki tıbbî zorunluluk durumunun varlığı gereği gibi kanıtlansın. Ayrıca başvurucu, olası ölümcül sonuçlarına rağmen gıda veya ilaçsız bırakılması gerektiğini de iddia etmemektedir. Neticede başvurucu, açlık grevine devam etme iradesine karşı bir saygısızlık eylemi olarak, zorla beslemenin tek başına üçüncü

maddeye aykırı olduğunu iddia etmemektedir. Bu nedenle Komisyon, başvurucunun zorla beslenme ve genel olarak açlık grevi sırasında muamele görme tarzının üçüncü maddeye aykırı olup olmadığını inceleyecektir.

Bu gerekçeleri nazara alan Komisyon, başvurucunun kalifiye olmayan personelin müdahale ettiği ve kirli bir hortumla beslendiği iddialarına kanıt getirememesi; zorla beslenmenin gerekli olduğuna dair dosyada mevcut raporlara karşı kanıt getirememesi; sürekli tıbbî denetim altında tutulması; zorla beslenmenin tıbbî uzmanlar tarafından emredilmesi ve uygulanması ve nihayet, zorla beslenme ve tedavinin kişinin sağlığında bir kötüleşmeye yol açmaması karşısında üçüncü maddeye aykırılık iddialarını reddetmiştir.

AİH Komisyonu, yine bir başka benzerî olay da da, bir mahkûmun kendisinin zorla beslenmesinin insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele teşkil ettiği iddiası karşısında, devletin AİHS md. 2 uyarınca mahpusların yaşam hakkını temin etme yükümlülüğünün, tıbbî müdahaleye bağlı olarak üçüncü maddeden doğabilecek herhangi bir ihlâl iddiasından üstün olduğunu belirlemiştir[1000].

Buna karşılık, zorla beslenme olgusunun tek başına Sözleşmeye uygun olup olmadığı konusunda günümüze dek, Strazburg organları açık bir tavır takınmış değildir. Tüm bu kararlardan en azından, Strazburg organlarının zorla beslenmenin hukuka aykırı olduğu kanaatinden yola çıkmadıkları anlaşılabilmektedir. Bu durumda, işkenceyi yasaklayan uluslararası belgelerin, yasal önlemlerin doğal sonucu olan veya zaten onların doğasında mündemiç bulunan, acı ve ıstırabın işkence teşkil etmeyeceğini öngördüğü (ör. 1984 tarihli İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi md. 1/b.1, son cümle; İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkında Amerikan

[1000] X v Germany (1984), 7 EHRR 152, aktaran: **CLAYTON / TOMLINSON**, no. 8.49; **WILLIAMS J.**, s. 292. Burada Komisyon, zorla besleme olgusunun, bir bakıma küçük düşürücülük unsuru içerdiğini kabul etse de, olayda md. 2'den doğan pozitif yükümlülüklere uyma zorunluluğunun ağır bastığını vurgulamıştır. İspanyol Anayasa Mahkemesi de aynı yönde karar vermiştir, bkz. **AKAL**, s. 295.

Devletleri Arası Sözleşme md. 2) ve yine AİHM içtihatlarına göre[1001], meşru bir muameleye kaçınılmaz biçimde bağlı bulunan acı ve küçük düşürmenin ötesine geçecek düzeyde olmayan davranışların madde kapsamına girmeyeceğini[1002] düşündüğümüzde, zorunlu beslenmenin AİHS'ye aykırı bulunmayacağı kanaatindeyiz.

Belirtelim ki bu gelişmelere uygun olarak, bizim mevzuatımızda da 5.2.2003 tarih ve 4806 s. K. md. 5 ile '*Hapishane ve Tevkifhanelerin İdaresi Hakkında Kanun*'a eklenen md. 4 ile, açlık grevine başvurup tedaviyi reddeden mahpuslara zorunlu müdahale yolu açılmıştı. Buna göre, eylemin riskleri konusunda gerekli bilgilendirilme yapıldıktan ve ikna çalışmalarına rağmen eylemlerinden vazgeçirilemedikleri taktirde, hayatlarının tehlikeye girmiş veya bilinçlerini yitirmiş olmaları kaydıyla, mahkûmlara zorla besin verme ve tıbbî müdahalede bulunma yetkisi tanınmıştır[1003]. Belirtelim ki, bundan önce de 31.12.1997 tarih ve 25-167 sayılı Bakanlık Genelgesine dayanarak, hayati tehlike ve bilinç kaybı durumunda müdahale edilerek zorunlu beslenme uygulanmaktaydı[1004].

[1001] Bkz. *inter alia* Soering/Birleşik Krallık, 7.7.1989, § 100, T./Birleşik Krallık, 16.12.1999, § 69.

[1002] Bkz. **GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK**, no. 427; **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR**, s. 248.

[1003] 'Hapishane ve Tevkifhanelerin İdaresi Hakkında Kanun'un 10.9.1993 tarihli ve 524 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yürürlükten kaldırılan 4 üncü maddesi şu şekilde yeniden düzenlenmiştir: '*Madde 4. – Hükümlü ve tutuklular, hangi nedenle olursa olsun, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettikleri takdirde; bu hareketlerinin kötü sonuçları ile bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu veya tutukevi tabibince bilgilendirilirler. Psiko-sosyal hizmet birimince de bu hareketlerinden vazgeçmeleri yolunda çalışmalar yapılır ve sonuç alınamaması halinde, beslenmelerine kurum tabibince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanır./ Beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlü ve tutuklulardan, birinci fıkra gereğince alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayatî tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu tabipçe belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhal hastahaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbî araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır./ Yukarıda belirtilen haller dışında, bir sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlü ve tutukluların sağlık veya hayatlarının ciddî tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumu ve tutukevinde bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı halinde de ikinci fıkra hükümleri uygulanır./ Bu maddede öngörülen tedbirler, kurum tabibinin tavsiye ve yönetimi altında uygulanır. Ancak kurum tabibinin zamanında müdahale edememesi veya gecikmesi hükümlü ve tutuklu için hayatî tehlike doğurabilecek ise, bu tedbirlere ikinci fıkrada belirtilen şartlar aranmaksızın başvurulur./ Bu madde uyarınca hükümlü ve tutukluların sağlıklarının korunması ve tedavilerine yönelik zorlayıcı tedbirler, onur kırıcı nitelikte olmamak şartıyla uygulanır.*' 13.12.2004 tarihinde kabul edilip 1.6.2005'te yürürlüğe giren 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile bu hükmün yerini söz konusu kanunun 82. maddesi almıştır. Bu hükme aşağıda, ana metinde değineceğiz.

[1004] Bkz. **DEMİRBAŞ**, İnfaz Hukuku, s. 178. Adli Tıp Kurumu Başkanlar Kurulu'nun 1993/727 sayı ve 4.12.1993 tarihli Kararında da, tıbbi açıdan gerekli olduğu taktirde, şahsın iradesine bakılmaksızın

Nihayet, yeni TCK ve CeGTİK ile açlık grevcilerine zorunlu müdahale yolu kanunen öngörülmüştür. Nitekim 1.6.2005'te yürürlüğe giren ve *Hapishane ve Tevkifhanelerin İdaresi Hakkında Kanun* md. 4'ün yerini alan 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfaz Hakkında Kanun md. 82/2'ye göre '*Beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerden, birinci fıkra gereğince alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayatî tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhâl hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbî araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır*'[1005]. Tasarıdaki madde gerekçesine göre, buradaki amaç Anayasa md. 17'deki 'yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı'nın korunmasıdır. Ayrıca, 'hükümlünün cezasını çekme yükümlülüğü'ne de atıf yapılmıştır.

Ayrıca, örgüt eylemi olarak bazı mahkûmları ölüm orucuna yönlendiren kişileri ve F tipi tartışmaları çerçevesinde yaşanan bazı olayları cezalandırabilmek için[1006], 5.2.2003 t. ve 4806 s.K. ile[1007], 1 Haziran 2005'e kadar yürürlükte kalacak

---

tıbbi müdahale yapılmasının gerektiği kanaatine varılmıştı, bkz. **GÜNAY**, s. 537-538.

[1005] Maddenin tümü şöyledir: *'Hükümlünün kendisine verilen yiyecek ve içecekleri reddetmesi' MADDE 82.- (1) Hükümlüler, hangi nedenle olursa olsun, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettikleri takdirde; bu hareketlerinin kötü sonuçları ile bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu hekimince bilgilendirilirler. Psiko-sosyal hizmet birimince de bu hareketlerinden vazgeçmeleri yolunda çalışmalar yapılır ve sonuç alınamaması hâlinde, beslenmelerine kurum hekimince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanır.*

(2) Beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerden, birinci fıkra gereğince alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayatî tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhâl hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbî araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır.

(3) Yukarıda belirtilen hâller dışında, bir sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlülerin sağlık veya hayatlarının ciddî tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumunda bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı hâlinde de ikinci fıkra hükümleri uygulanır.

(4) Bu maddede öngörülen tedbirler, kurum hekiminin tavsiye ve yönetimi altında uygulanır. Ancak, kurum hekiminin zamanında müdahale edememesi veya gecikmesi hükümlü için hayatî tehlike doğurabilecek ise, bu tedbirlere ikinci fıkrada belirtilen şartlar aranmaksızın başvurulur.

(5) Bu madde uyarınca hükümlülerin sağlıklarının korunması ve tedavilerine yönelik zorlayıcı tedbirler, onur kırıcı nitelikte olmamak şartıyla uygulanır.

[1006] Bkz. **ERMİŞ, Münip**, İfade ve Örgütlenme Özgürlüğü Açısından Tasarı, Türk Ceza Kanunu

olan eski Türk Ceza Kanunu'na eklenen md. 307/b, f.2'ye göre, '*hükümlü ve tutukluların beslenmesini engelleyenler hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. Hükümlü ve tutukluların açlık grevine veya ölüm orucuna teşvik veya ikna edilmeleri ya da bu yolda kendilerine talimat verilmesi de beslenmenin engellenmesi sayılır*'; f.3'e göre de '*Beslenmenin engellenmesi nedeniyle ölüm meydana geldiğinde faile on yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası verilir. 456ncı maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında sayılan bedensel zararların meydana gelmesi hâlinde ise, faile aynı madde hükümleri gereğince ceza verilir*'di. TBMM Adalet Komisyonunda görüşüldükten sonra Meclise sevk edilen ve 26.9.2004 tarihinde kabûl edilip 1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu md. 298/2'de de, 'Hak kullanımını ve beslenmeyi engelleme' adı altında, mevcut md. 307/b, f.2'deki düzenlemenin aynısına yer verilmiştir. Buna karşılık, yeni CK md. 298/3 hükmüne göre, '*Beslenmenin engellenmesi nedeniyle kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâllerinden biri veya ölüm meydana gelmiş ise, ayrıca kasten yaralama veya kasten öldürme suçlarına ilişkin hükümlere göre cezaya hükmolunur*'. Demek ki yeni Kanuna göre, ölümün meydana gelmesi durumunda artık netice sebebiyle ağırlaşmış bir suçun varlığı kabul edilip cezanın kanunda öngörülen şekilde arttırılması yoluna gidilmeyecek; bunun yerine md. 298/2'deki 'beslenmeyi engelleme' suçu ile, md. 81'deki 'kasten öldürme' suçlarından olaya uygun olanın cezası gerçek içtima (cezaların toplanması) esaslarına göre toplanarak hükmolunacaktır[1008].

C. Sosyo-Ekonomik Koşullar

İlginç bir tartışma, insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele kavramlarının sosyo-ekonomik koşullar vesilesiyle gündeme getirilip getirilemeyeceğidir. Yani, bir devlet vatandaşının içinde yaşamak zorunda kaldığı ve devlet tarafından sağlanan sosyal ve ekonomik ortam, üçüncü madde açısından bir değerlendirme kapsamına

Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar (editör: ERGÜL, Teoman), Ankara 2004, s. 276.

[1007] RG 10.2.2003, no. 25020 mükerrer.

[1008] Fakat elbette, aleyhe kanunun geçmişe yürümemesi ilkesi sebebiyle, ancak 1 Haziran 2005'ten sonra işlenmiş sayılan fiiller açısından bu şekilde ceza belirlenebilecektir.

alınabilir mi? Bu itibarla örneğin, sosyal güvencelerden, iş imkanından, sağlık yardımından, asgari bir yaşam standardından mahrum bir kimse, kendisinin içinde bulunduğu durumun üçüncü madde anlamında küçük düşürücü ya da insanlık dışı olduğunu iddia edebilir mi?

Doktrinde, insan onurunun bir hukuk devletindeki en üst hukuksal değer olduğundan bahisle '*insanın ekonomik yaşam koşulları altında basit bir obje olarak alçaltılması ya da bu şekilde bir yaşam sürmeye zorlanması*'nın insan onurunu ihlal ettiği öne sürülmüştür[1009].

Fakat insan onurundan devlet için pozitif bir yükümlülük doğar mı? Bir görüşe göre, ekonomik olarak sosyal devlet ve insan onuru ilkelerinden devletin insan onuruna yakışan asgari bir mevcudiyeti garanti etme yükümlülüğü mevcuttur[1010]. Almanya'daki *Weimar* Cumhuriyeti Anayasası md. 151/I, İHEB md. 22-23, BM ESKHS md. 6, 9, 11-13 gibi hükümler de bu görüşü desteklemektedir[1011].

Bu konu, bugüne kadar doktrinde[1012] ve mahkeme içtihatlarında pek gündeme gelmemiştir. Genelde üçüncü madde, medeni hak ve özgürlükler konusunda uygulama alanı bulmuştur. Buna karşılık, üçüncü kuşak haklar arasında yer alan sosyal haklara ilişkin pek fazla ihtilaf ele alınmamıştır.

Bu konudaki önemli bir dava, *Francine von Volsem*/Belçika davası olmuştur (9.5.1990, başvuru no. 14641/89). von Volsem, 1950 doğumlu bir Belçika vatandaşıdır ve boşanmasının ardından, iki çocuğunun velayetini üzerine almıştır. Depresyon ve kronik solunum yetmezliği hastası olduğundan, sabit bir işte çalışma

[1009] Bkz. **ŞİMŞEK,** s. 225.
[1010] Bkz. **ŞİMŞEK,** s. 225.
[1011] Bkz. **ŞİMŞEK,** s. 226-227. Alman Federal İdare Mahkemesi ve Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin de bu yönde kararlarının olduğu belirtilmektedir, bkz. age, s. 229-231.
[1012] Bu konuda, bizim rastladığımız tek monografik eser, Antonio Cassese tarafından yazılan ve 1991 tarihli *European Journal of International Law*'un ikinci sayısında, s. 141 vd.nda yayımlanan '*Can the Notion of Inhuman and Degrading Treatment be Applied to Socio-Economic Conditions?*' adlı makaledir. Konuyu da, bu çalışmanın ışığında ele alacağız. Bununla birlikte, Frowein/Peukert'e göre, devletin yoksulları koruması gerektiğinden, kişinin varlığını tehdit eden yoksulluk karşısında devletin hareketsiz kalması 3. maddeyi ihlâl edecektir (zikreden: **NUHOĞLU,** s. 572-573).

imkanından yoksundur. Geçimini eski eşinin ödediği nafakayla sağlamaktadır. Ayrıca, '*Centre public d'aide sociale*' adlı bir sosyal yardım merkezinin sağladığı sosyal sigorta yardımından faydalanmaktadır. Bu merkez sayesinde, yarı boş bir apartmanın dairelerinden birine yerleşmesi mümkün olmuştur.

Bu dairede, ısıtma dahil olmak üzere her şey elektrikle işlemekte, inşaatın kalitesizliği yüzünden de elektrik tüketimi çok yüksek olmaktadır. Diğer herhangi bir enerji kaynağının kullanımı ise yasaktır. Buna bağlı olarak, 1981 ile 1983 arasında, van Volsem elektrik faturalarının büyük bölümünü ödeyememiştir. Sosyal yardım merkezi (CPAS) de, van Volsem'in bu konudaki yardım taleplerini karşılıksız bırakmıştır. Sonuçta, elektriği sağlayan *S.A. Unerg* şirketi, 9 Aralık 1983'te başvurucunun elektriğini kesmiştir.

Bayan van Volsem, bu tasarrufa karşı dava yoluna gitmiştir. Brüksel Asliye Hukuk Mahkemesinin davayı kabul etmesi üzerine elektrik tekrar bağlanmıştır. Fakat daha sonra, 25 Şubat 1988'de Brüksel Temyiz Mahkemesi, S.A.Unerg şirketine elektriği kesme izni vermiştir. Oysa, bu dönemde van Volsem bir torununa bakmaktadır ve sağlık sorunlarıyla boğuşan torununun asgari bir ısıtma sisteminden faydalanması gerektiği tıbbi belgelerle kanıtlanmıştır. Bu noktada, CPAS'tan yardım alamayan van Volsem, bir bankanın yardımı sayesinde gecikmiş faturaları ödemeyi başarabilmiş ve dört ay önce kesilen elektriği 15 Eylül 1988'te, çok düşük bir yoğunlukta da olsa tekrar bağlanmıştır.

Bütün bu durumlar karşısında, AİHK'ye başvuran Bayan van Volsem bazı iddialar öne sürmüştür. Buna göre, elektrik sağlayan şirket özel bir teşebbüs değildir. Aksine, Belçika devletini temsil eden Bölge Konseyi adına çalışan[1013] bir kamu hizmeti kurumudur[1014]. Dolayısıyla, fiilleri Belçika Devletine isnat edilebilirdi. Başvurucuya göre, çok soğuk bir dönemde elektriğinin kesilmesi ve daha sonra çok düşük voltajla tekrar bağlanması üçüncü madde anlamında küçük düşürücü ve insanlık dışı bir davranıştır.

[1013] Fr. Bölge Konseyi'nin '*mandataire*'iydi.

Başvurucu iki noktaya dikkat çekmiştir: öncelikle, bedava elektrikten faydalanmayı asla talep etmiyordu, faturaları da sadece bir kaç kez ödeyememişti. İkincisi, Brüksel Temyiz Mahkemesi önünde, elektrik şirketinin kendisinin de söylediği gibi, Belçika devletinde gaz ve elektrik temini insan haysiyetinin sağlanması bakımından vazgeçilmez bir hususstu. Sonuçta, üçüncü madde gereği insan haysiyetini güvence altına almak bakımından zaruri olan temel ihtiyaçların karşılanması gerekeceğinden[1015], kendisinin maruz kaldığı durum Sözleşmenin ihlaline yol açmaktaydı[1016].

Başvurunun kabul edilebilirliğini inceleyen ve Komisyonun üç üyesinden teşkil edilen Komite, 9 Mayıs 1990'da başvurunun kabul edilebilir olmadığına oybirliğiyle karar vermiştir. Üçüncü maddeye ilişkin iddialara ilişkin olarak Komite, elektriğin kesilmesinin maddenin devreye girebilmesi için gerekli olan asgari eşiği aşmadığını belirtmiştir. Buna göre, insanlık dışı ve küçük düşürücü muamelenin kabulü için gerekli olan rezil olma ve alçalma seviyesine ulaşılmamıştır[1017].

Burada altı çizilmesi gereken husus, Komitenin sosyal ve ekonomik koşullar itibariyle üçüncü maddenin uygulama alanı bulabilmesi ihtimalini ekarte etmiş olmamasıdır. Aksine, işin esasına ilişkin bir değerlendirme yapmak suretiyle, şikayet konusu eylemin maddenin uygulanmasını gerektirecek ağırlıkta olmadığının tespit etmiştir.

Cassese'ye göre[1018], söz konusu durumu madde kapsamında gören bu anlayışı onaylamamak mümkün değildir. Zira maddenin amacı çok geniştir, medeni haklar alanındaki fiziksel veya psikolojik etkili muamelelerle sınırlanamaz. Maddede yer

---

[1014] Fr. *service publique*; İng. *public utility*.
[1015] '*La Convention garantit en son article 3 le droit de chacun à bénéficier des biens de première nécessité indispensables à la dignité humaine*'.
[1016] Bkz. **CASSESE**, s. 141 vd. Olayın özeti, yazarın söz konusu makalesindeki anlatımdan alınmıştır.
[1017] ' *…la suspension ou les menaces de suspension des fournitures d'électricité n'atteignaient pas le niveau d'humiliation ou d'avilissiment requis pour qu'il y ait un traitement inhumain ou dégradant*', kararın 3. paragrafı.
[1018] Bkz. **CASSESE,** s. 143.

alan insan haysiyetini koruma amacı, kamu otoriteleri tarafından girişilen her eylemi, bunun neticesi hangi hakları etkilemiş olursa olsun, kapsar. Bu açıdan, maddenin uygulama alanı ekonomik ve sosyal haklara da teşmil edilebilir.

Buna karşılık, BM KSHUS ile kurulan İnsan Hakları Komitesi, benzer olayda[1019] daha net bir olumsuz cevap vermiştir. Gerçekten, Kanada vatandaşı olan *Singh, Western Ontario Üniversitesi*ndeki görevinden uzaklaştırılmasından sonra, devlet tarafından gerek kendisi gerekse bakmakla yükümlü olduğu çocukları için sosyal güvenlik sağlanmaması ve bu durum karşısında kendisinin aileye bakmaya muktedir olmamasının KSHUS md. 7'yi (işkence, zalimane, insanlık dışı, küçük düşürücü ceza ve muamele yasağı) ihlal ettiğini öne sürmüştür. Ancak kabul edilemezlik kararı veren Komite, bu durumun 7. madde çerçevesinde hiçbir sorunu gündeme getirmediğini tespit etmiştir[1020].

Cassese'ye göre, AİHM'nin kararı bazı açılardansa hayal kırıklığı yaratıcıdır. Her şeyden önce, sosyal hayatı düzenlemeye yönelik olarak günlük hayatta alınan pratik önlemlerin ve bir kimsenin günlük yaşam koşullarının küçük düşürücü ya da insanlık dışı muamele kapsamında genel olarak ele alınıp alınamayacağı meselesi cevapsız bırakılmıştır[1021]. Buna cevap verebilmenin çok kapsamlı ve derinlemesine bir incelemeyi gerektireceği açıktır. Verilecek olumlu bir cevap, bir çok yeni sorunu gündeme getirecektir. Sosyal güvenlik sağlama zorunluluğu, bunun sınırları, sosyal

[1019] Ranjit Singh/Kanada, 29.7.1997, başvuru no. 761/1997).
[1020] Bkz. **GEMALMAZ,** Yaşam Hakkı…, s. 454-455.
[1021] Bu konunun yeni olduğunu kabul etmek gerekir. İçtihat eksikliği de Strazburg organlarının işini bu olayda zorlaştırmıştır. Cassese'nin makalesinde, benzer konuları ele alan iki karar zikredilmiştir. İlki, 4 Temmuz 1979 tarihli ve 8247/78 sayılı başvuruya ilişkindir. Olayda, bazı koşullarda emekli aylığının verilmemesinin, madde 3'e aykırı olabileceği belirtilmiştir. Daha fazla bilgiye çalışmamız vesilesiyle ulaşmak mümkün olmamıştır. Bu karar, eski tarihli olması itibariyle AİHM'nin web sitesinde yer almadığı gibi, Cassese'nin makalesinde de belirttiği üzere hiç bir yayın organında yer almamış bir karardır. Zaten, Cassese de makalesinde yaptığı atıfta, bu kararın kaynağı olarak, yayımlanmamış bir müsveddeyi göstermiştir ('A. Clapham, The Fight against Poverty and Marginalisation: The Human Rights Dimension, unpublished manuscript, p. 1'). Verilen ikinci örnek ise, Kıbrıs/Türkiye davasında Komisyon'un 10 Temmuz 1976 tarihli raporunun 405. paragrafına dayanmaktadır. Buna göre, tutulan kişilere gerekli tıbbi bakımın ve yiyecek, içecek tedarikinin sağlanmamış olması insanlık dışı muamele olarak nitelendirilmiştir. Fakat, bize göre Komisyon'un buradaki görüşü, sosyal ve ekonomik haklar ve bu bağlamda her şahsa sağlanması zorunlu olan asgari sosyal yaşam standardıyla ilgili değildir. Burada, ihlal sonucuna hürriyetinden mahrum bırakılan kişilere gösterilen muamelenin niteliğinden yola çıkılarak varılmıştır.

bir devletin yerine getirmesi gereken görevler gibi. Durum böyle olunca, Cassese'ye göre -ki bizde bu görüşteyiz- üç kişilik Komitenin işi Komisyona havale etmesi ideal olurdu. Burada, sorun tüm yönleriyle enine boyuna incelenebilirdi.

Yine Cassese'ye göre, kararın hayal kırıklığı yaratan ikinci bir yönü, varılan neticenin gerekçesinin belirtilmemiş olmasıdır. Sadece, gereken ağırlık seviyesine ulaşılmadığının belirtilmesiyle yetinilmiştir. Bu bakımdan, benzeri meselelerde, sosyal yaşama ilişkin olarak alınan önlemlerin ne zaman maddenin devreye girmesi için gereken ağırlık seviyesine ulaşacağına ilişkin herhangi bir kriter belirlemek imkansızdır. Cassese'ye göre, bu tür olaylarda kesin ölçütlü standartlar belirlemenin güçlüğü ortadadır, zira bir çok derin kapsamlı noktalar dikkate alınmalı ve takdir hakkı geniş tutulmalıdır. Ancak tüm bunlar, en azından karara varmada yararlanılan göstergeleri belirtme zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.

Olaydaki kararda nelere dikkat edildiğini anlamak mümkün değildir. Gerçekten de, başvurucunun ekonomik durumuna, onun zihinsel ve fiziksel koşullarına (özellikle depresif olmasına ve kroniğe yakın solunum sorunları çekmesine), bakmakla yükümlü olduğu iki çocuk ve bir torununun bulunmasına itibar edilmiş midir? Yaşanılan bölgede iş bulma imkanlarına, sosyal yardım kurumunun tavrına, olaya karışan kurumların saik ve kastına bakılmış mıdır? Cassese, haklı olarak, sonuca varmada izlenilen metodoloji ve dikkate alınan kriterler hakkında hiç bir açıklama yapılmamasını yadırgamaktadır.

Bize göre de, Komite çok derin bağlantıları olan ve çok kapsamlı değerlendirmeler gerektirecek, siyasi *portesi* (menzili) belirsiz olan bu çetrefilli olaya çok yüzeysel yaklaşmış; belki de, sorunun içinden çıkılmayacak bir hal almadan kolayca çözülmesini gözeterek, genel bir değerlendirmeyle başvuruyu geçiştirmiştir. Sonuçta, Cassese'nin makalesinde vardığı sonuca, yani yeni bir alanda içtihat yaratma ve benzer durumda bulunan şahıslara olası başvuruları için referans sağlama imkanına sahipken bunun harcanmış olmasının üzücü olduğuna, katılıyoruz.

D. Belirli Bir İhlal Sınıfına Dahil Edilemeyecek Durumlar

Diğer birtakım iddiaları kısaca gözden geçirecek olursak, kamuoyu önünde bir kimseyi küçük düşüren ifadeler, '*derece, konum, saygınlık veya karakter olarak alçaltan hareketler, yeterince ağır olmak kaydıyla*'[1022] maddenin ihlaline yol açar.

Bir sanığın psikiyatrik teste tabi tutulması, küçük düşürücü değildir; gayrımeşru çocukların statüsünü ayrı düzenleyen mevzuat hükümleri maddenin ihlaline yol açmaz[1023]; vücudun muayenesi de maddeye aykırı değildir[1024]; cinsiyete dayalı ayrımcılığın uygulanması küçük düşürücü sayılabilir; bir transseksüelin yeni cinsiyetinin devletçe tanınmaması da maddenin kapsamına girmez[1025].

Yine, bir doktorun tabipler odasından kaydının silinmesi, onun kişiliğinin küçük düşürülmesine yönelik olmayıp disipliner bir yaptırımın uygulanması babından olduğu için maddenin ihlaline yol açmaz[1026].

Başka bir olayda, başvurucunun sürekli olarak dışarıya sıvı ve gaz atık salan, ayrıca gürültüye neden olan fabrikanın yakınında oturması ve taleplerine rağmen idarenin durumu iyileştirmemesinin, başvurucuyu 'kesinlikle çok zor koşullar' altında yıllarca yaşamak durumunda bırakmakla birlikte, maddede aranan asgari eşiğin altında kalındığına hükmedilmiştir[1027].

Sınırdışı etmeye ilişkin olan; fakat, ilgili bölümde ele alınan davalardan konu itibariyle tümüyle ayrılan iki dava, Eski Sovyetler Birliği'ne sınır dışı edilen iki şahsın açtığı *Kozlov*/Finlandiya[1028] ve *Varfolomejev*/Finlandiya[1029] davalarıdır[1030].

[1022] Doğu Afrikalı Asyalılar/Birleşik Krallık, 10 ve 18.10.1970.
[1023] Marckx/Belçika, 13.6.1979; fakat bir görüşe göre, davanın bugün görülmesş durumunda farklı bir neticeye ulaşılabilirdi, bkz. **OWEY/WHITE,** s. 65.
[1024] Fakat bir mahpusun, güvenlik endişeleriyle hakiki bir bağlantısı olmaksızın soyularak aranması küçük düşürücü muamele teşkil edebilir, bu yönde Iwanczuk/Polonya, 15.11.2001, §§ 49 vd.
[1025] Kazuistik olarak seçilmiş bu örnekleri zikreden: **HARRIS/ O'BOYLE/ WARBRICK,** s. 84.
[1026] Albert ve Le Compte/Belçika, 10.2.1983.
[1027] Lopez Ostra/İspanya, 9.12.1994, § 60.
[1028] Kozlov/Finlandiya, 28.5.1991 tarihli Komisyon kararı, başvuru no. 16832/90.

Olayda, zihinsel hastalığı olmamasına rağmen her iki başvurucu da Sovyetler Birliği'nin ilgili makamları tarafından akıl hastası ilan edilmişlerdir. Bunun sonucunda kendilerine çalışma, okuma, evlenme, aile kurma gibi haklar verilmemiştir. Komisyon, bu eylemlerin, 'açıkça' küçük düşürücü ya da insanlık dışı olmadığına hükmetmiştir.

Bir şahsın evine el konulması sebebiyle duyduğu zihinsel kaygı ve stres, maddedeki korumanın devreye girmesi için yeterli değildir[1031].

Buna karşılık, güvenlik kuvvetlerince yürütülen operasyonlar sırasında başvurucunun evinin ve mallarının yok edilmesi, insanlık dışı muameledir. Somut olaydaki eylemlerin planlı olması ve operasyon sırasında başvurucunun güvenliği ve refahının tümüyle gözardı edilmiş olması da kararda etkili olmuştur[1032].

§ 4. AİHM İÇTİHATLARINDAN KONUYLA İLGİLİ ÖRNEKLER

Bu bölüm altında, yukarıda açıklanan kriterlerin somut olayda AİHM tarafından ne şekilde uygulandığını gösterebilmek amacıyla, mahkemece görülmüş olan bazı davaların özetlerini aktaracağız. Bu şekilde, mahkemenin hukukî gerekçesini ne şekilde oluşturduğunu ve diyalektik mantığını görmek mümkün olacaktır.

I. AKSOY/TÜRKİYE (18.12.1996)[1033]

Başvuran Zeki Aksoy, Türkiye'nin güney doğusunda bulunan Mardin'de yaşayan bir kişidir. Söz konusu şahıs 16.4.1994'te vurularak öldürülmüş olup davaya

---

[1029] Bkz. Varfolomojev/Finlandiya, 2.9.1991 tarihli Komisyon kararı, başvuru no. 17811/91.
[1030] Zikreden: **ALLEWELDT,** s. 363.
[1031] Bkz. 9554/81 sayılı X/İrlanda kararı (yayımlanmamış), (zikreden: **van DİJK/van HOOF**, s. 315).
[1032] Bilgin/Türkiye, 16.11.2000.
[1033] Türkçe karar metni için bkz. Ankara Barosu Dergisi, Avrupa İnsan Hakları Divanı Kararları, Yıl 54, Sayı 2, 1997, s. 148 vd. Ayrıca bkz. İnsan Hakları Kararlar Derlemesi cilt 2, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1998, s. 236 vd; **ÜNAL, Şeref,** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Aksoy-Türkiye Davasına İlişkin 18 Aralık 1996 Tarihli Kararı, Yargıtay Dergisi, Cilt 23, Sayı 3, Temmuz 1997, s. 372-384.

babası devam etmiştir. Aksoy'a göre, kendisi 24 Kasım 1992 tarihinde 23.30 sularında gözaltına alınmıştır. Kendisini PKK militanı olarak teşhis eden Metin adlı bir şahıs ile yirmi polis, evine gelmişlerdir. Hükümete göreyse, başvuran 26 Nisan 1992 sabahında yakalanmıştır. Bildirilen yakalama sebebi, Aksoy'un PKK üyesi olması, örgüte ait bildiriler dağıtması ve teröristlere yardım ve yataklık etmesidir. Aksoy'un ifadesine göre, önce Kızıltepe Emniyet Müdürlüğüne, sonra da Mardin Terörle Mücadele Şubesine götürülmüştür. Metin'i tanıyıp tanımadığı konusunda sorgulanmış, kendisine '*Metin'i şimdi tanımıyorsan, işkence altında tanıyacaksın*' dendiğini ifade etmiştir.

Gözaltının ikinci gününde, yine kendi ifadelerine göre çırılçıplak soyulmuş, elleri arkasından bağlanmış ve kollarından '*Filistin askısı*' denilen işkence pozisyonunda asılmıştır. Bu durumdayken cinsel organına elektrik verilmiş ve bu sırada üzerine su atılmıştır. Otuz beş dakika süren bu işlem sırasında gözleri bağlı tutulmuştur. Takip eden iki gün boyunca da kısa aralıklarla sürekli dövülmüştür.

Aksoy'a göre, işkence sonucunda ellerini ve kollarını kullanma yeteneğini kaybetmiştir. Doktora gitmek istemişse de isteği reddedilmiştir. Aksoy, 8.12.1992 tarihinde Adli Tıpta muayene edilmiştir. Darp ve cebir izine rastlanmadığına dair tek cümlelik rapor verilmiştir. Aksoy'a göre kollarının yaralanma sebebi kendisine sorulunca polis onun kaza geçirdiğini söylemiş, bunun üzerine de doktor alaycı bir dille oraya gelen herkesin kaza geçirdiğini söylemiştir.

Aksoy serbest bırakılmadan hemen önce, 10.12.1992 tarihinde Mardin Cumhuriyet Savcısı önüne çıkarılmış, PKK ile ilişkisini reddeden ve işkenceye dair şikayet içermeyen bir ifade imzalamıştır. Aksoy aynı tarihte serbest bırakılmıştır. 15.12.1992 tarihinde Dicle Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesine kabul edilmiş ve çift taraflı radya felç teşhisi konmuştur. 31.12.1992'ye kadar hastanede kalıp, taburcu edilmeyi beklemeden ve tıbbi dosyasını da yanına alarak hastaneyi terk etmiştir.

21.12.1992 tarihinde, başvuranla birlikte gözaltına alınan diğer on bir kişinin tutuklanmasına karar verilmesine rağmen, Aksoy hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiştir. Kötü muamele iddiaları hakkında da hiç bir resmi işlem yapılmamıştır.

Aksoy, 16.4.1994'te vurularak öldürülmüştür. Temsilcilerine göre, başvurusunu geri çekmesi için sürekli ölümle tehdit edilmekteydi. Ölüm de başvurmaktaki ısrarının sonucudur. Hükümete göreyse ölüm olayı PKK grupları arasındaki bir iç hesaplaşmanın ürünüdür.

Komisyon tespitleri şöyledir: Aksoy gerçekten gözaltına alınmış ve bu süre en az on dört gün sürmüştür. 15.12.1992'de hastaneye başvurmuş ve kol felci teşhisi konmuştur. 31 Aralık 1992'de kendi inisiyatifiyle hastaneyi terk etmiştir.

Yakalanmasından önce herhangi bir sakatlığı olduğuna ve salıverilmesiyle hastaneye başvurması arasında geçen beş gün esnasında yaralanmaya sebep olacak bir olay yaşadığına dair hiç bir ipucu yoktur. Tıbbi deliller, felcin bir çok sebebinin olabileceğini; fakat pek yaygın olmayan bu tür bir sakatlığı oluşturmak için 'Filistin askısı' metodunun uygun bir yol olduğunu göstermektedir.

Komisyon, Aksoy'u sorgulayan memuru ve onu gören Cumhuriyet Savcısını dinlemiş ve Aksoy'un kötü muamele görmüş olmasının anlaşılmaz olduğuna dair ifadelerini, aksi bir ihtimali hiç dikkate bile almadıkları için inandırıcı bulmamıştır.

Hükümet, yaralanma sebebine dair alternatif bir açıklama sunmamıştır. Buna karşılık, dayak ve elektrik şokuyla işkence yapıldığını tespit etmeye yönelik yeterli delil yoktur. Bununla beraber Aksoy'un küçük bir hücrede başka kişilerle ve gözleri bağlı tutulduğu sabittir. Hükümet, Divana sunduğu son mütalaada iç başvuru yollarının tüketilmediği itirazında bulunmuştur.

Divanın olayları takdiri şöyle olmuştur: Komisyonun tespitlerinden ayrılmayı gerektirecek bir durum yoktur; zaten bu, çok istisnai olarak mümkündür. Karar, mevcut saptamalar ışığında verilecektir.

Divana göre, iç başvuru yollarının tüketilmiş olması kıstasını aramak için, ihlallerin tazminine imkan veren etkin ve yeterli başvuru yollarının tüketilmesi gerekir. Buna karşılık teoride var olan, fakat uygulamada yetersiz ve etkisiz olan yollara başvurma zorunluluğu yoktur.

Ayrıca 26. madde[1034] anlamında, bu yükümlülükten başvuranı muaf tutan özel koşullar olabilir. Özellikle, Sözleşmeye aykırı bir durum, idari pratik şeklinde süreklilik kazanmışsa ve devlet makamlarının buna gösterdiği tolerans karşısında iç hukuk yollarını tüketmek gereksiz ve etkisiz ise durum böyledir. Olayda Cumhuriyet Savcısına şikayet yapılmamışsa da, gözle görülür nitelikteki yaralanmaların karşısında savcının re'sen soruşturma açma yükümlülüğü vardır. Fakat o, hiç bir araştırma yapmamıştır. Bu davranış sonucunda Aksoy, iç başvuru yollarına olan inancını kaybetmiştir. Sonuçta, iç başvuru yollarını tüketme zorunluluğu, bu özel koşullar ışığında olayda aranmayacaktır[1035].

[1034] AİHS'ye Ek 11. Protokol yürürlüğe girmeden önce, konu 26. maddede düzenlenmişti.

[1035] Kişisel başvurunun belki de en temel koşulu olan bu kıstastan böyle kolayca vazgeçilmiş olması ülkemiz açısından vahim bir tespite işaret etmektedir. Gerçekten de bu durum, AİHM'nin en azından belirli konular açısından, Türkiye'de iç başvuru yollarının fiilen işlemez olduğu, yani diğer bir deyişle Türkiye'de etkin hukukî çarelerin olmadığı kanaatinde olduğunu düşündürmektedir. Türkiye'ye ilişkin bazı kararlarda bu şarttan vazgeçilmiş olması, Batı dünyasında Türk adalet sistemine karşı duyulan güvensizliğin ve itibarsızlığın bir göstergesidir. Ancak itiraf etmeli ki, Mahkemeyi bu tespite götüren nedenler arasında, bazı olaylarda Türk adli makamlarının hak almayı engeller şekildeki tutumları, üzerlerine kanun gereği düşen görevi yapmamaları ve işkence olgusunun Türkiye'de hala mevcut olması (bkz. **TANÖR,** Kişi Dokunulmazlığı, s. 61) da vardır. Bu konuda benzer yöndeki görüşler için bkz. **TANÖR,** Türkiye'nin, s. 40 vd. Ayrıca bkz. **GEMALMAZ, M. Semih,** Konu Hakkında Genel Değerlendirme, İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk Bağlamında İşkence Yasağı ve Yaşam Hakkı, İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yayını: 10, İzmir 1997, s. 24-28; Türkiye'de İşkence, s. 11; **ALİEFENDİOĞLU,** Hukuk Kurultayı 2004, s. 371-372. AİHM içtihatlarından örnekler vermek gerekirse, 24.4.1998 tarihli Selçuk ve Asker/Türkiye kararında, başvuranların başından geçenleri nazara alarak onların ulusal yargı mercilerine başvurmaya teşebbüs etmelerinin yararsız olduğuna kani olmalarının anlaşılabilir olduğu belirtilmiştir. 9.6.1998 tarihli Tekin/Türkiye kararına göre başvurucu, ancak uğradığı haksızlığın telafi ve tazminine imkan veren etkin ve yeterli başvuru yollarını tüketmek zorundadır. Bu yollar sadece teoride değil, uygulamada da sonuç vermelidir. Olayda ise iç hukuk yolları ne etkin ne de sonuç alınabilir niteliktedir. Ayrıca, 11.4.2000 tarihli Veznedaroğlu/Türkiye, 20.6.2000 tarihli Salman/Türkiye, 27.6.2000 tarihli İlhan/Türkiye kararlarında da, Türk makamlarının üzerine düşen görevi yapmadıkları vurgulanmıştır (bu kararlar için bkz**. ÜNAL,** AİHS, s. 124-130). Yabancı uyruklu hükümetler arası ve hükumet dışı kuruluşların

Üçüncü maddenin ihlali iddiasına gelince, Divan şunları kaydetmiştir: Komisyon, Hükümetin iddialarının aksine, işkenceye dair bulguları tespit etmiştir. Hükümet, savcıya şikayette bulunulmamış olunmasını, hastaneye serbest bırakıldıktan beş gün sonra gidilmiş olunmasını, tıbbi delillerde elektrik şokları neticesinde meydana geldiği sabit olan bir yaralanmanın tespit edilmediğini öne sürerek, iddiaları asılsız bulduğunu belirtmişti.

Divana göre, bir kişinin polis tarafından gözaltına alındığı zaman sağlıklı, fakat salıverildiğinde yaralı olduğunun tespiti halinde devlet, bu yaralanmaların nedeni konusunda makul bir açıklama yapmalıdır[1036]. Üçüncü madde demokratik toplumun temel değerlerindendir. Sözleşme, organize terör ve suç gibi, mücadele edilmesi son derece zor olan durumlarda bile işkenceyi kesin bir dille yasaklar. Sözleşmenin 15. maddesinde, diğer maddelerdeki ifadelerde ve Ek Protokollerde, üçüncü maddedeki yasağa istisna getirilebileceğine dair hiç bir dayanak yoktur[1037].

Herhangi bir muamelenin işkence olarak değerlendirilebilmesi için işkenceyle maddede yer alan diğer yasaklanmış davranış türleri arasındaki farka dikkat etmelidir. Sadece ciddi ve zalimane zararlara sebep olan insanlık dışı davranışlar, işkence sayılmalıdır.

Divan, diğer hususlar yanında 'Filistin askısı' uygulamasını hatırlatmaktadır. Bu davranış ancak kasıtlı yapılabilir. Ayrıca bunun için büyük çaba ve hazırlık gerekir. Eylem, Aksoy'dan itiraf veya bilgi alma amacına yönelmiştir. Eylem, uygulanması sonucunda sebep olabileceği büyük acıya ilaveten Aksoy'un kollarında

---

Türkiye hakkındaki benzer değerlendirmeleri için bkz. **ÜNAL,** AİHS, s. 116-123. Centel'in de belirttiği gibi, Türkiye'ye ilişkin bazı kararlarda Mahkemenin iç başvuru yollarının tüketilmesi koşulunu aramaması, yetkisinin ikincil nitelikte olmasına rağmen AİHM'nin asli yargı yeri niteliğini alarak Türk mahkemelerinin yerine geçmesi sonucunu doğurmaktadır (bkz. **CENTEL**, s. 15). AİHM'nin bu tür kararlarının başka bir tahlili için bkz. **TEZCAN, Durmuş**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Türkiye Hakkında Yapılan Kişisel Başvuruların Mahiyeti ve İncelenmesi, Polis Dergisi, Sayı 15, 1998, s. 10-44 ('**TEZCAN,** Kişisel Başvuruların'); ayrıca bkz. **ÜNAL,** Aksoy Davası, s. 382-383.

[1036] Aynı yönde bkz. Tomasi/Fransa, 27.8.1992 ve Ribitsch/Avusturya, 4.12.1995.

[1037] Aynı yönde bkz. İrlanda/İngiltere, 18.1.1978 ve Soering/İngiltere, 7.7.1989.

bir süre felce de neden olmuştur. Bu davranış, sadece işkence olarak tanımlanabilecek ciddilikte ve acımasızlıkta bir davranıştır.

Sonuçta, 'işkence'nin varlığına ve üçüncü maddenin ihlaline sekize karşı bir oyla karar verilmiştir. Daha önce belirtildiği gibi, bu dava, AİHM'nin 'işkence'nin varlığına karar verdiği ilk dava olma özelliğini taşımaktadır.

II. REHBOCK/SLOVENYA (28.11.2000)

Bu davada, Alman vatandaşı olan *Ernst Rehbock* Slovenya'da polis tarafından yakalanırken uğradığı muameleden ve daha sonraki tutukluluk süresi boyunca mahrum kaldığını iddia ettiği sağlık hizmetlerinden şikayetçi olmuştur.

Mahkeme kararının üçüncü maddenin ihlal edilip edilmediğini ele aldığı 66. vd. paragraflarında özetle şunlar söylenmiştir: Mahkeme önündeki yargılamada başvurucu, polisin kendisini yakalarken ciddi bedensel yaralamalara maruz bıraktığını ve bunu takip eden tutulma süresi boyunca, uygun sağlık hizmetinin kendisine sunulmadığını iddia etmiştir.

Hükümet ise, polisin zora başvurmasının başvurucunun kendi tutumundan kaynaklandığını ve gerekenin ötesinde güce başvurulmadığını söylemiştir. Ayrıca, doktorların tavsiyesine rağmen başvurucunun ameliyata alınmayı reddettiğini vurgulamıştır.

Kararın 69. paragrafında, mahkemenin yerleşmiş içtihadına göre, öncelikle Komisyon tarafından ele alınmış olan davalarda vakaların tespitinin ve doğrulanmasının yine Komisyona ait olduğu belirtilmiştir. Ancak devamında, Divanın bu bulgularla bağlı olmadığı ve eldeki tüm materyale nazaran kendi değerlendirmesini yapabileceği belirtilmiş; fakat bu yetkinin yine de istisnai olduğu vurgulanmıştır[1038].

[1038] Benzer bir anlayışa 19 Şubat 1998 tarihli Kaya/Türkiye kararında da yer verilmiştir.

Daha sonra, uğranılan sakatlıkların kaynağı değerlendirilirken, Hükümetin bu yaralanmanın kaza sonucu ve istenmeyerek oluştuğunu ortaya koyacak hiçbir delili öne sürmediği belirtilmiştir. Bu sebeple de Komisyonun, Hükümetin salt bu tavrına dayanarak, yani Hükümetin makul bir açıklama bulamamasına ve de başvurucunun iddiasını şüpheye düşürecek hiç bir antitez öne süreememesine dayanarak maddenin ihlaline karar vermiş bulunduğu hatırlatılmıştır[1039].

Divana göreyse, burada benzer tezlere dayanarak mahkumiyet kararı verilen *Ribitsch* davasına göre farklılık vardır. Zira burada yaralanmalar gözaltındayken değil, yakalama aşamasında oluşmuştur. Yine de, burada değerlendirilmesi gereken husus, yaralanmanın önceden planlanmış bir polis operasyonu sırasında meydana gelmiş olmasıdır. Şayet, operasyon planlı olmasaydı polisin hazırlıksız yakalanması sonucunda güç kullanımına başvurmasını gerektirebilecek, beklenmedik durumlarla karşılaşmış olabileceği söylenebilirdi.

Fakat burada, polisin olası tehlikeleri öngörmek ve buna karşı önlemleri önceden almak için vakti vardı. Kaldı ki, olayda üç şüpheliye karşılık on üç polis görev yapıyordu. Başvurucunun üzerinde de polisi tehdit edebilecek herhangi bir silah ve benzerî araç bulunmuyordu.

Tüm bunların ışığında artık kullanılan gücün aşırı olmadığını ortaya koyma yükümlülüğü hükümete aittir. Ulusal mercilerin yaptığı yargılamada zora başvurmanın zorunlu ölçüyü aşmadığı tespit edilmiştir. Fakat dikkati çekmek gerekir ki bu soruşturma, olaydan tam beş ay sonra başlatılmış; hem de yaralamaya yol açan polislerin bağlı olduğu idari merci tarafından yürütülmüştür. Üstelik, başvurucu ve muhtemel diğer tanıklar dinlenmemiştir bile.

Sonuç olarak, çenesinde çift kırık ve suratında kontüzyon meydana gelen başvurucunun maruz kaldığı ciddi sakatlıkların ışığında ve hükümetin operasyon

[1039] Komisyon, bu kararını 4 Aralık 1995 tarihli Ribitsch/Avusturya kararına dayandırmıştır.

esnasında başvurulan kuvveti açıklayabilecek ya da maruz gösterebilecek ikna edici veya inanılır argümanlar sunamamış olması karşısında; başvurulan kuvvet kullanımı, olayın gereklerine uymayacak düzeyde aşırı ve orantısızdır. Bu güç kullanımı ve yol açtığı sakatlıklar, hiç şüphesiz insanlık dışı muameleye varacak düzeyde acıya yol açmışlardır. O hâlde, üçüncü madde ihlal edilmiştir.

Buna karşılık, gözaltı esnasında sunulan tıbbi servisin yetersizliği konusunda şunlar söylenmiştir: '*...hapishane yetkililerinin kendisine defalarca ağrı kesici vermemeleri, üçüncü madde kapsamındaki haklarını ihlal edecek ağırlık seviyesine ulaşmamıştır*'[1040].

III. ÇİÇEK/TÜRKİYE (27.2.2001)

AİHM önüne gelen bu olayda, başvurucunun çocukları ve torunu belirsiz koşullar altında kaybolmuştur. Başvurucunun iddiasına göre kişi, gözaltına alındıktan sonra kaybolmuş ve resmi makamlar tarafından öldürülmüştür. Ayrıca kendisinin ısrarlı talep ve başvurularına rağmen hükümet yetkilileri kendisine yardımcı olmamış ve adli mercilerce gerekli tahkikat yapılmamıştır. Bu bakımdan kendisine karşı da insanlık dışı muamelede bulunulmuştur. Başvurucuya göre, oğullarının salt kaybolması olayı dahi maddenin ihlaline yol açmaktadır. Zira, en temel adli güvencelerin dahi söz konusu olamayacağı bir ortam ve koşullarda kaybolmak, onları derin psikolojik işkenceyle yüz yüze bırakmıştır. Ayrıca, tutuldukları yatılı okulda kötü muamele gördükleri kendisine iletilmiştir. Bu ihbar ciddiye alınmalıdır, çünkü bölgede fena muamele ve kişilerin kaybolması sıkça rastlanılan bir uygulamadır. O halde, resmi olarak hoşgörülen bir idari pratik sonucu çocuklarının kaybolması, üçüncü maddenin ihlali anlamına gelmektedir. Ayrıca, otoritelerin konuyu aydınlatacak herhangi tatminkar bir açıklamada bulunamaması ve uygun bir soruşturmanın yapılmamış olması da, üçüncü maddenin ihlalini doğurur.

[1040] Kararın 80. paragrafı. Ayrıca bir önceki paragrafta, kendisinin talep eder etmez doktora muayene ettirildiği ve bu bakımın periyodik olarak devam ettiği, ameliyatı ise başvurucunun kendisinin reddettiği, bu hususlar itibariyle incelenmeye layık bir durum olmadığı bildirilmiştir.

Mahkemeye göre, üçüncü maddenin yorumunda ve uygulanmasında, Sözleşme organlarının yerleşmiş anlayışı, makul şüphenin ötesinde (kesinlik düzeyinde) bir ispata gereksinim olduğudur. Kişinin kaybolması hakkında hiçbir bilgi bulunmuyorsa, kişinin ölü veya diri olduğu veya kötü muameleye maruz kalıp kalmadığı sadece spekülasyon konusu olabilir.

Başvurucu, ne çocuklarının kötü muameleye uğradığına ne de idari pratik olan bir uygulamaya kurban gittiğine ilişkin deliller ve iddialarını temellendirecek vakıalar sunamamıştır. Sonuç olarak, üçüncü maddenin ihlaline hükmedebilecek bir ispat düzeyi yoktur[1041].

Başvurucunun kendisine karşı insanlık dışı muamele yapıldığı iddiasına gelince, mahkeme şöyle düşünmüştür: başvurucu ve kızı, savcıya ve jandarma komutanına defalarca başvurmuşlardır. Onların samimi inancı, söz konusu şahısların jandarma denetimindeki yatılı okulda gözaltındayken kaybolmuş oldukları yönündedir. Fakat her iki merci de söz konusu şikayetleri ciddiye almamıştır. Başvurucu altı yıl boyunca oğlundan haber alamamıştır. Oğullarının ölmüş olduğu korkusuyla yaşamış ve en azından cesetlerinin teslim edilmesi yönünde taleplerde bulunmuştur. Başvurucunun uzun ve sürekli bir dönem boyunca yaşadığı belirsizlik, şüphe ve kaygı, hiç şüphesiz onda ciddi zihinsel sıkıntı ve dehşete yol açmıştır. Bu durumlar nazara alınırsa, mahkemeye göre başvurucu bakımından üçüncü madde ihlal edilmiş bulunmaktadır[1042].

IV. HİLAL/BİRLEŞİK KRALLIK (6.3.2001)

Başvurucu *Said Mohammed Hilal*, bir Tanzanya vatandaşıdır ve kendisi hakkında sınırdışı etme ve ülkesine iade edilme kararı alınmıştır. Hilal'a göre Tanzanya'ya gönderilmesi kendisini işkence, zalimane ya da insanlık dışı muamele

[1041] Fakat, kişilerin resmi kayıt tutulmadan yakalanmış olması ve bu suretle temel adli güvencelerden mahrum bırakılmaları, bu madde bakımından olmasa da AİHS md. 5 (kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı) açısından incelemeye değer bir durumdur.
[1042] 25 Mayıs 1998 tarihli Kurt/Türkiye kararında da çok benzer olaylar ışığında, aynı gerekçelerle aynı sonuçlara varılmıştır (bkz. **ERGÜL,** s. 120).

görme tehlikesi altına sokacak; ülkesinde adil yargılanma ihtimali olmayacak ve bu konularda başvurabileceği hiçbir etkin önlem olmayacaktır.

Mahkemenin saptamaları şöyledir[1043]: Sözleşmeci tarafların yabancıların ülkeye giriş-çıkışı, ikameti ve sınırdışı edilmesi konusunda takdir hakkı vardır. Fakat bu haklar kullanılırken demokratik toplumların temel değerlerinden birini simgeleyen üçüncü madde nazara alınmalıdır. İade edilmesi halinde bir şahsın üçüncü maddeye aykırı bir muameleyle karşılaşma riski olduğunu gösteren esaslı sebepler varsa, söz konusu madde açısından durumu değerlendirmek gerekir[1044].

Böyle bir gerçek riskin olup olmadığını değerlendirmede mahkeme, önündeki tüm dava malzemesi ve gerekirse kendi inisiyatifiyle elde edeceği diğer materyali değerlendirir[1045].

Hilal, Birleşik Krallık'a iltica isteminde bulunmak üzere gelmiştir. Dayanağı, Tanzanya'daki muhalefet partisi CUF'a üyeliği ve gelişinden önce Zanzibar'da tutuklanıp işkence görmüş olmasıdır. Konuyu ele alan idare, Hilal'in iddialarını inandırıcı olmaktan uzak bulmuştur. Fakat bu karar, delil eksikliğine dayandırılmıştır, halbuki bu davada, Hilal yeni deliller sunmuştur. Ayrıca, konuyu ele alan idare, kişinin iddiaları gerçek bile olsa anavatanı Tanzanya'da güven içinde yaşayabileceğine dayanmıştır.

Mahkemenin incelemesine göre, Hilal'ın sunduğu deliller tahrif edilmiş ya da sahte değildir. Bu konuda bilirkişi raporu da alınmıştır. Hükümet, doktor raporlarının gerçekliğini şüpheli bulsa da, bu iddiasını gerekçelendirecek hiçbir delil sunmamıştır.

Mahkeme, başvurucunun CUF partisi üyesi olduğu için tutuklandığını ve Zanzibar'da fena muameleyle karşılaştığını kabul etmektedir. Kişinin Birleşik Krallık'a ilk girişinde işkenceye uğradığını söylememiş olup bunu sonradan eklemesi

[1043] Kararın 59 vd. paragrafları.
[1044] Benzer gerekçelere 17 Aralık 1996 tarihli Ahmed/Avusturya ve 15 Kasım 1996 tarihli Chahal/Birleşik Krallık kararlarında da yer verilmiştir.

argümanını salt bu sebeple inandırıcılıktan uzak kılmamaktadır. Ayrıca, kardeşinin ölüm raporu işkence sonucu öldüğünü ortaya koymasa da, en azından CUF destekçisi olan kardeşinin, kaldığı hapishaneden hastaneye kaldırılıp burada öldüğünü ortaya koymaktadır. Bu durum, başvurucunun kardeşinin işkence sonucu öldüğü iddiasıyla tutarsız değildir.

O halde mesele, kişinin iadesi halinde kötü muameleyle karşılaşma tehlikesi altında olup olmadığıdır. Delillere göre, başvurucunun Tanzanya'daki ailesine gönderdiği mektuplar yerel polis tarafından ele geçirilmiştir. Ayrıca, şu an iltica istemiyle kendisi de Birleşik Krallık'a gelmiş bulunan başvurucunun eşine göre, polis defalarca eve gelip kocasını sormuş ve tehditler savurmuştur. Bu ifade, geçmişte CUF sempatizanlarının resmi otoritelerin tacizi, taraflı tutuklama kararları, işkencesi ve fena muamelesiyle karşılaştığı bilgisiyle tutarlıdır. O halde mahkemeye göre, şahsın iade edilmesi halinde, Zanzibar'a iade edilip tutuklanma ve tekrar kötü muameleyle karşılaşma riski altındadır[1046].

Üstelik, Tanzanya'daki hapishane koşullarının insanlık dışı ve küçük düşürücü olduğu, hayatı tehdit eden boyutta gıda ve sağlık hizmeti eksikliğinin söz konusu olduğu bilinmektedir. Sonuç olarak, başvurucu şayet Tanzanya'ya ihraç edilirse üçüncü madde ihlal edilmiş olacaktır.

V. DOUGOZ/YUNANİSTAN (6.3.2001)

Söz konusu başvurunun sahibi, Suriye vatandaşı olan *Mohamed Dougoz*'dur. Başvurucunun iddiasına göre, sınırdışı edilmeyi beklerken tutukluluk süresinde içinde bulunduğu koşullar insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele niteliğindeydi[1047].

[1045] Benzer görüş için bkz. 29 Nisan 1997 tarihli HLR/Fransa kararı.

[1046] Yani, AİHM'ye göre, kişi Tanzanya'ya gönderilse bile bağlı bir birim olan Zanzibar'a verilme ihtimali vardır.

[1047] Ayrıca, tutukluluk halinin yasallığı ve bu konuda bir iç başvuru yolunun olmayışından da şikayetçiydi; fakat bu durum AİHS md. 5 açısından önemlidir.

Davanın koşullarına gelince, Dougoz Suriye'deyken askerlik hizmeti esnasında gizli bilgileri ifşa etmekle suçlanır. Daha sonra Yunanistan'a gider ve oradayken Suriye'de ölüm cezasına çarptırılır.

Yunan yetkililerine göre ülkeye girişi yasadışı yollardan olmuştur. 1987'de Yunanistan'da uyuşturucu maddeyle ilgili bir suçtan yakalanıp yargılanır ve iki yıl hapse mahkum edilir. 1989'da BM Yüksek Mülteciler Komiserliğine başvurup mülteci sıfatı alır. Yunanistan da kendisine yabancılara özgü bir oturma kartı verir. Kartın (ve oturma izninin) süresi 8 Ocak 1991'de dolar; fakat kendisi yasadışı yollarla ülkede kalır. 1991'da silah taşıma ve hırsızlık suçundan yakalanır. Yargılamasında beş buçuk yıl hapse mahkum edilir. 6 Haziran 1994'te şartla salıverilir ve aynı gün kamu düzeni gerekçesiyle hakkında sınırdışı etme kararı verilir. 23 Haziran 1994'te Yunan otoritelerine başvurup mülteci sıfatı verilmesini ister; fakat istemi reddedilir. Bunun üzerine Yugoslavya Sosyalist Federatif Cumhuriyeti'ne sınırdışı edilmesini talep eder. 19 Eylül 1994'te oraya gönderildikten sonra kaçak olarak Yunanistan'a döner. 9 Temmuz 1995'te yine uyuşturucu maddeyle ilgili bir suçtan dolayı tutuklanır. Yargılama sonucunda üç buçuk yıl hapse mahkum edilir. 25 Haziran 1997'de şartla salıverilmek için başvurur. Ayrıca, af çıktığı için Suriye'ye dönmek istediğini belirtir. İstemi kabul edilir ve 10 Temmuz 1997'de, sınırdışı edilmeyi beklemek üzere bir polis nezaretine konulur. Bunun sebebi, ihracı bekleyen yabancılar için Yunan kanunlarında böyle bir yöntemin öngörülmüş olmasıdır.

28 Kasım 1997'de başvurucu, Yunan otoritelerinden ölüm cezasıyla karşı karşıya olduğu Suriye'den başka bir ülkeye ihraç edilmesini ister. 2 Şubat 1998'de de, İşkencenin ve İnsanlık Dışı vaya Onur Kırıcı Muamele veya Cezanın Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesine ve BM tarafından kendisine tanınan statüye dayanarak sınırdışı etme kararının kaldırılmasını ister. Nisan 1998'de başvurucu başka bir polis karargahına nakledilir. 28 Nisan 1998'de BM Yüksek Mülteciler Komiserliği Temsilcisi, başvurucunun Suriye'ye sınırdışı edilmemesini talep eder. 11 Mayıs 1998'de Pire Asliye Ceza Mahkemesi kararın kaldırılması talebini reddeder.

Gerekçe, başvurucunun 25 Haziran 1997'de artık Suriye'de zulümle karşılaşmayacağını beyan etmiş olmasıydı. 26 ve 28 Temmuz 1998'de başvurucu, Adalet ve Kamu Düzeni Bakanlıklarına başvurarak sınırdışı etme kararının kaldırılmasını ve her halükarda salıverilmesini ister. 3 Aralık 1998'de başvurucu Suriye'ye sınırdışı edilir ve ülkeye girdiği anda gözaltına alınır.

Başvurucu, sınırdışı edilmeyi beklerken tutulduğu nezarethanelerde maruz kaldığı koşullar itibariyle üçüncü maddenin ihlal edildiğini iddia etmekteydi. Hükümet ise maddenin devreye girebilmesi için aranan ağırlık derecesine ulaşılmadığını ve on yedi aylık nezaret altında kalma süresinin, başvurucunun sınırdışı edilmeyi önleme çabalarından kaynaklandığını öne sürmekteydi.

Dougoz, ilk önce *Drapetsona*'daki merkezde ağırlanmıştır. Burada yirmi hücre vardır. Toplam yüzün üzerinde kişi ağırlanmaktadır ve başvurucunun hücresi çok kalabalıktır. Başvurucunun iddialarına göre, hücresinde her gece 'onlar'la ifade edilecek sayıda tutuklu kalmaktadır. Hücrede yatak yoktur ve yorgan, yastık, battaniye vb. kolaylıklar temin edilememektedir. Bazı kişiler koridorlarda uyumak zorundadır. Hücreler kirli, temizlik hizmetleri yetersizdir. Ancak az miktarda sıcak su mevcuttur. Eksersiz yapacak bir alan yoktur ve mahkumlar gün ışığını görememektedirler. Verilen yiyecek az miktarda ve düşük kalitededir. Tıbbi muayene mümkün olmadığı gibi, yabancılar bakımından ziyaretçiyle görüşme imkanı da yoktur.

Hükümet ise bu iddiaları kimi yerde abartılı kimi yerdeyse sahte bulup, koşulların daha iyi olduğunu iddia etmekteydi[1048].

Bu savların ışığında değerlendirme yapan Mahkeme, insanlık dışı ve küçük düşürücü muameleye hükmetmek için asgari bir ağırlık derecesinin arandığını[1049] ve bu dereceye ulaşıp ulaşılmadığının tespitinin nispi olacağını hatırlatmıştır.

[1048] Hükûmete göre, yirmi dört saat sıcak su mevcuttu, yemek servisi yeterli miktarda ve yüksek kalitedeydi (hatta polis memurlarının menüsü de aynıydı), tıbbi servis vardı, temizlik koşulları yeterliydi ve nezarethane her gün dezenfekte ediliyordu, güneş ışığı alınabiliyordu, her gün geniş bir

Mahkemeye göre, bazen nezarethanede tutulma koşulları insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele niteliği taşıyabilir. Yunan Davası raporunda[1050] Yunanistan'daki koşullar bakımından, özellikle aşırı kalabalık, ısıtma, sağlık, uyku düzenlemeleri, yemek, eğlence aktiviteleri ve dış dünyayla temas konusunda bu olgunun yaşanabildiği belirtilmiştir. Başvurucunun iddiaları bu rapordaki bulgularla ve kendisinin tutulduğu yerlere ilişkin yazılan 1994 raporlarındaki belirtilerle tutarlıdır. Hükümet de bu iddialardan nüfus fazlalığı ve yatak eksikliğiyle ilgili olanları reddetmemiştir. Ayrıca 1997 yılında, İşkenceyi Önleme Komitesi başvurucunun tutulduğu her iki yeri ziyaret etmiş ve ertesi yıl tekrar tetkiklerde bulunma zaruretini hissetmiştir.

Sonuçta mahkemeye göre bu koşulların ve özellikle ciddi kalabalığın ve yatacak yer eksikliğinin ışığında, hele nezarethanede tutulma süresinin olağandışı uzunluğu göz önüne alınırsa, üçüncü maddenin ihlal edildiği sonucuna varmak gerekecektir.

koridorda dolanma fırsatı vardı.

[1049] İrlanda/Birleşik Krallık, 18.1.1978 ve Costello-Roberts/Birleşik Krallık, 25.3.1993 kararları.

[1050] Yunanistan'daki ihtilali izleyen aylarda yaşanan olaylarla ilgili hazırlanmış rapor ('Greek Case') kast edilmektedir. Rapor için bkz. Yearbook of the European Convention on Human Rights no. 12, 1969.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM:
TÜRK VE KARŞILAŞTIRMALI CEZA HUKUKUNDA İŞKENCE SUÇU

§ 1. GENEL AÇIKLAMA

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 'Kişilere Karşı Suçlar' başlıklı ikinci kısmının üçüncü bölümü (md. 94-96) 'İşkence ve Eziyet' suçlarına ayrılmıştır.

5237 s. TCK md. 94 vd. hükümleri Anayasamızın 17. maddesinde düzenlenen kişi dokunulmazlığı hakkı ile işkence ve eziyet yasağının yaptırımını teşkil etmektedir.

Öte yandan, tarafı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin üçüncü maddesindeki işkence yasağının ve yine işkenceye ilişkin 1984 tarihli *İşkenceye ve diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi* ile 1987 tarihli *İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele ve Cezanın Önlenmesi konusundaki Avrupa Konseyi Sözleşmesi*yle üstlendiğimiz yükümlülüklerin bir gereğidir.

Bu hüküm ayrıca eski CMUK md. 135/a, yeni CMK md. 148'da düzenlenmiş olan yasak sorgu yöntemlerine başvurmanın da cezaî yaptırımını teşkil etmektedir[1051].

İlgili hükümler şöyledir:

MADDE 94. (İşkence)
(1) Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol

[1051] Bkz. **DÖNMEZER, Sulhi;** Özel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1984, s. 130 ('DÖNMEZER, Özel Ceza'); **ÖNDER, Ayhan;** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 1994, s. 221 ('ÖNDER, Ceza Özel'); **NUHOĞLU,** s. 550; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 467; **TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan,** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2. Bası, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir 2003, s. 191 ('**TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel').

açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan oniki 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 onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) Fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi hâlinde, on yıldan onbeş 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.

Madde 95 (Neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence)

(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 onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

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

Madde 96 (Eziyet)

(1) Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Yukarıdaki fıkra kapsamına giren fiillerin;

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

b) Üstsoy veya altsoya, babalık veya analığa ya da eşe karşı,
İşlenmesi hâlinde, kişi hakkında üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

Bu şekilde, Türk Ceza Hukuku bakımından işkence (ve eziyet) suçu ayrıca ve özel olarak düzenlenmiştir. Bir görüşe göre, işkence teşkil eden fiillerin cezalandırılması bir zorunluluk ise de, bağımsız bir işkence suçunun ihdasına gerek yoktur. İşkence suçunun maddi unsurunu oluşturan hareketler, zaten yerine göre müessir fiil (yaralama), hakaret-sövme, tehdit, ırza tasaddi/ırza geçme (cinsel saldırı) niteliği taşıdığı için, bu suçların, bir suç vakıası hakkında ikrar veya herhangi bir delil elde edilmesi gibi spesifik bir amaçla işlenmesi durumunda, ilgili suçun nitelikli şeklinin oluştuğunu kabul etmek yeterli olacaktır[1052].

Bu görüşe katılamıyoruz. Çünkü, işkence suçunun maddî unsurunu oluşturan hareketlerin çoğu zaman başka suç tiplerinin maddî unsurunu oluşturduğu doğru olsa da, işkence suçu, manevî unsurunun karakterize ettiği farklı niteliği itibariyle daha vahim bir ihlâl kategorisidir[1053].

Öte yandan, 5237 s. TCK'da suçun oluşumu için özel kastın aranmaması da durumu değiştirmez. Çünkü bu sefer de, işkence suçunun bağımsız olarak düzenlenmesini, bu eylemlerin ihlal ettiği hukukî yararın bağımsızlığında aramak gerekir. Gerçekten, yaralama, öldürme gibi fiiller mağdurun sırf beden bütünlüğüne ya da yaşam hakkına; hakaret gibi fiiller şerefine; cinsel saldırı gibi fiiller cinsel özgürlüğüne dokunmaktadır. Oysa işkence, bizzat insan varlığının temeli olan insan onuruna saldırı teşkil etmektedir, bu nedenle de işkence insanın sırf özerkliğini değil, özerklik yeteneğini dahi tehlikeye sokmaktadır[1054]. Bu bakımdan, işkence teşkil eden bir fiilin haksızlık içeriği maddî unsuru oluşturan hareketlerin tekabül edebileceği diğer suç tiplerine göre daha fazladır; işkence suçuyla korunan hukukî yarar kategorisi de daha geniş ve haklar hiyerarşisinde önceliklidir.

[1052] Bkz. **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** İşkence, s. 181, 194 vd.
[1053] Bkz. benzer yönde **NUHOĞLU,** s. 549.
[1054] Bkz. **HİLGENDORF,** s. 15.

Bu nedenle, nasıl soykırım veya insanlığa karşı suç kapsamında gerçekleştirilen kasten öldürme veya yaralamaları bu özel suç tipleri çerçevesinde bağımsız olarak düzenlemek gerekiyorsa, aynı ihtiyaç işkence oluşturan davranışlar bakımından da mevcuttur.

Nitekim, 5237 sayılı TCK'nın esas aldığı anlaşılan 1995 tarihli İspanyol CK'sında işkence ve benzeri suçların bağımsız bir bölümde ele alınması bu anlayışın sonucudur. İsp. CK'sının bu yola gitme sebebi, işkence suçlarıyla korunan hukukî yarar olan 'manevî bütünlük'ün (İsp. *integridad moral*) özerk bir değer olarak görülmesidir. Bu nedenle işlenen fiilin bu yararı ihlal etmesi yeterli olup öldürme, yaralama, hürriyetinden yoksun kılma gibi başka neticelere yol açması gerekmez. Yine buna bağlı olarak manevî bütünlüğe yönelik zararın bu diğer suç tipleri içinde eridiği söylenemez, çünkü suç tipinin yasakladığı davranışın zarar verici içeriği, manevî bütünlük gibi ayrı ve özel olarak korunan bir hukukî değeri ihlal etmektedir[1055].

§ 2. TÜRK CEZA HUKUKUNDAN İŞKENCE SUÇUNUN TARİHÇESİ

1.6.2005 tarihinde yürürlükten kalkan 765 sayılı eski TCK'nın mehazı olan 1889 tarihli Zanardelli (İtalyan Ceza) Kanunu'nda işkenceye ilişkin özel bir hüküm yer almamaktaydı. Buna karşılık 1.7.1926'da yürürlüğe giren 765 sayılı TCK'ya, Eskişehir'deki Mahkemeyi Temyiz Ceza Kanunu Komisyonunun teklifi üzerine, 1274 tarihli Ceza Kanunnameyi Hümayununun 103 vd. maddesindeki ('*Memurini hükûmet tarafından teaddiyat ve suimuamelât vukuunda icra olunacak mücazat*') düzenleme aktarılmıştı[1056]. Bununla birlikte, 1274 tarihli Kanunun md. 103/2

[1055] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ**, s. 12; **SANZ, Jesús Barquín**, Sobre el Delito de Grave Trato Degradante del Art. 173 CP Comentario de la Sts (2ª) 2101/2001, de 14 de Noviembre**,** Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2002, núm. 04-j04, p. j0 4:1-j04:10, s. 8-9 (bkz. http://criminet.ugr.es/recpc/jp04/recpc04-j04.pdf (son erişim10.9.2005).

[1056] Bkz. **EREM, Faruk,** Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt: III, Üçüncü Baskı, Ankara 1985; s. 424 ('**EREM**, Özel Hükümler'); **ÖNDER,** Ceza Özel, s. 221; **ERMAN, Sahir/ ÖZEK, Çetin,** Ceza Hukuku Özel Bölüm – Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1992, no. 408 ('**ERMAN/ÖZEK**, Kamu İdaresi'); **EREM, Faruk,** Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Cilt: II, Ankara 1993, s. 1390 ('**EREM**, Şerh'); **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 191; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 466; **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** İşkence, s. 186; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 55.

hükmüne göre işkencenin amirin emriyle yapılması durumunda, cezanın sadece emri verene uygulanacağı öngörülmüş; aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise, sadece işkence sonucunda ölüm veya nitelikli müessir fiil (azalardan birinde noksan veya kayıp) sonucunun meydana gelmesi durumunda, bir emri yerine getirmiş olan memurun da adam öldürme veya müessir fiilden sorumlu tutulacağı öngörülmüştü.

Söz konusu hüküm 765 sayılı TCK'nın 243. maddesine aktarılırken ise şu şekli almıştı: '*Mahkemeler ve meclisler reis ve azalarından ve sair hükumet memurlarından biri, maznun bulunan kimselere cürümlerini söyletmek için işkence ederse, beş seneye kadar ağır hapis ve müebbeden veya muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezalarıyla mahkûm olur.*

Bunu, maiyet memurları, mafevkinde bulunan âmirlerinin emir ve teşvikiyle yapmış olsa dahi cezadan kurtulamaz.

Amirler, cürümde fer'an zimethal sayılır.

İşkence olunan kimse, bundan müteessiren ölürse, fail 452. madde ile cezalandırılır. Ve eğer bir uzvun kat'ı veya amelden sukutunu veya diğer daimi bir malûliyet veya mayûbiyeti mucip olursa, 456. madde mucibince cezalandırılır'[1057].

Böylece, '*maiyet memurları(nın), mafevkinde bulunan amirlerinin emir ve teşvikiyle*' işkence yapması durumunda sorumluluktan kurtulamayacakları öngörülmüş; fakat bu sefer de maddenin üçüncü fıkrasında, '*bu emri veren veya teşvikte bulunan amirleri cürümde fer'an zimethal*' sayılacağı belirtilmek suretiyle, sanki azmettiren amirin fer'i şerik sayılacağı şeklinde yorumlanabilecek garip bir hükme yer verilmişti[1058].

1961 yılında, TCK md. 243'ü İnsan Hakları Evrensel Beyannamesine uygun hale getirmek ve bu suçla mücadelede etkinlik sağlayabilmek için madde değiştirilmiştir. Bu şekilde, 'işkence' dışında, maddî unsurun hareket kısmını oluşturabilen diğer seçimlik hareketler (*zalimane veya gayriinsanî veya haysiyet kırıcı muameleler)* eklenmiş; ayrıca fiilin, amirin emri üzerine gerçekleştirilmesinin

[1057] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 54.

emri icra eden bakımından hukuka uygunluk sebebi teşkil etmeyeceği ve emri veren amirin de fer'i fail sayılacağına dair gereksiz ve hatta yanıltıcı eski hüküm kanundan çıkarılmıştır. Öte yandan, işkence sonucu ölüm veya nitelikli müessir fiil sonucunun doğması durumunda, TCK md. 452 veya 456'ya göre tayin edilecek cezanın ayrıca artırılacağı da eklenmiştir[1059].

765 sayılı TCK md. 243 hükmü 1999'da da esaslı bir değişikliğe uğramıştır. Gerçekten 4449 sayılı Kanunla, mağdur olabilecek kimseler kategorisi ve manevi unsurun kapsamı genişletilmiş, suçun da cezası artırılarak daha modern bir düzenleme getirilmiştir[1060].

Bu şekilde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girene kadar uygulanan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabındaki '*Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler*'e ilişkin Üçüncü Babının, '*Hükümet Memurları Tarafından Efrada Karşı Yapılacak Suimuameleler*' başlıklı altıncı faslında yer alan TCK md. 243 hükmü şu hali almıştır: *'Bir kimseye cürümlerini söyletmek, mağdurun, şahsî davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olaylara bildirmesini engellemek, şikâyet ve ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikâyet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple 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.*

*Fiil neticesinde ölüm vukua gelirse 452nci, sair hallerde 456ncı maddeye göre tertip olunacak ceza üçte birden yarıya kadar artırılır'*dı *(1999 t. ve 4449 s.K.la değişik).*

Buna bağlı olarak, 765 sayılı TCK md. 243 ve 1984 tarihli BM Sözleşmesi'nın ışığında işkence suçunun tanımı bu dönemde şöyle yapılmıştı: *'Bir*

[1058] Bkz. **ARTUK,** s. 2; **EREM,** Şerh, s. 1393-1394; **NUHOĞLU,** s. 546.
[1059] Bkz. **EREM,** Özel Hükümler, s. 427-428; **ARTUK,** s. 3; **ÖNDER,** Ceza Özel, s. 221; **NUHOĞLU,** s. 547; **SAVAŞ, Vural/ MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık,** Türk Ceza Kanununun Yorumu, 2. Cilt, 3. Baskı, Ankara 1999, s. 2477; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 57.
[1060] Bkz. **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 475.

kimseden suçları hakkında bilgi, yani delil elde etmek, mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya tanığın olayları bildirmesini, şikayet veya ihbarda bulunmasını engellemek yahut da şikayet ve ihbarda bulunduğu ve tanıklık ettiği için veya bunların dışında ve fakat yargılama faaliyeti ile ilgili herhangi bir nedenle veya ayrımcılığa dayalı herhangi nedenle kişi üzerinde uygulanan fiziki veya manevi nitelikte, şiddetli acı ve ıstırap veren her türlü hareket'tir[1061].

1 Temmuz 1926'da yürürlüğe giren 765 sayılı TCK'yı değiştirmek ve hatta bir yenisini yürürlüğe koymak amacıyla yapılan çalışmalar çerçevesinde 1987, 1989, 1997, 2001, 2003 Tasarıları oluşturulmuş ve bunlarda işkenceye dair bir çok farklı düzenleme önerilerine yer verilmiştir.

1 Mart 1994'te yürürlüğe giren yeni Fransız Ceza Kanununu model alan 2001 TCK Tasarısındaki kanunî tanımda '*bir kişiye işkence edene üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir*' (md. 142) denmiştir. 'Nitelikli işkence' başlığını taşıyan md. 143'te ise, suçun ağırlatıcı sebeplerine yer verilmiştir[1062].

İlgili Komisyonda ele alınmak üzere TBMM'ye sevk edilen 2003 TCK Tasarısı'nın ilgili maddeleri de hemen hemen aynıydı. Buna göre önerilen hükümler

[1061] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 9. 765 s. TCK döneminde 'de lege ferenda' bir kanunî tanım önerisi için bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 59.

[1062] Buna göre, işkence suçu, '*on beş yaşını doldurmamış bir çocuğa karşı*' veya '*yaş, hastalık, malullük, fizik veya ruhi zayıflık veya hamilelik sebebiyle, failin bildiği veya açıkça görülebilen özel bir güçsüzlük veya çaresizlik içinde bulunan kimseye karşı*' veya '*mağdurun eşi tarafından*' veya '*silah vasıtası veya tehdidi ile*' işlenmesi durumunda fail hakkında dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı öngörülmüştür. Fiilin, '*usule yahut babalık veya analığa karşı*' veya '*failin, niteliğini bildiği veya bu hususun açıkça anlaşılabildiği memur veya kamu hizmetlisine yahut sürekli veya geçici olarak kamu hizmetiyle görevlendirilmiş kişilere veya bir avukata karşı görevinin icrası sırasında veya sıfatları kalkmış olsa bile görevleri nedeniyle*' veya '*bir tanığa, mağdura, davaya katılan kimseye veya şahsi davacıya karşı, olayları bildirmesini engellemek, şikayette veya ihbarda bulunmasını önlemek yahut tanıklıkta veya şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek yahut tanıklıkta veya şikayet veya ihbarda bulunmuş olması sebebiyle*' veya '*suçun asli veya fer'i faili sıfatını taşıyan birden çok kimselerce*' veya '*taammüden*' veya '*memur veya kamu hizmetiyle yükümlü bulunan kimselerce görevlerinin icrasında veya icrası vesilesiyle*' veya '*bir cinsel saldırı ile birlikte*' işlenmesi durumunda failin cezasının beş yıldan on yıla kadar hapis olması öngörülmüştür. Fiil, nesebi sahih veya gayri sahih bir çocuğa veya küçüğe karşı veya usul veya babalık yahut analık sıfatını taşıyanlarca işlendiğinde, faile altı yıldan on iki yıla kadar hapis cezası verilecek; Tasarı md. 144'e göreyse fiil, daimi malullüğe veya uzuv kaybına yol açarsa, on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunacaktır. Nihayet, fiil, mağdurun ölümüne neden olursa, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilecektir.

şöyleydi:

'İşkence

Madde 142- *Bir kişiye işkence edene üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir.*

Nitelikli işkence

Madde 143- *Yukarıdaki maddede belirtilen suç:*

A.1) On sekiz yaşını bitirmemiş çocuk ve küçüklere karşı,

2) Yaş, hastalık, malûllük, fizik veya ruhsal zayıflık veya hamilelik nedeniyle, failin bildiği veya açıkça görülebilen özel bir güçsüzlük veya çaresizlik içinde bulunan kimseye karşı,

3) Mağdurun eşi tarafından,

4) Silâh vasıtası veya tehdidi ile,

işlenirse, fail hakkında dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir.

B.1) Üstsoya yahut babalık veya analığa karşı,

2) Failin, niteliğini bildiği veya bu hususun açıkça anlaşılabildiği memur veya kamu hizmetlisine yahut sürekli veya geçici olarak kamu hizmetiyle görevlendirilmiş kişilere veya bir avukata karşı görevinin icrasında veya sıfatları kalkmış olsa bile görevleri nedeniyle,

3) Bir tanığa, mağdura, davaya katılan kimseye karşı, olayları bildirmesini engellemek, şikâyette veya ihbarda bulunmasını önlemek yahut tanıklıkta veya şikâyet veya ihbarda bulunmuş olması nedeniyle,

4) Suçun aslî veya fer'î faili sıfatını taşıyan birden çok kimselerce,

5) Taammüden,

6) Memur veya bir kamu hizmetiyle yükümlü bulunan kimselerce görevlerinin icrasında veya icrası vesilesiyle,

7) Bir cinsel saldırı ile birlikte,

işlenirse failin cezası beş yıldan on yıla kadar hapistir.

C. Suç, bir çocuğa veya küçüğe karşı veya üstsoy veya babalık yahut analık sıfatını taşıyanlarca işlendiğinde faile altı yıldan on iki yıla kadar hapis cezası verilir.

Ağır nitelikli işkence

Madde 144- *Suç, daimi malûllük veya uzuv kaybı ile sonuçlandığında faile on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezası verilir.*

Suç, mağdurun ölümüne neden olduğunda ceza ağırlaştırılmış müebbet hapistir.'

Bu gelişmeyi özetlemek gerekirse, Türk Ceza Hukukundaki 'işkence suçu' kavramı, günlük dilde 'acı, eziyet, ıstırap' gibi kelimelerle ifade edilen olgudan çok

daha dar ve spesifikti. Özellikle 765 sayılı TCK'nın 243. maddesinde yer verilmiş olan ceza hukukundaki teknik anlamda işkence suçu, kişilere karşı adlî amaçlar dışında yapılan kötü davranışlardan ayrılmaktaydı[1063].

765 sayılı Kanundaki işkence suçu, ancak spesifik (belirli) şartlar ve çerçeve dahilinde işlenebilmekteydi. Buna göre işkence suçu, devletin adlî işlemler vesilesiyle ve memurları aracılığıyla kamu gücünü kullanıp buna muhatap olan vatandaşın güçsüz, korumasız bir konumda olduğu durumlarda, bu işlemlerin niteliğine bağlı bazı amaçları gerçekleştirmek için yine sadece belirli kişilerce işlenebilen bir suçtu. Teknik bir analizle, faili ve mağduru mahsus ve ancak kanunda öngörülen saiklerle işlenebilen bir suçtu.

Gerçekten, dar veya teknik anlamıyla işkence suçu kanaatimizce, fail ile mağdur arasında mutlaka kamu gücünün kullanılmasından kaynaklanan bir otorite (tâbi olma) ilişkisini gerektirir. Bu anlayışımıza göre, karşısında muhatabı olarak devleti bulan vatandaşın, bu hakimiyet ilişkisinden doğan baskın güce karşı '*inferior*' (daha düşük konumda/aşağı derecede) olduğu bir durum söz konusudur[1064]. Devleti temsil eden memur da, bu çerçeveden faydalanarak ve adlî işleme bağlı amacını gerçekleştirmek için (ör. suçunu itiraf ettirmek) mağdura cismen veya manen ağır acı ya da eza vermektedir.

Yani işkence suçu, birey-devlet arasında cereyan eden ve bir tarafın (devletin) baskın bir kuvvete dayanarak hareket ettiği ilişkiye bağlı bir süreçtir[1065]. Örneğin bu sebepledir ki, uluslararası belgelerde işkenceyi önlemeye yönelik olarak kurulan mekanizmalar her zaman özgürlüğünden devlet eliyle yoksun bırakılmış kimseler

[1063] Bkz. **DEMİRBAŞ,** Hukuk Kurultayı 2004, s. 347; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 15.
[1064] Kıyaslayınız **NUHOĞLU,** s. 530. Doktrinde belirtildiği üzere, kişi devletin elinde bulunduğu için, normal yaşamında olduğunun aksine, iradesine yönelik etkileri ya da haklarının ihlalini önleyebilecek durumda değildir, bu durumda imkansızlık ve çaresizlik içindedir, bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 10.
[1065] Bkz. benzer anlamda **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 11. Bu açıdan, hukukî anlamda işkenceyi ele alan yazar şöyle bir tanım geliştirmiştir: işkence, '*yargılama faaliyeti sırasında şüphelilere ya da sanıklara, bunların itiraflarını veya ikrarlarını almak için, yahut yargılama faaliyetine bir şekilde katılan veya katılmak isteyen kişilere, bu katkıları veya istekleri nedeniyle uygulanan insan haysiyetini zedeleyen maddi ve manevi baskıları ifade etmektedir*', bkz. age, s. 15.

üzerinde yoğunlaşmaktadır[1066].

Oysa 2001 ve 2003 Tasarıları işkenceyi bu teknik anlamından sıyırıp, genel bir suç tipi haline getirmek istemiştir. Bu tasarılara göre işkence, faili özgü olmayan ve spesifik bir amaçla işlenmesi gerekmeyen; yani herkesin, her koşulda, diğer herkese karşı işleyebildiği bir suç tipi olacaktır. 1994 tarihli Fransız Ceza Kanunundan örnek alınan bu model bizim başarılı bulmamakla birlikte sonuçta kendi içinde tutarlı ve kabul edilebilir olarak değerlendirdiğimiz bir anlayıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ise, işkence suçunun tarihi gelişimi ve mantığı açısından en az kabul edilebilir alternatifi sunmaktadır. Şöyle ki, 5237 sayılı TCK md. 94'e göre işkence, özgü bir suçtur, sadece kamu görevlisi tarafından işlenebilecektir. Fakat, hareketin belirli bir saikle yapılması gerekmemektedir; herhangi bir kamu görevlisi herhangi bir sebep, amaç veya saikle bu suçu işleyebilecektir. Durum böyle olunca, işkenceyi karakterize eden ve bu suçun ancak spesifik şartlar ve çerçeve altında işlenebilmesini izah eden felsefe ve mantık da ortadan kalkmış olmaktadır. Çünkü, teknik veya dar anlamda işkence suçu, yukarıda izah ettiğimiz gibi, devletin üstün kudretinden faydalanma imkanına sahip olan memurların, adlî işleme bağlı bazı amaçları gerçekleştirebilmek üzere bu imkanı kötüye ve hukuk dışı kullanarak mağdura ağır acı ve ıstırap verme yoluna gitmeleridir. Doktrinde belirtildiği üzere, işkence kavramıyla kast edilen, kişinin fiziki olarak resmi kişilerin elinde (kontrolünde) bulunduğu sırada, bu kişiler tarafından belirli bir amaca yönelik olarak uygulanan acı ve ıstırap verici hareketlerdir[1067].

Oysa, işkence genel bir memur (kamu görevlisi) suçu olunca ve ona özelliğini kazandıran bu temel olgudan (özel kasttan) soyutlanınca misyonu bakımından dayanaksız kalmaktadır. Herhangi bir kamu görevlisinin, görevi vesilesiyle karşısındaki vatandaşa ya da diğer bir kamu görevlisine cismen ya da manen acı vermesini özgü suç olarak işkence saymak anlamlı olmamaktadır. Örneğin yazlık

[1066] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ**, s. 5.

beldede görevli jandarmanın, diskoya giden yolda araçları durdurup kimlik kontrolü yaparken araç sahibine gereksiz zorluk çıkarması, onu uzun süre araç dışında ayakta bekletip geciktirmesi ve görünümüyle alay etmesi durumunda YTCK md. 94'a göre işkence suçu oluşabilecektir. Veyahut bir profesör, acil bir işi yetiştirmek için asistanını gece geç saatlere kadar akşam yemeğine de göndermeyip odasında çalıştırırsa bu suç oluşacaktır! İşkence suçunun tarihi gelişimini ve konuluş amacını değerlendirince bu sonuca götüren bir kanunî düzenlemeyi haklı bulamıyoruz. Bu konuya aşağıda çeşitli vesilelerle değineceğiz.

§ 3. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İŞKENCE VE BENZERİ SUÇ TİPLERİNİN DÜZENLENİŞİ

I. GENEL OLARAK

Karşılaştırmalı hukuka göz atacak olursak bazı ülkelerde işkence suçunun özel olarak tanımlanmadığını görürüz (ör. İtalya, Avusturya, İsveç, İsviçre, Hollanda). Bu ülkelerde, işkence nitelikli davranışın tekabül ettiği ilgili suç tiplerine göre (öldürme, yaralama, tehdit...) yargılama yapılmaktadır ve kimi ülkelerde, memuriyet sıfatı sebebiyle ceza arttırılmaktadır (ör. İtalyan CK. md. 61/9-a, Avusturya CK. md. 313). Bunun yanında, özellikle adliyeye karşı işlenen suçlar arasında teknik anlamda işkence olmamakla birlikte benzeri suç tiplerine yer veren devletler de mevcuttur (ör. İsveç CK, 2. Kısım, 17. Bölüm, § 10, Fin. CK 15. Bölüm, § 7).

İşkencenin bir suç tipi olarak düzenlendiği ülkelerde ise, suç tipinin kanun sistematiği içindeki yeri farklıdır. Kimi ülkelerde işkence devlet idaresine karşı suçlar arasında (ör. Alman CK § 343, Sırp CK md. 348, Paraguay CK md. 309), kimisinde kişiye karşı işlenen suçlar arasında (ör. Fransa CK md. 222-1, İtalyan CK'sına md. 593-bis'in eklenmesine dair tasarı, Kanada CK § 269.1, Ukrayna CK md. 127, Erm. CK md. 119), bazılarında kişi özgürlüğüne/özerkliğine karşı işlenen suçlar arasında

[1067] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 10.

(Arj. CK md. 144-ter, Kolombiya CK md. 178, İt. CK'sına md. 613-bis'in eklenmesine dair 4990 s.K. teklifi), bazı ülkelerde müstakil olarak (İspanya CK. md. 174), kimisinde insanlığa karşı suçlar arasında (Peru CK. md. 321), nihayet bazı devletlerde de adliyeye karşı suçlar arasında (Rom. CK. md. 343, Özbek CK. md. 235, Meksika CK md. 225-12) düzenlenmiştir. Ayrıca kimi ülkelerde, işkence nitelikli hareketler birden fazla suç tipi altında da düzenlenmiştir (ör. Fr. CK.'nda md. 222-1 yanında md. 434-5 ve 434-15, Erm. CK'sında işkence suçu dışında, adliyeye karşı suçlar arasında md. 341'de yer alan 'tanıklığa zorlama' suçu, Paraguay CK'sında 'işkence' başlıklı md. 309 yanında 'beyana zorlama' başlıklı md. 308).

Suç tipiyle korunan hukukî yarar bakımından da, bu sistematiğe bağlı olarak öncelikli olarak korunması amaçlanan hukukî yarar ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan örneğin, Fransa'da fiziksel bütünlük, İspanya'da ve İtalya'daki 4990 s. en son kanun teklifine göre manevî bütünlük korunmaktadır. Almanya bakımından suç tipi her ne kadar 'görev suçları' arasında yer alsa da, korunan hukukî yararın öncelikli olarak adliye olduğu kabul edilmektedir[1068].

Karşılaştırmalı hukukta suçun faili olabilecek kimselere bakılırsa, genel olarak özgü faillik sisteminin benimsendiği görülür. Gerçekten de, bir çok kanuna göre bu suçun faili ancak 'kamu görevlisi' (memur) ya da kamusal yetkiyi haiz kimse olabilir (ör. StGB § 343, İsp. CK. md. 174, ABD *18 U.S.C. §§ 2340-2340A*, İtalya'da 4990 s.K. teklifi, Özbek CK. md. 235, Sırp CK md. 348, Meksika CK md. 225-12, Paraguay CK md. 309). Bununla birlikte birtakım ülkelerde, 1984 BM Sözleşmesine uygun olarak, kamu görevlisinin teşviki veyahut rızası ya da göz yummasıyla hareket eden özel kişiler de suçun faili sayılmaktadır (ör. Birleşik Krallık CK md. 134/2, Romanya CK md. 343, Peru CK md. 321, Polonya CK md. 246, Paraguay CK. md. 308; Kanada CK § 269.1). Bazı ülkelerde ise suçun faili herkes olabilmektedir (ör. Fransa CK md. 222-1, Ermeni CK md. 119, Ukr. CK md. 127 , Arjantin CK md.

[1068] **TRÖNDLE, Herbert/ FİSCHER, Thomas**, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, München 2003, § 343, no. 1; **LACKNER, Karl/ KÜHL, Kristian**, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, München 2001, § 343, no. 1.

144- ter, Kolombiya CK md. 178).

Mağdur bakımından ise, ülkelerin büyük çoğunda herkes işkence suçunun mağduru olabilmektedir. Buna karşılık, mağdurun da özgü olduğu düzenlemeler mevcuttur (Arjantin CK md. 144-ter, Ermeni CK md. 341, ABD *18 U.S.C. §§ 2340-2340A,* Özbek CK md. 235).

Suçun maddî unsuru bakımından, genelde 'fiziksel ya da bedensel ağır acı ya da eza veren hareketler' çerçevesinde tanımlar geliştirilmiştir (ör. Birleşik Krallık CK md. 134/2, İtalya'da 4990 s.K. teklifi, Rom. CK md. 343, Ukr. CK. md. 127, ABD *18 U.S.C.§ 2340,* Kanada CK § 269.1*)*. Buna karşılık, genel olarak 'işkence'den bahseden kanunlar da mevcuttur (ör. Fransa CK. md. 222-1, Arj. CK md. 144-ter). Acı veya ezanın 'ağır' olmasından bahsetmeden, fiziksel ya da manevi cebir ve tehditten bahseden kanunlara da rastlanmaktadr (ör. StGB § 343, Polonya CK md. 246, Özbek CK. md. 235). Bazı ülke kanunlarında da, doğrudan 1984 BM Sözleşmesindeki tanım benimsenmiştir (Kolombiya CK md. 178, Peru CK md. 321). Nihayet, suçun maddî unsurunu farklı kıstaslara göre tanımlayan bazı ülkeler de mevcuttur (ör. İsp. CK md. 174 bakımından '*mağdura bedensel ya da zihinsel acı veren; onun bilme, idrak etme ve karar verme yeteneğini ortadan kaldıran ya da azaltan veya diğer herhangi bir şekilde manevî bütünlüğüne saldırı teşkil eden şart ya da işlemlere tabi tutan*'; Sırp CK md. 348 bakımından '*kuvvet, tehdit veya diğer yasak araç ve metodlar uygulamak*'; Meksika CK md. 225-12 bakımından, diğer hareketler yanında '*sanığı dış dünyayla iletişimsiz bırakmak ('incomunicación)*'; Paraguay CK md. 309'a göre '*bir şahsın kişiliğini yok etme ya da ağır şekilde zarara uğratmak*'; Peru CK md. 321 bakımından, BM Sözleşmesinde yer alan hareketler dışında, mağdurun '*kişiliğini yok eden ya da fiziksel ya da zihinsel yeteneğini azaltan koşul ya da yöntemlere tabi tutmak*').

Nihayet, suçun manevî unsuruna bakarsak genelde özel kast aranmaktadır. Beyana zorlama suçu şeklinde işkenceyi düzenleyen devletler bakımından zaten bu zorunlu bir sonuçtur. Bazı ülkelerde ise, suçun oluşumu için genel kast yeterli

görülmüştür (Fr. CK md. 222-1, Birleşik Krallık CK md. 134, Ermeni CK md. 119, Arj. CK md. 144-ter).

Suçun unsurları açısından genel durum böyleyken, suçun nitelikli halleri bakımından bir çok ülkede kasten yaralama suçunun nitelikli hallerine yollama yapılmıştır. Fakat, işkence suçuna özgü ilginç bir çok farklı nitelikli hal de öngörülmüştür. Özellikle Fransız CK'sında öngörülen bir çok nitelikli hallerden bazılarının tümüyle kazüistik olduğu söylenebilir.

Son olarak, Özbek CK md. 103, Ukrayna CK md. 120, Sırp CK md. 132'de yer alan ve bir kimsenin zalimane, küçük düşürücü davranışlarla intihara sevk edilmesini suç sayan; Peru CK md. 322'de, suçun işlenmesinde işbirliği yapan (iştirak gerekli değildir) bir tabip ya da herhangi sağlık mesleği mensubunu da faille aynı cezaya çarptıran; Arj. CK md. 144 *quater*'de işkenceyi önlemede ihmali görülen yetkilileri cezalandıran; İsviçre CK md. 135 ve Fin. CK. 17. Bölüm § 17'deki işkence görüntülerinin dağıtımını suç sayan; Fr. CK md. 225-16-1'daki, rızası olsun olmasın diğer bir kimseyi okullar ya da sosyo-eğitsel merkezlerle bağlantılı gösteri ve toplantılarda utanç verici ya da küçük düşürücü eylemler yapmaya ya da bunlara tabi olmaya teşvik eden kişiyi cezalandıran normlar gibi ilgi çekici düzenlemeler de mevcuttur.

Karşılaştırmalı hukuku ele alırken ilk olarak 5237 s. TCK bakımından esas alındığı anlaşılan 1995 tarihli İspanyol Ceza Kanununa; ardından ceza hukuku sistemlerimiz arasındaki benzerlik ve Türk doktrininin söz konusu ülke hukuklarına yatkınlığı sebebiyle sırasıyla Almanya, Fransa, İtalya Ceza Kanununa; bundan sonra, önemi sebebiyle Amerika Birleşik Devletleri'ndeki düzenlemeye; son olarak da -kendi içinde alfabetik sırada- diğer bazı ülkelerin düzenlemelerine yer vereceğiz.

II. İSPANYA

1995 tarihli İspanyol Ceza Kanunu'nda[1069] işkence suçu, İkinci Kitabın Yedinci Başlığı altında '*işkence ve manevî bütünlüğe karşı diğer cürümler (De las torturas y otros delitos contra la integridad moral)*' adıyla düzenlenmiştir (İsp. CK. md. 173-177).

Özetle ifade etmek gerekirse, md. 173'te özel kişilerin birbirlerine karşı işledikleri işkence nitelikli fiiller, YTCK md. 96'daki eziyet suçu örneğinde olduğu gibi bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Kanunun 174. maddesinde özel kasta tabi olan ve kamu görevlisi tarafından işlenebilen dar/teknik anlamdaki adlî işkence suçu düzenlendikten sonra, md. 175'te yine sadece kamu görevlileri tarafından işlenebilen, fakat genel kasta tabi, md. 174'e girmeyen fiilleri kapsamına almayı hedefleyen tamamlayıcı bir işkence suç tipi daha düzenlenmiştir.

Genel bir hüküm olan md. 173'e göre, her kim, diğer bir kimsenin manevî bütünlüğünü ağır şekilde eksiltecek şekilde onu küçük düşürücü (alçaltıcı) bir muameleye maruz bırakırsa, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Buna karşılık, kabahat türünden bir suçu düzenleyen md. 620/2'de ise, haksız olarak hafif nitelikli ezaya yol açma eylemi, takibi şikayete bağlı bir suç olarak düzenlenmiştir.

İsp. CK. md. 173'e 11/2003 tarih ve sayılı Kanun ile iki önemli fıkra daha eklenmiştir. Bu fıkraya göre, belirli kimseler üzerinde '*itiyadi olarak fiziksel ya da psişik şiddet uygulanması*' suç olarak düzenlenmiştir. Suçun mağduru olabilecek kimselerin fail ile belirli bir ilişki içinde olması aranmıştır. Buna göre suçun mağduru, failin mevcut ya da eski eşi veyahut faile '*kıyaslanabilir bir sevgi ilişkisi ile bağlı olan ya da olmuş olan*' kişi, kendisinin ya da eşinin ya da kendisiyle beraber oturan şahsın altsoyu, üstsoyu ya da kardeşi (ilişki ne şekilde kurulmuş olursa olsun – ör. kan bağı, evlat edinme, sıhrî), kendisiyle birlikte yaşayan küçükler ya da özürlüler veyahut eşi ya da beraber yaşadığı kişinin yasal yetkisi, velayeti, vesayeti, ev sahipliği ya da fiilen gözetimine tabi kimseler, veyahut ailevi ortak yaşamın nüvesine entegre

[1069] *Código Penal (Ley Orgánica* 23-11-1995, *núm.* 10/1995).

olmasına yol açan diğer herhangi bir ilişki sebebiyle gözetimi altında olan kimseler[1070], özel bir korumasızlık durumu sebebiyle kamusal ya da özel merkezlerde denetim ya da gözetime tabi tutulmuş bulunan kimselerden ibarettir. Fiilin cezası altı aydan üç yıla kadar hapis, silah bulundurma ya da taşıma hakkından iki yıldan beş yıla kadar mahrumiyet ve mahkeme ya da hakimce, küçük ya da özürlünün çıkarının gerekli kıldığı anlaşılırsa velayet, vesayet, bakım gibi yasal gözetim haklardan bir yıldan beş yıla kadar yoksun kılmaktır. Öte yandan, aynı fıkranın son cümlesine göre, fiziksel ya da psişik şiddet hareketlerini teşkil eden davranışların tekabül ettiği cürüm ya da kabahatlerden ötürü doğabilecek sorumluluk saklı tutulmuştur.

Öte yandan, md. 173/3'te, madde bakımından 'itiyad' kavramına açıklık getirilmiştir. Buna göre bunun tespitinde, sabit olan şiddet eylemlerinin sayısı ve bunların arasındaki zaman dilimi dikkate alınacaktır. Bu şiddet eylemlerinin maddede sayılan kişilerden bir teki ya da farklı kişiler üzerinde işlenmiş olması önemsizdir. Diğer bir deyişle, bu eylemler silsilesinden her biri, maddede sayılmış mağdurlardan bir başkası hakkında işlenmiş olabilir. Buna ilaveten, bu eylemlerin önceki davalarda yargılama konusu olmuş olup olmaması da dikkate alınmayacaktır. Bu çerçevede örneğin, yol ortasında eşinin evlatlığını döverken yakalandığı için hakkında işlem yapılan kimsenin bundan sonra aynı kişiyi dövmeye devam ettiği yargılamada anlaşılırsa, md. 173 bakımından bu eylemler bir bütünlük teşkil edecektir. Soruşturmaya girişilmiş ya da dava açılmış olması, eylemler arasındaki birliği hukukî kesintiye uğratmayacaktır.

Teknik anlamda işkence ise md. 174'te düzenlenmiştir. Buna göre, görevini kötüye kullanmak suretiyle, herhangi bir kimseyi ondan itiraf ya da bilgi elde etmek ya da işlediği ya da işlediğinden şüphe ettiği herhangi bir fiil sebebiyle cezalandırmak amacıyla, niteliği (doğası), süresi veya diğer şartları itibariyle ona bedensel ya da zihinsel acı veren; bilme, idrak etme ve karar verme yeteneğini ortadan kaldıran ya da azaltan veya diğer herhangi bir şekilde manevî bütünlüğüne saldırı teşkil eden şart ya

[1070] '*...o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar...*'

da işlemlere tabi tutan kamu görevlisi ya da yetkilisi, işkence suçunu işlemiştir[1071]. Suçun cezası, saldırının ağır olması durumunda iki yıldan altı yıla kadar hapis, ağır olmaması durumunda ise bir yıldan üç yıla kadar hapistir. Buna ilaveten, her iki durumda da sekiz-on iki yıl süreyle kamu hizmetlerinden mutlak mahrumiyet cezası (İsp. CK md. 41 - '*inhabilitación absoluta*') verilecektir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, mahkum, tutuklu ya da gözaltındakilere karşı önceki fıkrada belirtilen fiilleri işleyen infaz kurumları veyahut çocuk koruma ya da ıslah kurumu yetkilisi ve görevlileri de aynı şekilde cezalandırılacaktır.

İsp. CK md. 175'te ise, genel kasta tabi bir işkence türevi suç tipine daha yer verilmiştir. Buna göre, bir önceki maddede öngörülen hallerin dışında ve görevini kötüye kullanmak suretiyle bir kimsenin manevî bütünlüğüne saldıran kamu görevlisi ya da yetkilisi, saldırı ağır olursa iki yıldan dört yıla kadar, ağır değilse altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Ayrıca faile iki-dört yıl kamu hizmetlerinden özel yoksunluk cezası verilir (İsp CK. md. 42'deki bu yaptırımın ('*inhabilitación especial para empleo o cargo público'*) mutlak mahrumiyetten farkı, sadece failin yürütmekte olduğu görev ve benzeri hizmetler için geçerli olması, yasağın kapsayacağı görev ve hizmetlerin de hükümde açıka sayılması gerekmesidir).

İhmalî sorumluluk ihtimalini düzenleyen md. 176 hükmüne göreyse, görevinin gereklerini yapmamak suretiyle diğer kimselerin yukarıdaki maddelerde belirtilen fiilleri işlemesine imkan sağlayan kamu görevlisi ya da yetkili de ilgili maddede öngörülen cezayla cezalandırılır.

Gerçek içtima anlayışına dayanan md. 177 hükmüne göre, yukarıda sayılan suçlarda manevî bütünlüğe yönelik saldırı dışında, ayrıca mağdurun ya da üçüncü bir şahsın yaşam, bedensel bütünlük, sağlık, cinsel özgürlük ya da malvarlığına karşı bir zarar meydana getirilirse, bu fiiller ilgili kanun maddesine göre ayrıca cezalandırılır.

[1071] '*Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral'*.

Elbette ki, ilgili suç tiplerinde bu tür bir saldırının bileşik suç kuralları çerçevesinde nitelikli hal olarak değerlendirildiği haller müstesnadır[1072].

Nihayet, 'adaletin engellenmesi ve mesleki sadakatsizlik' başlığı altında düzenlenen md. 464'e göre, her kim cebir ya da tehdit (korkutma) ile bir muhakemedeki müşteki, taraf ya da sanık, avukat, savcı, bilirkişi, tercüman ya da tanığı doğrudan ya da dolaylı olarak yargılamadaki davranışlarını değiştirmesi için etkilemeye kalkışırsa, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ve altı aydan yirmi dört aya kadar para cezasına çarptırılır. Şayet fail amacına ulaşırsa cezanın alt sınırı üç yıldır. İkinci fıkraya göreyse, her kim adli muhakemedeki davranışlarına karşı misilleme olarak yukarıda sayılan kişilerin hayatı, bütünlüğü, özgürlüğü, cinsel özgürlüğü ya da malvarlığına kast eden herhangi bir eylem gerçekleştirirse, eylemin oluşturduğu suç tipi dışında, yukarıdaki fıkrada belirtilen cezayla cezalandırılır.

Demek ki burada, özellikle yasak sorgu yöntemlerinin ve 'ifade vermeye zorlama' olarak adlandırabileceğimiz davranışların cezaî yaptırımı belirlenmiştir.

İspanyol Ceza Kanunu'ndaki düzenlemelerin 5237 sayılı TCK bakımından esas alındığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, konuyla ilgili İspanyol doktriner ve yargısal içtihatlara aşağıda suçun unsurlarını açıklarken ayrıca yer vereceğiz.

III. ALMANYA

Alman Ceza Kanunu bakımından işkence suçuna karşılık gelen düzenleme StGB § 343'te yer almaktadır. Kamu görevi sırasında işlenen suçları ('görev suçları') düzenleyen 30. bölümde yer alan bu hüküm, zorla ifade almayı ('ifade almaya zorlama' suçu) düzenler.

Düzenlemeye göre, ceza muhakemesi, kamusal merciin gözetimi altına almaya ilişkin yargılama, idari para cezası yargılaması veya disiplin yargılaması veya

[1072] Hatta, belirli bir suç tipinde işkence ya da eziyet nitelikli davranışlar herhangi bir şekilde nitelikli

mesleki disiplin yargılamasına katılmakla görevli memur olarak, muhakemede bir şeyi söylemesine veya açıklamada bulunmasına ya da bulunmamasına onu zorlamak için bir başkasına bedensel yönden kötü muamelede bulunan veya ona karşı başkaca cebir kullanan, cebir kullanmakla tehdit eden veya onu manevi açıdan aşağılayan (eziyet eden) kimse, on yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılır. Daha az ağır durumlarda ise hürriyeti bağlayıcı ceza altı aydan beş yıla kadardır.

Söz konusu hükümle ilk planda adliye korunmaktadır. İkinci planda ise ilgili kişinin bütünlüğü[1073] ve özgür irade[1074] korunur.

Burada gerçek bir memur suçu, yani özgü bir suç söz konusudur[1075]. Almanya'da bu nedenle diğer şerikler ancak yardım eden olabilir[1076]. Fakat bu suç tipi ile bireysel yarar da korunduğu için, § 343'ü gerçek olmayan memur suçu sayanlar da mevcuttur[1077].

Suçun faili memurdur. Hakim, savcı, savcının yardımcı memurları, polis memurları, idari memurlar, disiplin amiri ve hatta memur konumundaki hekimler, hiyerarşi ilişkisi içindeki askerler (sayılan türdeki yargılamalardan birine katılmak koşuluyla) suçun faili olabilir. Bunların mutlaka somut olayda yargılamaya katılmış olmaları aranmaz, genel olarak katılmaya yetkili olmaları yeterlidir[1078]. Müdafii, bilirkişi, tanık ise bu suçun faili olamaz[1079].

Suçun maddî unsurunu oluşturan fiil ise, bir muhakeme çerçevesinde ve özellikle de sorgu sırasında veya yapılmakta olan bir muhakemeyle bağlantılı olarak bir başkasına, özellikle de sanığa veya ilgili başkaca kişilere (tanıklar, bilgi veren kişiler, bilirkişiler veya açıklamaları ceza muhakemesinde rol oynayan başkaca

---

hal olarak dikkate alınmışsa dahi md. 173'ü ayrıca uygulamamak gerekecektir, bkz. **SANZ,** s. 8.
[1073] Bkz. **TRÖNDLE/FİSCHER,** § 343, no. 1.
[1074] Bkz. **LACKNER/KÜHL,** § 343, no. 1.
[1075] Bkz. **TRÖNDLE/FİSCHER,** § 343, no. 1.
[1076] Bkz. **TRÖNDLE/FİSCHER,** § 343, no. 1.
[1077] Bkz. **LACKNER/KÜHL,** § 343, no. 1. Bu ayrımın önemi için bkz. **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** Ceza Hukuku, s. 96; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 121-122.
[1078] Bkz. **LACKNER/KÜHL,** § 343, no. 2.
[1079] Bkz. **TRÖNDLE/FİSCHER,** § 343, no. 2.

kişiler) yönelik olarak işlenmelidir[1080]. Buradaki muhakeme, herhangi bir türden olabilir (ceza muhakamesi, para cezası, disiplin, güvenlik tedbiri, genç ceza, vergi, ya da yeniden yargılama)[1081].

Maddî unsurun hareket kısmını oluşturan bedensel kötü muamele (*körperlich*) bedence hissedilebilen, vücut dokunulmazlığını ve huzurunu ihlal eden hareketlerdir[1082]. Vücuda dokunulmasına ya da zarar verilmesine gerek yoktur. Örneğin, keskin ışıkta uzun süre ifade alma, sorgulama, karanlık bir hücreye ayaküstü koyma veya uyumayı engelleme[1083].

Cebir (*gewalt*), kişiye yönelik başkaca kuvvet kullanılmasıdır. Burada mağdurun iradesini etkisiz kılmaya yönelik bedensel kötü muamele unsuru içermeyen diğer zorlama tedbirleri kast edilmektedir[1084]. Mağdura karşı bayıltıcı veya uyuşturucu veya sarhoş edici araçlar kullanma veyahut iradesine aykırı olarak hipnoz uygulama gibi. Buna karşılık yalan makinasına bağlama bu kapsamda değildir[1085]. Şayet kuvvet kullanımı ya da zarar tehdidi, elde edilmesi arzulanan amaç bakımından kınanabilir değilse, yani mazur görülebilir ise, eylem yasa dışı değildir.

Nihayet, manevi yönden eziyet çektirme (*seelisch*), manevi ya da ruhsal, psikolojik yönden direnme gücünü ortadan kaldırmaya yönelik her türlü etkiyi ifade eder. Yakınlara yönelik kötü muamele tehdidi bu kapsamdayken[1086], yargılamayla bağlantılı (onun doğasında mündemiç) psikolojik rahatsızlıklar kavrama dahil değildir.

Suç, ihmal yoluyla da işlenebilir, sözgelimi kişiye yiyecek-içecek vermeme gibi. Fakat fiilin bir cürüm olma niteliğinden dolayı çok geniş yorumlanmaması

[1080] Bkz. **TRÖNDLE/FİSCHER,** § 343, no. 6.
[1081] Bkz. **LACKNER/KÜHL,** § 343, no. 2; **NUHOĞLU,** s. 560.
[1082] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İlhan**,** Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu, Hukuk ve Adalet, Yıl 2, Sayı 5, Bahar 2005, s. 236 ('**ÜZÜLMEZ**, HA 5').
[1083] Bkz. **TRÖNDLE/FİSCHER,** § 343, no. 7; **LACKNER/KÜHL,** § 343, no. 3.
[1084] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 104.
[1085] Bkz. **TRÖNDLE/FİSCHER,** § 343, no. 8.
[1086] Bkz. **TRÖNDLE/FİSCHER,** § 343, no. 9.

gerekir. Yorucu, örneğin gece boyu süren bir sorgu, bu hükmün uygulanması için yeterli değildir. Sözgelimi, sigara içme yasağı veya hukuken izin verilen bir özgürlük sınırlamasına işaret etme ya da gözaltından salıvermemekle tehdit etmek suçun oluşması için yeterli değildir[1087]. Yine, yasak sorgu yöntemlerini düzenleyen StPO §136a yönelik bir ihlal tek başına yeterli değildir[1088].

Suç tipi bakımından mağdurun rızası eylemi uygun kılmaz, zira birey üstü bir hukuksal yarar korunmaktadır[1089]. Fakat rızanın somut olayda tipikliği ortadan kaldırabileceği bir azınlık görüşü olarak öne sürülmüştür[1090].

Suçun manevî unsurunun oluşması için kast gereklidir, fakat olası (koşullu) kast da yeterlidir[1091]. Bunun yanında ayrıca özel kast (ilgiliyi iradesine aykırı olarak açıklamada bulunmaya ya da bulunmamaya zorlama kastı) da buna ilaveten gözetilmelidir. Failin bu saik dışında ayrı bir amaç gütmüş olması önemli değil. Öte yandan failin amacına ulaşması da önemli değildir;[1092] fakat cezanın tayini bakımından göz önünde bulundurulabilir.

Failin kullandığı araçları meşru sanmış olması 'yasak hatası'dır (YTCK md. 30)[1093]. Bu hatanın kaçınılmaz olması durumunda kusur ortadan kalkar.

Şayet arzu edilen netice gerçekleşmiş ve örneğin mağdur yalan tanıklıkta bulunmuş ise, işkenceyi yapan memur bu diğer suçun dolaylı faili olarak sorumlu olacak, fakat işkence ile bu suç arasında fikri içtima söz konusu olacaktır. Yine içtima bakımından cebir suçu talidir, işkence aslî normdur[1094].

[1087] Bkz. **TRÖNDLE/FİSCHER,** § 343, no. 9.
[1088] Bkz. **TRÖNDLE/FİSCHER,** § 343, no. 10.
[1089] Bkz. **LACKNER/KÜHL,** § 343, no. 5.
[1090] Bkz. **TRÖNDLE/FİSCHER,** § 343, no. 9.
[1091] Bkz. **TRÖNDLE/FİSCHER,** § 343, no. 10; **NUHOĞLU,** s. 575.
[1092] Bkz. **LACKNER/KÜHL,** § 343, no. 4.
[1093] Bkz. **TRÖNDLE/FİSCHER,** § 343, no. 10.
[1094] Bkz. **TRÖNDLE/FİSCHER,** § 343, no. 12.

IV. FRANSA

Fransız Ceza Kanununda işkence suçu, kişilere (kişinin psişik ya da fiziksel bütünlüğüne) karşı işlenen suçlar arasında, 'kişinin fiziksel bütünlüğü aleyhine kasıtlı suçlar' faslında, 'İşkence ve gaddarca eylemler' başlığı altında düzenlenmiştir.

Fr. CK md. 222-1'e göre, bir kimsenin işkenceye ya da gaddarlık eylemlerine ('*barbarie*') tabi tutulması on beş yıl hürriyeti bağlayıcı cezayla cezalandırılır. Ayrıca bu durumda, infaza ilişkin bazı özel ve ağırlaştırılmış koşulları düzenleyen md. 132-23 hükmünün ilk iki fıkrası uygulama alanı bulur.

Müteakip maddelerde ise, cezanın arttırılmasını gerektiren nitelikli hallere yer verilmiştir. Fr. CK md. 222-2'ye göre, suç kasten öldürme ya da ırza geçme dışında bir cürmün öncesinde, esnasında ya da sonrasında işlenirse ceza ömür boyu hapistir.

22.7.1996 t. ve 1996-647 s.K., 18.6.1999 t. ve 1999-505 s.K., 3.2.2003 t. ve 2003-88 s.K., 18.3.2003 t. ve 2003-239 s.K. ile değişik md. 222-3'te, aşağıdaki haller cezanın arttırılmasını gerektiren nitelikli hal sayılmıştır:

Suçun,

a) On beş yaşını doldurmamış küçüğe karşı işlenmesi;
b) Yaş, hastalık, sakatlık, psişik ya da fiziksel noksan ya da hamilelik durumu sebebiyle fail tarafından bilinen ya da açıkça görülebilir olan bir savunmasızlık içinde bulunan kişiye karşı işlenmesi;
c) Doğal ya da hukuki üstsoya veyahut babalık ya da analığa karşı işlenmesi;
d) Failin, niteliğini bildiği ya da açıkça anlayabildiği bir hakim veya savcı, avukat, hukuk mesleği görevlisi ya da memur (kamu görevlisi), ulusal jandarma mensubu, ulusal polis ya da gümrük ya da infaz kurumu idaresi memuru ya da kendisine kamusal yetki tevdi edilen diğer herhangi bir şahıs, meslekten ya da gönüllü bir itfaiyeci, yeminli taşınmaz ya da taşınmaz grubu muhafızı ya da inşaat ve konutlara ilişkin yasanın md. 127-1 hükmü gereğince konut olarak tahsis edilen taşınmazları kiralayan adına koruma ve nezaretini

üstlenen ajana karşı, görev ya da hizmetinin icrası sebebiyle ya da sırasında fiili işlemesi;

e) Bu kimselerce ifa edilen görev sebebiyle, fiilin yukarıda sayılan kimselerin eşi, doğrudan üstsoy ya da altsoyları veyahut mutad olarak konutlarında yaşayan diğer herhangi bir kimseye karşı işlenmesi (md. 223-3/4bis olarak Fr. CK'ya eklenmiştir);
f) Failin niteliğini bildiği ya da açıkça anlayabildiği bir toplu yolcu taşıma ağı işletmecisinin bir ajanı veyahut kamu hizmetiyle görevlendirilmiş diğer herhangi bir şahsa veyahut sağlık hizmeti mensubuna karşı, görevinin icrası sebebiyle ya da sırasında işlemesi (md. 223-3/4ter olarak Fr. CK'ya eklenmiştir);
g) Tanık, mağdur ya da şahsi davacıya karşı, bir eylemi ihbar etmesini, şikayette bulunmasını ya da mahkeme nezdinde beyanda bulunmasını önlemek ya da böyle bir bildirim, şikayet ya da beyanda bulunmuş olması sebebiyle işlenmesi;
h) Mağdurun, belirli bir etnik, ulusal, ırkî veya dinî bir gruba, gerçek ya da varsayılan mensubiyeti ya da mensup olmamaması sebebiyle işlenmesi (md.223-3/5bis olarak Fr. CK'ya eklenmiştir);
i) Mağdurun cinsel yönelimi sebebiyle işlenmesi (md. 223-3/5ter olarak Fr. CK'ya eklenmiştir);
j) Eş ya da fiilî eşi tarafından işlenmesi;
k) Kamusal yetkiye sahip veyahut kamu hizmetiyle yükümlü bulunan bir kimse tarafından, görevlerinin icrasında ya da icrası sebebiyle işlenmesi;
l) Fail ya da şerik olarak hareket eden bir çok kimse tarafından işlenmesi;
m) Tasarlayarak işlenmesi;
n) Silah kullanarak ya da kullanma tehdidiyle işlenmesi, durumunda, hürriyeti bağlayıcı ceza yirmi sene olacaktır.

Yine, md. 222-3'e göre işkence suçu, ırza geçme haricinde bir cinsel saldırıyla birlikte işlenmişse, hürriyeti bağlayıcı ceza yirmi yıldır. Öte yandan, fiilin on beş yaşını doldurmamış bir küçüğe karşı, doğal ya da hukukî üst soyu (evlat

edinen de buna dahil) ya da küçük üzerinde nüfuza sahip diğer herhangi bir kimse tarafından işlenmesi durumunda, ceza otuz yıla çıkmaktadır.

Fr. CK. md. 222-4'e göre, fiilin on beş yaşını doldurmamış bir küçüğe ya da yaş, hastalık, sakatlık, psişik ya da fiziksel özür ya da hamileliği sebebiyle özellikle savunmasız olduğu failce bilinen ya da açıkça görülebilen bir kimseye karşı *itiyaden* işlenmesi durumunda, hürriyeti bağlayıcı ceza yine otuz yıl hapistir.

Keza, md. 222-5'e göre fiil, organ kaybı (*mutilation*) ya da daimî sakatlığa yol açmışsa, ceza yine otuz yıldır.

Ayrıca, Fr. CK md. 222-6'ya göre fiil, kasıt olmaksızın mağdurun ölümüne yol açmışsa, ömür boyu hapis cezasına hükmolunur.

Belirtmek gerekir, 12.6.2001 t. ve 2001-504 s.K. ile Fr. CK'ya eklenen md. 222-6-1'e göre, md. 121-2'deki koşullara uygun olarak[1095], işkence suçundan ötürü tüzel kişinin de cezaî sorumluluğu olabilecektir.

Nihayet, Fr. CK'sının bir çok maddesinde işkenceye başvurmak, çeşitli suç tipleri açısından cezanın arttırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak benimsenmiştir. Bu çerçevede, md. 224-1'deki kişi özgürlüğünü sınırlama ve adam kaçırma suçunun işkence ya da barbarca eylemler gerçekleştirildikten sonra ya da bunlar eşliğinde işlenmesi durumunda, faile ömür boyu hapis cezası verilir (md. 224-2). Yine, uçak, gemi veya diğer ulaşım araçlarının kaçırılması suçu bakımından eylemlerin işkence ya da barbarca eylemler aracılığıyla gerçekleştirilmesi durumunda, ömür boyu hapis cezası söz konusu olur (md. 224-7). Fuhuş suçları bakımından da, fuhşa aracılık, işkence ya da barbarca eylemlere başvurmak suretiyle gerçekleştirilirse, faile ömür boyu hapis ve 4.500.000 EURO para cezası verilir (md. 225-9). Yine md. 311-10'a göre, hırsızlık suçunun işlenmesinden önce, işlenmesi sırasında ya da sonrasında işkence ya da gaddarca eylemler gerçekleştirilirse, ömür boyu hapis ve 150.000

[1095] Fransız ceza hukukunda tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kapsamı, sonuçları ve uygulaması hk.

EURO para cezası verilir. Fr. CK. md. 312-1 bakımından da (burada, '*extortion*' adı verilen ve büyük ölçüde 765 s. TCK'daki senedin yağmasına benzer bir suç tipi düzenlenmiştir) aynı nitelikli hal ve ceza mevcuttur (md. 312-7).

Bunun dışında, md. 221-3'te düzenlenen tasarlayarak adam öldürme ve md. 221-4'te düzenlenen kasten adam öldürme suçlarında işkenceye başvurulması, cezanın bireyselleştirilmesi açısından failin aleyhine bazı sonuçlar doğurabilmektedir. Ayrıca md. 221-9-1'e göre, bu durumdaki bir fail, md. 131-36-1 ile 131-36-8 arasında düzenlenen sosyo-adlî gözetim tedbirine tabidir.

Fransız Ceza Kanunu'nda işkenceye yakın bazı diğer suç tipleri de mevcuttur. Gerçekten, adliyeye karşı işlenen suçlar arasında düzenlenmiş Fr. CK. md. 434-4'e göre, on beş yaşını doldurmayan ya da yaş, hastalık, sakatlık, psişik ya da fiziksel özür veyahut hamilelik sebebiyle kendini korumaya muktedir olmayan bir kimsenin kötü muameleye tabi tutulduğunu bilip de bunu idari ya da adli mercilere bildirmeyen kişi, üç yıl hürriyeti bağlayıcı ceza ve 45.000 EURO para cezasıyla cezalandırılır.

Fr. CK. md. 434-5'e göre de, bir cürüm ya da kabahatin mağduruna karşı, onu şikayette bulunmama ya da şikayetini geri almaya ikna etmek amacıyla tehdit ya da diğer herhangi bir korkutmada bulunmak üç yıl hapis ve 45.000 EURO para cezasını gerektirir.

Kanunun 434-15 hükmünde ise, vaad, teklif, hediye, desise gibi yöntemlerle birlikte, yargılama sırasında ya da mahkemede bir iddia ya da savunma bakımından başkalarını bir beyanda bulunma ya da sahte beyanda bulunma veyahut beyanda bulunmaktan çekinmeye ikna etmek için baskı, tehdit, şiddet eylemlerine başvururmak, suç olarak düzenlenmiştir. Girişim etkisiz olsa bile, faile üç yıl hapis ve 45.000 EURO para cezası verilecektir.

Fr. CK'daki ilginç bir düzenleme, kişinin haysiyetine karşı işlenen suçlar

---

bilgi için bkz. **KANGAL, T. Zeynel**, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, Ankara 2003, s. 90 vd.

arasında yer alan ve 'küçük düşürücü kabul (açılış) törenleri' başlıklı md. 225-16-1 hükmüdür. Bu hükmün mantığı, eğitim kurumları, askeriye, infaz kurumları gibi yerlerde, yeni gelenlerin kabul görmek için ya da 'hoşgeldin' niyetine çeşitli küçük düşürücü muamelelere tabi tutulması ya da onur kırıcı davranışlara zorlanmasıdır. Özellikle, ırk ayrımcılığı olan rejimlerde (eski Güney Afrika ya da bazı Orta Afrika devletleri gibi) bu davranışlar, kimi zaman farklı özelliklere sahip ya da aykırı davrananları asimile etmek için ya da onlara gözdağı vermek amacıyla, kişilerin belirli davranış ritüellerini takip etmeye zorlanması ya da yönlendirilmesi şeklinde gerçekleşir. Fakat bu tür politik sorunların olmadığı ülkelerde bile rutin olan bu zorlamalar, özellikle eğitim kurumlarında ya da ABD gibi ülkelerde yaygın olan kardeşlik ya da okul birliği derneklerinde (*fraternity*) yaşça ya da konumca üstün kişilerin zorlamalarından kaynaklanabilir (alt sınıftakilerin belirli cesaret gösterilerine zorlanması, saçlarının kesilmesi, herkes içinde soyunmaya zorlanması, aşırı içkiyi bir kerede içmeye teşvik edilmesi ya da otoritesini kanıtlamaya ve empoze etmeye çalışan yetkililer tarafından öğrencilerin anlamsız ve küçük düşürücü itaat gösterilerine zorlanması gibi). Fransızcada bu tür eylemlere '*bizutage*', İngilizcede ise '*hazing*' (uğraşmak, canından bezdirmek, taciz etmek) denmektedir[1096]. Bir tanıma göre '*hazing*', bir gruba katılmak ya da gruptaki mevcut statüsünü aynen korumak isteyen kimselerden beklenen ve katılma iradesinden bağımsız olarak onu utandıran, küçük düşüren veyahut manevi ya da fiziksel zarar görme tehlikesi altına sokan faaliyetlerdir[1097].

İşte, 1 Ocak 2002'de yürürlüğe giren Fr.CK md. 225-16-1'e göre, şiddet, tehdit ya da cinsel saldırı durumları dışında, rızası olsun olmasın, diğer bir kimseyi okullar ya da sosyo-eğitsel merkezlerle bağlantılı gösteri ve toplantılarda utanç verici ya da küçük düşürücü eylemler yapmaya ya da bunlara tabi olmaya teşvik eden kişi, altı ay hapis ve 7500 EURO para cezasıyla cezalandırılır. Söz konusu suç, yaş, hastalık, sakatlık, psişik ya da fiziksel özür veya hamileliği sebebiyle özellikle savunmasız olduğu failce bilinen ya da açıkça görülebilen bir kimseye karşı işlenirse,

[1096] Ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.units.muohio.edu/psybersite/groups/hazing.shtml (son erişim 20.6.2005). Fransa'da bu olguyla mücadele hk. bilgi için bkz. www.sos-bizutage.com (son erişim 14.10.2005).

ceza bir yıl hapis ve 15.000 EURO para cezasıdır (md. 225-16-2). Fr. CK. md. 225-16-3'e göre de, genel hükümlerde öngörülen koşullar çerçevesinde, eğitsel ya da sosyo-eğitsel merkezlerle bağlantılı gösteri ya da toplantılar sırasında işlenen fiiller bakımından tüzel kişilerin cezai sorumluluğu söz konusu olabilir.

V. İTALYA

1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nda[1098] işkenceye özel bir suç tipi olarak yer verilmiş değildir. Buna karşılık md. 61-4'e göre, kişilere karşı zalimane biçimde hareket etmek ya da kötü muameleye başvurmak suretiyle bir suçun işlenmesi, ayrıca ilgili suç tipinde bu husus ağırlatıcı sebep olarak öngörülmemişse, tüm suçlar bakımından uygulanabilir genel bir ağırlatıcı sebep teşkil etmektedir[1099]. Ayrıca, md. 61-9 gereği, kamu görevlilerinin görev sırasında mağdurun maddî veya manevî bütünlüğüne yönelik işledikleri fiiller de bentteki ortak ağırlatıcı sebebin uygulanmasını gerektirecektir (kamu görevi ya da kamu hizmetinin sağladığı yetkilerin kötüye kullanılması ya da buna ilişkin yükümlülüklerin ihlali suretiyle suç işlemek ortak ağırlatıcı sebep olarak öngörülmüştür).

Buna karşılık, kamu idaresi aleyhine işlenen suçlar (*dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione* – İt. CK md. 314 vd.) altında, bizdeki 765 s. TCK md. 243'tekine benzer bir işkence suç tipine yer verilmiş değildir.

İşkence teşkil edebilecek fiillerin sadece bir kısmını kapsayan bir hüküm, 'yakalanan ya da tutuklananlara karşı yetkinin kötüye kullanılması' başlıklı md. 608 hükmüdür. Bu madde, memurun, geçici de olsa gözetimi altında bulunan ya da yetkili merciin öngördüğü bir tedbirin infazı çerçevesinde kendisine tevdi edilen gözaltındaki ya da tutukluyu kanunun izin vermediği tedbirlere maruz bırakmasını

[1097] Bkz. http://www.stophazing.org/definition.html (son erişim 20.6.2005)

[1098] *Gazzetta Ufficiale* n. 251 *del* 26-10-1930.

[1099] Ağırlatıcı sebebin uygulanması failin tehlikelilik halinin fazlalığına dayanıp, suç tipinin gerçekleştirilebilmesi bakımından gerekli olmayan fiziksel ya da manevî eza verilmesine bağlıdır. Zira bu durum, failin herhangi bir insancıl hisse karşı olan özel duyarsızlığını göstermektedir, bkz. Codice Penale spiegato Articolo per Articolo, IX. Edizione, Edizioni Giuridiche Simone, Napoli, 2004, s. 148-149.

düzenler. Bunun cezası otuz aya kadar hapistir. Aynı ceza, görevi sebebiyle denetim altındaki kimse üzerinde herhangi bir nüfuza (yetkiye) sahip kılınan diğer bir memur tarafından fiilin işlenmesi durumunda da uygulanacaktır.

İt. CK md. 608 ile korunan hukukî yarar, kamu görevi ifa eden kimselerin keyfî zorlamalarına karşı güvence altına alınan kişi özgürlüğüdür[1100]. Suçun faili ancak kamu görevlisi (memur) olabilir; fakat İt. CUK md. 383'te yer alan '*arresto in flagranza*'nın (suçüstü yakalaması) koşulları gerçekleştiği takdirde her vatandaş, diğer koşullara uymak kaydıyla yakalama tedbirine başvurabileceğinden bu suçun da faili olabilecektir[1101]. Suçun maddî unsuru, yakalanan ve tutuklanan şahısların kişi özgürlüğünü bu tedbirlerin de ötesinde ve kanunun izin vermediği bir şekilde kısıtlayan işlemlere başvurmaktır. Manevî unsur, genel kasttan ibarettir.

Bu haliyle, İt. CK md. 608, 765 s. TCK md. 245'i az çok karşılamaktadır. Öte yandan, kanunun izin vermediği tedbirler uygulanırken diğer suç tiplerine giren davranışlar gerçekleştirilirse (ör. md. 581'deki yaralama, md. 594'teki hakaret, md. 610'daki cebir suçu) bunlardan ötürü de sorumluluk doğacaktır[1102].

Demek ki İtalyan Ceza Hukukunda teknik anlamda işkence teşkil eden fiiller, maddî unsurun hareket kısmını teşkil eden davranışa göre, ilgili suç tipiyle karşılanmaktadır. Bu çerçevede, özellikle İt. CK. md. 581-582'deki yaralamayı ele alan hükümler uygulanmakta (İt. CK. md.581'de zihinsel ya da bedensel hastalığa yol açmayan müessir fiiller (*percosse*), md. 582'de ise buna yol açan eylemler (*lesione personale*) cezalandırılmaktadır)[1103]; fakat md. 61-9'daki genel ağırlatıcı sebep uygulanmaktadır. Fakat tabii ki bu cezalandırma, işkenceyi karakterize eden, ona asli niteliğini veren özel kastı dikkate almamaktadır. Özellikle İt. CK. md. 581'deki suçun takibi şikayete bağlı olduğu için fiziksel yaralanmaya yol açmayan fiillerin

[1100] Bkz. Codice Penale spiegato Articolo per Articolo, IX. Edizione, Edizioni Giuridiche Simone, Napoli, 2004, s. 709.
[1101] Bkz. **MERCONE,** s. 314 vd., 326; Codice Penale spiegato Articolo per Articolo, s. 709.
[1102] Bkz. Codice Penale spiegato Articolo per Articolo, s. 709.
[1103] Bkz. Codice Penale spiegato Articolo per Articolo, s. 669 vd. İtalyan yargısal içtihatları, doktrindeki baskın görüşün aksine ekimozu ('morarma'yı) hastalık saydığı için morarmaya yol açan bir eylem dahi md. 582'ye girecektir.

takibi daha da zorlaşmakta, fiziksel etkiye yol açmayan manevî nitelikli işkence hareketleriyse md. 581-582'nin tümüyle dışında kalmaktadır.

Mevcut İt. CK'sı bakımından son olarak değinilmesi gereken bir hüküm '*şiddet aracılığıyla sağlanan ehliyetsizlik hali*' başlıklı md. 613 hükmüdür. Maddeye göre her kim, hipnotizm ya da uyanık iken telkinde bulunma veya alkolik ya da uyuşturucu maddelerin verilmesi aracılığıyla ya da diğer herhangi bir vasıtayla bir kimseyi rızası olmaksızın anlama ve isteme yeteneğinden yoksun hale koyarsa, bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Burada korunan hukuki yarar mağdurun manevi bütünlüğü, özgürlüğüdür. Serbest hareketli bir tehlike suçu söz konusudur. Mağdurun anlama ve isteme yeteneğinin kısmen ya da tamamen ortadan kaldırılmasıyla suç tamamlanır. Manevî unsur genel kasttan ibarettir. İt. CK md. 610'da düzenlenen cebir suçundan fark, burada herhangi bir fiziksel kuvvet ya da enerjiye başvurmaksızın mağdurun irade özerkliğinin ortadan kaldırılmasıdır[1104]. Böylece, ifade vermeye zorlama ya da yasak sorgu metodlarına başvurmak, söz konusu iki madde çerçevesinde cezalandırılabilecektir.

Buna karşılık, birkaç yıldır işkence suçunun İt. CK'sına dahil edilmesi konusundaki çalışmalar sürmektedir. Zira, 1984 BM Sözleşmesine taraf olan İtalya'nın işkenceyi ulusal hukukunda kriminalize etme yükümlülüğünü uzun süredir yerine getirmemesi ulusal ve uluslararası alanda tepki görmektedir. Bu çerçevede İtalyan Meclisine bir çok yasa teklifi sunulmuştur. Bunlarda ilki, İt. CK'ya 593*bis* maddesi ile işkence suçunun dahil edilmesini öngören ve 2.8.2001 tarihinde parlamentoya sunulan 1483 sayılı yasa teklifidir. Keza, 9.8.2001 tarihinde parlamentoya sunulan 1518 sayılı yasa teklifi de aynı hususları tekrarlamaktadır. Aynı teklif, bir başka milletvekilinin imzasıyla 13.11.2001 tarihinde 1948 sayılı teklif olarak bir kez daha tekrarlanmıştır.

Bu tekliflere göre işkence suçu, kişilere karşı suçları düzenleyen babın son hükmü olacaktır. Teklif, BM Sözleşmesi md. 1'i esas almaktadır. Teklife göre,

[1104] Bkz. Codice Penale spiegato Articolo per Articolo, s. 723.

mağdur ya da üçüncü şahıstan bilgi ya da itiraf almak, onun ya da üçüncü bir şahsın işlediği ya da işlediğinden şüphe edilen bir eylem nedeniyle cezalandırmak, gözdağı vermek ya da ona veyahut üçüncü bir şahsa baskı yapmak ya da ayrımcılık temeline dayalı herhangi bir amaç gibi sebeplerle[1105] bir kamu görevlisi (memur) ya da kamu hizmetlisi, herhangi bir eylem aracılığıyla bir başka şahsa fiziksel ya da zihinsel acı veya eza verirse, dört yıldan on yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Eylem, İt. Ck. md. 582'deki düzeye varırsa ceza arttırılır (ne oranda arttırılacağı teklifte belirtilmemiş), ölüme yol açarsa bir kat arttırılır.

Öneriye göre, başkalarını bu fiili işlemeye azmettiren ya da olayı engellemekten isteyerek[1106] kaçınan veyahut ona zımnen rıza gösteren kamu görevlisi ya da kamu hizmetlisi de aynı cezayı alır[1107]. Teklifin ikinci maddesine göre de, İtalyan Hükümeti, diğer bir ülkede ya da uluslararası mahkeme nezdinde işkence sebebiyle ceza kovuşturmasına tabi tutulan ya da mahkum edilen yabancı vatandaşlara diplomatik bağışıklık tanıyamaz. Böyle bir durumda, ilgili şahıs ceza kovuşturmasının sürdüğü ya da hükmün verildiği devlete iade edilir ya da uluslararası bir mahkeme tarafından yargılamanın sürdürülmesi durumunda, konuya ilişkin uluslararası mevzuatın tespit ettiği ilgili devlete iade edilir.

Daha sonra bu teklifler birleştirilmiş ve İtalyan Meclisi Adalet Komisyonu, 27.1.2004'te bu teklifler hakkındaki esas raporunu açıklayarak olumlu görüş bildirmiştir. Birkaç teknik değişiklik öneren Komisyon, çalışmaları sonucunda teklifleri md. 613*bis* olarak birleştirip formüle etmeyi uygun görmüştür. Buna göre madde kanunlaşırsa, 'manevî özgürlüğe karşı cürümler' (*dei delitti contro la libertá*

[1105] 1483 sayılı teklifte 'gibi sebeplerle' yerine 'sebebiyle' denmişti, diğer tekliflerde '*segnatamente*' ibaresi eklenmek suretiyle kanaatimizce, sayılan sebeplerin örnek niteliğinde olduğu vurgulanmak istenmiştir.

[1106] 1948 sayılı teklifte 'isteyerek – *volontariamente*' kelimesi yoktur.

[1107] '*ART. 593-bis. (Tortura). – Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che infligge ad una persona, con qualsiasi atto, lesioni o sofferenze, fisiche o mentali, al fine di ottenere segnatamente da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o e` sospettata di avere commesso, di intimorirla o di fare pressione su di lei o su di una terza persona, o per qualsiasi altro motivo fondato su ragioni di discriminazione, e` punito con la reclusione da quattro a dieci anni. La pena e` aumentata se ne deriva una lesione personale. raddoppiata se ne deriva la morte. Alla stessa pena soggiace il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che istiga altri alla commissione del fatto, o che*

morale) arasında, '*şiddet aracılığıyla sağlanan ehliyetsizlik durumu' (stato di incapacitá procurato mediante violenza*) başlıklı md. 693'ten sonra yer alacaktır. Bu teklife göre, '*ondan ya da üçüncü bir şahıstan, kendisinin ya da üçüncü bir şahsın işlediği ya da işlediğinden şüphe edilen bir eyleme dair bilgi ya da itiraf elde etmek veya bu şahsın işlediği ya da işlediğinden şüphe edilen eylemler sebebiyle bir kişiyi cezalandırmak amacıyla veyahut ırki, siyasi, dini veya cinsel ayrımcılık sebepleriyle, kendi yetkisine tabi bir kimseyi şiddet*[1108] *ya da ağır tehditler kullanarak fiziksel ya da zihinsel acıya maruz bırakan kamu görevlisi ya da kamu hizmetlisi bir yıldan on yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır./ Eylemin daha ağır bir suç teşkil etmesi hali haricinde, eylem ağır ya da çok ağır bir yaralamaya yol açarsa ceza arttırılır; eylemden ölüm meydana gelirse, ikiye katlanır*'[1109].

Ayrıca, teklif edilen md. 613*bis*'in ikinci ve üçüncü fıkrasında, işkence faillerine diplomatik bağışıklık tanınamayacağı ve bunların ilgili devlete iade edileceği konusundaki yukarıda aktarılan düzenlemelere yer verilmiştir.

Kanunlaştırma çalışmaları bu metin çerçevesinde devam ederken, İtalyan Parlamentosu'ndaki görüşmeler sırasında çok 'ilginç' bir değişiklik önerisi sunulmuştur. 22.4.2004 tarihinde yapılan oturumda, aşırı sağcı *Lega Nord*'un önerisi üzerine ve Adalet Komisyonu ile hükümetin aleyhte görüş beyan etmesine rağmen, tartışmalı bir oturumdan sonra işkence suçu tanımını daraltan bir ibare, 176'ya karşı 201 oyla (iki çekimser) kabul edilmiştir. Buna göre, işkenceden bahsedebilmek için ağır şiddet ya da tehditlerin birden çok tekrarlanması ('*reiterate violenze o reiterate minacce*') gerekecekti[1110]. Bu değişiklik İtalya'daki kamuoyu ve uluslararası örgüt

---

si sottrae volontariamente all'impedimento del fatto, o che vi acconsente tacitamente'.

[1108] '*Violenze*' demek suretiyle çoğul kullanılmıştır, fakat Türkçe'ye 'şiddetler' olarak çevirmeyi uygun bulmadık.

[1109] '*ART. 613-bis (Delitto di tortura). Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, con violenze o minacce gravi, infligge ad una persona sottoposta alla sua autorita` sofferenze fisiche o mentali allo scopo di ottenere informazioni o confessioni da essa o da una terza persona su un atto che essa stessa o una terza persona ha commesso o e` sospettata di avere commesso ovvero allo scopo di punire una persona per gli atti dalla stessa compiuti o che la medesima e` sospettata di avere compiuto ovvero per motivi di discriminazione razziale, politica, religiosa o sessuale, e` punito con la reclusione da uno a dieci anni. / Salvo che il fatto costituisca piu` grave reato, la pena e` aumentata se dal fatto deriva una lesione grave o gravissima; e` raddoppiata se ne deriva la morte'*.

[1110] Konuya ilişkin resmi tutanaklar için bkz.

temsilcileri tarafından büyük tepki toplamıştır[1111]. Özellikle insan hakları savunucuları '*işkenceden bahsedebilmek için bir kimsenin kaç kez işkence görmesi gerekir!*' vecizesiyle itirazlarını özetlemişlerdir.

Bu sefer de, 11.5.2004 tarihinde Meclise yeni bir kanun teklifi sunulmuştur. 11.5.2004'te sunulan 4990 sayılı teklif, İt .CK'sına işkence suçuna dair 613-*bis* ve 613-*ter* maddelerinin eklenmesine ilişkindir. Söz konusu teklife göre, '*ondan ya da üçüncü bir şahıstan, kendisinin ya da üçüncü bir şahsın işlediği ya da işlediğinden şüphe edilen bir eyleme dair bilgiler ya da itiraflar elde etmek veya bu şahsın işlediği ya da işlediğinden şüphe edilen eylemler sebebiyle onu cezalandırmak amacıyla veyahut ırki, siyasi, dini veya cinsel ayrımcılık sebepleriyle, bir kimseyi insanlık dışı acılara ya da ağır ezaya maruz bırakarak fiziksel ya da zihinsel işkence eden herhangi bir kimse bir yıldan on beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır./ Eylemin daha ağır bir suç teşkil etmesi hali haricinde, eylem ağır ya da çok ağır bir yaralamaya yol açarsa ceza arttırılır; eylemden ölüm meydana gelirse, ikiye katlanır*'.

Görüldüğü gibi bu son teklife göre suçun faili herhangi bir kimse olabilecektir. Şiddet ya da tehdide başvurma alt unsuru çıkarılmıştır. Manevi unsuru oluşturabilecek saikler sayılırken '*gibi sebepler*' ifadesi kullanılmayarak tahdidi gibi gözüken bir sayıma gidilmiştir. Bir kişiyi sadece kendi işlediği eylemlerden ötürü cezalandırma amacıyla işkence işlenebilecektir. '*İnsanlık dışı acı*' ibaresine de ilk defa yer verilmiştir. Öte yandan ceza makası oldukça geniştir, hakime neredeyse sınırsız bir takdir hakkı tanınmaktadır.

Yine bu teklifin öngördüğü md. 613-*bis*,/f. 2'ye göre, şayet kişinin maruz bırakıldığı acı ya da eza, meşru davranış ya da yaptırımların uygulanmasında mündemiç ise ya da onlarla bağlantılı ya da onların yol açtığı neticeler ise, faile ceza verilmez. Bu da, 1984 BM Sözleşmesindeki tanımdan alınmıştır.

---

http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/bollet/frsmcdin.asp?percboll=/_dati/leg14/lavori/bollet/200405/0526/html/02/&pagpro=64n1&all=off&commis=02 (son erişim 23.6.2005).

[1111] Bkz. http://www.liceopansini.it/html/approfondimentiTortura.htm (son erişim 23.6.2005).

Ayrıca bu teklifte de, diplomatik bağışıklık tanınmayacağına ve iadeye ilişkin yukarıdaki düzenlemelere yer verilmiştir.

Bu teklifin diğerlerine oranla öngördüğü bir yenilik ise 613-*ter* hükmüdür. Buna göre, yabancı bir ülkede md. 613-*bis* anlamında işkence suçunu işleyen vatandaş ya da yabancı, İtalyan kanunlarına göre cezalandırılır. Böylece, suç bakımından İtalya ile hiçbir ülkesel ya da sübjektif bağlantı aranmamak suretiyle mutlak bir evrensellik ilkesine yer verilmiştir.

Bütün bu gelişmeleri ve Lega Nord'un sağladığı değişikliği 26.5.2004'te ele alan Adalet Komisyonu ise, görüşünde zaten metnin ilk halinde de '*violenze o minacce*' demek suretiyle kelimelerin çoğul olarak kullanıldığı, bu nedenle yapılan değişikliğin aslında pek de fark etmediğini belirtmiştir. Ayrıca Komisyon, esas sorunun 'şiddet ya da tehdit' kullanmaksızın da işkenceye başvurmanın mümkün olduğu hallerin bulunması (örnek olarak günlerce karanlık bir odada bir kimsenin kapalı bırakılması ya da beraber yaşamanın güç olduğu hayvanlarla bir odaya kapatılması verilmiştir) olduğunu söylemiştir. Bu çerçevede, tasarının siyasi uzlaşma çerçevesinde tekrar görüşülmek üzere geri çekilip Komisyona tekrar havale edilmesi tavsiye edilmiştir.

30.6.2004'te meseleyi tekrar ele alan Komisyon, işkence suçunun ceza kanununa dahil edilmesinin, bu yönde Papa'nın da çağrısı dikkate alındığında artık acil hale geldiği ve önerilen değişikliklerin yanlış anlaşıldığını vurgulamıştır. 4990 sayılı teklif ele alınırsa, yol açılan acı ya da ezanın 'ağır' olması gerektiğinin eklenmesi önerilmiştir. Ayrıca, çeşitli üyeler işkencenin özgü failli bir suç olmaktan çıkarılması hakkındaki tereddütlerini dile getirmiştir[1112].

Adalet Komisyonu, konuyla ilgili olarak daha sonra da 30.7.2004, 16-21-22-

[1112] Bkz. http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/bollet/frsmcdin.asp?percboll=/_dati/leg14/lavori/bollet/200406/0630/html/02/&pagpro=40n1&all=off&commis=02 (son erişim 23.6.2005).

23-28-30.9.2004, 27.10.2004, 4.11.2004, 9.11.2004, 12.11.2004 ve son olarak 9.3.2005 tarihinde konuyu görüşmüştür. Bu sırada da çeşitli değişiklikler önerilmiştir. 22.9.2004 tarihli oturumda 4990 sayılı teklifin esas alınarak yeni bir düzenleme yapılması tartışıldıktan sonra, 28.9.2004 tarihli oturumda 4990 sayılı teklife nazaran failin 'kamu görevlisi (memur) ya da kamu hizmetlisi' olması, cezanın üç-on iki yıl olması, verilecek acı ya da ezanın ağır olması, yurt dışında işlenen işkence suçu bakımından da mağdurun İtalyan vatandaşı olması durumunda İtalyan kanununun uygulanması gibi değişiklikler önerilmiştir[1113]. Bundan sonraki oturumlarda ise, önerilen metin üzerinde büyük ölçüde mutabık kalındığı saptanmıştır.

Durum bu yöndeyken, 9.3.2005'te yapılan son oturumda Komisyon Başkanı, 28.9.2004 tarihinde önerilen metin üzerinde Komisyon üyelerinin mutabık kaldığını, fakat bunun 22.4.2004 tarihinde mecliste kabul edilen değişiklik önergesinden farklı olduğunu tespit etmiştir. Bu durumda, Meclisin bir kararı Komisyon tarafından değiştirilemeyeceğinden, üzerinde anlaşılan bu metnin kendilerince kabul edilemeyeceğini izah etmiştir. Fakat bu durumda bile, Mecliste kabul edilen değişikliğin üzerinden on bir ay geçtiği ve bu sürede Komisyondaki partilerin yeni bir tanım üzerinde mutabık kaldıklarının dikkate alınmamasının mümkün olmadığı vurgulanmıştır. Bu bakımdan, Mecliste yeniden değerlendirilmek üzere, üzerinde anlaşılan metnin parti gruplarına sunulması Başkan tarafından önerilmiş ve Komisyon da bu yönde karar vermiştir[1114].

Sonuç olarak, bütün bu kanunlaştırma çabaları İtalya'da henüz sonuç vermemiştir. İşkence, bir suç tipi olarak İt. CK'sında hala yer almadığından bu kapsamda değerlendirilebilecek fiillerin diğer suç tipleri çerçevesinde (yaralama, tehdit gibi) cezalandırılmasına devam edilecektir.

[1113] Bkz. http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/bollet/frsmcdin.asp?percboll=/_dati/leg14/lavori/bollet/200409/0928/html/02/&pagpro=10n1&all=off&commis=02 (son erişim 23.6.2005).

[1114] Bkz. http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/bollet/frsmcdin.asp?percboll=/_dati/leg14/lavori/bollet/20050

VI. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ

Amerikan Hukukunda işkence suçunun federal düzeyde tanımı *18 U.S.C. §§ 2340-2340A* maddeleri ile getirilmiştir. Bu hükümlerin uygulama alanını göstermek için Adalet Bakanlığı tarafından bazı genelgeler hazırlamıştır. Bunlardan en güncelleri, 1 Ağustos 2002 tarihli '*Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. §§ 23402340A' (*işkenceyi düzenleyen maddeler ışığında sorgulamada geçerli kurallar açıklanmıştır) ve 30 Aralık 2004'te yayımlanıp onun yerini alan '*Legal Standards Applicable Under 18 U.S.C. §§ 2340-2340A'*dan *(*2340 ve 2340A maddeleri uyarınca uygulanabilir yasal standartlar açıklanmıştır) ibarettir. Bu son '*memorandum*', ABD Adalet Bakanlığı Hukuk Müşavirliği Dairesi tarafından (*U.S. Department of Justice Office of Legal Counsel*) hazırlanıp Bakanlığa bağlı Ceza İşleri Bölümü (*Criminal Division of the Department of Justice*) tarafından da uygulanabilirliği kabul görmüştür[1115].

Federal Kanun § 2340'ta yapılan tanıma bakarsak işkence, resmi görevinin ifası sırasında ya da bu vesileyle hareket eden herhangi bir kimsenin, gözetimi ya da fiziksel kontrolü altında bulunan bir diğer kimseyi yasal yaptırımlarda mündemiç acı veya eza dışında kasten ağır fiziksel ya da zihinsel acı veya ezaya maruz bırakmayı özellikle kast ettiği eylemdir[1116].

Hükme göre 'ağır zihinsel acı ya da eza', aşağıdakilerden birinin yol açtığı ya da sonucu olan uzun süreli (*prolonged*) zihinsel zarardır:

a) Ağır fiziksel acı ya da ezanın kasten ika edilmesi ya da edilme tehdidi,

---

3/0309/html/02/&pagpro=54n2&all=off&commis=02 (son erişim 24.6.2005).

[1115] *U.S. Department of Justice Office of Legal Counsel, MEMORANDUM FOR JAMES B. COMEY DEPUTY ATTORNEY GENERAL of 30.12.2004, (Legal Standards Applicable Under 18 U.S.C. §§ 2340-2340A)* (bundan böyle 'December 2004 Memorandum'), bkz. http://www.usdoj.gov/olc/dagmemo.pdf (son erişim 25.6.2005).

[1116] *'Torture' means an act committed by a person acting under color of law specifically intended to inflict severe physical or mental pain or suffering (other than pain or suffering incidental to lawful sanctions) upon another person within his custody or physical control'*. Buradaki '*color of law*' teriminin anlamı, bir kimsenin resmi görevinin ifası sebebiyle eylemi gerçekleştirmesi ya da bu vesileyle davrandığını iddia etmesi durumudur ('*When a person acts or purports to act in the performance of official duties under any law, ordinance, or regulation*'), bkz. http://www.lectlaw.com/def2/u001.htm (son erişim 25.6.2005).

b) Zihinsel durumda değişiklik yaratan maddelerin veyahut duyuları ya da kişiliği derin bir şekilde bozacağı öngörülen diğer usullerin verilmesi veya uygulanması ya da verilme ya da uygulanma tehdidi,
c) Çok yakın ölüm tehdidi, veya
d) Bir başka kimsenin pek kısa sürede (çok yakın) ölümle, ağır fiziksel acı ya da ezayla veyahut zihinsel durumda değişiklik yaratan maddelerin veyahut duyuları ya da kişiliği derin bir şekilde bozacağı öngörülen diğer usullerin verilmesi ya da uygulanmasıyla karşı karşıya bırakılacağı tehdidi[1117].

Bu tanım, ABD'nin 1984 BM İşkence Sözleşmesini onaylarken yaptığı yorum beyanına dayanmaktadır.

Kanunun § 2340A hükmüne göre, her kim ABD dışında işkence işler ya da buna teşebbüs ederse para cezası ya da yirmi yıla kadar hapis cezasıyla veya her ikisiyle cezalandırılır. Eğer yasaklanan davranışlardan birine başvuran kişi, bir kimsenin ölümüne yol açarsa, ölüm cezası veyahut belirli bir süre hapis cezası ya da ömür boyu hapis cezasına çarptırılır. Görüldüğü gibi, federal kanundaki suç tipi sadece ABD ülkesi dışında işlenen fiiller bakımından geçerlidir. Ülke içinde işlenen fiillerin koğuşturulması ise, ilgili federe yasalara bırakılmıştır[1118].

ABD, aşağıdaki hallerde bu fiil üzerinde yargı yetkisine kavuşur:
a) sanığın ABD vatandaşı olması, veya
b) mağdur veyahut failin vatandaşlığına bakılmaksızın, sanığın ABD'de bulunması.

[1117] *Severe mental pain or suffering' means the prolonged mental harm caused by or resulting from—*
(A) the intentional infliction or threatened infliction of severe physical pain or suffering;
(B) the administration or application, or threatened administration or application, of mind-altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or the personality;
(C) the threat of imminent death; or
(D) the threat that another person will imminently be subjected to death, severe physical pain or suffering, or the administration or application of mind-altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or personality. 18U.S.C. § 2340 (as amended by Pub. L. No. 108-375, 118 Stat. 1811 (2004)).
[1118] Bkz. December 2004 Memorandum, s. 4.

Son olarak, Amerikan Hukukuna özgü '*conspiracy*' (komplo kurma) anlayışına göre, bu hükümlerle cezalandırılan bir suçu işlemek için komplo kuran[1119] kimse de, ölüm cezası dışında, bu bölümde işlenmesi hedeflenen suçun karşılığı olarak öngörülen yaptırımlara tabi tutulacaktır.

Kanunun § 2340 hükmünde verilen işkence tanımını hukukî açıdan inceleyen Adalet Bakanlığı, tanımdaki çeşitli ibarelerin ne şekilde anlaşılacağına dair önemli sonuçlara varmıştır. Buna göre, ağır ('*severe*') ibaresinin anlamı tanımlanmadığına göre, bunun olağan anlamıyla ele alınması gerekir. Sözlük anlamına bakılırsa da, genellikle 'acı' kelimesiyle bağlantısı kurulan bu ibare, '*son derece şiddetli veya yoğun*' anlamına gelir[1120].

1984 BM Sözleşmesinin onaylanması sürecinde Senato Dış İlişkiler Komitesinin de vurguladığı üzere, Amerikan ve uluslararası alandaki kullanıma göre işkence terimi, aşırı, kasıtlı ve olağan dışı acımasızlıkta uygulamalara ayrılmıştır; sözgelimi sürekli ve sistematik olarak dövme, vücudun duyarlı bölgelerine elektrik akımı verme ya da aşırı acıya yol açan pozisyonlarda kişiyi bağlamak ya da asmak gibi. Memoranduma göre, işkencenin uluslararası belgelerdeki düzenleniş tarzı, sözlük anlamı ve tarihsel gelişimi de bu anlayışı güçlendirir[1121].

Bu açıdan işkence, daha ufak ihlal teşkil etmesine rağmen yine de kınanması ve cezalandırılması gereken, fakat işkenceye bağlanan ciddî hukukî sonuçların devreye girmesini gerektirecek kadar evrensel boyutta ve kesin olarak kınanmayan diğer zalimane, insnalık dışı ya da küçük düşürücü muamele veya ceza türlerinden ayrılmalıdır. Memorandumda atıf yapılan görüşlere göre işkence, insan hakları ihlalleri piramidinin tepesinde yer alan barbarca zalimliklerden ibarettir. Bu nedenle, işkenceden bahsedebilmek için zalimce ve insanlık dışı muamelenin aşırı (*extreme*) bir türü söz konusu olmalıdır[1122].

[1119] Kavramın anlamı için bkz. **ÖNOK,** Tarihî…, s. 297-299.
[1120] Bkz. December 2004 Memorandum, s. 5.
[1121] Bkz. December 2004 Memorandum, s. 6.

Buna karşılık, 2004 Memorandumu, yol açılması gereken acının derecesi bakımından konuya ilişkin 2002 Memorandumunda yer verilen anlayıştan ayrılmayı gerekli görmüştür. Gerçekten de, önceki memorandumа göre ABD Federal Hukuku bakımından sadece 'eziyetli ve can çekiştiren' (*excruciating and agonizing*) bir acı işkence suçunu oluşturabilirdi. Oysa ki 2004 Memorandumu, gerek bu kavramların gerekse 'ağır' ibaresinin belirsiz olması ve acının derecesini objektif olarak belirleme veyahut çekilen acıyı nesnel olarak tespit etmenin bilimsel olarak mümkün olmaması sebebiyle, çekilmesi gereken acının derecesini aşırı yükseltme eğiliminde olan 'eziyetli ve can çekiştiren' kıstasının geçerli sayılamayacağını belirtmiştir[1123]. Bu anlayışını çeşitli ulusal içtihatlarla destekleyen Bakanlık raporunda, aşağıdaki durumların işkence olarak kabul edilmediği vurgulanmıştır:

- Müştekilerin polis tarafından dövüldüğü kabul edilmekle birlikte, dayak olayının sıklığı, süresi, hedef alınan vücut kısımları ve kullanılan silahlara ilişkin ayrıntı temin edilmediği için bu muameleler katı işkence tanımının gereklerini yerine getirmeye yetmemiştir[1124];
- Libyalı yetkili mercilerin mağdurun dış dünyayla tüm iletimini kesmiş olması (*incommunicado detention*) ve kaçmaya çalışırsa öldürüleceği tehditleri faillerin zalimce davranma eğilimini gösterse de, bu fiiller ulusal hukuktaki işkence tanımı anlamında olağandışı şekilde zalim veyahut yeterince şiddetli (*extreme*) ve aşırı kötü (*outrageous*) değildir[1125].

Buna karşılık, dava konusu eylemlerin işkence olarak nitelendirildiği durumlara şunlar örnek verilmiştir:

- Diğerleri arasında, davacının ağır şekilde dövülmesi, tekrarlanan ölüm tehditleri ve elektrik verilmesi, uykudan mahrum bırakılması, karyolaya uzun süre bağlanması (bazen ağız ve burnunu havluyla örtüp burun deliğinden su dökerek), boğucu derecede sıcak bir hücrede yedi ay tecrit edilmesi ve sekiz yıla yakın süre neredeyse tümüyle tecride tabi tutulması[1126];

[1122] Bkz. December 2004 Memorandum, s. 7.
[1123] Bkz. December 2004 Memorandum, s. 8.
[1124] *Price v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya, 294 F.3d 82, 92-93 (D.C. Cir. 2002*).
[1125] *Simpson v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya, 326 F.3d 230 (D.C. Cir. 2003).*
[1126] *Hilao v. Estate of Marcos, 103 F.3d 789,790-91, 795 (9th Cir. 1996).*

- Mağdurun genital organlarına, başına ve diğer vücut kısımlarına metal borular, pirinç kaplı parmaklıklar, sopalar, beyzbol sopası ve çeşitli diğer nesnelerle şiddetle vurulması, kerpetenle dişlerinin sökülmesi, surat ve kaburgalarının tekmelenmesi, kemik ve kaburgalarının kırılması ve parmaklarının yerinden çıkarılması, mağdurun alnına kesici aletle bir şekil çizilmesi, asarak dövülmesi, su ve gıda kullanımının aşırı kısıtlanması, 'Rus ruleti' oyunlarına tabi tutulması[1127];
- Parmakların kesilmesi, tırnakların sökülmesi, testislere elektrik akımı verilmesi[1128];
- Sıklıkla vurmak, silahla dövmek, öldürme tehditleri, elektroşoklar, Rus ruleti oynayıp her inkar edişinde tetiği çekmek suretiyle itirafa zorlama teşebbüsleri[1129].

Daha sonra, 'ağır acı veya eza'nın anlamını irdeleyen Memorandumda 'acı' ve 'eza'nın tesadüfi olarak ayrı ayrı zikredilmediği, Sözleşmelerin ve hükümlerin ele alınmasında 'anlamlı yorum' ilkesinin geçerli olduğu, bu bakımdan her iki kelimenin farklı anlamlar taşıdığı, fiziksel bir acı duymasına yol açmadan dahi, kişiyi fiziki açıdan yoğun bir ezaya, sıkıntıya tabi kılmak suretiyle işkence suçunun işlenebileceği öne sürülmüştür. Bunun için ezanın yeterli yoğunluk ve süreye ulaşması aranacaktır[1130]. Bu yorumla muhtemelen, bir kimsenin farelerle dolu, pis, nemli ve karanlık bir hücreye aç susuz kapatılması gibi durumlar anlatılmak istenmiştir. Gerçekten de fiziksel açıdan insanı çok zor koşullara tabi tutan her işlem, aşırı bir fiziksel acıya yol açmaz.

Ağır zihinsel acı veya ezaya gelince, Memoranduma göre § 2340'ta dört bent halinde sayılan haller sınırlayıcıdır, sadece bu davranışlar manevi işkenceye yol açabilir[1131]. Yine getirilen yoruma göre, bentlerde sayılan davranışlardan biri gerçekleştiği vakit, yol açılan zihinsel zararın 'uzun süreli' olduğu varsayımsal olarak

[1127] *Mehinovic v. Vuckovic, 198 F. Supp. 2d 1322, 1332-40, 1345-46 (N.D. Ga. 2002).*
[1128] *Daliberti v. Republic of Iraq, 146 F. Supp. 2d 19, 22-23 (D.D.C. 2001).*
[1129] *Cicippio v. Islamic Republic of Iran, 18 F. Supp. 2d 62, 64-66 (D.D.C. 1998).*
[1130] Bkz. December 2004 Memorandum, s. 10-12.
[1131] Bkz. December 2004 Memorandum, s. 13.

kabul edilemez; fiilin işkence olarak nitelendirilebilmesi için bu eylemlerin yol açtığı neticenin 'uzun süreli' olup olmadığı ayrı bir unsur olarak incelenmelidir[1132].

Buna ilaveten, bentler halinde belirtilen davranışların acı ya da eza değil de, zihinsel 'zarar'a (harm) yol açması arandığı için, artık mağdurun zihinsel bir hasar ya da hastalığa uğramış olması da gerekecektir. Bu zarar daimi olmak zorunda değilse de belli bir süre devam etmelidir. Öte yandan, zararın işkence fiilinin tamamlanmasından sonra da ortaya çıkması mümkündür. Buna karşılık, 2004 Memorandumunda önceki raporda yer alan ve bu süreyi 'aylar, belki de yıllar' olarak belirleyen tespite katılınmadığı açıklanmıştır[1133]. Raporda, bu görüşü kuvvetlendirmek için bazı içtihatlara da atıf yapılmıştır. Bunlardan birine göre, her ne kadar kişiye karşı gece boyu silah tutulmuş ve mağdur mükerrer olarak ölümle tehdit edilmişse de, bu tecrübenin kalıcı/sürekli (*lasting*) zarara yol açtığı kanıtlanamamış; iddia edilen korkutma sonucunda davacının uzun süreli zihinsel zarar gördüğü ortaya konamamıştır[1134].

Nihayet raporda, neticenin özel olarak kast edilmiş olması, yani 'özel kast' unsurunun anlamı tartışılmıştır. Amerikan Hukukunda özel kastın kapsamının tartışmalı olduğu ve yargısal içtihatların tutarsız olduğu tespit edilmiştir.

Bir görüşe göre, yasaklanan neticeyi bilinçli olarak meydana getirme arzusu özel kastı teşkil eder; bir görüşe göreyse, makul ölçüde öngörülebilirlik dahi yeterlidir. Bir içtihada göre[1135], belirli bir neticeye yol açan şahıs, davranışı sonucunda o neticenin oluşma ihtimali ne olursa olsun bilinçli olarak o neticeyi arzu etmişse, maksatlı olarak (belirli bir saikle) davrandığı (*act purposefully*) söylenebilir. Buna karşılık, neticeye ilişkin arzusu ne olursa olsun, bir kimse o neticenin davranışı sonucunda ortaya çıkacağının neredeyse muhakkak olduğunun bilincinde ise, bilerek hareket etmiştir[1136]. Bu bağlamda, mahkemeye göre 'amaç' (aslında 'saik'), aşağı

[1132] Bkz. December 2004 Memorandum, s. 13-14.
[1133] Bkz. December 2004 Memorandum, s. 14.
[1134] *Villeda Aldana v. Fresh Del Monte Produce, Inc., 305 F. Supp. 2d 1285 (S.D. Fla. 2003).*
[1135] *United States v. Bailey, 444 U.S. 394 (1980).*
[1136] *'[A] person who causes a particular result is said to act purposefully if he consciously desires*

yukarı Müşterek Hukuktaki özel kast kavramıyla uyuşmakta; 'bilme' ise az çok genel kast kavramına karşılık oluşturmaktadır.

Buna karşılık diğer bir içtihada göre[1137], özel kastın varlığı açısından sanığın, eyleminin muhtemelen yasaklanan sonuca yol açacağını bilmesi ya da bunun farkında olması yeterlidir. Farkında olmak, bir kimsenin eylemlerinin doğal ve muhtemel neticelerinin makul ölçüde öngörülebilir olmasından ibarettir. Görüldüğü gibi, Amerikan içtihatlarındaki özel kast anlayışı, Kıt'a Avrupası Hukukundakiyle pek bağdaşmamaktadır.

2002 Memorandumuna göre, işkencenin manevi unsuru açısından ağır acı ya da eza vermek, failin kesin hedefi/amacı (*precise objective*) olmalıdır; yoksa sanığın, eylemi sonucunda bu acının doğmasının eyleminin olası sonucu olduğu bilinciyle, hatta bu neticenin muhakkak olduğunu bilerek hareket etmesi yeterli değildir[1138]. 2004 Memorandumunda ise, § 2340'taki özel kastın tam anlamını tanımlamaya çalışmanın gereksiz olduğu belirlenirken; öte yandan, aslında işkence teşkil edebilecek davranışları hukuka uygun saymak için özel kast unsurunun gramatik bir incelemesine dayanmanın uygun olmayacağı[1139] belirtilmiştir.

Burada önemli bir tespit daha yapılmıştır: buna göre özel kast (*specific intent*) ile saiki (*motive*) birbirinden ayırt etmek gerekir. Buna göre, § 2340'ta işkencenin 'iyi bir sebeple/amaçla' kullanılmasına izin veren hiçbir istisna yoktur. Bu bakımdan, sanığın saiki (sözgelimi ulusal güvenliği korumak) gerekli özel kastı taşıdığını belirleme bakımından önemli değildir[1140]. Aslında burada ayırt edilmesi gereken 'amaç' (purpose) ile 'saik' (motive) idir. Gerçekten, saik, faili suç tipinde belirtilen neticeyi gerçekleştirmeye yönelten, onun harekete geçmesine yol açan

---

that result, whatever the likelihood of that result happening from his conduct….. A person 'is said to act knowingly,' in contrast, 'if he is aware 'that that result is practically certain to follow from his conduct, whatever his desire may be as to that result.'

[1137] *United States v. Neiswender, 590 F.2d 1269 (4th Cir. 1979).*

[1138] Bkz. December 2004 Memorandum, s. 16, dn. 27.

[1139] ' *...it would not be appropriate to rely on parsing the specific intent element of the statute to approve as lawful conduct that might otherwise amount to torture*'.

[1140] Bkz. December 2004 Memorandum, s. 17.

sebep/güdü/düşüncedir (itiraf elde etmek gibi)[1141]. Amaç ise, ortaya çıkan netice ile failin elde etmek istediği yarardır (itiraf sonucu suç ortaklarını yakalamak gibi)[1142]. Bu bakımdan, bize göre de 'amaç' ya da 'maksat' suç tipinin her zaman dışında kalmaktadır[1143].

O halde, ulusal güvenliği korumak amacı gibi 'iyi bir niyetle' hareket eden kimse, pek ala özel kastla hareket etmiş olabilir, çünkü saiki 'itiraf elde etmek'tir ve hareket ile neticeyi bilip istemiştir (genel kast). Bu durumda, 2004 raporunda yer verilen görüşün gerekçesi bizce yanlış kurgulandırılmış olsa da, esas parmak basılması gereken noktaya temas ettiği için kayda değerdir.

2004 Memorandumunda kast açısından varılan sonuç, yine de özel kastın aranacağı yönünde olmuştur. Fakat raporda şöyle denmiştir: eğer sanık, eyleminin ağır fiziksel ya da zihinsel acı ya da eza ika etmesini iradî (bilinçli) olarak arzu etmişse, § 2340'taki özel kast koşulu gerçekleşmiştir. Bizce, kast, hareket ve neticeyi bilip istemekten ibaret olduğu için, burada ifade edilmek istenen 'genel kast'tan başka bir şey değildir. Zira, failin hangi güdüyle harekete geçtiğine değil, öngördüğü neticenin gerçekleşmesini isteyip istemediğine bakılmaktadır. Yine rapora göre, şahıs iyi niyetle ve davranışının ağır fiziksel ya da zihinsel acı ya da ezaya yol açmayacağına dair makul bir araştırma yaptıktan sonra hareket etmişse, § 2340'ın ihlalinin doğması için aranan özel kastın gerçekleşmiş olması olası değildir[1144]. Bu durumda ise, bizce fail neticeyi istememiş, hatta fiilen öngördüğü bir neticeye razı

[1141] Bkz. **ÖNDER,** Ceza Hukuku Dersleri, s. 304; **CENTEL,** Ceza Genel, s. 352; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 318, **ŞEN,** Ceza Hukuku, s. 327; **HAKERİ, Hakan,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2005, s. 196 ('**HAKERİ**, Ceza Hukuku'); kıyaslayınız **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: II, no. 933 ve 933bis. Artuk/Gökcen/Yenidünya'nın ifadesiyle saik '*suçun işlenmesine neden olan gerekçe*', '*suç tipindeki hareketin yapılmasına ilişkin kararın alınmasındaki etkendir*', bkz. **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA,** Ceza Genel, s. 603.

[1142] Bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: II, no. 933; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 318; kıyaslayınız **ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK,** Ceza Hukuku, no. 219; **CENTEL,** Ceza Genel, s. 352.

[1143] Bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: II, no. 933; **ÖNDER,** Ceza Hukuku Dersleri, s. 305; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 318; **ŞEN,** Ceza Hukuku, s. 328; karşı görüşte **TOROSLU,** Ceza Hukuku, s. 94-95; **İÇEL, Kayıhan/ SOKULLU-AKINCI, Füsun/ ÖZGENÇ, İzzet/ SÖZÜER, Adem/ MAHMUTOĞLU, S. Fatih/ ÜNVER, Yener,** İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, İkinci Bası, İstanbul 2000, s. 238; **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** Ceza Hukuku, s. 158; **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 242 (Özgenç/Şahin ve Özgenç'in eserlerinde 'amaç (maksat)' kavramı bizim 'saik' terimiyle ifade ettiğimiz şekilde anlaşılmaktadır).

[1144] Bkz. December 2004 Memorandum, s. 17.

dahi olmamış olduğundan, genel kast yoktur. Bu bakımdan, rapordaki özel kasta dayandırılan mantıkla bizim Amerikan Hukuku açısından suçun genel kastla işlenebileceğine dair görüşümüzün vardığı sonuç aynıdır.

Manevî unsur açısından varılan bu sonuç, önemli bir tespittir. Gerçekten de, 11 Eylül 2001 olayları sonrasında ABD'nin terorizmle mücadele çerçevesindeki davranışları ve bu kapsamda başvurduğu 'hukukî' yöntemler bütün dünyada tartışılmıştır. Başta *Guantanamo* Körfezi'nde olmak üzere, ABD görevlilerinin bir çok merkezde uyguladığı iddia edilen sorgulama yöntemleri ise büyük tepki toplamıştır. 2002 Memorandumunda, işkence suçunun unsurları olabildiğince katılaştırılmıştı. Federal Hukukun resmî yorumunu sunan bu Memorandumların hukukî bağlayıcılığı olmasa da manevî otoritesi çok önemli olduğundan, 2002 Memorandumu Amerikan ulusal mahkemeleri ve görevlilerine çok tehlikeli mesajlar vermekteydi. 2004 Memorandumunda ise, önceki raporda yer alan bir çok görüş tekzip edilmiş, işkence suçunun unsurları Batı Avrupa ceza hukuku ve evrensel insan hakları standartlarına uygun olarak yorumlanmıştır. ABD'ye bağlı bir bakanlık tarafında hazırlanan bu memorandumu oldukça cesur ve hukuken başarılı bulduğumuzu ifade etmek isteriz.

Özellikle, 2002 Memorandumunda aranan 'özel kast' unsuru oldukça anlamsızdı. Şöyle ki, 1984 BM Sözleşmesi md. 1'deki ve bunu esas alan devletlerin ulusal ceza hukuklarında yaptıkları işkence tanımlarında 'bilgi ya da itiraf elde etmek, cezalandırmak, korkutmak' gibi amaçlarla (aslında 'saiklerle') hareket edilmesi aranmıştır. Elbette ki, böyle bir kodifikasyon karşısında suçun manevî unsuru kanunda gösterilen 'saik'in de bir parçasını oluşturacağı özel kasttan ibaret olacaktır. Fakat, Amerikan Federal Hukuku tanımında işkencenin belirli bir saikle işlenmesi aranmamıştır. Bu durumda, suçun oluşumunu özel kasta bağlamak, hele Kıta Avrupası Hukuku bakış açısıyla, imkansızdır. Ancak bizdekinden çok farklı – ve muhtemelen hatalı- bir özel kast kavramından hareketle böyle bir yola gitmek mümkündür. Fakat bu durumda bile, görevlinin 'ağır acı ya da eza' vermek neticesini elde etmek saikiyle hareket etmesini aramak, işkence suçunun doğasına aykırıdır.

2002 Memorandumundaki anlayışla hareket edilirse, işkence suçu sadist bazı devlet memurlarının işlediği, ortaçağdan kalma bazı hunharca davranışlarla sınırlı olacaktır. Nitekim, 2004 Memorandumunda suçun maddî ve manevî unsuru açısından önceki yorumlar geçersiz kılınmak suretiyle işkence suçu gerçek boyutuna yerleştirilmiştir.

VII. DİĞER DEVLETLER

A. Arjantin

1984 tarihli Arjantin Ceza Kanununda işkence ve benzeri suç tipleri '*Özgürlüğe karşı cürümler*' babının '*Kişi özgürlüğü aleyhine cürümler*' faslında düzenlenmiştir.

Arj. CK md. 144*bis* birinci fıkrada, memurun kişi özgürlüğünü sınırlama suçu düzenlenmektedir. İkinci fıkrada ise, hizmetine ilişkin bir eylemin ifasında, kişilere karşı herhangi bir eziyet işleyen veyahut onlara yasadışı zorlamalar uygulayan kamu görevlisinin (*'funcionario'*- Arj. CK md. 77); üçüncü fıkrada ise, gözetimi altındaki mahpuslara sertlik, eziyet ya da yasadışı zorlamalar uygulayan kamu görevlisinin bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı öngörülmektedir. Şayet, (kişi özgürlüğünü sınırlama suçuna dair) 142. madde hükmünün 1., 2., 3. ve 5. bentlerindeki haller mevcutsa, ceza iki yıldan sekiz yıla kadar hapistir. Cezanın arttırılmasını gerektiren söz konusu nitelikli haller şunlardır:

- Fiilin şiddet veya tehdit ya da dini amaç veyahut intikam amacıyla işlenmesi;
- Fiilin üstsoya, kardeşe, eşe veyahut özel saygı gösterilmesi gereken diğer bir şahsa karşı işlenmesi;
- Fiilin, daha ağır cezayı gerektiren diğer bir suç teşkil etmemesi kaydıyla, mağdurun şahsına (kişiliğine), sağlığına, iş faaliyetlerine ağır zarar vermesi;
- Fiilin, bir aydan fazla sürmesi[1145].

[1145] Kanunun 142. maddesinde özgürlüğü sınırlama suçu düzenlendiğinden, aslında yollama yapılan

Arj. CK. md 144 *tercero* (144-*ter*) ise, doğrudan işkence suçunu düzenlemektedir. Buna göre, yasal ya da yasa dışı olarak özgürlüklerinden mahrum edilmiş kimselere karşı herhangi bir türden işkence (‘*cualquier clase de tortura*’) uygulayan kamu görevlisi, sekiz yıldan yirmi beş yıla kadar hapis ile haklardan mutlak ve süresiz mahrumiyet (md. 19) cezasıyla cezalandırılır. Fıkranın ikinci cümleciğine göre, mağdurun hukukî olarak görevlinin kontrolünde olması gerekmemektedir, memurun mağdur üzerinde fiili yetkisinin olması yeterlidir. Böylece, fail açısından özgürlüğü kısıtlı bir kimse üzerinde *de facto* bir otoriteye sahip olunması aranmıştır. Üçüncü fıkranın getirdiği açıklığa göre işkenceden maksat, sadece fiziksel acı değil, aynı zamanda bunların yeterli ağırlığa sahip olması kaydıyla, psişik ezanın da ika edilmesidir.

Yine md. 144-*ter*’e göre, ki bu ilginç bir açılımdır, yukarıda tarif edilen filli gerçekleştiren özel şahıslara da aynı ceza verilir. Bu hükmün Arjantin’in siyasî geçmişinden kaynaklandığını tahmin etmek zor değildir.

Cezanın arttırılmasını gerektiren nitelikli hallere gelince, md. 144*ter*/2’ye göre, işkence sonucunda mağdur ölürse, hapis cezası ömür boyu olacaktır. Şayet, md. 91’de öngörülen yaralamanın nitelikli hallerden birine yol açılırsa, ceza on yıldan yirmibeş yıla kadar hapistir. Söz konusu haller, kesin ya da muhtemel olarak tedavi edilemez bir zihinsel ya da bedensel hastalık, iş gücünden sürekli mahrumiyet, duyu, organ veya uzvun yahut fonksiyonlarının kaybı, konuşma veya doğum yapma yeteneğinin kaybıdır.

Arj. CK. md. 144*ter*’e bağlı md.144 *quinto* (*quinquies*) hükmüne göreyse, olayın tüm şartları ışığında, gerekli nezareti göstermesi ya da ilgili görevli hakkında gerekli önlemleri alması durumunda eylemin gerçekleşmeyeceği tespit edilebiliyorsa birim, kuruluş, bölüm veya diğer herhangi organın yöneticisi olan kamu görevlisine

söz konusu bentte ‘özgürlük kısıtlamasının’ bir aydan fazla sürmesinden bahsedilmektedir.

de altı aydan iki yıla kadar hapis ve üç-altı yıl özel hak mahrumiyeti cezası (md. 20'de öngörülen bu yoksunluk, mahkumiyet süresince devam eder) verilir.

Arj. CK. md. 144 *cuarto* (*quater*) ise, kamu görevlisinin ihmalî sorumluluğunu düzenlemektedir. Buna göre, bir önceki maddede belirtilen eylemlerin işlenmesini önlemek için yetkiye sahip olmasına rağmen bunda ihmal gösteren kamu görevlisi, üç yıldan on yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

Aynı maddenin ilginç ikinci fıkra hükmüne göre, görevi sebebiyle yukarıdaki maddedeki eylemlerden birinin gerçekleştiğini öğrenen, fakat bunu önleme yetkisine sahip olmayarak yirmi dört saat içinde eylemi yetkili memur, savcı ya da hakime bildirmekte ihmal gösteren kamu görevlisi bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Şayet bu görevli bir tabip olursa, hapis cezası süresinin iki katı bir süre boyunca mesleğini icra etme hakkından mahrumiyet cezasına hükmolunur.

Maddenin üçüncü fıkrası da, hakimlerin sorumluluğunu öngörmektedir. Buna göre, görevi sebebiyle işkence suçunun işlendiğini öğrenen hakim, yirmi dört saat içinde soruşturma açmaz veyahut olayı yetkili hakime ihbar etmezse, o da üç yıldan on yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

Nihayet, md. 144*quater*/son'a göre, bu maddede öngörülen hallerde, fail kamu görevi üstlenme hakkından ve her tür silah taşıma ya da bulundurma hakkından ömür boyu mahrum bırakılır.

B. Avusturya

Avusturya Ceza Kanununda işkenceye bir suç tipi olarak açıkça yer verilmiş olmamakla birlikte, 1984 BM İşkence Sözleşmesinin 1. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen türden tüm kasıtlı davranışları Av. CK'sı şu suç tipleri aracılığıyla cezalandırmaktadır: md. 75'teki nitelikli öldürme, md. 83'teki kasten yaralama, md. 84'teki nitelikli yaralama, md. 85'teki netice sebebiyle ağırlaşan yaralama, md.

86'daki kastın aşılması suretiyle öldürme, md. 87'deki kasıtlı ağır yaralama. Ayrıca, '*kamu görevinden yararlanmak suretiyle işlenen suçlar*' başlıklı md. 313 hükmüne göre bir memur, ceza tehdidi altına alınmış kasıtlı bir davranışı kamusal görevi nedeniyle sağlanan fırsattan yararlanmak suretiyle işlemişse, hapis cezası veya para cezasının üst sınırı 1/2 oranında ağırlaştırılır, ancak bu halde hapis cezası yirmi yılı aşamaz.

Öte yandan, '*kamusal görevin ihlali ve bununla bağlantılı diğer cezalandırılabilir davranışlar*' başlıklı yirmi ikinci bölümde yer alan md. 312 hükmüne (*'Hükümlülere kötü muamele veya hükümlülerin ihmali'*) göre, '*Hükümlülere veya kamusal bir karara dayanarak kendi otoritesine tabi olarak muhafaza altına alınan kişilere bedensel veyahut psikolojik kötü muamelede bulunan memur iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*'. İkinci fıkraya göre, bu kişiye karşı gözetim ve bakım yükümlülüğünü açıkça ihmal eden ve taksirli de olsa bu yolla onun sağlığına veya bedensel veya zihinsel gelişimine zarar veren memur da aynı şekilde cezalandırılır. Eğer fiil, ağır yaralama neticesine yol açmışsa (§ 84, f.1'e göre aşağıdaki durumlar bu kapsamdadır: fiilin yirmi dört günden daha uzun süreyle sağlığı ihlal veya mutad iştigalden mahrumiyet sonucuna yol açması, yaralama ya da sağlığa yönelik zararın ağır olması, fiilin kural olarak hayati tehlike doğuran araç ve yöntemlerle işlenmesi ya da en az üç kişi tarafından birlikte işlenmesi veya eziyet çektirerek işlenmesi veyahut bir memur, tanık ya da bilirkişiye karşı görevlerinin ifası nedeniyle ya da sırasında veya yükümlülüklerinin yerine getirilmesi sırasında ya da nedeniyle işlenmesi, aralarında bir bağlantı olmasa bile bağımsız en az üç fiilin işlenmiş olması, önemli sayılabilecek cebrin kullanılmış olması) üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılır. Fiil, ağır ve sürekli bir netice meydana getirmişse (kasten yaralamaya dair § 85 hükmü) bu takdirde beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır, ölüme yol açmışsa hapis cezası on yıla kadardır.

C. Birleşik Krallık

İngiltere (ve diğer Krallık devletleri) bakımından işkence suçu, Birleşik

Krallık'ta yürürlükte olan 1988 tarihli *Criminal Justice Act* (Ceza Adaleti Kanunu) §134'te düzenlenmiştir. Buna göre, vatandaşlığı ne olursa olsun, Birleşik Krallık veya diğer bir yerde resmi görevinin ifasında bir diğer kimseye kasten ağır acı ya da eza veren bir kamu görevlisi ya da resmi sıfatla hareket eden diğer kimse, işkence suçunu işlemiş olur.

Maddenin ikinci fıkrasına göre, yukarıdaki tanıma girmeyen bir kimse, vatandaşlığı ne olursa olsun, Birleşik Krallık ya da diğer bir yerde bir memurun (kamu görevlisinin) ya da resmi sıfatla hareket eden diğer bir kimsenin kışkırtması (*instigation*) sonucunda ya da rıza veya göz yummasıyla (*acquiescence*) diğer bir kimseye kasten ağır acı veya eza verir ve söz konusu memur ya da diğer şahıs, suçun işlenmesini tahrik ettiği ya da buna rıza gösterdiği veyahut göz yumduğu sırada resmi görevini ifa etmekteyse, yine işkence suçu oluşur.

BK. CK § 134/3'e göre, acı veya ezanın fiziksel ya da zihinsel olması veyahut icraî ya da ihmalî bir davranışla buna yol açılması fark etmez.

BK. CK. § 134/4'e göreyse fail, eylemi bakımından yasal yetkiye veyahut hukuka uygunluk sebebi ya da mazerete sahip olduğunu ispatlarsa, cezaî sorumluluğu ortadan kalkabilir. Böyle bir hüküm getirilmesinin amacı, Birleşik Krallık'ın belirli bir bölgesinde yürürlükte olan kanunların izin verdiği yasal sınırlar içerisinde söz konusu yerde hareket eden kimsenin diğer bir bölgede cezalandırılmaması; yurt dışında görevli Krallık memurlarının da, kendi hukukları uyarınca meşru sayılan davranışları sebebiyle kasten eza ya da acıya yol açtıkları sebebiyle Birleşik Krallık'ta ulusal hukuk uyarınca yargılanamamalarıdır. Şüphe yok ki, ulusal hukuk zaten AİHS standartlarına uygun olmak zorunda olacağından burada işkenceyi belirli durumlarda meşru göstermeye çalışan, gerçek anlamda bir hukuka uygunluk ya da cezasızlık sebebi getirilmemiştir. Buna karşılık § 134/5-b (iii)'te, fiilin işlendiği yerin hukukuna göre meşru olan davranışların da, cezai sorumluluğu ortadan kaldıracağı belirtilmiştir. Bu son durumda, failin ya da mağdurun vatandaşlığı bakımından bir kıstas getirilmemiştir. Bu hükmün amacı, işlendiği yer kanununa göre suç teşkil

etmeyen davranışların şahsilik ilkesine göre Krallık'ta yargılanmasını gereksiz kılmak olsa gerek. Fakat, fiilin işlendiği yerin kanunu, uluslararası insan hakları ya da evrensel ceza hukuku standartlarının gerisindeyse bu hüküm sakıncalı sonuçlar doğurabilecektir.

BK. CK. §134/6'ya göre işkence suçunun cezası müebbet hapistir. Fakat ilginçtir ki §135'e göre, bu suçtan ötürü kovuşturmaya, sadece başsavcı tarafından ya da onun rızası üzerine başlanabilecektir.

D. Ermenistan

Ermeni Ceza Kanununda işkence yasağına genel hükümler arasında yer verilmiştir. Gerçekten, '*ceza hukuku mevzuatının ilke ve hedefleri*' başlıklı ilk kısımda düzenlenen 'insancıl ilke' başlıklı 11. maddenin ikinci fıkrasında, uluslararası belgelerde yer aldığı şekliyle '*hiç kimse işkence veya zalimane, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele veya cezaya tabi tutulamaz*' denilmiştir. İadeyi düzenleyen 16. maddenin üçüncü fıkrasında da, yine uluslararası içtihatlarda ortaya konulana uygun olarak, hiç kimsenin işkenceye maruz bırakılabileceğine inanmak için ciddi sebepler bulunan bir yabancı devlete iade edilemeyeceği düzenlenmiştir. Kanunun 63. maddesinde ise, genel hükümler arasında yer verilen ortak bir ağırlatıcı sebep olarak, suçun özellikle zalimane şekilde işlenmesi ya da mağdura terzil edici şekilde ya da işkenceyle davranılması, sayılmıştır. Maddede, zaten suçun unsuru olarak öngörüldüğü suç tiplerinde, bu hususun ayrıca cezanın arttırılmasını gerektiren bir ağırlatıcı sebep olarak dikkate alınmayacağı belirtilmiştir.

Nitekim, md. 119'da işkence suçu, kişilere ve hayata karşı işlenen suçlar arasında özel bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Buna göre işkence, bir kimseye kasten kuvvetli eza ya da bedensel veyahut zihinsel acı vermektir. Fakat bu eylem, md. 112 ve 113'teki neticelere yol açmadığı takdirde, md. 119'a girecek ve üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezayla cezalandırılacaktır. Şayet, md. 112'de düzenlenen 'sağlığa kasten ağır zarar verme suçu' ya da md. 113'te düzenlenen 'sağlığa kasten

orta derecede ağır zarar verme suçu'nun kapsamına giren ağırlıkta bir netice gerçekleşmişse, artık bu hükümler uygulanacaktır. Bu itibarla, kasten yol açılan bedensel zarar hayati tehlike doğurur, duyular da dahil herhangi bir organın ya da işlevinin kaybına, çehrede daimi değişikliğe, hayat için sair bir tehlike veyahut sağlığın bozulmasıyla birlikte çalışma gücünün en az 1/3'ünün devamlı kaybına ya da failce de bilinen mesleki çalışma kabiliyetinin tümüyle kaybına, hamileliğin kesilmesine, zihinsel hastalığa, ilaç ya da zehirleyici madde bağımlılığına yol açmışsa (md. 112- cezası üç yıldan yedi yıla kadar hapistir) veya kasten yol açılan bedensel zarar, uzayan (uzun süreli) sağlık bozukluğuna veya çalışma gücünün 1/3'ünden az olmayacak şekilde daimi kaybına yol açmışsa (md. 113), söz konusu hükümlerden ilgili olanı uygulanacaktır.

Erm. CK. md. 119/2'de ise, işkence suçunun cezasının arttırılmasını gerektiren nitelikli haller düzenlenmiştir. Buna göre, fiilin iki ya da ziyade kişiye ilişkin olarak işlenmesi, kamusal görevinin ifası sebebiyle bu kişiye ya da akrabalarına karşı işlenmesi, kaçırılan ya da esir kişiye karşı işlenmesi, küçüğe karşı işlenmesi, mali ya da diğer bir yönden faile bağımlı bir kimseye karşı işlenmesi, hamile kadına karşı işlenmesi, birden fazla kimseler (kişiler grubu) veyahut organize grup tarafından işlenmesi, özellikle acımasızca işlenmesi, ulusal, ırki veyahut dini nefret ya da dini fanatizm saikiyle işlenmesi durumunda, suçun cezası üç yıldan yedi yıla kadar hapistir.

Nihayet, Erm. CK md. 341'de, adliyeye karşı işlenen bir suç olarak, 'hakim, savcı, soruşturmacı ya da araştırmayı yürütmekle görevli kimsenin tanıklığa zorlaması' suçuna yer verilmiştir. Buna göre; hakim, savcı, soruşturmacı ya da araştırmayı yürütmekle görevli kimse, zor kullanarak veyahut diğer herhangi bir hukuka aykırı eylemle, şüpheli, sanık, mağdur, tanık, bilirkişi veya tercümanı sahte tanıklık etmeye, sonuca varmaya ya da tercüme yapmaya zorlarsa, bu suç oluşur. İkinci fıkraya göre, bu eylemin işkence, hakaret veya sair şiddet kullanarak işlenmesi durumunda, faile üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ve belirli görevleri üstlenme ya da belirli faaliyetleri yapma hakkından üç yıla kadar mahrumiyet cezası verilir.

Son olarak, md. 341/3'e göre yukarıda sayılan eylemler 'ağır neticelere yol açarsa', hapis cezası altı-on iki yıl arasından hükmedilecektir.

E. Finlandiya

Finlandiya Ceza Kanunu da, işkence ya da benzeri bir suç tipine özel olarak yer vermeyen kanunlardandır. Buna karşılık, işkenceye benzer bir çok davranış çeşitli suç tiplerinde cezanın arttırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak yer almaktadır.

Bu çerçevede, on birinci bölümde yer alan savaş suçlarının özellikle gaddar ya da zalimane şekilde işlenmesi (§ 2), olağanüstü hal durumunda temel hakların ihlalinin özellikle gaddar ya da zalimane şekilde işlenmesi (§ 5), yirminci bölümde yer alan nitelikli cinsel saldırı (ırza geçme) suçunun özellikle gaddar, zalimane ya da utanç verici tarzda işlenmesi (§ 2/1, b. 3) ve çocuğun cinsel istismarının özellikle utanç verici tarzda işlenmesi (§ 1/1, b.2), yirmi birinci bölümde yer alan kasten öldürme suçunun (§ 2/1, b.2) ve yaralama suçunun (§6/1, b.2) özellikle gaddar ya da zalimane şekilde işlenmesi, yirmi beşinci bölümde yer alan kişi özgürlüğünü kısıtlama suçunun olağandışı zalimlik ya da ağır şiddet tehdidi suretiyle işlenmesi (§ 2/3), otuz birinci bölümde yer alan yağma suçu bakımından fiilin özellikle gaddar ya da zalimane şekilde işlenmesi (§ 2/1, b.2) buna örnektir.

İşkenceye benzer düzenleme getiren bir hüküm, adaletin işleyişine karşı suçların düzenlendiği on beşinci bölümün 1998 tarih ve 563 s.K. ile değişik § 7 hükmünde mevcuttur. Buna göre, '*adaletin yürütülmesinde dinlenilecek kimseyi tehdit etme*' şeklinde bir suç tipi yaratılmıştır. Hükme göre, bir davada, ceza soruşturmasında, kolluk araştırmasında veya diğer benzeri resmi işlemlerde beyanda bulunacak bir tanığı, bilirkişiyi, dinlenmesi gereken diğer bir kişi ya da tarafı şiddet ya da tehdit kullanmak suretiyle engelleyen ya da engellemeye teşebbüs eden ya da beyanlarının içeriğini etkileyen ya da etkilemeye teşebbüs eden kişi, kanunda bu fiil için daha ağır bir ceza öngörülmediği hallerde, para cezası ya da üç yıla kadar hapis cezasına çarptırılır. Aynı hükmün ikinci fıkrasına göre, yukarıda belirtilen bağlamda

yaptığı bir beyandan ötürü diğer bir kimseye karşı şiddet kullanan ya da kullanma tehdidinde bulunan kimseye de aynı ceza verilir.

Öte yandan, askerî suçlara da genel ceza kanunu bünyesinde yer veren Fin. CK'sının askeri suçlara ayrılmış 45. bölümünün § 16 hükmü, üst konumunun kötüye kullanılmasına ilişkindir. Buna göre, yetkisini kötüye kullanmak suretiyle bir astının acı çekmesine yol açan ya da sağlığını görevi açısından gereksiz bir tehlikeye sokan ya da astına utanç verici şekilde muamele eden ast, cezalandırılacaktır.

Yine, Finlandiya CK'sının kamu düzenine karşı suçları düzenleyen on yedinci bölümündeki § 17 hükmüne göre, gaddarca şiddetin kaydedildiği film ya da sair görsel bantları satan, kiralayan, dağıtan ya da bu amaçla üreten ya da ithal eden kimse iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacaktır.

F. Hollanda

Hollanda Ceza Kanunu da işkenceye özel bir suç tipi olarak yer vermeyen kanunlardandır. Bu bakımdan, işkence olarak nitelendirilebilecek fiillerin, bizdeki yaralama suçlarına tekabül eden 'fiziksel suistimal' başlıklı 300 vd. maddeleri çerçevesinde cezalandırılması mümkündür[1146].

G. İsveç

1 Ocak 1965'te yürürlüğe giren İsveç Ceza Kanunu § 5'te yaralama suçu düzenlendikten sonra §6'da nitelikli yaralamaya yer verilmiştir. Buna göre, fiil özel bir acımasızlık (insafsızlık) ya da gaddarlık suretiyle işlenmişse ceza arttırılmaktadır (1998: 393 s.K. ile değişik). Yine 2. Kısım, 6. Bölüm §1'de tanımlanan cinsel saldırı suçu bakımından, fiilin özel bir acımasızlık (insafsızlık) ya da gaddarlık suretiyle işlenmesi cezanın arttırılmasını gerektirmektedir.

[1146] Bkz. http://www.legislationline.org/index.php?country=44&org=0&eu=0&topic=164 (son erişim

İkinci Kısım, Onyedinci Bölümde düzenlenen 'kamusal faaliyetlere karşı suçlar' arasındaki § 10 hükmünde, işkence olarak nitelendirilebilecek bir suç tipine yer verilmiştir. Bu hükme göre, her kim mahkemede ya da diğer herhangi yetkili bir merci nezdinde şikayet hakkını kullandığı, dava açtığı, tanıklık ettiği veya diğer bir suretle duruşmada beyanat verdiği için ya da bunları yapmasını önlemek için bir kimseye karşı şiddet ya da şiddet tehdidine başvurursa cezalandırılır. İsveç Ceza Kanunu bu fiili adliyeye müdahale olarak nitelendirip cezalandırmaktadır. Yine aynı maddeye göre, her kim resmi bir duruşmada tanıklık ettiği ya da diğer bir beyanatta bulunduğu için ya da böyle bir beyanda bulunmasını önlemek için bir kimseyi tehdit eder ya da acı, yaralanma ya da sıkıntıya yol açan (rahatsızlık veren, İng. *'inconvenience*') herhangi bir eylemde bulunursa aynı cezaya çarptırılacaktır. Suçun cezası iki yıla kadar hapistir, fakat fiilin ağırlığına göre altı yıla kadar çıkabilir (1997:389 s.K. ile değişik).

Yine İkinci Kısım, Dördüncü Bölümde düzenlenen 'Hürriyet ve Huzura Karşı Suçlar' arasında önemli bir hüküm vardır. Buradaki § 4 hükmü tehdit suçunu düzenlemektedir. Buna göre, yaralama ya da diğer şekilde şiddete ya da suç teşkil eden bir fiile başvurma tehdidiyle bir başkasını belirli şekilde davranmaya ya da davranmamaya ya da bir davranışa katlanmaya zorlayan kimse iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacaktır. İkinci fıkraya göreyse, fiilin nitelikli hali, eylemin itirafa zorlamak için acı verilmesini ya da diğer bir işkenceyi içermesidir. Bu durumda, hapis cezası altı aydan altı yıla kadar olacaktır.

Hemen ardından gelen § 4a hükmünde de, YTCK'daki eziyet ile işkence arasında kalan bir düzenleme vardır. Buna göre, aralarında § 4'ün de yer aldığı bazı suçların kendisine karşı işlendiği mağdur ile fail arasında yakın bir ilişki mevcut ise ya da mevcut idiyse ve bu eylemler o kişinin bütünlüğüne yönelik tekrarlanan bir ihlali oluşturan unsurların bir parçası olup kişinin özgüvenini ağır şekilde zarara uğratmaya elverişli ise, fail altı aydan altı yıla kadar hapis cezasına çarptırılır[1147].

2.10.2005).

[1147] *'A person who commits criminal acts as defined in Chapters 3, 4 or 6 against another person having, or have had, a close relationship to the perpetrator shall, if the acts form a part of an element*

H. İsviçre

1937 tarihli İsviçre Ceza Kanununda işkenceye bir suç tipi olarak yer verilmiş değildir. Buna karşılık, bir çok suç tipi bakımından zalimane şekilde hareket edilmesi suçun cezasını arttıran nitelikli hal olarak öngörülmüştür (yağma bakımından md. 140/4, kişi özgürlüğünü kısıtlama bakımından md. 184, adam kaldırma bakımından md. 185/2, cinsel saldırı bakımından md. 189/3, cinsel saldırının nitelikli hali (ırza geçme) bakımından md. 190/3).

İlginçtir ki İsv. CK md. 135'e göre, korunmaya değer herhangi bir kültürel ya da bilimsel değere sahip olmaksızın, insan ya da hayvanlara karşı zalimce şiddet hareketlerini ısrarla göstermek suretiyle insan haysiyetini ağır şekilde tahkir eden işitsel ya da görsel kayıtları üreten, ithal eden, saklayan, piyasaya süren, dağıtan, gösteren….. kimseler cezalandırılır. Bu hüküm itibariyle, işkence görüntülerinin bu şekilde kullanılması suç teşkil edecektir.

İsviçre CK md. 318'de de, 'görev ve mesleki gereklere aykırılık suçları' arasında, yetkili mercilere sunulmak üzere sahte tıbbî rapor hazırlama suçuna yer verilmiştir.

İ. Kolombiya

24 Temmuz 2000 tarih ve 599 sayılı Kolombiya Ceza Kanununda, işkence suçu, 'Kişi özgürlüğü ve diğer güvencelere (hürriyetlere) karşı cürümler' faslında, 'Kişi özerkliğine karşı cürümler' babında düzenlenmiştir. 'İşkence' başlıklı md. 178'e göre, her kim, kendisinden ya da üçüncü bir şahıstan bilgi ya da itiraf elde etmek, işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir eylemden ötürü onu cezalandırmak veyahut herhangi bir şekilde ayrımcılık temeline dayalı sebepten ona gözdağı vermek

---

in a repeated violation of that person's integrity and suited to severely damage that person's self-confidence, be sentenced for gross violation of integrity to imprisonment for at least six months and at most six years'.

ya da bir şeye zorlamak için bir kimseye, fiziksel ya da psişik ağır acı ya da eza ika ederse, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası, 800-2000 yasal asgari maaş tutarında para cezası ve hapis süresi boyunca kamusal görev ve haklardan mahrumiyet cezasıyla cezalandırılacaktır.

Görüldüğü gibi, Kol. CK'sı bakımından işkence özgü bir suç değildir. Öte yandan, md. 178/2'ye göre bir üst fıkrada yazılı olanlardan farklı bir amaçla bu davranışı gerçekleştiren kimse de aynı cezaya çarptırılır.

Kol. CK. md. 178/3'e göre, münhasıran yasal yaptırımlardan kaynaklanan ya da bunlarda mündemiç ve bu yaptırımların doğal sonucu olan acı ve eza, işkence sayılmaz.

Cezanın arttırılmasını gerektiren nitelikli haller ise md. 179'da düzenlenmiştir. Aşağıdaki hallerin varlığında, ceza üçte bir oranına kadar arttırılır. Buna göre:

- Failin, mağdurun aile çevresinin bir parçası olması,
- Failin kamu hizmetlisi olması ya da bir kamu hizmetlisinin iradesi çerçevesinde ya da rızasıyla hareket eden bir özel şahıs olması,
- Fiilin özürlü bir kimseye, on sekiz yaşını doldurmayan küçüğe, altmış yaşından büyüğe ya da hamile kadına karşı işlenmesi,
- Fiilin görevleri sebebiyle aşağıdaki kişilere karşı işlenmesi: kamu hizmetlileri; gazeteciler; sosyal hizmet görevlileri; insan hakları savunucuları; halk seçimiyle görev başına gelmeye aday ya da niyetli kimseler; sivil, topluluk, etnik, sendika, siyasî veya dinî yöneticiler(i); disiplin suçu ya da cezalandırılabilir eylemlerin tanığı ya da mağduru olmuş kimseler; ya da sayılan kimselerin eşi veyahut sürekli beraber olduğu partneri veya üçüncü dereceye kadar kan, ikinci dereceye kadar sihrî ya da birinci dereceye kadar medenî (i.e. evlat edinen/evlatlık) akrabaları[1148],

[1148] '*Cuando se cometa por razón de sus calidades, contra las siguientes personas: servidores públicos, periodistas, comunicadores sociales, defensores de los derechos humanos, candidatos o*

- Fiilin, devlete ait araçlar kullanılarak işlenmesi,
- Fiilin, diğer bir suçun işlenmesini hazırlamak, kolaylaştırmak ya da diğer bir suçu saklamak ya da neticesini elde etmek için veyahut bir kimsenin adlî veya disipliner işlemlere katılmasını engellemek için işlenmesi.

J. Meksika

1931 tarihli Meksika Federal Ceza Kanununa göre (kanunun adı 18.5.1999 tarihli yasa ile bu şekilde değiştirilmiştir), işkence adliyeye karşı işlenen suçlardandır. Bu suç, 'Memurlar (kamu görevlileri) tarafından işlenen cürümler' başlıklı 225. maddede düzenlenmiştir. Maddenin on ikinci fıkrasına göre, sanığı dış dünyayla iletişimsiz bırakmak (*'incomunicación*), ona gözdağı vermek ya da işkence kullanmak suretiyle onu beyanda bulunmaya zorlamak, dört yıldan on yıla kadar hapis cezasını gerektirmektedir.

K. Özbekistan

1994 tarihli Özbek Ceza Kanunu da işkenceyi adliye aleyhine suçlar arasında, 'ifade vermeye zorlama' başlıklı 235. maddesinde düzenlemiştir. Buna göre, araştırmacı, soruşturmacı ya da savcı tarafından, ifade vermeye zorlamak amacıyla bir şüphelinin, sanığın, tanığın, mağdurun veya müfettişin tehdit, vurma, dövme, eziyet etme, acıya yol açma, önemsiz ya da orta derecede bedensel zarara yol açma suretiyle zihinsel ya da fiziksel baskıya maruz bırakılması, beş yıla kadar hapis cezasını gerektirir. Bu eylem, ağır neticelere yol açarsa yaptırımı beş yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasıdır.

Buna ilaveten, genel hükümler arasında yer alan md. 56 hükmüne göre, bir suçun anormal bir acımasızlıkla işlenmesi, cezanın arttırılmasını gerektiren ortak bir

---

aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes cívicos, comunitarios, étnicos, sindicales, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos o víctimas de hechos punibles o faltas disciplinarias; o contra el cónyuge, o compañero o compañera permanente de las personas antes mencionadas, o contra sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil'.

nitelikli haldir.

İlginç bir düzenleme getiren md. 103'e göre, bir kimseyi, zalimane muamele ya da onur ve haysiyetinin sürekli (ısrarlı) küçük düşürülmesi suretiyle intihar ya da buna teşebbüse sevk eden kimse, beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

L. Paraguay

1997 tarih ve 1160 sayılı Paraguay Ceza Kanunu, işkence ve benzeri suç tiplerine 'Kamu görevlerinin icrasına karşı suçlar' arasında md. 307-309'da yer vermiştir.

'Kamu görevinin ifasında yaralama' başlıklı Par. CK. md. 307'ye göre, görevi sırasında ya da görevle bağlantılı olarak, bedensel bir kötü muamele (md. 110) ya da yaralama (md. 111-113) gerçekleştiren ya da gerçekleştirilmesini emreden memur, beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Basit durumlarda, üç yıla kadar hapis cezası veyahut para cezasına hükmolunur.

Par. CK. md. 307/2'ye göre, md. 112 kapsamındaki ağır bir yaralama (ki kapsama şunlar girmektedir: hayati tehlikeye yol açma; önemli ölçüde sakat bırakma veyahut çehrede uzun süreli değişikliğe yol açma; vücut ya da duyularını kullanma yeteneği, birlikte yaşama ya da üreme yeteneği, psişik ya da entelektüel melekelerini kullanma yeteneği veyahut çalışma gücünden uzun süre için ve önemli ölçüde yoksun bırakma, ağır veya bulaşıcı hastalığa yol açma), iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezası verilir.

'Beyana zorlama' başlıklı md. 308'e göreyse, ceza yargılaması ya da tedbir uygulanmasını gerektiren diğer yargılamalara katılan bir memur, fiziksel olarak kötü muamelede bulunmak ya da başka şekilde şiddet uygulamak suretiyle diğer bir kimseyi bir beyan açıklamaya ya da bundan kaçınmaya zorlarsa, iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Basit hallerde, bir yıldan beş yıla kadar ceza

verilir.

Nihayet, ‘işkence’ başlıklı Par. CK md. 309’a göre, memur ya da bir memurla anlaşarak hareket eden bir kimse, mağdurun ya da üçüncü bir şahsın kişiliğini yok etme ya da ağır şekilde zarara uğratmak kastıyla, aşağıda sayılan eylemlerden birini gerçekleştirirse, beş yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasıyla cezalandırılır. Söz konusu fiiller şunlardır:

- md. 110-112 uyarınca fiziksel bütünlüğe karşı suçlar (md. 110 fiziksel kötü muamele, yani basit yaralama, md. 111-112 yaralama ve nitelikli yaralama),
- md. 120-122 ve 124’teki karar verme özgürlüğüne karşı suçlar (md. 120-121 cebir, md. 122 tehdit, md. 124 özgürlükten mahrum bırakma),
- md. 128, 130 ve 131’deki cinsel özerkliğe karşı suçlar (md. 128 cinsel saldırı, md. 130 savunmasız kimselerin cinsel istismarı, md. 131 tutulu durumda (infaz ya da tedbirlerin infazı kurumu, eğitim kurumu, hastanenin kapalı bir bölümünde) bulunanların cinsel istismarı),
- md. 135’e göre çocukların, md. 136’ya göre hukukî denetim (velayet, vesayet gibi) altında bulunanların cinsel istismarı,
- md. 307, 308, 310 (masum kişilerin takibatı), md. 311’de sayılan (masum olana karşı ceza ya da tedbir uygulama) ve kamu görevinin icrasının yasallığına karşı işlenen suçlar,
- ayrıca mağdurun ağır psişik ezaya tabi tutulması.

Öte yandan, md. 309/2’ye göre, memuriyet sıfatı geçerli bir hukukî temelden yoksun olarak veyahut fail tarafından usulsuz olarak üstlenilmiş olsa dahi, fail memur sayılacaktır. Diğer bir deyişle, *de facto* memur gibi hareket edenler de suçun faili olabilecektir.

M. Peru

Peru Ceza Kanununda işkence suçu 21.2.1998 tarihinde yayımlanan 26926 s.K. ile ihdas edilen ‘insanlığa karşı suçlar’ başlıklı müstakil bir bölümde

düzenlenmektedir. Bu kanun ile Peru CK md. 319'a soykırım, md. 320'ye kişilerin zorla kaybedilmesi, md. 321'e ise işkence suçu dahil edilmiştir.

Mağdur ya da üçüncü bir şahıstan itiraf ya da bilgi elde etmek ya da işlediği veya işlediğinden şüphe edilen herhangi bir durum sebebiyle onu cezalandırmak veyahut ona gözdağı vermek ya da zorlamak amacıyla bir diğer kimseye, ister fiziksel ister zihinsel olsun ağır acı ya da eza veren veyahut kişiliğini yok eden ya da fiziksel ya da zihinsel yeteneğini azaltan koşul ya da yöntemlere tabi tutan memur, kamu hizmetlisi ya da bunların rıza ya da göz yummasıyla hareket eden herhangi bir kimse, hareketler fiziksel acı ya da psişik rahatsızlığa yol açmasa bile, beş yıldan on yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

Şayet fiil, mağdurun ölümüne veyahut ağır şekilde yaralanmasına (yaralamanın nitelikli haline) yol açar ve fail bu neticeyi öngörebilirse, verilecek ceza, ölüm durumunda sekiz yıldan yirmi yıla, nitelikli yaralama durumunda altı yıldan on iki yıla kadar hapistir.

Buna ilaveten, md. 322 hükmüne göre, 321. maddede öngörülen suçun işlenmesinde işbirliği yapan (iştirak gerekli değildir) bir tabip ya da herhangi sağlık mesleği mensubu da faillerle aynı cezaya çarptırılır.

N. Polonya

1997 tarihli Polonya Ceza Kanununun '*Barış ve İnsanlığa Karşı İşlenen Suçlar ve Savaş Suçları*' başlıklı bölümünde yer alan md. 123/2 hükmünde, silahlı çatışmayla bağlantılı olarak işkence, zalimane ve insanlık dışı muameleleri cezalandıran hüküm bir yana, md. 246'da bir kişiden belirli bir itiraf, açıklama ya da beyan elde etmek amacıyla ona karşı şiddet, yasa dışı tehdit kullanan veya diğer herhangi bir şekilde fiziksel ya da zihinsel olarak zulmeden memur ya da onun emrinde hareket eden kimseye bir yıldan on yıla kadar hapis cezası verileceği düzenlenmiştir.

Ayrıca, md. 247'ye göre yasal olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmış bir kimseye karşı şiddet kullananlar üç aydan beş yıla kadar hapis cezasına çarptırılır; şayet fiil özel bir acımasızlıkla işlenirse ceza bir yıldan on yıla kadar hapistir. Nihayet, yükümlülüklerine aykırı olarak mahpuslar hakkında zalimce davranan memurlara da aynı cezalar verilir.

O. Romanya

Romanya Ceza Kanunu, işkenceye adliyeye karşı suçlar arasında yer vermiştir. Burada yer alan tanım, 1984 BM Sözleşmesi md. 1'den alınmıştır. 'İşkence' başlıklı Rom. CK. md. 343'e göre, mağdur ya da üçüncü bir kişiden bilgi ya da itiraf elde etmek, kendisi ya da üçüncü bir şahsın işlediği ya da işlediğinden şüphelenildiği bir eylemden ötürü cezalandırmak, mağdura ya da üçüncü bir şahsa gözdağı vermek ya da ona baskı yapmak veyahut niteliği ne olursa olsun herhangi bir ayrımcılık türüne bağlı bir sebeple bir kimsede eza ya da ister fiziksel ister zihinsel yönden yoğun acıya kasten yol açan bir eylemi işleyen kamu görevlisi ya da resmi sıfatla hareket eden diğer herhangi bir kimse veyahut bu kimselerin tahriki ya da açık veyahut zımnî rızasıyla hareket eden şahıs, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

Eğer bu eylem md. 186-187'de yer alan sonuçlardan birine yol açmışsa, cezası beş yıldan on beş yıla kadar hapistir. Bu maddeler yaralama suçuna ilişkindir. İlkinde, altmış güne kadar tıbbi bakımı gerektiren yaralanmaya yol açan eylemler; md. 187'de ise, bundan uzun bir süre tıbbi bakım gerektiren bir yaralanmaya ya da bir duyu ya da organın kaybı ya da işlevini yitirmesi, daimi bir fiziksel ya da zihinsel sakatlık, çocuğun alınması (düşmesi) ya da hayati tehlikeye yol açan yaralama eylemleri sayılmıştır. Rom. CK md. 343/3 uyarınca, işkence mağdurun ölümüne yol açmışsa, faile ömür boyu hapis veyahut on beş yıldan yirmi beş yıla kadar hapis cezası verilir.

Rom. CK md. 343/4'te ise, uluslararası hukuk ve insan hakları hukuku

tarafından ortaya konulmuş olan bir anlayış kanunlaştırılmıştır. Buna göre, niteliği ne olursa olsun hiçbir istisnai durum, ne savaş durumu ne savaş tehdidi ne iç siyasî istikrarsızlık ne de diğer bir istisnai durum, işkenceyi meşrulaştırmak için öne sürülemez; ayrıca, kanun hükmünü icra ya da yetkili merciin emrini ifa sebeplerine de dayanılamaz.

Son olarak, md. 343/5'in getirdiği açıklığa göre münhasıran yasal yaptırımların sonucu ya da bunlarda mündemiç olan acı ve eza, işkence suçu kapsamında değerlendirilemez.

P. Sırp Cumhuriyeti

Burada, Sırbıstan-Karadağ'ın kurulmasından önceki Sırp Cumhuriyeti CK'sını inceleyeceğiz.

1 Ekim 2000'de yürürlüğe giren 31 Temmuz 2000 tarihli Sırp Cumhuriyeti Ceza Kanununda, işkence yasağına bir infaz hukuku ilkesi olarak yer verilmişti. Gerçekten, 'cezaların infazında sınırlamalar' başlıklı Sırp CK md. 105/2 hükmüne göre, ceza hükmü infaz edilmekte olan hiçbir kişi işkence veyahut diğer tür zalimane, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muameleye tabi tutulamaz. Böyle bir muameleye tabi tutulma durumunda, ilgili kişinin hakları mahkeme tarafından güvence altına alınmalıdır.

İşkenceye gelince, bu suç tipi 'Resmi göreve karşı işlenen suçlar' arasında, md. 348'de 'Zorla ifade alma' başlığı altında düzenlenmişti. Buna göre, görevinin ifasında, sanık, tanık, bilirkişi veya diğer herhangi bir kimseden ifade veya diğer bir beyan elde etmek amacıyla kuvvet, tehdit veya diğer yasak araç ve metodlar uygulayan görevli altı aydan beş yıla kadar cezalandırılır. Eğer ifade ya da beyan ağır şiddetle elde edilmiş veyahut sanık için ceza kovuşturmasında özellikle zararlı sonuçlar doğurmuşsa, ceza bir yıldan sekiz yıla kadardır.

'*Resmi mevki ya da yetkinin kötüye kullanılması suretiyle insan haysiyetinin ihlali*' başlıklı 349. maddeye göreyse, görevinin ifasında mevki ya da yetkisini kötüye kullanarak bir kimseye ağır şekilde fena muamele eden, korkutan, bedensel zarar veren veya bir diğerine genel olarak haysiyetini tahkir edici şekilde davranan memur, üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılırdı.

Böylece, özel kasta tabi ve adliyenin korunduğu bir 'Zorla ifade alma suçu'na[1149] ve kamu idaresinin güvenilirliğinin korunduğu ve kamu görevlilerinin diğer maddi-manevi kötü muamelelerini cezalandıran, genel kasta tabi tali ve tamamlayıcı bir suç tipine yer verilmişti.

Eziyet gibi genel bir suç tipine yer verilmediği için, özel kimselerin fiilleri bakımından başta md. 134-135'teki hafif bedensel yaralama-ağır bedensel yaralama, md. 143'teki cebir-tehdit, md. 147'deki kötü muamele (ki genel bir suç tipidir), md. 174'teki sövme suçları olmak üzere, hareketin niteliğine göre özel hükümler kısmındaki çeşitli suç tiplerine göre işlem yapılacaktı.

Öte yandan, bir çok suç tipi bakımından eylemin işkence olarak nitelendirilebilecek bazı davranışlar aracılığıyla gerçekleştirilmesi suçun nitelikli hali olarak öngörülmüştü. Kanunun 128. maddesinin 1. fıkrasının ilk bendine göre, kasten öldürmenin zalimane ya da sinsice (haince) gerçekleştirilmesi, ağırlatıcı sebeptir. Keza md. 144/2'ye göre adam kaldırma suçunun, md. 145/3'e göre özgürlüğü sınırlama suçunun zalimane tarzda işlenmesi; md. 183/2'ye göre ırza geçme (nitelikli cinsel saldırı) suçunun, md. 184/2'ye göre savunmasız olan kimseye karşı cinsel saldırı (ırza geçme veya diğer cinsel davranış) suçunun, md. 185/4'e göre de söz konusu cinsel suçların bir çocuğa karşı özellikle gaddarca ya da küçük düşürücü tarzda işlenmesi, cezanın arttırılmasını gerektirirdi.

Ayrıca, 'intihara teşvik ve yardım' başlıklı 132. maddenin 4. fıkrasına göre her kim, bir şekilde kendisine tabi ya da bağımlı bir kimseye gaddarca ya da insanlık

[1149] Fakat bu suç tipi de kanun sistematiğinde, 'görev suçları' arasında düzenlenmiştir.

dışı davranır ve bu davranış, o kimsenin failin ihmaline yüklenebilir bir intiharı işlemesine yol açarsa, faile altı aydan beş yıla kadar hapis cezası verilirdi.

Ayrıca md. 433-435'te, savaş suçu olarak işkenceye, md. 441'de de yaralı, hasta ve savaş esirlerine zalimce davranma suçuna yer verilmişti.

Q. Ukrayna

1 Eylül 2001'de yürürlüğe giren Ukrayna Ceza Kanununun '*Kişinin hayatı ve sağlığına karşı işlenen suçlar*' başlıklı bölümünde konumuzla ilgili bir çok suç tipine yer verilmiştir.

Bir kere, kasten öldürme suçu bakımından fiilin özel bir gaddarlıkla işlenmesi cezanın arttırılmasını gerektiren nitelikli haldir ve bu durumda hükmolunacak cezanın alt sınırı yedi yerine on yıldır (üst sınır ise on beş yıl hapistir).

Özbek CK'sında olduğu gibi, Ukr. CK'sında da, aralarında zalimane muamele ve insan haysiyetinin sistematik olarak küçük düşürülmesinin de bulunduğu birtakım vasıtalarla bir kimseyi intihara ya da buna teşebbüse sevk etmek, suç olarak düzenlenmiştir (md. 120).

Ukr. CK'sının 121. maddesinde ise, kasten yaralamanın nitelikli hali düzenlenmiştir (kasıtlı ağır bedensel zarar verme). Bundan maksat, işlendiği zaman hayati tehlike yaratan veyahut bir organın veya işlevlerinin kaybı, çalışma gücünün en az 1/3'ünün devamlı kaybı eşliğinde zihinsel hastalık ya da sair sağlık bozukluğu, hamileliğin kesilmesi, çehrede daimi değişiklik neticesine yol açan yaralamadır. İşte md. 121/2'ye göre, önemli derecedeki işkence nitelikli hareketleri içeren bir yöntemle bu bedensel zararlara yol açılırsa, hapis cezası yedi yıldan on yıla kadardır.

İşkence suçu ise, 'Kişinin yaşam ve sağlığına karşı suçlar' arasında md. 127'de düzenlenmiştir. Fakat ilk önce, işkence düzeyine varmayan bazı kötü

muameleleri düzenleyen md. 126 hükmüne değinmek gerekir. Ukr. CK md. 126'ya göre, fiziksel acıya yol açıp bedensel sakatlık doğurmayan darp, kötü muamele veya diğer şiddet eylemlerini işleyen fail, vergi hariç elli asgari ücret tutarı kadar para cezası veyahut iki yüz saate kadar topluluk hizmeti veyahut bir yıla kadar ıslah edici çalışma cezasına çarptırılır. Ancak, md. 126/2'ye göre bu eylemler işkence niteliğinde olup birden fazla insanın oluşturduğu grup tarafından ya da mağdur veyahut akrabalarına gözdağı vermek amacıyla işlenirse, beş yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmolunur.

Ukr. CK. md. 127'ye gelince, işkence suçu, mağduru ya da diğer bir kimseyi iradesine aykırı davranmaya teşvik etmek üzere, o kimseye kasten ağır fiziksel eza ya da fiziksel veyahut zihinsel acı verilmesidir. Fiilin cezası üç yıldan beş yıla kadar hapistir. Şayet eylem tekrarlanırsa veyahut önceden tasarlanarak birden çok kimse tarafından işlenirse, cezası beş yıldan on yıla kadar hapistir.

Son olarak, diğer bazı kanunlarda olduğu gibi Ukr. CK'sında da, şiddet ve zalimliğin (acımasızlığın) propagandasını yapan eserlerin ithali, üretilmesi ve dağıtılması suç olarak düzenlenmiştir.

R. Venezüela

28.3.2000 t. 36920 s.lı RG'de yayımlanan Venezüela Ceza Kanununda ise, özel bir suç tipi olarak işkenceye çok dar bir kapsamda yer verilmiştir. 'Kişi özgürlüğüne karşı cürümler' bölümü altında düzenlenen md. 182/2'ye göre, tutulan bir kimseye karşı insan haysiyetini tahkir eden, küçük düşüren hareketler, işkence veyahut maddi ya da manevi ihlaller gerçekleştiren muhafızlar ya da bunları icra etme emrini verenler üç yıldan altı yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

§ 4. TÜRK CEZA HUKUKUNDA İŞKENCEYE BENZER SUÇ TİPLERİ

Bu bölüm altında, gerek 765 sayılı eski gerekse 5237 sayılı yeni TCK'da

düzenlenmiş olan işkence suçuna benzer suç tiplerini kıyaslayarak ele alacağız.

Her ne kadar 765 sayılı TCK, 1 Haziran 2005 itibariyle yürürlükten kalkmış olsa da, bir çok konuda fail lehine hükümler içerdiği için bu tarihten önce işlenmiş olan fiillere uygulanmaya devam edecektir. Bu açıdan 765 sayılı TCK'ya ayrıca yer vermek zorunludur.

Öte yandan, 765 ve 5237 sayılı kanunlarda yer verilen işkence suçunun yapısı ve düzenlenen yakın suç tipleri oldukça farklı bir yapı gösterdiğinden her iki kanunu ayrı ayrı ele almayı uygun gördük. Bununla birlikte, 765 sayılı TCK bakımından özet açıklamalara yer vermekle yetineceğiz.

I. 765 SAYILI TCK BAKIMINDAN

765 sayılı TCK md. 243'teki işkence suçuna benzer suç tipleri olarak keyfi muamele etmek (ETCK md. 228/1), sert muamele etmek (ETCK md. 228/2), kötü muamele (ETCK md. 245) ve müessir fiil (ETCK md. 456) suçları ele alınabilir.

A. Keyfi Muamele Etmek Suçu (ETCK md. 228/1)

765 sayılı TCK'nın 228. maddesinin birinci fıkrasına göre: *'Devlet memurlarından her kim bir şahıs veya memur hakkında memuriyetine ait vazifeyi suiistimal ile kanun ve nizamın tayin ettiği ahvalden başka suretle keyfi bir muamele yapar veya yapılmasını emreder veya ettirirse altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu muamelede hususi maksat veya siyasi saik veya sebep mevcut ise cezası üçte birden yarıya kadar artırılır'*.

Gerek ETCK md. 243'teki işkence gerekse ETCK md. 228/1'deki 'keyfi muamele etmek' (ve bu arada 228/2'deki 'sert muamele etmek') suçu memurlar tarafından ve görev ile yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmektedir. Fakat 765 s. TCK md. 243'teki suç, sadece belirli memurlar ('ifade almaya ya da

sorgulamaya yetkili memurlar') tarafından işlenebilmektedir.

Keyfi muamele suçunu (ETCK md. 228/1), işkenceden ayırt eden bir husus suçun maddî unsuruydu. Gerçekten, keyfi muamele suçunda mağdurun bir hak ya da menfaati zarara uğratılsa da kişilerin vücuduna yönelik maddî bir saldırı yoktur[1150]. Oysa ETCK md. 243'teki işkence doğrudan fiziksel müdahalelerle de işlenebilmektedir.

Öte yandan, ETCK md. 243'te mağduru mahsus bir suç söz konusuydu, zira sadece maddede sayılan kimseler (mağdur, şahsî davacı, müdahil, tanık) bu suçun mağduru olabilirdi. Oysa ETCK md 228/1'deki suçun mağdur herkes olabilmekteydi[1151].

Nihayet, 765 s. TCK md. 243'teki işkence suçunun oluşumu maddede belirtilen özel kasta tabiyken, keyfi muamele etmek suçunun genel kastla işlenmesi mümkündü.

B. Sert Muamele Etmek Suçu (ETCK md. 228/2)

765 s. TCK'nın 228. maddesinin ikinci fıkrasına göre, *'Memuriyetinin icrasında lüzumsuz yere sert muamelelerle bir şahsın kanun hükmüne veya hükümetin emirlerine itaat etmemesine sebep olan memur dahi aynı ceza ile cezalandırılır'*dı.

Bir kez, işkencedeki durumun aksine, md. 228/2 bakımından suçun faili herhangi bir memur olabilmektedir.

Ayrıca, 765 s. TCK md. 228/2'deki sert muamele etmek suçunun gerçekleşebilmesi için, memurun görevini icra ederken başvurduğu bu 'lüzumsuz

[1150] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 7; **EREM,** Şerh, s. 1348-1349; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 467; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 140-141; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 60, 214.
[1151] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 214.

yere sert muamele' nedeniyle, mağdurun kanuna veya hükumetin emirlerine itaat etmemiş olması gerekliydi[1152]. Oysa, işkence suçunda maddî unsuru oluşturabilecek seçimlik hareketler sayılmıştır.

Öte yandan ETCK md. 228/2 bakımından, sert muamelenin mutlaka cebirle gerçekleştirilmesi gerekmez. Memurun görevini yerine getirirken mağduru tehdit ya da tahkir etmesi, hatta görev gerekleri ve örf kurallarıyla bağdaşmayacak gereksiz davranışlarda bulunması gibi hareketler de yeterlidir[1153].

Nihayet, sert muamele etme suçunun manevî unsuru da genel kasttan ibarettir[1154]. Oysa işkencede suçun manevî unsuru özel kasttan ibarettir.

C. Kötü Muamelede Bulunma Suçu (ETCK md. 245)

765 s. TCK'nın 245. maddesine göre: *'Kuvvei cebriye imaline memur olanlar ve bilumum zabıta ve ihzar memurları memuriyetlerini icrada ve mafevkinde bulunan amirinin emrini infazda kanun ve nizamın tayin ettiği ahvalden başka surette bir kimse hakkında suimuamele veya cismen eza verecek hale cüret eder yahut o kimseyi darp ve cerheylerse üç aydan üç seneye kadar hapis ve muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezaları ile cezalandırılır. Eğer işlediği cürüm bu fiillerin fevkinde ise o cürümlere terettüp eden ceza üçte birden yarıya kadar artırılır'*dı.

Görüldüğü gibi işkence suçu, ETCK md. 245'teki 'kötü muamele' suçundan da farklıdır.

Bir kere, ETCK md. 245'teki suç sadece 'kuvvet kullanmaya yetkili' memurlar tarafından işlenebilmekteydi[1155], oysa işkence suçunun faili bakımından

[1152] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 7; **EREM,** Şerh, s. 1351; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 467; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 389.
[1153] Bkz. **ÖNDER,** Ceza Özel, s. 193; **ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 219; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, Ceza Özel, s. 434-435; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 61.
[1154] Bkz. **ÖNDER,** Ceza Özel, s. 193; **EREM,** Şerh, s. 1351; **ARTUK/ GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 435; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 61; aksi görüşte **ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 225.
[1155] Bkz. **ÖNDER,** Ceza Özel, s. 225-226; **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 8; **ERMAN/ÖZEK,** Kamu

böyle bir özellik aranmamaktaydı. Buna karşılık işkence suçu ise, sadece ifade ve sorguya yetkili memurlar tarafından işlenebilmekteydi[1156].

Çok önemli bir farklılık, ETCK md. 245'teki suçun manevî unsurunun genel kasttan ibaret[1157] olmasıydı.

Öte yandan, bize göre her iki suçun maddî unsurunu oluşturan hareketler nicelikleri itibariyle de birbirinden farklıydı. Gerçekten de, ETCK md. 245'te '*suimuamele*', '*cismen eza verme*' ve '*darp ve cerh*'ten söz edilmektedir. Bunlar, dövme, yaralama (darp ve cerh) ile '*bedende az veya çok duyulan her türlü fiziki acıyı*' ifade etmekteydi (bir kez tokat atma gibi)[1158]. Oysa, işkence suçu açısından sadece belirli ağırlık düzeyine ulaşmış boyuttaki darp, cerh ve cismanî eza verici hareketler madde kapsamına girebilirdi. Diğer bir deyişle, 765 s. TCK md. 245'in maddî unsurunu oluşturmaya yeterli her bedenî müdahale, aynı zamanda ETCK md. 243 kapsamındaki bir hareketi teşkil etmeyebilirdi. Hareketin ETCK md. 243'e girmesi, daha vahim ağırlıkta ihlâlleri gerektirirdi[1159].

D. Kasten Müessir Fiil Suçu (ETCK md. 456)

İdaresi, no. 445; **EREM,** Şerh, s. 1396; **ARTUK/ GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 495 vd; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 61.

1156 '*Sanıkların bir ırza geçme olayı nedeniyle emniyete getirilmesi gereken müdahili alıp sorgulamaya yetkili bulunmayan Yedikule Karakoluna götürerek kişisel nedenlerle 10 gün iş ve gücünden kalacak şekilde darp etmiş oldukları ve eylemlerinin böylece TCK.nun 245. maddesine uyduğu…*', Y. 8. CD. 28.2.1998, 13081/17810, bkz. **MALKOÇ, İsmail,** Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Cilt, Ankara 2002, s. 2010. '*Adli görevlerinin gereği olarak, hırsızlık suçundan göz altına aldıkları mağdur Lami'ye suçunu söyletmek için on gün iş ve gücünden kalacak biçimde darp eden ve çeşitli işkence yöntemleri uygulayan sanıkların eylemlerinin TCK.nun 243. maddesinde tanımlanan suçu oluşturduğu gözetilmeden ... aynı yasanın 245. maddesiyle uygulama yapılması ... bozmayı gerektirmiştir*', bkz. **PARLAR, Ali/ DEMİREL, Güleç,** Açıklamalı – İçtihatlı Kişilerin Hayatına ve Beden Bütünlüğüne Karşı Suçlar, Ankara 2002, s. 829-830.

1157 Bkz. **EREM,** Özel Hükümler, s. 431; **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 8; **ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 453; **ARTUK/ GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 500; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 194, 207; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 390; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 62-63.

1158 Bkz. **BAYRAKTAR,** s. 188.

1159 '*TCK.nun 243. maddesi cürüm söyletmek için yapılan her darbı bu madde kapsamında görmeyip, darbın işkence niteliğinde oldupu taktirde bu maddeye (;) değilse ve diğer şartları varsa TCK.nun 245. maddesine gireceğini öngörmüştür. Zira kanun koyucu darbı TCK.nun 245. maddesinde zikrettiği halde 243. maddeye bu kelimeyi almayıp işkence edilmekten bastmektedir...*', Y. 8. CD., E. 1987/1202, K. 1987/6631), bkz. **SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU,** 2. Cilt, s. 2529-2530.

Son olarak, 765 s. TCK'daki işkence suçu, maddî unsur itibariyle benzeştiği müessir fiil (TCK md. 456 vd.) suçundan da farklıydı. Her iki suç tipinin maddî unsuru, bedensel veya zihinsel acı ya da eza vermekle oluşabilmekteydi.

Bu açıdan, işkencenin müessir fiile göre çoğunlukla daha ağır ihlallerden oluşması nedeniyle maddi unsur bakımından ayırt edilebildiği görüşüne[1160] katılmıyoruz. 1997 TCK Tasarısı madde gerekçesinde, işkence suçu ile, neticesinden bağımsız olarak şiddet ifade eden hareketin cezalandırıldığı, etkili eylemle olan farkı da bu özelliğin oluşturduğu söylenmekteydi[1161]. Fakat bununla kast edilen, işkence nitelikli eylemin müessir fiil neticesine yol açması gerekmediğiydi; yoksa işkencenin daha ağır hareketlerden oluştuğu değil. Gerçekten, bir kişinin bacağını sakat bırakma, kolunu koparma veya gözünü çıkarma (uzvun devamlı zaafı (sürekli zayıflaması) ya da tatili (işlevini yitirmesi); komaya sokma (hayatî tehlike/bitkisel hayata sokma), çocuğunun düşmesine neden olma gibi müessir fiil (yaralama) teşkil eden hareketlerin; çırılçıplak soyarak sorgulamak, işkence yapacağı tehdidinde bulunmak, koltuk altına kaynar yumurta koymak gibi işkence teşkil eden hareketlerden daha hafif olduğu söylenemez. Kaldı ki, işkenceden bahsedebilmek için şiddet kullanılması da gerekmez.

Bu nedenle, 765 sayılı TCK bakımından kanaatimizce tek sağlam kıstas, işkence suçu açısından özel bir kastın varlığını gerektiren manevî unsur ve buna bağlı olarak faili ve mağduru mahsus bir suçun söz konusu olmasından ibaretti. Zaten işkenceyi ayırt edici unsur, uygulanan muamele ile güdülen amaç arasındaki illiyet bağı[1162], yani fiilin işlendiği bağlamdır.

II. 5237 SAYILI TCK BAKIMINDAN

5237 s. TCK bakımından işkence ile kıyaslanması gereken suç tipleri olarak eziyet (md. 96), kasten yaralama suçu (md. 86) ve zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu (md. 256) gösterilebilir.

[1160] Bu görüş için bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 64.
[1161] 1997 TCK Tasarısı, Madde Gerekçeleri, s. 64 (md. 139).

A. Eziyet Suçu (YTCK md. 96)

1. Genel Olarak

1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın md. 96 hükmü şöyledir:

'(1) Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Yukarıdaki fıkra kapsamına giren fiillerin;

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

b) Üstsoy veya altsoya, babalık veya analığa ya da eşe karşı,

İşlenmesi hâlinde, kişi hakkında üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur'.

YTCK'daki en 'ilginç' maddelerden biri eziyet suçuna ilişkin bu düzenlemedir. Anayasamızın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında 'işkence ve eziyet' yapmak yasaklanmıştır. Anayasanın mantığı gereği, soyut olarak ifade edilen bu yasak hiçbir şekilde somutlaştırılmadan, bir suç tipi olarak YTCK'ya monte edilmiştir.

5237 s. TCK md. 96'daki suç tipinin 1995 tarihli İspanyol Ceza Kanunu md. 173'ten esinlendiği anlaşılmaktadır. Fakat, İspanyol CK'sının söz konusu hükmü İspanyol Yargıtayı tarafından 'belirsiz' bulunduğu gibi, doktrine göre de yanlış bir yasa yapma tekniği örneğidir[1163].

2. Eziyet Suçunun Unsurları ve İşkenceden Farkı

Eziyet suçuyla korunan hukukî yarar, insan onuru ile kişinin vücut dokunulmazlığı, şeferi ve iç huzuru gibi değerleri de kapsayan maddî ve manevî bütünlüğüdür[1164].

[1162] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 215.

[1163] Bkz. **SANZ,** s. 4.

[1164] Bkz. **SOYASLAN, Doğan,** Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara 2005, s. 159 ('SOYASLAN, Ceza Özel, 5. Baskı'); **ARSLAN, Çetin/ AZİZAĞAOĞLU, Bahattin,** Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004, s. 428.

İşkence suçundan farklı bir nokta olarak, suçun faili herhangi bir kimse olabilmektedir. Buna karşılık, kamu görevlisinin görevi gereği işlediği ve mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine ya da aşağılanmasına yol açacak hareketlerin işkence suçu kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir[1165]. Böylece, işkence suçu ile eziyet suçu arasındaki tek farklılık da bu olmaktadır.

Suçun mağduru olabilecek kimseler bakımından da bir kısıtlama söz konusu değildir. Bununla birlikte, suçun belirli kişilere karşı (çocuk, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişi, gebe kadın, üstsoy veya altsoy, babalık veya analık ya da eş) işlenmesi durumunda suçun nitelikli hali oluşacaktır.

YTCK md. 96'nın metninden eziyetin ne olduğunu anlayabilmek mümkün değildir, suçun maddî unsuru hiçbir şekilde tanımlanmamıştır[1166]. Eziyetin sözlük anlamı, 'aşırı güçlük ve sıkıntı, üzgü, cefa, zahmet, zulüm'dür. Gerekçeye göre, '*Eziyet olarak, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulması gerekir*'. İleride göreceğimiz gibi, YTCK md. 96'daki işkence suçunun maddî unsuru da neredeyse aynıdır[1167]. Bu durumda, suçun maddî unsuru bakımından işkence

[1165] Bkz. **AVCI, Mustafa**, 'TCK, Tasarılar ve 2004 TCK Tasarısı'nın Genel Olarak Değerlendirilmesi', Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap – Makaleler, Görüşler, Raporlar (editör: Teoman Ergül), TBB Yayınları: 71, Ankara 2004, s. 217; **ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU,** s. 428.

[1166] Aynı yönde **ARTUK, Mehmet Emin / ÇINAR, Ali Rıza**, 'Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler', Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap – Makaleler, Görüşler, Raporlar (editör: Teoman Ergül), TBB Yayınları: 71, Ankara 2004, s. 80; **AVCI,** Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, s. 217; **TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan**, 'DEÜ Hukuk Fakültesi TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu', Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap – Makaleler, Görüşler, Raporlar (editör: Teoman Ergül), TBB Yayınları: 71, Ankara 2004, s. 350; **YURTCAN**, **Erdener,** Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu, İstanbul, Kasım 2004, s. 203 ('**YURTCAN**, YTCK'). Bu düzenlemenin kanunîlik ilkesine aykırı olduğu yönünde bkz. **TOROSLU, Nevzat/ ERSOY**, **Yüksel**, 'Kanunlaşmaması Gereken bir Tasarı', Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap – Makaleler, Görüşler, Raporlar (editör: Teoman Ergül), TBB Yayınları: 71, Ankara 2004, s. 16; **YARSUVAT, Duygun / BAYRAKTAR, Köksal / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, '**Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu', Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap – Makaleler, Görüşler, Raporlar (editör: Teoman Ergül), TBB Yayınları: 71, Ankara 2004, s. 308.

[1167] O halde, bu tanıma neden madde metninde yer verilmediğini anlamak güçtür, bkz. benzer eleştiri için **ÜZÜLMEZ,** HA 5, s. 245.

suçuna göre değerlendirme yapmak gerekir. Gerçekten de, işkenceyi tanımlayan md. 94'te ayrıca yer alan '*algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesi*' şeklindeki seçimlik hareket dışında, kanun koyucu eziyet suçunun maddî unsurunu işkence paralelinde öngörmüştür. Buna karşılık, ihmali davranışla eziyetin yapılması ihtimaline yer verilmemiştir[1168].

Türk Ceza Hukuku bakımından yol gösterici olacak önemli bir hüküm, kanun koyucumuzun esinlendiği anlaşılan İspanyol CK md. 173 hükmüdür. Söz konusu hükme göre '*her kim, diğer bir kimsenin manevî bütünlüğünü ağır şekilde azaltacak şekilde onu küçük düşürücü (alçaltıcı) bir muameleye maruz bırakırsa, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır*'. Bu suç tipinde mağdur, objektif olarak aşağılayıcı ya da eza verici eylemler aracılığıyla insan olma vasfının gerekli kıldığı düzeyin objektif olarak altında kalan ve kişiliğinin derhal veyahut ileride gelişebilmesi için gerekli olan dengeye olumsuz etki edebilecek muamelelere tabi kılınmaktadır[1169]. Suç tipinin içeriği, kişiyi terzil eden, küçük düşüren, saygınlığını zedeleyen, yani genel olarak mağduru başlı başına bir amaç olarak değil de, bir nesne gibi kullanıp araç haline getirerek manevî bütünlüğünü zedeleyen tüm davranışları kapsamaktadır[1170].

Bu hükmün kapsamı konusunda çok önemli bir içtihat, *Tribunal Supremo*'nun (İspanyol Yargıtayı) STS 2101/2001 sayılı kararıdır. İçtihada konu olan olay, 1998 Haziranında gerçekleşip gece saat on ile ertesi günün sabahına kadar devam eden bir eylemler serisidir. Yetişkin dört kardeş (*David, Óscar, Víctor* ve *Andrés*) ile anneleri (*Elvira*), kardeşlerin teyzesi olup orta düzeyde zeka geriliğine sahip olan altmış dokuz yaşındaki mağdureye (*Angelina*) karşı aşağıdaki davranışları gerçekleştirmişlerdir[1171]:

a) Mağdurenin zorla elbiselerini çıkartıp çıplak bıraktıktan sonra yumruklarla ve bastonla vücudunun bütününe çeşitli darbeler indirmiş; orada bulunan başka bir adamın iradesi hilafına onun poposunu yalamaya zorlamış; aynı adam boşalana kadar

[1168] Bunun eleştirisi için bkz. **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 160.
[1169] Bkz. **PÉREZ MACHÍO**, s. 17, dn. 61.
[1170] Bkz. **PÉREZ MACHÍO**, s. 51.

cinsel organını emmeye zorlamışlardır. Bu sırada failler, mağdureye 'o….pu' diye küfretmekte, ona gülmektedirler. Ayrıca her dört fail mağdurenin üzerine işemiştir; ardından, mağdurenin üstüne bir kova su dökmüşlerdir;
b) Diğerlerinin alayları ve kahkaları arasında Victor, Angelina'yı kendi vajinasına bir sopa sokmaya zorlamıştır; bu durum mağdurenin genital organlarında aşınmalara yol açmıştır;
c) Mağdureyi, Oscar boşalana kadar ona oral seks yapmaya zorlamışlardır;
d) Devamında Victor, Angelina'nın suratına, dışkısını tutamama sorunu olan Oscar'ın dışkısıyla lekeli bir mendili sürtmüştür;
e) Dört kardeş mağdureyi mutfağa kadar sürüklemiş ve derisine yanmakta olan sigara bastırmışlardır; eylem mağdurenin omzu ve sol kolunda birer cm. çapında iki yanığa yol açmıştır. Ayrıca Victor bir sopa almış ve eylemi simüle ederek (gerçekleştirir gibi yaparak) sopayı onun anüsüne sokacağını söylemiştir;
f) Nihayet, ertesi günün sabahında mağdureyi yüz üstü yere fırlatmışlar, Victor bir ayağını mağdurenin boynuna koymuş, Elvira aynı zamanda ona tekme atıp 'o….pu' demiş ve Elvira ile David, gelecek ay daha fazla para vermediği taktirde ona tekrar aynısını yapacaklarını söylemişlerdir. Bundan sonra, mağdure Angelina, Victor'un açmış olduğu kapıdan kaçmayı başarmıştır.

İlk derece mahkemesi, İsp. CK. md. 179'da öngörülen cinsel saldırı suçunun üç kez uygulanması ve cezanın md. 180/1 (uygulanan şiddet ya da korkutmanın özellikle küçük düşürücü ya da eza verici nitelik taşıması) ve md. 180/2'deki (eylemin birlikte hareket eden üç ya da ziyade kişi tarafından işlenmesi) nitelikli haller dikkate alınarak arttırılması; ayrıca bir yaralama suçu, bir de tehdit suçundan (md. 169) hüküm kurulmasına karar vermiştir. Buna karşılık, md. 173'ün uygulanması reddedilmiştir.

Temyiz aşamasında, mağdurenin suratına dışkılı bir mendili sürtmenin ve alaylar arasında üstüne işemenin cinsel özgürlüğe karşı suçlardan bağımsız olarak değerlendirilmesi gereken ve md. 173 kapsamına giren, ağır şekilde aşağılayıcı

[1171] Bkz. **SANZ,** s. 3.

muamele teşkil ettiği öne sürülmüştür. Yargıtay bu savı reddetmiştir. Buna karşılık, md. 22/5'teki genel ağırlatıcı sebebin (mağdurenin acısını kasten ve insanlık dışı şekilde artırarak onda suçun işlenmesi bakımından gerekli olmayan ezaya yol açmak) cinsel suçlar bakımından ayrıca uygulanmasına karar verilmiştir[1172]. İspanyol Yargıtayının bu sonuca varırken kullandığı argümanlar şu şekilde özetlenebilir[1173]:

A. Mağdureye karşı insan dışkısı kullanılması, ilk derece mahkemesi tarafından takdir edilen suç tiplerinin içermediği bir aşağılama ve hakaret teşkil etmektedir.
B. Fakat bu küçük düşürme durumu md. 173'ün uygulanmasına yol açamaz[1174], çünkü:
i. Bu norm, 1995 CK'sının parlamenter tartışmaları sırasında yetkin kimselerce belirtildiği üzere belirsizdir;
ii. Şerefe karşı suçlar zaten kişi haysiyetine saldırı suçlarına cezaî tepkiyi vermektedir;
iii. Maddedeki 'manevî bütünlük' (*integridad moral*) ifadesi isabetli değildir, çünkü '*dış saldırıların hedefi olarak tasavvur edilmesi kolay olmayan bir değere*' işaret etmektedir, zira asıl olarak sadece süjenin kendi davranışı tarafından etkilenmesi mümkün olabilecek bir kişi durumuna işaret ettiği gözükmektedir;
iv. Doktrin, md. 173'teki tipik davranışı nitelendirmede zorluklar yaşamaktadır. Manevi bütünlüğü zedelemeyi, karar verme yeteneği ya da şahsın bir araç olarak kullanılması gibi durumlarla benzeştirme çabaları ikna edici değildir, çünkü her iki durumda da söz konusu özgürlükleri koruyan suç tipleri konusunda karışıklık vardır;
v. Küçük düşürücü muameleyi, '*insan haysiyetini etkilemek suretiyle onu rezil etmek, şerefini alçaltmak, küçük görmek ya da küçük düşürmek*' şeklinde yorumlayan anlayış da ikna edici değildir, çünkü manevi bütünlük ile şerefi üst üste bindirmektedir (çakıştırmaktadır);
vi. Mukayeseli hukukta benzerden yoksun bir suç tipidir[1175];

[1172] Bkz. **SANZ,** s. 3.
[1173] Bkz. **SANZ,** s. 4.
[1174] Aksi görüşte **SANZ,** s. 6.
[1175] Bir görüşe göre, Fransız, Portekiz ve Kolombiya kanunlarında benzer hükümler mevcuttur, bkz. **SANZ,** s. 5.

vii. Bu suç tipi ile hakaret suçları arasındaki cezanın ağırlığı bakımından var olan farklılık sebebiyle, 173. maddenin uygulanabilmesi için '*eylemin tahkir edici niteliği ya da karar verme özgürlüğünden mahrum edilme*' yeterli değildir;

C. Buna bağlı olarak, md. 173'ün uygulama kapsamı, küçük düşürmenin kayda değer ve uzun süreli bir devamlılığa (belirli sürekliliğe) sahip olduğu ve bu davranışa eşlik eden suçların nitelikli halleri de dikkate alındıktan sonra tespit edilecek cezanın bu eylemin ağırlığını karşılayamadığı hallerle sınırlı kalacaktır.

D. Buna karşılık, eylemin ağırlığı, özellikle '*mağdura verilen acının kasten ve insanlık dışı şekilde arttırılması*' şeklinde bir genel ağırlatıcı sebeple karşılanabilirse, bu nitelikli hale başvurulmalıdır (İsp. CK. md. 22'de yer alan bu nitelikli halin benzeri bizim kanunumuzda olmadığı için, bu son değerlendirme elbette Türk Ceza Hukuku açısından uygulanabilir değildir).

O halde, söz konusu içtihat ile İspanyol Yargıtayı, md. 173'ün uygulama alanını fiilen sıfıra indirgemiştir. Türk Ceza Hukuku açısından, eziyet suç tipinin İspanyol CK'sına nazaran uygulanabilirliğini arttıran tek unsur, bizde İsp. CK md. 22'dekine benzer türden genel bir nitelikli halin öngörülmemiş olmasıdır. Bunun sonucunda, yaralama, cinsel saldırı, tehdit gibi klasik suç tiplerini oluşturan eylemler, insan onurunu da zedeleyecek şekilde ika edilmişse, eziyet suç tipiyle korunan hukukî yararın da ayrıca ihlal edildiği söylenebilecektir. Fakat bu durumda dahi, suçların içtimaı ilkeleri gereği, eylemin ayrıca eziyet suç tipi çerçevesinde cezalandırılabilirliği tartışmalı olacaktır.

YTCK'nın madde gerekçesine göre eziyet teşkil eden fiiller, '*ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler*'[1176]. Sade vatandaş açısından, YTCK md. 86'daki yaralama suçu ile eziyet suçunu ayırt eden unsur, fiillerin işlenişindeki bu sistematik unsurdur[1177]. Vücut dokunulmazlığını ihlal eden hareketlerin ani bir şekilde gerçekleştirilmesi halinde ise yaralama suçu

[1176] Bir görüşe göreyse, 'kişilere karşı aşırı sıkıntı veren her türlü hareketle bu suç işlenebilir', bkz. **ÜZÜLMEZ,** HA 5, s. 244.

[1177] Bu bakımdan Soyaslan'a göre mütamadî bir suç söz konusudur, bkz. **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 159. Kesintisiz suçu, neticenin bir süre devam etmesi olarak anladığımız ve eylemlerin zaman bakımından belirli bir sürece yayılmasını bu kapsamda görmediğimiz için, bu tespite katılamıyoruz.

oluşacaktır[1178].

Sistematik olma ne demektir? Uluslararası insan hakları ve uluslararası ceza hukukunda anlaşılanın aksine, sistematik olmadan bahsedebilmek için fiillerin, ister resmî isterse özel kişilerin bir politikası ya da planı çerçevesinde işlenmesi gerekmez[1179]. Buna karşılık, mağdura karşı yapılan birden fazla saldırının, genel bir tavır çerçevesinde gerçekleştirilen davranışlar bütününün bir unsuru olması ya da önceden kararlaştırılmış, organize ve düzenli bir seyir takip etmesi olarak düşünülebilir[1180].

Belirtelim ki, burada salt hareket suçu söz konusudur, hükmün uygulanabilmesi için objektif olarak küçük düşürücü ve terzil edici davranışın gerçekleştirilmesi yeterli olup mağdurun manevî bütünlüğünün fiilen zarar görmüş olması gerekmemektedir[1181].

Eziyet suçuna şu şekilde örnekler verebiliriz: ev sahibesinin, temizliğe gelen gündelikçiyi, farklı bir etnik gruba mensup olduğu için aşağılamak amacıyla ya da sadist düşüncelerle ya da kendini tatmin etmek için her geldiğinde sürekli aşağılaması, hor görüp tahkir etmesi; kendisinden boşanıp tekrar evlenen eski eşinden intikam almak isteyen adamın onu her gece geç saatlerde arayıp küfretmesi, iffetsizlik ve şerefsizlikle suçlaması; lise servisinde beraber seyahat eden öğrencilerden son sınıf öğrencilerinin, alay etmek ve sindirmek amacıyla birinci sınıf öğrencisini her servise bindiğinde tartaklamaları; aynı işyerinde çalışan kişilerden birinin diğerini istifaya zorlamak amacıyla sürekli cinsel sataşmada bulunması.

Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, § 7, III, G altında aktarılanlar.

[1178] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** HA 5, s. 244.

[1179] İnsanlığa karşı suçlar bakımından 'sistematik' bir eylemin varlığı konusundaki kıstaslar için bkz. **ALPKAYA,** EYUCM, s. 128-130; **ÖNOK,** Tarihî…, s. 156 vd; **BAŞAK,** Uluslararası Suçlar, s. 128-132; **AZARKAN,** s. 98-99; **ATEŞ EKŞİ,** s. 115-119; **ÖNOK, R. Murat,** 5237 sayılı Yeni TCK'ya Göre Uluslararası Suçlar, HA, Yıl 2, Sayı 5, Bahar 2005, s. 190 vd ('**ÖNOK**, Uluslararası Suçlar').

[1180] Bir görüşe göre, sistematik olmanın anlamı, eylemin az çok bir plan dahilinde icra edilmesi, '*önceden tasarlanması, birkaç kişi tarafından hiyerarşik yapı içerisinde işbölümü yapılarak gerçekleştirilmesidir*', bkz. **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 159. Bu tanımdaki hiyerarşik yapı, işbölümü, birkaç kişinin bir arada olması gibi unsurların varlığını zorunlu görmüyoruz.

Bizdeki eziyet suçunun karşılığı olarak görülebilecek İspanyol CK md. 173 bakımından 'mağdurun rızası' hukuka uygunluk sebebi İspanya'da tartışılmıştır. Özellikle, erginlik yaşına ulaşmış kimselerin objektif olarak küçük düşürücü nitelik taşıyan, sado-mazoşist davranışlar gibi eylemlere girişmesi durumunda suç oluşmayacağı, zira ilgilini rızası bulunduğu gibi fiilin toplumsal uygunluğunun da söz konusu olduğu sonucuna varılmıştı[1182]. Ancak, bu rızanın fuhuş, nüfuz yetkisinin kötüye kullanılması, iş ilişkişi gibi durumlar sebebiyle taraflardan birisinin baskın konumda olduğu kişiler arasındaki ilişkilerde verildiği durumlarda ihtiyatlı olmak ve rızanın serbest iradenin ürünü olup olmadığına dikkat edilmelidir[1183]. Öte yandan, insan onurunu kesin olarak zedeleyen eylemler bakımından, ilgilinin dahi buna rıza gösteremeyeceği hatırlanmalıdır. Nitekim, AİHM'nin 19.2.1997 tarihli *Laskey, Jaggard ve Brown*/ Birleşik Krallık kararında, bu türden ilişkilere giren İngiliz eşcinsellerin cezalandırılmasını özel hayatın gizliliği ilkesine aykırı bulmayan mahkeme, '*kararını bu tür sado-mazoşist davranışların vahşiliğine dayandırmıştır*'[1184].

Eziyet suç tipinin konuluş amacını değerlendirecek olursak, kanun koyucunun bu suçu işkence suçunun sade vatandaş tarafından işlenilen hali olarak gördüğü anlaşılmaktadır. Gerçekten YTCK md. 94 ile md. 96 arasındaki temel fark, YTCK md. 96'daki suçun fail kategorisinin kamu görevlileri ile sınırlı olmaması, bu suçu sade vatandaşların da işleyebilmesidir.

Buna karşılık, eziyet suçuyla kamu görevlisi olmayanlar tarafından işlenen işkence niteliğindeki hareketlerin yaptırım altına alınmak istendiği, belli nitelikteki hareketler kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilirse işkence, sivil kişilerce gerçekleştirilirse eziyet suçunun oluşacağını savunan aksi görüşler olmakla

---

[1181] Bkz. **PÉREZ MACHÍO**, s. 51-52; **ACALE SÁNCHEZ**, **Maria**, Consecuencias prácticas de la definición de los delitos de mera actividad como delitos sin resultado natural, s. 4 (bkz. www.unifr.ch/derechopenal/anuario/03/Acale.pdf (son erişim 20.9.2005).
[1182] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 22.
[1183] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 23.
[1184] Bkz. **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR,** s. 384.

birlikte[1185], teorik olarak eziyet suçunun bir kamu görevlisi tarafından da işlenebilmesi aslında mümkündür. Eziyet genel bir suç tipi olduğuna göre, kamu görevlisi de bunu işleyebilir. Şayet kanun koyucu murad ettiğini kanun metninde ifade edememişse, ceza hukuku doktrininin kanun koyucunun farazi iradesine göre 'düzeltici yorum' yapması mümkün değildir!

Bu durumda, karşılaşılan sorun şudur: bir kamu görevlisi söz konusu olduğunda fiilin işkence mi eziyet mi teşkil ettiği nasıl ayırt edilecektir?

Görüldüğü gibi maddi unsur aynıdır; ayrıca her iki suçun manevi unsuru da genel kasttır. O halde, işkence ile eziyet suçunu kamu görevlileri bakımından bilimsel olarak ayırt etmek mümkün olmamaktadır[1186].

Kanaatimizce *uygulamada,* bir kamu görevlisinin eziyet olarak değerlendirilebilecek hemen her hareketi, YTCK md. 94'taki işkence suçu kapsamında ele alınabilecektir. Eğer bu şekilde bir yorum yapılırsa, işkence kamu görevlileri bakımından özel hüküm teşkil edecektir ve uygulama önceliğine sahip olacaktır. Fakat öte yandan, böyle muğlak bir düzenlemenin varlığı uygulamada şöyle bir sonuç da doğurabilir: mahkemeler bir çok durumda aslında işkence teşkil edebilecek bir hareketi ağır cezalardan kaçınmak amacıyla YTCK md. 96 kapsamında değerlendirme yönüne gidebilir[1187]. Böylece eski kanun döneminde ETCK md. 243 yerine mümkün mertebe ETCK md. 245'ten hüküm kurma eğilimi, yeni dönemde bu şekilde kolaylaştırılmış olacaktır.

Bu başlık altında, eziyet suç tipini yaralama, hakaret, tehdit gibi diğer suçlardan ayırt etmenin nasıl mümkün olacağına da değinmek isteriz. İspanyol doktrinindeki bir görüşe göre, md. 173'ü (YTCK açısından md. 96'yı)

[1185] Bkz. **AVCI,** Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, s. 217; **ÜZÜLMEZ,** HA 5, s. 245; **ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU,** s. 428; **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 149.

[1186] Bkz. **TOROSLU/ERSOY**, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, s. 16.

[1187] İspanyol doktrininde de, kanunda aşırı cezalar öngörmenin uygulamada yargıcı bunları uygulamaktan kaçınmaya ve cezayı azaltmak için gerekçeler aramaya ya da beraat ettirmeye sevk ettiği öne sürülmüştür, bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 24.

değerlendirirken şu kıstas dikkate alınmalıdır[1188]: yukarıda belirttiğimiz türden fiiller (örneğin kişinin kahkalar ve alaylar arasında üstüne işenmesi, yüzüne dışkılı bir mendil sürülmesi, üzerinde sigara söndürülmesi) bağımsız bir cezai nitelendirme mi gerektirirler yoksa sadece geleneksel bir suç tipinin ihlalini tespit etmek mümkün olduğu zaman bu çerçevede mi cezalandırılmayı hak ederler?

Sanz'a göre bireysel değerlere karşı işlenen suçlar arasında, md. 173'ün uygulanma alanını tespit edebilmek, hatta bu hükmün bağımsız olarak uygulanabilmesini mümkün kılan bir boşluk bulmak kolay değildir. Fakat Sanz'a göre, ne hürriyete karşı suçlar ne şerefe karşı suçlar ne de fiziksel etkiye yol açan suçların kapsamadığı bir 'acı, eza ve muamele alanı' da vardır[1189]. Yazara göre, şayet İsp. CK md. 173 (bizdeki eziyet) gibi tamamlayıcı bir suçu tipi öngörülmese ve hayata ya da cinsel özgürlüğe yönelik bir zarar söz konusu olmasaydı, aşağıda verilecek örnekleri ancak hakaret, kötü muamele, tehdit çerçevesinde değerlendirmek gerekirdi ki, eylemlerin ağırlığı karşısında bu sonuç makul olmazdı[1190]:

- Faillerin mağduru bir miktar esrar teslimine zorlamak için, onun tırnaklarını sökmesi ve penisini kerpetenlerle çimdiklemesi (STS 22.1.2001 (núm. 59/2001);
- Faillerden birinin mağdurun kafasını defalarca klozete sokması ve aynı zamanda zinciri çekmesi, bu sırada diğerinin yaralanmaya yol açmaksızın defalarca karın boşluğuna vurması (STS 3.11.1998 (núm. 1326/1998);
- Mağdurun eşiyle ilişkisini kıskanan failin onu çite kelepçelemesi, soyması, penisine frengi ile enfekte olduğu söylenen bir prezervatif takması, eşiyle cinsel ilişkilerini anlatmaya ve vidyo kamerası önünde açıklamalar yapmaya zorlaması, defalarca vurarak gözlüklerini kırması ve serbest bırakmadan önce hayatı için yalvartması (STS 29.9.1998 (núm. 1122/1998);
- Faillerin, silahın tetiğini çekerek mağduru göğsünden vurarak öldürmeyi canlandırmaları (simüle etmeleri) ve belirsiz bir süre boyunca bir bıçakla mağdurun alın, göz kapağı ve parmaklarında yüzeysel kesikler yaratmaları ve bıçağı hafifçe batırarak kişiye eziyet etmeleri (STS 14 abril 1997 (núm. 490/1997).

[1188] Bkz. **SANZ,** s. 5.
[1189] Bkz. **SANZ,** s. 7.
[1190] Bkz. **SANZ,** s. 7.

Yine Sanz'ın ilk derece mahkemelerinin uygulamalarından verdiği aşağıdaki örneklerde de md. 173 uygulanmıştır[1191]:

- Lavabo içinde boğmak;
- Sigarayla yakmak ve tabanca dibiyle ağız ve burna vurmak;
- Mağdurun saçını kazımak, onu soymak, pembeye boyamak ve dağda terk etmek;
- Vücudun duyarlı bölgelerine elektrik akımı vermek;
- Büyük teyzesiyle sevgilisinin, sekiz yaşındaki kız çocuğunu dövmesi, derisinde kesikler yaratması, kızın kafasından aşağı kaynar su dökerek onu yakması, çöplüğü kurcalayarak bulduğu yemeği yemeye zorlamaları, divanda ayak ve ellerinden bağlı olarak uyumaya ya da küvette çıplak ve battaniyesiz uyumaya zorlamaları (bu son örnek yargısal içtihat olmayıp İngiltere'de yaşanan bir olaydır).

Tüm bu örneklerde, aslında yerine göre yaralama, hakaret, tehdit gibi klasik suç tipleri gerçekleşmiştir. Bu durumda, eziyet suçunun uygulama alanı nasıl tespit edilecektir?

İspanyol doktrininde İsp. CK. md. 173'ü ayırt edebilmek için önerilen diğer bir kıstas, tıpkı işkence suç tipinde olduğu gibi, davranışın objektif olarak asgarî bir düzeye varmış olmasıdır. Şöyle ki, manevî bütünlüğe verilen zararın yoğunluğu, suç tipini nitelendirecektir. Buna göre, korunan hukukî yarar açısından şerefe karşı saldırılara göre nitelik olarak farklı ve eylemin yoğunluğu açısından da hafif bir ezaya yol açma seviyesinin (ör. mağdurun alkol etkisinde olmasından faydalanıp saçını sıfıra vurmak) ötesinde bir saldırı söz konusu olmalıdır[1192].

Özellikle yaralama suçu ile YTCK m. 96 arasında içtima sorunu çıkacaktır. Yukarıdaki örneklerin bir çoğunda fikri içtima esasından hareket edilebilir (TYCK md. 44). Bu durumda, eziyet suçu kapsamında işlenen münferit fiiller ile YTCK md. 96'daki suçtan en ağır olanından ötürü hüküm kurulacaktır. Fakat durum böyle olunca, eziyet suçunun yaratılmasıyla sağlanmak istenen yararın elde edilemeyeceği

[1191] Bkz. **SANZ,** s. 7.

de ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, gerekçeye göre '*Bir süreç içinde süreklilik arzeder bir tarzda işlenen eziyetin özelliği, işkence gibi, kişinin psikolojisi ve ruh sağlığı üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır. Bu etkilerin uzun bir süre ve hatta hayat boyu devam etmesi, eziyetin bu kapsamda işlenen fiillere nazaran daha ağır ceza yaptırımı altına alınmasını gerektirmiştir*'. Ancak bu durumda çok ters sonuçlar ortaya çıkacaktır. Çünkü, YTCK md. 43/3 gereği kasten yaralama suçunda zincirleme suç hükümleri uygulanmayacağından normalde fiil sayısı kadar yaralama suçu oluşacak ve bunların cezası içtima edecektir. Ama bunlar tek bir eziyet suçu sayılırsa[1193], ceza daha az olacaktır. Kaldı ki, yaralama suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış hallerine öngörülen ceza (YTCK md. 87), çoğu zaman eziyet suçunun cezasından zaten ağır olmaktadır[1194]. Bu durumda, eziyet teşkil eden fiillerin daha ağır ceza yaptırımı altına alınmış olması da söz konusu olamayacaktır.

Bu çelişkili sonuçtan kurtulmanın yolu, İspanyol doktrininde de savunulan şu kıstası uygulamaktır[1195]: şayet eziyet teşkil eden davranışlar süreci kapsamında işlenmiş olan geleneksel suç tipleri, söz konusu davranışların 'insan onuruna' aykırılık kapsamını zaten karşılıyorsa (ör. YTCK md. 82/1-b), eziyetten ötürü ayrıca hüküm kurmamak gerekir. Buna karşılık, ilgili suç tipi, eziyet teşkil eden davranışın insan onuruna saldırı boyutu itibariyle haiz olduğu haksızlık içeriğini karşılamıyor, manevi bütünlüğe yönelik saldırı karşılıksız kalmış oluyorsa, md. 96'dan ayrıca ceza verilmelidir. Diğer bir deyişle, şayet sanığın eylemleri, klasik suç tipleri çerçevesinde haksızlık içeriği karşılanamayan ve insan onuruna yönelik saldırı bakımından, ayrıca cezalandırılmayı gerektiren bir nitelik taşırsa, o zaman eziyet suçu ile ilgili suç tipi arasında gerçek içtima ilişkisi doğar. Çünkü bu durumda, eziyet suç tipiyle korunan hukukî yarar da ihlal edilmiştir ve bunun da cezai karşılığının verilmesi gerekir. Böyle bir durumda, İspanyol doktrinindeki anlayışa göre fikri içtima söz konusu olamayacaktır; çünkü eziyet teşkil eden davranış çerçevesinde gerçekleştirilen hareketin (ör. yaralama) tekabül ettiği klasik suç tipinin uygulanmasıyla, eylemin

[1192] Bkz. **SANZ,** s. 6.
[1193] Ayrıca eziyet suçunun yapısındaki süreklilik itibariyle kendi içinde de zincirleme şekilde işlenmesi düşünülemeyecektir; bkz. **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 327.
[1194] Bkz. **YURTCAN**,YTCK, s. 203.
[1195] Bkz. **SANZ,** s. 9.

haksızlık içeriği karşılanmamaktadır.

Bu anlayıştan yola çıkılırsa, İspanyol CK'sının aksine, '*suçun işlenmesi bakımından gerekli olmayan acılar vermek suretiyle mağdurun ezasını kasten ve insanlık dışı biçimde arttırma*' gibi genel bir ağırlatıcı sebep öngörmeyen ve çeşitli suç tipleri bakımından da benzeri özel hükümlere gerek görmeyen YTCK açısından çoğu zaman YTCK md. 96 ile diğer suç tipleri arasında gerçek içtimaya gitmek gerekecektir[1196].

Öte yandan, şerefe karşı işlenen hakaret suçu ile eziyet suçunun ayrımı da ortaya konmalıdır. İspanyol doktrininde öne sürülüp bizim de katıldığımız görüşe göre, eziyet (İspanya açısından 'ağır küçük düşürücü muamele') ile hakaret suçları örtüşmemektedir. Şöyle ki, her iki suç tipiyle insan onurunun farklı yönleri korunmakta olup bu farklılık, saldırının farklı şekilde gerçekleşme şekillerinden de ortaya çıkmaktadır. Buna göre hakarette, bir insanın şeref, namus ya da özsaygısı, kelime ya da başka eylemler aracılığıyla dışa vurulan bilgi ve ifadelerle saldırıya uğramaktadır. Oysa manevî bütünlüğe saldırılarda (işkence ve eziyette olduğu gibi), ister acı isterse küçük düşürme yoluyla olsun, mağdurda ağır bir fiziksel (ve dolayısıyla manevi) ya da psişik ezaya yol açan davranışlar suretiyle saldırı gerçekleşmektedir[1197].

Netice itibariyle, eziyet türünden bağımsız bir suç tipinin ihdasında faydalar mevcut olduğu gerçektir[1198]. Fakat suç tipini kodifiye ederken ceza hukukunun temel prensipleri ve bu arada kanunîlik ilkesi ve bunun bir uzantısı olan belirlilik kuralına dikkat edilmesi gerektiği de açıktır.

Böyle bir suç tipini gerekli gören görüşe göre[1199], suç tipinin belirlilikten yoksun olduğu iddiası, suç tipini işkencenin düzenlendiği bölümde ele almak ve

[1196] Kıyaslayınız **ÜZÜLMEZ**, HA 5, s. 245.
[1197] Bkz. **SANZ,** s. 5.
[1198] Bkz. **MONTANO, J. Pedro**, La Dignidad Humana Como Bien Jurídico Tutelado por el Derecho Penal, s. 8-9 (bkz. http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Montano2.pdf, son erişim 4.10.2005).

böylece söz konusu hükümle bağlantı kurmak suretiyle giderilebilmektedir. Fakat bize göre, YTCK md. 96'da yer alan hükmün işkenceyle bağlantısı bizzat madde metninde kurulmadığı için, suç tipinin neyi ifade ettiğini çıkarabilmek çok güç olmaktadır.

3. Eziyet Suçunun Benzer Diğer Suç Tiplerinden Farkı

a. Genel Açıklama

Yeri gelmişken eziyet suçların, YTCK md. 232'deki 'kötü muamele' başlığı altında yer verilen iki suç tipi ve bu arada YTCK md. 233/1'de yer alan 'Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali' suçuyla da kıyaslamak uygun olacaktır. İlgili hükümler şöyledir:

'Kötü muamele
MADDE 232. - (1) Aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunan kimse, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
(2) İdaresi altında bulunan veya büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişiye, bir yıla kadar hapis cezası verilir.

Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlâli
MADDE 233. - (1) Aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi, şikâyet üzerine, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.'

YTCK md. 232/1'deki düzenleme, 765 s. TCK md. 478'deki 'Aile efradına fena muamele' suçunun; YTCK md. 232/2'deki suç tipi ise, 765 s. TCK md. 477'deki 'Terbiye yetkisinin kötüye kullanılması' suçunun karşılığını oluşturmaktadır. Fakat aşağıda göreceğimiz gibi, arada önemli farklılıklar mevcuttur.

[1199] Bkz. **SANZ,** s. 5.

b. Aynı Konutta Yaşayanların Birbirine Kötü Muamelesi (YTCK md. 232/1)

Bu suç tipi ile, aile içi şiddet hareketleri cezalandırılmak istenmiştir. Avrupa Konseyi çalışmaları ve kriminolojik verilere göre, aile içi kötü muameleler üçe ayrılabilir[1200]: fiziksel kötü muameleler, psişik kötü muameleler ve cinsel kötü muameleler. YTCK md. 232/1, her üç kategoriyi de kapsayabilir.

Aile içi şiddet eylemleri, 1995 İspanyol Ceza Kanunu md. 153'te düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm 1999 ve 2003 yıllarında iki kez değişikliğe uğramıştır. 1995 tarihli ilk metinde, suçun maddî unsuru '*itiyadî olarak fiziksel şiddet icra etmek*'ti. 1999 değişikliğiyle, '*itiyadî olarak fiziksel ya da psişik şiddet icra etmek*' denilerek, manevî nitelikli şiddet hareketleri de maddî unsur kapsamına alınmış, mağdur kategorisi genişletilmiş ve son fıkra ile 'itiyad'ın madde bakımından anlamı açıklığa kavuşturulmuştur. 2003 değişikliği sayesindeyse, md. 153'ün başına bir fıkra eklenerek, herhangi bir araç ya da usulle bir diğer kimsede bu başlık altında suç olarak tanımlanmayan bir yaralanmaya yol açan veyahut yaralanmaya yol açmadan bir diğerine vuran ya da ona kötü muamele eden kimsenin, mağdurun ikinci fıkrada belirtilen kimselerden biri olması kaydıyla cezalandırılacağı öngörülerek ek ve tamamlayıcı bir koruma getirilmiştir. Öte yandan, md. 617/2'de fail ile mağdur bakımından genel bir suç tipi öngörülmüş ve başkasına vuran ya da yaralanmasına yol açmadan ona kötü muamele eden kimsenin cezalandırılacağı öngörülmüştür.

YTCK md. 232/1'deki suç tipinin amacı, aile içinde (ve hatta aynı konutta) yaşayan kimsenin insan onurunu ve özgürlüklerini korumaktır[1201].

5237 s. TCK md. 232/1, 765 s. TCK md. 478'i karşılasa da kapsamı bir hayli farklıdır. ETCK md. 478'te suçun mağduru, faille ya da onun ailesiyle birlikte

[1200] Bkz. **VİCENTE MARTÍNEZ, Rosario/ BENÍTEZ JÍMENEZ**, **Maria José**, Estudio Jurídico y Criminológico del Delito de Malos Tratos en Castılla-La Mancha, Centro de Investigación en Criminología Informe núm. 6 (1999), s. 9, (bkz. http://www.uclm.es/criminologia/pdf/06_1999.pdf, son erişim 1.9.2005).

[1201] Bkz. **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 485; **VİCENTE MARTÍNEZ/ BENÍTEZ**

yaşayan on iki yaşından aşağı bir çocuk ya da failin aile efradından herhangi biriydi[1202]. Suçun faili de, aile ile birlikte yaşayan ve aynı ailenin ferdi bir kimseydi[1203].

Oysa, YTCK md. 232/1'e göre fail ile mağdur, 'aynı konutta yaşayan kimselerden biri'dir. Bu açıdan, konut sayılan bir yerde yaşamın birlikte sürdürülmesi yeterlidir[1204]. Akrabalık ilişki gerekmez[1205]. Bunun için belirli bir süre sınırı konulamazsa da, birlikte oturma iradesi mevcut olmalıdır; elbetteki ki tesadüfî birliktelikler bu kapsamda sayılamaz[1206]. Örneğin, aynı evi ortaklaşa kiralayan üç üniversite öğrencisi veya yaz dönemini fiilen birlikte geçiren sevgililer arasında bu suç işlenebilecekken; arkadaşının evinde haftasonunu geçirmeye giden kişiye karşı bu suç işlenemez.

Oysa İspanyol Ceza Kanunu bakımından suçun mağduru olabilecek kimseler açıkça belirlenmiştir. Buna göre suçun mağduru, failin eşi olan veya olmuş ya da ona '*benzerî bir sevgi ilişkisiyle sürekli (sabit) olarak bağlı olan veya olmuş*' kimsedir. Yani, fiilî ilişkiler korunduğu gibi, sona ermiş olan hukukî veya fiilî ilişkiler dahi kapsama alınmıştır. Öte yandan, failin kendisinin ya da eşinin veyahut beraber yaşadığı kimsenin çocukları ya da beraber yaşadığı ya da velayet, vesayet, kayyımlık, konukluk veya fiilî gözetimi altında bulunan yatılı misafirler, üst soylar ya da özürlüler de mağdur olabilir. Özetle, akrabalık ya da akrabalık benzerî bir ilişki aranmıştır[1207].

JÍMENEZ, s. 14.

[1202] Bkz. **FEYZİOĞLU, Metin,** Terbiye ve İnzibat Vasıtalarını Kötüye Kullanma ve Aile Bireylerine Karşı Fena Muamelede Bulunma Suçları, AÜHFD, Cilt 50, Sayı 1, 2001, s. 49 ('**FEYZİOĞLU**, Aile Bireylerine…'). Erman/Özek'e göreyse, şayet aile ile birlikte yaşayan on iki yaşın altındaki çocuk aile fertlerinden değilse, ETCK md. 478'deki suç oluşmazdı, bkz. **ERMAN, Sahir/ ÖZEK**, **Çetin,** Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994, no. 320 ('**ERMAN/ÖZEK**, Kişilere').

[1203] Bkz. **ERMAN/ÖZEK**, Kişilere, no. 320.

[1204] Bkz. **YURTCAN**, YTCK, s. 394.

[1205] Bkz. **ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU,** s. 965; kıyaslayınız **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 486.

[1206] Bkz. **DONAY, Süheyl/ KAŞIKÇI**, **Mahmut,** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul 2004, s. 301.

[1207] Bkz. **VİCENTE MARTÍNEZ/ BENÍTEZ JÍMENEZ**, s. 19.

YTCK md. 232/1 anlamında kötü muamele, yaralama teşkil etmeyen ve aynı zamanda terbiye ve disiplin araçlarının kötüye kullanılması biçiminde kendini göstermeyen (yani md. 232/2 dışında kalan) fiil ve hareketlerdir. Bunlar bedene zarar veren, hürriyet ve haysiyeti rencide eden fiiller olarak ifade edilebilir[1208]. Bu açıdan, kötü muamelenin mutlaka fizikî anlamda olması şart değildir[1209]. Yukarıda ifade edildiği gibi, kötü muamele psişik de olabilir. Bunun kriminolojik anlamı, '*mağdurda duygusal bir bozukluğa/düzensizliğe yol açabilecek, rahatsızlık verici….. kasıtlı herhangi bir eylem ya da davranış*'tır[1210]. Bu davranışlar korkutma, tehdit, sövme (hakaret), ezaya yol açma, aşırı kontrol altında tutma, izole etme şeklinde görülebilir ve cezaî açıdan tehdit, hakaret, iftira, hürriyetinden yoksun kılma, özel hayatın gizliliğini ihlal (ve sırların ifşası) olarak nitelendirilebilir[1211]. Nihayet, cinsel nitelikli kötü muamele fiilleri de vardır; bunlar failin, mağdurun iradesi hilafına icra ettiği cinsel içerikli eylemler olup ceza hukuku açısından cinsel saldırı, cinsel taciz ya da fuhuşa ilişkin suçlar kapsamında ele alınmaktadır[1212].

YTCK md. 232/1'deki suçun manevî unsuru genel kasttan ibarettir[1213].

Eski TCK md. 478'de, '*rahim ve şefkatle kabili telif olmayacak surette fena muamele**ler***'den bahsedildiği cihetle suçun itiyadî olduğu, bu nedenle hareketlerin bir süreklilik arz etmesi ve tekrarlanması gerektiği öne sürülmekteydi[1214]. YTCK'da ise 'kötü muamelede bulunan kimse' dendiğine göre bu görüşün dayanağı kalmamıştır. Oysa yasa koyucunun genellikle esas aldığı anlaşılan İspanyol CK'sı md. 153'te

[1208] **DÖNMEZER**, **Sulhi**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Onbeşinci Bası, İstanbul 1998, no. 202 ('**DÖNMEZER**, Kişilere'); **ERMAN/ÖZEK**, Kişilere, no. 322; **SOYASLAN**, Ceza Özel, s. 202. Feyzioğlu'na göre '*sağduyuya aykırı, insaf ve merhamet ölçüleriyle bağdaşmayan, kamu vicdanını zedeleyen her türlü davranış*' bu kapsamdadır, bkz. **FEYZİOĞLU,** Aile Bireylerine…, s. 51. Belirtelim ki YTCK'nın madde gerekçesi de benzer ifadeler kullanmıştır.

[1209] Bkz. **ÖNDER**, **Ayhan**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994, s. 215 ('**ÖNDER**, Şahıslara').

[1210] Bkz. **VİCENTE MARTÍNEZ/ BENÍTEZ JÍMENEZ**, s. 10.

[1211] Bkz. **VİCENTE MARTÍNEZ/ BENÍTEZ JÍMENEZ**, s. 10.

[1212] Bkz. **VİCENTE MARTÍNEZ/ BENÍTEZ JÍMENEZ**, s. 10.

[1213] Bkz. **ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU,** s. 966; **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 487; İspanyol CK md. 153 bakımından aynı yönde bkz. **VİCENTE MARTÍNEZ/ BENÍTEZ JÍMENEZ**, s. 21.

[1214] **ERMAN/ÖZEK**, Kişilere, no. 323; kıyaslayınız **SOYASLAN**, **Doğan,** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2002, s. 202 ('**SOYASLAN**, Ceza Özel, 4. Baskı'). Feyzioğlu'na göreyse, rahim ve şefkatle bağdaşmayacak surette fena muamelede bulunmak bir süreci ifade ettiğine göre, mütemadi bir suç söz konusudur, bkz. **FEYZİOĞLU,** Aile Bireylerine…, s. 51.

suçun unsuru olarak 'itiyad' açıkça aranmıştır[1215]. Hatta itiyad kavramına açıklık getiren md. 153/3'ten[1216] önce İspanyol doktrininde kabul gören görüşe göre, bu suç tipinden mahkumiyet için failin daha önceki maddî nitelikli şiddet hareketlerinden ötürü üç kez mahkum edilmiş olması aranıyordu[1217]. Değişiklik sayesinde, asgarî bir şiddet eylemi sayısı ya da önceki mahkumiyetlerin varlığı ya da eylemlerin aynı mağdura karşı işlenmiş olmasını aramaktan vazgeçilmiştir[1218]. Fakat 'itiyad' unsuru korunmuştur.

Buna karşılık YTCK md 232/1 açısından bir süreklilik unsuru aranmadığından münferit eylemler de bu kapsamda cezalandırılabilecektir[1219]. Ancak bu sefer de, aynı evde oturanların birbirlerine karşı işledikleri sistematik nitelikteki hareketlerin varlığı durumunda, fikrî içtima gereği YTCK md. 96'dan (eziyet suçu) ötürü hüküm kurmak gerekecektir. Bu bakımdan örneğin bir eşin eve bir kez sarhoş gelip rezalet çıkartması ve diğer eşi de aç bırakması YTCK md. 232/1'e girerken, eşini bezdirip evden kaçırmak için bu davranışını her gece tekrarlayan eşin durumu YTCK md. 96'ya girer. Ancak bu son durumun, aşağıda ele alacağımız YTCK md. 233/1 hükmü ile de içtima ilişkisine girmesi mümkündür.

Nihayet, suçun tamamlanması için yaralanma gibi bir neticenin doğmuş olması gerekmez. Hatta gerekçede belirtildiği üzere, basıt tibbî müdahale ile giderilebilecek ölçünün ötesinde bir etki meydana getirilmiş ise, artık kasten yaralama suçundan dolayı cezaya hükmedilmelidir[1220].

[1215] Bkz. **VİCENTE MARTÍNEZ/ BENÍTEZ JÍMENEZ**, s. 15-16.
[1216] İtiyadın tespitinde, sabit olan şiddet eylemlerinin sayısı ve bunların arasındaki zaman dilimi dikkate alınacaktır. Bu şiddet eylemlerinin, maddede sayılan kişilerden bir teki ya da farklı kişiler üzerinde işlenmiş olması önemsizdir. Bu eylemlerin bir kaçının daha önce yargılama konusu olmuş olup olmaması da dikkate alınmayacaktır.
[1217] Bkz. **VİCENTE MARTÍNEZ/ BENÍTEZ JÍMENEZ**, s. 16.
[1218] Bkz. **VİCENTE MARTÍNEZ/ BENÍTEZ JÍMENEZ**, s. 19.
[1219] Aksi görüşte **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 486.
[1220] İspanyol Ceza Kanunu md. 153 bakımından aynı yönde **VİCENTE MARTÍNEZ/ BENÍTEZ**

c. Disiplin Yetkisinin Kötüye Kullanılması Suçu (YTCK md. 232/2)

Bu suçla korunan asıl hukukî yararın başkasının idaresi altında bulunan veya büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olunan kişinin hayatı, beden tamlığı veya sağlığı olduğu söylense de[1221], YTCK sistematiğinde ailenin korunması ön plana çıkarılmıştır[1222].

YTCK md. 232/2 bakımından, faili ve mağduru mahsus bir suç söz konusudur. Suçun failinin, 'idaresi altında bulunan' bir kimse veya 'büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi' üzerinde fiili işlemesi gerekir. Bu açıdan mağdur da, fail ile arasında bu türden ilişki olan bir kimsedir[1223]. Eşlerin birbirleri ya da kardeş veyahut diğer yakın akrabaların birbirleri üzerinde tedip yetkisi olmadığına göre[1224], bunların birbirlerine karşı fiilleri YTCK m. 232/1 ya da koşulları mevcutsa YTCK m. 96'daki suçu oluşturabilir.

5237 s. TCK md. 232/2'deki suçun maddî unsuru, disiplin yetkisinin kötüye kullanılmasıdır. 765 s. TCK md. 477'de yetkinin kötüye kullanılması suretiyle '*o şahsın sıhhatinin muhtel veya bir tehlikeye maruz olmasına sebep*' olmaktan bahsedilmekteydi. Bu açıdan, terbiye ve inzibat araçlarının kötüye kullanılması suretiyle mağdurun beden ve/veya ruh sağlığının bozulması ya da tehlikeye

---

JÍMENEZ, s. 21.

[1221] Bkz. **ERMAN/ÖZEK**, Kişilere, no. 307; **FEYZİOĞLU,** Aile Bireylerine…, s. 43; **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 483-484. Aile içi kötü muamele eylemlerini düzenleyen İspanyol CK md. 153 'yaralama' suçları arasından düzenlenmiş olsa da, suçla korunan hukukî yararın 'aile içinde yaşayan kimsenin insan onuru' olduğu belirtilmektedir, bkz. **VİCENTE MARTÍNEZ/ BENÍTEZ JÍMENEZ**, s. 14 (bkz. http://www.uclm.es/criminologia/pdf/06_1999.pdf , son erişim 1.9.2005).

[1222] Bkz. **ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU,** s. 964. 765 sayılı ETCK md. 477'de düzenlenmiş bulunan 'terbiye yetkisinin kötüye kullanılması' suçu 'şahıslara karşı cürümler' arasında düzenlenmişti. Doktrinde, bu suçlara aile düzeni aleyhinde cürümler arasında değil de burada yer verilmesinin 'çocuk kişiyi' öncelikle koruması ve BM Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 19'a uygun olması; bu yönüyle de bireyci ve özgürlükçü olması sebebiyle yerinde olduğu vurgulanmaktaydı, bkz. **FEYZİOĞLU,** Aile Bireylerine…, s. 41-42. Oysa YTCK'da, ETCK'nın söz konusu hükmünün karşılığı olan m. 232/2'ye 'aile düzenine karşı suçlar' arasında yer verilmek suretiyle bu anlayış tersine çevrilmiş, aile içindeki çocuk değil de, mağdur çocuğun içinde bulunduğu aile ön plana çıkarılmıştır.

[1223] Bkz. **DÖNMEZER**, Kişilere, no. 195. Soyaslan 'kişiler arasında tâbiyet ilişkisi' bulunduğunu belirtmektedir, bkz. **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 483.

[1224] Bkz. **FEYZİOĞLU,** Aile Bireylerine…, s. 4.

sokulması da maddî unsurun hareket ve neticesini oluşturmaktaydı[1225]. YTCK açısından sadece '*sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan*' kişiden bahsedilmekteyse de, aynı sonuca varılabilir. Zaten gerekçeye göre de '*Disiplin yetkisi kişinin bedensel ve ruhsal sağlığının bozulmasına neden olmayacak veya bir tehlikeye maruz kalmasını sonuçlamayacak derecede kullanılabilecektir*'. Demek ki bu sınır aşılırsa, artık söz konusu suç tipi oluşacaktır. Tedip yetkisinin kullanılabilmesi bakımından kanunen veya örfen izin verilen araçların ve ölçülerin ötesine geçen davranışlar, bu kapsamdadır[1226]. Öte yandan, aynı konutta kalan kişilerden birinin ötekine kötü muamelesi, failin üzerinde tedip hakkına sahip olduğu mağduru terbiye etmek amacıyla gerçekleştirilmişse, özel hüküm olan YTCK md. 232/2 uygulanır[1227].

Terbiye yetkisinin icrası kapsamında gerçekleştirilen hareketin, mağdura maddî ya da manevî zarar vermesi ya da böyle bir tehlikeyi doğurmasıyla suç tamamlanır[1228].

Manevî unsur genel kasttan ibaret[1229] olmakla birlikte, kişinin uyguladığı eğitici ve cezalandırıcı araç ile kişiyi eğitmeyi veyahut onun üzerinde disiplin yetkisinden doğan terbiye hakkını kullanmayı hedeflemiş olması gerekir[1230]. Buna karşılık, hareket kişiye maddî ya da manevî yönden acı vermek için yapılmışsa artık duruma göre yaralama ya da eziyet suçu söz konusu olacaktır.

YTCK m. 232/2'deki suç tipi ile kasten yaralama suçu nasıl ayırt edilecektir? Gerekçeye göre, yaralama suçunun ayrıca cezalandırması açısından ölçüt, '*kişide*

[1225] Bkz. **FEYZİOĞLU,** Aile Bireylerine…, s. 46. Bu bakımdan, '*çok hafif acı vermeler, hafif hakaretler, hafif tehditler*'in disiplin yetkisinin sınırlarını aşmadığı ifade edilmektedir, bkz. **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 484.
[1226] Bkz. **DÖNMEZER**, Kişilere, no. 194; **ERMAN/ÖZEK**, Kişilere, no. 312.
[1227] ETCK md. 477-478 arasındaki aynı yönde ilişki için bkz. **FEYZİOĞLU,** Aile Bireylerine…, s. 52.
[1228] Bkz. **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 485.
[1229] Bkz. **ERMAN/ÖZEK**, Kişilere, no. 315; aksi görüşte **SOYASLAN**, Ceza Özel, s. 200, **FEYZİOĞLU,** Aile Bireylerine…, s. 48.
[1230] Bkz. **ÖNDER**, Şahıslara, s. 213.

basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçünün ötesinde bir etki meydana getirmiş'olmasıdır[1231]. O halde, bu boyutu aşacak derecede sağlığa zarar veren hareketler, kasten yaralama ya da süreklilik arz eden bir uygulamanın varlığı durumunda YTCK m. 96'daki eziyet suçuna yol açacaktır. Bu düzeye ulaşmayan hareketlerse, fikrî içtima ilkesi çerçevesinde değerlendirilecektir.

d. Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali (YTCK md. 233/1)

5237 s. TCK md. 233/1'de, medenî hukuktan doğan bazı ailevî yükümlülüklerin ihmali cezalandırılmaktadır (ör. çocuğuna doğru dürüst bakmamak, iaşesini sağlamamak, okula kaydını yaptırmamak ya da çocuğun hasta babasına ilaçlarını vermeyerek sabahlara kadar barlarda eğlenmesi gibi). Fakat fiilî terk gerçekleşirse, bu durumda YTCK md. 97 uygulanır. Yani buradaki hareket, aileyi terk etmeksizin aile hukukundan doğan yükümlülükleri yerine getirmemektir. YTCK md. 232/2'de ise, terbiye hakkından doğan disiplin yetkisinin kötüye kullanılması, yani bir hukuka uygunluk sebebi olan 'terbiye etme hakkı'nın sınırlarının aşılması düzenlenmekteydi. Ör. yaramazlık yapan çocuğu azarlamak varken, ona ağır küfürler etmek ya da tekme tokat dövmek gibi. Bu açıdan, eski TCK döneminde kişinin sefil ve bakımsız bırakılmasının TCK md. 478 anlamında 'fena muamele' olduğu kabul edilmekteyken[1232]; YTCK bakımından, böyle bir ihmalî davranış artık doğrudan YCK md. 233/1'e girecektir.

Eziyet suçu ile ilişkiyi ele alırsak, şayet bakım ve destek yükümlülüğünün ihlali, eza vermeye yönelik kasıtlı ve sürekli bir hal almışsa artık eziyet suçu oluşacaktır. O halde, sözgelimi boşanmak istediği eşini bezdirmek için eve her gece geç ve içkili gelip ailesiyle ilgilenmeyen ve onları perişan duruma düşüren babanın

[1231] '*Dikkat edilmelidir ki, söz konusu disiplin yetkisinin kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirilen davranışın kişide basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçünün ötesinde bir etki meydana getirmemiş olması gerekir. Aksi takdirde, kasten yaralama suçundan dolayı cezaya hükmedilmelidir.*' ETCK döneminde de, TCK md. 456/4'teki boyutu aşmayan fiillerin terbiye ve inzibat vasıtalarının kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi durumunda bu suçun, daha ağır bir netice meydana gelmesi durumundaysa müessir fiilin oluşacağı savunulmaktaydı, bkz. **FEYZİOĞLU,** Aile Bireylerine…, s. 46-47.

[1232] Bkz. **ÖNDER**, Şahıslara, s. 215.

durumunda, kanaatimizce YTCK md. 96 ile md. 233/1 arasında fikrî içtima ilişkisi doğacaktır.

B. KASTEN YARALAMA SUÇU (YTCK md. 86)

Türk Ceza Kanununu yenileme çabalarının bir sonucu olan 2001 ve 2003 Tasarıları açısından, işkence suçunun fail bakımından genel bir suç tipi haline getirilmesi ve korunan hukukî yararın 'vücut bütünlüğü' olması karşısında, işkence ile kasten müessir fiil suçunu ayırt etmenin zor olacağı öne sürülmekteydi[1233].

5237 s. TCK bakımından sorun daha da belirgindir[1234]. Yeni kanun bakımından maddî ve manevî unsur, suçla korunan hukukî yarar, mağdur gibi kıstaslar bakımından, kasten yaralama ile işkence suçu arasında hiçbir fark kalmamıştır. Fail açısından da, her kamu görevlisi işkence suçunun faili olabilmektedir. Bu nedenle YTCK md. 94'teki işkence suçunun manevî unsuru bakımından genel kastın yeterli görülmesinin en büyük pratik sakıncası, işkence ile yaralama suçunu ayırt etmede kendini gösterecektir[1235]. YTCK bakımından her kamu görevlisi işkence suçunun faili olabileceği ve özel kast aranmayacağı için, bu suçla 'yaralama' suçunu ayırt etmek çok zordur[1236].

Bir kere, işkence suçunun yaralama suçundan daha ağır nitelikli hareketleri içerdiği şeklindeki görüşe[1237] katılamıyoruz. Kaldı ki, işkenceden bahsedebilmek için şiddet kullanılması da gerekmez. Hele 5237 s. TCK bakımından, '*algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine*' yol açan davranışların bile işkence suçunun maddî unsurunu oluşturabileceği göz önünde tutulursa YTCK bakımından bu kanıya öncelikle varılabilir.

[1233] Bkz. **DEMİRBAŞ,** Hukuk Kurultayı 2004, s. 349.
[1234] Bkz. **TOROSLU/ ERSOY**, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, s. 16; **YURTCAN**, YTCK, s. 198.
[1235] 2003 Tasarısı bakımından aynı eleştiri için bkz. **DEMİRBAŞ,** Hukuk Kurultayı 2004, s. 354.
[1236] Bkz. **TOROSLU/ERSOY**, in: Türk Ceza Kanunu Reformu II, s. 16; **YURTCAN**, YTCK, s. 198; **ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU,** s. 424. Tasarılar bakımından bu sakınca için bkz. **DEMİRBAŞ,** Hukuk Kurultayı 2004, s. 352; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 198-199; **ÖZEN,** s. 149, dn. 54.
[1237] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 64.

Özellikle zor kullanma yetkisini haiz bir kamu görevlisinin fiili ne zaman işkence ne zaman yaralama olacaktır? *Üzülmez*'in önerdiği kıstasa göre, bu durumda, kamu görevlilerinin yetki sınırlarını aşarak gerçekleştirdikleri kötü muameleler sistematik bir uygulama biçimini almışsa, artık işkence vardır. Aksi takdirde, md. 256 yollamasıyla kasten yaralama ya da ilgili diğer suç tipi (ör. yüze tükürme halinde md. 125/1) uygulanacaktır[1238]. Fakat aşağıda açıklayacağımız gibi, kanaatimizce işkencenin mutlaka sistematik bir uygulama olması gerekmediğinden bu kıstas doyurucu olmamaktadır.

Kanaatimizce, YTCK'daki bu düzenlemelerin iki sonucu olabilecektir: ya Yargıtay, kanunda açıkça öngörülmemesine rağmen işkence bakımından özel kastı arayacaktır. Elbette ki, Yargıtay'ın böyle bir yorum yapması '*contra legem*' olur; fakat eski TCK döneminde, kanunda öngörülmemesine rağmen 'hürriyeti tahdit' ve 'konut dokunulmazlığının ihlali' gibi suçlar bakımından özel kastın arandığı unutulmamalıdır.

Olası ikinci sonuç ise, hele eski TCK dönemindeki uygulama göz önüne alındığında, bundan böyle çok dramatik vakalar dışında hiç kimsenin işkence suçundan mahkum edilmemesi, işkence teşkil eden bir çok fiilin ya yaralama ya da hatta eziyet suçu çerçevesinde cezalandırılmasıdır.

C. ZOR KULLANMA YETKİSİNE İLİŞKİN SINIRIN AŞILMASI (YTCK md. 256)

YTCK uygulamasında kamu görevlilerinin işlediği yaralama nitelikli fiilleri nitelendirmede yaşanacak diğer bir sorun md. 256'dan doğmaktadır. 765 s. TCK md. 245'teki 'kötü muamele' suçunun karşılığı olan 5237 s. TCK md. 256'daki 'zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması' hükmüne göre '*Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması hâlinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler*

[1238] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** HA 5, s. 240.

uygulanır'.

O halde, görevi sebebiyle bir vatandaşa bedensel ya da zihinsel acı veren kamu görevlisi ne zaman işkence ne zaman yaralama ya da zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçunu işlemiştir?

Bir görüşe göre, burada dikkat edilmesi gereken husus işkence suçunun oluşabilmesi için kamu görevlisinin mutlaka zor kullanma yetkisine sahip olmasının gerekmemesi, buna karşılık md. 256'daki suçun oluşabilmesi için zor kullanma yetkisini haiz bir memurun bulunması gerektiğidir[1239].

Fakat bu kıstas, ne zaman işkence suçunun oluşabileceği sorununu değil, ne zaman YTCK md. 256'daki suçun oluşamayacağı sorununu çözmeye yarar. Örneğin, suç soruşturmasında ifade alan kamu görevlileri böyle bir yetkiye sahip olmadıklarından, md. 256 uygulanamaz[1240]. Fakat burada dahi iki sorunu çözmek gerekir. İlk olarak, eski TCK döneminde ifade alan kolluk görevlilerinin fiilleri, her ne kadar bunlar zor kullanmaya yetkili olmasa da, ETCK md. 245'e sokulabiliyordu! İkinci olarak, md. 256'nın uygulanamayacağı kabul edilse bile, fiil hala yaralama olarak nitelendirilebilecektir.

İşte bu durumda da önerilen kıstas, kamu görevlilerinin yetki sınırlarını aşarak gerçekleştirdikleri kötü muamelelerin sistematik bir uygulama biçimini alması halinde işkence suçunun oluşacağıdır. Aksi takdirde, md. 256 yollamasıyla kasten yaralama ya da ilgili diğer suç tipi (ör. yüze tükürme halinde md. 125/1) uygulanacaktır[1241]. Fakat yukarıda değindiğimiz gibi, kanaatimizce işkencenin mutlaka sistematik bir uygulama olması gerekmediğinden bu kıstas doyurucu olmamaktadır.

Öte yandan, diğer bir görüşe göre, kamu görevi gereği zor kullanma yetkisine

[1239] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** HA 5, s. 239.
[1240] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** HA 5, s. 240.
[1241] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** HA 5, s. 240.

sahip olanların görevlerini ifa ederken yetkilerinin sınırını aşmaları işkence teşkil edemez; çünkü burada çoğu zaman taksir söz konusudur, fiil belli bir mağdura karşı işlenmiş değildir, süreklilik arz etmez; kasıt varsa da kasten yaralama ya da cebir suçu oluşur[1242]. Kanaatimizce böyle kesin bir ayrım yapmak mümkün değildir; kuvvet kullanmaya yetkili görevlinin kastına ve hareketinin niteliğine göre nitelendirme yapılabilir.

Netice itibariyle, işkencenin sistematik olması bu suçun zorunlu bir unsuru olmadığından ve suçun unsurları bakımından işkence ile kasten yaralama ya da YTCK md. 256'yı ayırt eden hiçbir fark kalmadığından, bu suç tiplerinin bilimsel olarak ayırt edilmesi mümkün gözükmemektedir. Söz konusu ayrım, uygulamada Yargıtayın ortaya koyacağı fiilî kıstaslarla belirlenecektir.

§ 5. KORUNAN HUKUKİ YARAR

I. Genel Olarak

Karşılaştırmalı hukuku ele alırsak işkence suçunun kanunlardaki sistematiği bakımından başlıca üç sistem mevcuttur[1243]: işkenceyi 'devlet idaresi aleyhinde' suç sayan kanunlar; 'kişilere karşı suç' olarak düzenleyen kanunlar ve 'adliye aleyhinde' suç olarak kabul eden kanunlar.

Gerek 765 s. TCK md. 243'te gerekse 5237 s. TCK md. 94'te düzenlenen işkence suçunda birden çok hukukî yarar korunmaktadır. Gerçekten, bu suçla bir yandan kişi dokunulmazlığı, bir yandan adliye, bir yandan da kamu yönetiminde disiplin korunmaktadır[1244]. Öte yandan, işkence suçu ile, bağımsız bir değer olarak

[1242] Bkz. **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 152.
[1243] Bkz. **NUHOĞLU,** s. 535 vd.
[1244] Bkz. **ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 413; **NUHOĞLU,** s. 550 vd; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 476-477; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 197; **MALKOÇ,** 2. Cilt, s. 1982; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 65-66. Demirbaş'a göre, korunan hukukî yararlar başta adliye, daha sonra da kişi dokunulmazlığından ibaretti, bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 28-29; **DEMİRBAŞ,** Hukuk Kurultayı 2004, s. 349. Soyaslan ise, korunan hukukî yarar olarak sadece 'kamu idaresinin itibar ve prestiji'ni göstermekteydi, bkz. **SOYASLAN,** Ceza Özel 4. Baskı, s. 632.

kabul edilmesi gereken ‘insan onuru’nun da korunduğu söylenmelidir.

İşkence suçunu devlet idaresi aleyhine işlenen suçlar arasında düzenleyen 765 s. TCK bakımından kamusal değerlerin korunmasına üstünlük tanınmıştı. Türk Ceza Kanunu 2001 ve 2003 Tasarılarında ise, korunan asıl hukuki yararın kişi dokunulmazlığı (vücut bütünlüğü) olduğu söylenebilirdi[1245].

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ise işkence ve eziyet suçlarını, ‘Kişilere Karşı Suçlar’ arasında, ‘hayata karşı suçlar’ ile ‘vücut dokunulmazlığına karşı suçlar’dan sonra düzenlemekle kişi dokunulmazlığını esas almıştır[1246]. Buna karşılık, failin kamu görevlisi olması öngörülmek suretiyle devlet disiplinine (kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişine) dair menfaatler de göz önüne alınmıştır. Ayrıca gerekçeye göre, adliye de korunmaktadır[1247].

Belirtelim ki, maddeyle korunan hukukî yarar açıklanırken gerekçede, işkence ve eziyet suçlarının bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmesini gereklı kılan, ‘insan haysiyeti’ni cezaî açıdan özerk bir hukukî değer olarak koruma gereğine hiç yer verilmemiş olması önemli bir anlayış eksikliğidir.

Öte yandan, YTCK sistematiği ve düzenlemesi göz önüne alındığında, korunan hukukî yarar olarak ‘adliye’yi özellikle belirtmenin de anlamı yoktur. Çünkü YTCK bakımından her kamu görevlisi suçun faili, herkes de mağduru olabileceği; manevî unsurun da genel kasttan ibaret olduğu düşünülürse, adlî amaçla işlenmeyen fiillerin de YTCK md. 94 kapsamına girebileceği ortaya çıkar.

[1245] Bkz. **NUHOĞLU,** s. 555; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 477, dn. 51; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 197; **DEMİRBAŞ,** Hukuk Kurultayı 2004, s. 349.

[1246] Bkz. **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 151.

[1247] Gerekçeye göre ‘*İşkence suçu ile korunan hukukî değer, karma bir nitelik taşımaktadır. İşkence teşkil eden fiiller, bir yandan buna maruz kalan kişilerin vücut dokunulmazlığına ve onuruna saldırı niteliği taşımakta, beden ve ruh sağlığını bozmaktadır. Diğer yandan, işkenceye maruz kalan kişi, irade serbestisi bertaraf edildiği için ve hatta, algılama yeteneği etkilendiği için, duyduğu acı ve elemin etkisiyle gerçek dışı bazı açıklama ve kabullenmelerde bulunabilir. Bu nedenle, belli bir suça ilişkin ikrar veya sair delil elde etmek için başvurulan işkence, gerçeğin ortaya çıkarılmasına ve adaletin gerçekleşmesine engel olucu bir etki de doğurabilir. Böylece işkencenin ayrı bir suç olarak cezaî yaptırım altına alınması, ceza muhakemesinin maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasına yönelik amacının gerçekleştirilmesine de hizmet eder.*’

Sonuç olarak, gerek eski gerekse yeni TCK bakımından birden çok hukukî yarar korunmaktadır; fakat bunların önceliği yer değiştirmiştir. Eski kanun döneminde tali olarak korunması amaçlanan kişi bütünlüğü, 5237 s. TCK'da ön plana çıkarılmıştır[1248]. Zaten, YTCK bakımından esas alındığı anlaşılan 1995 tarihli İsp.CK'sında da aynı yönde gelişme mevcuttur.

Nitekim, İşkenceyi 'devletin iç güvenliğine' karşı işlenen bir suç sayan eski İsp. CK md. 204*bis* döneminde bu suç ile korunan hukukî yararlar, kişilerin fiziksel ve manevî bütünlüğü, sağlığı, haysiyeti, kamu idaresi, yargısal güvenceler, anayasal güvenceler şeklinde bir bütün olarak belirtilmekteydi. İşkenceyi özerk bir sistematik dahilinde 'manevî bütünlüğe' karşı suçlar arasında düzenleyen 1995 Ceza Kanunu ise, korunan temel hukukî yarar olarak bireye ait değerleri esas almıştır[1249].

II. TCK ile Korunan Hukukî Yarar

A. İnsan Onuru (Haysiyeti)

YTCK md. 94'te '*Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren*' kimsenin işkence suçunu işleyeceği belirtilmiştir.

O halde, maddî unsuru oluşturabilecek seçimlik hareketlerin ortak paydası, bunların 'insan onuruyla bağdaşmayan' bir nitelik taşımasıdır. Buradan anlaşılmaktadır ki, işkence suçu ile Anayasanın Başlangıç Bölümünde ve md. 17'de temel bir değer olarak saptanan 'insan haysiyeti' cezaî açıdan koruma altına alınmıştır.

[1248] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** HA 5, s. 232.
[1249] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 11.

İnsan onuru (Alm. *Menschenwürde*, İng. *human dignity,* İt. *Dignitá umana,* İsp. *Dignidad humana*), diğer tüm insan haklarının temelinde olan mutlak ve dokunulmaz bir temel değer olup[1250] Batı geleneğinde, anayasanın değerler hiyerarşisindeki en üstün değerdir[1251].

Kant'a göre, insan onuru içerisinde, insanın kişiliğinden ve doğasından ayrılması olanaksız çekirdeği bulunmaktadır[1252]. Bu haliyle, insanın özerkliğinin, varlık nedeninin özünü ve temelini oluşturmakta, insanın insan olmasının anlamını ve amacını anlatmaktadır[1253].

İnsan onuru kavramı ontolojik ve sosyal-etik bir gerçeklik olup kişinin özerkliğine, insan oğlunun özgürlüğüne, akılcılığına ve kendisinin bir amaç olmasına işaret etmektedir[1254].

Türk Anayasa Mahkemesine göre insan onuru kavramı, '*...insanın ne durumda ve hangi koşullar altında olursa olsun, salt insan olmasının kazandırdığı değerin tanınmasını ve sayılmasını ifade etmektedir. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki ondan aşağı düşünce ve davranış ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkartmaktadır*'[1255].

Türk Anayasasında insan onuru kavramı bir temel hak olarak açıkça koruma altına alınmamışsa da, Anayasanın başlangıç kısmında yer alan '*onurlu bir yaşam sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hakkı*' ile Anayasa md. 13'te yer alan ve '*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın* ***sözüne ve ruhuna****, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*'

[1250] Bkz. **ŞİMŞEK,** s. 5; **PÉREZ MACHÍO**, s. 24-26.
[1251] Bkz. **ERDEM,** s. 236.
[1252] Bkz. **ŞİMŞEK,** s. 7.
[1253] Bkz. **ŞİMŞEK,** s. 7.
[1254] Bkz. **PÉREZ MACHÍO**, s. 22-23. Hatta bir görüşe göre, insanın mutlak değerini temelden izah edebilmek için ancak metafizikten yararlanılabilir, bkz. **MONTANO,** s. 2.
[1255] An. Mhk. E. 1963/132, K. 1966/29, K.t.28.6.1966, AMKD, S. 4, s. 187.

hükmü gereğince, insan onurunun Türk anayasal sisteminde de öncelikli bir değere sahip olduğu söylenebilir[1256].

İspanyol Anayasa Mahkemesinin açlık grevcilerinin zorla beslenmesi konusundaki 120/90 sayılı kararına göre, insan olmanın bünyesinde barındırdığı ruhsal ve manevî değer olarak insan onuru, tüm hukuk düzeninin güvence etmesi gereken 'asgarî bir dokunulmaz' olarak insanın içinde bulunduğu durum ne olursa olsun değişikliğe uğratılmaması gereken bir değer olup bireysel haklardan yararlanma konusunda empoze edilen sınırlamalardan bağımsızdır ve bu sınırlamalar, insan sıfatıyla kişinin hak ettiği saygı duygusunun küçük düşürülmesini beraberinde getiremez[1257].

Keza, İspanyol Anayasa Mahkemesinin içtihatlarından ortaya çıkan görüşe göre, insan onuruna aykırı davranışların amacı mağdurun iradesini yok edip onu aksi halde yapmayacağı şeyleri yapmaya zorlamaktır. Bu bakımdan, bu eylemlerin insanın kendi iradesine sahip olabilme özgürlüğüne, dış bir iradenin basit bir aracı konumuna düşürülememe hakkına saldırı teşkil ettiği söylenebilir[1258].

Bu bakımdan, insan onuru ile şerefin (İng. *honour*, İt. *onore*) de ayrı şeyler olduğunu vurgulayalım. Şeref, insanın kişisel ve toplumsal saygınlığını ifade ederken; onur, insanın insan olması nedeniyle taşıdığı öz değerdir[1259].

YTCK'nın esas almış gözüktüğü İsp. CK. md. 173 vd.nda işkence veya insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamelelerle manevî bütünlüğe kast etme suçlarının bağımsız bir sistematik içinde düzenlenmesinin sebebi de, buradaki manevî bütünlüğe saldırının korunması gerekli olan bağımsız bir hukukî değer teşkil etmesidir. İnsanın, içinde bulunduğu şartlar ve diğer şahıslarla ilişkileri ne olursa

[1256] Bkz. **GÖREN, Zafer,** Temel Hak Genel Teorisi, Ankara 1995, no. 128; **ŞİMŞEK,** s. 251; **ERDEM, Mustafa Ruhan,** Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Ankara 2001, s. 240; **ÖZBEK, Veli Özer,** Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı- Gerekçeli- İçtihatlı), Cilt 1, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 65 ('**ÖZBEK**, TCK İzmir Şerhi').
[1257] Bkz. **PÉREZ MACHÍO**, s. 25-26.
[1258] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 2.
[1259] Bkz. **ŞİMŞEK,** s. 60; **MONTANO,** s. 1.

olsun, onuruna uygun olarak, utanca düşürülmeden veya ezaya maruz bırakılmadan muamele görme hakkı, bu suç tiplerine özerkliğini veren husustur[1260].

B. Kişi Bütünlüğü

765 s. TCK'nın kaynağını oluşturan 1889 tarihli ve bunu müteakip 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu, 1994 tarihli Fransız Ceza Kanunu, İtalyan CK'sına md. 593-*bis*'in eklenmesine dair tasarı, Ukr. CK md. 127, Erm. CK md. 119, Arj. CK md. 144-*ter*, Kolombiya CK md. 178, İt. CK'sına md. 613-*bis*'in eklenmesine dair 4990 s.K. teklifi gibi bazı düzenlemelerde işkence suçu, kişilere karşı işlenen suçlardan sayılmıştır. Mevcut İt. CK'sında 'işkence' şeklinde bir suç tipine yer verilmemiş; ancak, memuriyet sıfatının kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlarda, ayrı bir özel düzenleme yoksa, failin bu sıfatı genel bir ağırlatıcı sebep olarak öngörülmüştür (1889 İt. CK md. 209, 1930 İt. CK md. 61/b. 9)[1261]. Türk Ceza Kanunu 1997, 2000 ve 2003 Tasarılarındaki sistem de işkenceyi kişilere karşı işlenen bir suç olarak değerlendirmekteydi.

5237 s. TCK bakımından da, kanun sistematiğinden anlaşılacağı üzere, korunan öncelikli hukukî yarar kişi bütünlüğü ve bu çerçevede vücut dokunulmazlığıdır. 765 s. TCK md. 243'te ise, suç tipi 'devlet idaresi aleyhinde işlenen cürümler' arasında düzenlenmekle birlikte, sonuçta şahısların fiziksel ve manevî bütünlüğüne yapılan saldırılar cezalandırıldığı için, kişi dokunulmazlığını tali olarak korunmaktaydı[1262].

Zaten eski TCK döneminde, işkence suçunun temelde bireylerin maddî ve manevî bütünlüğüne karşı işlenen bir fiil olarak, sadece failinin memur olması sebebiyle 'devlet idaresi aleyhinde cürümler' arasında düzenlenmiş olması eleştirilmekteydi[1263]. Kaynak kanunda da böyle bir düzenlemenin olmamasının sebebi, şahıslara yönelik suçların memur tarafından ya da görevin kötüye kullanılarak

[1260] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 12.
[1261] Bkz. **ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 408; **NUHOĞLU,** s. 536-537.
[1262] Bkz. **NUHOĞLU,** s. 554-555; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 476.

işlenmiş olmasının suçla korunan hukukî yararı değiştirmeyeceği, böyle bir durumda, fail hakkında şahsa bağlı ağırlatıcı sebebin uygulanmasıyla yetinileceği anlayışıdır[1264].

Gerçekten, işkence suçunun maddî unsurunu oluşturan hareketler çoğu kez bireylerin maddî ve manevî bütünlüğüne yönelik ağır saldırılar teşkil ettiğine göre, işkence suçuyla en başta An. md. 17 ile koruma altına alınan '*kişinin dokunulmazlığı ile maddî ve manevî varlığı*'nın korunduğu şüphesizdir.

1997 tarihli TCK Tasarısında, 1961 Anayasa Komisyonu Raporuna atfen vurgulandığı üzere '*Temel hak ve hürriyetlerin başta geleni, şahsın kendi bedeni üzerinde sahip olduğu hak ve hürriyetidir. Can emniyeti ve bedenî bütünlüğün masun kalması, bütün hürriyetlerin ilk şartıdır. Can masun olmadıkça ve beden üzerinde hürriyet sağlanmadıkça, ferdin iç huzura kavuşması ve diğer bir çok hürriyetlerin fiilien gerçekleşmesine imkan yoktur*'[1265].

BM KSHUS ile kurulan İnsan Hakları Komitesinin 27.7.1982 t. ve 7 (16) sayılı genel yorumunda da, işkence yasağının kişi bütünlüğünü ve onurunu korumaya yöneldiği belirtilmiştir[1266].

Doktrinde belirtildiği gibi, bedenin biyolojik bir olay olan yaşama süreci içerisinde rahat etmesi, maddî ya da manevî bir acıya maruz bırakılmaması gerekir ki[1267], başta yaşama hakkı olmak üzere diğer temel hakların layıkıyla kullanılabilmesi mümkün olsun.

Burada korunan kişi bütünlüğü, onun sadece maddî (fizikî-biyolojik) değil, aynı zamanda manevî (ruh ve akıl sağlığı) varlığını da içermektedir[1268]. Zira, birey

---

[1263] Bkz. **ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 408.
[1264] Bkz. **ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 408; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 54.
[1265] Bkz. 1997 TCK Tasarısı, Madde Gerekçeleri, s. 63 (md. 139).
[1266] Bkz. **GEMALMAZ,** Yaşam Hakkı…, s. 238.
[1267] Bkz. **MUMCU/KÜZECİ,** s. 149.
[1268] Bkz. **NUHOĞLU,** s. 555; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 67, **PÉREZ MACHÍO**, **Ana I.**, Concreción del Concepto Jurídico de 'Mobbing', Bien Jurídico Lesionado y Su Tutela Jurídico-Penal, *Revista*

olmanın temeli, özgür iradedir. Bu bakımdan, kişinin özgürce karar verebilme ve buna uygun olarak hareket edebilme özgürlüğü, kişinin manevi varlığı bağlamında sahip olduğu dokunulmaz bir haktır. Alman Federal Mahkemesi, işkence yasağının StPO md. 136a'daki (bizdeki CMK md. 148) gibi, bireylerin iradi karar verme hakkını korumayı sağladığını belirtmiştir[1269]. Benzer şekilde, Türk Ceza Hukuku sistemi bakımından da eski CMUK 135/a, yeni CMK md. 147-148 ile himaye edilen 'irade serbestisi/özerkliği' korunmuş olmaktadır[1270].

C. Adliye

Her ne kadar 5237 s. TCK'da işkence suçu 'kişilere karşı suçlar' arasında düzenlenmiş olsa da, gerekçeye göre bu suç tipiyle adliye de korunmaktadır.

İşkence suçu ile bazı kamusal hukukî yararların da korunduğu doğrudur. Bunlardan biri de adliyedir. Bilindiği gibi, adli işlevlerin norma ve adalete uygun olarak yürütülmesi için bazı eylemler suç olarak düzenlenir. Buradaki amaç yargı faaliyetinin tarafsız, süretli ve isabetli bir şekilde yürütülmesi bakımından toplumun

---

Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2004, núm. 06-06, p. 06:1 -06:64, s. 29-30 (bkz. http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-06.pdf, son erişim 1.9.2005).

[1269] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 71.

[1270] Nuhoğlu ve Üzülmez 'ifade özgürlüğü'nden bahsetse de (bkz. **NUHOĞLU,** s. 552, **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 66, 72, 125), burada 'irade özgürlüğü' denilmesi doğru olur. Zira, ifade özgürlüğü, düşünme, konuşma ve açıklama gibi unsurları bünyesinde barındıran, kapsayıcı bir terimdir. Bu itibarla, iki temel hak grubunun, bu özgürlüğün kapsamında olduğu söylenebilir. Öncelikle, bir fikrin oluşabilmesi için gerekli olan, bilgi ve fikirleri inceleme, araştırma, elde etme, serbestçe öğrenme ve haberleşme özgürlüğü gibi haklar bu kapsamdadır. İfade özgürlüğünün ikinci bir boyutu da, oluşan bu fikirlerin açıklanması ve yayılması hakkıdır. Ayrıca, kişinin fikir ve düşüncelerini açıklamaya zorlanamaması ve dışa vurduğu kanaatlerinden dolayı kınanamaması şeklinde açıklanabilecek 'kanaat özgürlüğü' de, ifade hürriyetinin bir üçüncü boyutu olarak görülebilir. O hâlde, ifade özgürlüğü, '*insanın serbestçe bilgiye ulaşabilmesi, edindiği fikir ve kanaatlerinden dolayı kınanmaması, kaygı duymaması ve bunları tek başına ya da başkalarıyla birlikte, çeşitli yollardan serbestçe dışa vurabilmesi imkânı'dır*, denebilir (bkz. **SUNAY, Reyhan,** İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2001, s. 7-8; **HAKERİ, Hakan,** Alman Federal Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Işığında Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Kollektif Hakaret, Prof. Dr. Sahir ERMAN'a Armağan, İÜHF Eğ., Öğr.ve Yrd. Vakfı Yayını No: 8, İstanbul 1999, s. 408). Her ne kadar, CMUK m. 135a-CMK m.148 ile sanığın aktif savunma, yani konuşma hakkı da korunmuş olup bu noktada yasak sorgu yöntemleriyle belirli şekilde ya da en azından özgür iradesine aykırı olarak konuşması sağlanmış olan kişinin kendini suçlama riski ortaya çıkarılsa da (bkz. **ŞAHİN,** Sanığın Sorgulanması, s. 171; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 126), bu durumda dahi ihlal olunan değer, kanaatimizce ifade özgürlüğünden ziyade, ceza muhakemesindeki irade özerkliği hakkıdır. Nitekim kıyaslayınız **SCHROEDER/YENİSEY/PEUKERT,** no. 198; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 128.

sahip olduğu kamusal yararı korumaktır[1271].

Nitekim, işkenceyi adliyeye karşı işlenmiş bir suç olarak düzenleyen kanunlar (1977 tarihli Arnavutluk Ceza Kanunu md. 115, 1968 tarihli Bulgar Ceza Kanunu, Rom. CK. md. 343, Özbek CK. md. 235, Meksika CK md. 225-12; ayrıca Erm. CK'sındaki işkence suçu dışında, adliyeye karşı suçlar arasında yer alan md. 341'deki 'tanıklığa zorlama' suçu, Paraguay CK'sında işkence başlıklı md. 309 yanındaki 'beyana zorlama' başlıklı 308. maddesi) mevcuttur[1272].

1987 ve 1989 tarihli TCK Tasarılarında da, '*suçu söyletmek için işkence ve kötü muamele' başlıklı suç tipine* 'adliyeye karşı suçlar' arasında yer verilmişti (1987 Tasarısı md. 389, 1989 Tasarısı md. 430)[1273].

Bu sistemde, şüphelinin 'susma hakkı' (CMK md. 147 /1-e), kendi aleyhinde suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamama hakkı (*nemo tenetur*)[1274] ve işkence yoluyla elde edilen gerçeğe aykırı beyanların adaleti yanlış tecelli ettirebileceği kaygısının ön plana çıktığı söylenebilir[1275]. Böylece, işkence suçu ile, delil temin etmeye zorlama amaçlı faaliyetler cezalandırılarak Anayasa md. 38/5'te tanınan susma hakkı ve *nemo tenetur* ilkesi korunmaktadır.

Bilindiği gibi, tanıklardan farklı olarak, sanıktan adalet organları ile işbirliği etmesi, gerçeğin aydınlatılmasında onlara yardımcı olması ve böylece kendi aleyhine yürütülen kovuşturmaya aktif olarak katılması beklenemez[1276]. Bu bakımdan, suç

[1271] Bkz. **ÖZEK, Çetin,** Adliyeye Karşı Suçların Hukuki Konusu, İÜHFM, Prof. Dr. Türkân Rado'ya Armağan, Cilt: LV, 1997/3, s. 26, **NUHOĞLU,** s. 552; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 68.

[1272] Bkz. **NUHOĞLU,** s. 537-538.

[1273] Madde metinleri için bkz. 1987 Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, Ankara 1987, s. 172-173; Türk Ceza Kanunu Öntasarısı (İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonunda Hazırlanan Metin), Ankara 1989, s. 152.

[1274] Bu ilke, kişiyi kendini suçlayıcı beyanda bulunma konusunda zorlanmaya karşı korumakta; kendi suçunun ispatlanması konusunda, sanığı kovuşturma makamlarıyla işbirliğinde bulunup bulunmamakta serbest bırakmakta ve onu ifade verme zorunluluğundan kırtarmaktadır, bkz. **ERDEM,** s. 265; **ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK** Ceza Muhakemesi, no. 135.

[1275] Bkz. **ÖNDER,** Ceza Özel, s. 221; **ERMAN/ÖZEK**, Kamu İdaresi, no. 413; **KESKİN, Serap,** Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, İstanbul 1997, s. 183; **NUHOĞLU,** s. 550.

[1276] Bkz. **BIYIKLI,** s. 689; **KESKİN S.,** s. 178; **ERDEM,** s. 265-266; **ŞAHİN,** İkrar, s. 138.

şüphesi altında bulunan kişinin yargılama (soruşturma ve kovuşturma) süresi boyunca, işlediği iddia edilen suçla ilgili olarak kendisine sorulan sorulara cevap vermeye veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaması ve bu durumun kişi aleyhine yorumlanamaması[1277], esastır. Buna aykırı surette, sanıktan iradesine rağmen alınacak ifade ve ikrarlar masumiyet karinesini de ihlal edecektir[1278]. Özetle, masumiyet karinesinin sağladığı bir güvence olan susma hakkı, devletin üstün konumuna karşı bireyin saygınlık, onur ve özerkliğini korumaktadır[1279].

İşkence suçunun bir çok kez adlî bir amaçla, özellikle de bir kimseye geniş anlamda suçunu söyletmek üzere işlendiğini düşünürsek bu eylemin adliyeye zarar verebileceği ortaya çıkar. Gerçekten, işkence yoluyla elde edilen deliller vasıtasıyla adaletin hatalı tecelli edebilmesi söz konusu olduğundan işkence, ceza muhakemesinin amacı olan 'maddî gerçeğe ulaşma' hedefinden sapmaya yol açabilecektir. Hatta, işkence ile elde edilen deliller maddî gerçeği yansıtsa bile, yargılamanın normlara uygun olarak yapılmasını ifade edip hukuk devleti olmanın bir göstergesi olan 'şeklî adalet' yanıltılmış olacağından, adalet yine de gereği gibi tecelli etmemiş olacaktır[1280].

Öte yandan, işkence yasağı ile, devletin hukuka aykırı metotlarla elde edilen delillere dayanması da önlenmektir[1281].

İşkence yasağı, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi md. 10 ve AİHS md. 6'da

---

[1277] Susma hakkının bu tanımı için bkz. **ERDOĞAN/BEYAZTAŞ,** s. 71. Buna karşılık Erem, susma hakkı adı verilen yetkinin kanunun tanıdığı bir sübjektif hak olmadığını öne sürmekte, hatta sanık tarafından söylenen yalanın da usul hukukunda yaptırım görmesi gerektiği savunmaktadır, bkz. **EREM, Faruk,** Susma Hakkı, YD, Cilt: 18, Sayı: 3, Temmuz 1992, s. 298-99; aksi görüşte **KESKİN S.,** s. 179. Öte yandan, Almanya'da, sanığın bazı konularda konuşup bazı konularda susmayı tercih ettiği vakit, sanığın susmasından olumsuz netice çıkarılabileceği bildirilmektedir, bkz. **KESKİN,** s. 180; **DÖNMEZER, Sulhi,** Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Nurullah KUNTER'E Armağan, İstanbul 1998, s. 69 ('**DÖNMEZER**, Suçsuzluk Karinesi'). İngiliz Hukuku açısından benzer durum için bkz. **ERYILMAZ,** Arrest…, s. 115 vd.

[1278] Bkz. **DÖNMEZER,** Suçsuzluk Karinesi, s. 69. Masumiyet karinesinin, insan onurunun dokunulmazlığı ilkesinin ceza yargılaması hukukundaki bir ifadesi olduğu belirtilmektedir, bkz. **ŞİMŞEK,** s. 165.

[1279] Bkz. **ERYILMAZ,** Arrest…, s. 114; **ŞAHİN,** İkrar, s. 138-139.

[1280] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 70, dn. 352

[1281] Bkz. **EREM,** Özel Hükümler, s. 425; **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 29; **NUHOĞLU,** s. 551; **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** İşkence, s. 186; **ÜZÜLMEZ,** HA 5, s. 231.

tanınan adil yargılanma hakkının sağlanması açısından da işlevseldir. Bilindiği gibi bu ilke, hukuk devleti anlayışının ayrılmaz bir parçası olup Avrupa ortak anayasal düzeninin temel bir değeridir[1282]. Ulusal hukukta bu ilkenin sanığa tanıdığı güvenceler arasında ise, yukarıda belirttiğimiz susma hakkı ve kendini veya yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamama hakkı mevcuttur.

Böylece, yukarıda belirttiğimiz ve bazı ceza kanunlarında düzenlendiği gibi, 'adliye (yargılama)'ye ilişkin hukukî yararlar da korunmuş olmaktadır.

YTCK md. 94 açısından, mağdurun 'algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine' yol açan bazı davranışların da suçun maddî unsurunu oluşturabilecek olduğu göz önünde bulundurulursa, hile, aldatma, zorlama ya da iradeyi bozan benzeri yöntemler kullanmak suretiyle yasak sorgu yöntemlerine başvurma yasağının, bu suç ile yaptırım altına alınmak istendiği söylenebilir.

Fakat bu konuda iki sorun mevcuttur. İlki, her delil yasağının işkence suçuna yol açmayacağı gerçeğidir. Yani, CMK md. 148'in ihlali YTCK md. 94 ile cezalandırılır, demek peşinen doğru değildir. Zaten kaynak İsp. CK'sında da, yasak sorgu yöntemlerine başvurmanın cezaî yaptırımı ayrı bir maddede düzenlenmiştir. İkincisi, YTCK md. 94 bakımından özel kasta tabi 'adli/teknik/dar anlamda' işkence suçuna yer verilmediği için, herhangi bir kamu görevlisi herhangi bir kimseye karşı, yine herhangi bir saikle bu suçu işleyebilecektir. Bu durumda da, ihlal edilen hukukî yararın adliye ile bir çok kez hiçbir ilişkisi olmayacaktır.

D. Kamu İdaresinin Güvenilirliği ve İşleyişi

İşkence, özgü bir suçtur, faili ancak kamu görevlisi olabilmektedir. Böylece, söz konusu suç tipiyle korunan kamusal (kamu idaresine ait) hukukî değerlerden biri de, kamu görevlilerinin yasaklanmış belirli davranışlara başvurmasının önüne geçmek, bu şekilde de kamu disiplini ve idareye duyulan güven duygusunu koruyarak

[1282] Bkz. **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR**, s. 303.

devletin menfaatini gözetilmektir.

Bu sebeple bazı kanunlar işkence suçunu, 'devlet idaresi aleyhine işlenen suçlar' arasında değerlendirirler. Bu tür kanunlar, aslında bireylerin maddî-manevî bütünlüğüne yönelik bu fiilleri, failin sıfatını dikkate alarak farklı bir suç tipi olarak değerlendirirler. Buradaki temel anlayış, görevini kötüye kullanmak ya da görev sınırını aşmak suretiyle bireylere zarar vermiş olan memurun hem idareye duyulan güven duygusu ve dolayısıyla idarenin itibarını sarsması hem de görevini ifa bakımından disiplinsiz davranmış olması sebebiyle devletin menfaatine dokunulmuş olmasıdır[1283].

Bu tür kanunlara örnek olarak, işkenceyi 'resmi görevde işlenen suçlar' arasında değerlendiren Alman Ceza Kanunu md. 343[1284]; 'memuriyet görevinin ihlali ve bununla bağlantılı (yakın) diğer yakın cezalandırılabilir davranışlar' başlıklı 22. babında düzenleyen Avusturya Ceza Kanunu md. 312-313; 'resmî görevde işlenen suçlar' başlıklı 16. kısmında düzenleyen Danimarka Ceza Kanunu'nun 147. maddesi; işkenceyi memur suçları arasında düzenleyen 1950 tarihli Yunan Ceza Kanununun 239. maddesi, eski İsp. CK'sının 204bis maddesi ve ayrıca Sırp CK md. 348 ile Paraguay CK md. 309 gösterilebilir[1285].

Bu yaklaşımı biraz daha açmak gerekirse, işkence suçuyla '*memurun yüksek sosyal etik yükümlülüklerinin ihlâlini teşkil eden hukuka aykırı davranışlar*'ın cezalandırıldığı belirtilmektedir[1286]. Diğer bir deyişle, memurun 'sadakat yükümlülüğü' olarak ifade edilen ilke; yani, devlet memurlarının görevlerini yerine getirirken başta Anayasa olmak üzere, kurallara ve devlete bağlılık göstermelerini ifade eden temel memur ödevine[1287] riayet yükümlülüğü korunmaktadır. Bu

[1283] Bkz. **ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 410; **NUHOĞLU,** s. 535; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 17.
[1284] Ancak, Alman Ceza Kanunu sistematiğinde, § 343'te yer alan 'zorla ifade alma suçu'yla korunan hukukî yararın esas olarak yine de 'adliye' olduğu belirtilmektedir, bkz. **TRÖNDLE/FİSCHER,** § 343, no. 1; **LACKNER/KÜHL,** § 343, no. 1; **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 28; **DEMİRBAŞ,** Hukuk Kurultayı 2004, s. 349; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 71.
[1285] Bkz. **NUHOĞLU,** s. 536; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 18.
[1286] Bkz. **WELZEL, Hans,** Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), s. 512 (zikreden: **NUHOĞLU,** s. 553).
[1287] Bkz. **GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref,** Yönetim Hukuku, 19. Bası, Ankara, Ekim 2003, s. 192;

bakımdan, işkence nitelikli eylemlerin kamu görevlileri tarafından işlenmesinin sosyal vahameti, bunların bizzat hukuka saygıyı ve temel hak ihlallerinin önlenmesini sağlamakla yükümlü olmaları sebebiyle, özel kişilerin eylemlerine göre daha ağırdır. Bu nedenle, kamu görevlilerinin bu tür eylemleri sadece kendilerini gayri meşru zemine sokmakla kalmayıp temsil ettikleri devleti de aynı konuma sokar[1288].

Gerçekten, bazı eylemlerin 'devlet idaresi aleyhine' suç olarak sayılmasının sebebi, devlete ait fonksiyonların hukuka uygun, dürüst, tarafsız, disiplinli, düzenli, sürekli bir şekilde yürütülmesi ilkesine aykırı düşmeleridir[1289]. İşkenceye başvuran bir kamu görevlisi, uyması gereken hukuk kurallarına ve bu arada görevini icra ederken bir kamu görevlisi olarak bağlı bulunduğu davranış-disiplin kurallarına aykırı davranarak bu anlayışı ihlal etmektedir.

Fakat, memurun, devletin kendisi hakkından koyduğu bu kurallara aykırılığı, devlet ajanının bir davranışı olarak mağdur konumundaki bireye yönelmektedir. Şöyle ki, işkence ilişkisi sonuçta devlet-birey ilişkisine indirgenmekte ve yanlış hareketin vebali, ihlal kendi organları eliyle işlendiğinden devlete kalmaktadır[1290]. Böylece, devlet idaresine duyulan güven zedelenmekte, öte yandan ilgili memur da devlete olan sadakat ve kurallara uyma yükümlülüğünü ihlal etmektedir. Her iki durumun cezalandırılması bakımından, devlet idaresinin korunmaya değer bir hukuki yararı mevcuttur.

İşkence suçunun uluslararası mevzuattaki konumu ve kamusal niteliği ile tarihsel gelişimi de, kamu idaresinin korunmasına öncelik veren 765 s. TCK'daki anlayışı desteklemektedir[1291].

Bütün bunlara karşılık, bireyi temel alan ve insan onurunu değerler hiyerarşisinin zirvesine oturtan insan hakları merkezli modern hukuk anlayışında,

---

ÖZGENÇ, TCK Gazi Şerhi, s. 222.
[1288] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 1-2.
[1289] Bkz. **ÖZEK,** s. 16; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 73.
[1290] Kıyaslayınız **NUHOĞLU,** s. 556-557.
[1291] Bkz. **ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 410; **NUHOĞLU,** s. 535-536.

devletin bir ajanı eliyle vatandaşa işkence yaptığı durumlarda devletin kendi çıkarlarını korumak için cezalandırma yetkisine başvurduğunu söylemek ise söz konusu temel anlayışa pek uygun düşmeyecektir.

§ 6. FAİL-MAĞDUR

I. FAİL

A. Genel Olarak

İşkence suçu, faili mahsus (özgü) suç (YTCK md. 40/2) niteliğindedir. Bilindiği üzere özgü suçlar, failin ancak kanunda belirtilmiş olan belirli sıfat veya niteliklere sahip olan kimselerin olabildiği suçlardır[1292]. Burada failin sıfatı, cinsiyet gibi doğal niteliklere ya da kamu görevlisi olma ya da vatandaşlık gibi hukukî niteliklere dayanabilir[1293].

İşte gerek 765 sayılı gerekse 5237 sayılı TCK bakımından, sadece kamu görevlileri (eski TCK bakımından 'memurlar') suçun faili olabilirler[1294]. Memuriyetten doğan özel bir yükümlülüğü olan devlet memurunun bu yükümünü ihlâli, fiilin haksızlık ve dolayısıyla, korunan hukukî yararın ihlâl derecesini artırdığı için, fail daha ağır bir şekilde cezalandırılmaktadır[1295].

2003 TCK Tasarısında ise, suçun failinin herhangi bir vatandaş olabileceği belirtilmek suretiyle, yukarıda andığımız 1984 tarihli BM Sözleşmesinin öngördüğünden daha dar bir kapsama sahip 765 s. TCK'nın 243. maddesinin eksikliği giderilmiş; hatta bunun da ötesine geçilmişti[1296].

[1292] Bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: II, no. 1169; **TOROSLU,** Ceza Hukuku, s. 41; **ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK,** Ceza Genel, no. 384; **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** Ceza Hukuku, s. 95-96; **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Suç Teorisi, s. 90; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 409; **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 90; **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 221.

[1293] Bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: II, no. 1169; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 409-410.

[1294] Bkz. **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** İşkence, s. 186.

[1295] Bkz. **NUHOĞLU,** s. 553.

[1296] Bkz. **DEMİRBAŞ,** Hukuk Kurultayı 2004, s. 348.

Kanaatimizce, 765 ve 5237 sayılı TCK'daki suç tipinde kamu görevlisi olma sıfatı kurucu unsur olarak yer aldığından, gerçek bir memur suçu söz konusudur[1297]. Bu nedenle örneğin Almanya'da diğer şerikler ancak yardım eden olabilir[1298]. YTCK md. 40/2'deki bağlılık kuralı bakımından bizde de aynı sonuca varmak gerekir; fakat YTCK md. 94/4'te yer verilen '*Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır*' hükmüyle, cezalandırma açısından farklı bir kural öngörülmüştür. Bu hüküm sebebiyle, aslında 'fail' sıfatını taşıyamayacak olan şerikler (yardım edenler) de kanunda öngörülen cezanın tümüne çarptırılacaklardır.

Belirtelim ki İspanyol doktrininde, md. 174'teki işkence suçunun gerçek olmayan bir memur suçu olduğu, çünkü görev gereklerinin ihlalinin, davranışın cezalandırılabilirliğinin temelini oluşturmayıp sadece cezanın ağırlaştırılmasını gerektirdiği öne sürülmektedir[1299].

Nihayet, çağdaş eğilimin işkence suçunun oluşabilmesi için failde özgü bir sıfatın aranmaması yönünde olduğu belirtilmekte ise de[1300], mukayeseli hukuk halen bunun aksine bir görünüm sergilemektedir.

Yukarıda belirtildiği üzere, mukayeseli hukuk bakımından suçun faili olabilecek kimselere bakılırsa genel olarak özgü faillik sisteminin benimsendiği görülür. Gerçekten de, bir çok kanuna göre bu suçun faili ancak 'kamu görevlisi' (memur) ya da kamusal yetkiyi haiz kimse olabilir (ör. StGB § 343, İsp. CK. md. 174, ABD *18 U.S.C. §§ 2340-2340A,* İtalya'da 4990 s.K. teklifi, Özbek CK. md. 235, Sırp CK md. 348, Meksika CK md. 225-12, Paraguay CK md. 309). Bununla birlikte, birtakım ülkelerde 1984 BM Sözleşmesine uygun olarak, kamu görevlisinin teşviki veyahut rızası ya da göz yummasıyla hareket eden özel kişiler de suçun faili sayılmaktadır (ör. Birleşik Krallık CK md. 134/2, Romanya CK md. 343, Peru CK

[1297] Bkz. **TRÖNDLE/FİSCHER,** § 343, no. 1; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 75; **ÜZÜLMEZ,** HA 5, s. 233. Buna karşılık, bireysel yarar da korunduğu için, gerçek olmayan memur suçu sayanlar vardır, bkz. **LACKNER/KÜHL,** § 343, no. 1.
[1298] Bkz. **TRÖNDLE/FİSCHER,** § 343, no. 1.
[1299] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 17.

md. 321, Polonya CK md. 246, Paraguay CK. md. 308, Kanada CK § 269.1). Bizim incelediğimiz ülkelerden pek azında suçun faili herkes olabilmektedir (ör. Fransa CK md. 222-1, Ermeni CK md. 119, Ukrayna CK md. 127, Arjantin CK md. 144- *ter*, Kolombiya CK md. 178).

B. 765 Sayılı TCK Bakımından

765 s. TCK bakımından, 1999 yılında yapılan değişikliğe kadar[1301] işkence suçunun faili ancak '*mahkemeler ve meclisler reis ve azalarından ve sair hükumet memurlarından biri*' olabilirken, söz konusu değişiklikle suçun failinin '*memur veya diğer kamu görevlileri*' olabileceği öngörülmüştür. 1999 yılından önceki metinde de kast edilen 'memur'lardı[1302].

1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu md. 357 ve 358'i esas alan ve '*Ceza kanunu uygulamasında memur ve hizmetli*' başlığını taşıyan ETCK md. 279'a göre, ceza hukuku anlamında memur deyimi ile, zaten '*âmme vazifesi gören*'ler kast olunduğuna göre, TCK md. 243'teki '*memur veya diğer kamu görevlileri*' ifadesindeki 'memur' ile 'diğer kamu görevlileri' kategorisi zaten aynı olmaktaydı[1303]. Diğer bir deyişle, zaten kamu görevlisi olan şahıslar TCK kapsamında memur sayılmaktaydı.

Bize göre, ETCK md. 243'te 'memur veya diğer kamu görevlileri' denmesinin sebebi muhtemelen Anayasa md. 129'daki tanımla paralellik sağlamaktı. Bilindiği gibi, Anayasanın Üçüncü Kısmının 'Yürütme' başlıklı ikinci bölümü altında yer alan bu hüküm, '*memurlar ve diğer kamu görevlileri*'nden bahsetmektedir. İdare hukuku açısından kaleme alınan bu ikili ifade, bu alandaki memur tanımının ceza hukukundaki kavramla örtüşmemesinden dolayı TCK bakımından gereksiz bir tekrara dönüşmektedir.

[1300] Bkz. **BAYRAKTAR,** s. 185.
[1301] 26.8.1999 t. ve 4449 s.K.
[1302] Bkz. **DÖNMEZER,** Özel Ceza, s. 131; **ÖNDER,** Ceza Özel, s. 221; **ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 414.
[1303] Bkz. **ÇETİN, Erol,** Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur – Memurlar

Sonuç itibariyle, kanaatimizce, 'veya diğer kamu görevlileri' ibaresi gereksizdi, muhtemelen Anayasa md. 128-129'daki kullanıma paralellik kurmak amacıyla tercih edilmişti, madde bakımından özel bir anlamı yoktu[1304].

Buna karşılık, kanunun 'abesle iştigal etmeyeceği' düşüncesinden ve buradaki 'diğer kamu görevlileri' ifadesinin bir anlamı olması gerekeceğinden hareket eden bazı yazarlar, 'kamu hizmetlileri'nin kast edildiğini düşünmekte[1305]; bazı yazarlar 'memur' terimiyle 'tahkikata yetkili memurlar'ın, 'diğer kamu görevlileri' kavramıyla da bunlar dışından kalan memurların kast edilmek istenmiş olabileceğini ifade etmekte[1306], bazı yazarlar ise kamu hizmeti gören kimselerin de bu suçun faili olabileceklerinin açıkça öngörülmesinin gerekli olduğunu düşünmekteydiler[1307].

Bu tartışma bir yana, ETCK md. 279'da ceza hukuku uygulaması bakımından 'memur'u belirlemek için 'kamu görevi' ve 'kamu hizmeti' kıstasına, diğer bir deyişle görülen fonksiyonun niteliğine dayalı bir ayrım yapılmıştı[1308]. Maddenin birinci fıkrasına göre, '*Ceza Kanununun tatbikatında:*

1. *Devamlı veya muvakkat surette teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören devlet veya diğer her türlü amme müesseseleri memur, müstahdemleri;*
2. *Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyari veya mecburi olarak teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören diğer kimseler memur sayılır*'.

---

ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları, 2. Baskı, Ankara 2003, s. 41.

[1304] Bkz. **NUHOĞLU**, s. 527; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 257, 477; **TEZCAN/ERDEM**, Ceza Özel, s. 197; **ÖZGENÇ/ŞAHİN**, İşkence, s. 187; **SAVAŞ/ MOLLAMAHMUTOĞLU**, 2. Cilt, s. 2504; **MALKOÇ**, 2. Cilt, s. 1982; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 79.

[1305] Bkz. **NUHOĞLU,** s. 527, 559; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 388.

[1306] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 78. Fakat yazar, TCK m. 243'ün sadece bir kovuşturma faaliyeti sırasında yapılan işkence ve benzeri kötü muameleleri cezalandırdığından bahisle, bu görüşün sonuçta savunulamayacağını açıklamaktadır

[1307] Erman/Özek'e göre, kamu hizmetlilerinin, örneğin bir cezaevi gardiyanın da bu suçu işleyebileceğinin öngörülmesi ve böylece failin, memurlar ile sınırlandırılmaması yerinde olurdu (bkz. **ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 414). Hatta Soyaslan 'kamu hizmetinde' olan kimselerin zaten bu suçun faili olabileceğini savunmaktaydı, bkz. **SOYASLAN,** Ceza Özel 4. Baskı, s. 632.

[1308] Bkz. **ERMAN, Sahir,** Sahtekârlık Suçları, Ticarî Ceza Hukuku-III, Beşinci Bası, İstanbul 1987, s. 358 ('**ERMAN**, Sahtekârlık'); **TEZCAN/ERDEM**, Ceza Özel, s. 122 vd; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 254.

Buna göre, söz konusu birinci fıkranın bu iki bendine giren ve adlî, idarî veya teşrii alanda kamu vazifesi gören tüm 'kamu görevlileri', idare hukuku bakımından statülerine bakılmaksızın ceza hukuku uygulamasında memur sayılacaktı[1309].

ETCK md. 279/f.2'de ise, '*Ceza Kanununun tatbikatında amme hizmeti görmekle muvazzaf olanlar:*

1. *Devamlı veya muvakkat surette bir amme hizmeti gören devlet veya diğer amme müessesesinin memur ve müstahdemleri;*
2. *Devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz, ihtiyari veya mecburi surette bir amme hizmeti gören kimselerdir*', denilmek suretiyle 'kamu hizmetlileri' tanımlanmış ve bunların ceza hukuku bakımından memur sayılmayacağı ortaya konulmuştu[1310].

Yargıtay da, sadece kamu görevi yerine getirenleri memur saymaktaydı[1311]. Zaten, kamu hizmetiyle muvazzaf kimselerin görevlerinden ötürü suç işledikleri zaman memur gibi cezalandırılmalarını mümkün kılmak amacıyla bir çok kanunda özel hüküm öngörülmüş olmasının sebebi de buydu[1312].

765 s. TCK bakımından görülen kamu görevi, teşriî (yasamaya ilişkin), idarî veya adlî olabilirdi. İster devlet ya da bir kamu kurumunun müstahdemi olsun ister olmasın, teşriî kamu görevi görenler milletvekilleridir (ve dolayısıyla bakanlar ve başbakan)[1313].

[1309] Bkz. **ÇETİN,** s. 42.

[1310] Bkz. **ERMAN,** Sahtekârlık, s. 358-359; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 254-255; **ÇETİN** s. 41-42.

[1311] Ör. Y. 4. CD., 12.4.1999, 1050/3400; Y. 4. CD. 15.3.1999, 1842/2698; Y. 1. CD. 8.12.1997, 3720/39 ('*Vakıflar Genel Müdürlüğüne bağlı ... Vakıflar Talebe Yurdu Müdürü olan mağdurun yaptığı hizmette kamu görevi niteliğinin bulunmadığı, bu nedenle de TCK.nun 279. maddesinde tanımlanan memurlardan sayılmasının mümkün olmadığı gözetilmeden…*', Y. 4. CD. 14.4.1997, 1080/2948 ('*Ticaret ve Sanayi Odası Genel Sekreteri olarak çalışan (,) yaptığı iş kamu görevi olmayan mağdurun TCY.nın 279. maddesine göre ceza uygulamasında memur sayılmayacağı gözetilmeden…*', kararlar için bkz. **YAŞAR, Osman,** İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2001, 633-634.

[1312] Bkz. **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 256; bu kanunların listesi için bkz. **ÇETİN,** s. 67 vd.

[1313] Yargıtay'a göre, yerel yönetim seçimleri nedeniyle sandık kurulunda asıl üye olarak görev yapan kimse, TCK md. 279/f.1, b. 2 anlamında kamu görevi yapan memurdur (Y. 4. CD. 8.10.1997), bkz. **TAŞDEMİR, Kubilay/ ÖZKEPİR, Ramazan,** Son Değişikliklerle İçtihatlı Türk Ceza Kanunu,

İdarî kamu görevi görenler, devletin genel yönetimine bağlı tüm organlar (merkez ve taşra teşkilâtı) ve yer yönünden yerinden yönetim birimlerinin kamu göreviyle yükümlü organları ile özel güvenlik personeli, noterler gibi kimselerdir.

Adlî kamu görevi görenler ise, ifa ettikleri fonksiyon adlî olmak kaydıyla, adliyenin adlî (hâkimler, savcılar) ve idarî (zabıt kâtipleri, mübaşirler gibi) personeli ile tanıklar[1314], bilirkişiler[1315], tercümanlar, hakemler, iflâs idaresindekiler, yeddiemin ve duruşma sırasında avukatlardır[1316].

ETCK'daki memurun kapsamı böyle olmakla birlikte, aşağıda göreceğimiz gibi sadece 'tahkike yetkili' kişiler ETCK md. 243'teki suçun faili olabilecekti. Bu bakımdan, örneğin avukat, bilirkişi ve tanıklar hiçbir şekilde bu suçun faili olamazlardı[1317].

Buna karşılık, idare hukuku bakımından bir kısmı öyle sayılmasa da, kolluk (zabıta) görevlileri ceza hukuku uygulamasında memur sayılmaktaydılar[1318].

Bilindiği gibi, idari kolluk, genel kolluk ve özel kolluk olmak üzere ikiye ayrılır[1319].

Ankara 2000, s. 642.

[1314] '*Yakınanın, idari soruşturma sırasında yaptığı tanıklık nedeniyle, sanık tarafından yaralandığı kabul edilmesine karşın, TCY.nın 279/2. maddesi uyarınca tanıklığın kamu görevi olduğu gözetilerek…*', Y. 4.CD., 15.3.1999, 1842/2698, bkz. **TAŞDEMİR/ÖZKEPİR,** s. 642

[1315] '*Mahkemede bilirkişi olarak dinlenenlerin TCY.nın 279/1. maddesinde öngörülen 'adli kamu görevi yapan kimselerden' olduğu ve ceza uygulamasında memur sayıldığı gözetilmeden…*', Y. 4.CD. 12.4.1999, 1050/3400, bkz. **TAŞDEMİR/ÖZKEPİR,** s. 642

[1316] Ayrıntılı bilgi için bkz. **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 262-266; **ÇETİN,** s. 44 vd

[1317] Bir görüşe göre '*bunlar her ne kadar görevleri bakımından tahkikatla ilgili olsalar da, kovuşturmayla yetkili memurlar gibi kurumsal bir kuvvet kullanma gücüne sahip değildirler*', bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 82. Bize göre varılan sonuç doğru olsa da, bunu işkenceyi karakterize eden baskın konumda olma ilişkisinin yokluğuna dayandırmak gerekmez. Zira, ETCK döneminde failin 'tahkikle ilgili' olması değil, 'tahkike yetkili', yani bunu yürütme yetki ve sorumluluğuna sahip kılınmış olması aranıyordu. Oysa sayılan kişiler, adlî sürece katılsalar da, soruşturma faaliyetinin yürütümünde yetki sahibi kılınmış değildirler, sadece bu sürece katılan bir süjedirler.

[1318] Bkz. **ÇETİN,** s. 39, 43-44. Bkz. ayrıca Y.4.CD., 28.6.1993, 3652/5219, Y.5.CD, 3.2.1982, 3889/232.

[1319] Bkz. **GÖZÜBÜYÜK,** s. 272; **GÜNDAY, Metin,** İdare Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2002, s. 251.

Genel kolluk, esas itibariyle polis ve jandarmadan oluşur, çarşı ve mahalle bekçilerini (772 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Yasası) de bu kapsamda sayabiliriz[1320].

Özel kolluk ise, belediye zabıtası, köy koruculari (bekçileri) (442 sayılı Köy Kanunu md. 68, 28.3.1985 t. ve 3175 s.K.ile değişik md. 74), çiftçi mallarını koruma bekçileri (4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanun)[1321], kır bekçileri (20.7.1330 tarihli Kır Bekçileri Kanunu), orman muhafaza memurları (6831 sayılı Orman Yasası), özel güvenlik kolluğu (2495 sayılı Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanun; 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine dair Kanun), gümrük ve tekel kolluğu, sahil güvenlik örgütünden (2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Yasası) oluşur[1322].

Bunların hepsi memur sayılsa da, aşağıda göreceğimiz gibi, tahkike yetkili olmaları itibariyle bunlardan sadece polis ve jandarma (2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yasası md. 7/b), 765 s. TCK'daki işkence suçunun faili olabilecekti.

Gerçekten de, ETCK md. 243'teki suçun faili memur, aynı zamanda 'sorgulamaya ve ifade almaya, tahkike yetkili' olmalıydı[1323]. Bu konuda genel olarak yetkili olmak yeterliydi; ayrıca, mağdur konumunda olan belirli bir şahsı sorgulamak için özel olarak görevlendirilmiş olmak gerekmezdi[1324]. Yetki, yer ve görev bakımından olmalıydı.

[1320] Bkz. **ÇETİN,** s. 149.

[1321] Hatta, çiftçi mallarını koruma bekçilerinin, zor kullanmaya yetkili memurlardan olduğundan bahisle, TCK md. 245'teki suçun faili olabileceğine dair 2.5.1956 t.li YİBK kararı mevcuttur, bkz. **ÇETİN,** s. 193.

[1322] Bkz. **ÇETİN,** s. 149.

[1323] Bkz. **DÖNMEZER,** Özel Ceza**,** s. 131; **ÖNDER,** Ceza Özel, s. 221; **NUHOĞLU,** s. 558; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 197; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 477; **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** İşkence, s. 187; **PARLAR/DEMİREL,** s. 805**.** Buna karşılık Üzülmez'in '*Şikayet ve ihbarı* ***kabul etmek*** *gibi adli bir faaliyet gerçekleştirmeye yetkili memur*' şeklindeki tanımına (bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 216) katılmıyoruz. Kanaatimizce tahkike 'yetkili' olmak başka ihbar kabul etmeye yetkili olmak başka şeylerdir.

[1324] Bkz. **ÖNDER,** Ceza Özel, s. 221; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 197; **SAVAŞ/**

1412 s. CMUK'a göre, bu anlamda yetkili olabilecek söz konusu kişiler, ceza davasını açmaya vaya adli işlemi yapmaya yetkili cumhuriyet savcıları, hakimler, kolluk amir ve memurları, disiplin ve vergi memurları gibi şahıslardı[1325]. Bunların dışında, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun gibi, özel kanunlarda bu yetkiyle donatılmış kimseler de bu suçun faili olabilirdi[1326]. Örneğin, polis ve jandarma bu yetkiye sahipken; belediye ve büyükşehir belediyesi zabıtası, köy bekçileri[1327], geçici köy korucuları (ETCK anlamında kamu görevlisi sayılmakla birlikte) böyle bir adlî yetkiye sahip olmadığından, işkence suçunun faili olamazdı[1328].

Özel güvenlik görevlileri ise, 2495 sayılı Yasanın md. 9 hükmüne göre '*a. Kuruluşu, sabotaj, yangın, hırsızlık, soygun, yağma ve yıkma, zorla işten alıkoyma gibi her çeşit tehdit, tehlike ve tecavüze karşı korumak; b. Görev alanları içinde işlenmiş veya işlenmekte olan suçları derhal genel kolluk kuvvetlerine bildirmekle beraber, genel kolluk kuvvetleri gelinceye kadar sanıkları yakalamak ve gözaltına almak; c. Delilleri muhafaza etmek; d. Genel kolluk kuvvetlerinin işe el koymasından itibaren emrine girerek ona yardımcı olmak; e. Koruma ve güvenlik hizmetlerinin gerektirdiği diğer önlemleri almak; f. Sivil Savunma Teşkilatına görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak*' ile görevlidirler. Keza, 26.6.2004 tarih ve 25504 s. RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5188 sayılı Kanunun 7. maddesi de bunlara '*1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 127 nci maddesine göre yakalama ve yakalama nedeniyle orantılı arama*'; '*Görev alanında, haklarında yakalama, tutuklama veya mahkumiyet kararı bulunan kişileri yakalama ve arama*'; '*Genel kolluk kuvvetlerine derhal bildirmek şartıyla, aramalar sırasında suç teşkil eden veya delil olabilecek ya da suç teşkil etmemekle birlikte tehlike doğurabilecek*

MOLLAMAHMUTOĞLU, 2. Cilt, s. 2504.

[1325] Bkz. **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 478; **MALKOÇ,** 2. Cilt, s. 1982; **PARLAR/DEMİREL,** s. 805.

[1326] Bkz. **DÖNMEZER,** Özel Ceza, s. 131; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 478; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 197-198; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 83; **MALKOÇ,** 2. Cilt, s. 1983.

[1327] YCGK 30.3.1992, 81/102; YCGK 27.2.1989, 19-72; Y.4.CD., 11.4.1996, 1363/3396 (aktaran: **ÇETİN,** s. 130 vd).

[1328] Bkz. **NUHOĞLU,** s. 559; **MALKOÇ,** 2. Cilt, s. 1983; **ÇETİN,** s. 101. Fakat bkz. Y. 1. CD. 13.1.1970, E. 69-1730, K. 1970/118, aktaran: **DÖNMEZER,** Özel Ceza, s. 131.

eşyayı emanete alma'; '*Türk Ceza Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasının (1) ve (2) numaralı bentlerine göre zor kullanma*' gibi yetkiler tanınmıştır.

Bu açıdan, özel güvenlik görevlilerinin de tahkike yetkili olduğu söylenebilir. Öte yandan 5188 s.K. md. 23/1'de 'Özel güvenlik görevlileri Türk Ceza Kanununun uygulanmasında memur sayılır', şeklinde açıklık da getirilmiştir.

Eski TCK bakımından, tahkike yetkili olmayan kimselerin fertlere yönelik kötü muameleleri, şartları varsa md. 245 kapsamında; yoksa, müessir fiil vb. suçlar kapsamında değerlendirilecek, bu son ihtimalde, verilecek ceza ETCK md. 251'e göre artırılacaktı[1329].

C. 5237 sayılı TCK Bakımından

5237 s. TCK'da 'memur' terimi terk edilip 'kamu görevlisi' deyişi tercih edilmiştir. YTCK md. 6/1-c'ye göre '*Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*' anlaşılacaktır. Madde gerekçesine göre '*kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır*'. Bu anlayışın sakıncalarını, 765 s. TCK'daki memur kavramının kapsamı üzerindeki tartışmaları da açıklamak suretiyle ortaya koymaya çalışacağız.

Yukarıda belirtildiği gibi, ETCK md. 279'da yer alan ceza hukuku bakımından 'memur' kavramını belirlemedeki kıstas 'kamu görevi'ydi. İşte, kimlerin kamu görevi gören kişiler kapsamında değerlendirilebileceği konusunda, yani kamu görevini saptayacak kriterleri belirlemede çeşitli görüşler öne sürülmüştür.

[1329] Öte yandan, bir görüşe göre, ETCK md. 243'te 4449 s.K'la yapılan değişiklikten sonra, 'şikâyet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle' bir kimseye karşı işlenen fiiller de işkence teşkil edebileceğine göre, bu durumlarda, failin 'suçu takibe yetkili' bir kamu görevlisi olmasına da gerek olmayacaktır. Bu düzenleme biçimine göre; herhangi bir kamu görevlisi(nin), sözgelimi kendisi aleyhine suç duyurusunda bulunduğu için veya tanıklık ettiği için maiyetindeki bir kamu görevlisine müessir fiil ika etmesi durumunda' yine de bu suç oluşacaktır, bkz. **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** İşkence, s. 193.

Bir görüşe göre kamu görevi, devlete ait icrai karar alma yetkisinin, kamu otoritesinin kullanılmasını gerektiren fonksiyonları ifade eder. Buna karşılık, devlete ait icra gücünün ve iktidarın kullanılmasına gerek olmadan da yerine getirilebilen devlet faaliyetleri, kamu hizmeti teşkil etmektedir[1330].

Objektif bir kıstas olarak 'görevin amacını' esas alan ikinci bir görüşe göre, devletin görevlerinden bir kısmı aslîdir, bunlar olmaksızın Devlet de düşünülemez. İşte, kamu görevi devletin esaslı nitelikteki gayelerinin elde edilmesine yönelik faaliyetlerdir ve bunların özel fertlere bırakılması mümkün değildir[1331]. YTCK bakımından bu anlayışa dayanmak mümkün gözükmemektedir.

Üçüncü bir kıstasa göre, bireyin, bir hukukî tasarrufta veya fiilde bulunmak suretiyle hukukî bir iktidar ve yetkiyi kullandığı veya bu tasarrufların çıkarılmasına veya fiillerin yapılmasına kamu hukuku usulüne uygun bir şekilde katıldığı ve yardım ettiği taktirde, kamu görevi vardır[1332]. Yargıtay da, benzer bir tanımı benimsemiştir[1333].

Gerçekten, *Erman*'dan esinlenerek Yargıtay'ın da benimsemiş gözüktüğü bu tanımın çıkış noktası, ifa edilen görevin amacı, fonksiyonun niteliğidir[1334]. Buna göre, devletin yerine getirmek zorunda olduğu aslî görevleri yapanlar kamu memurudur; buna karşılık, kamuya yalnızca faydalı olup devletin yerine getirmekle yükümlü sayılamayacağı, bunu yapıp yapmamakta takdir hakkına sahip olduğu işleri ifa edenler ise, kamu hizmetlisidir.

YTCK'da, yukarıda aktardığımız üçüncü kıstasta belirtilen anlayışın esas

---

1330 Bkz. **DÖNMEZER,** Özel Ceza, s. 74-75; **EREM,** Şerh, s. 1494-1495; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 259.

1331 Bkz. **EREM,** Şerh, s. 1493-1494; **ÖNDER,** Ceza Özel, s. 95; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 258.

1332 Bkz. **ERMAN,** Sahtekârlık, s. 362; **TOROSLU,** Ceza Hukuku, s. 208-209; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 259; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 122; **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 102-103.

1333 '*Devlete ait hukuki bir iktidar ve salahiyeti kullanarak hukukî tasarruf veya fiilin icrasını gerçekleştirenlerle, bu hukukî tasarruf veya fiilin icrasına amme hukuku usulüne uygun bir şekilde iştirak ve yardım eden kişi memurdur*', YCGK, 25.11.1985, 410/595, aktaran: **ÇETİN,** s. 43.

alınmak istendiği söylenebilir. Nitekim Özgenç'in açıklamalarına göre, kamu otoritesi (devlet) adına yürütülen bir faaliyetin icrasına kamu hukuku usûlüne göre (An. md. 128'deki 'genel idare esaslarına göre') iştirak eden herkes, kamu görevlisidir. Buradaki kıstas, az veya çok, mutlaka kamu otoritesine ait bir iktidar ve yetkinin kullanılmasıdır. Kamu görevlisinin, kamu personeli anlamında memur olarak anlaşılmaması gereklidir. Zira, kamu görevlisinin devletle organik bir bağ içinde olması, yaptığı faaliyetin karşılığı olarak parasal ya da sair maddî menfaat temin edip etmemesinin önemi yoktur[1335]. Oysa idare hukuku açısından kamu görevlisi olmanın temel şartı kamu kesimindeki bir teşkilata bağlı olarak çalışmaktır[1336].

Buradan çıkan sonuç, eski TCK döneminde kamu hizmeti gördüğü için memur sayılmayan bir çok görevlinin artık 'kamusal faaliyetin yürütülmesine katıldığı'ndan bahisle kamu görevlisi sayılacağıdır[1337].

Zaten gerekçede '*765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki "memur" tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, Tasarı metninden çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan "kamu görevlisi" tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır*.' Gerekçeye göre 'memur kavramını da kapsayan' kamu görevlisi terimi demek ki ondan daha geniştir[1338]. Bu bakımdan ölçüt, görülen 'işin bir kamusal faaliyet olmasıdır', bunun da anlamı 'Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir'.

[1334] Bkz. **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 254; **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 102.
[1335] Bkz. **ÖZGENÇ, İzzet,** Suça İştirakin Hukukî Esası ve Faillik, İstanbul 1996, s. 171, dn. 102 ('**ÖZGENÇ,** Suça İştirak'). Örneğin Yargıtay'a göre '*avukatlar ve başkaca hizmet grupları aslında bir kamu hizmeti yaptıkları halde bu hizmetlerinin maddi karşılığı devlet bütçesinden karşılanmadığı için birer kamu görevlisi olarak kabul edilmemekte*'ydi, YHGK, 14.9.1983, E. 980/1714, k. 983/803, YKD, Cilt IX, Sayı 11, Kasım 1983, s. 1587 vd.
[1336] Bkz. **GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut,** İdare Hukuku, Cilt 1, Genel Esaslar, 2. Bası, Ankara 2001, no. 867-868; **AKYILMAZ, Bahtiyar,** İdare Hukuku, Konya 2003, s. 368.
[1337] ETCK'da yaratılan ayrımın gereksiz olduğu konusunda bkz. **EREM,** Şerh, s. 1498 vd. Özbek de 'kamu görevlisi-memur' konusundaki tartışmaya son verilmesini isabetli bulmaktadır, bkz. **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 179.
[1338] Bkz. **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 103.

Ancak, YTCK'nın madde metnine bakarsak, buradan çıkarılacak anlamın, yukarıda kast edilenden (amaçlanandan) daha geniş bir kapsama sahip olduğu söylenebilir.

Gerekçeye dönecek olursak şöyle denmiştir: '*Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddî karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakıasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler. Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır*'.

Böylece gerekçeden, idare hukukundaki kamu hizmeti kavramının geniş anlamda ele alındığı; buna karşılık kamu görevlisinin ise dar anlamda değerlendirildiği görülmektedir. Zira geniş anlamda kamu görevlisi kavramı, kamu kesiminde özel hukuk rejimine tabi olarak görev yapanları da kapsar[1339].

Ayrıca YTCK bakımından, kamusal faaliyete katılan kişinin devletle herhangi bir organik bağ içinde olması da aranmamaktadır. Oysa ki, ister dar anlamda ister geniş anlamda olsun, bir kimsenin kamu görevlisi olması için 'kamu kesimindeki bir örgüte bağlı olarak çalışması gerekir'[1340]. Bu durumda, YTCK'daki kamu görevlisi kavramının idare hukukundakinden farklı ve daha geniş olduğu

[1339] Bkz. **AKYILMAZ,** s. 368; aksi görüşte **GÖZLER, Kemal,** İdare Hukuku, Cilt II, Bursa 2003, s. 554.
[1340] Bkz. **GÖZÜBÜYÜK,** no. 234; **GÜNDAY,** s. 503-504; **GÖZLER,** Cilt II, s. 567-568.

anlaşılmaktadır.

Fakat gerekçede, idare hukukundaki ‘dar anlamda kamu görevlisi’ ifade edilmek istense de, bu kavram kamu kurum ve kuruluşlarının genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları asli ve sürekli görevleri yürüten kişileri[1341] ifade eder. ‘Genel idare esasları’ndan kasıt, An. md. 128/1’e uygun olarak ‘kamu hukuku rejimi ve kamusal yönetim usulleri’, yani kamu gücü kullanılarak tek taraflı olarak tesis edilen işlemlerdir[1342]. Bu yönüyle idare hukuku bilgileriyle YTCK’daki anlayış örtüşmektedir. Fakat idare hukukundaki ‘dar anlamda kamu görevlisi’, *asli ve sürekli* görevleri yürütür. Oysa, YTCK’da görevin ‘aslî’, yani bir kadroya bağlı ya da sürekli olması aranmamıştır[1343].

Öte yandan gerekçede, ‘kamusal faaliyet’ kavramı açıklanırken ‘***Bilindiği üzere****, kamusal faaliyet….*’ denilmek suretiyle bir tanımı yapılmaktadır. Biz idare hukuku kitaplarında ‘kamusal faaliyet’ şeklinde bir terime rastlayamadık! Sadece, bazı durumlarda ‘kamu hizmeti’ deyimi ‘faaliyet, iş, uğraş’ anlamında kullanılmaktadır[1344]. Bu anlamıyla da kamu hizmeti (faaliyeti) ‘*bir kamu kurumunun, ya kendisi tarafından, ya da yakın gözetimi altında özel girişim eliyle kamuya sağlanan hizmet*’tir[1345].

Bu durumda, ortaya bir çelişki çıkmaktadır. Kamusal faaliyetin (ki böyle bir ‘terim’ yok) tanımı yapılırken ‘bilindiği’ gibi denildiğine göre, bilinebilecek tek tanım idare hukukundan kaynaklanabilir. Fakat, yukarıda açıklandığı üzere, YTCK md. 6/1-c’deki kamu görevlisi ya da kamusal faaliyet kavramıyla idare hukukundaki

[1341] Bkz. **GİRİTLİ, İsmet /BİLGEN, Pertev/ AKGÜNER, Tayfun;** İdare Hukuku, İstanbul 2001, s. 395-396; **AKYILMAZ,** s. 369.
[1342] Bkz. **GÜNDAY,** s. 506; **AKYILMAZ,** s. 369.
[1343] Bkz. **AKYILMAZ,** s. 369. Bu nedenle, kanun gerekçesinde ve bazı eserlerde (**ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 103), An. md. 128’deki ‘geneL idare esaslarına göre’ ibaresine dayanılması, kendi görüşleri açısından tutarsız olmaktadır.
[1344] Bkz. **GÖZÜBÜYÜK,** no. 9. Olsa olsa, fonksiyonel (işlevsel) anlamda idare kavramı çerçevesinde idari faaliyetin türlerinden bahsedilebilir, bkz. **GÖZÜBÜYÜK/TAN,** no. 653 vd.
[1345] Bkz. **GÖZÜBÜYÜK,** no. 391 (bkz. benzer yönde Anayasa Mahkemesi’nin 9.2.1994 tarih ve E. 94/43, K. 04/42-2 sayılı kararı)

bağdaşmamaktadır[1346].

Oysa bir çok konuda esas alındığı anlaşılan İsp. CK.'sının 'kamu görevlisi' tanımına ilişkin md. 24/2 hükmünde '*açık kanun hükmüyle ya da seçim veyahut yetkili mercîin ataması yoluyla kamusal* ***işlevlerin*** *icrasına katılan herkes, kamu görevlisi sayılır*' denmiştir. Yani kamusal faaliyet değil, 'işlev'den bahsedilmiştir. İşlevsel anlamda idare ise, kamu idaresinin, ona ait faaliyetlerin sadece bir kısmını oluşturmaktadır[1347].

Bu bakımdan, idari işlevlerin konusunu '*Devletin yasama ve yargı fonksiyonları ile Yürütme Organının salt siyasal nitelikli faaliyetleri dışında kalan ve toplumun günlük gereksinimlerini karşılamak ve gündelik yaşamının sürdürülmesini sağlamak amacıyla yürütülen tüm kamusal iş ve faaliyetler oluşturmaktadır*'[1348]. Buna bağlı olarak, idari fonksiyonun amacı kamu yararının gerçekleşmesi olup idari fonksiyonlar idari işlemlerle yerine getirilir, kamu gücü kullanılarak ifa edilir ve *sürekli* bir devlet fonksiyonudur[1349], bu açıdan bunu yerine getiren görevliler de *süreklidir*[1350]. Yani, idare hukukuna yapılan atıf ile fiilen kast olunan kapsam, birbiriyle çelişmektedir.

İdare hukukunda, kamuya yönelik bir faaliyet ('kamusal faaliyet') örgütlenirken yapılan ayrım 'kamu hizmeti-kamuya yararlı hizmet' ayrımıdır. Kamu hizmeti, kamuya yönelik ve kamuya yararlı olup kural olarak kamu kuruluşlarınca, ya da kamu kuruluşunun yakın denetimi altında bireylerin yararlanmasına sunulan hizmetlerdir[1351]. Bu nedenle, bir hizmetin kamuya yönelik olması, kamu hizmeti sayılması için yeterli değildir, örneğin, taksi işletmek kamuya yönelik olsa da ,

---

[1346] Tezcan/Erdem de, '*kamusal görevin yürütümü' kavramını 'belirsiz ve bu nedenle de yasallık ilkesine aykırı*' bulmaktadırlar, bkz. **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Hukuku Reformu İkinci Kitap, s. 366.
[1347] Bkz. **GÜNDAY,** s. 3, 10; **GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER,** s. 3 vd.
[1348] Bkz. **GÜNDAY,** s. 14.
[1349] Bkz. **GÜNDAY,** s. 14-17.
[1350] Bkz. **GÖZÜBÜYÜK,** no. 6; **GÖZÜBÜYÜK/TAN,** no. 5.
[1351] Çeşitli tanımlar için bkz. **GÖZÜBÜYÜK/TAN,** no. 661 vd; **GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER,** s. 779-780; **GÜNDAY**, s. 282; **AKYILMAZ,** s. 331 (yazara göre kamu hizmeti, '*yasama organınca kamu hizmeti olarak nitelendirilen idare ya da onun denetim ve gözetimi altında özel kişilerce, kamu yararı amacıyla, kamusal bir ihtiyacı tatmin için yapılan faaliyete verilen isimdir'*).

devletin yakın gözetimi altında yürütülmediğinden kamuya yararlı bir faaliyet olmakla beraber kamu hizmeti değildir[1352]. Bununla birlikte, belirli bir faaliyetin 'niteliği gereği' kamu hizmeti olduğu söylenemez; bu konuda belirleyici husus siyasî iradenin söz konusu faaliyeti bu kapsamda belirleyip belirlemediğidir[1353].

Oysa YTCK'da, '*kamusal faaliyetin yürütülmesine…..herhangi bir surette…..katılma*' yeterli görülmüştür. O halde, buradan çıkan lafzî anlam, idare hukuku açısından 'kamuya yönelik/kamuya yararlı' her hizmeti sağlayanın kamu görevlisi olabileceğidir!.

Fakat bu durumda YTCK'ya göre, taksici, belediye otobüsü şoförü, dolmuş şoförü, özel hastanedeki hemşire, özel Kur'an kursundaki öğretmen, iskelelerdeki gazete bayii işletenine kadar yelpaze genişleyebilecektir[1354]. Hiç şüphesiz, kanun koyucunun arzu etmediği, aşırı sonuçlara varabilecek bu neticeden kaçınmak gerekir.

Bu karmaşık durum karşısında iki türlü düşünülebilir. İlk düşünce tarzı, YTCK md. 6/1-c'de, ETCK md. 279/1'in karşılandığı, sadece md. 279/2'deki akıl karıştırıcı ibarelerin yasadan çıkarılmış olduğudur. Fakat, kanun lafzı ve gerekçeden anlaşılan *ratio legis* karşısında böyle bir yorumun isabetli olmayacağını düşünmekteyiz.

İkinci düşünce tarzı ise, tıpkı ETCK md. 279'da olduğu gibi, kullanılan kavramların idare hukukundaki olağan anlamından bağımsız olarak[1355], ceza hukuku ihtiyaçlarına göre otonom bir şekilde anlamlandırılmasıdır. İşte bu mantıkla hareket edilirse, YTCK md. 6/1-c kapsamındaki kamu görevlisi, kamu görevi ifa edenler

[1352] Bkz. **GÖZÜBÜYÜK,** no. 392; **GÜNDAY,** s. 285.
[1353] Bkz. **GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER,** s. 779-780; **GÜNDAY**, s. 284-285; **AKYILMAZ,** s. 329-329.
[1354] Nitekin bir görüşe göre, YTCK açısından odacı, kapıcı, şoför gibi kişiler de artık 'kamu görevlisi'dir, bkz. **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 494.
[1355] Ceza hukuku bakımından kavramı belirlerken idare hukukundaki kavramlardan uzaklaşmak gerektiği konusunda bkz. **EREM,** Şerh, s. 1498-1499. Aksi görüşte **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 102. İdare hukuku açısından ilişkiyi ele alan Gözler'e göre de, her iki alandaki tanımlar kendi alanlarının gerekleri açısından yapılır ve bu nedenle kendi alanında geçerlidir, bkz. **GÖZLER,** Cilt II, s. 580.

dışında, sadece *kamu hizmeti* ifa edenleri kapsamaktadır. Buna karşılık, *kamuya yararlı* bir faaliyetin yürütümüne katılanlar, bu kapsamda değildir.

Bu yorum tarzı benimsenirse, hem kanunun ruhuna sadık kalınmış olacak hem de ETCK döneminde, kamu hizmetiyle görevli kimselerin de bu suçun faili olabilmesi gerektiği yönündeki eleştiriler karşılanmış olacaktır[1356].

Nihayet, bu açıklamalar karşısında gerekçedeki '*kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır*' şeklindeki açıklamanın doğruluğu da şüphelidir. Muhtemelen, bu ibareyle kamu hizmeti değil de, kamuya yararlı iş görenler kapsam dışında bırakılmak istenmiştir. Fakat sorun şu ki, şayet faaliyetin (hizmetin) yürütümü ilgili kamu kuruluşunun yakın gözetimi altındaysa, bir kamu hizmeti söz konusu olacağından, bunu sağlayan vatandaşlar ve hatta yabancılar da YTCK bakımından kamu görevlisi olacaktır!

Şunu da belirtmek gerekir ki, '*kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin …… özel hukuk kişilerince üstlenilmesi*'nin usulleri idare hukukunda bellidir, 'ihale' bunlarda biri değildir[1357]; açıklama bu yönden zaten yanlıştır.

Bu açıklamalardan sonra, 765 sayılı TCK'daki durumun aksine, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanununda failin herhangi bir kamu görevlisi olabileceğini belirtelim. Bu nedenle, ETCK'da sadece tahkike yetkili memurlar tarafından işlenebilmesi sebebiyle 'özel memur suçu' olan işkence[1358], artık her kamu görevlisi tarafından işlenebildiğine göre 'genel memur (kamu görevlisi) suçu' haline gelmiştir.

Fakat bize göre, kamu görevlisinin ancak *görevi gereği* işlediği fiiller bu çerçevede değerlendirilebilir[1359].

[1356] Bkz. **ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 414, **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 80.
[1357] Bkz. **GÜNDAY,** s. 294 vd; **GÖZÜBÜYÜK/TAN,** no. 696 vd.
[1358] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 81, kıyaslayınız **ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 414.
[1359] Aksi görüşe göreyse, fiilin 'görev esnasında' işlenmesi de yeterli olacaktır, bkz. **ARSLAN,/ AZİZAĞAOĞLU,** s. 428.

Üzülmez'e göre, fiiller '*görevle bağlantılı olarak, görevin ifası sırasında, yani kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılarak işlenmiş olmalıdır*'[1360]. Bu husus, yani işkencenin 'kamu görevinin sağladığı *nüfuz* kötüye kullanılmak suretiyle' işlenebileceği madde gerekçesinde belirtilmiştir. O halde, bu görüşe göre, sıfatın kötüye kullanılarak işkence niteliğindeki fiillerin gerçekleştirilmesi durumunda, olsa olsa md. 96'daki eziyet suçundan mahkumiyet söz konusu olabilecektir.

Eylemin ancak görev vesilesiyle işlenmesi durumunda işkence suçunu oluşturabileceğine katılmakla beraber, 'sıfatın kötüye kullanılması – nüfuzun kötüye kullanılmas' şeklindeki ayrımı gereksiz gördüğümüzü belirtmeliyiz. Çünkü, işkencenin özgü suç olması ile onu karakterize eden özel kast arasında sıkı bir bağ vardır. Gerçekten, teknik anlamda (ve tarihi-sosyal gelişimi bağlamında) işkence terimi, devletin fiziksel denetimi altında olan bir vatandaşa karşı[1361], belirli bir saikle işlenen maddi ya da manevi yönden ağır acı ya da eza verici eylemleri tarif eder. Yeni TCK'da ise bu spesifik (belirli) amaç (daha doğrusu saik), yani özel kast unsuru arındırılmış; fakat özgü suç olma durumu sürdürülmüştür. Durum böyle olunca, artık fail kamu görevlisi olduktan sonra, görevle bağlantıyı (sıfatın kötüye kullanılmasını) aramak yeterli olmalıdır[1362]; nüfuzun da kötüye kullanılmış olmasına gerek olmamalıdır.

Buna karşılık, fiilin görevle hiçbir mantıkî bağı yoksa, elbette ki işkence suçu oluşamaz. Gerçekten de, devlet memuru olan bir kimsenin intikam için evine hapsettiği bir kimseye insanlık dışı davranışlarla büyük ıstırap vermesi durumunda, sadece kamu görevlisi olma sıfatına dayanarak işkence suçunun faili sayılması anlamsız olacaktır.

Nihayet, bu başlık altında 1984 tarihli BM Sözleşmesinin işkence suçunun faili olabilecek kimseleri belirlemek açısından iç hukukumuza olan etkisini

[1360] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** HA 5, s. 232
[1361] Öğretide işkencenin özgürlüğü devlet tarafından kısıtlananlara karşı uygulanan bir yöntem olarak kabul edildiği belirtilmektedir, bkz. **NUHOĞLU,** s. 529.

incelemek gerekecektir[1363].

Hatırlanacağı üzere, bu Sözleşmenin 1. maddesine göre, işkence suçunun faili, a) bir kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden bir kimse; ya da b) bunların teşviki veya rızası veya muvafakatiyle hareket eden herhangi bir kimse olabilmekteydi.

Burada dikkati çeken husus, b) bendinde saydığımız unsurların mevcut olması şartıyla, kamu görevlisi olmayan kimselerin de bu suçun faili olabilmelerinin öngörülmüş olmasıdır[1364]. Burada incelenmesi gereken husus, YTCK'daki düzenlemenin sözleşme gereklerini yerine getirip getirmediğidir.

Bir kere, sorunu doğrudan An. md. 90/son'da yapılan değişiklik sebebiyle çözülmüş saymak mümkün değildir. Bilindiği gibi, '*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz*'. 5170 s.K. md. 7 ile son fıkraya eklenen ikinci cümleye göre: '*(Ek cümle: 7.5.2004 - 5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*'.

Fakat bu hüküm tek başına olası ihtilafları halletmez. Şöyle ki, bir uluslararası antlaşmanın iç hukuka etkisini incelerken öncelikli aşama, ilgili devletin monist (tekçi) sistemi benimsemiş olup olması, yani taraf olunan uluslararası antlaşmaları iç hukukun bir parçası sayıp saymasıdır[1365]. Şayet, Türk Hukukunda olduğu gibi tek düzen anlayışı benimsenmişse, o zaman ulusal normlarla uluslararası normların

---

[1362] Aynı yönde **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 150.
[1363] 765 sayılı TCK'nın 243. maddesi bakımından, kanundaki eksik tanımın BM Sözleşmesi çerçevesinde değerlendirilerek suçun failinin, ceza soruşturması yanında, idarî veya disipliner soruşturma yürüten herhangi bir memuru da kapsar şekilde uygulanması gerektiği öne sürülmekteydi, bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 30-31; **DEMİRBAŞ,** Hukuk Kurultayı 2004, s. 350.
[1364] Bkz. **ÖZGEN,** s. 216; **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 30.
[1365] Bkz. **SUR,** s. 49.

karşılıklı hiyerarşik sorunu doğar[1366]. Any. 90/son bu konudaki önceliği belirlemiştir.

Fakat bu da yeterli değildir, çünkü ulusal mevzuatın uyumlu olmaması durumunda, ilgili uluslararası antlaşma normunun iç hukukta uygulanabilmesi için bu hükümlerin doğrudan uygulanabilir (icraî - *self executing*) nitelikte olması gerekir[1367]. Oysa, BM Sözleşmesi sadece ilgili devletlere hitap eden bir yükümlülük getirmektedir, o da bir kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden bir kimsenin teşviki veya rızası veya muvafakatiyle hareket eden herhangi bir kimsenin de cezalandırılmasıdır.

Bu yükümlülüğün yerine getirilebilmesi için, ulusal ceza hukuku düzenimizdeki kişisel cezaî sorumluluğu ilişkin ilkeler bu çözüme müsait olmalıdır. Fakat bu noktada unutulmaması gereken husus, 1984 BM Sözleşmesinin, sayılan kişilerin de mutlaka 'işkence suçu'ndan mahkum edilmesini gerektirmediğidir. Uluslararası yükümlülüğümüzü ifa etmiş sayılmamız için, sayılan kimselerin Sözleşme anlamında işkence teşkil eden eylemlerinden ötürü iç hukukta cezaen sorumlu tutulmaları yeterlidir. O halde, YTCK'daki 'suça iştirak'e ilişkin düzenlemeler buna elverişli midir?

1984 BM Sözleşmesine göre, özel kişiler üç durumda cezalandırılmalıdır: kamu görevlilerinin, a) teşviki, b) rızası, c) muvafakatiyle hareket etmeleri.

Kamu görevlisinin teşviki durumunda, zaten duruma göre azmettirme (md. 38) ya da yardım etme (md. 39/2-a) söz konusudur ve gerek kamu görevlisi gerekse özel kişi işkenceden cezalandırılır. Hatta YTCK md. 94/4 gereği, özel kişi de 'kamu görevlisi gibi' cezalandırılacaktır.

Bir kamu görevlisinin işlediği işkence suçuna diğer bir kamu görevlisinin rıza ya da muvafakati durumunda, YTCK md. 94/5 gereği, suçu önlemek hukukî yükümlülüğü altında bulunmasına rağmen kasıtlı bir ihmalî davranışla bunu yerine

[1366] Bkz. **SUR,** s. 51.

getirmeyen kamu görevlisi, yine işkence suçundan mahkum edilecektir. Buna karşılık, fail (md. 37) özel bir kişiyse ve dolayısıyla faillik (md. 37/2) durumu yoksa oluşan suç işkence olamayacaktır. Bu durumda, eziyet, kasten yaralama gibi diğer suçlardan ceza verilecek, kamu görevlisi de, iştirak iradesi bulunmak kaydıyla yardım eden olarak ilgili suç tipinden cezalandırılacaktır. Bu son durumda da, sonuçta ilgililer cezalandırılmış olacağından 1984 BM Sözleşmesinin gereği yerine getirilmiş olacaktır.

II. MAĞDUR

5237 s. Türk Ceza Kanununa göre işkence suçunun mağduru herhangi bir kimse olabilmektedir. Buna karşılık, YTCK md. 94/2 gereği, belirli kimselerin mağdur olması durumunda şahsî ağırlatıcı sebep (cezanın arttırılmasını gerektiren nitelikli hal) öngörülmüştür. Buna göre işkence suçunun, çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye, gebe kadına ya da görevi dolayısıyla avukata veya diğer kamu görevlisine karşı işlenmesi durumunda ceza artmaktadır.

Bir görüşe göre, bu suçun mağduru '*kamu görevlisinin icra ettiği görev/üstlendiği fonksiyon nedeniyle onunla muhatap olan herhangi bir insandır*'[1368]. Fakat faile ilişkin yapılan açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere, bize göre fail, görevi sebebiyle (görevi gereği) işlediği fiillerden ötürü işkence suçundan sorumlu tutulabilecektir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, mağdurun da bu bağlamda failin fiiline muhatap kalmış olması gerekecektir[1369].

765 sayılı TCK bakımından ise, 1999 yılında yapılan değişiklikten önce suçun mağduru ancak 'sanık' olabilirken, bu tarihten sonra sanık dışında 'mağdur', 'şahsi davacı', 'müdahil' veya 'tanık'a karşı da işkence suçu işlenebilecektir.

[1367] Bkz. **SUR,** s. 49.
[1368] Bkz. **ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU**, s. 423.
[1369] Aslında faile ilişkin açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere, teknik anlamda işkence suçunun mağduru, devletin fiilî denetimi (koruması) altında olup belirli bir amaca yönelik olarak bedensel ya da zihinsel yönden ağır acı ya da ezaya tabi tutulan kimselerdir, bkz. **NUHOĞLU,** s. 529.

Doktrinde haklı olarak belirtildiği gibi, bilirkişi, tercüman, avukat gibi başka şahıs kategorileri açısından bir düzenleme getirilmemesi eksiklik olarak düşünülebilirdi. Bu durumda, bilirkişiye karşı, belirli bir yönde görüş bildirmesi için kuvvet kullanılacak olursa, yerine göre keyfi muamele (ETCK m. 228) veya kuvvet kullanmaya yetkili kimselerin fertleri darp ve cerh suçu (ETCK m. 245) oluşurdu[1370]. Kanaatimizce, suçun mağduru olarak bilirkişilerin öngörülmemiş olması, işkencenin devlet memurlarının gözetimi altındayken, çoğunlukla da göz altında işleneceği, oysa ki bilirkişiler açısından böyle bir durumun söz konusu olamayacağı düşüncesinden kaynaklanmaktadır.

ETCK md. 243'te '*Bir kimseye cürümlerini söyletmek*'ten bahsedildiğine göre, işkence suçunun mağduru olabilecek ilk şahıs kategorisi, 'suç işleme şüphesi' altında bulunan kimsedir. 1999'da yapılan değişiklikten önce 'maznun bulunan kimse'den bahsedilmek suretiyle, 'sanık' kast edilmekteydi.

Bilindiği gibi, bir kimsenin suç teşkil eden bir hareketi yaptığı yönündeki basit şüphe (başlangıç şüphesi) kişiyi henüz sanık durumuna sokmaz. Bu düzeyde bir şüphe, sadece hazırlık soruşturmasının başlamasını sağlar ve ilgili kişiyi de 'şüpheli' kılar. Bu bakımdan şüpheli, 'fail olma ihtimalinin bulunduğu düşünülen ve hakkında suçla arasındaki bağlantıyı gösteren basit dayanak noktaları bulunan kişi'dir[1371]. Bu noktada, henüz bir sanıktan bahsedilemez[1372]. Şüphelerin yoğunlaşıp kuvvet kazanması sonucunda, hazırlık soruşturması esnasında bu kişi hakkında belirli türden bazı işlemlerin yapılmasından sonra (ifade alma veya sorgulama için celp veya tutuklama talebi veya yakalama gibi) ancak sanık sıfatı doğar[1373].

[1370] Bkz. **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 480; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 198; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 63, 85. Nitekim, Alman Hukukunda, bilirkişiler ve 'yargılamada açıklamalarının rol oynayabileceği diğer ilgililerin' de, işkence suçunun mağduru olması mümkündür (bkz. **NUHOĞLU,** s. 561). Üzülmez, bilirkişi ve avukatlara yönelik müdahalelerin de ETCK md. 243'e göre cezalandırılabileceğini öne sürmüş olsa da (bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 164, 216-217); böyle bir durumda fiilin ETCK md. 243 açısından tipik (kanunî tipe uygun) olmadığı açıktır.

[1371] Bkz. **CENTEL/ZAFER,** s. 104.

[1372] Bkz. **SCHROEDER/YENİSEY/PEUKERT,** no. 233.

[1373] Bkz. **KUNTER, Nurullah/ YENİSEY, Feridun,** Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap, Onikinci Bası, İstanbul 2002, no. 29.2 ('**KUNTER/ YENİSEY,**

Buna karşılık, ETCK md. 243 bakımından sanık ibaresini, '*suç şüpheleri bulunması sebebiyle hakkında ifade alma veya sorgulama için celp veya tutuklama talebi veya yakalama gibi bir ceza muhakemesi işlemi yapılan veya kamu davası açılan kişi*' şeklinde, geniş biçimde anlamanın doğru olacağı savunulmaktaydı[1374].

1999 yılında yapılan değişiklikle, 'bir kimseye cürümlerini söyletmek' ifadesi kullanılmış; böylece, 'sanık' kavramına referans yapmaksızın, söz konusu anlayışı kuvvetlendiren bir kavrama yer verilmiştir.

Demek ki sonuçta, bir kimse hakkındaki başlangıç şüphesi (basit şüphe) sanıklık sıfatını doğurmasa da, yukarıdaki tanımdan da anlaşılacağı üzere, iddianamenin hazırlanmasından ve davanın açılmasından önceki bir aşamada da, işkence fiiline maruz kalan kimsenin, suç işleme şüphesi altında olan bir şahıs olması mümkündür ve bu şüphelerin kuvvetlenmiş olması durumunda, bu kimseyi de 765 sayılı ETCK'daki işkence suçu bakımından 'sanık' olarak değerlendirmek gerekecektir[1375]. AİHM'ye göre de, koğuşturma makamları, somut şüphe sebeplerine dayanarak belirli bir kimseden somut olarak şüphelenerek onun hakkında araştırmaya girişmişlerse, söz konusu kişinin sanıklık sıfatı doğmuştur[1376].

Buna bağlı olarak, sonuçta, ceza yargılaması makamlarınca hazırlık soruşturmasına başlanmış olmaksızın, sözgelimi şüphe üzerine polisçe yakalanan bir kimseye, cürmünü söyletmek için karakolda dayak atılması durumunda da, TCK md. 243'teki suç oluşurdu[1377].

İşkence suçunun mağduru olabilecek ikinci bir kategori, 'suç mağduru'dur.

Birinci Kitap'), **ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK** Ceza Muhakemesi, no. 320; **TOROSLU,** Ceza Muhakemesi, s. 120; **CENTEL/ZAFER,** s. 106; bkz. ayrıca **DÖNMEZER,** Özel Ceza, s. 132.

[1374] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 33; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 478; benzer yönde **NUHOĞLU,** s. 560.

[1375] Bkz. **ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 415.

[1376] Bkz. **CENTEL/ZAFER,** s. 105.

[1377] Bkz. **DÖNMEZER,** Özel Ceza, s. 132; **ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 415. Alman Federal Mahkemesinin benzer kararı için bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 84, dn. 419. Bu durumda işkence suçunun oluşmayacağı konusunda aksi görüş için bkz. **NUHOĞLU,** s. 560-561.

Burada kast edilen, işlenen bir suçla zarara uğratılan veya tehlikeye maruz bırakılan hak veya yararın sahibidir[1378]. Adam öldürme gibi, suçun doğrudan mağdurunun ortadan kalktığı ya da mağdurun aklî dengesinin bozulduğu durumlarda, bu şahsın yakını durumda bulunanları da, suçtan zarar gören sıfatıyla bu kapsamda saymak doğru olacaktır[1379].

Şahsî davacı da, ETCK'daki işkence suçunun mağduru olabilirdi. Şahsî davacı, CMUK md. 344'te gösterilen durumlarda suçtan zarar gören kişi tarafından açılan, iddia makamının söz konusu fert tarafından işgal edildiği dava türüdür[1380]. Yeni CMK'da şahsî dava uygulamasının kaldırıldığını hatırlatalım.

Mağdur kategorisi kapsamında olan dördüncü bir grup, davaya katılan (müdahil) idir. Müdahil, suçtan zarar gören kişinin, savcının açtığı kamu davasında onun yanında, şahsi davacının yetkilerine sahip olarak yer alma talebinin yetkili merciler tarafından kabul edildiği zaman kazandığı sıfattı[1381].

Son olarak, tanık '*uyuşmazlığın taraflarından olmayan, fakat uyuşmazlık konusu maddî sorunla ilgili, duyu organlarından en az biri aracılığıyla edindiği, adlî makamlarca varsayılan üçüncü kişiye*'denir[1382]. Yani, tanık, muhakeme konusu olay hakkında beş duyusu aracılığıyla öğrendiklerini hakime anlatan, olayın tarafı dışında kalan üçüncü kişilerdir[1383]. İşte, tanıklık yapması ya da bunu yapmasını önlemek amacıyla tanığa karşı işlenen kimi hareketler, işkence suçunu oluşturacaktı[1384].

[1378] Bkz. **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 479; **CENTEL/ZAFER**, s. 627; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 88.

[1379] Bkz. **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 479; **MALKOÇ,** s. 1984. Üzülmez'e göre de, ETCK md. 243 açısından 'mağdur' kavramını belirlerken, geniş anlamda suçtan zarar gören kavramından hareket edilmelidir, bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 89.

[1380] Bkz. **KUNTER/YENİSEY**, Birinci Kitap, no. 11.1 vd; **ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK,** Ceza Muhakemesi, no. 288; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 479; **TOROSLU**, Ceza Muhakemesi**,** s. 33, 117; **CENTEL/ZAFER**, s. 623 vd.

[1381] Bkz. **KUNTER/YENİSEY**, Birinci Kitap, no. 28.1 vd; **ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK,** Ceza Muhakemesi, no. 299; **TOROSLU**, Ceza Muhakemesi, s. 118; **CENTEL/ZAFER**, s. 643.

[1382] Bkz. **FEYZİOĞLU, Metin,** Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 1996, s. 28 vd ('**FEYZİOĞLU**, Tanıklık').

[1383] Bkz. **KUNTER/YENİSEY**, Birinci Kitap, no. 43.2 vd; **ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK,** Ceza Muhakemesi, no. 404; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 480; **TOROSLU**, Ceza Muhakemesi, s. 168; **CENTEL/ZAFER**, s. 174.

[1384] Kıyaslayınız **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 92.

Buradaki ‘tanık’ ibaresinin, olayı beş duyuları aracılığıyla algılamış olan şahsın kollukta dinlenilmesini kapsayacak şekilde geniş olarak kabul etmenin gerekeceği, haklı olarak savulunmaktaydı[1385].

YTCK bakımından, ‘tanık’ da kamu görevlisi sayılmaktadır. Bu açıdan, tanığa karşı tanıklığı sebebiyle YTCK md. 94’teki eylemin gerçekleştirilmesi durumunda, md. 94/2-b’deki nitelikli hal uygulama alanı bulacaktır.

ETCK düzenlemesinde dikkati çeken bir husus, ETCK md. 243 bakımından mağdur olabilecek kimselerin ceza muhakemesinin süjeleri olarak öngörülmüş olmasıydı. Oysa ki, 1984 tarihli BM Sözleşmesi’nin 1. maddesindeki tanıma göre, ‘*1. Bu Sözleşmenin amacı bakımından ‘işkence’, bir kimseye karşı, kendisinden itiraf almak veya üçüncü kişi hakkında bilgi edinmek, kendisinin veya üçüncü kişinin yaptığı veya yaptığından kuşkulanılan bir eylem nedeniyle cezalandırmak veya 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 işlenen ve işlendiği kimseye fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı ve ıstırap veren herhangi bir fiildir*’.

Görüldüğü gibi, BM Sözleşmesi bakımından işkence niteliğindeki fiile maruz bırakılan kimsenin mutlaka ceza hukuku anlamında fail (sanık) olması gerekmemektedir. Zira, ‘*kendisinin veya üçüncü kişinin yaptığı veya yaptığından kuşkulanılan* ***bir eylem*** *nedeniyle cezalandırmak*’tan bahsedilmektedir. Dolayısıyla, bu eylemin salt idarî veya disipliner yaptırımı gerektirmesi de yeterlidir[1386]. Yeni TCK’da getirilen düzenleme bakımından, bu sakınca artık ortadan kalkmıştır.

[1385] Bkz. **FEYZİOĞLU,** Tanıklık, s. 28, dn. 56, **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 92.

§ 7. SUÇUN UNSURLARI

I. GENEL AÇIKLAMALAR

Bilindiği üzere suçun varlığı için gerekli olan şartların tümüne '*suçun (aslî) unsurları*' adı verilir[1387].

Bu kavram da kendi içinde, genel unsurlar – özel unsurlar şeklinde ikiye ayrılabilir. Genel unsurlar, tüm suçlar yönünden ortak olan ve bulunmadıkları zaman suçun gerçekleşmesini engelleyen kurucu unsurlardır[1388]. Özel unsurlar, ceza kanunlarının özel kısmında yer alan belirli bir suç tipinin oluşabilmesi için gerekli olup suç tiplerini birbirinden ayırt etmeye yarayan unsurlardır[1389]. Örneğin bir vatandaş bir diğerini bodruma kapatıp gece boyunca döverse, YTCK md. 96'daki eziyet suçu oluşur. Şayet bunu, bir suçluyu yakaladığını düşünen jandarma eri onu cezalandırmak için yaparsa, onun kamu görevlisi sıfatına bağlı olarak YTCK md. 94'teki işkence suçu oluşur. Bu örnekte, jandarmanın kamu görevlisi olma sıfatı, eziyet ile işkence suçunu ayırt etmeye yarayan özel bir unsurdur.

Suçun unsurlarını objektif (maddi) – sübjektif (manevî) unsur olarak ikiye ayıran Ondokuzuncu Yüzyıl analitik anlayışı[1390] ve 'tipe uygunluk – hukuka aykırılık – kusurluluk' şeklindeki üçlü ayrımı esas alan anlayışlar[1391] olmakla beraber, Türk

---

[1386] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 34; **NUHOĞLU,** s. 561; **ÜZÜLMEZ,** İşkence,s. 83.

[1387] Bkz. **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA,** Ceza Genel, s. 417; **CENTEL,** Ceza Genel, s. 161; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 177.

[1388] Bkz. **DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir,** Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Cilt: I, Onikinci Bası, İstanbul 1997, no. 448*bis* ('**DÖNMEZER/ERMAN**, Cilt: I'); **YÜCE, Turhan Tufan,** Ceza Hukuku Dersleri, Cilt: 1, Manisa 1982, s. 191; **TOROSLU,** Ceza Hukuku, s. 34; **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Suç Teorisi, s. 7; **CENTEL,** Ceza Genel, s. 161; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 177; **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 71.

[1389] Bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: I, no. 448*bis*; **TOROSLU,** Ceza Hukuku, s. 34; **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Suç Teorisi**,** s. 7; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA,** Ceza Genel, s. 417; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 177; **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 71.

[1390] Bkz bu görüşte **TOROSLU,** Ceza Hukuku, s. 36, **ERSOY, Yüksel;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002, s. 74; bkz. ayrıca **ÖNDER,** Ceza Hukuku Dersleri, s. 152; **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** Ceza Hukuku, s. 61 vd; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 177.

[1391] Bkz. bu yönde **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Suç Teorisi, s. 6; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 178; **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 114; bkz. ayrıca **TOROSLU,** Ceza Hukuku, s. 34-35; **CENTEL,** Ceza Genel, s. 163.

doktrinindeki baskın görüşe göre[1392] suçun dört genel unsuru mevcuttur: kanunî unsur, maddî unsur, hukuka aykırılık unsuru, manevî unsur (kusurluluk). Buna göre suç, '*tipe uygun, hukuka aykırı, kusurlu bir insan davranışı*'dır[1393].

Buna karşılık, YTCK açısından suçun unsurlarının 'maddî unsurlar – manevî unsurlar – hukuka aykırılık unsuru' olarak üçe ayrıldığı ve kusurluluğun, suçun bir unsuru olmadığı belirtilmektedir[1394].

Biz yine de, YTCK md. 94'te yer alan işkence suçuna ilişkin açıklamalarımızı dörtlü anlayışı esas alarak yapacağız.

II. KANUNÎ UNSUR

Bunun anlamı, bir eylemin ceza kanununda soyut biçimde tasviri; belirli bir davranış türünün, ceza kanunlarında bir suç tipi olarak gösterilmiş olmasıdır[1395]. Şayet, işlenen bir fiil ceza kanunlarında daha önceden suç olarak tanımlanmış olan

---

[1392] Bkz. bu görüşte **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: I, no. 449; **YÜCE,** s. 191-192 (fakat yazar 'maddî unsur' yerine 'hareket' terimini kullanmaktadır); **ÖNDER,** Ceza Hukuku Dersleri, s. 152 (Önder de 'maddî unsur' yerine 'hareket' terimini kullanmaktadır); **ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK,** Ceza Hukuku, no. 84; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA,** Ceza Genel, s. 415; **CENTEL,** Ceza Genel, s. 165; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 177; **ŞEN,** Ceza Hukuku, s. 160; **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 85. Özgenç/Şahin de dörtlü bir teorik ayrım ile konuyu izah etmekle beraber oldukça farklı bir esasa dayanmaktadırlar. Yazarlara suçun yapısal unsurlarını açıklamada maddî unsurlar – manevî unsurlar ayrımını esas almaktadırlar (bkz. **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** Ceza Hukuku, s. 91). Buna göre suçla korunan hukukî yarar, suçun konusu, faili, mağduru ve hareket – netice- nedensellik bağı üçlüsünü maddî unsurları altında (age, s. 91 vd.); kast ve taksiri, manevî unsurlar altında (age, s. 147) incelemekteler; hukuka aykırılık ile, algılama ve irade yeteneği kavramlarına dayandırdıkları kusurluluğu ise ayrıca ele almaktadırlar (age, s. 201 vd.)

[1393] Bkz. **ÖNDER,** Ceza Hukuku Dersleri, s. 152; **ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK,** Ceza Hukuku, no. 79; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA,** Ceza Genel, s. 421; **CENTEL,** Ceza Genel, s. 166; **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 85; **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 111; benzer anlamda **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Suç Teorisi, s. 4. Dönmezer/Erman'ın verdiği tanıma göre suç '*sorumlu bir kimse tarafından, müsbet veya menfî bir hareketle meydana getirilen ve ceza tehdidini taşıyan bir kanunda yer alan târife uygun bulunan hukuka aykırı bir fiil*'dir, bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: I, no. 449. Özgenç/Şahin ise, kusuru işlenen fiilin bir vasfı olarak görmediklerinden, '*suç, ... toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukukî değerlerin açık ve bilinçli bir ihlâli veya en azından bu değerleri korumaya matuf kurallara özensizlik niteliği taşıyan insan davranışlarıdır*', şeklinde bir tanım yapmaktadırlar, bkz. **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** Ceza Hukuku, s. 77; aynı yönde **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 199.

[1394] Bkz. **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 202.

[1395] Bkz. **YÜCE,** s. 237 (yazar bu unsura 'suçkalıbı' demektedir); **CENTEL,** Ceza Genel, s. 187; **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 85; **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 131.

bir tanıma uyarsa da 'eylemin tipikliği' oluşur[1396].

O hâlde, YTCK md. 94 bakımından tipikliğin gerçekleşebilmesi için[1397], eylemi işleyen kimsenin bir kamu görevlisi olması ve eylemi görevi sebebiyle işlemesi; bu eylemin insan onuruna aykırı olması ve davranışın, mağdurun (i) bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine veya (ii) algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine veya (iii) aşağılanmasına yol açması gerekir. Öte yandan, tipikliğin kapsamına sübjektif unsurların da dahil olduğunu kabul edersek, bu eylem kasıtlı olmalıdır.

765 sayılı TCK bakımındansa[1398], failin tahkikatla yetkili bir memur olması; eylemin maddî konusu olan kimsenin bir suç mağduru, şahsî davacı, müdahil veya tanık olması; hareketin işkence, zalimane, gayriinsani veyahut haysiyet kırıcı nitelikli olması gerekir. Öte yandan, tipikliğin kapsamına sübjektif unsurların da dahil olduğunu kabul edersek, eylemin kasıtlı olması gerektiği gibi, ayrıca ETCK md. 243'te belirtilen saiklerden biriyle işlenmiş olması gereklidir.

III. MADDÎ UNSUR

A. Genel Açıklamalar

Suçun maddî unsuru ('fiil') kavramından anladığımız, ceza hukukunda hareket, netice ve hareketle netice arasında bulunması gereken neden-sonuç ilişkisini ifade eden nedensellik bağından oluşan bütündür[1399]. Diğer bir deyişle, ceza hukuku

[1396] Bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: I, no. 495; **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK,** Ceza Hukuku, no. 108; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA,** Ceza Genel, s. 423; **CENTEL,** Ceza Genel, s. 187-189; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 186; **ŞEN,** Ceza Hukuku, s. 180; **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 131; **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 86. Tipikliğin içeriğinin sadece suçun objektif unsurlarından oluştuğu hk. görüş için bkz. **ÖNDER,** Ceza Hukuku Dersleri, s. 168; Alman doktrinindeki baskın görüşün sübjektif unsurları da kapsamda gördüğüne dair bkz. **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Suç Teorisi, s. 83; bu görüşte bkz. **CENTEL,** Ceza Genel, s. 189; **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 133 vd.

[1397] Bu noktada, kanunî unsur ile tipikliğin farklı şeyler olup olmadığı tartışmasına girmeksizin, inceleme kolaylığı açısından, bir eylemin YTCK md. 94 açısından tipikliğini de burada ele alıyoruz.

[1398] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 94.

[1399] Bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: I, no. 502; **TOROSLU,** Ceza Hukuku, s. 46-47 (fakat yazar

anlamında fiil, hareket – netice- nedensellik bağı üçlüsünden oluşur.

5237 s. TCK'ya göre işkence suçunun maddî unsuru '*Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları*' gerçekleştirmektir. Demek ki, YTCK bakımından, iki alt unsur mevcuttur:

a) insan onuruyla bağdaşmayan bir davranışın söz konusu olması; ve

b) bu davranışın, mağdurun (i) bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, veya (ii) algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, veya (iii) aşağılanmasına yol açması.

765 s. TCK m. 243'te ise '*işkence eden veya zalimane veya gayriinsanî veya haysiyet kırıcı muamelelere başvuran*' memurdan söz edilmekteydi. Demek ki, suçun maddî unsurunu bu seçimlik hareketlerden biri oluşturmaktaydı.

O hâlde, gerek 765 sayılı gerekse 5237 sayılı TCK bakımından işkence suçu, seçimlik hareketli bir suç görünümündedir[1400]. Zira, her iki kanunda da, madde metninde öngörülen birden fazla hareketin herhangi birisinin yapılması durumunda suç işlenmiş sayılmaktadır[1401].

'hareket' yerine 'davranış' terimini kullanmaktadır); **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK,** Ceza Hukuku, no. 114; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA,** Ceza Genel, s. 427; **CENTEL,** Ceza Genel, s. 190; **ERSOY,** s. 76; **ŞEN,** Ceza Hukuku, s. 182; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 188; **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 93. Yüce bu unsuru 'hareket' şeklinde adlandırmaktadır, bkz. **YÜCE,** s. 196-197. Bazı yazarlar ise hareket-netice-nedensellik bağı üçlüsünü 'tipe uygun eylem' başlığı altında incelemektedirler, bkz. **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Suç Teorisi, s. 43 vd; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 186 vd. Özgenç/Şahin ise, 'maddî unsurlar' terimiyle hareket, netice ve nedensellik bağı dışında suçla korunan hukukî yarar, suçun konusu, faili ve mağduru da kapsayan bütünü anlamaktadırlar, **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** Ceza Hukuku, s. 91 vd. Maddî unsuru 'tipe uygun eylem' içerisinde kanunî unsurla birleştiren Özbek'e göre de, 'eylem', hareket-netice ve nedensellik bağından oluşur, bkz. **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 120. Öte yandan Özgenç 'fiil' terimiyle ceza hukuku anlamında 'hareket'i ifade etmektedir. Nitekim, yazarın tanımına göre fiil '*kişinin iradesiyle hakim olduğu, belli bir neticeyi gerçekleştirmeye matuf ve haricî dünyada cereyan eden bir davranıştır*', bkz. **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 203.

[1400] Bkz. **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 480; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 98.

[1401] Seçimlik hareketli suçun anlamı hk bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: I, no. 508; **ÖNDER,** Ceza Hukuku Dersleri, s. 178-179 (yazar 'seçenekli unsurlu suç' kavramını kullanmaktadır); **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK**, Ceza Hukuku, no. 130; **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Suç Teorisi, s. 65; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA,** Ceza Genel, s. 435-436; **CENTEL,** Ceza Genel, s. 216-217; **ŞEN,** Ceza Hukuku, s. 191; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 195; **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 125; **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 208-209.

Yine her iki kanun bakımından suç tipinin hem icrai hem de ihmali hareketle işlenebilmesi mümkündür[1402] (ör. bir kimseyi uzun süre aç-susuz bırakma, hasta kadının saatlerce tuvalete gitmesine izin vermeme gibi).

Hatta 5237 s. TCK md. 94/5'e göre '*Bu suçun ihmali davranışla işlenmesi hâlinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz*'. Böylece, kasten öldürme ve yaralama suçlarının aksine, suçun ihmalen işlenmesi durumunda indirim öngörülmemiştir[1403]. TBMM Adalet Komisyonu tarafından TCK Tasarısına ilişkin olarak hazırlanan raporda belirtildiği üzere[1404], bu hükmün amacı '*işkencenin gizli bir himaye görmesini önlemek ve işkenceyi etkin bir şekilde önleyebilmek*'tir. Buna göre, '*İşkence fiilleri, bunu önlemekle yükümlü olan kamu görevlileri tarafından genellikle müsamaha ile karşılanmakta ve hatta, sarih veya zımni bir şekilde teşvik edilebilmektedir. Bu durumlarda, işkenceyi gerçekleştiren görevlileri cezalandırma imkanı bulunsa bile, işkence yapma hususunda sarih veya zımni bir şekilde teşvikte bulunan amir konumundaki kamu görevlileri, genellikle cezasız kalmaktadır. Bu kişilerin cezasız kalmamasını temin amacıyla Tasarı metnine hüküm konulmuştur*'[1405].

Burada ihmalî bir sorumluluk söz konusu olduğu için, failin *neticeyi önleme hukuksal yükümlülüğü* altında ('garantör') olması gerekir[1406]. Örneğin infaz kurumu doktorunun, büyük acılar çeken mahkuma gerekli tıbbî yardımı sağlamaması gibi. Öte yandan, kanaatimizce bu ihmalin kasıtlı olması gerekir[1407]. Gerekçede '*...amir konumundaki kamu görevlisi, kendi gözetim yükümlülüğü altında yürütülmekte olan bir soruşturma işlemi sırasında kişilere işkence yapıldığını öngörmesine rağmen bu*

[1402] Bkz. **NUHOĞLU,** s. 563, **BAYRAKTAR,** s. 186; **ÜZÜLMEZ,** HA 5, s. 237; **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 150; **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 18; **ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU**, s. 423.
[1403] Bu farklılığın eleştirisi için bkz. **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 154.
[1404] TBMM Adalet Komisyonu Tarafından Hazırlanan Türk Ceza Kanunu Tasarısına İlişkin 3 Ağustos 2004 tarihli ve Esas 1/593, Karar 60 sayılı Rapor (TBMM, Dönem 22, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı 664, s. 224 vd.), aktaran: **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 41 vd.
[1405] Aktaran **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 54.
[1406] Bkz. **TRÖNDLE/FİSCHER,** § 223 no. 3; **LACKNER/KÜHL,** § 223 no. 3; **EREM, Faruk/ TOROSLU, Nevzat**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 1999, s. 404; **ERMAN/ÖZEK**, Kişilere, no.108. Garantörlük kavramı hk. gbi bkz. **HAKERİ,** İhmal, s. 111 vd.
[1407] Bkz. **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 153.

konuda gerekli müdahalede bulunmamak suretiyle işkence yapılmasına zımnen rıza göstermiş olabilir', denilmektedir. Burada '*öngörmesine rağmen*' denildiğine göre, acaba amirin işkence yapıldığını 'bilmesi' ayrıca aranmayacak, taksir yeterli mi görülecektir? Kanaatimizce, aynı gerekçede amirin işkenceye '*zımnen rıza göstermiş*' olmasından bahsedildiğine göre, onun öngördüğü neticeyi kabullenmiş olması da aranacaktır. Bu da, en azından olası kast düzeyinde bir kusurun varlığını gerektirir.

YTCK'nın temel aldığı İsp. CK'sı bakımından, suçun ihmali davranışla işlenmesi md. 176'da özel olarak düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, görevinin gereklerini yapmamak suretiyle md. 174-175'te gösterilen suçların başkası tarafından işlenmesine müsaade eden (bunu mümkün kılan) kamu görevlisi, ilgili suç tipindeki cezalara çarptırılacaktır. O halde, YTCK md. 94/5'teki düzenleme ile İsp. CK. md. 176'daki hüküm aynı yola çıkmaktadır.

İsp. CK. md. 11'de, ihmal suretiyle işlenen suçlardan dolayı failin sorumlu tutulabilmesinin koşulları genel bir hüküm olarak düzenlenmiştir. Buna göre, neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması; zararlı neticenin doğması; harekete geçme yönünde hukukî yükümlülüğün bulunması; ihmal ile meydana gelen netice arasında nedensellik bağının bulunması aranacaktır[1408]. Aynı hususlar YTCK md. 94/5 açısından da geçerlidir[1409]. Bu bakımdan, ihmali davranış sahibinin neticeden sorumlu tutulabilmesi için, neticeyi önleme maddî imkanına sahip olması da elbette gerekecektir[1410].

Burada önem kazanan nokta, kimlerin hukuksal yükümlülük altında olduğudur. Görünüşte ihmali suçlarda neticeyi önleme yönündeki hukukî yükümlülüğün ne şekilde doğabileceğine ilişkin genel tartışmaya girmeyeceğiz[1411].

[1408] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 18.

[1409] Garantörsel ihmali suçlarda sorumluluğun koşulları için bkz. **HAKERİ,** İhmal, s. 205 vd; **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: I, no. 612 vd; **ÖNDER,** Ceza Hukuku Dersleri, s. 207 vd; **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK,** Ceza Hukuku, no. 128; **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Suç Teorisi, s. 63-64; **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** Ceza Hukuku, s. 139 vd**; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA,** Ceza Genel, s. 439-440; **CENTEL,** Ceza Genel, s. 212 vd; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 217-220; **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 101 vd.

[1410] Bkz. **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 153; **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 240.

[1411] Bu konuda gbi bkz. **HAKERİ,** İhmal, s. 124 vd.

İşkence suçu kapsamında özel olarak tartışmak istediğimiz husus, birlikte çalışan kamu görevlilerinin bir diğerinin işlemekte olduğu işkence suçunu önlemek zorunluluğunda olup olmadığıdır.

Neticeyi önleme yönünde maddî imkan sahibi olan amirlerin bu kapsamda olduğu şüphesizdir. Ancak aynı rütbe-derecede bulunan, yani hiyerarşik olarak eşit konumda bulunanların bu yönde bir hukukî yükümlülüğü mevcut mudur? İspanyol yargısal içtihatlarında buna olumlu cevap verilmiştir. İspanyol Yüksek Mahkemesinin 726/2001 sayılı kararında, meslektaşlarının gözaltındaki kişiyi soyup ona kötü muamele etmesini seyreden polis görevlileri md. 176 gereği sorumlu tutulmuşlar; başka bir kararda kötü muamele anında hazır bulunup da bunu engellemeyen görevliler bu çerçevede değerlendirilmiştir (STS 1559/2003)[1412].

Bu değerlendirmenin mantığı, devletin güvenlik birim ve kuvvetlerinin (ve bu arada infaz kurumu görevlilerinin[1413]) mahpuslara karşı işlenen fiziksel şiddet hareketlerini önleme hukukî yükümlülüğü altında bulunmasıdır. Gerçekten de, özel bir yükümlülük dairesini koruyan, idare eden ve bu çerçevede başkalarının hukukî yararlarına yönelik genel tehlikeleri önlemek zorunda olan memurların, kendi yetki alanları bakımından garantör konumunda oldukları söylenebilir[1414]. Bu yükümlülüğün kanundan doğduğu ortadadır. Zira, 2559 sayılı PVSK md. 1'e bakacak olursak '*Polis, asayişi amme, şahıs, tasarruf emniyetini ve mesken masuniyetini korur. Halkın ırz, can ve malını muhafaza ve ammenin istirahatini temin eder. Yardım istiyenlerle yardıma muhtaç olan çocuk, alil ve acizlere muavenet eder. Kanun ve nizamnamelerinin kendisine verdiği vazifeleri yapar'*[1415]. Bu bakımdan, her ne kadar Adalet Komisyonu raporu ve kanun gerekçesinde 'amir'den bahsedilmişse

[1412] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 18. Fakat davranışın md. 176 kapsamında değerlendirilebilmesi için, ihmal sahibinin, failin üstü olması gerektiği yönünde bkz. STS 294/2003.
[1413] Alman içtihatlarında gardiyanların mahkûmları dövmesinden haberdar olmasına rağmen yetkili makamlara durumu bildirmeyen cezaevi yöneticilerinin garantörlüğü konusunda bkz. **HAKERİ,** İhmal, s. 188, dn. 609.
[1414] Bkz. **HAKERİ,** İhmal, s. 188-189.
[1415] Hakeri de bu maddeye dayanarak polisin garantör konumunda olduğunu kabul etmektedir, bkz. **HAKERİ,** İhmal, s. 189-190.

de, garantör konumunda bulunan her kamu görevlisinin bu hüküm uyarınca ceza sorumluluğu olacaktır.

Gerek eski gerekse yeni TCK bakımından işkence teşkil eden hareketler, bir kimseye maddî (fizikî) veya manevî (psikolojik – zihinsel) yönden ağır şekilde acı ya da eza veren davranışlar[1416], olarak algılanmalıdır. İşkence nitelikli hareketlerin mutlaka bedene doğrudan etki yapan, maddî nitelikte acı verici hareketler olması gerekmez, bedene doğrudan veya dolaylı etki yapmamakla birlikte, akıl ve ruh sağlığı bakımından ıstıraba (ezaya) yol açan hareketler de bu kapsamdadır[1417]. Bu şekilde işkence, bedene doğrudan fiziki müdahalede bulunmaksızın, örneğin yaratılan ortam vasıtası ile dolaylı şekilde (örneğin aşırı sıcak ya da soğuk ortamda tutmak veya aşırı gürültüye ya da kirliliğe sürekli maruz bırakmak) gerçekleşebilir. Kişinin, kendisine ve hatta yakınlarına yönelik hareketler ile maruz bırakıldığı manevi etki de, YTCK md. 94 anlamında işkence teşkil edebilir[1418].

Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun Yunanistan'a karşı yapılan devlet başvurusunda belirttiği üzere 'manevî işkence', bireyde stres ve derin keder doğurup zihinsel yönden eza veren hareketlerdir[1419]. Örneğin, bedensel işkence tehditlerinin savurulması, annenin gözü önünde kızına tecavüz etmek, işkence görenleri seyretmeye ya da seslerini dinlemeye mecbur etmek, acil tuvalet ihtiyacı olan ve regl döneminde olan kişinin tuvalete gitmesine izin verilmeyerek altını kirletmesine yol açılması gibi.

[1416] Bkz. **DÖNMEZER,** Özel Ceza, s. 132; **ÖNDER,** Ceza Özel, s. 222; **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 37; **BAYRAKTAR,** s. 186; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 481; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 198; **MALKOÇ,** 2. Cilt, s. 1985; **PARLAR/DEMİREL,** s. 806; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 95. Bkz. bu söylenilenler doğrultusunda YCGK 4.4.1983, 64/156, YCGK 15.6.1999, 8/109-164; YCGK 30.1.2001, 1/250-1. Soyaslan'ın verdiği işkence tanımında ise, sadece 'sanığın vücuduna yapılan', maddî nitelikteki muameleler belirtilmektedir (bkz. **SOYASLAN,** Ceza Özel 4. Bası, s. 632). Bu bakımdan söz konusu tanım eksik kalmaktadır, çünkü tıpkı 'haysiyet kırıcı, zalimane, gayri insani' hareketler bakımından olduğu gibi, manevî eza ve eziyete yol açan hareketler de 'işkence' teşkil edebilir; yeter ki yoğun acıya yol açılmış olsun.

[1417] Bkz. **ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 417; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 99.

[1418] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 106 (buna karşılık, yazarın bazı hareketlerin 'sürekli ve tekrarlanarak uygulanması' durumunda manevî işkencenin oluşacağı yönündeki görüşe katılmıyoruz); **ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 417; **NUHOĞLU,** s. 563; **MALKOÇ,** s. 1986; Türkiye'de İşkence, s. 19.

[1419] Bkz. **GEMALMAZ,** İşkencenin Önlenmesi, s. 86; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 106.

Hangi hareketlerin işkence niteliğinde olduğunu önceden belirtmeye imkan yoktur, bunun tespiti, somut olayda hâkimin takdirine bağlıdır. 765 sayılı TCK dönemindeki Yargıtay içtihatlarına göre: '*el ve ayak parmaklarıyla cinsiyet organlarına cereyan verip dövmek ... ayakları demire dayalı ve havada, başları yerde, elleri arkasında olacak biçimde durdurmak, yere düşeni döverek başına tekme atmak, hayaları kıvırmak, penisinden tutup sağa sola çekiştirmek, su havuzuna başını sokup havasız bırakmak, içine çok miktarda tuz konulan sulu bir bulamacı coplamak ve dövmek suretiyle direnmeyi kırıp kusturuncaya kadar zorla yedirtmek, bir kaptan diğerine su boşaltarak su isteğini kamçılamak*', '*suçlarını söyletmek amacıyla çırılçıplak soyup elektrik verip, haya sıkmak ve dayak atmak*'[1420], '*...sorgusu sırasında suçunu söyletmek için soyup betona yatırdıktan sonra, tazyikli su sıkmak, falakaya yatırmak ve askıya almak*'[1421], '*suçu kabulü için koltuk altlarına kaynamış yumurta koymak ve bastırmak suretiyle darp*' etmek[1422], '*...sorgusun sırasında askıya almak, darbetmek, başını duvarlara vurmak ve tazyikli su sıkmak*'[1423], '*göz altına 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 ıstırap verici, bezdirici, fiziki ve manevi ağır acı veren, insanlık kişiliğini incitici, haysiyet kırıcı hareketlerde bulunmak... işkence niteliğinde olup*'[1424] TCK. 243. maddesindeki suçu oluşturacağı saptanmıştı[1425].

[1420] Y. 8. CD. 31.1.2001, 25909/3067, bkz. **MALKOÇ,** s. 1989-1990.
[1421] Y. 8. CD. 10.6.1998, 7285/8692, bkz. **PARLAR/DEMİREL,** s. 821.
[1422] Y.8.CD. 17.12.1997, 1588/17840, bkz. **PARLAR/DEMİREL,** s. 833.
[1423] Y.8.CD. 3.6.1998, 6898/8269, bkz. **TAŞDEMİR/ÖZKEPİR,** s. 550.
[1424] YCGK 15.6.1999, 8/109-164, bkz. **MALKOÇ,** s. 2002-2009. Benzer şekilde Y.8.CD. 12.10.1998, 10667/12819.
[1425] YCGK 4.4.1983, 64/156, aktaran: **MALKOÇ,** s. 1985-1986. Alman Yüksek Mahkemesine, sanığı maktulün cesedine bakmaya zorlamak ya da karanlıkta bırakmak ya da ona silah sesleri dinletmek şeklindeki fiilleri, işkence saymıştır (bkz. **CENTEL/ZAFER,** s. 119). New York Barosu Uluslararası İnsan Hakları Komitesi de, Türkiye'de gözaltı sırasında kullanılan işkence yöntemleri olarak falaka,

ETCK md. 243'teki '*zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamele*' kavramları ile işkence arasında, nicelik (ağırlık) farkı vardı[1426]. Vahamet olarak, bunlar en ağırından en hafifine doğru gitmek üzere, işkenceden haysiyet kırıcı muameleye doğru sıralanmaktaydı.

ETCK bakımından zalimane muamele, şiddeti itibariyle işkence boyutuna varmayan, maddî ve manevî nitelikte eziyet ve ıstırap verici davranış ve hareketlerdir[1427]. Bir kimsenin dayanma gücünü zayıflatan, onu güçten düşüren[1428] ya da sırf manevi alanda kalan hareketler[1429] bu kapsamda mütalaa edilmekteydi. Gayri insanî muameleyse, insanlık kişiliği ve duygusunu önemli derecede inciten[1430], kişinin insan olmasından kaynaklanan haklara saldırı niteliğindeki[1431] fiiller olarak algılanmaktaydı.

Diğer bir husus, YTCK md. 94'te sayılan hareket türlerinın sınırlayıcı olup olmadığıdır. Eski TCK md. 243 bakımından öne sürülen bir görüşe göre, sayım örnek kabilindendir; bunlara başka kötü muamele türleri de olabilir[1432]. Her türlü kötü

---

filistin askısı, hortumla basınçlı soğuk su sıkmak, elektrik şoku vermek, tekmelemek ve yumruklamak, dövmek, saçları hızla çekmek, copla saldırı, tecavüz, mağduru bir lastiğin içinde yuvarlamak, dövmek ve psikolojik saldırıları işaret etmiştir (bkz. Türkiye'de İşkence, s. 18). Benzer liste için bkz. **PARRY,** s. 240-241. 1996 yılında işkenceye uğradığını öne sürerek tedavi için Türkiye İnsan Hakları Vakfı Tedavi ve Rehabilitasyon Merkezleri'ne başvuran kişilerin maruz kaldıklarını söyledikleri yöntemler için bkz. **AKHAN,** s. 48.

[1426] Bkz. **NUHOĞLU,** s. 566-567; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 199; **MALKOÇ,** s. 1986. Bir görüşe göre, bu kavramların içerikleri belirsiz olup bunları birbirinden ayırmak mümkün olmadığından, suç tanımından bu kavramlara yer verilmesi, suç siyaseti açısından doğru değildir, bkz. **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** İşkence, s. 191.

[1427] Bkz. **ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 418; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 481; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 113.

[1428] Bkz. **ÖNDER,** Ceza Özel, s. 222.

[1429] Bkz. **ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 418; **NUHOĞLU,** s. 568. Fakat kanaatimizce, işkenceyle, maddede sayılan diğer hareketleri ayırmak bakımından, maruz bırakılan acının maddi ya da manevi niteliğini değil; şiddetini değerlendirmek gerekir. Örneğin, çırılçıplak soyulup dövülen ve ardından kolluk kuvvetlerinin tecavüzüne uğrayan on beş yaşındaki çocuğa yapılan bu muamelelerin, annesine seyrettirilmesinin işkence olmadığını söylemek mümkün müdür? Öte yandan Üzülmez'e göre 'zalimane muamele, 'eza verici' olmamakla birlikte, maddi ya da manevi acı veren her türlü hareketi ifade etmektedir' (**ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 217). 'Eza'nın anlamı, 'üzme, sıkıntı verme, üzgü' olduğuna ve yazar 'manevi acı'yı da tanımına dahil ettiğine göre, bu tanım kendi içinde çelişkilidir, zira 'manevi acı', ezayı kapsar.

[1430] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 114.

[1431] Bkz. **NUHOĞLU,** s. 566.

[1432] Bkz. **NUHOĞLU,** s. 569; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 95.

muamelenin zaten maddede sayılan seçimlik hareketlerden birine girebileceği şeklinde anlamak kaydıyla, mantıken doğru olan bu görüşün pratikte önemi pek de yoktu, zira, TCK md. 243 kapsamına girdiği kabûl edilebilecek her türlü hareketi, zaten mevcut dört hareket kategorisinden birine sokmak kolaylıkla mümkündü.

YTCK md. 94 açısından da aynı şekilde düşünülebilir. Gerçekten, her türlü maddî-manevî acı ya da ezaya yol açan hareketin 'bedensel veya ruhsal yönden acı çekme', 'algılama veya irade yeteneğini etkileme' ya da 'mağdurun aşağılanmasına yol açma' kategorilerinden birine gireceği söylenebilir. YTCK md. 94'te sayılan seçimlik hareketlerden özellikle '*bir kişiye karşı…..aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştir*'mek kapsamına insan onurunu aykırı hemen her türden muamelenin girmesi mümkündür. Zaten kaynak İspanyol CK'sında 'aşağılanma' yerine 'manevî bütünlüğe saldırı' denilerek korunması amaçlanan hukukî yararı zedelemeye yönelik her türlü davranışı kapsama amacı güden 'torba' bir seçimlik hareket getirilmiştir.

Nihayet, işkence bir zarar suçudur[1433]. Bunun önemini teşebbüs bakımından ileride tartışacağız.

B. İnsan Onuruna Aykırılık

5237 sayılı TCK'nın 94. maddesindeki tanıma bakarsak, işkence suçunun maddî unsurunu oluşturmaya elverişli seçimlik hareketlerin ortak noktasının 'insan onuruyla bağdaşmayan' bir nitelik taşımaları gereğidir.

Suçla korunan hukukî yarar bağlamında insan onurunun ne anlama geldiğini ana hatlarıyla ortaya koymaya çalışmıştık[1434]. Söz konusu açıklamaları tekrarlamayacağız. Bu başlık altında, konuyu bir ölçüde somutlaştırarak ne tür davranışların insan onuruna aykırılık oluşturacağını inceleyeceğiz.

[1433] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 16.

Bir kere, insan onurunu mutlak olarak tanımlamak, bir yandan kavramın soyutluğu ve belirli bir yaşam ilişkisine indirgenemez genişliği, diğer yandan kavramı belirli bir ideoloji açısından sınırlamama kaygısı sebebiyle mümkün değildir[1435].

Federal Alman Anayasa Mahkemesine göre de, insan onuru mutlak bir kavram olmayıp duruma bağlı ve daima somut olayla birlikte değerlendirilmesi gereken bir olgudur. Bu nedenle, insan onurunun ne zaman ihlal edildiği ancak somut olaya bağlı olarak tespit edilebilir ve bu yolla insan onurunun somut ihlal kalıpları ortaya konulabilir[1436].

Bunu yaparken yararlanılabilecek en faydalı kriter, '*obje formülü*' olarak ifade edilen, '*insanın insan olması sebebiyle sahip olduğu ve devletten önce de geçerli olan özünün, öz değerinin, süje niteliğinin hiçe sayılması, kamusal tasarrufların ve işlemlerin basit bir objesi olarak alçaltılması*' kriteridir[1437]. Her durumda, negatif tanımlama konusunda, yani somut ihlal kalıplarını belirlemede hangi ölçüt kullanılırsa kullanılsın, işkencenin insan onuruna aykırı olduğu sonucuna varılması gerektiğinde şüphe edilmemelidir.

İnsan onuru, '*bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve kendi çevresini şekillendirme yeteneği veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran manevi güç*'tür[1438]. *Öztürk*'e göre insan haysiyeti son tahlilde, hür iradedir, bu bakımdan insanın obje haline getirilmesi insan onuruna daima aykırıdır[1439].

Obje formülünü yetersiz gören diğer bir düşünceye göreyse, insan onuruna aykırılık için illa bireyin kişiliğinin hiçe sayılıp obje durumuna indirgenmesi aranmamalıdır. Söz konusu olması gereken, bireyin kişiliğini ve bunun bütünlüğünü

[1434] Bkz. yukarıda İkinci Bölüm, § 5, II, A altında aktarılanlar.
[1435] Bkz. **ERDEM,** s. 236; **MONTANO,** s. 1.
[1436] Bkz. **ŞİMŞEK,** s. 64.
[1437] Bkz. **ŞİMŞEK,** s. 86; **ERDEM,** s. 236.
[1438] Bkz. **ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK,** Ceza Muhakemesi, no. 111; **ŞAHİN**, Sanığın Sorgulanması, s. 70, **ÖZTÜRK,** Delil Yasakları, s. 22; **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 62; **ÜZÜLMEZ,** HA, s. 235.
[1439] Bkz. **ÖZTÜRK,** Delil Yasakları, s. 22.

güvence altına almaktır; burada korunan onur, *insanlığın* değil, *bireyin* onurudur[1440]. Bu nedenle insan onuru, özerklik olanağı ve kişinin kendi davranışını kendisi belirleyebilme iktidarıyla bağlantılı bir olgudur[1441]. Sonuçta bu görüşe göre, irade özerkliğini hukuka aykırı olarak kısıtlamak, insan onuruna aykırı olacaktır.

İşkence suçu kapsamında, somut olarak ne türden davranışların insan onuruna aykırı düştüğünü belirleme sorununa gelince, işkence ve diğer insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele teşkil eden davranışları 'manevî bütünlüğe karşı suçlar' başlığı altında bağımsız olarak düzenleyen İsp. CK'sından yararlanılabilir.

İspanyol Yüksek Mahkemesine göre (STS 294/2003), manevî bütünlüğe karşı saldırı ('*atentado contra la integridad moral'*) kavramı şu unsurları içermelidir[1442]:

a) Suçun aktif süjesinin açıkça ve şüpheye yer vermeyecek şekilde eza verici içeriğe sahip bir eylemde bulunması ('*un acto de claro e inequívoco de contenido vejatorio para el sujeto activo del delito*');

b) Fiziksel ya da psişik bir acının varlığı;

c) Davranışın küçük düşürücü ya da rezil edici olup suç tarafından etkilenen şahsın onuru kavramına tesir edebilmesi.

Denilebilir ki, aslında insanı iradesi hilafına davranmaya zorlayan, özgürce düşünüp karar verebilme yetkisi ve irade serbestisini kısıtlayan davranışlar, belirli bir ağırlık düzeyine varmak kaydıyla, bu kapsamdadır.

İnsan haysiyetinin dokunulmazlığı, insanın başka amaçlar için (ör. gerçeği öğrenmek) bir araca indirgenmesini engeller[1443]. İnsan onurunun ihlal edilip edilmediği, her somut olayda insanın obje haline getirilme veya iradesinin özerkliğinin korunup korunmadığı kriterleri dikkate alınarak araştırılabilir[1444].

[1440] Bkz. **ERDEM,** s. 237.
[1441] Bkz. **ERDEM,** s. 237.
[1442] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 13.
[1443] Bkz. **ŞAHİN**, Sanığın Sorgulanması, s. 71; **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 65.
[1444] Bkz. **ŞAHİN**, Sanığın Sorgulanması, s. 71; **ÜZÜLMEZ,** HA, s. 235.

Neticede, insan onurunu negatif olarak tanımlama çabaları doğrultusunda hangi görüş kabul edilirse edilsin, her insan onuruna aykırı davranış işkence olmamakta; fakat her işkence, insan onuruna aykırı olmaktadır.

Bu sebeple, işkence suçunun maddî unsurunu 'insan onuruyla bağdaşmama' kıstasıyla sınırlamak ya da tanımlamak pratikte pek fayda sağlamayacaktır. Bu durum, işkence suçunun kendine has yapısında kaynaklanmaktadır. Aşağıda açıklayacağımız gibi, ancak belirli bir ağırlık düzeyine varan davranışları hukuken işkence olarak tanımlayabilmek mümkün olacaktır. Buna bağlı olarak da, hukuka aykırı, hatta suç teşkil edici türden bir çok ihlal, suç tipinin kapsamına girmeyecektir. İşte bu durumda, asgarî ağırlık düzeyine vardığı için işkence suç tipinin kanunî tanımına uygun düşen bir eylemin, zaten insan onuruna uygun olması mümkün değildir. Diğer bir deyişle, 'insan onuruyla bağdaşmama', kanunî tanıma bir somutluk-spesifiklik sağlamamaktadır. Çünkü, işkencenin maddî unsurunu oluşturmaya elverişli türden bir hareketin bulunup bulunmadığı, hareketin objektif yapısına göre değerlendirilecektir. Nesnel olarak işkence olarak tanımlanabilecek bir eylem ise, zaten insan onuruna aykırı olacaktır.

C. Bedensel veya Ruhsal Yönden Acı Çekme

Öncelikle 'acı' kavramı[1445], '*herhangi bir dış etken dolayısıyla duyulan rahatsızlık, ıstırap*' anlamına gelir. Ayrıca mecazî anlamı itibariyle '*üzüntü, keder, elem*'i de ifade eder. Nihayet sıfat olarak kullanıldığında, mecazî olaral '*kırıcı, üzücü, incitici, dokunaklı, korkunç*' gibi anlamlar taşır[1446]. O hâlde, günlük anlamı itibariyle acı, dış bir etkenden kaynaklanan rahatsızlık, ıstırap şeklinde ele alınmalıdır. 'Rahatsızlık'ın anlamı, çeşitli '*sebeplerden doğan ruhsal yorgunluk, cefa, eziyet, sıkıntı*'dır. Istırabın ilk anlamı ise '*acı*', ikinci mecazî anlamı ise '*üzüntü, sıkıntı, keder*'dir. Bütün bunlardan çıkan sonuç, acının mutlaka fiziksel olarak algılanabilen, maddî nitelikte bir his olmayıp manevî bir yönünün de olduğudur.

[1445] Tanımlar için bkz. www.tdk.gov.tr (son erişim 6.10.2005)
[1446] Bkz. http://tdk.org.tr/tdksozluk/sozara.htm (son erişim 17.10.2005).

Bu doğrultuda, '*mağdurun bedensel yönden acı çekmesine yol açmak*' kanaatimizce yaralama suçundaki 'vücuda acı vermek' ile özdeştir. Buna göre, beden bütünlüğünü önemsiz olmayan biçimde bozmaya yönelik her türlü hareket bu kapsamdadır. Vurma, darbe indirme gibi mağdurun vücuduyla doğrudan temas edildiği durumlarda bu koşul genellikle gerçekleşmiş olmaktadır. Bunun haricinde, dış etkenler sebebiyle vücutta yol açılan rahatsızlık da bu kapsamda görülebilir. Örneğin, maddî acı vermeyen, fakat bedensel yönden sıkıntı yaratan bir durumda, sözgelimi dar, kirli, çok sıcak ve farelerle dolu bir hücrede kişiyi tutmak gibi. Kaldı ki bu tür durumlar, zihinsel eza içinde de değerlendirilebilir.

Buna karşılık, yaralama suçundan farklı olarak, kanaatimizce hareketin objektif olarak mağdurda acı meydana gelmesine 'yol açacak' nitelikte olması yeterlidir. Mağdurun dayanıklılığı veya o andaki duyarsızlığı (ör. uyuşturucu ilaç etkisi) sebebiyle bunu sübjektif olarak hissetmemiş veyahut önemsememiş olması fark etmez. Oysa, yaralamada acı getirilmiş olması aranmaktadır[1447].

Öte yandan, vücuda acı veren her hareket, sağlığın bozulmasına yol açmış olmayabilir.

Bedensel yönden acı çektirecek hareketin bizzat mağdura yaptırılması da mümkündür. Nitekim Yargıtay, kasten müessir fiil açısından, mağdurun ırzına geçilmek istenmesi üzerine saldırıdan kurtulmak için balkondan aşağı atlayarak yaralanmasının bu suçu oluşturduğunu belirtmiştir[1448]. İşkence açısından da, örneğin tehditler sebebiyle bir kimsenin kendine zarar verici hareketlere zorlanması durumunda varılacak sonuç aynıdır.

Aşağıda değineceğimiz gibi, işkence suçunun niteliği gereği, vücuda yönelik etkinin belirli bir ağırlığa ulaşması gerekir. Bunun belirlenmesinde mağdurun sübjektif duyarlılığı değil, objektif bir gözlemcinin değerlendirmesi esas alınır. Şayet vücuda yönelik etki, bazı ağır neticelere yol açmışsa, YTCK md. 95'teki nitelikli hal

[1447] Bkz. **EREM/TOROSLU,** s. 402; **ERMAN/ÖZEK**, Kişilere, no. 113.
[1448] Y. 5.CD 18.1.1984 3617/30 (**ERMAN/ÖZEK**, Kişilere, no. 104, dn. 11)

söz konusu olacaktır.

Mağdurun ruhsal yönden acı çekmesine yol açmak ise, 'psikolojik şiddet' hareketlerini ifade eder. Burada, söz ya da fiilî eylemler aracılığıyla mağdurun psikolojisini az ya da çok doğrudan etkilemek suretiyle onun akıl/ruh sağlığını tehlike altına sokan davranışlar söz konusudur[1449].

Bu noktada kanun koyucumuzun temel aldığı anlaşılan 1995 tarihli İsp. CK'sındaki anlayışa değinmek gerekir. İspanyol doktrininde baskın olduğu belirtilen görüşe göre[1450], işkence suçu ile zarar verilen hukukî yarar, mağdurun 'sağlığı' ve 'manevî bütünlüğü'dür. Buna göre, 'sağlık' kavramı fiziksel bütünlük yanında zaten psişik ve psikolojik yönü kapsamaktadır. Bu yönden, '*bedensel veya ruhsal yönden acı çekme*' kavramı yerine her ikisini kapsayan 'sağlığı etkileme' gibi bir kavram kullanılabilirdi.

Manevi bütünlüğün zarar görmesi ise, mutlaka psişik ya da zihinsel niteliklerde bir eksikliği gerektirmemektedir. Diğer bir deyişle manevî bütünlük, hem beden hem de psişik sağlığı kapsayan 'fiziksel bütünlük'ten farklı bir gerçekliktir. Buna göre, manevî bütünlük kişinin ruhsal yönüyle ilgilidir ve bir kimsenin küçük düşürülmesi ya terzil edilmesini yasaklar[1451].

Demek ki İspanyol CK'sındaki anlayış, İspanyol Anayasası md. 15'e koşut olarak, fiziksel ve manevî bütünlük haklarını ayrı ve açıkça farklı olgular olarak ele almaktadır. Fiziksel bütünlük, genel olarak sağlığı ifade etmekte olup temel içeriği hem bedensel hem de psişik durumu kapsamaktadır. Psişik durumdan kasıt da, psişik ya da zihinsel sağlıktır. Manevi bütünlük ise, ruhsal bütünlük/dokunulmazlıkla ilgilidir ve bir kimsenin insan olma sıfatının reddi anlamına gelen küçük düşme, rezil olma hislerinden mahsun kalma hakkıyla bağlantılıdır. Bu nedenle, kendine özgü ve

[1449] Benzer yönde **PÉREZ MACHÍO,** s. 11.
[1450] Bkz. **PÉREZ MACHÍO,** s. 30.
[1451] Bkz. **PÉREZ MACHÍO,** s. 31.

özerk bir uygulama alanına sahip olup kendisine bitişik olan 'fiziksel bütünlük' hakkından bağımsızdır[1452].

Bu bakımdan, manevî bütünlüğün etkilenmiş sayılması için psişik sağlığın zarar görmesi gerekmemektedir. Aksi düşünce, manevî bütünlüğün cezaî açıdan korunmasını psişik sağlık için fiilen zararlı bir neticenin ya da en azından tehlikenin doğmuş olmasına tabi tutmak anlamına gelir. Oysa böyle bir düşünce, psikolojik dayanıklılıkları ya da etkilenmezlikleri (ör. akıl hastaları) sebebiyle akıl sağlıkları etkilenmeksizin ya da tehlikeye düşmeksizin küçük düşürücü muamelelere katlananların manevî bütünlüğünün ceza hukuku korumasından mahrum bırakılması anlamına gelir[1453].

Kaynak kanundan farklı olarak bizim kanunumuzda *'bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesi*'nden bahsedilmekle, bedensel etki doğuran hareketler dar anlamda 'fiziksel bütünlük' içinde ele alınmış; ruhsal yönden acı çekmeye yol açacak hareketler ise, psişik ya da psikolojik sağlığın bozulmasına yol açan farklı kategoride davranışlar olarak değerlendirilmiştir. Bunun dışında, kaynak kanundaki temel kavram olan 'manevî bütünlük'e ise ayrı ve otonom bir yer verilmemiştir.

Her ne kadar '*ruhsal yönden açı çekme*' kavramına yer verilmekle, ruhsal dokunulmazlığı kast eden mehaz kanundaki 'manevî bütünlük' kavramına yaklaşılmışsa da, aynı cümlenin başındaki '***bedensel veya ruhsal yönden acı çekme***' ibaresi ile bir karışıklık yaratılmıştır. Şöyle ki, acı çekme bir yandan bedensel diğer yandan da alternatif olarak ruhsal olarak ifade edilince, demek ki fiziksel sağlığı bozan hareketler 'bedensel yönden acı' verenlerle sınırlanmış, ikinci cümlede yer alan 'ruhsal yönden acı çekme'yle de manevî sağlığı bozan hareketler ifade edilmek istenmiştir. Oysa yukarıda belirtildiği gibi, psişik sağlığı bozan hareketler zaten geniş anlamda fiziksel bütünlüğün ihlali anlamına geldiği için, 'ruhsal yönden acı verme' ibaresinin, 'ruhsal sağlık', yani manevî bütünlüğü ifade eden ayrı ve otonom bir kavram olarak kullanılması gerekirdi.

[1452] Bkz. **PÉREZ MACHÍO,** s. 31.

Nitekim kaynak kanunda 'fiziksel ya da *zihinsel'* acı vermeden bahsedilmiştir; 'ruhsal' değil. Kaynak kanunun aynı cümlesinin sonunda ise, 'manevi bütünlük'ten ayrıca bahsedilmiştir. Bizde ise dar anlamda fiziksel dokunulmazlık ile ruhsal sağlık aynı cümlecikte ve özerk anlamları göz ardı edilerek seçimlik olarak kullanılmıştır. Kaynak kanunda yer alan 'manevî bütünlük' kavramını karşılamak için ise, aşağıda ele alacağımız 'aşağılanma'dan bahsedilmiştir.

Pratik olarak çok önemli olmayabilecek bu hususu vurgulamamızın sebebi, kaynak kanundaki düzenlemelerin YTCK'ya monte edilirken bazı temel noktaların anlaşılmamış olmasını göstermesi sebebiyle anlamlı olmasıdır.

D. Algılama veya İrade Yeteneğinin Etkilenmesi

İşkence suçunu tanımlayan YTCK md. 94'teki ilginç noktalardan biri, suçun maddî unsurunu oluşturabilecek seçimlik hareketler arasında mağdurun '*algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine*' yer verilmiş olmasıdır.

Kanunu hazırlayan TBMM Adalet Komisyonu üyelerinin bu iki kavramla kast ettiklerinin 'kusur yeteneği', kendi deyişleriyle 'kusur' olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten, *Özgenç/Şahin*'e göre kasten işlenen suçlarda kusurun iki unsuru mevcuttur: algılama yeteneği ve irade yeteneği[1454]. Buna göre algılama yeteneği, kişinin işlemiş bulunduğu fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını kavrayabilmesini ifade eder[1455]. İrade yeteneği ise, kişinin işlemiş bulunduğu fiille ilgili olarak davranışlarını hukukun icaplarına göre yönlendirme yeteneğidir[1456].

Aslında algılama (idrak), dış dünyanın verilerinin zihinsel olarak anlaşılmasıdır[1457]. Bu da, beş duyu organı vasıtasıyla alınan uyarıların sinir sistemi üzerinden beyne sevk edilmesiyle olur[1458]. Bu bakımdan algılama yeteneği, insanın

---

[1453] Bkz. **PÉREZ MACHÍO,** s. 31, dn. 122.
[1454] Bkz. **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** Ceza Hukuku, s. 230; **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 256 vd.
[1455] Bkz. **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** Ceza Hukuku, s. 231 vd.
[1456] Bkz. **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** Ceza Hukuku, s. 238 vd.
[1457] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 172.
[1458] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 172. Algılama iki aşamada gerçekleşir. Algı denilen ilk aşamada dışarıda olanlar hissedilir ve dış dünya gözlemlenir; tam algı denilen ikinci aşamada ise, bunlar bilince

çevresindeki olguları gözlemleyebilme kabiliyetidir[1459].

Algılama yeteneğinin etkilenmesini, yaralama suçundaki '*algılama yeteneğinin bozulması*' (ETCK'daki 'aklî melekelerde teşevvüş' yaratmak) paralelinde anlamak gerekir[1460]. Zira, buradaki 'etkilenme'den kast, olumsuz yönde bir değişikliktir. Bu bakımdan, korku, uyku bozukluğu gibi kişinin psikolojik durumunda ortaya çıkan her türlü olumsuz değişikliği, aklî veya ruhsal yetilerde meydana gelen her türlü anormal hali[1461] ifade etmektedir. Aslında mağdurun sinir sisteminde olumsuz değişikliğe yol açan her türlü davranış bu kapsamdadır[1462].

Bu durumda, yasakoyucunun 'algılama yeteneğinin etkilenmesi'nden anladığı, mağdurun psikolojik-sinirsel sisteminde ortaya çıkan olumsuz değişiklik sebebiyle o kimsenin dış dünyadaki verileri doğru olarak anlayabilme, buna göre iyiyle kötüyü, doğruyla yanlışı ayırt edebilme kabiliyetini kaybetmesidir. Soyaslan'ın deyişiyle, '*olayları ve etrafı doğru değerlendirme, dolayısıyla normal bir kişi gibi hareket edebilme yeteneği*[1463]'nin zedelenmesi söz konusudur.

İrade yeteneği ise, insanın kendi davranışlarını yönlendirebilme yetisidir[1464]. Diğer bir deyişle, bir kimsenin özgür iradesiyle ne şekilde davranacağını seçebilme özgürlüğü söz konusudur.

YTCK md. 94'e bu ibarenin konulmasıyla, büyük olasılıkla yasak sorgu yöntemleri ile işkence suçu arasında bir bağlantı kurulmak; yani CMK md. 148'e

---

nakledilir.

[1459] Bkz. **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Suç Teorisi, s. 205; **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** Ceza Hukuku, s. 231; **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 257.

[1460] Nitekim, akıl hastalığı sayılmayan, fakat '*bir kimsenin algılama, düşünme, düşüncesine ve iradesine göre hareket etme yeteneklerinde herhangi bir bozukluk meydana getirmeye elverişli her hareket*'in akıl melekelerinde bozukluk meydana getirme kapsamında olduğu belirtilmekteydi, bkz. **ERMAN/ÖZEK,** Kişilere, no. 110.

[1461] Bkz. **EREM/TOROSLU,** s. 403. Dönmezer'in deyimiyle '*ruh fizyolojisinin işlemesi yönünden, kişiye göre normal durumdan sapmalar*'ın anlaşılması gerekir, bkz. **DÖNMEZER,** Kişilere, s. 120.

[1462] Bkz. **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 431.

[1463] Bkz. **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 150. Hakeri'ye göre algılama yeteneği, '*kişinin hareketinin toplum bakımından etki ve önemini kavrayabilmesidir*', bkz. **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 168.

[1464] Bkz. **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** Ceza Hukuku, s. 238; **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 260 vd.

aykırılıkların YTCK md. 94 ile cezalandırılması sağlanmak istenmiştir. Bu peşin anlayışın neden doğru olmadığını aşağıda ayrıca açıklayacağız.

Belirtelim ki, İspanyol doktrini bakımından manevî bütünlük, geniş anlamda, iradenin aksine muamelelere tabi tutulmama hakkı olarak ele alınmaktadır. İspanyol Anayasa Mahkemesinin 120/90 sayılı kararından da esinlenen bu anlayışa göre, manevî bütünlüğe aykırı bir saldırı, kişinin irade, fikir, düşünce ya da hislerine aykırı olarak davranmasına zorlanması neticesini doğurarak ruhsal özerkliğine zarar veren hareketler olarak anlaşılmaktadır[1465].

Görüldüğü gibi, kişinin özgür iradesi ve buna uygun olarak davranabilme (irade) yeteneği, kaynak kanunda da korunmuştur. Fakat YTCK açısından eleştirilebilecek bir husus, bu durumun 'isnat yeteneği' ile ifade edilmiş olmasıdır. Gerçekten de isnat (kusur) yeteneği, bir fiilin bir kimseye yüklenebilmesi için failde bulunması gereken niteliklerin tümünü ifade eder[1466]. Bu bakımdan failin yanlışla doğruyu, haklıyla haksızı ayırt edebilmesini (temyiz yeteneği) ve buna göre davranabilmesini belirtir[1467]. Bedenî bakımdan yetişkin, ruhî bakımdan olağan sağlığa sahip, akıl etme yeteneği olan, işlediği eylemin ilişkin olduğu davranış normunun anlam itibariyle içeriğini algılayan (algılama yeteneği) ve bu bilinç doğrultusunda davranışlarını yönlendirebilme yeteneği (irade yeteneği) olan bir kimse, yine de haksızlık gerçekleştirirse kusurlu görünür[1468]. O hâlde YTCK'da yer alan '*algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesi*', aslında isnat yeteneğini ortadan kaldıran ya da zayıflatan durumlardır.

[1465] Bkz. **PÉREZ MACHÍO**, s. 32.

[1466] Bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: II, no. 845; **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Suç Teorisi, s. 205; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA,** Ceza Genel, s. 539; **CENTEL,** Ceza Genel, s. 309-310; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 289.

[1467] Bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: II, no. 849-850; **YÜCE,** s. 306; **ÖNDER,** Ceza Hukuku Dersleri, s. 271; **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK,** Ceza Hukuku, no. 210; **CENTEL,** Ceza Genel, s. 309-310; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 289.

[1468] Bkz. **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Suç Teorisi, s. 208.

Fakat buradaki kargaşa, isnat yeteneği kavramı ve kurumunun belirli bir eylemin sosyal bir kusur olarak faile yüklenebilmesi ve onun bu eylemi sebebiyle cezaî açıdan kusurlu görülüp kınanabilmesini sağlamaya yaramasıdır. Oysa burada aynı kavram, mağdurun maruz kaldığı olumsuz bir neticeyi tarif etmek için kullanılmıştır. Diğer bir deyişle, suçun aktif süjesinin kusurluluğunu tayin etmek için yaratılan bir kavram, işkence suçunun pasif unsurunun mağduriyetini, ihlal edilen bir hakkını ifade etmek için kullanılmıştır.

Aslında buradaki amacın 'irade özekliğini' korumak olduğu anlaşıldığına göre, 'algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesi' gibi bir ibareye yer verilmesinin gerekliliği bizce tartışmalıdır. Gerçekten, bu neticeye yol açacak davranışların 'ruhsal acı' içerisinde içerisinde değerlendirilmesi mümkün olduğu gibi; kaynak kanundaki 'manevî bütünlük' teriminin doğru algılanarak YTCK'ya monte edilmesi de yeterli olurdu.

E. Mağdurun Aşağılanması

Yukarıda belirttiğimiz gibi, kaynak İspanyol Ceza Kanununun 174. maddesinde düzenlenen teknik/adlî anlamda işkence suçunun maddî unsuru mağduru '*niteliği (doğası), süresi veya diğer şartları itibariyle ona bedensel ya da zihinsel acı veren; bilme, idrak etme ve karar verme yeteneğini ortadan kaldıran ya da azaltan veya diğer herhangi bir şekilde manevî bütünlüğüne saldırı teşkil eden şart ya da işlemlere tabi tutmak*' idi. 5237 s. TCK'da ise, 'manevi bütünlüğe saldırı' yerine mağdurun '*aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştir*'meye yer verilmiştir.

Mağdurun aşağılanmasına yol açma açısından AİHM içtihatlarından yararlanılabilir. Zira AİHS'nin üçüncü maddesindeki '*degrading*' kavramı gerek 'aşağılayıcı' gerekse 'küçük düşürücü' olarak anlaşılabilir[1469]. AİHM içtihatlarına

[1469] Her ne kadar Üzülmez tarafından bu kavramın AİHS'de 'aşağılayıcı', BM Sözleşmesi'nde ise 'küçültücü' olarak ifade edildiği belirtilse de (bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 119), her iki metinde de geçen kelime '*degrading*' dir. Zaten '*degrading*' her ikisi olarak da tercüme edilebilir

göre aşağılayıcı muamele, şahsı diğer kişiler karşısında büyük ölçüde utandıran, rezil eden ya da şahsı iradesi veya bilinci dışında davranmaya zorlayan; onda korku, acizlik ve değersizlik duygusu uyandırıp onurunu zedeleyen her türlü muameledir[1470]. Diğer bir ifadeyle, kişinin başkaları önünde fena halde küçük düşmesine[1471] veya kendi isteği veya iradesine aykırı davranmasına yol açan eylemlerdir[1472].

Böylece, kişinin aşağılanmasına yol açacak davranışlar tıpkı AİHM içtihatlarında olduğu gibi, onun isteme yeteneğine ('*volitif*' unsur) aykırı, rızası hilafına muamelelere tabi tutulması temeline dayanmaktadır. Bu şekilde, kişinin aşağılanmasına yol açılmasının (manevî bütünlüğüne aykırılığın) içeriğini, kişinin iradesine aykırı olup mağdurun istem, fikir, düşünce ya da hislerini yok etme, değiştirme ya da yaralamaya matuf olan muamelelere tabi tutulması oluşturmaktadır[1473].

İspanyol doktrinindeki bir görüşe göre küçük düşürücü ya da aşağılayıcı muamele (*trato degradante*) dar anlamda, neticesinde bu kişilerden birinin terzil edildiği, insan olma olgusunun içinde barındırdığı nitelikler bakımından değerinin düşürüldüğü ya da kısıtlandığı, iki kişi arasındaki ilişkiden ibarettir[1474].

Keza, ETCK md. 243 uygulaması döneminde 'haysiyet kırıcı muamele'yi tanımlayan Yargıtay'a göre bunlar, bir kimsenin namus, itibar, onur veya şöhretine saldırı niteliğindeki, kişiyi aşağılamak, değerinden ve niteliğinden daha aşağı seviyeye indirmek, hor görmek suretiyle manevî acı doğuran fiillerdir[1475]. Bu tanımın Yargıtay tarafından 'mağdurun aşağılanmasına yol açan davranış'

[1470] Yunan Raporu'ndaki İngilizce orijinal ifade şöyledir: '*...punishment... may be said to be degrading if it grossly humiliates him before others or drives him to act against his will or conscience*', bkz. ayrıca **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR,** s. 248.
[1471] Bkz. bu yönde **GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK,** s. 199; **CLAYTON/TOMLİNSON,** s. 394; **ERGÜL,** s. 110.
[1472] Bkz. **ÇAVUŞOĞLU,** s. 12.
[1473] Bkz. **PÉREZ MACHÍO**, s. 32.
[1474] Bkz. **PÉREZ MACHÍO**, s. 15.
[1475] YCGK 15.6.1999, 8/109-164; YCGK 30.1.2001, 1/250-1. Bkz. ayrıca **BAYRAKTAR,** s. 187; **SOYASLAN,** Ceza Özel 4. Bası, s. 633; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 120; **SAVAŞ/**

bakımından da uygulanabileceğini düşünüyoruz. Fakat söz konusu tanımda yer alan 'onur' ile 'namus, itibar, şeref' gibi kavramların niteliksel farklılığını da tekrar vurgulamak isteriz. Bu açıdan, söz konusu kavramların alternatif olarak kullanılması doğru değildir.

İspanyol Yüksek Mahkemesi, eski İsp. CK'sı bakımından küçük düşürücü muameleyi tanımlarken, davranışın ilgilide başkaları ya da kendi nezdinde, *asgarî bir ağırlık düzeyine varan* bir rezil olma ya da küçük düşürülme durumuna yol açması gerektiğini belirtmiştir. Burada, insan onuruna saldırı teşkil eden şartların sosyal açıdan küçük düşürücü sayılıp sayılmayacağı objektif bir şekilde değerlendirilecektir. Muamelenin yol açtığı fiziksel ya da psikolojik etkiler dikkate alınmakla beraber, tek kıstas olmayacaktır[1476].

Davranışın aşağılayıcı olup olmadığının objektif olarak değerlendirilme gereği, özdeş iki davranışın mağdurun şahsî duyguları karşısında farklı olarak nitelendirilmemesi gereğinden doğmaktadır. Bu nedenle, her ne kadar davranışın aşağılayıcı, küçük düşürücü, rezil edici ya da öz saygınlığını yitirtici olması gerekse de, mağdurun maruz kaldığı somut duygunun belirleyici olmasına izin verilmemeli, objektif kriterler nitelendirmeyi belirlemelidir[1477].

İspanyol doktrinindeki baskın görüşe göre, muamelenin aşağılayıcı niteliğini tespit etmede bu davranışların maddî içeriğinin küçük düşürme, rezil etme ve saygınlığını yitirme durumunu tahrik edip etmediği dikkate alınacaktır. Diğer bir deyişle, mağdurun iradesi kırılmış olsun ya da olmasın, kendisi ya da başkaları nezdinde rezil olma ya da saygınlığını yitirme duygusuna yol açan bir davranışın bulunması yeterlidir. Bu bakımdan, bir kimseye sevdiği bir kimsenin öldüğünü söyleyerek bunu tasdik eden sahte belgeler sunmak ya da bir kimse öldürülecekmiş gibi göğsüne boş silah dayayıp tetiği çekme gibi durumlarda, mağdurun iradesine bir

---

MOLLAMAHMUTOĞLU, 2. Cilt, s. 2505.
[1476] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 14.
[1477] Bkz. **PÉREZ MACHÍO**, s. 17.

etki söz konusu olmamakla birlikte, davranışın küçük düşürücü olduğu söylenebilecektir[1478].

Yine, bir insanı obje, bir şey konumuna düşüren, onu insan olarak yok sayan, insanları saygısızca eğlendirmek için kullanan, kısacası insanı araç haline getiren davranışlar da aşağılayıcıdır[1479].

F. Davranışın Belirli Bir Ağırlık Düzeyine Varması Kriteri

5237 sayılı TCK'nın 94. maddesinde yer verilen tanım karşılaştırmalı hukuk açısından ilgi çekicidir. YTCK md. 94'te mağdurun '*insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştir*'mekten bahsedilmiştir.

Görüldüğü gibi, çekilen bedensel ya da ruhsal acının 'ağır' olması aranmamıştır. Oysa, BM Genel Kurulunun 9 Aralık 1975 '*Herkesin İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Korunmasına dair Bildiri*'si ve 1984 BM İşkence Sözleşmesi md. 1 hükmü, Uluslararası Ceza Divanını kuran Roma Statüsü md. 7/2-e hükmü ve AİHM içtihatlarına göre, ağır acı ve ezaya yol açan hareketler işkencedir.

Çünkü, işkence, insanın fiziksel ve zihinsel bütünlüğüne ve insan olmaktan kaynaklanan onuruna karşı işlenen ihlallerden sadece en ağır kategoriyi ifade eder. BM Genel Kurulunun 1975 tarihli bildirisinde[1480], işkence şu şekilde tarif edilmiştir: '*işkence; acımasız, insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele ya da cezanın kasıtlı ve ağırlaşmış bir şeklidir*'. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu da, Yunan Davasını inceleyen kapsamlı raporunda[1481], işkenceyi itiraf ya da bilgi elde etmek gibi spesifik

[1478] Bkz. **PÉREZ MACHÍO**, s. 16, dn. 57. Aksi yöndeki görüşler için bkz. s. 16, dn. 56.
[1479] Bkz. **PÉREZ MACHÍO**, s. 16, özellikle dn. 58-60.
[1480] 9 Aralık 1975 tarihli, 3452 (XXX) sayılı BM Genel Kurul Kararı 1. maddesi.
[1481] Yunanistan'daki 21.4.1967 tarihli ihtilal sonrasında vuku bulan insan hakları ihlallerini inceleyen söz konusu rapor, 1969 tarihli, 12 sayılı Yıllık Rapor'un (Yearbook) 186-510. sayfalarında yer

bir amaca yönelik olarak kasten yapılan ve insanlık dışı muamelenin ağırlaşmış bir halini oluşturan bir olgu olarak saptamıştır.

İşkencenin insanlık dışı muameleden ayrı tutulması ve en ağır türden bazı ihlalleri işaret etmek üzere kullanılması belirli bir amaca dayanır. Buna göre, işkence, çok ağır ve acımasızca eza çekilmesine yol açan kasti muameleleri damgalamak için öngörülmüş özel bir kavramdır[1482]. O halde, işkencenin ayırt edici özelliği, çekilen acı ya da- ister fiziksel ister zihinsel olsun- ezanın yoğunluğudur.

Mukayeseli hukukta özel olarak işkence suçuna yer veren devletlere bakacak olursak, bize en yakın düzenleme İspanyol CK'sında mevcuttur. İsp. CK. md. 174'e göre, '*görevini kötüye kullanmak suretiyle, herhangi bir kimseyi ondan itiraf ya da bilgi elde etmek ya da işlediği ya da işlediğinden şüphe ettiği herhangi bir fiil sebebiyle cezalandırmak amacıyla, niteliği (doğası), süresi veya diğer şartları itibariyle ona bedensel ya da zihinsel acı veren; bilme, idrak etme ve karar verme yeteneğini ortadan kaldıran ya da azaltan veya diğer herhangi bir şekilde manevî bütünlüğüne saldırı teşkil eden şart ya da işlemlere tabi tutan kamu görevlisi ya da yetkilisi*' işkence suçunu işlemiştir. Fakat İsp. CK md. 173-177 arasında yer alan ve işkence nitelikli fiilleri düzenleyen suç tipleri bakımından, eylemin ağırlığı yine de önemli rol oynamaktadır. Çünkü, bizdeki eziyet suç tipini karşılayan İsp. CK. md. 173 ve kamu görevlilerinin geniş anlamda işkencesi suçunu düzenleyen md. 175 bakımından saldırının ağırlığı, suçun unsuru; teknik/dar/adlî anlamda işkenceyi düzenleyen md. 174'te ise suçun basit haliyle nitelikli halini ayırt eden bir kıstastır. Hatta, tüm bu suç tipleri bakımından yargısal içtihatlarda, saldırının belirli bir yoğunluğa varmaması durumunda suç tipi oluşmamakta ve bunun yerine md. 617'deki kabahat niteliğindeki hafif yaralama, kötü muamele gibi diğer çeşitli suç tipleri söz konusu olmaktadır[1483]. Gerçekten, md. 174 açısından, saldırının ağır olması aranmamakla beraber, suç tipi kapsamına girebilmek için asgarî bir düzeye

almaktadır.
[1482] Egmez/Kıbrıs, 21.12.2000, § 77, bkz. ayrıca **CLAYTON/ TOMLINSON,** s. 389.
[1483] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 14.

varması yine de aranmaktadır; bu düzey de, eza verici ya da küçük düşürücü eylemlerin mağdurun onurunu zedeleyebilmesidir[1484].

İspanyol Yüksek Mahkemesi de, eski İsp. CK'sı bakımından küçük düşürücü muameleyi tanımlarken, davranışın ilgilide başkaları ya da kendi nezdinde, *asgarî bir ağırlık düzeyine varan* bir rezil olma ya da küçük düşürülme durumuna yol açması gerektiğini belirtmiştir[1485].

Yine, işkenceyi bir suç tipi olarak düzenleyen devletlerden herhangi bir tanım yapmayan bir kaçı dışında[1486] büyük çoğunluğu 'ağır' acı veya ezadan bahsetmiştir. Örneğin İtalyan CK'sına işkence suçu tanımının dahil edilmesini öngören 4990 s. Kanun teklifi, Birleşik Krallık CK. md. 134/2 '*vatandaşlığı ne olursa olsun, Birleşik Krallık ya da diğer bir yerde, bir memurun ya da resmi sıfatla hareket eden diğer bir kimsenin kışkırtması sonucunda ya da rıza veya göz yummasıyla diğer bir kimseye kasten ağır acı veya eza verir…',* Erm. CK md. 119 '*bir kimseye kasten kuvvetli eza ya da bedensel veyahut zihinsel acı vermek*', Rom. CK. md. 343 '*..... bir kimsede eza ya da ister fiziksel ister zihinsel yönden yoğun acıya kasten yol açan bir eylemi işleyen şahıs*', Ukr. CK.md. 127 '*mağduru ya da diğer bir kimseyi iradesine aykırı davranmaya teşvik etmek üzere, o kimseye kasten ağır fiziksel eza ya da fiziksel veyahut zihinsel acı verilmesi*', Kol. CK md. 178 '*.....bir kimseye, fiziksel ya da psişik, ağır acı ya da eza ika ederse*', Peru CK md. 321 '*.....bir diğer kimseye, ister fiziksel ister zihinsel olsun ağır acı ya da eza veren veyahut kişiliğini yok eden ya da fiziksel ya da zihinsel yeteneğini azaltan koşul ya da yöntemlere tabi*' tutmak, ABD *18 U.S.C.* § 2340' '*.....bir diğer kimseyi, yasal yaptırımlarda mündemiç acı veya eza dışında kasten ağır fiziksel ya da zihinsel acı veya ezaya maruz bırakmayı özellikle kast ettiği eylem*'; Avustralya'nın 1988 tarihli İşkence Kanunu[1487] '*işkence eylemi, ister fiziksel ister zihinsel, ağır acı ya da ezanın bir kimseye kasten ika edildiği herhangi bir eylemi ifade eder*', Kanada Ceza Kanunu

[1484] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 15.
[1485] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 14.
[1486] Örneğin Fransa CK md. 222-1 '*bir kimsenin işkence ya da gaddarlık eylemlerine ('barbarie') tabi tutulması*', Arj. CK md. 144-*ter 'yasal ya da yasa dışı olarak özgürlüklerinden mahrum edilmiş kimselere, herhangi bir türden işkence ('cualquier clase de tortura') uygulamak*'.

§ 269.1 '*işkence, fiziksel ya da zihinsel, ağır acı veya ezanın bir kimseye kasten ika edildiği herhangi icrai ya da ihmali eylemdir'*. UCD'yi kuran 1998 tarihli Roma Statüsü ve EYUCM içtihatları da[1488] bu yöndedir.

Bizim YTCK'mızda, sadece 'acı veya eza' yerine sadece 'acı'dan bahsedilmiş, bunun yanında, 'algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesi' ya da 'aşağılanmasına yol açacak davranışların gerçekleştirilmesi'ne yer verilmiştir. Fakat buna rağmen, tıpkı esas alındığı anlaşılan İsp. CK'sı uygulamasında olduğu gibi[1489], eylemin asgarî bir ağırlık düzeyine varması aranmalıdır.

Burada bir hususu önemle vurgulayalım. Eylemin 'ağır acı ya da ezaya' yol açmasından kasıt, eylemin işkence olarak nitelendirilebilmesini haklı kılan asgarî bir ağırlık/ciddiyet/vahamet düzeyine varmasıdır. Yoksa, elbette ki 'maddî acı' duyulmuş olması ve bunun 'çok fazla' olması gerektiğini iddia etmiyoruz. Bu açıdan söz konusu kıstas, eylemin objektif yapısının haksızlık içeriğiyle, sosyal kötülüğüyle ilgilidir. Elbette, fiziksel ve hatta zihinsel acıya yol açmayan bazı davranışlar da suçun maddî unsurunu oluşturabilir. Fakat bu durumda bile, eylemin ağırlığı belirleyicidir. Bu noktada, işkenceyi 'insan onuruna aykırılık'la sınırlama yerine, eylemin objektif niteliği ile değerlendirmeyi uygun gördüğümüzü de tekrarlayalım.

Bir görüşe göre[1490], her türlü maddî acının zaten 'ağır' olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü, az ya da çok maddî acı doğurabilecek her türlü hareketi müessir fiil olarak cezalandıran ceza hukuku sistemimizin, işkence bakımından farklı (ve daha ağır) bir ölçüt getirdiği düşünülemez. Bu peşin görüşe katılmaya imkan göremiyoruz. Zira, iki farklı suç tipini aynı ölçüte tabi tutmak her zaman mümkün değildir. Nitekim, Strazburg organlarının yerleşmiş içtihadında, AİHS'nin üçüncü maddesine aykırı bir ceza ya da muameleden bahsedebilmek için bunun asgarî bir ağırlık düzeyine varması gerektiği istikrarlı olarak vurgulanmaktadır. Gerçi insan

---

[1487] Crimes (Torture) Act 1988 No. 148 of 1988.
[1488] Bkz. **ALPKAYA,** EYUCM, s. 132; **BAŞAK,** Uluslararası Suçlar, s. 149; **ATEŞ EKŞİ,** s. 135.
[1489] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 14. Bkz. ör. bu yönde STS 18.1.1999 (işkencenin basit hali için dahi ağır acı ya da ezanın (*dolores o sufrimientos graves*) varlığı aranmıştır.
[1490] Bkz. **ÖZGEN,** s. 218-219.

hakları bakımından işkence yasağı ile ulusal ceza hukuklarındaki işkence suç tipi aynı şey değildir. Fakat sosyo-tarihî bir olgunun yansıması olarak ortaya çıkan işkence suç tipi de neticede belirli bir amaca hizmet etmektedir. Bu da, en ağır türden bazı ihlâlleri somut olarak nitelendirmek ve özel olarak cezalandırmaktır. Bu nedenle, fiziksel etki doğuran bir müdahalenin de işkence olarak nitelendirilmeyi haklı kılan bir boyuta varıp varmadığı ayrıca araştırılmalıdır.

Eski TCK açısından, tıpkı AİHS md. 3'te olduğu gibi, en hafif ihlâl kategorisini teşkil eden 'haysiyet kırıcı muamele'den dahi bahsedebilmek için, fiilin belirli bir ağırlığa ulaşmış olması aranmalıydı. Aksi taktirde, örneğin, cürmünü söyletmek amacıyla sanığa küfreden polis memurunu bile, hareketi küçük düşürücü olduğundan ötürü ETCK md. 243'le cezalandırmak gerekecekti ki, böyle bir anlayışın kabulü mümkün değildir[1491]. Bu bakımdan, ETCK açısından '*eza verici olmamakla birlikte, maddi ya da manevi acı veren*', '*bedene yönelik az ya da çok acı veren her türlü hareket*'in 243. madde kapsamına gireceği yolundaki görüşe[1492] katılmıyoruz[1493].

YTCK bakımından da, işkence kavramına tanınan fonksiyon çerçevesinde eylemin belirli bir boyuta ulaşmış olması aranmalıdır. Fakat burada önemli olan, söz konusu hareketin objektif niteliğidir. Diğer bir deyişle, değerlendirilecek olan,

---

[1491] Bkz. **SAVAŞ/ MOLLAMAHMUTOĞLU,** 2. Cilt, s. 2505; aksi görüşte **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 114. '*İşkence, adî mahiyette müessir fiilden, mağdura yaptığı tesir ve verdiği eziyet itibariyla farklı ve daha vahim olup, sopa ve elle dövmekten ibaret bulunan sanıkların hareketlerinde bu mahiyet ve 243. maddedeki suç unsuru mevcut değildir*', Y. 1. CD. , 12.6.1956, 1893/1410; '*bir müessir fiil veya eza verici hareketin TCK.nun 243. maddesinde açıklanan işkence niteliğinde kabul edilebilmesi için, belli bir sonucu sağlamak amacına yönelik olmak üzere yoğun bir biçimde bezdirici, usandırıcı, dayanılmaz ve çekilmez olması…*', Y. 8. CD. 30.1.1990, 10896/893; '*her çeşit müessir fiilin işkence sayılmasına cevaz yoktur. Zira işkence; mağdura yaptığı tesir, verdiği azap ve eziyet itibariyle adiyen müessir fiilden tamamen farklı ve daha vahim bir mahiyet taşımaktadır*' (aktaran **SAVAŞ/ MOLLAMAHMUTOĞLU,** 2. Cilt, s. 2508-2509).

[1492] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 114. Özellikle, örnek olarak verilen '*bir kişiye ikrar ya da beyanda bulunmasının kendisi için iyi olacağının, kurtulacağının ima edilmesi*' halinin zalimane muamele kapsamında ETCK md. 243'ü ihlal edeceğine katılmak mümkün gözükmemektedir (bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 114, aynı yönde **NUHOĞLU,** s. 566). Aşağıda açıklanacağı gibi, her sorgu yasağının işkence suçunu oluşturduğunu söylemek 'asgari eşik' kriteri çerçevesinde mümkün değildir.

[1493] Nitekim Hilgendorf da, işkenceyi her türlü bedensel ve ('veya' olmalı) ruhsal acı verme olarak tanımlamanın bir anlam sapması olduğunu öne sürmektedir, bkz. **HİLGENDORF,** s. 10. Strazburg organlarının asgarî eşik konusunda oldukça yüksek standartları kabul ettiği hk. bkz. **ERYILMAZ,** Arrest…, s. 256-257.

yapılmış hareketin işkence suçunun maddî unsurunu oluşturmaya elverişli tür ve ağırlıkta bir hareket olup olmadığının soyut olarak takdir edilmesidir. Şayet, ceza hukuku bakımından önemsiz, yani hafif düzeyde kalan muameleler söz konusu ise, bu tür davranışlar zaten ilgili kamu görevlisinin disipliner sorumluluğunu gerektirecektir. Örneğin, polisin vatandaşı itip kakması gibi. Bu durumda, ceza hukukunun '*ultima ratio*' niteliği gereği, başka türden önlemlere öncelik tanımak doğru olacaktır[1494].

Öte yandan, işkencenin varlığını tespit ederken 'ciddi/ağır acı veya ıstırap verme' kriterinin esas alınmasını, bu hissin izafi olması sebebiyle eleştiren görüşe[1495] de katılmamaktayız. Zira, acı duyma hissinin göreceli olduğu doğru olsa da, bu kıstasın amacı mağdurun ne kadar acı hissetmiş olduğunu tespit etmek değil; hareketin nesnel olarak ciddi bir acı ya da ezaya yol açabilecek yapısıdır.

Ayrıca, buradaki acının, manevî eza olabileceğini de belirtmek isteriz. Belki insanın irade özerkliğini yok eden davranışlar açısından bu kıstas eleştirilebilir; çünkü bu durumlarda kişinin herhangi türden bir eza duymaması mümkündür. Fakat burada dahi, insan onuruna saldırı teşkil eden hareketin ağırlığına dikkat edilecektir.

Nitekim, işkenceyi bağımsız ve genel bir suç tipi haline getiren Yeni Fransız CK'sı hakkındaki bakanlık genelgesinde de '*Bu hükümlerle, bundan böyle kişinin bütünlüğüne karşı saldırıları nitelendirmek için, sadece mağdurun maruz kaldığı zararın önemi değil ve fakat aynı zamanda, sonuçlarından bağımsız olarak bu*

[1494] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 24.

[1495] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 109. Yazar, '*Ayrıca bu kriterin kabulü kurnazca uygulanabilecek işkence metotlarını onaylamak anlamına gelmektedir. İHAS m. 3'te işkencenin yanı sıra gayriinsani ve haysiyet kırıcı muameleler de düzenlenmiştir. Bu nedenle, maddeyi işkenceyle sınırlayarak yorumlamak doğru değildir. Sözleşmede yer alan, gayriinsani ve haysiyet kırıcı muamele kavramları, işkence kavramının uygulama alanını daraltmak için değil, daha az tesirli ve benzeri hareketleri bu kapsama almak için kabul edilmiştir*' şeklinde devam etmektedir. Bu görüşe de katılamıyoruz. Şöyle ki, başta söz konusu eleştirinin yöneltikdiği İrlanda/Birleşik Krallık davası olmak üzere diğer içtihatlarda söz konusu sorgu yöntemlerinin AİHS 3. maddeyi ihlal etmeyeceği söylenmemiştir. Madde kapsamına sadece işkencenin gireceği de savunulmamıştır. Söylenilen, bu davranışların 'işkence' düzeyine varmadığıdır. Maddedeki 'gayriinsani' ve 'haysiyet kırıcı' muamale veya ceza kavramlarının amacı ise, işkence düzeyine varmayan nitelikli hareketleri de 'işkence' olarak nitelendirmek değil, sadece bunların da farklı bir nitelendirme ile üçüncü madde kapsamına girmesini sağlamaktır. Bu nedenle de, 'ağırlık kriterine' dayalı bir yorum, madde kapsamını daraltmış olmamaktadır.

saldırıların ağırlığı göz önüne alınmış olmaktadır' denmiştir[1496]. Kanaatimizce burada vurgulanan husus, işkence nitelikli hareketlerin yaralanmaya yol açıp açmaması ya da bunun derecesinden bağımsız olarak, belirli hareketlerin bünyelerinde barındırdıkları objektif kötülük sebebiyle cezalandırılması gereğidir. Bununla birlikte, objektif değerlendirme yapılırken mağdurun yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu gibi verilerin de dikkate alınacağı açıktır[1497].

Ağır acı veya ıstırap kıstasına karşı çıkan görüşe göre, işkencede esas alınması gereken nokta (ceza hukuku açısından 'korunması gereken hukukî yarar') doğrudan kişi onuru ile bütünlüğü, bunun zedelenemezliğidir[1498]. Bu görüşe göre, işkencenin kabul edilemezliğinin başlıca sebebi, bu vasıtayla sorgulanan mağdurun iradesinin kırılmak istenmesidir. Kişi iradesine insanlık haysiyetinden dolayı saygı gösteriliyor ve sanıklara susma hakkı tanınıyorsa, bu irade devlet gücünün kullanımıyla sınırlandırılmamalıdır[1499].

Ne var ki, bilgi temini karşılığında para verme vaadinde bulunmak gibi iradeyi kırıcı bir davranış ile sanığı sivri kazığa oturtmak aynı düzlemde değerlendirilemez, bu iki davranış bakımından suçla korunan hukuki yarar ve fiilin haksızlık içeriği eşit görülemez. Tarihsel gelişimi bağlamında da, işkence yasağı salt iradeyi etkileyici yöntemlerin bu kavram altında toplanmısını engeller. Kaldı ki, bu ölçüt de sübjektif niteliği itibariyle eleştirilen acı verme kıstasından hiçbir şekilde daha somut değildir.

Öte yandan, işkence suçu ile bireysel yararların korunduğunu savunan görüşe göre bile işkenceden bahsedebilmek için bunun belirli bir dereceye ulaşmış olması gerektiği kabul edilmektedir[1500].

Bütün bunlar bir yana, YTCK açısından suçun mağduru herkes

[1496] 1997 TCK Tasarısı, Madde Gerekçesi, s. 63 (md. 139).
[1497] Objektif değerlendirme kriteri yanında söz konusu kıstasların da dikkate alınacağına dair EYUCM içtihatları için bkz. **BAŞAK,** Uluslararası Suçlar, s. 147.
[1498] Bkz. **GEMALMAZ,** İşkence Yasağı, s. 308; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 112.
[1499] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 112.

olabileceğinden, sanık-devlet ekseninde 'susma hakkı' ve 'irade özerkliğine' dayandırılan bu teori de güçsüz kalmaktadır. Artık işkence suç tipini salt adlî işlevle ilişkilendirmek; devlet-sanık ilişkisi düzleminden değerlendirerek susma hakkı gibi argümanları temel dayanak yapmak mümkün değildir.

Kaldı ki YTCK'da, fail de herhangi bir kamu görevlisi olabildiğinden ve kanun metninde 'görevi kötüye kullanma' kıstası aranmadığından, eylemin devlet gücüne dayanarak gerçekleştirilmiş olması da aranamayacaktır. Bu bakımdan, artık mağduru mahsus bir suç olmadığına göre, belirleyici kriter irade ise, mesaiye kalmak istemeyen fakülte görevlisine olumsuz sicil vereceği imasında bulunarak onun haksız yere bir saat fazladan çalışmasına yol açan amir işkence suçunu mu işlemiş olacaktır! YTCK açısından, bu davranış kanunî unsurun gereğini yerine getirdiği, suçun manevî unsuru genel kast olduğu, eylemin tipik olması sebebiyle hukuka aykırı olduğu ve maddî unsurlardan fail ve mağdur açısından da sorun olmadığına göre, buna hayır demenin yolu – ki doğrusu budur- suçla korunan hukukî yarar ve maddî unsurun hareket kısmından hareketle, işkence suçunun tarihsel ve karşılaştırmalı hukuktaki ruhu ile yapısına uygun bir yorum yapmaktır. Ne var ki, YTCK bakımından aynı örnekte, görevli olan şahıs aç halde, evde çocukları yalnız beklerken saatlerce mesaiye tutulsa, artık işkence suçu oluşmuştur demek gerekecektir ki, bu da maalesef bu suç tipinin yapısına uygun düşmeyen bir yargıdır.

Demek ki, aslolan, hareketin objektif yapısıdır. Bu nedenle, objektif olarak belirli bir ağırlığa ulaşmış hareketlerin mağdurun dayanıklılığı gibi sebeplerle ağır bir neticeye yol açmamış olması, mesela '*yedi günden az*' veya '*sadece birkaç gün*' iş ve güçten yoksun kalmaya yol açması[1501]; hatta, 'rafine' yöntemler kullanılmak suretiyle hiç bir fiziksel etki bırakmaması suçun oluşmadığı anlamına gelemez[1502]. Aksinin kabulü, yargı organlarımızın taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelere aykırı bir

[1500] Bkz. **NUHOĞLU,** s. 555.
[1501] Şu kararın isabetsizliği ortadadır: '*Sopa ile glüteale (kalça kabalarına) vurmak 7 gün işe mani olacak bir darp olup işkence niteliğinde görülemeyeceğinden…*', Y.8.CD., 25.2.1987, 5613/1416, bkz. **SAVAŞ/ MOLLAMAHMUTOĞLU,** 2. Cilt, s. 2530.
[1502] Bkz. benzer yönde bkz. **DEMİRBAŞ,** Hukuk Kurultayı 2004, s. 351.

tutumu benimsemeleri anlamına gelecektir[1503].

Bu sebeple, Yargıtayımızın karakoldaki bazı darp olaylarında fiili işkence olarak nitelendirmemesinde[1504] esas eleştirilmesi gereken nokta, izlenen mantıktır. Zira, aslında her darbın işkence teşkil etmeyeceği doğrudur. Ama fiili değerlendirirken, yol açtığı neticeye göre *a posteriori* bir değerlendirme yapmak yanlıştır. Doğrusu, fiilin yapıldığı ana göre ve objektif niteliğini dikkate alarak sonuca varmaktır[1505]. Yoksa, yeni gelişen teknolojiler sayesinde iyileşme sürecini kısaltıcı, hatta iz dahi bırakmayan işkence yöntemleri uygulamak mümkündür. Nitekim, Yargıtayın neticeyi esas alan kıstasına göre vardığı sonucun çoğu zaman doktrince eleştirilmesinin sebebi, hareketin objektif niteliğini tümüyle göz ardı

[1503] Belirtmek gerekir ki, eski TCK md. 243 bakımından yargılama konusu fiilin hangi tanıma girdiği kabul edilirse edilsin, sonuçta yine de TCK md. 243'ten hüküm kurulması, fakat bu durumun tayin edilecek cezanın süresinde dikkate alınması gerekirdi. Örneğin, '*İnceleme konumuzu teşkil eden olayda da, sanığın müdahili cürmünü 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. – Bu nedenlerle, sanığın TCK.nun 243/1. maddesi uyarınca cezalandırılması…*', YCGK 5.10.1987, 8-186/423, bkz. **PARLAR/DEMİREL,** s. 8831-833. Hatta, Yargıtay'ın genelde bu seçimlik hareketleri bir bütün olarak ele almakta olduğu belirtilmekteydi, bkz. **ÜZÜLMEZ,** HA 5, s. 234; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 97, 113. Fakat Üzülmez'in haklı olarak belirttiği gibi, işkence ile diğer türden muameleleri bir bütün olarak değerlendiren kararlara katılmak mümkün değildir, bunlar arasında ağırlık ve yoğunluk farkı vardır (**ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 98, kıyaslayınız **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 37-38). Fakat bir kez daha vurgulayalım ki, niteliği itibariyle ETCK md. 243'ün maddî unsurunu oluşturacak türden hareketlerin mağdurda yol açtığı neticelerin hafifliği suçun oluşumuna engel değildir. TCK md. 456'nın ikinci ve üçüncü fıkrası boyutuna varan neticeler, TCK md. 243/2'deki ağırlatıcı sebebin uygulanmasına yol açar; fakat bunun dışında, hafif yaralanmalar da işkence suçunun oluşumu için yeterlidir; önemli olan hareketin niteliğidir. Ör. '*Sanıkların … 'darp, aç susuz bırakma, hayalarını sıkma, hakaret ve küfür etme, soyma ayakta tutmak' biçiminde zalimane, haysiyet kırıcı ve gayri insani muamelelerde bulunduklarının sabit olduğu ve mahkemece de suç bu şekilde nitelendirildiği halde, iş ve güçten kalma süresinin azlığı gerekçe gösterilerek dairemizin sürdürülen uygulaması ile de çelişir biçimde TCK.nun 243/1. madde ve fıkrası yerine, aynı yasanın 245. maddesine aykırılıktan hüküm kurulması., bozmayı gerektirmiş…*', Y.8.CD., 30.9.1998, 10513/12029, bkz. **MALKOÇ,** 2. Cilt, s. 2013.

[1504] Bu konuda açıklayıcı diğer bir içtihat şöyledir: '*TCK. 243. maddesi cürüm söyletmek için yapılan her darbı bu madde kapsamında görmeyip, darbın işkence niteliğinde olduğu takdirde bu maddeye değilse ve diğer şartları varsa TCK.nun 245. maddesine gireceğini öngörmüştür. Zira kanun koyucu darbı TCK.nun 245. maddesinde zikrettiği halde 243. maddeye bu kelimeyi almayıp ayrıca işkence edilmekten bahsetmektedir. Kanunumuz esasen bu gibi maddelerde işkence deyimini darptan ayrı kullanmış ve değerlendirmiştir….. İşkencenin kanunumuzda tanımı yapılmamışsa da genel lügat manası ve Ceza kanununda kullanıldığı yer göz önüne alınırsa, işkence, işkence kastı ile yapılan sonuç almaya yönelik kısmen sürekli bezdirici azap verici eylem olarak kabul edilmesi gerekmektedir. İşkenceyi böyle anladığımız takdirde, bu olayda suçu söyletmek için mağdurun başını duvara vurmak ve Adli Tıp raporuna göre başın arka nahiyesinde kemikte hiçbir lezyon bulunmayıp etli deride şişlik (hematom) oluşması ile 7 gün işten kalacak derecedeki yaralama eyleminde işkence niteliği bulunmadığı açıktır…*', Y. 8.CD., 1987/1202, 1987/6631 (aktaran: **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 103-104).

[1505] Kıyaslayınız **CİHAN,** Suç…, s. 81.

etmesidir.

Sonuçta bu kıstasın uygulanması elbette hakimin takdirine kalmıştır. Fiilin objektif yapısını dikkate alacak olan hâkim, ayrıca mağdurun yaşı, sağlık durumu, cinsiyeti gibi sübjektif unsurları da yardımcı kıstas olarak değerlendirecektir. Şayet yargılama konusu eylemlerin, maddî unsurunu teşkil eden hareketlerin cezaî yaptırımını teşkil eden geleneksel suç tipleri (ör. yaralama, hakaret, tehdit) içerisinde değerlendirilmesi yeterli cezalandırmayı sağlıyorsa, bununla yetinilmelidir. Şayet eylemin ağırlığı, insan onuruna yönelik saldırının ayrıca ve özel olarak dikkate alınmasını gerekli kılıyorsa, o zaman YTCK md. 94'e başvurulmalıdır.

İspanyol yargısal içtihatlarında, aşağıda sayılan davranışların gerekli asgarî düzeye vardığı kabul edilmiştir[1506]:

- Mahpusun soyunup şınav çekmeye zorlanması (fail, kamusal işlevinin icrası sırasında eylemi işlemediği için md. 173 kapsamında değerlendirilmiştir - STS 457/2003);
- Yetkili mercilerin kendisini teşhis etmesine direnen mağdurun vücuduna tekme ve yumruklar atılması (md. 175 kapsamında sayılmıştır - STS 294/2003);
- Gözü bağlı ve kafası çuvala geçirilmiş şekildeyken ele elektrotlar bağlamak, sürekli vurmak, fiziksel egsersizler yapmaya zorlamak, annesine de bunları yapacaklarını söylemek (md. 174 anlamında işkence sayılmıştır - STS 481/2003);
- Mağdurun savunma hakkından yasal olmayan şekilde mahrum bırakılması (md. 174'ün basit şekli (ağır olmayan işkence) kapsamında görülmüştür - STS 1202/1995);

Burada tartışılması gereken bir diğer nokta, ETCK md. 243'te yer alan bazı seçimlik hareketlere YTCK'da yer verilmemiş olmasıdır. Gerçekten, YTCK md. 94'teki işkencenin eski kanundaki '*zalimane veya gayriinsanî veya haysiyet kırıcı*

[1506] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 15.

muamele'yi de içermeyi amaçlayan bir üst kavram olarak kullanılmak istendiği anlaşılmaktadır[1507]. Bu bakımdan, ETCK'da yer alan söz konusu ibarelere ayrıca yer verilmemiştir.

İşkence dışında kalan, 'zalimane veya gayriinsanî veya haysiyet kırıcı muamele'ler ise, 1984 BM Sözleşmesi md. 16/1'de ve AİHS md. 3'e bağlı içtihatlarda belirtildiği üzere, ağırlık olarak işkence derecesine varmayan türden hareketlerdir.

İspanyol Anayasa Mahkemesinin 120/1990 tarih ve sayılı kararına göre işkence, insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele kavramları temelde aynı esasla bağlantılı, fakat farklı etki derecesine sahip kavramlardır. Buna göre, bunlar hukukî anlamları itibariyle aynı skala üzerinde yer alan basamaklı (tedricî) kavramlar olup her biri, amaç ne olursa olsun, mağdurun iradesini kırmak ve baskıya almak kastıyla ve eza verici şekilde işlenip yasadışı şekilde fiziksel ya da psişik acıya yol açmayı ifade eder[1508].

Durum böyle olunca, YTCK'daki tanımın insanlık dışı ve küçük düşürücü muameleleri de kapsadığı yönündeki anlayışın[1509] geçerliliği bizce tartışmalıdır.

Bu anlayış lehine denilebilir ki, YTCK md. 94'te '*mağdurun aşağılanmasına yol açacak*' davranışlar da maddî unsuru oluşturmaya elverişli seçimlik hareketler arasında sayılmıştır. Bu da, maddî unsurun yorumlanması bakımından ETCK paralelinde bir anlayışın sürdürülmesine dayanak sağlayabilecektir. Şöyle ki, AİHM içtihatları (ve kaynak İsp. CK'sına dair yargısal içtihatlar) ışığında işkence, insanlık dışı muamele ile küçük düşürücü (ya da aşağılayıcı) muamele arasında ağırlık, yoğunluk farkı vardır; bunlardan en ağırı işkence, en hafifi küçük düşürücü (aşağılayıcı) muameledir. O hâlde YTCK'daki işkence suçu kapsamında 'mağdurun aşağılanmasına yol açacak' davranışlar da

[1507] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** HA 5, s. 233.
[1508] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 2.
[1509] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** HA 5, s. 230.

sayılmış olduğuna göre, işkence ile aşağılayıcı muamele arasında kalan 'zalimane muamele' kategorisinin de madde kapsamında olduğu söylenmelidir. Böyle bir yorum izlenirse, ETCK'daki 'zalimane, gayriinsanî, haysiyet kırıcı muamele' şeklinde sayılan seçimlik hareketlerin YTCK'da da varlığını zımnen sürdürdüğü söylenebilir.

Fakat bir yandan da, Türkiye'nin tarafı olduğu ve Any. md. 90/son gereği, ulusal mevzuatımıza nazaran öncelikle dikkate alınması gereken 1984 tarihli BM Sözleşmesi md. 1 ve 16'ya göre, işkence ile 'diğer zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da ceza' teşkil eden davranışlar farklıdır. Söz konusu md. 16'ya göre, 'işkence derecesine varmayan' eylemler, 'zalimane veya insanlık dışı ya da haysiyet kırıcı' sayılabilir. AİHM içtihatlarında da bu farklı eylemler arasındaki nicelik farkı vurgulanarak bunlar ayırt edilmiştir.

Burada, AİHM'nin haklı olarak kurguladığı 'her işkence aynı zamanda insanlık dışı ve küçük düşürücüdür' mantığı da tereddütsüz uygulanamaz, çünkü AİHS md. 3'ün aksine, YTCK md. 94 metninde 'insanlık dışı' ya da 'zalimane' muamele kavramlarına yer verilmemiştir.

O halde, burada ortaya çıkan şudur: şayet Mahkemelerimiz, bu Sözleşmeler uyarınca 'zalimane veya insanlık dışı ya da haysiyet kırıcı' olarak nitelendirilmesi gereken ağırlıkta eylemleri YTCK md. 94'teki tanımın bunları da kapsadığı şeklinde değerlendirecek olursa, uluslararası yükümlülüklerimize bir aykırılık doğmaz. Sadece, gerekenin de fazlasını yapmış oluruz.

Buna karşılık, YTCK md. 94'ün başlığının sadece 'işkence' olduğu ve kanunî tanımda belirtilen '*insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak*' bazı davranışların kötü muamele seviyesinde kalıp bu ağırlık düzeyine varmadığından bahisle, aslında işkence olarak nitelendirilebilecek belirli davranışlar bu madde kapsamında değerlendirilmezse, sorun doğar. Gerekçede

işkence bakımından 'süreklilik' unsuruna işaret edilmiş olması da böyle bir yorumu destekleyebilecektir.

Aslında bu durumda dahi, ilgili diğer hükümlere göre (başta kasten yaralama) işlem yapılacağından failler cezasız kalmış olmaz; uluslararası yükümlülüklerimizin ifası bakımından bu yeterlidir[1510]. Ancak, AB'ye üye olmaya çalıştığımız bir dönemde, yargı organlarımızın böyle bir yaklaşım içine girmesi Türkiye'yi uluslararası politik alanda zor durumda bırakabilir

765 sayılı ETCK döneminde, işkence sayılabilecek bir çok eylemin 'hafif kalması' sebebiyle 243. madde yerine, tartışmalı bir biçimde 245. madde kapsamında değerlendirilmiş olması[1511] bu riskin somut olduğunu kanıtlamaktadır.

Netice olarak, bizim kanunumuzda acı (ya da ezanın) veyahut saldırının 'ağır' olmasına ya da açıkça yer verilmemesinin sonucu iki yönlü olabilecektir.

İlk ihtimal, yargı organlarımızın uluslararası belgeler ve mukayeseli hukuktaki baskın anlayıştan ayrılarak daha düşük bir asgarî eşik kriteri geliştirmeleridir. Bu ihtimalde, eski TCK md. 245 kapsamına sokulan fiiller bundan böyle işkence olarak nitelendirilecektir.

Buna rağmen, ikinci bir ihtimal ise, suç tipi 'işkence' olduğuna ve bunu diğer zalimane, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamelelerden ayıran nicelik farkı uluslararası ve mukayeseli hukuk tarafından ortaya konulduğuna göre; YTCK'da, eski TCK'nın aksine 'insanlık dışı ya da küçük düşürücü' davranış kategorisine yer verilmemesi karşısında, aşırı durumlar dışında YTCK md. 94'e değil, yerine göre diğer suç tiplerinin uygulanmasına gidilebilecektir. Böylece, ETCK

[1510] Aynı yönde **TURHAN, Faruk,** Yeni TCK'ya göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması, HPD, Sayı 3, Nisan 2005, s. 11 ('**TURHAN**, Uluslararası Suçlar').
[1511] Örneğin, '*sopa ile gluteal (kalça kabalarına) vurmak 7 gün işe mani olacak bir darp olup işkence niteliğinde görülemeyeceğinden TCK.nun 245. maddesi yerine 243. maddesi ile ceza verilmesi bozmayı gerektirmiş…*' 8. CD. 25.2.1987, **PARLAR/DEMİREL,** s. 831.

döneminde ağır cezalardan kaçınmak için, hem de kanuna aykırı olarak md. 243 yerine md. 245'e yönelen uygulamaya bir dayanak sağlanmış olmaktadır.

Neticede, YTCK'nın kabul ettiği tanımın yatabileceği olası sıkıntıları giderebilmek açısından, uluslararası ve karşılaştırmalı hukuktaki 'ağırlık' kriterine sadık kalınmalıdır. Zaten YTCK'daki yeni işkence tanımını 'isabetli' bulanlar dahi, md. 94'ün geniş anlamda işkencenin de sınırlarını aşar şekilde düzenlendiğini kabul etmektedirler[1512]. Ulusal ceza hukuklarında bir suç tipi olarak düzenlenen eylem, genellikle teknik, yani dar anlamdaki işkence olduğuna göre, geniş (yani günlük) anlamdaki işkence kavramını bile aşan bir tanımın neresi isabetlidir! Bu nedenle, YTCK'daki tanım ve kıstaslardan hareketle işkence sorununun daha kolay halledilebileceği yönündeki görüşe katılmıyoruz[1513].

Bu açıdan, eski TCK md. 243 bakımından işkence, zalimane veya gayriinsani ya da haysiyet kırıcı muamele gibi kavramlar bakımından '*içerikleri belirsiz olan bu kavramlara suç tanımında yer verilmesinin suç siyaseti açısından doğru olmadığı*' kanaatini öne sürenlerin[1514] YTCK'daki tanımları benimsemesi şaşırtıcıdır. Şayet AİHM'nin yüzlerce içtihadı ile bu ayrım ortaya konulamıyorsa, hukukumuzda (ve genellikle karşılaştırmalı ve uluslararası hukukta) emsali olmayan, '*algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesi*' gibi kavramları getirmenin isabetli bir çözüm tarzı olduğunu söylemek gerçekçi değildir. Kaldı ki, AİHM zaten tüm olaylar bakımından uygulanabilir genel bir 'sihirli formül'ü hiçbir zaman vermeyip ana esasları ortaya

[1512] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** HA 5, s. 230.

[1513] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** HA 5, s. 235. Keza yazarın diğer bir eserinde, ETCK bakımından '*kişiye suçunu ikrar ettirme amacıyla veya maddede öngörülen diğer saiklerle yapılan her türlü bedensel kötü muameleyi işkence suçu kapsamında değerlendirmek gerekmektedir*' şeklinde belirttiği görüşüne de (bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 104) katılamıyoruz. Özellikle AİHS md. 3'e ilişkin içtihatlarla da ortaya koyduğumuz üzere, asgari bir ağırlık düzeyine varmadığı için geniş anlamdaki işkenceyi tanımlayan bu madde kapsamına bile giremeyecek eylemlerin, daha dar kapsamlı olması gereken ulusal ceza hukuklarındaki teknik anlamdaki işkence suç tipine uygun düştüğünü söylemek, yerinde olmayacaktır.

[1514] Bkz. **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** İşkence Suçu, s. 191, **ÜZÜLMEZ,** HA 5, s. 234, kıyaslayınız **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 96; bu standartların belirsiz ve netlikten uzak olmadığı, Türk hukuk düzeninin bir parçasını teşkil eden AİHM içtihatlarıyla somutlaştırıldığı hk. eleştiri için bkz. **GEMALMAZ, Mehmet Semih,** Yargıtay'ın İşkence Suçuna Bakış Açısı, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, Cilt: XIX, Sayı: 181, Temmuz 1995, s. 12 ('**GEMALMAZ**, Yargıtay'ın…).

koyar ve her somut olayda tüm şartları dikkate almak suretiyle bunların uygulanmasını yargıcın takdirine bırakır.

İşkence tanımının 'acı verme' kriterine dayanmaması '*ayrımı ortaya koyacak somut kriterlerin geliştirilememesi*' nedeniyle yerinde görülüyorsa[1515] (ki zaten doğrusu 'eylemin ağırlığı' olmalıdır), artık temeli oluşturan 'kişi haysiyeti, irade yeteneği' gibi kavramlar daha mı belirlidir?

O hâlde, ister mağdurun bedensel ya da ruhsal yönden acı çekmesine, ister algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, isterse aşağılanmasına yol açan bir davranış söz konusu olsun, bunun işkence suç tipi içerisinde değerlendirilebilmesi için belirli bir vahamet taşıması; diğer bir deyişle, fiilin sahip olduğu haksızlık içeriğinin işkence suç tipi içerisinde değerlendirilmeyi haklı kılıyor olması gerekir. Bu değerlendirme, algılama ya da irade yeteneğinin etkilenmesine yol açan davranışlar bakımından da geçerlidir. Burada da, şahsın manevî bütünlüğüne, yani ruhsal dokunulmazlığına, iç dünyasına (kısaca haysiyetine) yapılan müdahale belirli bir ağırlık boyutuna ulaşmış olmalıdır.

G. İşkencenin Sistematik Olma ya da Süreklilik Unsuru

5237 sayılı TCK md. 94'ün madde gerekçesine göre '*İşkence teşkil eden fiiller, aslında kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyan fiillerdir. Ancak, bu fiiller, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler. Bir süreç içinde süreklilik arzeder bir tarzda işlenen işkencenin en önemli özelliği, kişinin psikolojisi, ruh sağlığı, algılama ve irade yeteneği üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır*'.

[1515] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** HA 5, s. 246. Ayrıca, bir hafta işten kalacak şekilde darba maruz kalma olayının, bir Yargıtay kararında işkence değil de md. 245 çerçevesinde değerlendirilmesi, kriter eksikliğinden değil, bunu uygulamaktaki hatadan kaynaklanmıştır.

Gerekçeye bakılırsa, demek ki ani fiiller işkence teşkil edemez. Ancak sistematik bir şekilde *ve* belirli bir süreç içerisinde işlenip süreklilik arz eden fiiller, işkence oluşturabilecektir[1516].

Bu anlayış, İtalyan CK'sına işkence suçunu dahil etmek isterken yürütülen yasama faaliyetleri sırasında, 22.4.2004 tarihinde yapılan oturumda aşırı sağcı *Lega Nord*'un önerisini anımsatmaktadır. Yukarıda izah edildiği üzere[1517], bu öneriye göre işkenceden bahsedebilmek için ağır şiddet ya da tehditlerin birden çok tekrarlanması ('*reiterate violenze o reiterate minacce*') gerekmelidir[1518]. İtalya'daki kamuoyu ve uluslararası örgüt temsilcileri tarafından büyük tepki toplayan[1519] bu öneri, **'işkencenin işkence olması için kaç kez işkence görmek gereklidir!**' itirazlarını doğurmuştur. YTCK md. 94 gerekçesi, iradî olmasa da, bu mantığı anımsatmaktadır.

Soyaslan'a göre sistematik olma unsuru, '*işkencenin önceden tasarlanması ve örgütlü olarak icra edilmesi, az çok bir plan dahilinde yapılan hazırlık doğrultusunda emir komuta zinciri içinde işbölümü yapılarak icra edilmesidir*'[1520]. Bu tanımdaki '*örgütlü olarak*' ve '*emir komuta zinciri içinde*' kıstaslarına katılamıyoruz. Eğer işkence böyle anlaşılırsa, ancak devlet adına hareket eden organize grupların idarî pratik şeklindeki resmî ve kurumsallaşmış uygulamaları madde kapsamında olacaktır.

[1516] İşkencenin sistematik olma unsurunu vurgulayan tanımlar için bkz. **YURTCAN,** Ceza Yargılaması, s. 157; **ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK,** Ceza Muhakemesi, no. 589; **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 284; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 350-351; **CENTEL/ZAFER,** s. 118**, ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 103. Cihan da benzer şekilde, daha uzun süre, kendi deyimiyle '*mükerrer ağrı ve ızdırap verme*' kriteri üzerinde durmuştur, bkz. **CİHAN,** Suç…, s. 80. Türk doktrininde benzer görüş için bkz. **ŞAHİN,** Yakalama, s. 350-351 ('*Bu yönüyle işkence uzun süre bir ağrı, ıstırap ve diğer bir deyişle mükerrirliği gerektirir*'). Fakat bu tanımların genelde 'sorgu yasakları' kapsamında yapıldığını vurgulamak isteriz. Bu açıdan, söz konusu tanımlar 'cebir', 'kötü muamele' gibi kavramlarla işkenceyi, CMUK md. 135a bağlamında ayırt etmek için geliştirilmiştir. Bu açıdan, maddî ceza hukuku çerçevesinde işkence suçunun bir unsuru olarak da yazarların aynı kıstasları benimseyip benimsemediği açık değildir.

[1517] Bkz. İkinci Bölüm, § 3, V altında aktarılanlar.

[1518] Konuya ilişkin resmi tutanaklar için bkz. http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/bollet/frsmcdin.asp?percboll=/_dati/leg14/lavori/bollet/200405/0526/html/02/&pagpro=64n1&all=off&commis=02 (son erişim 23.6.2005).

[1519] Bkz. http://www.liceopansini.it/html/approfondimentiTortura.htm (son erişim 23.6.2005).

[1520] Bkz. **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 151.

Saldırının sistematik olması, belirli bir süreç içerisinde mağdura karşı yöneltilen müteakip saldırıların, genel bir tavır çerçevesinde gerçekleştirilen davranışlar bütününün bir unsuru olması ya da önceden kararlaştırılmış, organize ve düzenli bir seyir takip etmesi olarak düşünülebilir.

Haklı olarak denilmektedir ki, bazı hareketler tekrarlanmasa bile zaten niteliği itibariyle sistematik bir uygulama özelliği taşırlar (ör. filistin askısı, falaka) [1521]. Ayrıca, aynı hareketlerin tekrarlanması da şart değildir. Birbirinden farklılık gösteren hareketler kendileri içinde sistematik bir bütünlük arz ediyorlarsa da, işkence vardır[1522].

Fakat sorun şu ki, sistematik ve/veya süreklilik arz etmeyen eylemler de pek ala işkence teşkil edebilir. Bir kimsenin göz kapağı üzerinde sigara söndürülmesi ya da siyasal ayrımcılık nedenle cinsel organının kesilmesi veyahut sinirlenen polislerin gösterici üzerine bir anda çullanarak hep beraber tekmelemeleri ya da mağdurenin ırzına geçilmesi işkence teşkil edemez mi? Yani sanığın ırzına geçen polis, bunu 'sistematik' biçimde yapmazsa ya da 'belli bir süreç içine yaymazsa' işkence olmayacak mıdır!

Sistematik olma unsurunun işkenceyi tipik olarak karakterize eden bir çağrışım, hatta olgu olduğu doğrudur. Fakat, her işkencenin sistematik olduğu, diğer bir deyişle sistematik olmayan bir hareketin işkence nitelikli olamayacağını söylemek bize doğru gelmemektedir.

Zaten işkencenin sistematik olma unsurunu vurgulayan tanımlar yapan yazarlar[1523], yasak sorgu yöntemleri çerçevesinde konuya yaklaşırken bu kıstası önermişlerdir. Yasak sorgu yöntemlerinden 'kötü muamele', 'bedensel cebir', 'şiddette bulunma' gibi kategorileri 'işkence'den ayırt edebilmek için böyle bir kıstas

[1521] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** HA, s. 236 (buna karşılık yazarın verdiği 'cinsel saldırı' örneğine katılmıyoruz).
[1522] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** HA, s. 236.
[1523] Bkz. **YURTCAN,** Ceza Yargılaması, s. 157; **ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK,** Ceza Muhakemesi, no. 589; **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 284; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 350-351; **CENTEL/ZAFER,** s. 118; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 103.

geliştirilmiştir. Zaten CMUK md. 135/a (CMK md. 148) açısından iradeyi baskı altına alan yöntemin bunlardan hangisine girdiği fazla önemli de değildir. Fakat TCK kapsamında bir suç tipi olarak işkenceden bahsedebilmek için de aynı kriterin aranacağını söyleyen yoktur. Nitekim, bu yazarlardan bazıları kısa süreli ruhî etkilerin de duruma göre işkence teşkil edebileceğini belirtmişlerdir[1524].

Öte yandan, metinde yer almayan, fakat suçun unsuru olarak lanse edilen bir hususun gerekçede yer alması da ayrı bir çelişkidir[1525]. Nitekim, madde ya da kanun genel gerekçesi metne dahil olmadığı için bağlayıcı etkiye sahip değildir. Gerekçe, metnin yorumunda başvurulacak bir çok yorum aracından sadece birisidir.

Bize göre önemli olan, eylemin amacı ve objektif yapısı dikkate alınmak suretiyle, işkence olarak nitelendirilmeyi haklı kılacak asgarî ağırlık düzeyine varıp varmadığını tespit etmektir. Yoksa sistematik olma kriteri, eylemi işkence olarak nitelendirmede yardımcı olabilecek önemli bir araç olmakla birlikte, suç tipinin *conditio sine qua non*'u değildir. Yine eylemin sürekliliği de, AİHM içtihatlarına göre dikkate alınması gereken bir çok kriterden sadece biridir; yoksa suçun vazgeçilmez bir unsuru değil.

Öte yandan, süreklilik unsurunu esas alan ve ETCK döneminde öne sürülen bir görüşe göre, ETCK md. 243'teki suçun seçimlik hareketlerinden 'işkence'nin oluşabilmesi açısından, fiziki veya manevi yönden ağır acı veya ıstırap veren hareketlerin süreklilik arz eder şekilde gerçekleştirilmesi söz konusudur, bu bakımından 243. maddedeki suç 'işkence etmek' suretiyle işlendiği takdirde mütemadi bir suçtur[1526].

Hatta *Özgenç*'e göre, ETCK md. 243 ve YTCK md. 94'teki suç tipi tüm

[1524] Bkz. **ŞAHİN,** Sanığın Sorgulanması, s. 193; **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 284; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 352. Demirbaş'ın verdiği örneğe göre, karısının tutuklandığı ya da çocuklarının dışarıda bakımsız kaldığı şeklindeki gerçeğe uygun haberler yoluyla yaratılan ruhi etki işkencedir. Oysa bu örnekte, muamele ne sistematik ne uzun süreli ne de mükerrirdir.
[1525] Bkz. benzer eleştiri için **ÜZÜLMEZ,** HA, s. 236.
[1526] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 153.

seçimlik hareketleri bakımından mütemadidir[1527]. Fakat yazarın bu görüşü, mütemadi suçu baskın doktrinden farklı olarak, neticenin devamı olarak değil de, '*suçun kanunî tarifindeki fiilin icrasına devam edilmesi*' olarak görmesinden kaynaklanmaktadır[1528].

Bu görüşleri değerlendirecek olursak, bir kez kesintisiz suçu biz baskın doktrine uygun olarak[1529] neticenin devam etmesi olarak anlamaktayız. Baskın doktrine göre kavram ele alınacak olursa, ETCK md. 243'teki 'işkence' seçimlik hareketini ve dolayısıyla bir bütün olarak YTCK md. 94'teki suç tipini kesintisiz (mütemadi) suç olarak nitelendirmek mümkün müdür?

Yukarıda belirttiğimiz gibi, biz işkencenin sistematik olması, süreklilik arz etmesini zorunlu bir unsur olarak görmemekteyiz. Bu nedenle, işkencenin zorunlu olarak kesintisiz bir suç teşkil etme özelliği yoktur. Kaldı ki, Üzülmez'in işkence tanımı ele alınsa bile, suç çoğu zaman kesintisiz (mütemadî) olmayacaktır. Gerçekten, sistematik şekilde ve kendi aralarında bir bütün teşkil edecek şekilde gerçekleştirilen hareketlerin varlığı durumunda, suçun tamamlanıp neticenin bir süre devam etmesi söz konusu olmamakta; buradaki birden çok hareket, hukukî anlamda tek sayılmaktadır. Şöyle ki, bir kimsenin çırılçıplak soyulup üzerine tazyikli su sıkılması, ardından da darp edilmesinde, suçun işleniş biçimi süreklilik ve sistematik arz etse de, burada kesintisiz bir suç yoktur. Çünkü, devam eden netice değil; fakat, kendi aralarında bütün oluşturdukları için hukukî anlamda teklik arz eden hareketlerdir. Buradaki süreklilik, olsa olsa zaman bakımındandır, yoksa neticenin devamı açısından değil. Nasıl bir kimsenin dakikalarca dövülmesi ya da yarım saatte ırzına geçilmesi kesintisiz suç değilse, işkencedeki süreklilik unsuru da çoğu zaman

[1527] Bkz. **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 210.
[1528] Bkz. **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** Ceza Hukuku, s. 134; **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 210. Yüce ve Ersoy da mütemadi suçu, hareketin (Ersoy'un deyimiyle 'davranış'ın) bir süre devam etmesi olarak ele almaktadır, bkz. **YÜCE,** s. 204; **ERSOY,** s. 88. Centel'e göre de hem hareket hem de netice devam etmektedir, bkz. **CENTEL,** Ceza Genel, s. 223.
[1529] Bkz. **DÖNMEZER/ ERMAN,** Cilt: I, no. 519 vd; **ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK,** Ceza Hukuku, no. 137; **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER**, İçel Suç Teorisi, s. 69; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Genel, s. 448; **DEMİRBAŞ**, Ceza Genel, s. 206; **ŞEN**, Ceza Hukuku, s. 203; **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 129; **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 110-111.

kesintisiz suç şeklinde tezahür etmeyecektir[1530].

Buna karşılık, bir kimsenin uzun saatler çıplak olarak soğuk ve pis hücrede tutulması ya da bütün gece işkence çığlıklarını dinlemek zorunda bırakılması gibi durumlarda, işkence suçunun kesintisiz olarak da işlenmesi mümkündür.

H. İŞKENCE SUÇUNUN DELİL YASAKLARIYLA İLİŞKİSİ

1. Genel Olarak

Bir hukuk devletinin başlıca görevlerinden biri, suçlulukla mücadele etmektir. Çünkü, ülkesinde toplum halinde yaşamanın vazgeçilmez koşulu olan güvenliği ve sosyal düzeni sağlayamamış olan devlete, hukuk devleti denemez[1531].

1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK), ifade alma işlemi sırasında sanığın özgür iradesini sakatlamaya (irade özerkliğini azaltmaya ya da ortadan kaldırmaya) yönelik yasak sorgu usulleri örnekleyici olarak sayılmıştır. Böylece, 1412 sayılı eski Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanununa 18.11.1992 tarih ve 3842 s.K. ile eklenen md. 135/a'ya yüklenen fonksiyonu bundan böyle CMK md. 148 üstlenecektir.

Her iki kanuna göre (CMUK md. 135/a- son, CMK md. 148/3), yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa dahi delil olarak değerlendirilemez. Öte yandan, 3.10.2001 tarih ve 4709 s.K'nın 15. md. ile değişik Anayasa md. 38/6'ya göre, '*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez*'.

Çalışmamızın bu bölümünde, öncelikle delil yasaklarının önemi ve işlevini aktaracağız. Daha sonra, Anayasa md. 38/6 ışığında, eski ile yeni CMK hükümleri karşısında pozitif hukukumuzdaki yasak sorgu usullerini kısaca inceleyeceğiz.

[1530] Aksi görüşte **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 151 (yazara göre, işkence suçunda gerek hareket gerekse netice bir süre devam etmektedir; bu bakımdan işkence 'devamlı' bir suçtur).
[1531] Bkz. **ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK,** Ceza Muhakemesi, no. 110.

Nihayet, yasak sorgu usulleri ile işkence suçu arasındaki ilişkiyi irdeleyeceğiz. Bu çerçevede, CMK md. 148/3'ün her ihlalinin YTCK md. 94 hükmünün de ihlaline yol açıp açmayacağını değerlendireceğiz.

II. Delil Yasakları Kavramı

a. Anlam ve İşlevi

Hukuk devleti esaslarına uygun bir ceza muhakemesinde delil elde edilmesi ve değerlendirilmesi işlemlerine getirilen sınırlamalara delil yasakları denmektedir[1532].

Gerçekten, vatandaşların sokağa çıkmaktan korktuğu, evden çıktıklarında yeniden dönebileceklerinden şüphe duydukları bir devlette hukuk vardır, diyemeyiz. Ancak suçlulukla mücadele etmek için, devletin sınırsız ve kontrolsüz bir güç kullanması da düşünülemez. Zira, hukuk devleti, suçlulukla insan haklarını ihlal etmeden mücadele eden bir anlayışa sahip olmalıdır; aksi taktirde gün gelir, vatandaş için suçlulukla mücadele, suçun kendisinden çok zarar verir hal gelir[1533]. İşte, suçla mücadelede devletin başvurabileceği yöntemlerin sınırını gösteren en önemli kurumlardan biri de, delil yasaklarıdır.

Ceza muhakemesinde ispat faaliyetini gerçekleştirmek için kullanılabilecek araçların hukuka uygun bir yoldan, yani delil yasakları ihlal edilmeksizin elde edilmiş olması gerekir[1534]. Bir tanıma göre, bu sınırlamalara uyulmadan elde edildiği için hukuka aykırı olan deliller, delillerle ilgili bir ceza yargılaması normuna veya bunun yokluğunda diğer bir hukuk normuna –ihlalinin önem ve derecesi ne olursa olsun- aykırı davranılmak ya da bu normların kapsam veya amaçları dışına çıkılmak

[1532] Bkz. **ÖZTÜRK, Bahri,** CMUK Reformu ve Delil Yasakları, SÜHFD, Cilt: 4, Sayı: 1-2, 1994, s. 39; **ÖZTÜRK,** Delil Yasakları, s. 6; **KOCA,** Hukuka Aykırı Deliller, s. 106. Yenisey'e göreyse, delil yasakları kavramı yerine 'delil elde etmenin sınırları'ndan bahsetmek doğru olacaktır, bkz. **SCHROEDER/YENİSEY/PEUKERT,** no. 193.
[1533] Bkz. **ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK,** Ceza Muhakemesi, no. 567.
[1534] Bkz. **ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK,** Ceza Muhakemesi, no. 568.

suretiyle elde edilen delillerdir[1535]. Demek ki delil yasaklarının ve bu arada yasak sorgu yöntemleri öngörmenin amacı, ceza muhakemesinde mutlak bir değer olan insan onurunu korumaktır[1536]. Bu bakımdan, CMK m. 148'deki '*Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır*' kuralı, anayasal düzeyde koruma bulan hukuk devleti, insan haysiyetinin dokunulmazlığı, kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirme hakkı, masumiyet karinesi ve hiç kimsenin kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamayacağı ilkelerinin bir yansımasıdır[1537].

Delil yasakları, ikâme (elde etme) ve değerlendirme yasakları olarak iki ana başlık altında incelenmektedir[1538]. İfade ve sorgu sırasında[1539] uyulması gereken kurallara aykırılık sonucu elde edilen delillerin durumu, 'delil metodu (elde edilmesi)' yasaklarına girer. Biz, bunun üzerinde duracağız.

Bilindiği üzere, söz konusu yasakların Kıta Avrupası Hukukundaki amacı insan haklarını korumaktır, dolayısıyla delil yasaklarının görev ve işlevi '*anayasa ve milletlerarası andlaşma ve sözleşmelerde garanti altına alınmış bulunan insan hakları ile temel hak ve hürriyetlerin korunması*'dır[1540]. Somutlaştırmak gerekirse, yasak sorgu yöntemleri ile korunmak istenen yarar, sanığın iradî karar verebilme ve davranabilme özgürlüğüdür[1541]. Sanığın bu şekilde savunma hakkı da korunarak bir hukuk devletinin ceza muhakesinde adil yargılanma ilkesinin gerçekleşebilmesi

---

[1535] Bkz. **ŞEN, Ersan,** Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, İstanbul 1998, s. 24 ('**ŞEN**, Hukuka Aykırı').

[1536] Bkz. **YURTCAN,** Ceza Yargılaması, s. 156; **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 266; **SCHROEDER/YENİSEY/PEUKERT,** no. 241; **ŞİMŞEK,** s. 172; **ERDEM,** s. 263; **KOCA,** Hukuka Aykırı Deliller, s. 108; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 347.

[1537] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 125.

[1538] Bkz. **YURTCAN,** Ceza Yargılaması, s. 251-252; **ÖZTÜRK,** Delil Yasakları, s. 7-8; **ERDEM,** s. 366; **KOCA,** Hukuka Aykırı Deliller, s. 107; kıyaslayınız **KUNTER/YENİSEY,** İkinci Kitap, no. 49.1.

[1539] CMK md. 2/1-g'ye göre ifade alma '*Şüphelinin kolluk görevlileri veya Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesini*', md. 2/1-h'ye göreyse sorgu, '*Şüpheli veya sanığın hâkim veya mahkeme tarafından soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesini*' ifade eder. CMUK döneminde kavram hk. bilgi için bkz. **ERDEM,** s. 256-259; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 262-265.

[1540] Bkz. **ÖZTÜRK,** Delil Yasakları, s. 9, 11; **KUNTER/YENİSEY,** İkinci Kitap, no. 49.1; **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK,** Ceza Muhakemesi, no. 575; **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 249-250.

[1541] Bkz. **ŞAHİN, Cumhur,** Sorgu Müessesesine İlişkin Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Değişikliklerinin Genel Bir Değerlendirmesi, Prof. Dr. Halil CİN'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995, s. 91.

sağlanmaktadır[1542]. Çünkü yasak ifade alma yöntemleri, kişiyi gerek bedensel gerek ruhsal yönden yıpratarak iradesini zayıflatan, onu söylemek istemediği şeyleri söylemeye zorlayan yöntemlerdir[1543]. Bu bakımdan, sanık konuşup konuşmamaya ve hangi açıklamaları yapacağına serbestçe karar verip bunu uygulayabilmelidir[1544].

Delil yasaklarına aykırılığın sonuçları, CMUK md. 254/2, CMK md. 217/2'de[1545] saptanmıştır. Öte yandan, 3.10.2001 t. ve 4709 s.K. ile Anayasa md. 38'de yapılan değişiklik de delil yasaklarına ilişkindir[1546]. Fakat konumuz açısından, yasak sorgu usullerine aykırılığın sonuçları zaten ilgili maddelerde (CMUK md. 135/a, CMK md. 148/3) bizzat belirtilmiş olduğundan, CMK md. 217/2'ye (CMUK md. 254/2) gitmeye ihtiyaç yoktur[1547]; bu nedenle değerlendirme yasağının detayına girmeye gerek görmüyoruz[1548].

Belirtelim ki, bu hükümlerle 1984 tarihli BM Sözleşmesi md. 15 ile üstlendiğimiz yükümlülük ('işkence yapılarak alındığı tespit olunan ifadenin, işkence yapmakla itham olunan kişi aleyhine delil olarak kullanılması dışında, herhangi bir kovuşturmada delil olarak kabul edilmemesi') yerine getirilmiş olmaktadır.

Hukuka aykırı yolla alınmış delillerin kendisi dışında, fakat bunların sayesinde elde edilen diğer delillerin de yasak kapsamına girip girmeyeceği, yani

---

[1542] Bkz. **KOCA,** Hukuka Aykırı Deliller, s. 126.
[1543] Bkz. **SOKOLLU-AKINCI, R. Füsun,** Polis – Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi – Polis Alt-Kültürü ve İnsan Hakları, İstanbul 1986, s. 162.
[1544] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 126.
[1545] 'Delilleri takdir yetkisi' başlıklı CMK md. 217 şöyledir: '*(1) Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir.*
(2) Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.'
[1546] Bilgi için bkz. **ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK,** Ceza Muhakemesi, no. 597; **SOYASLAN, Doğan,** Hukuka Aykırı Deliller, AÜEHFD, Cilt: VII, Sayı: 3-4, Erzincan 2003, s. 11 vd ('**SOYASLAN**, Hukuka Aykırı Delilller').
[1547] Bkz. **KESKİN S.,** s. 182; **İÇEL,** Sorgulamada…, s. 123;; **KOCA,** Hukuka Aykırı Deliller, s. 130; **ÖZTÜRK, Bahri,** Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Delil Yasakları, HPD, Sayı 3, Nisan 2005, s. 133 ('**ÖZTÜRK**, YCMK'); bkz. ayrıca **YURTCAN, Erdener,** Yargıtay Kararlarının Işığında Hukuka Aykırı Delile Dayanma Yasağı, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998, s. 519 vd; kıyaslayınız **SOYASLAN,** Hukuka Aykırı Deliller, s. 20 (yazara göre md. 254/2 zaten 135a'yı kapsamaktaydı, bu nedenle 135a gereksizdi).
[1548] Öte yandan, yasak sorgu yöntemi kullanılarak elde edilen bir delilin iddianamede kullanılması, iddianamenin iadesi için sebep teşkil edecektir, bkz. **ÖZTÜRK,** YCMK, s. 136.

delil yasaklarının uzak (dolaylı) etkisine gelince, Anayasa değişikliğinden önceki eski CMUK döneminde dahi delil yasaklarının uzak etkisi doktrinde kabul görmüş, yasak sorgu usulleri kullanılarak elde edilen delillerin, ister dolaylı ister doğrudan elde edilmiş olsun, hiçbir surette hiçbir muhakemede kullanılamayacağı savunulmuştur[1549]. 3.10.2001 t. ve 4709 s.K. md. 15 ile değişik Anayasa md. 38/6 ('*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*') karşısında delil yasaklarının uzak (dolaylı) etkisi artık kesin olarak kabul edilmiştir, denilebilir[1550].

Öte yandan, değişiklikten önce yasak sorgu yöntemleriyle elde edilen delillerin yine de dosyada kaldığı[1551], okunduğu ve bu nedenle yargıcı bir şekilde etkilediğinden şikayetçi olunmaktaydı[1552]. Artık An. md. 38/6 gereği yasak sorgu metodlarıyla elde edilen bulgular delil dahi sayılamayacağından, zaten en başta dava dosyasına giremeyeceklerdir[1553]. Ancak bu sefer söz konusu delili denetleme imkanı kalmayacağından, bunun en azından farklı bir zarf içinde, ancak denetime tâbi olmasına imkan sağlayacak şekilde ayrıca muhafaza edilmesi gerektiği öne sürülebilir[1554].

[1549] Bkz. **ÖZTÜRK,** Delil Yasakları, s. 33; **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 305; **KESKİN S.,** s. 182-183; **ERMAN, Sahir,** Sentez Raporu, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998, s. 78 ('**ERMAN**, Sentez Raporu'); **ERDEM,** s. 370; **ŞEN,** Hukuka Aykırı, s. 159-160; **KOCA,** Hukuka Aykırı Deliller, s. 133. İçel'e göreyse, böyle bir delili görmezden gelip değerlendirme dışı bırakmak mümkün değildi; fakat bu tür delilin kaynağını oluşturan hukuka aykırı ifade elbette dikkate alınamayacağı gibi, mahkumiyet kararı verebilmek için sırf dolaylı delille yetinilmeyip onu destekleyen yeni ve/veya başka delillere de dayanmak gerekecektir, bkz. **İÇEL,** Sorgulamada…, s. 124. Kunter/Yenisey de, hukuka aykırı yöntemle elde edilen delillerin istisnasız bir şekilde değerlendirme dışı bırakılmasını doğru bulmamaktadır, ancak bu aykırılık 'sanğın anayasal haklarından birini ihlâl etmiş' ise bu sonuç doğmalıdır. Fakat CMUK md. 135a'yı bu tespitin dışında tutmaktadırlar, bkz. **KUNTER/YENİSEY,** İkinci Kitap, no. 49.8; bkz. ayrıca **SCHROEDER/ YENİSEY/ PEUKERT,** no. 259-260.

[1550] Bkz. **ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK,** Ceza Muhakemesi, no. 597, 603.

[1551] Gerçekten de, hukuka aykırı delilin dosyadan çıkartılmasının kesinlikle mümkün olmadığı, ceza muhakemesi tekniğinin buna aykırı olduğu, dosyadan çıkartılan delilin denetiminin yapılamayacağı ve bunun keyfiliğe yol açacağı, adlî bir hata sonucunda bu kanıya varıldığının ortaya çıkabileceği, kaldı ki bu delilin dosyada kalmasının hakimi etkilememesi gerektiği savunulmuştu, bkz. **ÖZTÜRK,** Delil Yasakları, s. 45; aksi görüş için bkz. **KUNTER/YENİSEY,** İkinci Kitap, no. 49.8; **SCHROEDER/YENİSEY/PEUKERT,** no. 268-269; **ERMAN,** Sentez Raporu, s. 79; **ŞEN,** Hukuka Aykırı, s. 209-212.

[1552] Bkz. **BAYRAKTAR,** s. 189; **NUHOĞLU,** s. 584; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 203.

[1553] Bkz. **ÖZTÜRK,** YCMK, s. 135.

[1554] Bkz. **ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK,** Ceza Muhakemesi, no. 611. CMK md. 206/2-a ve 230/1-

b. Yasak sorgu usulleri

Gerek CMUK gerekse CMK'da yer verilen delil yasaklarından bir kısmı, ifade ve sorgu sırasında delil elde etme yöntemlerine ilişkin olan sınırlamalardır. Bu husus CMUK md. 135/a, CMK md. 148'de çok benzer ifadelerle düzenlenmiştir. Gerçekten, CMUK md 135/a'ya göre:

'*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'.

5271 s. CMK md. 148'e göreyse:

'(1) Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilâç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz.

(2) Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez.

(3) Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez.

(4) Müdafi hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz.

(5) Şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu işlem ancak Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilir'.

Sonuçta her iki kanun da, sanığın beyanının özgür iradesine dayanacağı kuralını koymakta, bunun yaptırımını ise aynı madde içerisinde, özgür iradeye dayanmayan beyanın hiçbir surette ceza muhakemesinde kullanılamayacağını

---

b'nin de buna elverişli olduğu savunulmaktadır, bkz. **ÖZTÜRK,** YCMK, s. 135.

belirtmek suretiyle belirlemektedir[1555]. Nitekim, yasak sorgu yöntemleri, genel olarak, '*ifade veren kişiyi, hem bedensel hem de ruhsal bakımdan etkileyip, iradesini zayıflatan ve onu söylemek istemediği şeyler söylemeye zorlayan yöntemler*'dir[1556]. Bu nedenle de söz konusu beyanların kullanılmasına izin verilemez.

İtalyan Ceza Usulü Kanununda (*Codice di Procedura Penale*) da, 'ifade almaya ilişkin genel kurallar' başlıklı 64. maddenin ikinci fıkrasında '*ifadesi alınan kişinin rızası olsa bile, irade özerkliği serbestisine tesir etmeye veyahut olayları hatırlama ve değerlendirme yeteneğini değiştirmeye matuf metod ya da teknikler uygulanamaz*'[1557] denilmek suretiyle, aynı husus vurgulanmıştır. Delil elde etme yöntemini düzenleyen md. 188'de de bu kural tekrarlanmıştır. Kanunun 191. maddesine göre de, '*kanunun koyduğu yasakların ihlali suretiyle elde edilen deliller kullanılamaz*'[1558]. StPO § 136a'da da bu husus '*sanığın iradî kararının, iradî faaliyetinin, hatırlama iktidarının veya idrak yeteneğinin zarara uğratılması*' şeklinde ifade edilmiştir[1559].

Tartışmalı olmakla birlikte, CMK md. 148'in uygulanabilmesi için yasak sorgu metodu ile alınan ifade arasında illî bağın bulunması; yani, ifadenin bu hukuksuzluk sayesinde elde edilmiş olması aranacaktır[1560]. Gerçekten, maddede belirtildiği üzere '*Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır.* ***Bunu engelleyici nitelikte*** *... gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz'.*

CMK md. 148'de yasak sorgu usulleri olarak özgür iradeyi engelleyici nitelikte '*kötü davranma, işkence, ilâç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler*' (f. 1) ve kanuna aykırı bir yarar vaat edilmesi (f. 2) sayılmıştır.

[1555] Bkz. **ÖZTÜRK,** Delil Yasakları, s. 20-21.
[1556] Bkz. **KOCA,** Hukuka Aykırı Deliller, s. 128; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 128.
[1557] '*Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interrogata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertá di autodeterminazione o ad alterare la capacitá di ricordare e di valutare i fatti*'.
[1558] Bilgi için bkz. **SOYASLAN,** Hukuka Aykırı Deliller, s. 19-20.
[1559] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 279
[1560] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 280-281, **ERDEM,** s. 260; aksi görüşte **ÖZTÜRK,** Delil Yasakları, s.

Kötü davranma (fena muamele), 'bedensel cebir' ve işkence dışında kalan her türlü hukuk dışı muameledir[1561]. Somutlaştırmak gerekirse, ifade alanın ifade sırasında sanığın özgür iradesi ile ifade vermesini engelleyici nitelikte, vücut dokunulmazlığına ve sağlığına yönelik her türlü saldırı ve zarar vermeyi ifade eden, doğrudan veya dolaylı fizikî muamelelerdir[1562]. Örneğin, Alman Federal Mahkemesine göre, çocuğunu öldürmekten sanık babanın birkaç kez oğlunun cesedinin yanına götürülüp bunu seyretmek zorunda bırakılması sonucunda ikrarının elde edilmesi bu kapsamdadır[1563]. Her kötü davranma işkence değildir, *Sokollu-Akıncı*'nın da belirttiği gibi, işkence nicelik itibariyle daha yoğundur[1564]. Kötü davranmaya örnek olarak, parlak ışık altında, aşırı sıcak ya da soğukta ifade alma, saçlarını çekme, yaka paça itip kakma, tükürme, sürükleme, vücudu rahatsızlık verici belirli pozisyonlarda uzun süre tutmaya zorlamak, sanığın istirahatine sürekli engel olmak, gibi hareketler gösterilmiştir[1565].

43; **ŞAHİN,** Sanığın Sorgulanması, s. 118; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 380.

[1561] Bkz. **ÖZTÜRK,** Delil Yasakları, s. 25. Sokollu-Akıncı ise, kötü davranmayı '*zanlıya bedensel ya da ruhsal bakımından acı çektirmek*' şeklinde tanımlamaktadır, bkz. **SOKOLLU-AKINCI**, s. 163.

[1562] Bkz. **ŞAHİN,** Sanığın Sorgulanması, s. 190; **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 283; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 349; **CENTEL/ZAFER,** s. 118; kıyaslayınız **YURTCAN,** Ceza Yargılaması, s. 157. Cihan'a göre kötü muamele (işlemler) '*genellikle bedence hissedilebilen kötü hareketleri ifade eder; doğrudan doğruya bedenî dokunulmazlığı ihlâl etmeye, bedene zarar vermeye gerek yoktur*', bkz. **CİHAN,** Suç…, s. 79; aynı yönde **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 130. Öte yandan Cihan, 'kötü işlem' kavramını darp, cerh, dayak, cismani eza, işkence gibi kavramları da içeren bir üst kavram olarak değerlendirmektedir, bkz. age, s. 81. Üzülmez'e göre de, kötü muameleyi bu şekilde bir üst kavram olarak değerlendirmek suretiyle her iki kavramı ayırt etmede yaşanılan zorluk aşılabilir. Yazara göre, kötü muamele sayılan hareketlerin '*ancak tekrarlanmaları veya süreklilik arzetmeleri hali işkenceye neden olacak*'tır, bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 131. Fakat 'tekrarlanma veya süreklilik arz etme'nin, bize göre işkencenin zorunlu bir unsuru olmadığını düşündüğümüzü tekrar ifade edelim. Öte yandan, yazarın 'İşkenceye Karşı BM. Sözleşmesinin 16. maddesinde, ciddi acı vermeyen, işkence derecesine varmayan hareketlerin…. kötü muamele sayılması gerektiği'nin belirtildiğine dair tespiti de doğru değildir, **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 131. Yine, yazar işkenceyi tanımlarken '*Burada, kötü muameleden farklı olarak sadece bedence hissedilebilen ağrı ve acılar değil, ruhsal bakımdan acı veren fiiller de işkence kapsamına girmektedir*' diyerek sanki kötü muamelenin sadece bedensel-maddî etki doğurmaya uygun fiillerle işlenebileceğini ifade etmektedir (s. 132). Oysa, s. 130'da yazar, '*...çok önemsizler dışında, vücuda ve akli sağlığa yönelen bütün ihlaller*'in kötü muamele kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.

[1563] Zikreden **SOKOLLU-AKINCI,** s. 163; **YURTCAN,** Ceza Yargılaması, s. 262.

[1564] Bkz. **SOKOLLU-AKINCI,** s. 164. Buna karşılık yazar aradaki farkı, verilen ağrı ve ıstırabın süresine dayandırsa da, kanaatimizce süre kıstası değil, acı ve ezanın yoğunluğuna bakılmalıdır; süre, bunu değerlendirmedeki kıstaslardan sadece biri sayılmalıdır.

[1565] Bkz. **CİHAN,** Suç…, s. 79; **ŞAHİN,** Sanığın Sorgulanması, s. 189-190; **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 283; **CENTEL/ZAFER,** s. 118; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 130.

İlaç verme, rızası olsun ya da olmasın, sanığın fiziki veya ruhi durumunu etkileyerek direncini kıracak ve istemediği halde onu konuşmaya yöneltecek her türlü (katı, sıvı, gaz) ilacın herhangi bir şekilde verilmesidir[1566]. Elbette, ilacın iradî karar verme ve davranma yeteneğine tesir edebilmesi durumunda yasak söz konusu olur[1567]. CMK md. 148'de, mehaz Alman CMUK'ta olduğu gibi ilaç vermenin 'zorla' olması gereğine yer verilmemiştir[1568]. Gerçekten de bu ibare, zora başvurulmadıkça ilaç vermenin serbest olacağı anlamına geldiği, halbuki zor kullanıldığının ispatının son derece güç olacağı gerekçesiyle eleştirilmekteydi[1569]. Nitekim ABD'de görülen bir davada, hasta olan zanlıya ağrılarını azaltmak amacıyla polis tarafından ilaç verilmiş, ancak ilaçtaki bazı maddelerin iradeyi zayıflatması sonucunda zanlı ikrarda bulunmuştur. Amerikan Yüksek Mahkemesi, polisin niyetine bakılmaksızın, önemli olanın iradede oluşan etki olduğunu vurgulayarak bu ikrarı geçerli saymamıştır[1570].

Bununla birlikte, AİHS'nin üçüncü maddesi gereği, devletin gözetimi altında, örneğin gözaltında olup tıbbî bakıma muhtaç olan kimselere gereklî desteğin verilmesi devlet açısından bir zorunluluktur. Bu durumda ve kişinin rızası olsa bile, CMK'nın âmir hükmü sebebiyle, sanığın iradesini zayıflatma yan etkisini doğurmaya elverişli olan bir ilaç verme şeklindeki tıbbî destek ona sağlanamayacak mıdır?

Kanaatimizce bu iki kuralı şu şekilde telif edebiliriz: bir kere, AİHS'nin üçüncü madde hükmünü ve bunun uygulanmasını gösteren AİHM içtihatlarını, An. md. 90/son gereği ulusal mevzuatımızdan üstün tutmak durumundayız. Bu nedenle, ilaç tedavisine muhtaç olan sanığın bu ihtiyacına üstünlük tanınmalıdır. Bu da iki şekilde olabilir: ya CMK ilaç vermeyi kesinlikle yasakladığına göre, sanık derhal

---

[1566] Bkz. **YURTCAN,** Ceza Yargılaması, s. 157; **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 285; **CENTEL/ZAFER,** s. 119; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 353; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 143.

[1567] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 286; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 352; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 143.

[1568] Bkz. **ÖZTÜRK,** YCMK, s. 134.

[1569] Bkz. **ÖZTÜRK,** Delil Yasakları, s. 25; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 352.

[1570] *372 US. 293* (1963), zikreden **SOKOLLU-AKINCI,** s. 164. Aynı yönde görüş için bkz. **CENTEL/ZAFER,** s. 119. Demirbaş'ın belirttiği gibi, önemli olan ifade alanın sanığın özgür iradeye sahip olduğunu bilip bilmemesi değil; sanığın objektif durumudur, bkz. **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 267; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 143. Cihan ve Üzülmez de 'yorma' kavramı açısından aynı sonuca varmaktadır, bkz. **CİHAN,** Suç…, s. 88; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 138.

salıverilecek ve tedavi görmesi sağlanacaktır. Ancak bu durumda CMK md. 91/5 hükmü ('*Gözaltı süresinin dolması veya sulh ceza hâkiminin kararı üzerine serbest bırakılan kişi hakkında yakalamaya neden olan fiille ilgili yeni ve yeterli delil elde edilmedikçe ve Cumhuriyet savcısının kararı olmadıkça bir daha aynı nedenle yakalama işlemi uygulanamaz.*') karşımıza çıkacaktır. Ya da teleolojik yorum yaparak[1571] kişiye muhtaç olduğu ilaç verilecektir; fakat irade özgürlüğünü zayıflatıcı etkisi ortadan kalkana dek sorguya başlanamayacak ya da devam edilemeyecektir. Gerçekten, tıbbi nedenlerle gerekli ilaçların verilmesi yasak kapsamında değildir, fakat bu ilaçların yan etkisi sebebiyle irade özerkliğinin zedelendiği durumlarda sorgulama yapmak yasal değildir[1572]. Şayet, gözaltı süresi dolana kadar bu etki geçmemişse, kişiyi salıvermekten başka çözüm kalmayacaktır. Belki bu önerdiğimiz çözüm, sanığın ifadesinin alınamaması sonucunu doğuracaktır. Fakat sanık hakları açısından başka bir çıkış yolunu da önermek mümkün gözükmemektedir. Kaldı ki, CMK md. 148/5 hükmü sayesinde, böyle bir durumda savcının daha sonra ifade alması mümkün olacaktır.

Yorma, sanığın dinlenme ihtiyacının kaçınılmaz olduğu ve bunun iradî karar verme özgürlüğünü etkileyebilecek düzeye ulaştığı durumlarda söz konusudur[1573]. Bu ise, sorgu veya ifade almanın doğasında mündemiç olan olağan yorgunluk olmayıp, Alman CMUK'undaki anlamıyla '*bitap düşürmek, sağlıklı düşünemeyecek kadar yormak*' şeklinde anlaşılmalıdır[1574].

Yorgunluk ve açlık halleri vücutta bir zehirlenme yarattıklarından, açıklanması istenmeyen hususların dışarı vurulmasına engel olunamamaktadır, zira direnecek güç kalmamaktadır[1575]. Buradaki kıstas, kişinin iradi karar verme ve davranma özgürlüğünü ciddi biçimde tehlikeye düşürecek oranda kişiyi yorgun hale

[1571] Gerçekten, CMK md. 148 (CMUK md. 135a)'daki '(zorla) ilaç verme' ile kast olunan, sanıktan normal şartlarda alınamayacak ifadeye ilacın etkisiyle ulaşmaktır, bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 143.
[1572] Bkz. **ŞAHİN,** Yakalama, s. 352-353; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 143.
[1573] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 136.
[1574] Bkz. **ÖZTÜRK,** Delil Yasakları, s. 25; **ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK,** Ceza Muhakemesi, no. 591.
[1575] Bkz. **TOSUN,** Narko-Analiz ve Ceza Hukuku, s. 48; **EREM**, Adalet Psikolojisi, s. 254-255; **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 270; **CENTEL/ZAFER,** s. 119.

getirmektir[1576]. Kişiyi uzun süre aç-susuz bırakarak uzun saatler ya da geceli-gündüzlü dönüşümlü olarak sorgulamak bu kapsamdadır.

İfade almadan önce sanığın zaten yorgun olduğu, ifade alanın da bundan faydalandığı durumlarda da yasağın ihlal edilmiş olduğu savunulmaktadır[1577].

Yeni Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğine bakacak olursak, ifadesi alınacak şahsın geniş anlamıyla 'dinç' kalmasını sağlayacak bir ortamda barındırılmasını sağlamaya yönelik önlemler belirlenmiştir. Yönetmeliğin 25. maddesinin ilk dört fıkrası şöyledir:

'Nezarethaneler en az 7 metrekare genişliğinde, 2,5 metre yüksekliğinde ve duvarlar arasında en az 2 metre mesafe olacak şekilde düzenlenir. Yeterli doğal ışıklandırma ve havalandırma imkânları sağlanır. Ancak, şüpheli sayısının çokluğu sebebiyle nezarethane imkânlarının yetersiz olması durumunda, nezarethaneler için öngörülen fizikî şartlara sahip başka yerler de kullanılabilir.

Nezarethanelerde gözaltına alınan kişilerin yatmaları ve oturmaları için yeteri kadar sabit ve dayanıklı oturma yerleri bulundurulur.

Mevsim ve gözaltı yerlerinin maddî şartları da dikkate alınarak, geceyi gözaltında geçirecek şahıslar için yeterli miktarda battaniye ve yatak temin edilir.

Tuvalet, banyo ve temizlik ihtiyaçlarının giderilmesi için gerekli tedbirler alınır'.

Buna karşılık, ifade almanın koşulları ve süresine dair bir açıklık yoktur.

Aldatma, gerçekte olmayan vakıaları var gibi göstererek sanığın belli konudaki iradesinin özgür olarak oluşmasını engellemektir[1578]. Bu şekilde, şüpheli ya

---

[1576] Bkz. **CİHAN,** Suç…, s. 83-84; **YURTCAN,** Ceza Yargılaması, s. 157; **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 287; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 353.

[1577] Bkz. **ŞAHİN,** Sanığın Sorgulanması, s. 199; **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 288; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 137; **CENTEL/ZAFER,** s. 119-120; Alman Yargıtayı'nın da bu görüşte olduğu belirtilmiştir, bkz. **CİHAN,** Suç…, s. 85-86. Doktrindeki bir görüşe göre bu durumda yapılması gereken, sanığın normal durumuna dönmesini beklemektir, bkz. **CİHAN,** Suç…, s. 86; **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 274.

[1578] Bkz. **ÖZTÜRK,** Delil Yasakları, s. 26; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 354. Cihan'a göre, aldatma '*sorgulayanın, gerçeği tahrif ederek veya gizleyerek ya da gerçek olmayan hususları gerçekmiş gibi takdim ederek sanığı hataya sevk eden, sanığın bulunduğu beyanın gerçek sonuçlarını kavrayamayacak bir durumu ortaya çıkaran, onun konuşma konusundaki kararının arkasında kendi iradi davranma hürriyetinin bulunmaması sonucunu doğuran kasıtlı veya kasıtlı olmayan her türlü (icrai-ihmali) davranıştır*', bkz. **ŞAHİN, Cumhur,** Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller ve Değerlendirilmeleri Sorunu, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998, s. 352 ('**ŞAHİN**,

da sanığın içinde bulunduğu hukukî veya fiilî durum hakkında yanlış bilgilendirilmesi sonucunda hatalı bir kanaat edinmesine yol açılmakta, bu da onun irade serbestisini kayıtlamaktadır[1579]. *Üzülmez*'in belirttiği gibi, burada '*açıklama motivasyonunu ilgilendiren ve etkileyen bir durum*' vardır[1580]. Yani, irade, daha oluşum aşamasında ifsat edilmekte; gerçek iradeyle dış irade arasındaki uyumsuzluk bu sebepten kaynaklanmaktadır. Sanık, edindirildiği yanlış kanı sebebiyle belirli açıklamalarda bulunmaya sevk edilmektedir. Aldatmanın bir üçüncü kişi vasıtasıyla gerçekleştirilmesi de durumu değiştirmeyecektir[1581].

Buna karşılık, bunun oluşumuna katkıda bulunmamak ya da mevcut hatayı güçlendirmek için olumlu bazı davranışlarda bulunmamak kaydıyla, fiili durumuna ilişkin kişide mevcut bir kanaat hatasından, bunu düzeltmemek suretiyle yararlanmak yasak değildir[1582].

Alman Yüksek Mahkemesi sanığa hakların öğretilmesi hususunun kasten ihmal edilmesi durumunun aldatma kapsamında değerlendirilebileceği kanaatindedir[1583]. Yine, sanığın hücresine mahkum kılığında bir polisin yerleştirilmesi ve ona sarf edilen sözlerin, polis tarafından tanık sıfatıyla mahkemeye aktarılması durumunda, görevlinin aktif davranışlarla sanığı açıklamada bulunmaya tahrik etmesi durumunda aldatmanın mevcut olduğu kanaatindeyiz[1584].

Yargıtay…'). Bu tanımda vurgulanması gereken husus, yazarın aldatıcı davranışın kasıtlı olmasını zorunlu görmemesidir.

[1579] Bkz. **YURTCAN,** Ceza Yargılaması, s. 157; **KAYMAZ, Seydi,** Yasak Sorgu Yöntemi Olarak 'Aldatma', YD, Cilt: 24, Sayı: 1-2, Ocak-Nisan 1998, s. 74 ('**KAYMAZ**, Aldatma'); **CENTEL/ZAFER,** s. 120; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 133.

[1580] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 133.

[1581] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 276.

[1582] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 289, **KAYMAZ,** Aldatma, s. 77; **CENTEL/ZAFER,** s. 120; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 135. Aldatıcı ve telkin edici niteliği sebebiyle '*sorgunun dürüstlüğü prensibi*'ne aykırı muameleler hk. pratik örnekler için bkz. **GÖLCÜKLÜ,** Sanığın, s. 111 vd; **CİHAN, Erol,** Ceza Muhakemesi Hukukunda İkaz, İhtar, Hukuka Aykırı Vaad ile Telkin Kavramları, İÜHFM, Cilt: XXXV, Sayı: 1-4, İstanbul 1970, s. 136 ('**CİHAN**, Ceza Muhakemesi Hukukunda…'); **BIYIKLI,** İkrar…, s. 688-689. Cihan'a göre cevaplayanı etki altında bırakarak onu yönlendirmeyi amaçlayan telkinî sorular irade özgürlüğüne saldırı teşkil ettiği gibi hatırlama ve anlama yeteneğine de zarar verir, age s. 136.

[1583] Bkz. **ŞAHİN,**Yargıtay…, s. 351, dn. 33; **ERDEM,** s. 268.

[1584] Bkz. **ERDEM,** s. 265; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 355; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 134; bkz. aynı yönde Amerikan uygulaması için **SOKOLLU-AKINCI,** s. 166.

Buna karşılık, sorgu sırasında aldatıcı ve şaşırtıcı olmakla birlikte telkinî nitelikli olmayan ve sanığın beyanı konusundaki irade özgürlüğünü somut olayda ihlal etmeyen sorular sormanın sorgulamanın bir gereği olduğu öne sürülmektedir[1585]. Gerçekten, kriminalistik biliminin kabul ettiği esaslar çerçevesinde sorgu teknik ve taktiklerinin uygulanması yoluyla bazı 'mevcut' vakıa ve delillerin abartılı bir şekilde yorumlanması ve bu suretle sanıktan beyan elde edilmesinin aldatma sayılmayacağı söylenebilir[1586]. Bunu destekleyen görüşe göre, aldatma kavramı dar yorumlanmalı ve irade özgürlüğüne yönelik her türlü müdahalenin değil, sadece belirli bir yoğunluğa ulaşanların bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir[1587].

Cebir, fiille ilgili bir beyan ya da arzu edilen içerikte bir beyan elde etmek amacıyla başvurulan bir zorlama yöntemidir[1588]. CMUK md. 135/a'dakinin aksine, CMK md. 148'de maddî ya da manevî cebirin mutlaka bedensel olması aranmamıştır. Eski CMUK döneminde yapılan tanıma göre bedensel cebir '*yakalama, zorla getirme gibi koruma tedbirlerinde söz konusu olabilen ve hukuk düzenince izin verilen maddî müdahalelerin fevkinde sırf muhatabından bir beyan elde etmek amacıyla vücuda yapılan ve acı ve ızdırap veren fizikî müdahalelerdir*'[1589]. O halde, yasada yazılı haller dışında, kişinin irade özgürlüğünü ortadan kaldıracak biçimde, bedeni üzerinde fiziki etki yaratacak yöntemlerin kullanılması yasaktır[1590].

CMK md. 148'de, eski CMUK'da yer almayan 'tehdit'e de yer verilmiştir. Bu, olumlu olmuştur, çünkü her ne kadar tehdidin yasak bir sorgu metodu olduğunda şüphe edilemeyeceği belirtilmekte idiyse de[1591], CMUK md. 135a bakımından

---

[1585] Bkz. **CİHAN,** Ceza Muhakemesi Hukukunda…, s. 137 vd; benzer yönde **YURTCAN,** Ceza Yargılaması, s. 262; **ŞAHİN,** Sanığın Sorgulanması, s. 208; **DEMİRBAŞ,** İfade Alma, s. 289, **CENTEL/ZAFER,** s. 120; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 133, 136.

[1586] Bkz. **ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK,** Ceza Muhakemesi, no. 592.

[1587] Bkz. **ERDEM,** s. 262. Amerikan uygulamasında, basit bir aldatma sınırını aşarak hile boyutuna varan ifade alma yöntemleri için bkz. **SOKOLLU-AKINCI,** s. 165. Konumuz doğrudan delil yasakları olmadığı için tartışmanın detayına girmeyi gereksiz görüyoruz

[1588] Bkz. **CİHAN,** Suç…, s. 82.

[1589] Bkz. **ÖZTÜRK,** Delil Yasakları, s. 25; **ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK,** Ceza Muhakemesi, no. 589; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 355.

[1590] Bkz. **CENTEL/ZAFER,** s. 121.

[1591] Bkz. **ŞAHİN,** Yakalama, s. 348; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 147. Gerçekten, tehditle elde edilen

tehdidi, kötü muamele veyahut diğer kategorilerden belirli biri kapsamına sokmak sorunlu olabilirdi[1592]. Gerçi sayım zaten örnekleyici olduğu için, bu durum tehdidin yasak sorgu metodu teşkil etmesine engel değildi; fakat açıklık getirilmesi yine de faydalı olmuştur.

Tehdit, yargılama kurallarına aykırı önlemlerin alınması durumunda söz konusu olup sanığın hiç ya da belirli şekilde ifade vermediği takdirde, kendisine veya bir yakınına kötülük yapılacağı beyanını içerir[1593]. Kanunda yer almayan veya somut olayda uygulanması mümkün olmayan bir tedbir ile korkutma bu kapsamdadır[1594]. Yine, kanunun öngördüğü tutuklama, vücut muayenesi gibi koruma tedbirlerinin sanığın ifade vermeye zorlanmak amacıyla ve objektif bir sebep olmaksızın uygulanarak kötüye kullanması, bu yasak kapsamında ele alınabilir[1595]. Öne sürülen kötülüğün gerçekte mevcut olması şart değildir; bunun objektif açıdan korkutucu olması yeterlidir[1596]. Kanaatimizce, Türk polisinin yerleşmiş fiilî uygulamalarından biri olan 'tatbikat/yer gösterme' uygulamasını da[1597] bazı durumlarda bu kapsamda ele almak mümkündür. Zaten AİHS md. 6'da tanınan masumiyet karinesine bağlı 'lekelenmeme hakkı'na aykırı olan bu muamelede[1598], çoğu zaman kinli halk önüne çıkmaya zorlanan şüpheli, bu korkutmanın etkisiyle bir beyanda bulunmaya manen zorlanmış ise, tehdidin varlığını kabul etmek gerekir.

Kanuna aykırı menfaat vaad etme, somut olayda yerine getirilmesi mümkün olmayan ve kişisel ya da olaya ilişkin herhangi bir iyileştirme sağlanacağına dair söz vermektir[1599]. Yarar, ilgilinin ifade vermesini etkilemeye uygun kolaylıklar; vaat ise,

---

ifadenin özgür iradeye dayanmadığı açıktır, bkz. **KUNTER/YENİSEY,** İkinci Kitap, no. 49.5; **SCHROEDER/YENİSEY/PEUKERT,** no. 240.

[1592] Tehdidin kötü muamele sayılamayacağına dair bkz. **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 283.

[1593] Bkz. **YURTCAN,** Ceza Yargılaması, s. 262; **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 273; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 147.

[1594] Bkz. **ŞAHİN,** Yakalama, s. 359.

[1595] Bkz. **ŞAHİN,** Yakalama, s. 359; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 136, 147; kıyaslayınız **ŞAHİN,** Sanığın Sorgulanması, s. 219.

[1596] Kıyaslayınız **ŞAHİN,** Yakalama, s. 360; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 147.

[1597] Şeklî anlamda yasal dayanağı olmayan bu uygulamaya yönetmelikte yer verilmiş idi.

[1598] Bkz. **ŞAHİN,** Yakalama, s. 320 vd.

[1599] Bkz. **CİHAN,** Ceza Muhakemesi Hukukunda…, s. 131, **YURTCAN,** Ceza Yargılaması, s. 158; **KAYMAZ, Seydi,** Yasak Sorgu Yöntemi Olarak 'Kanuna Aykırı Menfaat Vaat Etmek', İBD, Cilt 71, Sayı 3, Eylül 1997, s. 524. ('KAYMAZ, Kanuna Aykırı Menfaat…'). Kısacası, ifade alanın, sanığa

sorgulayanın sorgulanana verdiği bağlayıcı sözdür[1600]. Yararın kanuna aykırılığı ise, vaat edilen hususun kanun tarafından öngörülmemesi ya da vaat edilen şeyi gerçekleştirmenin, en azından somut olayda hiçbir şekilde mümkün olmamasıdır[1601].

Öte yandan, failin kişiliğine bağlı olan erteleme, para cezasına çevirme ya da suçun niteliğine bağlı olarak cezanın alt-üst sınır arasında tayin edilmesi gibi hakimin yetkisi dahilindeki kurumların sunduğu takdir yetkisinin kullanılmasının, hakim tarafından itiraf ya da bilgi verme karşılığında sanığa vaad edilmesi de yasak kapsamında görülmelidir[1602].

Buna karşılık, kanunda öngörülen ve gerçekleştirilmesi, sorguyu yapan görevlinin yetkisi dahilinde olan bir menfaatin vaat edilmesi (örneğin itirafçı teröristlere özel imkanlar sağlayan pişmanlık yasalarında tanınan imkanların hatırlatılması), bu kapsamda değildir[1603].

Yine, belirli şekilde sürdürdüğü davranış ve tutumlarını değiştirmenin sanık için doğurabileceği olası olumlu sonuçları hatırlatmak suretiyle ikazda bulunmak da mümkündür[1604].

Ayrıca, sanığa kahve, çay, sigara gibi şeylerin vaad edilmesinin iradeyi bozan bir husus olmadığı söylenmektedir[1605]. Kanaatimizce bu son durumda, söz konusu vaadin irade üzerinde doğurduğu etkiye bakmak gerekir. Sözgelimi sigara tiryakisi olup da saatlerdir içememiş olan birisine bir durumu açıklar açıklamaz sigara getireceklerinin söylenmesi ve buna bağlı olarak psikolojik direnci kırılan sanığın

---

'*iktidarında olmayan hukukî menfaatler vaad etmesi*'dir, bkz. **CENTEL/ZAFER,** s. 121.

[1600] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 145.

[1601] Bkz. **ŞAHİN,** Yakalama, s. 357; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 145.

[1602] Bkz. **KAYMAZ,** Kanuna Aykırı Menfaat…, s. 527. Zira, bu kurumlar inkar ya da ikrar gibi hususlara bağlı olarak öngörülmemiştir, bkz. **CİHAN,** Ceza Muhakemesi Hukukunda…, s. 133. Tutuklama yetkisini silah olarak kullanmak suretiyle kişinin beyana sevk edilmesi de aynı şekilde değerlendirilmelidir, bkz. **GÖLCÜKLÜ,** Sanığın, s. 124; **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 295.

[1603] Bkz. **CİHAN,** Ceza Muhakemesi Hukukunda…, s. 131; **KAYMAZ,** Kanuna Aykırı Menfaat…, s. 525; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 146.

[1604] Bkz. **CİHAN,** Ceza Muhakemesi Hukukunda…, s. 135; **ŞAHİN,** Sanığın Sorgulanması, s. 219; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 148.

[1605] Bkz. **CİHAN,** Suç…, s. 80; **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 273; **ŞAHİN,** Sanığın Sorgulanması, s. 216;

iradesine rağmen istenileni söylemesi durumunda, irade özgürlüğü kısıtlandığından ötürü yasak sorgu yöntemi söz konusu olur[1606].

Nihayet, '*bazı araçlar kullanma*'nın anlamı nedir? Burada, CMK md. 148'de gösterilenler dışında kalıp da sanığın iradesinin hür bir şekilde oluşmasına engel olan her türlü aracın kast edildiği belirtilmektedir[1607]. Söz konusu araçlardan kasıt, muhtemelen yalan makinası (İng. *lie detector* – İt. *macchina della veritá*)[1608], hipnotik telkinler[1609], narkoanaliz gibi farmodinamik yöntem ya da elektro-mekanik ölçüm cihazlarıdır[1610]. Dolayısıyla, modern teknolojinin sunduğu yeni imkanların kriminalistik alanında kullanılması düzenlenmektedir. Gerçekten, gelişen teknolojinin sunduğu imkanların adlî alanda yeni ufuklar açtığı kesin olmakla birlikte, *Sabatini*'nin belirttiği gibi, sağlam deliller elde etme hayaliyle bilim ve teknikten yararlanırken dikkatli olmak gerekir[1611].

Bu konuda CMUK *'bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni veya ruhi müdahaleler yapılamaz'* demekte iken CMK'da *'bazı araçları kullanma gibi*

CENTEL/ZAFER, s. 121; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 145.

[1606] Nitekim gerek Centel/Zafer gerekse Demirbaş, eserlerinin bir başka yerinde bunu vurgulamışlardır, bkz. **CENTEL/ZAFER**, s. 119, **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 294; bkz. ayrıca **YURTCAN,** Ceza Yargılaması, s. 262. Bir görüşe göreyse, '*çay ve kahve tiryakisine bunların verilmemesi, nikotin bağımlılarının bu zaaflarından yararlanılması işkencedir*', bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 132. Peşinen ifade edilmiş bu görüşe katılmaya imkan göremiyoruz. Bu mantıkla, mesela sanık ağır içkilere alışık bir alkolikse, ona örneğin viskisini ikram etmemek de aynı şekilde düşünülmelidir! Sonuçta şüpheli elbette ki bazı yoksunluklara tabi olacaktır, ne de olsa devlet otoritesinin altında ve özgürlüğü kısıtlanmış durumdadır, bkz. **SOYASLAN,** Ceza Özel 4. Baskı, s. 555-556). Şayet sanık bu bağımlılığı sebebiyle belirli yönde ifade vermeye zorlanmışsa ya da zaafı sebebiyle ifadesine başvurmayı hukuka aykırı kılacak şekilde irade özgürlüğü zayıflamışsa, yasak sorgu yönteminin varlığından bahsedilebilir; ama kayıtsız şartsız, böyle bir davranışın 'işkence' olduğunu söylemek kanaatimizce aşırıya kaçmaktır. Nitekim yine Üzülmez, eserinin daha sonraki bir yerinde, sanığa sigara vermemenin yasak bir sorgu yöntemi teşkil etmeyeceği, bunun 'çok istisnai hallerde belki' işkence olarak değerlendirilebileceğini, bir başka yazara atfen belirtmektedir, bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 144.

[1607] Bkz. **ÖZTÜRK,** YCMK, s. 134.

[1608] Poligraf, ifade alma sırasında kan basıncı, nabız sayısı ve amplitüdü ile bunlardaki nispî değişiklikler, solunum örneği ve hızı, derinin elektrik nakletme yeteneği ile bundaki değişiklikler ve kas hareketleri veya titremeleri gibi fizyolojik olayları eşanlı olarak kaydederek sanığın doğruyu söyleyip söylemediğini belirlemeye yarayan bir aygıttır. Poligrafın çalışma esasları hk. bkz. **KAMAY, Behçet Tahsin,** Yalancıyı Bilen Makine (Polygraph), İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: XXXVI, Sayı: 4-5-6, 1962, s. 2 vd; **TOSUN/GÜRELLİ,** s. 7 vd; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 140.

[1609] Hipnoz, kişinin davranışlarını kontrol altında tutan ve bilince yapılan bir telkindir. İradî karar verme ve davranma özgürlüğünü sınırladığı için hipnoz caiz değildir, bkz. **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 272.

[1610] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 140.

[1611] Bkz. **SABATİNİ** (çev. Tosun)**,** s. 434.

bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz' denilmiştir. Kanaatimizce, eski CMUK'ta, uygulanan araçların 'iradeyi bozan' nitelikte olması gerektiği vurgulandığı için, belki yalan makinası gibi tek başına iradeyi kayıtlamadığı söylenebilecek araçların uygulanma imkanı tartışılabilirdi. CMK'da ise bu kayıt kaldırılmıştır ve bedensel ya da ruhsal yönden müdahale, yani bu alanda etki/tesir doğuran herhangi bir aracın tatbiki yasaklanmıştır.

Zaten 1412 sayılı CMUK döneminde öne sürülen bir görüşe göre, cebren uygulanan usuller, insan haysiyetine saygı ilkesine zarar vermektedir, bu nedenle irade veya şuuru yahut her ikisini ortadan kaldıran ya da zayıflatan yöntemler hiç müsamaha gösterilmeksizin reddedilmelidir[1612]. Bu görüşe göre, ona tâbi olanın kişiliğinin serbestçe gelişmesini önleyen herhangi bir vasıta, işkencedir[1613]. Kanunun tespit ettiği sorgu şekilleri dışındaki, sorgulananın beyanlarını elde etmeye veya tayin etmeye yönelik hiçbir vasıtanın makbul sayıldığı söylenemeyecektir[1614].

Bu kapsamda narko-analizin kullanımı tartışılmıştı. Bu, kişiye bazı uyuşturucu ilaçlar vererek iradesini zayıflatmak suretiyle söylemeye muktedir olmadığı ya da söylemek istemediği hususların bilinç üstüne çıkarılması faaliyetidir[1615].

Kanaatimizce, narko-analize rıza gösterilse dahi, kişinin tüm söyledikleri bakımından iradî olarak beyanda bulunduğu söylenemez, çünkü bu yöntemin kendisine uygulanmasına razı olan sanık, neler söyleyebileceğini bilmemektedir[1616]. *Gölcüklü*'ye göreyse, sorgunun geçerliliğinin temel koşulu olan serbest karar verme yetkisini ortadan kaldırdığı için bu yöntem hukuka aykırıdır[1617]. Diğer taraftan,

---

[1612] Bkz. **SABATİNİ** (çev. Tosun)**,** s. 434; **ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK,** Ceza Muhakemesi Hukuku, no. 593.
[1613] Bkz. **SABATİNİ** (çev. Tosun)**,** s. 442
[1614] Bkz. **SABATİNİ** (çev. Tosun)**,** s. 442; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 142.
[1615] Bkz. **TOSUN,** Narko-Analiz ve Ceza Hukuku, s. 47; benzer yönde **CİHAN, Erol,** Narkoanaliz, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 5, 1969, s. 57 ('**CİHAN,** Narkoanaliz').
[1616] Bkz. **TOSUN,** Narko-Analiz ve Ceza Hukuku, s. 62; benzer yönde **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 144. Cihan/Yenisey'e göre de, '*yarı uykulu halde iken verilen ifade, daima kuşku yaratmaktadır'*, bkz. **CİHAN/YENİSEY,** s. 230.
[1617] Bkz. **GÖLCÜKLÜ,** Sanığın, s. 142.

narkoanalizin kişi özgürlüğüne bir saldırı olduğu da söylenmelidir[1618]. Nitekim bir görüşe göre, iradede çözülme sağlamaya yönelik bu tür yöntemler, aslında zorlama kavramı içinde değerlendirilmelidir[1619]. *İ. Şahin* ve *C. Şahin*'e göre de bu yöntem, irade özerkliği, susma hakkı, kendini suçlamaya zorlanamama ilkesi ve sanığın muhakemede süje sıfatına sahip olması ilkesine aykırıdır[1620].

Tosun ise, şayet güvenilir bir yöntem olarak kullanılabilir hale gelirse, olması gereken hukuk açısından, narko-analize başvurmanın muhakeme hukuku prensiplerine aykırı düşmeyeceği kanaatindedir[1621]. Ancak yazara göre, sırf bu yolla elde edilen delile dayanarak mahkûmiyet veya beraat gibi kararlara varılmamalı, bu yöntemle bu kararlara temel teşkil edecek delilleri bulmaya uğraşılmalıdır; öte yandan, usulü ve güvenceleri kanunda açıkça öngörülmelidir[1622].

Yalan makinesinin kullanımı da tartışılmıştır. Aslında böyle bir aygıtın kullanımı, ne iradenin oluşum aşamasını ne de ortaya konulma sürecini ifsat etmektedir. Aygıt, bazı biyo-fizyolojik tepki ve belirtileri, yani objektif verileri kayıt ve tespit etmektedir.

Ancak doktrinde, yalan makinasının kullanımına genellikle karşı çıkılmaktadır[1623]. *Sokollu-Akıncı*'ya göre, yalan makinesi türünden aygıtların zanlının rızası olmaksızın kendisine takılması kesinlikle cebir sayılmalıdır[1624]. Bu uygulamanın insan onuruna aykırı olduğu için de reddedilmesi gerektiği belirtilmektedir[1625]. Bu iki görüş bir arada ele alınırsa, insan onuruna aykırı bir hususa bizzat mağdurun dahi gösterdiği rıza geçerli olamayacağından, sonuçta

---

[1618] Bkz. **CİHAN,** Narkoanaliz, s. 72.
[1619] Bkz. **SOKOLLU-AKINCI,** s. 164. Demirbaş'a göre de direnci çözen narkotiklerin verilmesi kesinlikle yasaktır, bkz. **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 270.
[1620] Bkz. **ŞAHİN,** Sanığın Sorgulanması, s. 198; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 353.
[1621] Bkz. **TOSUN,** Narko-Analiz ve Ceza Hukuku, s. 71.
[1622] Bkz. **TOSUN,** Narko-Analiz ve Ceza Hukuku, s. 72.
[1623] Bkz. **CİHAN/YENİSEY,** s. 230; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 141.
[1624] Bkz. **SOKOLLU-AKINCI,** s. 165; Yurtcan da yalan makinesini uygulanması yasak araçlar arasında görmektedir, bkz. **YURTCAN,** Ceza Yargılaması, s. 158. Yazar, Alman Federal Mahkemesi'nin de aynı görüşte olduğunu aktarmaktadır, bkz. age, s. 261; **ŞİMŞEK,** s. 176.
[1625] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 275; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 347.

aygıtın kullanımı da mümkün olmayacaktır[1626]. Öte yandan, sanığı poligraf testine tabi tutmanın onun savunma hakkının özünü oluşturan masumluk karinesini de ihlal ettiği, çünkü suçu aydınlatma görevini devletten alıp sanığa yüklediği de savunulmaktadır[1627].

Konumuzla doğrudan ilgili olmamakla birlikte, bu tartışmada, biz de bu tür yöntemlerin ceza muhakemesi hukukunda uygulanmaması gerektiği kanaatinde olduğumuzu belirtelim. Çünkü bu yöntemlerin tümü bize, insanın hür iradesine dayalı bir beyanını vicdani delil sistemine göre doğrudan doğruya değerlendirmeye çalışmaktan çok, maddî gerçeği ruhundan arındırılmış bedenden almaya çalışmak gibi gözükmektedir. Bu da, sorgu kurumunun ruhuna ve nihayetinde insan onuruna aykırıdır[1628]. Öte yandan, CMK'daki '*bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz'* şeklindeki kesin hüküm de aksi bir yoruma imkan vermemektedir.

Nihayet belirtelim ki, CMK md. 148'deki sayım örnekleyicidir[1629]. Öte yandan, bu kavramları birbirinden ayırt edici net kriterleri her zaman sunabilmek ve somut olaydaki belirli bir davranışın bu kategorilerden hangi birine dahil olduğunu uygulamada saptamak zordur. Fakat tez konumuz -ve hatta ceza muhakemesi açısından- bu ayrımı yapmanın önemi olmadığı için, kavramları tanıtmakla yetiniyoruz.

[1626] Bkz. **SABATİNİ** (çev. Tosun)**,** s. 444; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 141. Şahin'e göre, kişi rıza göstermediği takdirde dolaylı olarak suçu kabul ettiği kanaati oluşacağı için bu yöntemin uygulanmasına rıza göstermeye mecbur kalacaktır; bu nedenle de burada verilecek rza sağlıklı değildir, bkz. **ŞAHİN,** Yakalama, s. 357. Aksi görüşe göreyse, hazırlık soruşturmasında (polis tarafından) bu aracın kullanılması insan hakları bakımından faydalıdır, bkz. **TOSUN/GÜRELLİ,** s. 43.

[1627] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 142; benzer yönde **ŞAHİN,** Yakalama, s. 356 (yazara göre bu yöntem susma hakkı ve kendi aleyhinde delil göstermeme gibi haklara aykırıdır).

[1628] Bkz. **ŞİMŞEK,** s. 173; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 358-359. Demirbaş ve Öztürk'e göre de hipnoz, narkoanaliz gibi yöntemler özgür iradeye zarar verdiğinden kabul edilmemelidir, bkz. **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 293; **ÖZTÜRK,** YCMK, s. 134. Öte yandan, insanlık onuru vazgeçilmez bir değer olduğundan, ilgilinin bu konudaki rızası da hukuka uygunluk sebebi teşkil etmeyecektir, bkz. **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 298.

[1629] Bkz. **YURTCAN,** Ceza Yargılaması, s. 261; **ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK,** Ceza Muhakemesi, no. 587; **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 282; **KOCA,** Hukuka Aykırı Deliller, s. 128; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 348; **CENTEL/ZAFER,** s. 121; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 129.

c. Yasak Sorgu Usulleri ile İşkence Suçu Arasındaki İlişki

Burada ele alacağımız mesele, CMK md. 148'de öngörülen yasak sorgu usullerine başvurmanın YTCK md. 94'teki işkence suçunu otomatikman doğurup doğurmayacağıdır.

Ön bilgi olarak ifade edelim ki, her sorgu bir yerde devletin iradesinin sanık üzerindeki zorlayıcı etkisinin izlerini taşır. Zaten sanık, ceza muhakemesinde süje sıfatına sahip olmakla birlikte, bir yandan da muhakemenin kendisine karşı ve hatta iradesine rağmen yürütülmesine katlanmak, kişi özgürlüğü ya da bedensel bütünlüğüne yönelik kanunî müdahalelere razı olmak zorundadır[1630]. O halde, sorgulama yöntemlerinin ve prosedürünün doğasında mündemiç olan yorucu, üzücü, kaygı ve stres doğrucu nitelik, irade serbestliğini bozmadıkça[1631] ve bu süreç, kişinin fiziki-manevi direncini bozmaya yönelik olarak yıpratıcı özelliğini sistematik biçimde artırmaya amaçlayan tarzda kasten uygulanmadıkça, işkence veya benzeri zalimane veya insanlık dışı muamele teşkil etmez[1632].

Bunun dışında da, kanaatimizce CMK 148'de yer alan yasak sorgu yöntemlerinin kullanılması durumunda da her zaman işkence suçunun oluştuğu söylenemez.

Buna karşılık, bir görüşe göre kişilik alanına saldırı oluşturup hür iradeyi bertaraf eden, narkoanaliz, hipnotizma, yalan makinasına bağlama gibi zihin kontrol tekniklerinin de işkence suçuyla korunan hukukî yararı ihlal eden davranışlar

[1630] Bkz. **CİHAN, Erol,** 50. Yılda Ceza Muhakemesi Süjesi Olarak Sanığın Durumu ve Sorgusu, İÜHFM, Cilt: L, Sayılar: 1-4, İstanbul 1984, s. 139 ('**CİHAN**, Sanığın Durumu').
[1631] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 41; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 483; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 199.
[1632] Soyaslan'ın deyişiyle, devlet otoritesinin göstergesi olan; suç işleyen failin, devletçe yargılanma ve cezalandırılma hakkı çerçevesinde gerçekleştirilen ve kamu otoritesine dayanan sorgulamayı, işkence saymak mümkün değildir, bkz. **SOYASLAN,** Ceza Özel 4. Bası, s. 633.

kapsamında olduğu savunulmaktadır[1633]. Buna koşut bir görüşe göre, teknoloji ve bilimdeki gelişmelerden yararlanılarak kişi üzerinde belirgin acı veya ıstırap duyma sonucunu doğurmayan; fakat, kişinin bütünlüğüne saldırı niteliği taşıyan, onun iradesini etkileyen kontrol tekniklerinin uygulanması da işkencedir. Zira, bunlar da insan haysiyetinin dokunulmazlığını ihlal etmektedir ve amaç, kişinin onurunu korumak olduğuna göre bu tür muameleler de işkencenin maddî unsurunu oluşturabilecektir[1634]. Hatta bu son görüşe göre, kanunda öngörülmemiş vaatlerde bulunulması ya da kandırma hareketlerinin yapılmasının dahi işkence sayılmalıdır[1635].

'*Üçüncü derece sorgusu*' denilen ve '*ikrarları, ifşaları elde etmek için cebir, şiddet gibi sert, vahşi insanlık dışı hareketlerden meydana gelmiş bir bütünü ifade eden*' ve amacı sanığın psişik dengesini bozmak olan fiziksel baskı hareketleri[1636] açısından büyük sorun yoktur. AİHM önünde görülen 1978 tarihli İrlanda/Birleşik Krallık davasındakilere benzer 'kombine' bu tür vasıtaların kullanılması, ister sanıkta yol açtığı maddî-manevî etkinin ağırlığı isterse – bu kritere dayanan yazarlar açısından- yöntemlerin sistematik ve uzun süreli uygulanışı açısından ele alınsın, ulusal hukuklara göre işkence olarak nitelendirilebilir.

Fakat, bu vahamete varmayan, CMK'ta öngörülen sorgu metodlarına basit aykırılık düzeyinde kalan diğer ihlaller bakımından aynı şekilde düşünülemez.

[1633] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 40; **FEYZİOĞLU,** Tanıklık, s. 96-97; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 198; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 150-151. Bir görüşe göreyse, en azından yalan makinası, mağdurun rızasıyla kullanılması koşuluyla yasak sorgu yöntemleri, dolayısıyla da evleviyetle işkence kapsamında değerlendirilemez (bkz **CENTEL/ZAFER,** s. 122).

[1634] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 11.

[1635] Üzülmez'e göre, bunlar da ETCK md. 243 kapsamında değerlendirilmeliydi, bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 151. Yazara göre, bu hareketler de '*insanlık duygusunu incitmekte, buna maruz kalan kişinin namus, şöhret veya haysiyetine saldırı oluşturmaktadır*', bkz. age**,** s. 151. Bir kere bir aldatmanın neden 'insanlık duygusunu' incittiğini anlayamadığımız gibi, işkence yasağı ile korunan insan onurudur, yoksa bir insanın 'şöhret' veya 'namus'u değil. İnsan onuru ile namusu çok farklı şeylerdir, oysa yazar, tüm bu kavramları alternatif ya da eşdeğermiş gibi kullanmıştır. Öte yandan, her ne kadar aldatma durumunda iradenin oluşumu aşamasında ifsat edilmiş olması sebebiyle kişi, iradesine aykırı olarak davranmaya zorlansa ve bu da AİHM'e göre aşağılayıcı bir muamele olsa da, AİHS md. 3 ile ETCK md. 243-YTCK md. 94'teki ihlal kalıplarını özdeş görmek mümkün değildir. Bu iki yöntemin işkence sayılamayacağına dair bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 36; **DEMİRBAŞ,** Hukuk Kurultayı 2004, s. 351.

[1636] Bkz. **CİHAN,** Suç Teşkil Eden…, s. 78; **CİHAN/YENİSEY,** s. 230.

Oysa ETCK döneminde öne sürülen bir görüşe göre, md. 243'te belirtilen saiklerle yapılan ve bedene yönelik her türlü hareket, işkence suçu kapsamında cezalandırılmalıydı[1637]. Zira bedene yönelik her hareket, işkencede varlığı aranan derecede ağırlığa ulaşmasa bile, ETCK md. 243'ün diğer seçimlik hareketlerinden birine girer. Yazar, bu görüşü desteklemek için StGB § 343 bakımından bedensel kötü davranma, diğer bir şiddet kullanma ya da bu yönde tehdidin de madde kapsamına girdiğini öne sürmüştür[1638]. Hatta daha sonra yazar daha da ileriye gidip yasak sorgu yöntemleri arasında ayrım yapılmaması gerektiği, bazılarının işkence sayılıp bazılarının sayılmamasının çelişki olduğu, iradeyi ihlal eden her hareketin aynı şekilde (ETCK md. 243'e göre) cezalandırılması gerektiği, çünkü uygulanan yöntem ne olursa olsun hepsinde insan haklarının söz konusu olduğunu öne sürmüştür[1639].

Bu görüşe ETCK bakımından bile katılamıyoruz. Çünkü bu görüş beş hususu gözden kaçırmaktadır. Her şeyden önce, uluslararası insan hakları hukuku ve AİHM'deki geniş anlamda işkence yasağı ile ulusal ceza hukuklarındaki dar anlamda işkence suçu farklı kavramlardır. Bu nedenle, AİHS bakımından gayri insani olan bir muamele, ETCK md. 243'ün maddî unsurunu oluşturmaya elverişli olmayabilir. İkinci olarak, belirli bir davranış AİHS md. 3 bakımından hangi kategoriye girerse girsin, yine de asgarî bir ağırlık düzeyine ulaşmalıdır. Yani, AİHS md. 3 ile özdeşlik kurulmak istense bile, işkence olmayan her bedensel cebirin yine de insanlık dışı ya da küçük düşürücü olduğu söylenemeyecektir. Üçüncü olarak, Alm. CK § 343, hukukî yarar olarak adliyeyi korumakta ve 'zorla ifade alma'yı suç olarak düzenlemektedir; bu bakımdan kapsamı bizdeki ETCK md. 243'ten farklıdır. Bu nedenle, örneğin konuşmayan kişinin saçını çekmeyi ETCK md. 243 kapsamında değerlendirmek doğru değildir. Kaldı ki, Alman doktrininde bile yasak sorgu yöntemlerini düzenleyen StPO §136a yönelik bir ihlalin StGB § 343'teki suçu

[1637] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 150.
[1638] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 150.
[1639] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 152.

oluşturmaya tek başına yeterli olmadığı belirtilmektedir[1640]. Dördüncü olarak, CMUK md. 135a-CMK md. 148 ile işkence suçu özdeş değildir ki, her yasak sorgu metodu otomatikman işkence suçu sayılsın. Bu bakımdan, her yasak sorgu metodunun işkence suç tipi kapsamında değerlendirmeye tabi tutulması bir çelişki değil, tam askine zorunlu bir sonuçtur. Yoksa, ceza muhakemesindeki her insan hakları ihlalinin işkence sayılması gerekmez! Son olarak, her yasak sorgu metodunun insan onuruyla aynı ölçüde ilişki olduğu söylenemez. Gerçekten, örneğin aldatma yasağına yönelik bir ihlal, zorunlu olarak insan onuruna aykırı olmak durumunda değildir[1641].

Konuyu genel olarak yukarıda 'maddî unsur' başlığı altında açıkladığımz için tekrara girmek istemiyoruz. Fakat şu kadarını tekrar vurgulamakla yetiniyoruz: işkence, insanın fiziksel ve zihinsel bütünlüğüne ve insan olmaktan kaynaklanan onuruna karşı işlenen ihlallerden sadece en ağır kategoriyi ifade eder. Buna göre, işkence, çok ağır ve acımasızca eza çekilmesine yol açan kasti muameleleri damgalamak için öngörülmüş özel bir kavramdır[1642]. O halde, işkencenin ayırt edici özelliği, çekilen acı ya da- ister fiziksel ister zihinsel olsun- ezanın yoğunluğudur. Nitekim, işkenceyi bir suç tipi olarak düzenleyen devletlerden herhangi bir tanım yapmayan bir kaçı dışında büyük çoğunluğu 'ağır' acı veya ezadan bahsetmiştir[1643]. İnsan onuruna aykırı olmasına rağmen acı ya da eza vermeyen, fakat kişiliği yok etmeye yönelik 'modern yöntemler' açısındansa, kıstas, eylemin ağırlığı olacaktır.

O hâlde, ister mağdurun bedensel ya da ruhsal yönden acı çekmesine, ister algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, isterse aşağılanmasına yol açan bir davranış söz konusu olsun, bunun işkence suç tipi içerisinde değerlendirilebilmesi için belirli bir vahamet taşıması; diğer bir deyişle, fiilin sahip olduğu haksızlık içeriğinin işkence suç tipi içerisinde değerlendirilmeyi haklı kılıyor olması gerekir.

[1640] Bkz. **TRÖNDLE/FİSCHER,** § 343, no. 10.
[1641] Bkz. **ERDEM,** s. 263.
[1642] Egmez/Kıbrıs, 21.12.2000, paragraf 77, bkz. ayrıca **CLAYTON/ TOMLINSON,** s. 389.
[1643] Bkz. yukarıda Üçüncü Bölüm, § 7, III, F altında aktarılanlar.

Bu değerlendirme, algılama ya da irade yeteneğinin etkilenmesine yol açan davranışlar bakımından da geçerlidir. Burada da, şahsın manevî bütünlüğüne, yani ruhsal dokunulmazlığına, iç dünyasına (kısaca haysiyetine) yapılan müdahale belirli bir ağırlık boyutuna ulaşmış olmalıdır.

Oysa, 5237 sayılı TCK ile, CMK 148'e aykırı her yöntemin işkence suçu kapsamında değerlendirilmesi arzulanmış gibi gözükmektedir. Zira, suçun maddî unsurunda, çekilen acı ya da ezanın veyahut manevî bütünlüğe ya da kişi onuruna yönelik müdahalenin ağır olması gerektiğine dair hiçbir açıklık olmadığı gibi; algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesi de suçun maddî unsurunu oluşturabilecek seçimlik hareketler arasında sayılmıştır.

Bu durumda, kişiye kanuna aykırı menfaat vaad edilmesi, mesela '*ötmesi durumunda mükafatlandırılıp serbest bırakılacağının*' söylenmesi dahi işkence olabilecek gibi gözükmektedir! Çünkü bu yöntemler kişiyi aldatıcı olup irade dışı davranmaya zorladığından insan onuruna aykırı ve küçük düşürücüdür; ayrıca irade yeteneğini de etkilemektedir[1644]!

Gerçekten, bir ceza muhakemesi kavramı olarak insan haysiyeti (onuru), insanın kişilik sahibi bir varlık olmasına bağlı olarak '*ona düşünme, hissetme, araştırma ve değerlendirme ve nihayet hüküm verme yeteneklerini verir*'[1645]. Kişinin hüküm verme aşamasında yürüttüğü muhakeme faaliyetini etkileyen böyle bir müdahale dahi, bu durumda 'insan onuruna aykırı' olacaktır. Ancak her işkencenin insan onuruna aykırı olmakla birlikte, insan onuruna aykırı her davranışın işkence kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiştik. Şayet YTCK ile yasak sorgu metodu ile işkence suçu özdeşleştirilmek istenmişse, böyle toptancı bir anlayışı kabul etmek çok güçtür.

YTCK'daki tanım bir yana, bir eylemin işkence sayılabilmesi için uluslararası

[1644] Aynı yönde **ÜZÜLMEZ,** HA 5, s. 237.

belgeler ve mukayeseli hukuka göre gerekli koşul, (ağır) acı ya da ezaya yol açması gerektiğidir. Bu koşulun yerine gelmesi için, mutlaka fiziksel ya da zihinsel bir acının verilmesi gerekmez. Zihinsel düzeyde dahi kalsa, bir 'eza'nın varlığı yeterlidir. Eza ise, 'Üzme, sıkıntı verme, üzgü' anlamına gelir[1646]. Az önce verdiğimiz örnekte, acının ağır olması bir yana, maddî ya da manevî anlamda bir eza bile yoktur.

Bir an için, uluslararası ve karşılaştırmalı hukuktaki 'ağır acı yada eza' yönteminin 'demode' ve ihtiyacı karşılamaktan uzak olduğunu kabul etsek bile, yine de bizim önerdiğimiz 'eylemin ağırlığı' kıstasını uygulamak gerekecektir. Çünkü kişiye yasa dışı yarar vaad edilmesi, aldatılması gibi uygulamalarda, çoğu zaman insan onuruna ağır bir müdahale de asla söz konusu değildir.

Fakat, YTCK'da işkencenin '*acı ve ıstırap verme ölçütü üzerine kurulması engellenmiştir*'[1647]; buna ilaveten herhangi bir asgarî eşik de belirtilmemiştir. Sadece kişinin iradesinin yasal olmayan bir yolla saptırılıyor olması ise, işkence suçunun tarihi anlam ve amacıyla uyuşmamaktadır.

Oysa, işkence yasağının amacı ceza muhakemesi hukukunun usulüne uygun yürütülmesini temin etmek değildir. İşkence suçuyla korunan hukukî yarar ile delil yasaklarına yüklenen fonksiyon örtüşmemektedir. Öte yandan, CMUK 135/a- CMK 148'in amacı da sadece işkenceyi önlemek değildir. Buradaki amaç, sanığın haysiyetini korumak ve onun ceza muhakemesinde maddî gerçek aranırken bir obje haline getirilmesini engellemektir[1648]. Fakat işkence suç tipi, bunun yanında gerçekten insanca olmayan nitelikli fiilleri cezalandırmak için öngörülen bir kavramdır.

Demek ki, ceza hukukundaki işkence suçu ile ceza muhakemesindeki sorgu

---

[1645] Bkz. **YENİSEY,** Sanık Haklarının…, s. 123.
[1646] Bkz. http://www.tdk.gov.tr/TDKSOZLUK/SOZBUL.ASP?kelime=eza (son erişim 29.6.2005).
[1647] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** HA 5, s. 235.
[1648] Bkz. **ÖZTÜRK,** Delil Yasakları, s. 21; **DEMİRBAŞ,** İfade, s. 265; **ŞİMŞEK,** s. 172-173; **ÖZTÜRK,** YCMK, s. 133.

yasakları kategorisi her zaman örtüşmez. Her işkence, delil yasağına yol açar; fakat her delil yasağı, işkence olarak nitelendirilemez[1649]. Nitekim, Alman Hukukunda da, salt yasak sorgu yöntemlerini düzenleyen StPO § 136a yönelik bir ihlalin tek başına yeterli olmadığı öne sürülmüştür[1650]. Keza İspanyol CK'sında da, yasak sorgu yöntemlerini kapsamak üzere, ayrıca md. 464 hükmü mevcuttur[1651]. Örneğin, sigara tiryakisi bir kimseyi sigaradan yoksun bırakmanın dahi yasak bir sorgu metodu olduğu öne sürülmektedir[1652]. Peki bu polis, 'işkenceci' şeklindeki en ağır ithamla damgalanmayı hak etmiş midir!

Mesela eski TCK döneminde öne sürülen bir görüşe göre, sanığı ifade vermeye zorlamak amacıyla onun üzerinde beden tamlığını etkileyebilecek davranışlarda bulunmak, sanık üzerinde CMUK'un öngördüğü önlemlerin sınırını aşan 'her türlü zor kullanımı' ETCK md. 243'ün maddî unsurunun hareket kısmını oluşturur[1653]. Oysa yine aynı yazar, işkencenin, 'kötü muameleden uzun süre devam etmesi, *ağır acı ve ıstıraplara neden olması*'yla ayrıldığını belirtmektedir[1654]. Yazara göre, 'zorla ilaç verme', hipnotizma, hatta yalan makinesi gibi yöntemlere başvurulması, kişi bütünlüğüne saldırı oluştumakta, insan onuruna dokunmaktadır, bu nedenle 'haysiyet kırıcı' muamele olarak ETCK md. 243 kapsamına girmektedir[1655]. YTCK'da '*Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve ..... algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştir*'mek, işkence suçunun maddî unsurunu teşkil ettiğine göre,

[1649] Bkz. aksi görüşte **KOCA,** Hukuka Aykırı Deliller, s. 126 (yazara göre, CMUK md. 135a'da sayılan yöntemlerin hepsinin ETCK md. 243'e girdiğinde 'şüphe yoktur'). Narkoanalize ilişkin makalesinde Tosun'un belirttiği gibi, bu yöntemin işkence ile karşılaştırılmasının abartmalı ve gerçeğe aykırı olduğu, yöntemin haksız olarak tarihteki işkenceye benzetildiği öne sürülmektedir (**CİHAN,** Narkoanaliz, s. 75). Aynı mantık, ağır acı veya eza vermeksizin teknik yöntemlerle iradeyi etkilemeye yönelik diğer sorgu yöntemleri için de geçerlidir dersek, her iki yasağın özdeş olmadığı ortaya çıkar. Buna karşılık yazar, iradeyi zayıflatan bu tür yöntemlerle işkenceyi ayırt etmede güdülen amacı esas almaktadır. Buna göre, işkencedeki hedef, kişinin iradesini belirli bir yöne sevk etmek amacıyla bazı zora dayalı araçları uygulamakken; narkoanalizdeki baskının amacı, kişinin belirli bir şekilde beyanda bulunmaya zorlanması olmayıp '*bilinçli engellerin yokedilmesi yoluyla bir irade baskısına*' uğratmak, bu şekilde kişinin iradesini ortaya koyması yönündeki engelleri ortadan kaldırmaktır, bkz. age, s. 80.
[1650] Bkz. **TRÖNDLE/FİSCHER,** § 343, no. 1; **HİLGENDORF,** s. 14.
[1651] Bkz. **ÖZEK,** s. 32, dn. 44.
[1652] Bkz. **SOKOLLU-AKINCI,** s. 165.
[1653] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 140.
[1654] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 132.
[1655] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 151.

o zaman bu görüş YTCK bakımından öncelikle geçerli olmalıdır. Fakat bu anlayıştan yola çıkılırsa, maddi ya da manevi acı ya da ıstıraba yol açma kıstası, mukayeseli ve uluslararası platformda kabul gören asgari eşik kriteri[1656], işkencenin özel bir ihlal kalıbı olma özelliğini ortaya koyan tarihi-sosyolojik-siyasal gelişimi ne olacaktır? Örneğin rızasına binaen bir poligraf testine tabi tutulmada, ilgilinin maddî ve manevî varlığını tehlikeye sokan, bu hareketin '*jus cogens*' niteliğinde mutlak bir insan hakları yasağının ihlali sayılmasını gerektirecek vahamet nedir[1657]?

Eğer CMK md. 148'e aykırı her yasak sorgu yöntemi işkencedir dersek, ağır şekilde acı, stres, rahatsızlık, gerginliğe yol açtığı için hiç şüphesiz bu kategoriye ait olan çok daha ağır ihlallere ne diyeceğiz? Eğer bir insanın itiraf etmesi halinde takdirî indirim sebebinden yararlanacağını asılsız olarak söylemek işkence ise, bir erkeği soyduktan sonra hayalarını tekmelemek, onu ıslattıktan sonra battaniyeye sarıp elektrik vermek için ne denecek? O da mı aynı ihlal kategorisini oluşturacak? Bu son tür fiiller, öncekilerden ne daha ciddi ne de farklı mı olacak? Eğer irade yeteneğini etkileyici (ve mesela aldatıcı olduğu için özgür iradeyi ortadan kaldırmak suretiyle insan onuruna aykırı olan) her tür harekete işkence denilirse, gerçekten bu iğrenç sıfatı hak eden fiilleri vasıflandırmak mümkün olmaz. Örneğin *Koca*'ya göre, CMUK md. 135a'da belirtilen 'aldatma' ve 'kanuna aykırı menfaat vaadetme' şeklindeki yasak sorgu yöntemleri de işkence suçu kapsamındadır, çünkü bunlar insan haysiyetine, özgür iradeye aykırıdır, bu nedenle de haysiye kırıcı muamele teşkil eder[1658]. Peki öyleyse, uluslararası yargısal içtihatlarda ve genellikle mukayeseli hukukta kabul edilen 'asgari eşik' kriteri ne olacak?

AİHM'nin 1978 tarihli İrlanda/Birleşik Krallık kararındaki *Fitzmaurice*'e ait ayrık görüşteki mantıktan devam edersek (ki söz konusu olayda hakimin somut olarak vardığı sonuca katılmadığımızı da belirtelim), yasak sorgu yöntemlerine

[1656] AİHS md. 3'ün uygulanması için aranan asgarî eşiğin bir hayli yüksek olduğu hk. bkz. **ERYILMAZ,** Arrest…, s. 256-257.
[1657] Nitekim, Alm. CK § 343'ün 'zorla ifade alma' suçu gibi daha spesifik ve ifadeyle bağlantılı bir durumu düzenlemesine rağmen, yalan makinesi kullanılmasının işkence teşkil etmeyeceğine dair Federal Alman Yüksek Mahkemesi kararı mevcuttur (bkz. **NUHOĞLU,** s. 563),
[1658] Bkz. **KOCA,** Hukuka Aykırı Deliller, s. 126.

toptancı bir şekilde işkence denilecekse, tırnakların sökülmesine, anüsün yavaşça sivri bir kazığa geçirilmesine ya da insanın fırında yakılmasına ne denecektir? Bu tür muamelelerin yol açacağı çıldırtıcı, tahammül edilemez ve akla hayale sığmaz kıvrandırıcı eziyet ile yasak sorgu yöntemlerinin yol açacağı acı, stres, yorgunluğu – ki bazen bunlar bile söz konusu olmaz - nasıl bir tutacağız? Saydığımız bu davranışlar aynı kategori altında yer almamalıdır[1659]. Çünkü bunların haksızlık içeriği, anti-sosyalliği ve korunan hukukî yarara etkileri çok farklıdır.

Sonuç olarak, eğer irade yeteneğini etkileyen ya da az çok belli fiziksel ya da zihinsel sıkıntı yaratan her eylemi işkence sayarsak, çok daha ağır ihlalleri 'etiketlendirmek/damgalamak' (*stygmatise*) için öngörülmüş olan bir kavramın değerini azaltırız. Bu bakımdan, yasak sorgu yöntemlerine başvurma durumunda, mağdurun maruz bırakıldığı saldırının ağırlığı bu nitelendirmeyi gerekli kılmadıkça; yani insan onuruna vaki saldırı ya da verilen zihinsel veya fiziksel acı ya da eza ciddî/ağır olmadıkça, işkence suçundan bahsedilmemelidir.

IV. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

A. Genel Olarak

Hukuka aykırılık, geniş anlamda hukukça korunmuş hak ve yarara yönelik saldırıyı; diğer bir deyişle, fiilin hukuk düzenine uygun olmamasını ifade eder[1660]. Ceza hukukundaki anlamıyla hukuka aykırılık ise, suç tipini ihlal eden hareketin sadece ceza hukukuyla değil, tüm hukuk düzeni ile çelişki halinde bulunmasıdır[1661].

[1659] Nitekim Hilgendorf'a göre de, işkence *'ağır bedeni veya ruhsal acıların yahut ıstırapların uygulanmasını şart koşmaktadır…İşkence daha hafif acıları da içerebilir, fakat bu terimin uygunsuz bir şekilde açılıp küçümsenmemesine dikkat etmek gerekir*', bkz. **HİLGENDORF,** s. 14.

[1660] Bkz. **ÖNDER,** Ceza Hukuku Dersleri, s. 213; **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Suç Teorisi, s. 93; **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** Ceza Hukuku, s. 201; **ERSOY,** s. 74; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA,** Ceza Genel, s. 467; **CENTEL,** Ceza Genel, s. 246-247; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 222; **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 244; karşılaştırınız **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 135, 301.

[1661] Bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: II, no. 679; **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK,** Ceza Hukuku, no. 156; **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Suç Teorisi, s. 101-103; **ŞEN,** Ceza Hukuku, s. 385-386; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA,** Ceza Genel, s. 467-468; **CENTEL,** Ceza Genel, s. 247;; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 223; **ÖZBEK,** TCK

Buna bağlı olarak, ister ceza hukukundan isterse ceza hukuku dışındaki diğer bir hukuk branşından kaynaklansın, şayet ceza kanunlarının suç olarak tayin etmek suretiyle yasakladıkları bir fiilin yapılmasına izin veren bir hukuk normu mevcutsa, artık bir hukuka uygunluk sebebi mevcuttur ve suç tipinde öngörülen hareketin yapılması suç teşkil etmeyecektir[1662].

5237 sayılı TCK md. 24 vd.nda, hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu etkileyen haller, Anglo-Sakson Hukukunda olduğu gibi '*ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler*' ortak başlığı altında ele alınmıştır[1663].

Bununla birlikte, YTCK md. 24'te düzenlenen 'kanun hükmü ve amirin emri'ni yerine getirme, YTCK md. 25'te düzenlenen 'meşru savunma ve zorunluluk hali' ile YTCK md. 26'da düzenlenen 'hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası' durumlarının aslında birer hukuka uygunluk sebebi olduğu söylenmelidir[1664].

Genel olarak, işkence suçu bakımından hiçbir hukuka uygunluk nedeninin varlığı düşünülemez[1665]. Bu husus, 1984 BM Sözleşmesi md. 2'de ve AİHS md. 3'ün sınırlanamayacağını öngören md. 15'te de vurgulanmıştır. Buna göre, harp veya milletin varlığını tehdit eden genel bir tehlike halinde dahi işkence yasağı sınırlanamaz.

İzmir Şerhi, s. 302; **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 128; **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 244.

[1662] Bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: II, no. 691; **ÖNDER,** Ceza Hukuku Dersleri, s. 219-221; **TOROSLU,** Ceza Hukuku, s. 65; **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK,** Ceza Hukuku, no. 157; **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Suç Teorisi, s. 107-108; **ERSOY,** s. 89-90; **ŞEN,** Ceza Hukuku, s. 391; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 227; **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 136.

[1663] Bu anlayışın gerekçesi için bkz. **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 250-251; eleştirisi için bkz. **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 303-304.

[1664] Bkz. **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 232 vd; **DONAY/KAŞIKÇI,** s. 28 vd; **YURTCAN,** YTCK, s. 73; **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 309, 322. Hakeri ve Özgenç ise, amirin emrini ifayı ve zorunluluk halini 'kusurluluğu kaldıran sebepler' arasında ele almaktadır, bkz. **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 214 vd, 218 vd, özellikle 220; **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 251, 360 vd, 380 vd.

[1665] Bkz. **NUHOĞLU**, s. 575; **ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 420; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 482; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 199; **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 22. Buna karşılık, uluslararası ceza hukuku açısından bu yargıya varmanın mümkün olmadığı konusunda bkz. **GAETA,** Necessity, s. 789 vd.

Gerçekten, işkenceye veya benzerî muameleye tâbi olmama, her insan için dokunulmaz ve mutlak bir haktır[1666]. Hakkın doğması için herhangi bir önkoşul ya da şarta gerek olmadığı gibi, herhangi bir istisnası da yoktur[1667]. Aynı şekilde, devletin içinde bulunduğu ve ihlale yol açan özel koşullar, örneğin terör veya organize suçlulukla mücadele gereği ya da mağdurun kışkırtıcı davranışları işkenceyi haklı gösteremez[1668].

BM KSHUS ile kurulan İnsan Hakları Komitesi de, 27.7.1982 t. ve 7 (16) sayılı genel yorumunda, yasağın kamusal tehlike hallerinde bile geçerli olup bundan sapan önlemlere izin verilmediğini ortaya koymuştur[1669].

Zaten hukuka uygunluk sebeplerini göz önüne getirecek olursak, bunlardan hiç birinin yapısı itibariyle işkence suçuna uygulanamayacağını görürüz.

B . Görevin İfası

Bu başlık altında, YTCK md. 24'te düzenlenmiş olan 'kanun hükmünü yerine getirme' ve 'amirin emrini ifa' hukuka uygunluk sebeplerine değinmek gerekir.

Kanunun hükmünü yerine getirme (YTCK md. 24/1), herhangi bir hukuk kuralıyla herkese ya da belirli durumda bulunanlara normda öngörülen şekilde davranma yetki ya da yükümlülüğü getirilmesidir[1670].

[1666] Bkz. **GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK**, s. 198; **GEMALMAZ,** Yaşam Hakkı…, s. 241; **REİSOĞLU**, s. 44; **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR,** s. 246-247. Daha önce de belirttiğimiz gibi, işkence yasağının emredici, mutlak bir uluslararası hukuk normu olduğu kabûl edilmektedir (bkz. **KAPANİ,** s. 115-116; **GÖÇER,** s. 173 vd).

[1667] Bkz. **OWEY/WHITE,** s. 58; **LAURSEN, Andreas,** Israel's Supreme Court and International Human Rights Law: The Judgement on 'Moderate Physical Pressure', NJIL, Vol. 69: 413–447, 2000, s. 425; **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR,** s. 247.

[1668] Tomasi/Fransa, 27.8.1992, § 42; Sakık ve diğerleri/Türkiye, 10.10.2000, § 53; Egmez/Kıbrıs, 21.12.2000, § 77.

[1669] **GEMALMAZ,** Yaşam Hakkı…, s. 238.

[1670] Bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: II, no. 764; **ÖNDER,** Ceza Hukuku Dersleri, s. 228-229; **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Suç Teorisi, s. 118-119; **TOROSLU,** Ceza Hukuku, s. 66-67; **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK,** Ceza Hukuku, no. 159; **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** Ceza Hukuku, s. 205 vd; **ŞEN,** Ceza Hukuku, s. 392-393; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA,** Ceza Genel, s. 506 vd; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 250; **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 343.

İşkence suçu bakımından böyle bir durum söz konusu olamaz. Gerçekten, işkence nitelikli bir davranışın gerçekleştirilmesini öngören bir kanun hükmü olmadığı gibi, Anayasa md. 17 çerçevesinde böyle bir hükmün getirilmesi de düşünülemez. Öte yandan, Türk hukuk düzeninde yasak sorgu yöntemleri kapsamlı bir şekilde düzenlenmiş; sanık haklarına somut ve detaylı bir biçimde mevzuatta yer verilmiştir. Bu açıdan, terörle mücadele iddiasıyla 'üçüncü derece sorgu yöntemleri'ne yer veren başka devletlerin aksine, bu tür yöntemlerin Türk hukukunda kabul görmediği ve göremeyeceğini belirtelim.

Bu tespit, işkence suçları bakımından 'yükümlülüklerin çatışması' sebebiyle hukuka uygunluk sebebinin uygulanamayacağını ortaya koyması bakımından önemlidir. Meşhur 'bomba yerleştirmiş terörist' örneğini verecek olursak, bu kimseye bombanın yerini söyletmek için kolluk görevlilerinin işkence nitelikli fiillere başvurması mümkün olmayacaktır.

Şöyle ki, görevlerin çatışması iki durumda söz konusu olabilir[1671]: ya failin yapma yükümlüğü altında bulunduğu iki davranıştan birisini seçmek zorunda kalması ya da icrai bir hareket yükümlülüğü ile kaçınma yükümlülüğünün çatışması durumunda. Verdiğimiz örnekte, ilk ihtimal söz konusu değildir; çünkü kolluğun kişiyi zorla konuşturma yükümlülüğü ya da cebrî yönteme başvurma görevi yoktur. İkinci ihtimal bakımındansa, kaçınma yükümlülüğünün konusu, insan onuruna saygı göstermektir ve bu, modern hukuk devletlerindeki en üst değer olduğundan, daha az değerli olan diğer yararın gözetilmemesi hukuka uygundur[1672].

Bununla birlikte, YTCK bakımından işkence suçunun failinin herhangi bir kamu görevlisi olabilmesi ve manevî unsur açısından genel kastın yeterli görülmesi karşısında, güvenlik kuvvetlerinin yakalama gibi adlî işlemler sırasında aşırı kuvvete başvurduğu durumlar tartışma yaratabilecektir.

[1671] Bkz. **ÖNDER,** Ceza Hukuku Dersleri, s. 263-264; **DEMİRBAŞ,** Ceza Hukuku, s. 278-279; **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 137-138.

[1672] Bkz. **ÖNDER,** Ceza Hukuku Dersleri, s. 263; **DEMİRBAŞ,** Ceza Hukuku, s. 279; **ÖZBEK,** TCK

Bilindiği üzere yakalama, hakim kararı bulunmaksızın kişi özgürlüğünün kısıtlanması demektir[1673]. En yaygın türü olan adli yakalama bakımından amacı, meşhut ya da öyle sayılan suçun faili durumunda bulunan ya da tutuklanacağı muhtemel görünen kişinin tutulması ve böylece uzaklaşmasının önlenmesidir[1674].

Yakalama, kişi özgürlüğünü kısıtlayan bir koruma tedbiri olup temel haklara dokunduğundan, bütün koruma tedbirleri için ortak bir özellik olan "orantılılık" ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır. Buna göre, kişinin özgürlüğünün elinden

---

İzmir Şerhi, s. 139.

[1673] Bkz. **KUNTER/YENİSEY,** İkinci Kitap, no. 48.16; **CENTEL/ZAFER,** s. 242. Öztürk/Erdem/Özbek'e göre, yakalama, '*şüphelinin veya sanığın kişi hürriyetinin, herhangi bir hâkim kararı olmaksızın sınırlandırılarak nezarethane adı verilen yere konması*'dır (bkz. **ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK,** Ceza Muhakemesi, no. 637). Gölcüklü'ye göreyse, müzekkere ile tevkif esasına uymanın, ceza kovuşturmasını başarısızlığa uğratma tehlikesi doğuracağı için derhal müdahalenin lazım geldiği acil hallerde, daha müzekkere verilmeden, suç işlediği sanılan kimsenin hürriyetinin tahdidine 'muvakkat yakalama' adı verilir (bkz. **GÖLCÜKLÜ, Feyyaz,** Ceza Davasında Şahıs Hürriyeti (Muvakkat Yakalama, Tevkif), Ankara 1958, s. 59 ('**GÖLCÜKLÜ**, Şahıs…'). Centel'e göre, yakalama '*ceza muhakemesinin yapılabilmesi ... amacıyla, henüz hakim tarafından verilmiş bir tutuklama kararı bulunmaksızın, yazılı hukuktaki koşullarla, suç işlediği şüphesi altında bulunan kişinin özgürlüğünün belli bir süre için kaldırılması demektir*' (bkz. **CENTEL, Nur,** Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, İstanbul 1992, s. 5 ('**CENTEL**, Tutuklama ve Yakalama'); benzer yönde **TOROSLU,** Ceza Muhakemesi, s. 211). Cihan/Yenisey'e göre, 'yakalama, kişinin geçici bir süre için nezaret altına alınarak, özgürlüğünün kısıtlanması' demektir (bkz. **CİHAN/ YENİSEY,** s. 308). Soyaslan'a göreyse yakalama, '*kişinin fizik, hareket özgürlüğünün ortadan kaldırılması*', '*yargıç kararı olmadan kişinin özgürlüğünün sınırlandırılmasıdır*' (bkz. **SOYASLAN, Doğan,** Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku, Ankara 2000, s. 221 ('**SOYASLAN**, Ceza Muhakemeleri'). Yurtcan'a göre, '*yakalama, suç şüphesi altında olan kişilerin özgürlüklerinin, henüz bir yargıç tarafından verilmiş tutuklama kararı olmadan önce sınırlandırılmasıdır'* (bkz. **YURTCAN,** Ceza Yargılaması, s. 325). Yeni YGİY md. 4'teki tanıma göre yakalama, '*Kamu güvenliğine, kamu düzenine veya kişinin vücut veya hayatına yönelik var olan bir tehlikenin giderilmesi için denetim altına alınması gereken veya suç işlediği yönünde hakkında kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunan kişinin gözaltına veya muhafaza altına alma işlemlerinden önce özgürlüğünün geçici olarak ve fiilen kısıtlanarak denetim altına alınmasını*' ifade eder. YGİY'deki dışındaki tanımlar, suç şüphesi altında olan kişinin özgürlüğünün kısıtlanmasını ifade eden 'adli yakalama'yı esas almaktadır. Geniş kapsamlı diğer bir tanıma göre '*kanunun verdiği yetkiye dayanarak kamu güvenliği ve kamu düzeninin korunması veya kişinin vücudu veya hayatına yönelik var olan bir tehlikenin giderilmesi için ya da kanunda gösterilen haller ile sınırlı olmak kaydıyla, muhafaza altına alınması gereken ya da suç işlediği yönünde hakkında kuvvetli delil ve emareler bulunan kişinin, ceza yargılamasının sağlıklı bir şekilde yapılabilmesini sağlamak amacıyla, hakim tarafından verilmiş bir tutuklama kararı olmaksızın özgürlüğünün geçici olarak kısıtlanmasına yakalama denir*', bkz. **ŞAHİN,** Yakalama**,** s. 27.

[1674] Bkz. **CENTEL,** Tutuklama ve Yakalama, s. 189; **KUNTER/YENİSEY,** İkinci Kitap, no. 48.18; **CENTEL/ZAFER,** s. 247. Soyaslan'a göre, bu işlem sayesinde delillerin yok edilmesi de önlenmiş olacaktır (bkz. **SOYASLAN,** Ceza Muhakemeleri, s. 221). Cihan/Yenisey'in, tedbirin amacına göre yaptığı ayrım uyarıncaysa, yakalama ya bir tehlikenin önlenmesi (önleme yakalaması) ya da suç işlendikten sonra sanığın ele geçirilmesi (adlî yakalama) için yapılır (bkz. **CİHAN/YENİSEY,** s. 308). Yakalama kurumunun tarihi gelişimi için bkz. **GÖLCÜKLÜ,** Şahıs…, s. 43 vd, **CENTEL**, Yakalama ve Tutuklama, s. 15 vd.

alınmasıyla muhakeme bakımından elde edilmesi umulan yarar ile, bu işlem ile kişiye verilen zarar arasında uygun bir orantı bulunmalıdır[1675]. Bu temel ilke, yakalama sırasında başvurulacak tedbirleri açısından de geçerlidir. Bu denge gözetilirse, eylem hukuka uygundur.

Yakalamanın belirli bir şekli yoktur, kişinin hareket özgürlüğünden yoksun bırakılıp denetim altına alınmasıyla gerçekleşir[1676]. Yakalama işlemi sırasında, özgürlük herhangi bir şekilde kısıtlanabilir. Bu esnada, PVSK md. 16 ve Ek md. 6 uyarınca, polisin zor ve silah kullanma yetkisi de mevcuttur.

Fakat, yakalama işleminin amacını aşacak şekilde (gerekli olanın ötesinde) zor kullanılması ya da muamelelerin yapılması (kişiyi yerlerde tekmelemek, gerek yokken kelepçeleyip yerde sürüklemek, sımsıkı bağlayıp sokaklarda dolaştırmak, insanların huzurunda hakaretler etmek) elbette ki düşünülemez[1677].

Yakalanan kişiye karşı, işleme karşı direnmesi (kaçmaya çalışması, saldırıda bulunması) durumunda, bunu önlemek için halin gerekli kıldığı ölçüyü aşmamak ve sağlığına zarar vermemek kaydıyla, her türlü önlem alınabilir, zor kullanılabilir (PVSK md. 13/3, Ek md. 6/2)[1678]. Burada, zor kullanmadaki amaç ve ölçü, yakalama işlemini mümkün kılmak amacıyla, bunu engellemeye yönelik direnci kırmaya yetecek hareketlerin yapılmasıdır[1679]. Orantılılık ilkesi, yani amacı gerçekleştirmeye yetecek en alt düzeyde kuvvet kullanılmış olması, temel ilke olmalıdır[1680].

İşte bunu aşan bir kuvvet kullanımı durumunda, ETCK md. 245, YTCK md.

[1675] Bkz. **CENTEL,** Yakalama ve Tutuklama, s. 9; **KUNTER/YENİSEY,** İkinci Kitap, no. 48.1; **YURTCAN,** Ceza Yargılaması; s. 305; **CİHAN/YENİSEY,** s. 203; **ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK,** Ceza Muhakemesi, no. 632; **CENTEL/ZAFER,** s. 243 vd.

[1676] Bkz. **CENTEL,** Yakalama ve Tutuklama, s. 189; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 29; **CENTEL/ZAFER,** s. 247.

[1677] Bkz. **GÖLCÜKLÜ,** Şahıs…, s. 76. Buna karşılık, araca binmeye zorlamak, odaya kapatmak, sıkıca tutmak gibi önlemlerin alınması maksada uygun sayılacaktır (bkz. **CENTEL,** Yakalama ve Tutuklama, s. 192; **SOYASLAN,** Ceza Muhakemeleri, s. 221).

[1678] Bkz. **CENTEL,** Yakalama ve Tutuklama, s. 191; **KUNTER/YENİSEY,** İkinci Kitap, no. 48.18.

[1679] Bkz. **ŞAHİN,** Yakalama, s. 310.

[1680] Bkz. **ŞAHİN,** Yakalama, s. 314.

256 uygulama alanı bulacaktır[1681]. YTCK açısından, artık diremeyen kişinin yerdeyken tekmelenmesi, güvenlik kuvvetlerince topluca tartaklanması, kişinin yerlerde sürüklenerek karakola götürülmesi gibi aşırı eylemlerin varlığı durumunda ise, YTCK md. 94 bile uygulanabilecektir.

Öte yandan, kişiye kelepçe takılması kolluğun takdirindedir. Ancak bunun için, yakalananın kaçacağına ya da kendisi veya başkalarının hayat ve beden bütünlükleri bakımından tehlike arz ettiğine ilişkin belirtilerin varlığı aranır (YGİY md. 7) Eski YGİY md. 7/1'de yer alan ve yakalanan kişinin direnmesi, saldırıya yeltenmesi veya saldırıda bulunması durumunda, kendisine her halukarda kelepçe takılacağına dair hüküm yeni Yönetmelikte yoktur. Fakat gereksiz yere kişiye kelepçe takılmasının, işkence teşkil edebilecek ağırlıkta bir fiil olmadığını vurgulayalım.

Kolluk görevlisinin silah kullanma yetkisi de mevcuttur[1682], fakat hem istisnai hem de bazı ön koşullara tabidir. Buna göre, sadece ağır cezayı gerektiren bir suçtan sanık olarak yakalanmaya çalışan ya da daha önce yakalanıp nezarete alınmış bir kimsenin kaçmaya çalışması (PVSK md. 16/C, 16/F) veya ağır cezayı gerektiren suçüstü durumunda suçlunun saklandığı yerin arandığı sırada o yerden çıkan şüpheli bir şahsın 'dur' emrini dinlememesi (PVSK md. 16/E) durumlarında, başka türlü sonuç elde edilemeyeceği anlaşıldığında, gerekli uyarı ve bildirim yapıldıktan sonra ateş edilebilir. Bu durumlarda dahi, silah kullanmanın son çare olduğuna ve silah kullanmanın öldürme amacı taşımamasına dikkat edilmelidir (PVSK md. 17).

Bu istisnai durumlar dışında, kaçan faile, yakalama amacıyla ateş edilemez; fakat uyarı amacıyla havaya ateş edilmesi düşünülebilir[1683]. Tabii ki, meşru müdafaa ve ıztırar hali her zaman saklıdır. AİHM'ye göre de, son çare olarak, hayat kurtarmak amacıyla, silah kullanılması ve hatta sanığın öldürülmesi Sözleşmeye uygundur[1684]. Zaten bu tür durumlarda işkencenin maddî unsurunun da oluşması çok güçtür.

[1681] Bkz. **ŞAHİN,** Yakalama, s. 313.
[1682] Bkz. **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 344 vd.
[1683] Bkz. **CENTEL,** Yakalama ve Tutuklama, s. 191; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 316.
[1684] Bkz. **KUNTER/YENİSEY,** İkinci Kitap, no. 48.24; **GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK**, s. 164 vd; **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 218 vd.

Özetle, buradaki kıstas şudur: demokratik bir devlette güvenlik kuvvetleri tarafından şiddet kullanmanın sınırı oranlılık ilkesiyle belirlenir. Buna göre, amaçlanan hedefe ulaşmak için temel hakların kısıtlanması, mutlaka gerekli olan asgarî ölçüde kalmalıdır. Buna göre, örneğin yakalanmaya çalışılan kimsenin direnmesi gibi bir durumda, 'ağır, telafi edilemez ve derhal gerçekleşebilecek bir zararı önlemek için' kamu yararına şiddet kullanılabilir[1685]. Bu denilenlerden, kuvvet kullanmanın hukuka uygun sayılabilmesi için üç somut kritere ulaşmak mümkündür[1686]:

- Güvenlik kuvveti mensubu en az zarar verecek aracı seçmelidir;
- Şiddet kullanımı gerekli ve zorunlu olmalıdır, ilgili kişiyi durdurabilmek/ele geçirebilmek için işe yarayabilecek tek yöntem olmalıdır;
- Başvurulan şiddet, önlenmek istenen kötülükle orantılı olmalıdır.

Eğer yakalama ve diğer adlî işlemler sırasında devlet kuvvetleri bu esaslara uygun çerçevede bir kuvvet kullanımına giderlerse, fiilleri 'görevin ifası' hukuka uygunluk sebebi nedeniyle hukuka aykırı olmayacaktır.

Yetkili merciin emrini ifa hukuka uygunluk sebebiyse (YTCK md. 24/2), konusu suç teşkil eden emrin hiçbir surette yerine getirilemeyeceği, aksi takdirde yerine getiren ile emri verenin sorumlu olacağını öngören An. md. 137/2 ve YTCK md. 24/3 hükümleri karşısında, ilk bakışta uygulama alanı bulamaz. KSHUS İnsan Hakları Komitesi de, 3.4.1992 tarih ve 20 (44) sayılı genel yorumunda, bir amirin ya da kamusal makamın emrinin, hiçbir koşulda işkence yasağının ihlal edilmesini meşru veya maruz görülebilir kılmayacağını vurgulamıştır[1687].

Fakat burada akıl karıştırabilecek bir husus, YTCK md. 24/4 hükmüdür. Buna göre '*Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hâllerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur*'.

[1685] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 19.
[1686] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 20.
[1687] Bkz. **GEMALMAZ,** Yaşam Hakkı…, s. 240.

Bu hükmün anlamı nedir? Acaba bu düzenlemeden, mutlak itaatin arandığı durumlarda[1688], konusu suç teşkil eden emri yerine getirenin sorumlu tutulamayacağı sonucu çıkarılabilir mi? Bunu düşündüren bazı önemli ipuçları vardır.

Bir kere, emrin hukuka aykırılığı iki şekilde ortaya çıkabilir: emrin içeriği ya hukuka aykırıdır, fakat suç teşkil etmemektedir ya da hem hukuka hem de ceza kanunlarına aykırıdır. YTCK md. 24/4 hükmü, konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emirle ilgilenemeyeceğine göre, düzenlemenin lafzi ifadesi şudur: '*Emrin, hukuka uygunluğunun (yani, suç teşkil edip etmediğinin) denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hâllerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.*'

Peki, o halde, buradaki '*emri veren sorumlu olur*' ibaresinin anlamı nedir. Bu da iki şekilde yorumlanabilir: a) emri veren *de* sorumlu olur; b) *artık sadece* emri veren sorumlu olur. Eğer ilk yorumu benimseyecek olursak, o zaman bu husus zaten md. 24/3'te belirlenmiştir ('*Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur*'), ki bu durumda dördüncü fıkra hükmü önemi sebebiyle iki kez vurgulanmıştır, denmelidir. Şayet ikinci yorumu seçecek olursak bu, sistematik yorum sistemine de uygun düşer, çünkü dördüncü fıkra, kuralı ortaya koyan üçüncü fıkranın ardından ve onu da kapsayacak şekilde gelmektedir. Yani, genel bir istisna olmaya müsaittir[1689].

Böyle bir netice, Anayasa md. 137'ye de aykırı olmaz, çünkü maddenin son fıkrasına göre '*askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için* ***kanunla gösterilen istisnalar saklıdır'***. Öte yandan böyle bir anlayış, Uluslararası Ceza Divanını kuran Roma Statüsü md. 33'teki, belirli durumlarda amirin emrini ifa etmenin ceza sorumluluğunu ortadan kaldıracağı yönündeki hükme de uygundur.

[1688] Özellikle asker kişiler bakımından sorun önemlidir; aynı ölçüde olmasa da, polis teşkilati içerisinde de mevzuatın mutlak itaati öngördüğü durumlar mevcuttur, bkz. **DÖNMEZER/ ERMAN,** Cilt: II, no. 775 vd; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA,** Ceza Genel, s. 511, dn. 169-171; **CENTEL,** Ceza Genel, s. 278 vd; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 254 vd.
[1689] Bkz. bu yönde **YURTCAN,** YTCK, s. 73.

Son olarak, CMK'da yapılan güncel bir değişiklik de 'şüpheleri arttırmaktadır'. Gerçekten, CMK md. 223/f. 3'e göre '*Sanık hakkında;*

a) Yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması,

b) Yüklenen suçun zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi,

c) Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması,

d) Kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi,

Hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir'di. Fakat, TBMM tarafından 25.5.2005'te kabul edilen 5353 s.K'nın 30. maddesi ile Ceza Muhakemesi Kanununun 223. maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir: '*b) Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi*'. Demek ki, konusu suç teşkil eden emri yerine getiren fail, kusuru bulunmaması sebebiyle ceza almayacaktır[1690].

Nitekim, bu durum karşısında *Özgenç*'in vardığı çözüme göre[1691], astın içinde bulunduğu hiyerarşik yapı dolayısıyla, hukuka aykırı emre uymak 'mecburiyetinde' kalması mümkün olabilmektedir. Her ne kadar suç teşkil eden emirler bakımından, sırf hiyerarşik yapının varlığı karşısında böyle bir mantıkî kurguyu bir hukuk devletinde kabul etmek uygun olmasa da, askerî mevzuatta yer alan kurallar karşısında (özellikle Askerî Ceza Kanunu md. 41/'), konusu suç teşkil eden emri yerine getirenin eylemi hala hukuka aykırı olmakla beraber, 'kusurlu' sayılmayabilir.

Bütün bunlara karşılık, konusu suç teşkil eden emri yerine getirenin sorumluluktan kurtulamayacağının Türk Ceza Hukukunda da genel kabul gören bir ceza hukuku ilkesi olduğu[1692] ve ancak yanılması sebebiyle emrin suç teşkil ettiğini

[1690] Bkz. bu yönde **YURTCAN,** YTCK, s. 73.
[1691] Bkz. **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 362 vd.
[1692] Bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: II, no. 774 vd.; **ÖNDER,** Ceza Hukuku Dersleri, s. 235; **TOROSLU,** Ceza Hukuku, s. 69-70; **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK,** Ceza Hukuku, no. 160 vd;

bilmeyen ya da cebir düzeyinde bir baskıyla karşılaşan astın sorumluluktan kurtulmasının mümkün olabildiği; astın mutlak sorumsuzluğunu öngören bu kadar temel bir değişiklik getirilmek istenseydi, buna gerekçede mutlaka açıklık getirileceği de düşünülebilir. Oysa, md. 24/4 hükmüne gerekçede değinilmemiştir bile. Fakat, bütün bu düzenlemeler yukarıda belirttiğimiz türden bir yoruma açık kapı bırakmaktadır.

Neticede ilk görüş benimsense dahi, bu durumda da An. md. 90/son hükmü devreye girecektir. Ulusal mevzuatımızdaki hükmü, astın sorumsuzluğu şeklinde yorumlama yoluna gidilse dahi, 1984 BM Sözleşmesi ve AİHM içtihatları doğrultusunda, işkence suçu bakımından yetkili merciin emrini yerine getirmenin cezai sorumluluğu etkilemeyeceği sonucuna varılmalıdır.

Bunun istisnaları, ceza hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde kusursuz yanılma ya da cebir olabilir. Zaten Askeri Ceza Kanunu md. 41/3-b hükmü '*amirin emrinin adlî ve askerî bir suç maksadı ihtiva eden bir fiile müteallik olduğu kendisince malum*' ise astın sorumlu olacağını öngörerek, emrin suç teşkil ettiğinin ast tarafından bilinmemesi durumunda[1693] onu sorumluluktan kurtarmaktadır. Oysa, işkence bakımından 'yanılma'dan bahsetmek pek mümkün değildir. Cebir açısından ise, ancak ast konumundaki failin iradesini etkisiz kılma düzeyine varıp onu araç konumuna indirgeyen bir durumun varlığı halinde kusurluluğun ortadan kalktığı söylenebilecektir.

C. Meşru Savunma

Meşru savunma, bir kişinin kendisini ya da üçüncü bir kişiyi haksız bir saldırıdan korumak amacıyla saldırgana karşı gerçekleştirdiği zorunlu ve oranlı

İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER, İçel Suç Teorisi, s. 129; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA,** Ceza Genel, s. 511-513; **CENTEL,** Ceza Genel, s. 279, 280; **ŞEN,** Ceza Hukuku, s. 395-397; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 254 vd; **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 312; **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 217-218.

[1693] Kıyaslayınız **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 366.

savunma hareketidir[1694].

YTCK md. 25/1'deki meşru savunma halinin, yapısı itibariyle işkence niteliğindeki bir hareketin uygulanmasını gerekli kılması pek düşünülemez.

Gerçekten de, meşru savunmanın koşullarından biri de, savunmada zorunluluk bulunmasıdır. Bunun anlamı, saldırıdan korunmak için verilen tepkinin zorunlu olması, saldırıdan başka türlü korunma imkanının olmamasıdır[1695]. Bu kriter ve işkence suçunun niteliği karşısında, savunma durumunda bulunanın kendisine yönelik ve halen devam eden saldırı karşısında tek seçeneğinin işkence yapmak olduğu, saldırgana işkence yapmaksızın saldırıyı savuşturmanın imkansız olduğunun söylenebileceği bir durum düşünemiyoruz[1696].

D. Zorunluluk (Iztırar) Hali

YTCK md. 25/2'ye göre '*Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez*'.

Bu doğrultuda, zorunluluk halinin bir kimsenin bilerek neden olmadığı bir tehlikeden kendisini veya başkasını kurtarmak zorunluluğu karşısında, normalde suç teşkil eden ve tehlikeyi uzaklaştırmayı yetecek ölçüde olan bir fiili işlemek zorunda

[1694] Bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: II, no. 782 vd.; **ÖNDER,** Ceza Hukuku Dersleri, s. 240 vd; **TOROSLU,** Ceza Hukuku, s. 70 vd; **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK,** Ceza Hukuku, no. 161 vd; **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Suç Teorisi, s. 129 vd; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA,** Ceza Genel, s. 513 vd; **CENTEL,** Ceza Genel, s. 286 vd; **ŞEN,** Ceza Hukuku, s. 397 vd; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 257.

[1695] Bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: II, no. 808-810; **ÖNDER,** Ceza Hukuku Dersleri, s. 244-245; **TOROSLU,** Ceza Hukuku, s. 73; **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK,** Ceza Hukuku, no. 169; **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Suç Teorisi, s. 145-150; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA,** Ceza Genel, s. 521; **CENTEL,** Ceza Genel, s. 294; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 264-265; **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 141.

[1696] Meşru savunma ortamında işkencenin meşru olduğunu savunan görüşe göre bile, bunun da sınırları vardır. Mesela, organların kesilmesi gibi davranışlar bu çerçevede meşru değildir, çünkü burada

kalmasını gerektiren durumdur[1697], şeklinde bir tanımı verilebilir.

İşkence suçu bakımından yakın zamanda yoğun olarak tartışılan bir konu, özellikle terör suçlarıyla bağlantılı olduğu düşünülen kimselerin ifadesine başvurulması kapsamında, toplumu büyük tehlikelerden korumak amacıyla işkence veyahut benzerî nitelikli sorgu usullerine başvurulup başvurulamayacağıdır.

Uluslararası içtihatlara bakacak olursak, 6.9.1999 tarihinde Yargıtay sıfatıyla hareket eden İsrail Yüksek Mahkemesi, Genel Güvenlik Teşkilatına ('*Shin Bet*' ya da '*Shaback*') mensup İsrailli sorgu görevlilerinin sanıkları uzun süre rahatsız pozisyonlarda oturtma veya ayakta tutma, sıkı şekilde elden ya da ayaktan kelepçeleme, yüksek gürültüye maruz bırakma, uykudan mahrum bırakma, başa çuval geçirme, soğuk odada tutma ve şiddetle sarsmaktan oluşan 'ölçülü fiziksel baskı ('*moderate physical pressure*') yöntemlerinin yasal dayanağı bulunmadığı için hukuka aykırı olduğunu belirttikte sonra; cezaî sorumluluk açısından bu yöntemleri uygulayanların hukuka uygunluk sebebinden (zaruret hali) yararlanabileceklerini öne sürmesi dikkate değerdir[1698].

Mahkeme önündeki iddialarında[1699], başvurucular bu eylemlerin sanıkların insan onurunu ihlal edip suç teşkil ettiği gibi, uluslararası hukuk uyarınca yasaklanmış olan işkence eylemini oluşturduğunu öne sürmüşlerdir. Ayrıca, zorunluluk haline dayanarak güvenlik kuvvetlerinin bu eylemlere başvurmak için peşinen yetkili kılınamayacaklarını savunmuşlardır. İsrail Devleti ise, söz konusu metodların ne işkence ne zalimane ve insanlık dışı muamele ne de küçük düşürücü muamele olarak nitelendirilebileceğini iddia etmiştir. Devlet, alınan önlemlerin İsrail Hukuku uyarınca yasal olduğunu, fiziksel baskı yollarına başvurmanın çok istisnai olup çok ekstrem durumlarda bir son çare olarak kullanıldığını öne sürmüştür.

---

müdafaa hakkının sosyal etik bir sınırı aşılmaktadır, bkz. **HİLGENDORF,** s. 15.
[1697] Bkz. **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 267.
[1698] Bkz. *Supreme Court of Israel: Judgment Concerning the Legality of the General Security Services Interrogation Method, 38 I.L.M. 1471, 1478, 1480-85 (1999),* aktaran: **PARRY,** s. 243
[1699] Bkz. **LAURSEN,** s. 423.

Mahkeme ise, zorunluluk halinin ulusal hukuk tarafından tanınan bir hukuka uygunluk sebebi olduğunu kabul etmekle birlikte, bu kurumun bu şekilde bir güç kullanma yetkisini içermediğini tespit etmiş; fakat güvenlik görevlilerinin somut olayın özelliklerine göre ve her vatandaşın yararlanacağı ölçüde, söz konusu hukuka uygunluk sebeplerine dayanabileceklerini tespit etmiştir[1700].

Bu tarihten önce, İsrail Hükümeti tarafından 31.5.1987 tarihinde kurulmuş olan bir Komisyonun ('Genel Güvenlik Teşkilatının Düşmanca Terör Faaliyetlerine İlişkin Soruşturma Yöntemlerinin Araştırılmasına dair Komisyon' – '*The Commission of Inquiry into the Methods of Investigation of the General Security Service Regarding Hostile Terrorist Activities')* hazırladığı ve Komisyon üyesi *Landau*'nun ismiyle anılan raporda zorunluluk hukuka uygunluk sebebine çok geniş bir uygulama alanı tanınmış ve terör faaliyetlerinin yol açacağı büyük kötülüğün, işkence düzeyine varmamak kaydıyla, fiziksel baskıya dayalı yöntemlerin kullanılmasını meşru kıldığı belirtilmişti. Hatta rapora göre, terör faaliyetinin derhal gerçekleşebilecek olduğu durumlar dışında, böyle bir tehlikenin sadece potansiyel olarak var olması halinde de söz konusu yöntemlerin uygulanması hukuka uygun olacaktı[1701]. Komisyon raporunun sonuç ve tavsiyeler bölümünde ise, bir terör zanlısının baskı kullanılmaksızın sorgulanmasının imkansız olduğu belirtilmişti. Burada söz konusu olması gereken, öncelikle maddî şiddet içermeyen psikolojik baskı, fakat bunun işe yaramadığı durumlarda ise, kaçınılmaz olarak 'makul/ılımlı' ölçüde fiziksel baskının kullanılmasıdır[1702].

Özellikle uluslararası terörün Batılı devletleri ve en başta ABD'yi hedef almasından sonra tekrar gündeme getirilen bu görüşe göre, şayet başkalarının yaşamı ağır ve muhakkak bir tehlike altındaysa ve geriye başka bir çare kalmamışsa, sorgu yöntemi olarak işkenceye başvurulması durumunda, zorunluluk hali (YTCK md. 25/2) hukuka uygunluk sebebi mevcuttur[1703].

[1700] Bkz. **LAURSEN,** s. 423, özellikle 424 vd.
[1701] Bkz. **LAURSEN,** s. 416.
[1702] Bkz. **LAURSEN,** s. 417.
[1703] Bkz. **PARRY,** s. 258

Uluslararası doktrinde de vurgulandığı üzere, 1984 tarihli BM Sözleşmesinin hiçbir istisnai durumun (ne harp hali, harp tehdidi, iç siyasi istikrarsızlık veya herhangi başka bir olağanüstü hal) işkenceyi haklı kılmayacağına ilişkin ikinci madde hükmü, sadece ilk maddedeki işkence bakımından geçerlidir. Buna karşılık, 16. maddede düzenlenen diğer yasak türden muameleleri önleme yükümlülüğü yer alsa da, bunlar açısından istisna yasağı getirilmiş değildir. Buna dayanarak, işkence düzeyine varmayan hareketler bakımından, ıztırar hukuka uygunluk sebebinin uygulanabileceği öne sürülebilmektedir[1704].

Buna karşılık KSHUS md. 4/2 hükmüyle, yedinci maddede düzenlenen tüm yasak davranış kategorileri (işkence, zalimane, gayri insani ya da küçük düşürücü muamele ya da ceza) bakımından olağanüstü hâle dayalı istisna getirme yasağına yer verilmiştir. AİHS md. 3 açısından da aynı anlayış geçerlidir.

Amerika Birleşik devletleri bakımından da, 11 Eylül 2001 saldırılarından önce yapılan bir yorum beyanına göre ne federe ne federal ne yerel, ne sivil ne de askerî hiçbir hükûmet görevlisi (devlet memuru), işkence işlemeye veya başkasına bu yönde talimat vermeye yetkili değildir. Hiçbir memur, herhangi şekilde işkenceyi mazur göremez ya da buna müsamaha edemez. Hiçbir olağanüstü durum işkenceyi haklı gösteremez. ABD Hukuku, yasaklanmış olan işkence ya da diğer zalimane, insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele veya cezanın, mücbir sebebe (örneğin, 'olağanüstü hal') dayanarak veya âmir ya da yetkili merciin emrine dayanarak uygulanabilmesine müsaade eden hiçbir hüküm içermemektedir[1705].

Sıklıkla argüman olarak kullanılan ünlü bir örneğe göre, bir terorist ele geçirilmiştir ve örgütünün toplu bir yere bomba bıraktığı ve onun, bombanın yerini bildiği anlaşılmıştır. Fakat şahıs bombanın yerini söylememekte; zaman daralmakta, yüzlerce kişinin ölümü kaçınılmaz olmaktadır. Bu durumda, bu kimselerin yaşamını kurtarmak amacıyla, bu kimse zorla konuşturulamayacak mıdır?

[1704] Bkz. **PARRY,** s. 243; **GAETA,** Necessity, s. 787-788.
[1705] U.S.Department of State, Initial Report of the United States of America to the U.N. Committee Against Torture, Introduction (1999)'dan aktaran: **PARRY,** s. 246.

Gerçek hayatta benzer bir örnek, Almanya'da yakın tarihte yaşanmıştır. Almanya'nın en eski bankalarından birinin sahibi olan zengin *von Metzler* ailesinin on bir yaşındaki çocuğu *Jakob von Metzler*, fidye istemek amacıyla yirmi sekiz yaşındaki Frankfurtlu bir hukuk öğrencisi olan *Magnus Gäfgen* tarafından kaçırılır. Fail, Ekim 2002'de yakalanır. Aslında mağdur, kaçırıldıktan hemen sonra öldürülmüştür; fakat, polis bunu bilmemektedir. Kaçırılan çocuğun hayatından endişelenen polis, mağdurun bulunduğu yeri açıklamadığı taktirde şüpheliyi ona acı vermekle tehdit eder. Frankfurt Emniyet Müdürlüğü Başyardımcısı *Wolfgang Daschner* tarafından emredilen bu tehdit kayıtlara geçirildiği gibi, savcıya da bildirilir. Bunun üzerine şüpheli, çocuğun yerini açıklar; fakat mağdurun cansız bedeni bir gölün yakınında bulunur[1706].

Bu olay Almanya'da basının büyük ilgisini çekmiş ve belirli hallerde, masum bir insanın hayatını kurtarabilmek için işkencenin meşru olup olmadığının yoğun biçimde tartışılmasına yol açmıştır[1707]. Hatta, bu amaca hizmet edecek bir bilgiyi almaya yönelik işkenceye de '*kurtarma işkencesi*' denilmiştir[1708].

Bu olay doğrultusunda meseleyi incelemeden önce şunu söyleyelim ki, bu son olayda bizce tartışılması gereken 'ıztırar' değil, 'üçüncü kişi lehine meşru savunma' halidir. Çünkü bu olayda, bizzat saldırgana yönelik ve başka bir kimsenin yaşamını kurtarmaya yönelik bir hareket vardır. Şayet, bu koşullar altında, çocuğunun yerini söylemesi için zanlının annesine işkence yapılacak olsaydı, o zaman ıztırar örneği tartışılabilirdi. Ya da örneğin, belirli bir bölgede kaçırılan ve öldürülmesinden korkulan kişinin yerini tespit etme çalışmaları kapsamında, o kişinin kaçırıldığı yerdeki sabıkalı herkes toplanıp şiddete dayalı yöntemlerle sorgulanmak istense, zorunluluk durumu düşünülebilirdi. Fakat, *von Metzler* olayı gibi durumlarda da genelde 'zorunluluk hali' argümanına dayanıldığı için, tartışmayı bu eksende ele alacağız.

[1706] Bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/Ethical_arguments_regarding_torture, http://lanazione.it/art/2002/10/01/3727396 (son erişim tarihi 24.8.2005).
[1707] Bkz. **HİLGENDORF,** s. 11.

Görüşümüze gelirsek, zorunluluk hâline dayanarak işkenceyi meşrulaştırmak mümkün değildir. Hatta işkence düzeyine varmayan kötü muameler bakımından da aynı görüş geçerlidir. Çünkü, insan onurunun işkence gibi ekstrem ihlaller dışındaki durumlarda da mutlak bir koruma getirdiği söylenebilir[1709].

Bu konuda savunulabilecek bütün ahlaki, felsefi ve insan hakları eksenli savlar bir yana[1710], meseleyi ceza hukuku açısından incelemekle yetineceğiz. Buna göre, zorunluluk halinden bahsedebilmek için gereken koşullardan birisi 'korunma hareketi ile tehlike arasında oran olması'; diğer bir deyişle, korunmak istenen hak ya da değerin, feda edilen değere en az eşit olmasıdır[1711] (YTCK md. 25/2).

Oysa, işkence yasağıyla korunan insan haysiyeti, Alman ve İspanyol Anayasası gibi bir çok anayasada[1712] ve uluslararası belgelerde ortaya konduğu üzere, en üst değerdir. Yani, bir haklar hiyerarşisi çizilecek olursa, temel norm olarak en tepede insan haysiyeti yer alacaktır. Bu bakımdan, insan haysiyetinin çekirdeğinin (ve herhangi bir temel hakkın özünün), değerler tartımına tabi tutularak yarışan diğer bir hukukî yarara feda edilmesi de düşünülemez[1713].

[1708] Bkz. **HİLGENDORF,** s. 13.

[1709] Bkz. **ERDEM,** s. 238-239.

[1710] Bunlar için bkz. yukarıda Birinci Bölüm, § 2, III altında aktarılanlar.

[1711] Bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: II, no. 836; **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK,** Ceza Genel, no. 181; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Genel**,** s. 530-531; **CENTEL,** Ceza Genel, s. 286; **DEMİRBAŞ,** Genel Hükümler, s. 276; **DONAY/KAŞIKÇI,** s. 31; **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 226-228.

[1712] Gerçekten de 1949 tarihli Federal Alman Anayasası'nın 1. maddesinde ve temel hak kataloğunun başında insan onuruna yer verilmiş, Anayasanın 1/I. Maddesinde '*insan onurunun dokunulmazlığı*' güvence edildikten sonra ikinci fıkrada da '*insan onurunu koruma ve buna riayetin bütün devlet güçlerinin ödevi*' olduğu belirtilmiş, nihayet 79/III. maddesinde insan onurunun dokunulmazlığı, Anayasanın değiştirilemeyeck bir hükmü olarak kabul edilmiştir, bkz. **ŞİMŞEK,** s. 39-40. Alman Anayasa Mahkemesi de, insan onuru ilkesinin anayasal düzen içerisindeki en yüksek hukukî değer olduğunu belirtmiştir, bkz. age, s. 40, dn. 136. İspanyol Anayasası md. 10.1'de de, insan haysiyetinin, onda mündemiç dokunulmaz hakların… siyasal düzen ve sosyal barışın temeli olduğu vurgulanmıştır, bkz. **PÉREZ MACHÍO**, s. 22 vd.

[1713] Bkz. **ŞİMŞEK,** s. 115-116, 119; **ERDEM,** s. 237. Alman doktrinine göre de, vücut bütünlüğü, soyut olarak daha üstün değerler sebebiyle bile, toplumsal ve etik açılardan zadelenmesine izin verilemeyecek bir sınır oluşturmaktadır, bkz. **ÖNDER,** Ceza Hukuku Dersleri, s. 255; **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Suç Teorisi, s. 166; **KOCA,** Hukuka Aykırı Deliller, s. 145. Keza Hakeri'ye göre, korunma hareketi hukuk düzeninin temel prensipleriyle çatışma içindeyse, zorunluluk hali kabul edilemez, bkz. **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 225.

İnsan onuru, hukuksal düzenin en başındadır ve diğer bütün temel haklar insan onurunun bir parçası olarak ortaya çıkmaktadır[1714]. Öte yandan, insan onuru devlet öncesi ve pozitif-üstü bir haktır, bu niteliğiyle de Anayasa koyucuyu bile bağlamaktadır. Bunun anlamı, yasa ve hatta anayasalarla bile ihlal edilmesi mümkün olmayan bir hukuksal değerin söz konusu olmasıdır[1715]. İnsan onuru, devletin meşruluğunu belirleyen bir ölçüttür[1716] ve kendisini hukuk devleti sayan bir devlet, tüm faaliyetlerinde insan onuruna saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür[1717]. Bu bakımdan insan onuru, hiçbir zaman toplumsal ve kamusal amaçlar için insanın basit bir obje ya da araç konumuna düşürülemeyeceği bir özgürlük alanının bireye garanti edilmesiyle korunmuş olur[1718]. Diğer bir deyişle, hiçbir kamusal amaç ya da yararın insan onuruna dokunmayı haklı kılması mümkün değildir[1719].

Öte yandan, bir hukuk devletinde insan onurunun dokunulmazlığı ilkesi, suçlunun cezasız kalması uğruna dahi bu değerin korunmasını gerektirir[1720]. Çünkü insan onurunu en yüksek değer olarak tanımayan bir düzen, hukuk devleti olarak tanımlanamaz[1721].

Belirtmek gerekir ki, ceza adaletinin işlevselliği gerekçesine dayanarak, insan onurunun dokunulmazlığına müdahale etmenin oranlılık ilkesi çerçevesinde mümkün olduğunu savunan görüşler de mevcuttur. Buna göre, ceza adaletinin işleyebilmesi, halkin güvenlik ihtiyacı, bireyin güvenlik hakkı karşısında insan onuruna tanınan korumayı arka plana itebilmelidir[1722].

[1714] Bkz. **ŞİMŞEK,** s. 8. Şahin'in aktardığı gibi, bir hukuk devleti anayasasının dayandığı değerlerin başında insan onuru gelir, bkz. **ŞAHİN,** Yakalama, s. 104.
[1715] Bkz. **ŞİMŞEK,** s. 8.
[1716] Bkz. **ŞİMŞEK,** s. 12.
[1717] Bkz. **ŞİMŞEK,** s. 47.
[1718] Bkz. **ŞİMŞEK,** s. 13.
[1719] Bkz. **ŞİMŞEK,** s. 115.
[1720] Bkz. **ŞAHİN,** Yakalama, s. 107; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 127.
[1721] Bkz. **ŞAHİN,** Yakalama, s. 104; **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 65.
[1722] Bkz. **ERDEM,** s. 238. Fakat eylemi gerçekleştiren bireyin ulusal hukuk uyarınca cezaî sorumluluğu olmadığı kabul edilse bile, devletin uluslararası sorumluluğunun bu koşullar altında dahi devam edeceği belirtilmektedir, bkz. **LAURSEN,** s. 431.

Oysa bize göre, bütün devlet güçleri, dokunulmaz olan insan onuruna sadece riayet etmek değil; aynı zamanda onu korumak pozitif yükümlülüğü altındadırlar. Bu yükümlülüğe bağlı olarak, insna onuru, devleti temel hak ve özgürlüklerin özüne yönelik müdahalelerde bulunmaktan alıkoyar ve bunların tehlikeye düşürülmesine karşı koruma sağlar[1723].

Neticede, insan onurunun ceza yargılamasında nispileştirilmesi mümkün değildir, bu değerin mutlak (istisnasız) olarak korunması bir hukuk devleti için şarttır[1724].

Bu noktada son bir itiraz daha düşünülebilir. İnsan onuru, diğer bir insanın onurunu korumak için sınırlandırılamaz mı[1725]? Somutlaştırmak gerekirse, şüphelinin insan onurunu koruma gerekçesiyle mağdurunki feda mı edilecektir?

Burada iki husus öne sürebiliriz. Her şeyden önce, bir hukuka uygunluk sebebi olarak işkenceyi kabul edecek olursak mağdur bakımından korumak istediğimiz yararın da insan onuru olması gerekir (oranlılık ilkesi). Oysa, suçların büyük çoğunluğunda ihlal edilen hukukî yarar insan onuru değildir. Bu nedenle, madem hayat kurtarmak için silah kullanılabiliyor ve hatta saldırganı etkisiz hale getirmek için – belirli koşullarla- onu öldürebiliyorsak, o zaman sadece acı veren işkenceye başvurmak neden caiz olmasın[1726], şeklindeki argüman da geçersizdir. Çünkü modern ve insan haklarına dayalı bir hukuk devleti, belirli koşullarla vücut bütünlüğüne ve hatta yaşam hakkına yönelik darbeyi kaldırabilir; ama onuru yok etmeye yönelik olanı asla!

Öte yandan, çok daha pratik bir argüman mevcuttur. Bir şüpheliyi ele geçirdiğiniz zaman, adı üzerine, o şahıs sadece bir şüphelidir. Verilen meşhur bomba

[1723] Bkz. **ERDEM,** s. 238.
[1724] Bkz. **ŞİMŞEK,** s. 177.
[1725] Bkz. **ERDEM,** s. 238.
[1726] Bkz. **HİLGENDORF,** s. 16.

örneği mesnetsiz bir faraziyedir[1727]. Hiçbir şüphelinin alnında suçu ve suçluluğu yazmamaktadır. Şüphe üzerine ele geçirilen kişinin gerçekten önlenmek istenen suçla alakalı olduğu kesin olarak bilinmemektedir. Bilinse bile konuşacağı, konuşşa bile doğruyu söyleyeceği, ya da konuşup doğruyu söylese bile bunun işe yarayıp yaramayacağı bilinmemektedir.

İşte bu sebeple, bir şüphe uğruna ve bir başka insanın onurunu kurtarmak bahanesiyle, bir şüphelinin insan onuruna kesin olarak ve peşinen darbe indirmek, bizce oranlılık ilkesine uygun değildir[1728]. Devletin, insan onurunu koruma yönündeki pozitif yükümlülüğünü gerçekleştirebilme ihtimaline dayanarak, ilk etaptaki negatif yükümlülüğünü göz ardı edebilmesi, uygun bir çözüm önerisi değildir. Bu öneri tek bir koşulla kabul edilebilir: bazılarının insan onurunun diğerlerinkinden (şüphelilerinkinden) üstün olduğunun kabulü! Bunu da herhalde savunmak mümkün değildir.

Kaldı ki, bir an için 'meşru bir amaç için işkence yapılabilir mi?' sorusuna olumlu cevap verilse bile, başka sorunlar ortaya çıkacaktır. İşkenceyi kim, nasıl, ne ölçüde yapacaktır? Bir hukuk devletinin kanunlarında, Ortaçağda olduğu gibi işkence tarzı düzenlenemeyeceğine göre, bunun ölçüsü de ilgili kolluk görevlisinin insafına ve hatta 'zevkine' bırakılacaktır[1729]!

Yine, adlî amaçla kötü muameleyi bu şekilde meşrulaştırmak, Ortaçağlardan beri işkence olgusunu sosyal olarak doğuran anlayışı[1730], yani yerleşik düzeni korumak amacıyla devlet otoritesi adına hareket ederek işkenceye başvuranların ahlaki ve hukukî olarak meşru zeminde hareket ettiği görüşünü hortlatmak anlamına gelir. Böylece, topluma doğrudan ve aniden işkenceyi sokmak yerine, insan onurunun sınırlandırılabileceğine dair bir fikir akımını yavaşça başlatarak ve antropolojiyi yavaşça değiştirerek öyle bir noktaya gelmek mümkün olur ki, bu değişim sayesinde

[1727] Bkz. aynı yönde **LAURSEN,** s. 433, dn. 92.
[1728] Benzer yönde görüş için bkz. **GAETA,** Necessity, s. 791-792. Yazar aynı gerekçelerle, işkenceye başvurmanın tehlikeyi def etmek açısından uygun ve gerekli, zorunlu bir araç olmadığı sonucuna varmaktadır.
[1729] Aynı yönde bkz. **HİLGENDORF,** s. 15, **LAURSEN,** s. 434; yine bkz **GAETA,** Necessity, s. 793.

işkenceye başvurma olgusu makul ve öngörülebilir bir adım haline gelir[1731].

Bir hukuka uygunluk sebebi olarak zorunluluk haline dayanmanın imkansızlığı konusunda başka itirazlar da öne sürülmüştür. Buna göre, zorunluluk durumunda tümüyla masum bir kimsenin zarara uğratılması söz konusuyken yukarıda öngörülen durumlarda işkenceye uğratılacak kişi masum değildir; bizzat bu yönteme başvurulmasına yol açan kötülüğün faili ya da en azından zanlısıdır[1732]. Bu bakımdan söz konusu örneklerin hukuken zorunluluk hali içinde tasavvur edilmesi de mümkün olmamalıdır.

Neticede, teröristlerle mücadele için işkenceye başvurulabileceğini savunanların unutmaması gerekir ki, teröristlerin eylem sebebi ve iddiası 'meşru zeminde hareket etmediği' için bazı otoriter devletleri hedef almalarıdır. Şayet işkenceye başvurulursa, bu gerekçe haklı çıkarılmış olur[1733]. Unutulmamalı ki, üstün değerleri koruma uğruna işkence yapmanın düşünülebileceği istisnai durumları açıklamaya çalışan teorilerin hepsi, geçmişte otoritarizm ve nihayetinde temel hakların tanınmamasına götürmüştür[1734]. Tarih tekerrürden ibarettir!

Öte yandan, insan haklarına saygılı bir devletin hukuk politikası tercihi olarak da buna izin verilmemelidir, aksi taktirde devlet, meşruluğunu kaybeder. Unutmamak gerekir ki, '*Hukuka aykırı davranmanın hiçbir mazereti olamaz. Çünkü mazeret aramaya kalkarsak hukukun üstünlüğü kâğıt üzerinde kalır ve bir türlü uygulamaya geçemez; ve bu mazeret bazen millî menfaatlerde bazen mağduru korumada, bazen de üstün sayılan birtakım değerlere saygılı davranmak gereğinde aranır ve bulunmak istenir…..*'[1735].

Denilebilir ki, bir devlet hukuk politikası tercihi olarak 'cebre dayalı'

[1730] Detaylı bilgi için bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 5-7.
[1731] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 8.
[1732] Bkz. **GAETA,** Necessity, s. 791.
[1733] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 6-7; insan haklarını aşırı sınırlayan özel tedbirlerin başarısızlığı konusunda bkz. **BEŞE,** s. 122 vd.
[1734] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 22.
[1735] Bkz. **ERMAN,** Sentez Raporu, s. 83.

sorgulama yöntemlerine başvurabilir! İsrail bunu resmen yapmaktaydı, ABD ise Guantanamo'da resmî olarak kabullenmeksizin yapmaktadır. Hatta bir devlet insan onurunu en üstün değer olarak kabul etmek zorunda da değildir. Devlet, vücut bütünlüğü, hatta kamu düzeni gibi toplumsal-soyut bir değeri üstün tutarak insan onurunu ikinci plana atabilir. Bu, devletin yapısına bağlıdır. Şayet bu devletin taraf olduğu ilgili uluslararası sözleşmelere aykırı bir davranışı varsa sorumluluğu doğar ama onun bu davranışını önleyecek cebrî bir mekanizma (tartışmalı 'insancıl müdahale' kurumu dışında) yoktur. Ama tercihini bu yönde kullanacak bir devletin yapamayacağı bir şey vardır: 'hukuk devleti' olduğunu iddia etmek. Şayet tercih, işkenceye 'önleyici, kurtarıcı' bir fonksiyon tanımaksa, o zaman Anayasa md. 2'deki 'insan haklarına dayalı hukuk devleti' ibaresini çıkarmak en doğrusu olacaktır!

E. Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası

YTCK md. 26/1'e göre '*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez'*. Ancak, inceleme konumuz suç tipi açısından hakkın icrasından zaten bahsedilemez, çünkü işkence yapmayı sübjektif bir hak olarak tanıyan bir yasal düzenleme olamaz.

Mağdurun (ilgilinin) rızasına gelince, 765 s. TCK'nın 243. maddesi bakımından, işkence suçuyla korunan hukukî yararın aynı zamanda adliye ve kamu idaresine ait olması sebebiyle, suçun maddî konusunu teşkil eden kişinin rızası hukuka aykırılığı ortadan kaldıramazdı. Kaldı ki, işkenceye verilen rızanın, tasarruf edilebilir bir hak üzerinde beyan edildiği de kabul edilemez[1736].

Buna karşılık, işkenceyi 'kişilere karşı işlenen suçlar' arasında sayan 2001 ve 2003 TCK Tasarısı ile 5237 s. Türk Ceza Kanunu md. 94 bakımından farklı düşünmek mümkün olabilir mi? Bir görüşe göre, kişinin vatanına, topluma ve ailesine karşı ifayla yükümlü olduğu birtakım ödevler vardır; bu nedenle kişi, bedensel açıdan kendini toplumsal bu faaliyetleri gereği gibi yerine getiremeyecek

[1736] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 40; **NUHOĞLU,** s. 575; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 483; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 199; **MALKOÇ,** s. 1989.

hale koyamaz[1737]. Buna göre, ancak basit müessir fiil (yaralama) derecesindeki işkence hareketleri bakımından mağdurun rızasının varlığı, fiilin hukuka aykırılığını kaldırabilecektir[1738].

Bize göreyse, kişi dokunulmazlığını temel alan 5237 s. TCK md. 94'e göre dahi ilgilinin (mağdurun) rızası hukuka uygunluk sebebinin uygulanması düşünülemez. Şöyle ki, YTCK md. 26/2'ye göre, '*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez*'.

Oysa ki, işkence uygulaması insan haysiyetine en ağır bir saldırıyı teşkil edip insanın insan olmaktan doğan onurunun reddi anlamına geleceğinden, kanaatimizce, ilgili şahıs bile kendi insanlık değerinin inkarı anlamına gelecek böyle bir fiile rıza gösteremez[1739].

Nitekim, hukuk düzenimiz kişiyi sadece üçüncü kişilere karşı değil, aynı zamanda kendisine karşı da korumaktadır (An. md. 12, 17)[1740]. Yukarıda belirtildiği üzere, şereften farklı bir kavram olan onur (haysiyet), bütün insan haklarının temelini oluşturup Anayasanın değerler sisteminde en üst sırada bulunan mutlak bir hak olup, ihlaline bireyin dahı rıza göstermesi düşünülemez[1741].

[1737] Bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: II, no. 758; **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Suç Teorisi, s. 188; **ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA**, Ceza Genel, s. 502; **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 159.

[1738] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 40; **ÖNDER,** Ceza Hukuku Dersleri, s. 260; **ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK,** Ceza Genel, no. 200; **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER**, İçel Suç Teorisi, s. 188,; **DEMİRBAŞ,** Hukuk Kurultayı 2004, s. 352.

[1739] Bkz. benzer yönde **ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 420 (yazarlar, kişilik hakkından feragatı ifade eden böyle bir rızanın, kanuna, ahlâka ve âdaba aykırı olduğundan ötürü, geçerli sayılamayacağını öne sürmüşlerdir); **ÜZÜLMEZ,** HA 5, s. 239,. Üzülmez, CMK md. 148/3'teki '*Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez.*' hükmüne de dayanmaktadır; fakat bize göre delil yasakları ile işkence suçu farklı bağlamda değerlendirilmesi gereken kurumlar olduğundan, birinde yasaklanan rızanın diğerini de otomatikman kapsadığı anlayışına katılmıyoruz. Özgenç'in, kişinin şerefi üzerinde dahi tasarruf edemeyeceğini düşündüğüne göre (bkz. **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 393), onur hakkında evleviyetle bu kanaatte olduğu sonucuna varılabilir.

[1740] Bkz. **FEYZİOĞLU,** Aile Bireylerine…, s. 44.

[1741] Bkz. **ŞİMŞEK,** s. 106.

Kaldı ki, YTCK md. 94 ile, bir hukukî yarar olarak adliye (ve devlet idaresinin güvenilirliği) korunmaya devam edildiğinden, mağdurun bu yönden de rıza göstermeye yetkili olmadığı kabul edilmelidir. Pratikte de, mağdurun işkence teşkil edecek bir fiile razı olması düşünülemeyecektir.

Bu söylenilenlere karşılık, 1989 TCK Tasarısı md. 430'da, işkence suçu bakımından 'ilginç' bir hafifletici sebep öngörülmüştü. Buna göre, işkencenin '*âmirin etkileyici müdahalesi ile işlendiği sabit olan hallerde*', işkenceyi icra eden astın cezası üçte bir oranında indirilecekti. Bu hükmü savunan *Dönmezer*'e göre, bu suretle, astların suçu itiraf etmeleri kolaylaşacaktı, nitekim başka ülkelerde de benzer önlemler kullanılmaktaydı. Dönmezer'e göre, bu hüküm, 1984 BM Sözleşmesi md. 2/3 hükmüne ('*bir üst görevlinin veya bir kamu merciinin emri, işkencenin haklılığına gerekçe kabul edilemez'*) aykırı değildi, çünkü burada bir hukuka uygunluk sebebi değil, sadece hafifletici sebep öngörülmekteydi[1742]. Oysa, söz konusu Sözleşme hükmü hazırlanırken bu tartışma gündeme gelmiş ve karşı görüşlere rağmen, '*ancak adalet gerektiriyorsa, âmirin emrini ifa, cezayı indirim sebebi sayılabilir*' cümlesi metne dahil edilmeksizin mevcut hüküm kabul edilerek, âmirin emrini ifa etmenin hafifletici sebep olarak dahi değerlendirilemeyeceği ortaya konmuştur[1743].

V. MANEVİ UNSUR (KUSURLULUK)

Modern ceza hukuklarında failin cezaen sorumlu tutulması için tipe uygun ve hukuka aykırı bir hareketi yapmış olması yeterli değildir; ayrıca failin söz konusu hareketi kusurlu olarak da gerçekleştirmesi gerekir[1744]. İşte, suçun bu unsuruna

[1742] Bkz. Türkiye'de İşkence, s. 59-60. Madde gerekçesine göre, '*bu fıkradaki hükmün temel sebebi işkence olaylarında asıl suçlu olanların ortaya çıkarılarak cezalandırılmalarını sağlamaktır. Uygulamada sadece fiilen işkenceyi yapanlar ceza görmekte; aslen fiillerden haberdar olmamaları düşünülmeyecek kişiler ise hiçbir müeyyideye muhatap olmamaktadırlar*', bkz. Türk Ceza Kanunu Öntasarısı (İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonunda Hazırlanan Metin, Ankara 1989, s. 442.

[1743] Bkz. Türkiye'de İşkence, s. 60. Hükmün eleştirisi için bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 197.

[1744] Bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: II, no. 843; **TOROSLU,** Ceza Hukuku, s. 82-83; **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK,** Ceza Genel, no. 209; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Genel, s. 537; **CENTEL,** Ceza Genel, s. 304; **ERSOY,** s. 99; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 288; **HAKERİ,** Ceza

'manevî unsur' ya da 'kusurluluk' veyahut 'sübjektif unsur' denmektedir[1745].

Manevî unsur, genellikle kusur yeteneği ve kusurluluk olma üzere ikiye ayrılarak incelenir[1746].

Kusur yeteneği, failin kişisel nitelikleriyle ilgili olup kusurlu olabilmenin ön aşamasıdır[1747]. Buna göre, bir fiilin bir kimseye yüklenebilmesi için, failde bulunması gereken niteliklerin tümünü ifade eder[1748]. Bu bakımdan, failin yanlış ile doğruyu, haklı ile haksızı ayırt edebilme ve davranışlarını buna göre özgürce yönlendirebilme yeteneğidir[1749].

Kast ve taksir şeklinde tezahür edebilen kusurluluk ise[1750], modern ceza hukuku anlamında 'fiilin kusurluluğu' olup[1751] isnat yeteneğine sahip bir failin suç teşkil eden fiili kusurlu bir iradeyle[1752], yani bilerek ve de isteyerek ya da en azından

---

Hukuku, s. 166.

[1745] Doktrinde bu kavramlar birbirinin yerine ve eşanlamlı olarak kullanılmaktadır. Buna karşılık Özgenç'e göre manevî unsurla kusurluluk aynı şey değildir. Kusurluluk, '*işlediği suç dolayısıyla kişinin kınanması, muaheze edilmesi gerektiği hususundaki yargıyı ifade eder*', bu bakımdan kişinin fiil karşısındaki konumunu değerlendiren bir yargıdan ibaret olup suçun unsuru değildir. Manevî unsur ise, işlenen fiille fail arasındaki psikolojik ilişkiyi (manevî bağı) ifade eder, bkz. **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 241.

[1746] Bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: II, no. 844; **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK,** Ceza Genel, no. 209 vd; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Genel, s. 538; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 288. Manevî unsur, eylem açısından 'kusurluluk', fail açısından 'kusur' olarak da ele alınabilir, bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: II, no. 904; **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Suç Teorisi, s. 198; **CENTEL,** Ceza Genel, s. 304; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Genel, s. 582; kıyaslayınız **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 252-253.

[1747] Bkz. **YÜCE,** s. 307; **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK,** Ceza Genel, no. 210; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Genel, s. 538; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 288.

[1748] Bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: II, no. 845; **YÜCE,** s. 307; **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Suç Teorisi, s. 205; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 289.

[1749] Bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: II, no. 849 vd; **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK,** Ceza Genel, no. 210; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Genel, s. 539; **CENTEL,** Ceza Genel, s. 309; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 289; **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 168.

[1750] Belirtelim ki doktrinde ayrık ve istisnai bir görüşe göre, kast ve taksir birer kusurluluk şekli olmayıp ceza hukukuna göre haksız bir fiilin işleniş şekilleridir, bkz. **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 206.

[1751] Bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: II, no. 913 vd; **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK,** Ceza Genel, no. 214; **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Suç Teorisi, s. 199; **CENTEL,** Ceza Genel, s. 307-308; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 311; **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 247; **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 183.

[1752] Bkz. **CENTEL,** Ceza Genel, s. 341 vd; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 310; **HAKERİ,** Ceza

bilerek işlenmesidir[1753]. Kast, kanunun suç saydığı bir neticeyi meydana getirecek hareketi bilerek ve isteyerek işlemektir[1754]. Kast, bilme (düşünüp öngörme) ve isteme unsurlarından oluşur[1755]. Dolayısıyla, bilerek (iradî olarak) yaptığı hareketinden doğan neticeleri öngörüp gerçekleşmesini istemiş ya da buna razı olmuş kimse, kasten hareket etmiştir.

5237 sayılı TCK md. 94'te tanımlanan işkence suçunun belki de en eleştiriye açık yanı, manevî unsurun oluşumu için genel kastı yeterli görmüş olmasıdır.

Bilindiği üzere, 765 s. TCK md. 243'teki işkence suçunun manevî unsuru 'özel kast'tı[1756]. Özel kastı oluşturan saik ise: a) 'sanığa cürümlerini söyletmek' ya da b) sayılan kimselere karşı (i) 'olayları bildirmesini engellemek', 'şikâyet veya ihbarda bulunmasını önlemek' için, ya da (ii) 'şikâyet veya ihbarda bulunması sebebiyle', 'tanıklık etmesi sebebiyle', c) 'veya diğer herhangi bir sebeple' fiilin işlenmesiydi.

Buna karşılık, işkence suçu, gerek bunu genel bir suç tipi olarak öngören 2001 ve 2003 TCK Tasarıları gerekse kamu görevlisi suçu olarak düzenleyen 5237 sayılı TCK bakımından[1757], genel kastla işlenebilmektedir.

Kastın anlamı, failin, yaptığı hareketi ve bundan doğacak neticeleri bilip istemesi olduğuna göre, 5237 s. TCK md. 94'teki işkence suçunda genel kastın kapsamı da, failin, yaptığı hareketin insan onuruyla bağdaşmaz karakterde olduğunu bilmesi ve bu hareketin, mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine ya da

---

Hukuku, s. 182.

[1753] Bkz. **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK,** Ceza Genel, no. 210; **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 247; **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 182. Daha genel bir tanımla, kusurluluk '*failin hukuka uygun hareket edebilme imkanına sahip olduğu halde, hukuka aykırı bir davranışı seçmiş ve gerçekleştirmiş olması nedeniyle bu fiilin ona*' bir kusur olarak yüklenebilmesidir, bkz. **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 140.

[1754] Bkz. **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA,** Ceza Genel, s. 587.

[1755] Bilgi için bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: II, no. 925 vd; **TOROSLU,** Ceza Hukuku, s. 89 vd; **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK,** Ceza Genel, no. 217; **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Suç Teorisi, s. 230 vd; **ARTUK/GÖKCEN/ YENİDÜNYA,** Ceza Genel, s. 592 vd; **CENTEL,** Ceza Genel, s. 342 vd; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 314 vd; **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 249 vd; **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 187 vd.

[1756] Bkz. **ÖNDER,** Ceza Özel, s. 222; **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 41; **ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 421; **NUHOĞLU,** s. 573; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 483; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 199; **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** İşkence, s. 192.

algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine ya da aşağılanmasına yol açacağını bilmesi ve bu hususu istemesidir. Failin, hareketinin objektif olarak bu neticekerden birine yol açabilecek nitelikte olduğunu bilmesi yeterlidir.

Öte yandan, suçun oluşumu için olası kast da (md. 21/2) yeterlidir; diğer bir deyişle, failin, mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesi ya da algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesi ya da aşağılanmasının mümkün olduğunu öngörmesine rağmen, olası neticeye aldırmayarak (buna razı olarak / bunu kabullenerek) hareketini gerçekleştirmesi yeterlidir. Elbette bu durumda, YTCK md. 21/2'de öngörülen indirime gidilecektir.

Gerçek şu ki, genel bir memur (kamu görevlisi) suçu olarak, ona özelliğini kazandıran özel kast olgusundan soyutlanınca işkence suçunun içi boş kalmaktadır. Zira, ceza hukukundaki teknik anlamıyla işkenceyi işkence yapan husus, bir insanın diğeri üzerinde *belirli bir amaçla* bazı fiilleri gerçekleştirmesidir. İşkencenin siyasi ve tarihi gelişimi de bunu doğrulamaktadır[1758].

Herhangi bir kamu görevlisinin, görevi sırasında karşısındaki vatandaşa ya da diğer bir kamu görevlisine bedensel ya da zihinsel acı vermesini işkence saymak anlamsızdır. Örneğin yazlık beldede görevli jandarmanın, diskoya giden yolda araçları durdurup kimlik kontrolü yaparken araç sahibine gereksiz zorluk çıkarması, onu uzun süre araç dışında ayakta bekletmesi ve görünümüyle dalga geçmesi durumunda, YTCK md. 94'a göre işkence suçu oluşabilecektir. Veyahut bir profesör, acil bir işi yetiştirmek için asistanını gece geç saatlere kadar akşam yemeğine göndermeyip odasında çalıştırırsa, bu suç oluşacaktır. Oysa ki, madde gerekçesinde belirtilenin aksine işkence, memurun işlediği müessir fiilden öte, nitelik olarak farklı bir şeydir[1759].

5237 sayılı TCK bakımından yaralama ile işkence arasında maddî ve manevî

[1757] Bkz. **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 153.
[1758] Bkz. **NUHOĞLU,** s. 532; **ÜZÜLMEZ,** HA 5, s. 228.
[1759] Benzer eleştiri için bkz. **TEZCAN/ ERDEM,** Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, s. 351.

unsur, fail ile mağdur gibi kıstaslar bakımından bir fark kalmamıştır. YTCK bakımından her kamu görevlisi bu suçun faili olabileceği ve özel kast aranmayacağı için, bu suçla müessir fiil, yeni adıyla 'yaralama' suçunu ayırt etmek çok zordur[1760]. Hele, eski TCK md. 245'teki 'kötü muamele' suçunun karşılığı olan YCK md. 256'daki 'zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması' suçundaki, '*Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması hâlinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır*' şeklindeki tanım dikkate alınırsa iş daha da zorlaşmaktadır.

Kanaatimizce, bu düzenlemenin iki sonucu olabilecektir: ya Yargıtay, kanunda açıkça öngörülmemesine rağmen işkence bakımından özel kastı arayacaktır. Elbette, Yargıtay'ın böyle bir yorum yapması '*contra legem*' olur; fakat eski TCK döneminde, kanunda öngörülmemesine rağmen 'hürriyeti tahdit' ve 'konut dokunulmazlığının ihlali' gibi suçlar bakımından özel kastın arandığı unutulmamalıdır.

Olası ikinci sonuç ise, hele eski TCK dönemindeki uygulama göz önüne alındığında, bundan böyle çok dramatik vakalar dışında hiç kimsenin işkence suçundan mahkum edilmemesi, işkence teşkil eden bir çok fiilin ya yaralama ya da eziyet suçu çerçevesinde cezalandırılmasıdır (nitekim md. 96'daki suçun faili herkes ve bu arada bir kamu görevlisi olabilir; diğer bir deyişle 'vatandaş bakımından eziyet = kamu görevlisi bakımından işkence' denklemini Yargıtay kurmayabilir).

765 sayılı TCK bakımından işkence suçunun manevî unsurunun 'özel kast' olduğunu belirtmiştik. 4449 s.K.la 1999 yılında yapılan değişikliğe kadar, özel kastı oluşturan saik sadece '*sanığa cürümlerini söyletmek*' olabilirken, söz konusu değişiklikle, fiilin, suçun mağduru olabilecek kimselere karşı '*olayları bildirmesini engellemek*', '*şikâyet veya ihbarda bulunmasını önlemek*' için ya da '*şikâyet veya*

[1760] Bkz. **TOROSLU/ERSOY**, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, s. 16; **YURTCAN**, YTCK, s. 198; **ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU,** s. 424. Tasarılar bakımından bu sakınca için bkz. **DEMİRBAŞ,** Hukuk Kurultayı 2004, s. 352; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 198-199; **ÖZEN,** s. 149, dn. 54.

ihbarda bulunması sebebiyle', '*tanıklık etmesi sebebiyle*', '*veya diğer herhangi bir sebeple*' işlenmesi mümkündü.

1999 tarihli değişiklikten önce de, doktrinde 'cürümlerini söyletmek' kastı geniş şekilde anlaşılmakta ve suçu ikrar ettirmek amacı dışında, diğer faillerin isimlerini söyletmek, suç yeri veya aleti gibi suç delillerinin yerini göstertmek türünden amaçlar da bu kapsamda görülmekteydi[1761]. Yargıtayın da yeni içtihatları bu yönde gelişmekteydi[1762]. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, 'cürümlerini söyletmek' ibaresini, uluslararası sözleşmelere uygunluk sağlayacak biçimde 'fiille ilgili açıklamada bulunmaya zorlamak' amacını içerir şekilde anlamak uygun olacaktı.

Madde metninde ortaya çıkan ilginç bir husus; mağdurun, şahsi davacının, müdahilin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek için ya da bir kişinin şikayet veya ihbarda bulunmuş olması veya tanıklık etmiş olması sebebiyle ona karşı işlenen fiillerin TCK md. 243 kapsamında olacakken; bu kimselerin şikayet veya ihbarda bulunmasını ya da tanıklık etmesini sağlamak amacıyla yapılan hareketlerin işkence suçunu oluşturmayacağıydı[1763]. Hatta, bir kimsenin tanıklık etmemesi (ör. çekinme hakkını kullanması) sebebiyle işkenceye uğraması durumunda da durum aynıydı. Doktrinde, bu olumsuzluğu karşılık, amaçsal yorum yaparak bu sakıncanın aşılabileceği veyahut bu hallerin 'diğer herhangi bir sebeple' ibaresi kapsamında değerlendirilebileceği önerilmişti[1764]. Buna karşılık, tanığa karşı işlenen fiiller bakımından bunların bir hukuk ya da ceza davası sebebiyle işlenmiş olması arasında fark yoktu; her iki durumda da işkence suçu oluşabilirdi[1765].

[1761] Bkz. **EREM,** Şerh, s. 1392; **ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 421; **NUHOĞLU,** s. 574; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 199; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 484; **MALKOÇ,** 2. Cilt, s. 1983; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 161-162.

[1762] Ör. Y. 8. CD. 2.4.1992, 2687/4485: '*Sanığın, suç mağdurunu, işlediği suçta kullandığı bıçağı gizlediği yeri söyletmek için dövdüğü anlaşıldığına göre, eylem TCK.nun 243/1. maddesindeki suçu oluşturduğu halde…*', aktaran: **MALKOÇ,** 2. Cilt, s. 1983; aynı yönde Y.8.CD. 28.4.1992, bkz. **PARLAR/DEMİREL,** s. 831.

[1763] Bkz. **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** İşkence, s. 193; kıyaslayınız **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 92.

[1764] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 163.

[1765] Bkz. **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** İşkence, s. 193.

ETCK md. 243'teki '*diğer herhangi bir sebeple*' ifadesi sorun yaratmaktaydı. Zira, bu ifadeyi maddede sayılmayan herhangi bir sebep olarak değerlendirdiğimiz takdirde, işkence suçunu karakterize eden ve bu arada kötü muamele suçu (ETCK m. 245)[1766] ve hatta keyfi-sert muamele suçuyla (ETCK md. 228), müessir fiilden ayırt eden manevi unsura dayalı farklılık ortadan kalkacaktı[1767]. Çünkü bu durumda, kanunda öngörülen belirli bir saikle hareket etmek aranmayacak; herhangi bir özel düşünceyle fiilin işlenmiş olması yeterli olacaktır.

Bir görüşe göre, bu ifade, maddedeki saiklere benzer herhangi bir saikle hareket edilmesi şeklinde anlaşılmalıydı[1768]. Böyle bir yaklaşımla, kanunun saiki önemsemediği yaklaşımı çıkarılmamalı; aksine, kanunkoyucunun insan haysiyetini en geniş anlamda koruyabilmek için suç işleme saiklerini geniş tutmak istediği kabul edilmelidir[1769]. Bu sınırlayıcı görüşün kabûlü hâlinde, işkencenin özel kast unsuru bir yere kadar korunmuş olmakla birlikte, kanunî tanımda belirsizliğe yol açılmış olacaktı. Öte yandan, böyle bir yorumun suçun 'kıyas yasağı'na uygunluğu da şüphelidir.

Daha spesifik bir görüşe göreyse, maddedeki ifadenin, 1984 BM Sözleşmesinin md. 1 hükmünde belirtilen amaçlar doğrultusunda, yani '*sanığın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil nedeniyle cezalandırılması*' veya

---

[1766] Kötü muamele suçu, ancak cebir kullanmaya yetkili memurlar tarafından işlenebilen, genel kasta dayalı bir suç tipidir, bu yönleriyle işkenceden ayrılır; öte yandan, TCK md. 245'teki suçun mağduru da herhangi bir kimse olabilir (bkz. **EREM,** Özel Hükümler, s. 431; **ÖNDER,** Ceza Özel, s. 223; **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 8; **NUHOĞLU,** s. 574; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 467, 500). '*Sanıkların bir ırza geçme olayı nedeniyle emniyete getirilmesi gereken müdahili alıp sorgulamaya yetkili bulunmayan Yedikule Karakoluna götürerek kişisel nedenlerle 10 gün iş ve gücünden kalacak şekilde darp etmiş oldukları ve eylemlerinin böylece TCK.nun 245. maddesine uyduğu…*', Y. 8. CD. 28.2.1998, 13081/17810, bkz. **MALKOÇ,** 2. Cilt, s. 2010. '*Adli görevlerinin gereği olarak, hırsızlık suçundan göz altına aldıkları mağdur Lami'ye suçunu söyletmek için on gün iş ve gücünden kalacak biçimde darp eden ve çeşitli işkence yöntemleri uygulayan sanıkların eylemlerinin TCK.nun 243. maddesinde tanımlanan suçu oluşturduğu gözetilmeden … aynı yasanın 245. maddesiyle uygulama yapılması … bozmayı gerektirmiştir*', bkz. **PARLAR/DEMİREL,** s. 829-830

[1767] Bkz. **NUHOĞLU**, s. 528; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 200.

[1768] Bkz. **NUHOĞLU,** s. 528; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 483; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 161.

[1769] Bkz. **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 483; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 161.

'*ayırım gözeten herhangi bir nedenle*' işlenmesi şeklinde anlaşılması gerekmekteydi[1770]. Biz de, suçun manevî unsurunu somutlaştıran ve TCK ile Any. 90/son uyarınca ulusal kanun hükmünde olan uluslararası antlaşma hükümlerini bir bütün olarak değerlendiren bu görüşe taraftarız.

ETCK md. 243'te 'cürümlerini' söyletmek amacında bahsedildiğine göre, kabahat niteliğindeki bir suçu itiraf ettirmek amacıyla işkence suçunun maddî unsurunu teşkil eden bir hareket işlendiğinde ne olacaktır? Bir görüşe göre, buradaki 'cürüm' deyimi ETCK md. 11'deki teknik anlamda kullanılmadığı için kabahat niteliğindeki bir suçu söyletmek amacıyla da bu suçun işlenmesi mümkündü[1771]. Zira, buradaki 'cürüm' tabiri dönemin Ceza Kanunundaki ifadeye paralellik sağlanmak amacıyla, fakat 'suç' anlamında kullanılmıştı[1772].

Başka bir görüşe göreyse, 'cürüm' ibaresi, 'sanık' açısından açıkça kullanıldığı için, işkence suçunun mağdurunun 'sanık' sıfatını taşıyan bir kimse olması durumunda cürüm-kabahat ayrımı yapılması kabul edilebilirse de, diğer mağdur kategorileri bakımından böyle bir ayrım aranmamalıdır[1773].

Yargıtay'a göre, '*TCK'nın 243. maddesinde yazılı suçun asli unsuru 'cürmünü söyletmek' için işkence yapılması şeklinde ifade edildiğine göre; kumar oynamaya ilişkin kabahat suçu nedeniyle karakola alınan şikayetçinin, burada adiyen darp edilmesinden ibaret eylemin, TCK'nın 245. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekirken, 243. madde ile uygulama yapılması doğru değildir*'[1774]. Yani Yüksek Mahkeme, itiraf ettirilmek istenen suçun 'kabahat' olması

[1770] Bkz. **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 200.
[1771] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 31 (yazarın haklı olarak vurguladığı gibi, 1984 BM Sözleşmesinde işkence yasağından bahsedilirken, kişinin '*kendisinin veya üçüncü kişinin yaptığı veya yaptığından kuşkulanılan bir eylem nedeniyle*' işkenceye uğramama hakkından bahsedildiğine göre, artık cürüm-kabahat şeklinde teknik bir ayrımdan yola çıkarak kabahat suçu faillerini bu koruma kapsamından çıkarmak Türkiye'nin uluslararası akdî yükümlülüklerine ve insan haklarının gereklerine uygun düşmeyecektir); bkz. ayrıca **BAŞER/YENİDÜNYA,** s. 49; **NUHOĞLU,** s. 527, 561; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 484; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 200; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 388; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 164.
[1772] Bkz. **EREM,** Özel Hükümler, s. 426; **EREM,** Şerh, s. 1392; **NUHOĞLU,** s. 561.
[1773] Bkz. **MALKOÇ,** s. 1985.
[1774] Y. 8. CD. 29.6.1995, E. 1995/9314 K. 1995/10352; YKD, Cilt 22, Sayı 1, Ocak 1996, s. 141 vd.

durumundan ETCK md. 243'ün uygulanamayacağına karar vermişti.

Nihayet, sanığa işkence yapılması durumunda, öğrenilmek istenen olayın gerçek olup olmaması da fiilin niteliğini değiştirmezdi[1775].

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bakımından, gerek özel kastın aranmaması gerekse cürüm-kabahat ayrımının söz konusu olmaması sebebiyle bu tartışmaların artık sadece tarihî-doktriner önemi kalmıştır. Ancak 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenen eylemler bakımından, fiilin işlendiği zamanki kanun olan 765 sayılı TCK'nın uygulanacağını hatırlatalım.

Nihayet, kusurluluk başlığı altında ele alınması gereken son bir mesele, işkence suçu failinin haksız tahrik hükümlerinden faydalanıp faydalanamayacağıdır. Bilindiği üzere, haksız tahrik kurumunun hukukî niteliği kusurluluğu azaltan bir sebep olarak ele alınmasını gerektirmektedir[1776]. Kanunun madde gerekçesinde de bu husus vurgulanmıştır. YTCK md. 29'a göre '*Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir*'.

İşkence suçunu işleyen fail, mağdurun önceki davranışlarının (ör. ağır ve infial uyandıran bir suç işleyen sanıkla karşılaşan polis) ya da kendisine yönelik kışkırtıcı hareketlerin (ör. mahkumun sataşmalarına maruz kalan cezaevi personeli) etkisinde kalarak, adeta bunlara karşı intikam ya da misilleme duygusuyla işkence yapmışsa YTCK md. 29 hükmü uygulanabilir mi?

[1775] Bkz. **ÖNDER,** Ceza Özel, s. 222; **NUHOĞLU,** s. 574; **MALKOÇ,** s. 1987; **PARLAR/DEMİREL**, s. 807; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 164.

[1776] Bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: II, no. 1087; **ÖNDER,** Ceza Hukuku Dersleri, s. 346-347; **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Suç Teorisi, s. 283; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Genel, s. 703; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 370; **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 342; **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 242; **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 413.

Kanaatimizce bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Gerçekten, haksız tahrikin uygulanma koşullarından biri de, failin işlediği suçun, haksız tahrik teşkil eden fiil sebebiyle içine düşmüş olduğu öfke ya da şiddetli üzüntü halinin bir tepkisi olmasıdır[1777]. Yani, işlenen suç ile haksız tahrik arasında bir nedensellik bağı bulunmalıdır. Şayet bu koşuldan, işlenen suçla haksız tahrik fiili arasında bir oran bulunması gerektiği anlamı çıkarılan görüşe göre hareket edilirse[1778], işkence nitelikli bir fiili işlemek zaten orantısız bir tepkidir ve bunun faili, haksız tahrik hükümlerinden yararlanamaz.

Haksız tahrikle, işlenen suç arasında bir oran bulunması gerekmediğini savunan görüşe göreyse, tahrik fiili ile bunun sonucu olarak ortaya çıkan heyecan durumu arasında bir oran bulunması yine de gereklidir[1779]. Bu husus, madde gerekçesinde de belirtilmiştir. Yani, failin maruz kaldığı ilk haksız hareket sebebiyle bu şekilde öfkeye kapılmış olması mazur görülebiliyorsa, bu ruh hali içerisinde işlediği fiilin ağırlığı ne olursa olsun, isnat yeteneğinde kendi kusuruna izafe edilemeyen bir azalma olduğu için cezası azaltılmalıdır. Oysa kamu görevlisi, görevi sırasında tarafsız, objektif, soğukkanlı olmak; görev gereklerine aykırı davranmamakla yükümlüdür. Bu nedenle, işkence gibi çok ağır bir fiili işleyecek kadar öfkeye sürüklenmiş olan failin bu psikolojik durumunun mazur görülüp kendi lehine değerlendirilmesi mümkün olmamalıdır.

§ 8. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

I. TEŞEBBÜS

Bilindiği üzere teşebbüs, bir suçun elverişli hareketlerle icrasına başlandıktan sonra, failin elinde olmayan engel sebeplerden ötürü icra hareketlerinin

[1777] Bkz. **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK,** Ceza Hukuku, no. 272; **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Suç Teorisi, s. 286; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA,** Ceza Genel, s. 725; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 373.
[1778] Bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: II, no. 1104; **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK,** Ceza Hukuku, no. 272; **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 247.
[1779] Bkz. **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 374.

tamamlanamaması ya da istenilen neticenin gerçekleşememesidir[1780].

Engelin ortaya çıktığı ana göre bir ayrım yapıp icra hareketlerinin bitirilememesi durumunda eksik, icra hareketlerinin tamamlanıp da neticenin gerçekleştirilememesi halinde ise tam teşebbüsün varlığını kabul eden 765 s. TCK'nın aksine[1781], 5237 s. TCK'da eksik-tam teşebbüs ayrımına gidilmemiştir[1782].

Gerçekten, YTCK md. 35'e göre '*(1) Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.*

(2) Suça teşebbüs hâlinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir'.

İşkence suçu, neticesi harekete bitişik (şeklî) bir suçtur[1783]. Maddî unsurda belirtilen hareketin yapılmasıyla zararlı netice de gerçekleşmiş olur. Dolayısıyla,

---

[1780] Bkz. **CENTEL,** Ceza Genel, s. 405; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 379; **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 265. Kurum hk. gbi bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: I, no. 547; **ÖNDER,** Ceza Hukuku Dersleri, s. 383-384; **TOROSLU,** Ceza Hukuku, s. 150-153; **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK,** Ceza Hukuku, no. 273; **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Suç Teorisi, s. 295-297; **ÖZGENÇ/ ŞAHİN,** Ceza Hukuku, s. 297; **ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA**, Ceza Genel, s. 762; **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 396 vd; **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 264 vd.

[1781] Bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: I, no. 592; **ÖNDER,** Ceza Hukuku Dersleri, s. 395 vd.; **TOROSLU,** Ceza Hukuku, s. 141-142; **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK,** Ceza Hukuku, no. 284 vd., 296; **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Suç Teorisi, s. 346 vd.; **CENTEL,** Ceza Genel, s. 424 vd; **ÖZGENÇ/ ŞAHİN,** Ceza Hukuku, s. 308-311; **ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA**, Ceza Genel, s. 784 vd.; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 392-393.

[1782] Bkz. **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 393; **YURTCAN,** YTCK, s. 91; **DONAY/KAŞIKÇI,** s. 45-47; **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 406; **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 478.

[1783] Bilindiği üzere, bazı suç tiplerinde maddî unsurun hareket ve netice unsurları yer ve zaman bakımından birbirlerinden ayrılamazlar. Bunun sonucunda, hareketin yapılmasıyla birlikte netice de gerçekleşir, bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: I, no. 516 vd.; **ÖNDER,** Ceza Hukuku Dersleri, s. 172-173; **TOROSLU,** Ceza Hukuku, s. 55; **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK,** Ceza Hukuku, no. 136; **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Suç Teorisi, s. 67-68; **ÖZGENÇ/ ŞAHİN,** Ceza Hukuku, s. 115; **ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA**, Ceza Genel, s. 443-445; **CENTEL,** Ceza Genel, s. 218; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 205; **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 106; **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 128; kıyaslayınız **ERSOY,** s. 87-88.

insan onuruyla bağdaşmayan şekilde mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açabilecek hareketin yapılmasıyla suç tamamlanır.

Suçun tamamlanması için suça sevk eden saikin tatmin edilmiş olmasına, yani işkence yapmaktaki amaca ulaşılmış olmasına[1784] ya da mağdurun gerçekten maddî ya da manevî acı duymasına gerek yoktur[1785]. Önemli olan, yapılan hareketin objektif niteliği itibariyle bu türden neticeleri doğurmaya elverişli olmasıdır[1786]. Zaten YTCK açısından suç genel kasta tabi olduğu için fiilin hangi saikle işlendiği önemli değildir. Fakat eski TCK bakımından dahi faili suç işlemeye sevk eden saikin belirlediği hedefe ulaşılmış olması gerekli değildi.

Bu denilenlerden anlaşılacağı üzere, işkence suçu tam teşebbüse müsait olmayıp ancak belirli (icra hareketlerinin kısımlara bölünebildiği) hâllerde, eksik teşebbüsün gerçekleşeceği düşünülebilir[1787].

Yeni TCK bakımından, eksik-tam teşebbüs ayrımı zaten olmadığından, bu tartışmanın değeri teorik olarak düşünülebilir. Buna karşılık, işkence suçuna, eski kanunun sistemiyle 'tam teşebbüs'ün mümkün olmaması yine de bazı pratik sonuçlar doğurabilecektir. Şöyle ki, yeni kurumların yerleşmesi bir hayli zaman alacak olup bu süreç içerisinde mahkemelerimizin eski uygulamalara belirli ölçüde bağlı kalmayı tercih etmesi beklenebilir[1788]. Öte yandan, YTCK md. 35/2 uyarınca '*Suça teşebbüs hâlinde fail,* ***meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre*** *ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar,* müebbet *hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.'*

[1784] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 44; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 153, 168.
[1785] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 16.
[1786] Aynı yönde **NUHOĞLU,** s. 573.
[1787] Bkz. **NUHOĞLU,** s. 573; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 202; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 484; **SOYASLAN,** Ceza Özel, s. 633**; ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 419; **MALKOÇ,** s. 1988; **PARLAR/DEMİREL,** s. 807.
[1788] Bkz. benzer anlamda **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 407.

İşte bu çerçevede, cezanın dörtte birinin mi yoksa dörtte üçünün mü indireleceğinin tespitinde mahkemeler, suç yolunda kat edilen yola; dolayısıyla, eski kanun sistemine göre teşebbüsün derecesine de mutlaka bir ölçüde dikkat edecektir.

Mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesi sonucunu doğurmaya elverişli bir harekete kalkışılması, fakat bunun icra edilememesi durumunda teşebbüs söz konusu olacaktır. Örneğin, mahpusu dövmeye hazırlanan gardiyanın son anda diğer kurum görevlileri tarafından engellenmesi gibi. Buna karşılık, mağdurun kişisel durumu (fizikî dayanıklılığı ya da duyarsızlığı gibi) sebebiyle acı duymuş olmaması suçun tamamlanmasına engel değildir.

Öte yandan, ayrık bir durum olarak manevî cebir (tehdit) yoluyla gerçekleştirilen işkence bakımından (ör. mağdura nasıl defalarca ırzına geçilip sonra vahşice katledileceğinin anlatılması) teşebbüsün mümkün olmadığı söylenebilir[1789].

Algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine yol açacak hareketler bakımından da hareketin buna objektif olarak elverişli olması yeterlidir. Fakat, hareketin objektif elverişliliğine rağmen, herhangi bir sebeple algılama ya da irade yeteneği üzerinde bir etki meydana getirilmemişse, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilebilir mi? Örneğin, kolluk görevlisinin evine baskın yaptığı terörist zanlısını ürkütmek amacıyla, annesinin de sabahleyin yakalandığını ve hücredeki diğer kişilerce tecavüze uğradığını anlatması; fakat mağdurun annesinin zaten daha önceden ölmüş olması gibi. Kanaatimizce, bedensel veya ruhsal yönden acı çekmeye yönelik hareketlerde olduğunun aksine, burada da hareketin objektif niteliğinden yola çıkarak bu netice gerçekleşmemişse bile yine de suçun tamamlandığını söylemek güçtür.

YTCK'da '*algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine*.....***yol açacak*** *davranışları gerçekleştiren*' kamu görevlisinden bahsedilmektedir. Şayet, '*yol açan*' denseydi, o zaman zaten neticenin gerçekleşmediği durumlarda teşebbüsten

[1789] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 44; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 168-169.

bahsetmek kolay olurdu. Keza, '*yol açabilecek*' denseydi, o zaman hareketin objektif niteliğine bakmanın yeterli olduğu söylenebilirdi. Fakat '*yol açacak*' ibaresi ikisinin ortasında olduğundan ve işkence suç tipinin bir zarar suçu olduğu kabul edildiğine göre, bu durumda algılama veya irade yeteneğini etkilemeye yönelik hareket bu neticeyi doğuramamışsa, fiilin teşebbüs aşamasında kaldığı söylenebilir[1790].

Nitekim İspanyol doktrininde de, 'zarar suçu' olma özelliğinden yola çıkarak, tipik neticenin gerçekleşmesinin korunan hukukî yararın etkilenmesine bağlı olduğu söylenmektedir. Bunun için maddî bir netice doğması gerekmese de, korunan hukukî yarar olan 'manevî bütünlük'ün zarar görmesi gerekecektir[1791].

Kaldı ki, zaten bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine yol açacak davranış bakımında da, söz konusu davranış gerçekleştirilip tamamlanmış olmadıkça, suç yine teşebbüs aşamasında kalacaktır. Diğer bir deyişle, mağdurun bu acıyı hissetmiş olması, söz konusu seçimlik harekete bağlı olarak öngörülen bir netice, yani fiilin bir unsuru değildir. Bu nedenle, mağdur acıyı hissetmese de suç tamamlanmış olmaktadır, yoksa bu seçimlik hareket bakımından da 'zarar tehlikesi' değil, verilen objektif zarar dikkate alınmaktadır

Mağdurun aşağılanmasına yol açabilecek hareketin yapılması bakımından da teşebbüs düşünülebilir. Örneğin, mağdurun katran ve tüyle kaplanmak üzereyken birim amirinin gelmesi üzerine kişinin geri götürülmesi gibi. Ancak aşağılanmaya yol açabilecek davranışlar bakımından teşebbüsten bahsedebilmeyi zorlaştıran iki unsur olacaktır: birincisi, kişinin aşağılayıcı hareketin yapılacağı ortamda bulundurulması, böyle bir bağlama sokulması zaten aşağılayıcı olabilir. Mesela, yukarıdaki örnekte, kişinin katran ve tüyle kaplanacağını bilmesi dahi tek başına aşağılanmasına yol açabilir. Ya da üzerine işenmek istenen kimse, bunu gerçekleştirmek üzere failin yanında bulundurulduğu an, zaten aşağılayıcı bir duruma sokulmuştur, daha sonra eylemin yapılamaması önemli değildir. Öte yandan, aşağılayıcı hareket bakımından icra hareketlerine başlangıç anını belirlemek bir hayli güçtür. Çünkü, bir davranışın

[1790] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 16, özellikle dn. 53.

vasfının aşağılayıcı olup olmadığı ancak o hareketin ortaya konulmasıyla tam olarak tespit edilebilecektir.

Neticede, işkencenin tüm seçimlik hareketleri bakımından söz konusu olabilecek, icra hareketlerine başlama anının belirlenmesi sorunu aşağılayıcı davranışlar bakımından daha da büyük olacaktır. Hatta, mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine yönelik hareketin yarıda kalması durumunda, bunun başlı başına aşağılayıcı olduğu durumlarda da, suç yine tamamlanmış olabilecektir. Ör. filistin askısına asılmak üzere soyulan mağdurun bağırarak üçüncü kişilerin dikkatini çekmesi sonucunda kurtulması durumu gibi[1792].

Gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen YTCK md. 36'ya göre '*Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.*' İşkence suçu, neticesi harekete bitişik olduğu için zaten neticenin gerçekleşmesini önlemek gibi bir durum olamaz. Tek sorun, failin suçun icra hareketinden kendi rızasıyla vazgeçmesi halidir. Burada, işkence suçu bakımından farklı özellik, bedensel veya ruhsal yönden acı vermeye yönelik olarak gerçekleştirilen hareketlerden gönüllü olarak vazgeçen failin o ana kadar yaptığı hareketlerin mağdurun aşağılanmasına yol açması durumudur. Mağdurun aşağılanmasına yol açacak davranışı gerçekleştirmek de, suçun seçimlik hareketlerinden biri olduğuna göre, o ana dek yapılan hareketler bu düzeye varmışsa, artık yine de YTCK md. 94'ten hüküm kurmak gerekecektir. Örneğin, mağdurun elektrik şokuna tabi tutulmak üzere Filistin askısına asılması; fakat, işleme başlamadan vazgeçilip indirilmesi durumunda, zaten onun asılması, başlı başına YTCK md. 94 anlamında suçtur.

[1791] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 16; **ACALE SÁNCHEZ**, s. 4.

[1792] Oysa böyle bir durum ETCK bakımından eksik teşebbüse örnek verilebilirdi, bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 44; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 169.

II. İŞTİRAK

İştirak, kanunî tanımı gereği tek bir kimse tarafından işlenebilmesi mümkün olan bir suçun, birden fazla kimsenin önceden işbirliği yapmaları suretiyle gerçekleştirilmesidir[1793].

Gerek eski gerekse yeni TCK bakımından, işkence suçu, özgü (faili mahsus) bir suçtur. Bilindiği gibi, ancak kanunda öngörülen belirli sıfat veya niteliğe sahip kişiler ('*intraneus*') tarafından işlenebilen suçlara, özgü suç denir[1794].

765 s. TCK bakımından işkence suçu, faili mahsus nitelikte olduğundan bu suça iştirak da özellik göstermekteydi. Her şeyden önce, failin niteliği suçta unsur olduğundan, suçu irtikap eden, ancak sorgulamaya yetkili bir memur olabilirdi. Fakat, memur olmayan kimsenin memuru yanıltarak ona işkence suçunu işletmesi durumunda, dolayısıyla faillik kurumundan yararlanılarak bu şahsın işkenceden cezalandırılmasının mümkün olacağı belirtilmekteydi[1795].

Öte yandan, işkencenin faili mahsus bir suç olmasından dolayı, ancak asli maddi failin sıfatını bilerek suça katılan kimse şerik sayılabilirdi. Sıfatı bilmeden katılan kimse, işkence teşkil eden fiilin tekabül ettiği ilgili genel suç tipine göre (müessir fiil, ırza geçme vs) cezalandırılabilirdi.

[1793] Bkz. **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK,** Ceza Hukuku, no. 326; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 413; **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 287. Kurum hk bilgi için bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: II, no. 1198 vd; **ÖNDER,** Ceza Hukuku Dersleri, s. 413 vd.; **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Suç Teorisi, s. 369 vd.; **ÖZGENÇ/ ŞAHİN,** Ceza Hukuku, s. 321-323; **ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA**, Ceza Genel, s. 798 vd; **CENTEL,** Ceza Genel, s. 464 vd.

[1794] Bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: II, s. 424; **ÖZGENÇ,** Suça İştirak, s. 165; **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK,** Ceza Hukuku, no. 384; **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Suç Teorisi, s. 395-397; **DEMİRBAŞ,** Ceza Hukuku, s. 409; **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** Ceza Hukuku, s. 96; **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 451; **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 495 vd.

[1795] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence Suçu, s. 44; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 485; **ŞEN,** Ceza Hukuku, s. 502; **DEMİRBAŞ,** Ceza Hukuku, s. 427; **PARLAR/DEMİREL**, s. 808; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 173. Özgenç'e göreyse bu görüş isabetsizdir. Zira, burada yanıltılan ve özel yükümlülük altında olan şahıs kasıtlı davranmamakta, bu nedenle de, esas fiil haksızlık ifade etmemektedir. Bu durumda, kanunkoyucu bu gibi 'müsebbiplik' durumunu özel olarak düzenlenmedikçe, kamu görevlisini aldatan şahsın (*extraneus*) cezasız kalması gerekecektir, aksine bir kabul iştirake ilişkin prensiplere aykırı düşecektir, bkz. **ÖZGENÇ,** Suça İştirak, s. 208.

YTCK bakımından da işkence özgü bir suçtur. Bu bakımdan, YTCK md. 40/2'deki bağlılık kuralı gereği, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabileceğinden, bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ancak azmettiren veya yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulabilir.

Gerçekten, özgü suçlara iştirak konusunda doktrinde iki farklı görüş mevcuttur. ETCK md. 66'dan kaynaklanan ilk görüşe göre, özel sıfatı taşımayan bir kimsenin özgü bir suça iştiraki mümkündür; fakat bunun için, asli maddi failin sıfatını bilerek suça iştirak etmesi gerekecektir[1796]. ETCK bakımından bu görüş savunulabilirdi[1797]. Bu görüşe göre, ETCK deyimiyle 'aslî maddî failin' memuriyet sıfatını bilerek suça iştirak eden kişi, katkısının niteliğine göre 'fiili irtikap eden' dışında herhangi bir sıfatla suça iştirak edebilecek, bu arada 'doğrudan doğruya beraber işleyen' de sayılabilecektir. Eğer, katkısı bu düzeyi dahi aşmışsa, örneğin işkence suçunda mağduru döven fail, bizzat özel sıfatı taşımayan bir vatandaş ise, o zaman bu kişi artık işkence suçunu irtikap eden olamayacağına göre, işlenmesini istediği suçun (olayda 'müessir fiil') asli maddi faili (irtikap edeni) olarak cezalandırılacaktır[1798].

Buna karşılık, YTCK'daki iştirak kurumu, aksi görüşe göre kaleme alınmıştır. Gerçekten, '*Bağlılık kuralı*' başlıklı YTCK md. 40'a ve gerekçesine yansıyan görüşe göre, '*özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir*'. Madde gerekçesine göre bağlılık kuralı, suç ortaklarından bazılarında faillik için aranan şartların bulunmaması hâlinde, bu kişilerin işlenen suçtan sorumluluğunu sağlamaktadır. Böylece, suçun işlenişinde hâkimiyet kuramadığı veya özel faillik niteliğini taşımadığı için fail olarak sorumlu tutulamayan bir suç ortağı, bağlılık kuralı sayesinde, gerçekleşen suçtan sorumlu tutulabilmektedir.

YTCK md. 40/2'de açıklandığı üzere, özel sıfatı taşımayan bu kimseler ancak

[1796] Bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: II, s. 486-487; **ŞEN,** Ceza Hukuku, s. 501.
[1797] Bkz. bu yönde **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 171. Özgenç'e göreyse, bu fikir 'eski ve azınlıkta'dır, bkz. **ÖZGENÇ,** Suça İştirak, s. 166.

azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecektir. Diğer suç ortaklarının bu şekilde sorumlu tutulabilmesi için, failin işlediği fiilin kasten işlenmesi ve hukuka aykırı olması yeterlidir. Failin bu fiil nedeniyle ayrıca kusurlu olmasına gerek yoktur[1799]. Bu açıdan, örneğin fail konumundaki bir jandarma eri, dağlık bir bölgedeyken amirlerinin cebir derecesine varan bir zorlaması sebebiyle, yakalanan bir yasadışı göçmene terörist olup olmadığını öğrenmek için işkence yapmak zorunda kalır ve işkenceyi, diğer bazı askerlerin temin ettiği aletlerle yaparsa; fiil kasıtlı ve hukuka aykırı olduğu için, aletleri temin eden şerikler yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulacaktır.

Öte yandan, YTCK md. 40/2'ye göre, sadece özel faillik niteliğine sahip olmak, özgü suçun faili olarak sorumluluk için yeterli olmayabilir. Bunun için, özel faillik niteliğinin yanı sıra, ayrıca fiil üzerinde hâkimiyet kurulması gerekir[1800]. İşte burada da, karşımıza özgü suçları 'sırf yükümlülük suçları' ve 'yükümlülük + hakimiyet' suçları olarak ikiye ayıran görüş ortaya çıkar[1801]. Buna göre, sırf yükümlülük suçlarında, özel sıfat veya nitelikten (bizim açımızdan kamu görevlisi olma sıfatından) kaynaklanan özel yükümlülüğe aykırı davranış cezalandırılmakta, bunların faili olabilmek için özel faillik sıfatını taşımak yeterli olmaktadır[1802]. Bu tür suçların hangi hareketlerle işlenebileceği kanun tarafından açıkça gösterilmiş değildir ve sıfat ya da nitelikle bağdaşmayan herhangi bir hareketle suçun maddî unsuru gerçekleştirilebilir (ör. görevi kötüye kullanma) [1803].

Buna karşılık, 'yükümlülük + hakimiyet' suçlarında, failin taşıması gereken özel sıfat ya da niteliğin yanında, suçun ne tarz hareketlerle işlenebileceği de kanunda gösterilmiştir[1804]. İşte, işkence de bu suçlardandır[1805]. Bu suçlarda fail olabilmek için

---

[1798] Bkz. bu yönde **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 172.
[1799] Bkz. **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** Ceza Hukuku, s. 323.
[1800] Özgenç'e göre bu, doktrindeki hakim görüştür, bkz. **ÖZGENÇ,** Suça İştirak, s. 167.
[1801] Bkz. **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Suç Teorisi, s. 395; **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 519 vd.
[1802] Bkz. **ÖZGENÇ,** Suça İştirak, s. 168; **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 519; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 170.
[1803] Bkz. **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Suç Teorisi, s. 395-396.
[1804] Bkz. **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 520.

özel sıfat/niteliğe sahip olmanın yanında, fiil üzerinde hakimiyet kurulması, diğer bir deyişle bu kimsenin suçun işlenişine sağladığı katkının, fiil üzerinde fonksiyonel (işlevsel, buna 'etkin' de diyebiliriz) bir hakimiyet kurmuş sayılması için yeterli görülebilmesi gerekmektedir[1806]. Yani, 'fail' olabilmek için şahıs, '*kanunî tarifteki fiilin oluşum seyrine hakim*' olmalıdır[1807].

Demek ki, YTCK bakımından işkence suçunun faili (YTCK md. 37), ancak ilgili kamu görevlisi olabilecektir. Fakat, md. 94/4'te ilginç bir düzenleme vardır: '*Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır*'. Bu kuralı, YTCK md. 40/2 ile birlikte değerlendirdiğimizde, YTCK'ya göre işkence suçuna iştirak eden herkes, suçun faili gibi tam ceza alacaktır.

Bir görüşe göre, bu hükümle özel sıfatı taşımayan kimsenin de suçun faili olabileceği öngörülmüştür[1808]. Ancak bu yorum kabul edilecek olursa, işkence özgü bir suç değildir ve birinci fıkradaki 'kamu görevlisi' ibaresini içeren tanımın bir anlamı yoktur. Özel sıfatı taşımayan kimselerin eylemi tipik değildir; çünkü maddî unsurlardan biri olan 'kamu görevlisi olma' sıfatını haiz değildirler; onların sorumluluğu ancak bağlılık kuralı sayesinde ve azmettirme ya da yardım etme şeklinde olabilecektir[1809]. Bu bakımdan, biz bu hükmün, fail sıfatını taşımayan 'sivil' şeriklerin de cezalandırma bakımından müşterek fail gibi, kanunda suç için öngörülen cezanın tam karşılığına çarptırılacakları şeklinde anlıyoruz.

Elbette, bu durumda da şeriklerin failin kamu görevlisi olduğunu bilmeleri gerekecektir[1810]. Buna karşılık, birden çok kamu görevlisi kendi aralarında iştirak halinde suçu işlerlerse, elbette ki katkılarının şekli ve önemine göre her biri sorumlu

---

[1805] Bkz. **ÖZGENÇ,** Suça İştirak, s. 169.
[1806] Bkz. **ÖZGENÇ,** Suça İştirak, s. 291; **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** Suç Teorisi, s. 396. Kıyaslayınız **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 170 (yazar, yükümlülük+hakimiyet suçlarının 'bizzat işlenmesi' gerektiğini Özgenç'e atıfla öne sürmektedir. Oysa, Özgenç, '*<bizzat işlenebilen suç> kategorisinin icadı isabetli değildir*' demektedir, bkz. **ÖZGENÇ,** Suça İştirak, s. 179.
[1807] Bkz. **ÖZGENÇ,** Suça İştirak, s. 171.
[1808] Bkz. **DONAY/KAŞIKÇI,** s. 135; **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 152.
[1809] Bkz. **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 537.
[1810] Bkz. **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 451.

tutulacaktır[1811].

Ayrıca, YTCK md. 94/5'teki '*Bu suçun ihmali davranışla işlenmesi hâlinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz*' hükmü sayesinde, işkence faillerinin tespit edilemediği olaylarda, en azından hangi birimde olayın gerçekleştiğinin anlaşılması kaydıyla, kişilere işkence yapıldığını öngörmesine rağmen bu konuda gerekli müdahalede bulunmamak suretiyle işkence yapılmasına imkan sağlayan amir durumundaki kamu görevlilerinin sorumlu tutulması mümkün olabilecektir[1812].

Uygulamada sıkça rastlanılan bir durum, işkenceye maruz kalan kimseyi inceleyen doktorun işkence bulgularına rastlamasına rağmen, çeşitli sebeplerle bunu raporunda göstermemesidir. Böyle bir durumda, işkence suçuna iştirak söz konusu olmaz. Çünkü tamamlanıp sona ermiş suça iştirak edilemeyeceği gibi, bu örnekte iştirak iradesi de yoktur.

Devlet memuru konumundaki adlî tabibi, bu durumda eski TCK md. 354/4'teki sahte rapor verme suçunun nitelikli halinden sorumlu tutmak mümkündü. Fakat bu hüküm 26.8.1999'da yürürlüğe girdiği için, o tarihe kadar işlenen fiiller bakımından ETCK md. 230'daki görevi ihmal (YTCK md. 257/2 – 'görevi kötüye kullanma') suçu düşünülebilirdi[1813].

YTCK'da ise bu ihtimali düzenleyen özel bir hüküm yoktur. Bu durumda, YTCK md. 210/2 hükmü[1814] uygulanabilir, ve işkenceyi gizleyen bir belge '*kamunun veya kişilerin zararına sonuç doğurucu nitelik*' taşıyacağı için, resmi belgede sahtecilik (YCK md. 204) hükümlerine göre işlem yapılabilir[1815].

[1811] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** HA 5, s. 241.
[1812] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** HA 5, s. 247.
[1813] Bkz. ör. Y. 8. CD. 23.5.2001, 7016/10949, Y. 8.CD. 31.1.2001, 25909/3067, aktaran: **MALKOÇ,** 2. Cilt, s. 1989-1990.
[1814] *'Gerçeğe aykırı belge düzenleyen tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire veya diğer sağlık mesleği mensubu, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Düzenlenen belgenin kişiye haksız bir menfaat sağlaması ya da kamunun veya kişilerin zararına bir sonuç doğurucu nitelik taşıması hâlinde, resmî belgede sahtecilik hükümlerine göre cezaya hükmolunur'*.
[1815] TCK döneminde, bu ihtimalde 'görevi ihmal'den ötürü hüküm kurulduğuna dair bkz. ör. Y. 8. CD. 23.5.2001, 7016/10949, Y. 8.CD. 31.1.2001, 25909/3067, aktaran: **MALKOÇ,** 2. Cilt, s. 1989-1990.

İşkence yapılması yönünde bir emrin yerine getirilmesi durumunda, emir veren de icra eden de sorumluluktan kurtulamayacak (An. md. 137/2); emri veren 'azmettiren', yerine getiren de 'fail' (ETCK bakımından 'fiili irtikap eden') sıfatıyla suçun karşılığı olan tam cezayı alacaktır.

III. İÇTİMA

Ceza hukukunda içtima deyince, iki ayrı kurum mevcuttur: kanunların içtimaı (görünüşte içtima) ve suçların içtimaı.

Kanunların içtimaından kasıt, belirli bir eylemin aynı anda birden çok normun uygulama alanına giriyor gibi gözükmesine rağmen, normların arasındaki ilişki sebebiyle ya da yorum ilkeleri yoluyla aslında bu normlardan sadece birinin somut olayda uygulanma imkanına sahip olmasıdır[1816]. Görünüşte içtima ilkeleri olarak[1817] özel-genel norm, asli-tali norm, tüketen-tüketilen norm ilişkisi ve bu sonuncusunun bir yansıması olan bileşik suç durumları[1818] sayılabilir.

Suçların içtimaı ise, ceza hukukunda kanunî tanıma uygun olarak gerçekleştirilen her neticenin ayrı bir suç oluşturup cezalandırılacağı ilkesinin istisnasını oluşturur[1819]. Bu durumlar olarak, bir hareketin birden fazla ihlale neden olmasına rağmen failin en ağır cezadan sorumlu tutulduğu fikrî içtima[1820] ve birden

[1816] Bkz. **ÖNDER,** Ceza Hukuku Dersleri, s. 451; **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK,** Ceza Genel, no. 320; **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER**, İçel Suç Teorisi, s. 456-457; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 441-442; **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 454; **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 340.

[1817] Bkz. **ÖNDER,** Ceza Hukuku Dersleri, s. 452 vd.; **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK,** Ceza Genel, no. 321 vd; **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER**, İçel Suç Teorisi, s. 458 vd.; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 442 vd; **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 454 vd; **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 340 vd.

[1818] Bkz. **ÖNDER,** Ceza Hukuku Dersleri, s. 452-453; **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER**, İçel Suç Teorisi, s. 458-459, 467-468; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 444; **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 455; **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 340.

[1819] Bkz. **DÖNMEZER/ ERMAN,** Cilt: I, no. 525; **ÖNDER,** Ceza Hukuku Dersleri, s. 445 vd.; **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK,** Ceza Genel, no. 313; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 441; **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 115.

[1820] Kurum hk. bilgi için bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: II, no. 1120 vd.; **ÖNDER,** Ceza Hukuku Dersleri, s. 456 vd.; **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK,** Ceza Genel, no. 319 vd.; **İÇEL/ SOKULLU-**

fazla hareket ve neticenin tek bir ihlal olarak cezalandırıldığı zincirleme suçu[1821] sayabiliriz.

A. Görünüşte İçtima

Yukarıda belirttiğimiz gibi, görünüşte içtima ilkelerinden biri de özel-genel norm ilişkisidir. Buna göre, bir normun (özel norm) genel normun tüm unsurlarını bünyesinde toplaması yanında, buna yeni bir unsur daha ekleyerek değişik bir nitelik kazanması durumunda, artık sadece ilave unsuru bünyesinde barındıran özel norm uygulanır[1822].

Bu doğrultuda, 765 s. TCK md. 243'ten hüküm kurulduğu durumlarda, özel hükmün genel hükmü ortadan kaldırması ilkesinden ötürü ETCK md. 228, 230 veya 245'ten ötürü ayrıca ceza verilemeyeceği açıktır[1823]. YTCK bakımından md. 257'deki görevi kötüye kullanma suçu ile YTCK md. 94 arasındaki ilişki de aynı yöndedir, genel hüküm olan YTCK md. 257 (ya da zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılmasını düzenleyen md. 256) ayrıca uygulanamayacaktır.

Öte yandan, 'insanlığa karşı suçlar başlıklı' md. 77'ye göre, işkence fiilinin '*siyasal, felsefî, ırkî veya dinî saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plân doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi*' bu suçu oluşturur. Bu bakımdan, maddede belirtilen özel kast ile, sivil nüfusa (toplumun bir kesimine) karşı sistematik olarak

---

AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER, İçel Suç Teorisi, s. 417 vd.; **CENTEL,** Ceza Genel, s. 443 vd; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA,** Ceza Genel, s. 843 vd.; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 446; **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 468 vd; **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 332 vd; **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 575 vd.

[1821] Kurum hk. bilgi için bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: I, no. 525 vd.; **ÖNDER,** Ceza Hukuku Dersleri, s. 465 vd.; **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK,** Ceza Genel, no. 314 vd.; **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER**, İçel Suç Teorisi, s. 434 vd.; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA,** Ceza Genel, s. 859 vd.; **CENTEL,** Ceza Genel, s. 451 vd.; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 450; **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 462 vd; **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 323 vd; **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 555 vd.

[1822] Bkz. **ÖNDER,** Ceza Hukuku Dersleri, s. 452 vd.; **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK,** Ceza Genel, no. 322; **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER**, İçel Suç Teorisi, s. 462 vd.; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 442.

[1823] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 46 (fakat yazar, asli-tali norm ilişkisinden hareketle bu sonuca varmaktadır); **NUHOĞLU,** s. 579; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 203; **MALKOÇ,** s. 1987; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 174.

yürütülen bir saldırı çerçevesinde işkence fiilleri işlenecek olursa, tüketen norm olan md. 77 uygulanacaktır. Çünkü insanlığa karşı suçun maddî unsurunu zaten işkencenin oluşturduğu durumlarda, md. 77'deki suç tipi, işkence suçunun haksızlık içeriğini kapsamaktadır.

B. Bileşik Suç

YTCK md. 42'ye göre *'Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.'*

İşkencenin bedene yönelik maddî hareketler aracılığıyla işlendiği durumlarda, ETCK açısından müessir fiil ile işkence arasında içtima sorunu doğmaktaydı. YTCK açısından ise, yaralama suçu ile içtima sorununu çözmek çoğu zaman kolay olacaktır. Gerçekten, YTCK md. 95'te işkence fiilinin mağdurda yol açtığı çeşitli ağır neticelere göre oluşacak suçun çeşitli nitelikli hallerine yer verilmiştir. Zaten söz konusu nitelikli haller YTCK md. 87'de yer alan 'netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama' ile aynıdır. Bu sebeple, yaralama nitelikli fiillerle işlenen çoğu işkence suçu, zaten YTCK md. 95 kapsamında ve bileşik suç kurallarına göre cezalandırılacaktır.

Öte yandan gerek eski gerekse yeni TCK bakımından, işkence sonucunda ölümün meydana gelmesi, bir nitelikli hal olarak öngörülmüştür (YTCK md. 94/5, ETCK md. 243/2). Bu durumda, ölüm, işkence suçunun nitelikli halini teşkil ettiği için bileşik suç söz konusudur[1824]. Keza ETCK bakımından müessir fiilin neticeleri ETCK md. 456/2-3'te öngörülen boyuta ulaşmışsa ETCK md. 243/2'deki ağırlatıcı sebep oluşmuş olur, bu durumda da, mürekkep suç hükümleri gereği müessir fiilden ötürü ayrıca ceza verilmezdi[1825].

[1824] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 45; **ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 422; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 491-492; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 174.

[1825] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 45; **ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 422; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 491-492; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 203; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 175.

Nihayet, 5237 s. TCK bakımından işkence, cinsel taciz (YTCK md. 105 - eski TCK'daki söz atma-satkıntılık) şeklinde gerçekleşmişse, bu durum zaten işkence suçunun nitelikli hâli olarak gösterildiğinden (YTCK md. 94/3) artık bileşik (mürekkep) suç söz konusu olacaktır ve fail sadece işkenceden cezalandırılacaktır. Buna karşılık, cinsel saldırı (YTCK md. 102 - eski TCK'daki ırza tasaddi-ırza geçme) söz konusu ise, ayrıca ceza verilir. O hâlde, işkence teşkil eden eylemin kapsamında mağdurun cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlâl edilmiş (YTCK md. 102/1) ve hatta fiil, vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmiş (YTCK md. 102/2) ise gerçek içtima söz konusu olacak ve faile hem işkence suçundan hem de YTCK md. 102'den ayrı ayrı ceza verilecektir. Şayet, cinsel dokunulmazlığa karşı saldırının boyutu YTCK md. 105/1'deki 'cinsel amaçlı olarak taciz' düzeyini aşmamışsa, sadece YTCK md. 94/3'ten ötürü hüküm kurulacaktır.

C. Zincirleme Suç

29.6.2005 tarih ve 5377 s.K. ile değişik YTCK md. 43'e göre, '*(1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.*

(2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır.

(3) Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence….. ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.'

Bir kere, şayet mağdura karşı hem bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine yol açacak davranışlar hem de algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine veya aşağılanmasına yol açacak davranışlar aynı anda ya da art arda uygulanırsa, bunlar işkence suçunun seçimlik hareketleri olduğundan tek bir suç oluşacaktır. Burada zaten zincirleme suç ilişkisinden bahsedilemez[1826].

[1826] Bkz. **DÖNMEZER/ERMAN,** Cilt: I, no. 508; **ÖNDER,** Ceza Hukuku Dersleri, s. 178-179;

Yeni TCK bakımından, farklı mağdurlara karşı işlenen suçlar zincirleme suç kapsamı dışında tutulmuştur (YTCK md. 43/1). Bu nedenle, bir suç işleme kararıyla dahi birden fazla kişi işkenceye uğratılırsa, mağdur sayısınca suç oluşacaktır. Aynı şekilde, birden fazla mağdurun ölmesi durumunda her bir mağdur bakımından müebbet ağır hapis cezası verilecektir.

Aynı kişiye karşı birden çok işkence yapılması durumunda ise, bu sefer YTCK md. 43/3 gereği, işkence suçu açıkça zincirleme suç kapsamı dışında bırakıldığından mağdur sayısınca ceza vermek gerekecektir[1827].

Ancak aynı kişiye karşı tek bir kast altında, örneğin suçunu itiraf ettirmek saikiyle, farklı zamanlarda art arda işkence yapılmışsa, bizce hukukî anlamda tek hareket olduğundan suç da tektir.

Bu son durumda, şunu da dikkate almak gerekecektir: gerekçede '*işkence teşkil eden fiiller…. ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler. Bir süreç içinde süreklilik arzeder bir tarzda işlenen işkencenin…*' denilmektedir. O halde, YTCK'ya göre işkenceden bahsedebilmek için fiillerin çoğu zaman tekrarlanması gerekecektir. Bu süreklilik durumu suçun unsuru olduğu için, hareketlerin birden çok olması birden fazla suçun oluştuğu anlamına gelmeyecektir. Diğer bir deyişle, işkence suçunu teşkil eden hareketlerin sistematik ve süreklilik arz eder biçimde işlenmesi aranırsa (ki gerekçe bu yöndedir), o zaman kendi aralarında bir bütünlük teşkil eden birden fazla hareket, tek bir işkence suçunu oluşturacaktır[1828].

ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK, Ceza Hukuku, no. 130; **İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel Suç Teorisi, s. 65; **ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA**, Ceza Genel, s. 436; **CENTEL,** Ceza Genel, s. 454; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 195; **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 462; **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 209.

[1827] Üzülmez, Alman Hukuku bakımından işkence durumunda mağdur sayısınca suç oluşacağı ve gerçek içtima kurallarının uygulanacağı konusunda görüş birliği bulunduğunu belirtmektedir, bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 180, dn. 955.

[1828] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 176; benzer yönde **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 202.

Bizim öne sürdüğümüz görüş doğrultusunda, işkencenin sistematik olması aranmasa bile, bu sefer de birden çok hareketin birbirinin parçası olarak değerlendirilip hukuken tek hareket sayılması bir çok kez gündeme gelecektir. Örneğin, kişinin bütün gece gözleri bağlı ve çıplak şekilde, soğuk bir hücrede terk edildikten sonra; sabahleyin üzerine çok soğuk/sıcak su dökerek uyandırılması gibi. Nasıl yaralama suçunda bir kişiye on kez ayrı yerlerine vurulmasında hukukî anlamda tek hareket mevcutsa, işkence nitelikli olup yer ve zaman bakımından birbirini müteakip birden çok hareket de hukuken tek sayılabilir.

Buna karşılık, kendi aralarında işkence teşkil edebilecek yoğunluğa ulaşmış birden çok davranış sürecinin arasına belirli bir zaman dilimi girmişse, artık yeni bir kastla tekrar suç işlendiği söylenebilir[1829]. Örneğin, jandarma erinin, kendisini görevini ihmal etmekle itham ettiğini duyduğu köylüyü evinde feci şekilde dövmesi; bunun üzerine ihbarda bulunan aynı kişiyi ertesi gün ikinci defa evinde sıkıştırıp eziyetlere maruz bırakması gibi. Bu son durumda da, YTCK md. 43/3 uyarınca zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır[1830]. Zaten bu durumda, kastın yenilendiği de söylenebilir.

Keza, YTCK md. 43/2 hükmündeki '*Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır*' kuralı da, aynı maddenin üçüncü fıkrasındaki açıklık karşısında işkence suçu bakımından uygulanamaz. Örneğin, bir anne, sorguda cinsel saldırıya uğrayan kızını seyretmek zorunda bırakılırsa, her ikisi bakımından da ayrı ayrı işkence suçu oluşmuştur.

765 sayılı ETCK dönemindeyse, aynı sebeple işkenceye maruz kalan birden fazla kişinin olması durumunda (aynı suçun şerikleri gibi), müteselsil suçun düzenlendiği ETCK md. 80 anlamında, bu hareketlerin 'bir suç işleme kararının icrasına' bağlanabilmesi (yani suç işleme kararında birlik olması) halinde, müteselsil suç hükümleri uygulanabilmeliydi. Zira ortada tek bir işkence suçu vardır, fakat

[1829] Bkz. **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 203.
[1830] ETCK açısından bu durumda md. 80'in uygulanabileceğine dair bkz. **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 202; **MALKOÇ,** s. 1988.

cezası ETCK 80'e göre artırılarak hükmolunmalıdır[1831]. Fakat Yargıtay, 1929 tarihli (E. 26 K.20) içtihadı birleştirme kararına dayanarak mağdurların çokluğu hâlinde netice sayısı kadar suçtan hüküm kurmaktaydı[1832].

Benzer şekilde, işkenceye uğrayan birden fazla mağdurun ölmesi durumunda suç işleme kararında birlik varsa, teorik olarak ETCK md. 243/2'ye göre verilecek tek cezayı, ETCK md. 80'e göre artırmak gerekirdi. Ancak suç kararında birlik yoksa, her bir mağdur bakımından ETCK md. 243/2'nin ayrı ayrı uygulanması icap ederdi. Bu durumda, ETCK md. 450/b. 5'in uygulanamayacağı açıktır; çünkü, öldürmeye yönelik kast yoktur[1833]. Böyle bir durumda, her bir mağdurun ölümü bakımından ETCK md. 452/1'de, ETCK md. 448'e yapılan yollama dikkate alınacak (sekiz seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası) ve bu ceza, ETCK md. 243/2 gereği üçte birden yarıya kadar artırılacaktı[1834].

Buna karşılık, aynı kişiye karşı işlenmiş olsa bile, her seferinde farklı suçları itiraf ettirmek amacıyla hareket edilmişse bağımsız suçlardan bahsedilebileceği belirtilmekteydi[1835]. Elbette bu tespit, hareketlerin farklı zamanlarda ve yenilenen kastla yapılması durumunda doğru olacaktır. Yoksa birden fazla suç işlediğinden şüphe edilen kimsenin bunları söylemesi için dövülmesi durumunda, elbette tek suç olurdu. Öte yandan gerçek hayatta, önce bir suçu, sonra da bir diğerini itiraf etmesi için mağdura ayrı ayrı işkence merasimi yapılmasını düşünmek zordur. Zaten böyle

---

[1831] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 47; **ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 422; **NUHOĞLU,** s. 580; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 485; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 203; **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** İşkence, s. 198; **MALKOÇ,** 2. Cilt, s. 1988 (yazarın çıkış noktası, suçla korunan hukukî yararın kamu idaresi olması ve ayrı mağdurlara yönelik her bir fiille, bu aynı yararın ihlâl edilmekte olmasıdır); **SAVAŞ/ MOLLAMAHMUTOĞLU,** 2. Cilt, s. 2509; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 176.

[1832] '*...oluşa ve dosyadaki bilgi ve belgelere göre sanığın mağdurlara işkence yaptığı kabul edilmesine göre mahkemece öncelikle hangi mağdurlara işkence yapıldığı ayrı ayrı ve kesin biçimde belirlenip, mağdur sayısınca uygulama yapılması gerekirken, yapılan tek uygulamadan verilen cezanın olayda uygulama yeri bulunmayan TCK.nun 80. maddesiyle arttırılmasıyla yetinilmesi... bozmayı gerektirmiştir*' (Y. 8. CD. 23.5.2001, 7016/10949, bkz. **MALKOÇ,** 2. Cilt, s. 1989); YCGK, 4.4.1983, **SAVAŞ/ MOLLAMAHMUTOĞLU,** 2. Cilt, s. 2525. Bkz. ayrıca **ARTUK/GÖKCEN/ YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 485 vd; **PARLAR/DEMİREL,** s. 808; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 178-180.

[1833] Bkz. **DÖNMEZER,** Kişilere, s. 55; **ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 425; **NUHOĞLU,** s. 578; **SAVAŞ/ MOLLAMAHMUTOĞLU,** 2. Cilt, s. 2526.

[1834] Bkz. **NUHOĞLU,** s. 578.

[1835] Bkz. **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 203; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 177.

bir ihtimalde dahi, teselsül ilişkisinde sübjektif unsurun artık mevcut olmadığını otomatik olarak varsaymak güç gözükmekteydi.

D. Fikrî İçtima

5237 sayılı TCK md. 44'e göre *'İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.*'

765 sayılı TCK açısından işkence niteliğindeki fiiller aynı zamanda sövme, müessir fiil (TCK md. 456/1 ve 4), ırza tasaddi veya geçme, tehdit (TCK md. 188) gibi başka suçları da oluşturuyorsa fikrî içtima kuralları uygulanır ve fail, en ağır cezayı gerektiren suçun cezasını alırdı (TCK md. 79)[1836].

İşkence sırasındaki müessir fiil, ETCK'nın 456. maddesinin ilk ve son fıkrasındaki boyutta kalmışsa, bu sefer de 'geçitli suç' kuralları gereğince, sadece ETCK md. 243/1'den hüküm kurulması gerektiği ifade edilmekteydi[1837]. Bize, bu durumda fikri içtimadan bahsedilmeliydi. Buna karşılık, işkencenin manevi cebirle işlendiği durumlarda ise, geçitli suçun olmayacağı belirtilmekteydi[1838], ki bu durumda zaten 'müessir fiil'in varlığı da tartışmalıdır.

YTCK açısından yaralama suçunun basit haline tekabül eden fiillerle işkence suçunun işlenmesi durumunda, ETCK uygulamasında olduğu gibi sadece işkenceden ötürü hüküm kurmak gerekecektir. Bize göre bu sonuca fikrî içtima kurumu

[1836] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 45; **NUHOĞLU,** s. 581; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 203; **MALKOÇ,** s. 1987. Manevî cebir uygulanması durumunda, Artuk/Gökcen/Yenidünya'ya göre, ETCK md. 243 ile ETCK md. 188'in karşılaştırmasında, özel hüküm olması sebebiyle ETCK md. 243'ü uygulamak gerekecektir (bkz. **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 491). Parlar/Demirel ise, tehdit ve hakaret bakımından, '*bu fiiller unsur sayılan hareket niteliğinde olduğundan faile ayrıca tehdit ve hakaret suçundan*' ceza verilemeyeceğini öne sürüyorlar ki; mürekkep suç müessesesine dayanılmak istenmişse, bu görüşün kabulü mümkün değildir (bkz. **PARLAR/DEMİREL,** s. 808).

[1837] Bkz. **ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 422; **NUHOĞLU,** s. 581. Üzülmez ise, 174. sayfada 'geçitli suç söz konusudur' dedikten sonra 175. sayfada 'fikri içtima kuralları uygulanmalıdır' demektedir, bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 174-175. Haklı olarak, işkence suçunun işlenmesi için zorunlu olarak müessir fiil suçunun işlenmesi gerekmediğinden bu görüş eleştirilmekteydi, bkz. **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 203, dn. 368.

sebebiyle ulaşılmalıdır[1839]. Tehdit (YTCK md. 106- ETCK md. 188) aracılığıyla işkence suçunun işlenmesi durumunda da, fikrî içtima yoluyla sorunu çözümlemek gerekecektir[1840]. Hakaret (YTCK md. 125) aracılığıyla suçun işlenmesi durumunda da durum aynıdır[1841].

Belirtelim ki İspanyol Yargıtayına göre, işkence suç tipi manevî bütünlüğe yönelik saldırıları cezalandırdığı için hakaretin basit hali ve kötü muamele hareketleri suç tipinin içinde erir. Buna karşılık, yaralamanın basit hali bile söz konusu olsa, gerçek içtima uygulanmalıdır (STS 3433/1999).

Yani İspanyol Yargıtayına göre, manevi ezaya yol açma, manevî cebir uygulama gibi eylemler zaten manevî bütünlüğe saldırı teşkil eden işkence eylemin tipikliği içinde değerlendirilmeliyken, yaralamaya yol açmak suç tipinin unsuru olmadığından ayrıca cezalandırılmalıdır[1842].

YTCK'de yer alan bazı diğer suç tipleriyle de md. 94'teki işkence suçu arasında içtima sorunu çıkabilir.

YTCK md. 79'daki göçmen kaçakçılığı suçu[1843] bakımından içtima sorunu, göçmenlerin çok zor şartlarda ülkeye sokulması ya da ülke dışına çıkarılması bakımından yaşanabilir. Örneğin, haberlerde sıklıkla görüldüğü gibi, elverişsiz havada ve denize elverişli olmayan derme çatma araçlarda onlarca göçmeni aç-susuz

---

[1838] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 174.
[1839] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** HA 5, s. 241; ETCK açısından bkz. bu yönde **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 45; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 203.
[1840] Bkz. aynı yönde **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 45; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 203; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 175. Bir görüşe göreyse burada özel hüküm-genel hüküm ilişkisi sebebiyle sadece işkenceden hüküm kurulmalıdır, bkz. **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** Ceza Özel, s. 491.
[1841] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 175.
[1842] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 23.
[1843] YTCK md. 79/1'e göre, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan; bir yabancıyı ülkeye sokan veya ülkede kalmasına imkân sağlayan ya da Türk vatandaşı veya yabancının yurt dışına çıkmasına imkân sağlayan kişi, bu suçu işlemiş olur. Suç tipi hk. bilgi için bkz. **ÖNOK,** Uluslararası Suçlar, s. 197 vd; **ARSLAN, Çetin,** Göçmen Kaçakçılığı Suçları, AÜHFD, Cilt: 52, Sayı: 1, 2003, s. 113-145; **HAKERİ, Hakan,** Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları (TCK 201/a ve 201/b), KhukA, Mart 2005, s. 1-18; **DOĞAN, Koray,** Göçmen Kaçakçılığı Suçu, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üni. Sos. Bil. Enstitüsü, İzmir 1999, s. 78 vd.

istifleyerek taşımaya kalkışma durumunda, yerine göre bu suçla işkence ya da eziyet suçu arasında fikrî içtima ilişkisi kurulabilir. Aslında, *Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol*'[1844] md.6/3 gereği, '*Kaçak göçmenlerin insanlık dışı veya onur kırıcı muamele biçimlerine tabi kılınmalarına neden olunması*' durumu, nitelikli hal olarak düzenlemeliydi[1845]. Şayet bu yapılmış olsa, bir çok durumda bileşik suç ilişkisi söz konusu olurdu. Bu yapılmadığına göre, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele biçimine tabi kılınmalarına neden olma bakımından, eziyete ya da işkenceye ilişkin hükümle YTCK md. 79 arasında fikrî içtima ilişkisi doğacaktır.

YTCK md. 80'deki insan ticareti suçu[1846] bakımından da içtima sorunu doğabilir. Gerçekten de, bu suç tipinin maddî unsurunu oluşturan hareketlerin bir çoğu, sistematik, uzun süreli, sürekli hareketler biçimde ortaya çıkmakta ve ticareti yapılan mağduru insan onurundan mahrum edilmiş bir meta haline getirmektedir.

İnsan ticareti bakımından farklı ihtimaller vardır[1847]: insan ticareti suçu kapsamında işlenen fiiller ayrıca bir suç oluşturmakta ise, ikili bir ayrım yapmak gerekir. Eğer, insan ticareti suçunun zaten unsurunu teşkil eden hareketler söz konusu ise, artık bileşik suç söz konusudur ve sadece YTCK md. 80'den ötürü hüküm

---

[1844] Söz konusu Protokol, BM Genel Kurulu'nun 55. Oturumunda, 15.11.2000 tarih ve A/RES/55/25 sayılı kararıyla kabul edilmiştir. 28.1.2004'te yürürlüğe giren Sözleşmeyi yüz on iki devlet imzalamıştır; 12 Ekim 2005 itibariyle seksen iki devlet buna taraftır. Türkiye, Sözleşme'yi 13.12.2000'de imzalamış ve uluslararası hukuk açısından, Sözleşme 25.3.2003 itibariyle Türkiye açısından yürürlüğe girmiştir.

[1845] Bkz. **ÖNOK,** Uluslararası Suçlar, s. 204-205.

[1846] YTCK md. 80 şöyledir: - *(1) Zorla çalıştırmak veya hizmet ettirmek, esarete veya benzerî uygulamalara tâbi kılmak, vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri tedarik eden, kaçıran, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden, barındıran kimseye sekiz yıldan oniki yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adlî para cezası verilir.*
(2) Birinci fıkrada belirtilen amaçlarla girişilen ve suçu oluşturan fiiller var olduğu takdirde, mağdurun rızası geçersizdir.
(3) Onsekiz yaşını doldurmamış olanların birinci fıkrada belirtilen maksatlarla tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden diğer bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri veya barındırılmaları hâllerinde suça ait araç fiillerden hiçbirine başvurulmuş olmasa da faile birinci fıkrada belirtilen cezalar verilir.
(4) Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükmolunur'. Suç tipi hk. bilgi için bkz. **ÖNOK,** Uluslararası Suçlar, s. 205 vd; **KOCA**, **Mahmut**, İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu (TCK m. 201b), AÜHFD, Cilt: 52, Sayı:2, 2003, s. 141-172.

kurulur. Ör. tehdit (YTCK md. 106), cebir (YTCK md. 108). Buna karşılık, eğer bu fiiller, suçun unsuru değilse ve tek bir fiil[1848] söz konusuysa, o zaman, YTCK md. 44'teki fikrî içtima hükümleri uyarınca en ağır cezayı gerektiren suçtan ötürü hüküm kurulur. Örneğin, hizmet ettirmek maksadıyla, bir yere götürülüp orada barındırılan insanın çok zor yaşam şartlarına tabi tutulması durumunda, YTCK md. 94-96 ile YTCK md. 80 arasında fikrî içtima kuralları uygulanır.

Ancak esas sorun, insan ticareti sırasında işlenen fiillerin birden fazla olmasıdır. Örneğin, ticareti yapılan şahsa karşı, insan ticareti teşkil eden durum çerçevesinde, insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlar gerçekleştirilirse sorun ortaya çıkmaktadır. Örneğin, dolgun maaş vaadiyle manken olarak çalışmak vaadiyle kandırılan Ukraynalı genç kızın gümrük kontroldeki memurların işbirliğiyle Türkiye'ye getirildiğini, ajansa gönderme bahanesiyle bunlarca geneleve sevk edildiğini, berbat hayat koşullarında aç-susuz yaşamaya zorlandığını, gözünü korkutmak için her gün dövüldüğünü, daha sonra da gelen müşterilerle birlikte olmaya zorlandığını düşünelim. Burada tek bir insan ticareti suçu mu, insan ticareti yanında hürriyetten yoksun kılma + eziyet/işkence + yaralama + cinsel saldırı suçu mu, zincirleme tek bir insan ticareti suçu mu yoksa fiil sayısı kadar insan ticareti suçu mu oluşacaktır? Bize göre, burada belirli suç tipleri, insan ticaretinin unsuru olarak maddede açıkça öngörüldüğü için bunlar açısından sorun çıkmaz, bileşik suç vardır (ör. hürriyetten yoksun bırakma gibi). Buna karşılık, fiiller birden fazla olduğu için, bunların kendi arasında fikrî içtima ilişkisine girmesinden bahsedilemez. Bu durumda, geri kalan fiillerden ötürü failleri, hem insan ticareti suçundan hem de bu sırada işledikleri diğer fiillerden ötürü ayrı ayrı cezalandırmak gerekecektir. Böyle bir durumda, eziyet veya işkence suçu ile gerçek içtima ilişkisi doğacaktır.

[1847] Bkz. **ÖNOK,** Uluslararası Suçlar, s. 211-213.

[1848] Aslında YTCK md. 44'teki 'işlediği bir fiil' ibaresinin açık olmadığı belirtilmelidir. Gerçekten de, fiil, hareket-netice-nedensellik bağı üçlüsünden oluştuğuna göre, burada tek olması gerekenin hareket mi netice mi olduğu sorusu cevapsız kalmaktadır. Fakat, incelememiz kapsamı açısından bu sorunsala girmeyeceğiz.

İnsan üzerinde bilimsel amaçlı deneylerin yapılması da insan onuruna aykırı olup hemen her zaman mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacaktır. Fakat, YTCK md. 90'da 'insan üzerinde deney' suç tipine yer verildiği için, fikrî içtima hükümleri uygulanmalıdır. Bu durumda, işkence suçuna ilişkin ceza daha ağır olduğu için YTCK md. 94 öncelikle uygulanmalıdır.

Nihayet, işkence ile soykırım arasındaki ilişkiyi ortaya koymak gerekir. Gerçekten, 'soykırım' başlıklı YTCK md. 76'ya göre bu suç tipi '*Kişilerin bedensel veya ruhsal bütünlüklerine ağır zarar verme*' suretiyle (md. 76/1-b) de gerçekleştirilebilir. Buna göre, şayet ulusal, etnik, ırkî veya bir dini kısmen de olsa yok etmek özel kastıyla birden çok kimseye karşı işkence nitelikli fiiller işlenirse, bu durumda YTCK md. 76 ile işkence suçu arasında fikrî içtima ilişkisi doğacaktır.

§ 9. YAPTIRIM VE SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

Kanunda, suçun temel şekline göre cezanın arttırılmasını veya azaltılmasını gerektiren unsurlara yer verildiği hallerde, suçun nitelikli halleri söz konusu olur[1849]. Nitekim 5237 s. TCK'da bu terim benimsenmiştir. 765 s. TCK bakımından ise, cezanın azaltılmasını gerektiren durumlara 'hafifletici sebep', arttırılmasını gerektirenlere ise 'ağırlatıcı sebep' denmekteydi.

Lehe kanun uygulaması bakımından YTCK, suçun gerek basit gerekse nitelikli şekli bakımından daha ağır cezalar öngördüğünden aleyhedir. Hatta, suçun unsurları bakımından da daha geniş bir düzenleme getirdiğinden, bu açıdan da aleyhedir.

Ayrıca, zamanaşımı bakımından ETCK md. 243'teki işkence suçu ETCK md. 102/1-b.3'e göre on yıllık bir süreye tabiyken, YTCK md. 94'teki suç tipinin dava zamanaşımı daha uzun sürelere tabidir. Gerçekten, suçun basit şeklinin cezası üç-on

[1849] Bkz. **İÇEL / SOKULLU-AKINCI/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER,** İçel

iki yıl hapistir. YTCK md. 66/4'e göre, kanunda öngörülen soyut cezanın üst sınırı esas alınacaktır; buna göre de, dava zamanaşımı md. 66/1-d'ye göre on beş yıl olarak belirlenecektir. Öte yandan, YTCK md. 66/3'e göre '*Dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâlleri de göz önünde bulundurulur*'.

Bu açıdan, 1 Haziran 2005 tarihine kadar işlenen işkence fiilleri bakımından 765 s. TCK uygulanmaya devam edecektir.

I. 765 sayılı TCK Bakımından

ETCK bakımından işkence suçunun basit haline mahkumiyet hâlinde, sekiz yıla kadar ağır hapis ve sürekli veya geçici olarak kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası verilirdi[1850]. Bu durumda, genel hüküm olan ETCK md. 31 veya 35 ayrıca uygulanmazdı[1851]. Ağır hapis cezasının alt sınırı, ETCK md. 13 uyarınca, bir yıl olarak kabul edilecekti. Verilecek ağır hapis cezasının sınırının 1999'da sekiz yıla çıkarılmış olmasıyla, dava zamanaşımı süresi de uzamıştı.

Fiilin sonucunda nitelikli müessir fiil ya da ölüm neticesinin meydana gelmesi sebebiyle ETCK md. 243/2'deki ağırlatıcı sebebin uygulanacağı durumlarda, ilginç bir durum ortaya çıkmaktaydı. Gerçekten de, ölüm neticesi meydana gelirse TCK md. 452'ye göre tertip olunacak ceza; TCK md. 456/f. 2, 3'teki ağır neticelerden biri meydana gelirse de, buna göre tertip olunacak ceza üçte birden yarıya kadar artırılacaktı. Bu durumda, ölüm halinde ceza, kural olarak 128 aydan aşağı olmamak üzere ağır hapis; TCK md. 456/f.3'teki boyuta ulaşmış müessir fiil bakımından da, en az 80 ay-160 ay, en fazla 90 ay-180 ay ağır hapis cezası olacaktı. Fakat, TCK md. 456/f.2'ye giren bir durum varsa, ceza en az 32 aydan 80 aya kadar, en fazla da 36 aydan 90 aya hapis olacaktı ki, bu, TCK md. 243/1'de öngörülen cezanın dahi bir

---

Suç Teorisi, s. 89; **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 228.

[1850] Buradaki 'kamu hizmetlerinden mahrumiyet', kanunun açık hükmü karşısında, fer'î ceza olarak nitelendirilmeliydi. Bir görüşe göreyse, burada bir 'emniyet tedbiri' söz konusudur, açıklama için bkz. **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** İşkence, s. 201.

[1851] Bkz. **ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 427; **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** İşkence, s. 200; **ÜZÜLMEZ,**

hayli altında kalmaktaydı[1852].

Bu sebeple, ETCK md. 243/2'de yapılan göndermenin artık sadece md. 456/3'ü kapsadığı, bu durumlarda hakimin md. 243/1'deki sekiz yıllık alt sınır ile md. 456/3'teki on yıllık üst sınır arasında cezayı belirledikten sonra arttırımı uygulayacağı savunulmaktaydı[1853].

Öte yandan, 2.1.2003 tarih ve 4778 sayılı Kanunla (RG 11.1.2003), işkence suçundan dolayı verilen cezaların, para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilemeyeceği ve ertelenemeyeceği öngörülmüştü[1854]. Bu düzenleme haklı olarak eleştirilmekteydi[1855]. Gerçekten, failin işlediği suça ilişkin olarak hükmolunan hürriyeti bağlayıcı cezanın, para cezası veya diğer bir tedbire çevrilmesi, cezanın bireyselleştirilmesi ve faile uydurulması amacını güden, failin kişiliğine bağlı bir kurumdur. Bu açıdan, belirli bir suç tipini esas alarak bu kurumların uygulanma imkanını tüm failler açısından peşinen ortadan kaldırmak, ceza hukuku açısından isabetli bir yaklaşım değildir.

Kaldı ki, zaten 647 s. Ceza İnfaz Kanunu md. 4'e göre, 'ağır hapis hariç', ancak kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar tedbire çevrilebileceğinden, cezası ağır hapis olan işkence suçunun maddedeki tedbirlere çevrilebilmesi mümkün değildi. Ertelemeye gelince, 647 s. CİK md. 6 gereği, '*bir yıla kadar (bır yıl dahil) ağır hapis*' cezaları tecil edilebilmekteydi. İşkence suçunun cezası ise, bir-sekiz yıl ağır hapisti. Bu durumda, zaten ancak alt sınırdan verilecek cezalar ertelenebilecekti. Bunun önlenmesi isteniyorsa, işkence suçu için öngörülen cezanın alt sınırı artırılabilirdi[1856].

İşkence, s. 193.

[1852]Ayrıca, bu durumda, cezanın türü bakımından da, 'ağır hapis' yerine 'hapis' cezası verileceği; bunun da ETCK md. 11'deki sıralama bakımından, daha hafif bir cezaya hükmolunması anlamına geleceği söylenmişse de (bkz. **SAVAŞ/ MOLLAMAHMUTOĞLU,** 2. Cilt, s. 2508); TCK md. 452'ye yapılan atfın sadece ceza bakımından olduğunu yukarıda aktarmıştık.

[1853] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 192.

[1854] 2.1.2003 t. ve 4778 sayılı Kanun.

[1855] Bkz. **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** İşkence, s. 202; **DEMİRBAŞ,** Hukuk Kurultayı 2004, s. 379.

[1856] Bkz. **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** İşkence, s. 202. Eski uygulamada, ceza alt sınırdan tayin edilip bir de TCK md. 59 uygulanmak suretiyle, hükmolunan hapis cezasının ertelenmesi mümkün oluyordu, bkz.

765 s. TCK md. 243/2'de, '*fiil neticesinde ölüm vukua gelirse 452nci, sair hallerde 456ncı maddeye göre tertip olunacak ceza üçte birden yarıya kadar artırılır*' denilmek suretiyle, iki tane ağırlatıcı sebep öngörülmüştü.

Her iki durumda da, netice sebebiyle ağırlaşmış bir suç söz konusu olduğundan failin ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için, gerçekleştirdiği hareketle meydana gelen netice arasında nedensellik bağının bulunması gerekli ve yeterliydi[1857]; kusurun bu ağır neticeyi de kapsaması gerekmezdi.

ÇOR, s. 453.

[1857] Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararına konu olan çok ilginç bir olayda, göz altına alınan müteveffa, on beş dakika kadar sorgulanmıştır. Beş dakikalık bir sessizliğin ardından, tuvalet ihtiyacını gidermek üzere lavaboya götürülmüştür. Çıkışında, eşlik eden polisin dalgınlığından yararlanarak bir anda koridorda koşmaya başlamış ve açık bir pencere bularak karakolun üçüncü katından aşağı atlayıp ölmüştür. YCGK'ya göre '*olay günü ... kepenk kapatma eylemi nedeniyle sorgulanmak üzere gözaltına alınan A.R.A.ya işkence ve kötü muamelede bulunulduğu yönünde kuşku bulunmamakta ise de; ölümün işkence ve kötü muamele sonucu değil, ölenin üçüncü kattan atlamasından kaynaklandığı, ölüm ile kötü muamele arasında nedensellik bağı bulunmadığı, TCY.nın 243. maddesi uyarınca meydana gelen sonuçtan sorumlu olunabilmesi için eylemlerle, meydana gelen sonuç arasında nedensellik bağının bulunması, başka bir anlatımla sonucun sanık veya sanıkların eylemlerinden kaynaklanması gerekmektedir. En aleyhte tanık beyanı DK'nın anlatımları dikkate alındığında dahi, ölenin atlaması ile kendisine yapılan kötü muamele arasında 5 dakikalık bir süre bulunduğu, işkencenin tekrarlanacağı veya ölenin işkenceden kurtulmak için 3. kattan atladığına ilişkin herhangi bir kanıtın elde olunamadığı anlaşılmış ... (nedensellik bağının) bulunmadığı, dolayısıyla sanıkların eyleminin TCY.nın 243/1. maddesi kapsamında kaldığı yasal oyçokluğuyla kararlaştırılmış*'tır. Çoğunluk görüşüne katılmayan Başkan M. Kaban'a göreyse: '*Dava konusu somut olayda ölenin işkenceye maruz kaldığında tartışma yoktur. İhtiyacı nedeniyle sorgulama ve işkenceye ara verilmiş ve ancak ihtiyacını görür görmez, işkenceye devam edileceği de oluştan apaçık anlaşılmaktadır. İşkenceye devam edileceği konusunda kuşku yoktur. -Bu durumda ölenin önünde iki seçenek vardır. Ya boyun eğip işkence yapılmasına katlanacak ya da kurtulmayı deneyecektir. İşkenceden kurtulmayı istemesi ve denemesi en doğal hakkı olup, işkenceye katlanması beklenemez. Bu bakımdan YCGK.nın 452. maddenin uygulanması ile ilgili bir kararında isabetle belirtildiği üzere, mağdurun kurtulmaya yönelik davranışları zaruri olmalıdır. Olayımızda ise bu zaruret, yapılmış ve yapılacak olan işkenceden kurtulmak bakımından açıkça belirmiştir. Zira işkencenin süresi ve yoğunluğunun hangi düzeylere varacağı konusundaki ölenin endişeleri elbette ki onun sübjektif değerlendirmelerine bağlı kalacaktır. Ölenin o an için işkence altında olmaması, nedenselliğin bulunmadığı anlamına gelmez. Ölen, kendisine karşı yapılmış ve yapılacak olan işkencelerin yarattığı baskı ortamının etkisi altındadır, önceki ve sonraki işlemleri, başlayacağı muhakkak, tekrarlanacakları kesin saldırılar olarak kabul etmek zorunludur. Nitekim, YCGK, TCY.nın 49. madde bakımından saldırının varlığını kabul ederken öğretinin de benimsediği şu isabetli yorumu yapmaktadır: 'Başlayacağı muhakkak olan bir saldırıyı başlamış, keza bitmiş olmasına rağmen tekrarından korkulan bir saldırıyı da henüz sona ermemiş saymak zorunludur'. – Bu yorum ve değerlendirmeden hareketle, ölen üzerindeki baskının kesilmeden devam ettiği kabul edilmelidir. Devam eden bu saldırılardan kurtulmak isteyen ölenin atlaması ile faillerin yaptıkları ve yapacakları işkence eylemleri arasında nedensellik bağı vardır*'. Yine O. Şirin'e göre de '*tartışılan husus, beş dakikalık sessizliğin, maktulu, sanıkların ilgi ve etkinlik alanından çıkarıp çıkarmadığı, işkence halinin sona ermiş sayılıp sayılmayacağı, dolayısıyla maktulün pencereden atlama fiiliyle sanıkların işkencesinin illiyetli olup olmadığıdır ... Ancak tartışmasız benimsenmelidir ki; vaki işkence, maktulü nefis savunması içgüdüsüne yöneltmiştir. Beş*

Buna karşılık, ölüm halinde, failin kastı bu neticeyi de kapsar; diğer bir deyişle, fail, ölüm neticesini bilir ve ister (kast) ya da en azından göze alırsa (gayri muayyen), kasten adam öldürmenin nitelikli hali söz konusu olurdu. Böyle bir ihtimalde, 765 s. TCK md. 450/b.3'teki işkence ve tazip ile kasten adam öldürme (5237 s. YTCK md. 82/1-b'deki '*canavarca hisle veya eziyet çektirerek*' öldürme) suçu oluşurdu[1858].

Ancak eski TCK döneminde 450. maddenin üçüncü bendinin uygulanması

---

dakika ara verilmesi saldırıyı sona erdirmemiştir. Maktul, ikrara zorlanmak amacıyla işkence gördüğünü, ara verilse dahi bu sonuç elde edilenceye dek saldırının süreceğini düşünmek durumundadır. Bulunduğu yer karakoldur. Bu mekan sanıkların hakimiyet alanıdır. Onları, eylemlerine devamdan alıkoyacak hiçbir koşul da bulunmamaktadır… sanıkların nefis savunması ızdırarı yaratan işkencesinden kurtulmak amacıyla pencereden atlayarak ölen maktulün ölümüyle, işkence arasında yasanın 452/2. maddesi bağlamında tam ve tartışılamaz bir nedensellik bağı oluşmuştur.' (YCGK 30.1.2001, 1/250-1), bkz. **MALKOÇ,** 2. Cilt, s. 1990-2002. Diğer bir karara göre de: '*güvenlik görevlilerince … yapılan bir operasyon sonucu … gözaltına alınan HHE, sorgulama sırasında kaçmak istemiş, camları kırmış, bunun üzerine elleri arkadan, oturduğu sandalyeye kelepçelenmiştir. Maktül, … günü örgüt üyeleri ile buluşması olduğunu söylemiş ve buluşma yerine götürüldüğünde koşarak kaçmaya kalkışmış, müdahale edilerek tesirsiz hale getirilmiştir. Kendisinde kalp ve böbrek yetmezliği bulunan maktül, 29.9.1984 günü fenalaşmış ve kaldırıldığı hastanede ölmüştür. – Sanıklar yüklenen suçu inkarla, ölene işkence ve fena muamele yapılmadığını, sürekli kaçmak istemesi nedeniyle aralarında geçen mücadele sırasında, etkisiz hale getirilmesinin doğal sonucu olarak müessir fiile maruz kalabileceğini, el ve ayaklarından sandalyeye bağlamak zorunda kaldıklarını beyan etmişlerdir. –Bir örgütle ilişkileri olduğundan bahisle gözaltına alınan tanıklar, ölene işkence yapıldığını, vücudunun şiştiğini, tuzlu su içirildiğini, elektrik verildiğini söylemişlerdir. Otopsi sırasında, belirtilen bulgulara rastlanmamıştır ….. – Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu raporunda ise …… 'mevcut böbrek hastalığının ölüm tevlit edecek derecede olmadığı ve kompanse halde bulunduğuna göre gözaltına alınmasının ve yapılan müessir fiilin stresi ile direkt etkileri ve gayri sıhhi şartlarda bulundurulmuş olmasının kendinde mevcut kronik hastalığı akut hale geçirerek ölümde etkili olduğu ve maruz kaldığı fiile ile ölüm arasında illiyet rabıtası bulunduğu' mütalaa olunmuştur ….. Olayda, olumsuz sorgulama koşulları, ölenin yakalanması ve taşkınlığının giderilmesi için alınan önlemler, sorgulamanın yarattığı stres; ölende önceden var olan ve failce bilinmeyen kronik böbrek hastalığını akut hale geçirerek, etkili eylem ile ölüm olayı arasındaki nedensellik bağını kesmiştir. Kaldı ki sanıkların etkili eylemde bulundukları kesinlikle saptanamamış, belirlenen darp ve arazların boğuşma sırasında ve kaçmayı önleme tedbirleri sonucunda meydana gelebileceği neticesine ulaşılmıştır. Bu nedenle, itirazın kabulü ile … Yerel Mahkeme hükmünün bozulmasına…*', YCGK 27.5.1991, 23/178, bkz. **PARLAR/DEMİREL,** s. 835-837.

[1858] Bkz. **DÖNMEZER,** Kişilere, no. 34; **ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 425; **SOYASLAN,** Ceza Özel 4. Bası, s. 633; **NUHOĞLU,** s. 578; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 201; **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** İşkence, s. 196; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 182. Bu açıdan, TCK md. 452'ye yapılan atfı '*… birey üzerinde alabildiğine öldürücü darbeler indiren; insana suçunu söyletmek için insanlık dışı pekçok eylemi yerine getiren işkencenin kastının müessir fiile yönelik olduğunu düşünmek ve ancak kastın aşılmasını uygulamak somut gerçeklere ve kusurluluk ilkelerine aykırıdır*' gerekçesiyle eleştiren görüşe katılmıyoruz (bkz. **BAYRAKTAR,** s. 188; **NUHOĞLU,** s. 587). Zira, işkence sonucunda mağdurun ölmesi durumunda, otomatikman TCK 243/2 uygulanmayacaktır. Mağdura yönelik hareketi sonucunda, fail, ölüm neticesinin gerçekleşmesini göze alıp buna razı olmuşsa, artık kasten adam öldürme suçunu işlemiş olacaktır, bkz. aynı yönde **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 46; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 176 (fakat yazar aynı eleştiriyi daha sonra s. 182'de yapmıştır).

için Yargıtayın fizikî, maddî işkenceyi aradığını belirtelim[1859]. Bu bakımdan, bendin uygulanmasının söz konusu olması için, failin insan yaşamını ortadan kaldırma maksadıyla birlikte, öldürülene fiziki acı ve ıstırap vermek amacını da taşıması gerekirdi[1860]. Zira, işkenceyle adam öldürme suçu, mağdurun yaşamını sona erdirebilme bakımından gerekli olmayan ve mağdura acı ve ısdırap verme amacıyla yapılan hareketlerdir. Yani, amaç kişiyi öldürmektir; fakat fiilin icrası sırasında bu amaç bakımından zorunlu olmayan hareketler icra edilmektedir[1861].

Ağırlatıcı sebeplerden ilki, işkencenin sonucunda mağdurun ölmesidir[1862]. Bu durumda, ETCK md. 452 (kastın aşılması suretiyle adam öldürme) bakımından öngörülen ceza, üçte birden yarıya kadar artırılarak uygulanacaktır. ETCK md. 452'ye bir bütün olarak yollama yapıldığı için, ölüm neticesinin failce bilinmeyen ve önceden mevcut sebeplerin ya da failin iradesinden hariç beklenmeyen sebeplerin birleşmesi sebebiyle gerçekleşmesi durumunda, bu sefer ETCK md. 452/2'de belirlenmiş indirimli cezanın ETCK md. 243/2'de öngörülen oranda arttırılarak hükmedilmesi gerekmekteydi[1863]. Yargıtay da bu görüşteydi[1864].

Aksi görüşe göreyse böyle bir durumda, örneğin, sanığa cürmünü söyletmek için normalde öldürücü düzeyde olmayan şiddette elektrik verilir, fakat yüksek tansiyon hastası olan sanık, korku ve stresin etkisiyle kalp krizi geçirip ölürse, failce bilinmeyen bu durum onun lehine dikkate alınmayacak ve ETCK md. 452/1'deki

---

[1859] Bkz. **DÖNMEZER,** Kişilere, no. 34, dn. 59.
[1860] Bkz. **DÖNMEZER,** Kişilere, no. 34.
[1861] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 8.
[1862] '*Bir hırsızlık suçunun zanlısı olarak… karakola getirilen maktül İbrahim'in fenalaşarak hastaneye kaldırıldığı … günü sabahı 05.50'ye kadar… tarihli otopsi raporunda yazılı olduğu üzere vücudunda ve kafasında çok sayıda yaygın ekimoz, yüzeysel sıyrık ve doku içi kanama meydana getirilmiş olduğu saptanan travmatik değişimlerin, tamamının kendiliğinden düşme ve kafasını çarpma sonucunda meydana gelemeyeceği, bir müessir fiile maruz kaldığının delilleri olduğu Adli Tıp İhtisas Dairesinin … tarihli raporundan belirtilmiş olup … tanıklar Zeki ve Süphan'ın duruşmadaki beyanları ile de doğrulandığı halde görevli sanıkların suçunu söyletmek için İbrahim'in müessir fiil sonunu ölümüne sebep oldukları … eylemlerine uyan TCK.nun 452/1… ve 243/son maddeleri ile cezalandırılmaları…*', Y. 8. CD. , 22.6.1990, 4760/6118, bkz. **PARLAR/DEMİREL,** s. 824-825.
[1863] Bkz. **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 202; **PARLAR/DEMİREL**, s. 807; **ÜZÜLMEZ**, İşkence, s. 189.
[1864] Ör. YCGK 27.5.1991, 23/178, YCGK 30.1.2001, 1/250-1, bkz. **MALKOÇ,** 2. Cilt, s. 1992, Y. 8. CD. 22.123.1998, bkz. **PARLAR/DEMİREL,** s. 826-827.

temel ceza üçte bir oranından yarıya kadar artırılarak hükmolunacaktı[1865].

ETCK dönemindeki diğer bir sorun, md. 243'te, md. 452'ye atıf yapılması; ETCK md. 452'nin de md. 448-450'ye atıf yapmış olmasıydı. Bu durumda, ETCK md. 243/2'nin devreye girdiği durumlarda bu maddelerden hangisinin uygulanacağı ve özellikle de ETCK md. 450'nin 3.-5. bentlerinin uygulanabilirliği tartışma konusu olmuştu[1866]. Bu tartışma, 'tuzlu bulamaç' davası olarak bilinen, YCGK'nın 4.4.1983 tarih ve 8-64/156 sayılı kararıyla sonuçlandırılmıştır. Başka eserlerde zaten aktarılan söz konusu kararı burada bütünüyle nakletmeyip sonuçlarına değineceğiz[1867].

Olayın özeti şudur: Dağda kazı yaparak gizli olarak 15-20 kg. miktarında altın buldukları ihbar edilen Mustafa, Mehmet ve Ali, jandarma tarafından karakola getirilerek nezaret altına alınır. Altın bulma hususunu inkar etmeleri üzerine, itiraf sağlamak için ayrı ayrı el ve ayak parmakları ile cinsel organlarına cereyan verilir, mağdurlar dövülür ve onlara sövülür, bu işlem sabaha kadar devam eder; mağdurların inleme ve feryat sesleri ile yakarmaları etraftan geçenlerce duyulur. Mağdurlardan Mustafa altınların yerini göstermek üzere birkaç kez dağa götürülse de bir sonuç alınamaz….. 7.7.1980 gecesi, Mehmet ve Mustafa yine merkeze getirilir ve bu sefer diğer bir sanık tarafından ayakları demire dayalı ve havada, başları yerde, elleri arkalarında olacak şekilde bir pozisyonda tutulurlar. Düştükçe sanık bunlara kızmakta ve vurarak aynı pozisyona girmelerini sağlamaktadır; Mehmet yere düşünce dövülerek feci şekilde yaralanır. Mehmet'in pansumanı yapılırken gelen diğer bir sanık, Mehmet'in karnına ve başına yumruklarla vurur, hayalarını kıvırıp penisinden tutup sağa sola çekiştirir, oradaki su havuzuna başını sokup havasız bırakır. Üzerinde binlerce sinek dolaşan Mehmet bu halde yine karakola götürülür. Mehmet, 9.7.1980'e kadar karakolda tutulur ve işkencelere devam edilir. Aynı gün, tüm maktüller, adli tabipliğe götürülür. Adli tabip, '*patolojik bulgu yoktur*' raporu verdikten sonra, maktülleri konuşturabileceğini iddia eder ve kendisine izin verilmesini ister. Aynı gün gerekli yazı çıkarılır. Maktüller dışındaki diğer zanlılar

[1865] Bkz. **ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 425.
[1866] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 183.
[1867] Karar metni için bkz. **SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU,** Cilt: II, s. 2229 vd; özet için bkz.

geçici olarak serbest bırakılır. Doktor, gece saat üçte jandarma karakoluna gelir ve başçavuş ile erlerden kendisine tuz ve un getirmelerini söyler. Doktor, iki kg. una, kimine göre bir-iki, kimine göre beş kg. tuz karıştırır. Bulamaç, sanık Gazi ve erlerin yardımıyla zorla yedirilir. Bunun için, maktullerin direnci dövmek ve coplamak suretiyle kırılır ve kusuncaya kadar bulamacı yemeleri sağlanır. Kısa bir süre sonra maktüller, kusmaya, üre ve dışkılarını tutamamaya başlarlar. Etraf pislik içinde ve maktüller bu haldeyken, maktüllerin arzusunu kamçılamak için doktor bir kaptan diğerine su boşaltır. Sabaha kadar bu iş sürdürülür ve perişan haldeki maktuller kendilerinden geçer. Bahçeye çıkarılıp ağaç altına bırakılan maktüllerin başına su dökülür, fakat kendilerine gelmeleri sağlanamaz. Maktüllerin gittikçe fenalaştıklarını gören doktor, saat sabah yedi gibi adliyedeki işini bahane ederek gider. Sanık Gazi saat sekize kadar maktülleri beklettikten sonra, bir vasıtayla Adana merkeze götürür. Fakat halkın tepkisinden korkarak maktüller sivil bir hastaneye değil, alayın revirine kaldırılırlar. Bundan birer ikişer saat ara ile üçü de ölür. Yapılan otopside, mağdurların on gün müddetle dövme, elektrik cereyanına bağlanma gibi işlemlere maruz bırakıldıktan sonra son gecede çok yoğun tuzlu bulamaç yemeye zorlandıkları, ertesi gün öldükleri, ölüm sebebinin bir yandan merkezi sinir sistemi kanaması, diğer yandan elektrolik denge bozukluğuna bağlı beyin harabiyeti olduğu ve bunların her birinin tek başına dahi ölümü tevlit edebilecek nitelikte olduğu saptanır.

Yargılama sonucunda, yerel mahkeme ETCK md. 243/2, 452/1 ve 450/3'ün; Yargıtay 8. C.D. ise md. 243/2, 452/1 ve 450/5'in uygulanmasını uygun görür. YCGK ise, md. 243/2, 452/1 ve 448'in uygulanması gerektiğini belirterek, TCK md. 450'de yer alan ağırlatıcı sebeplerden hiç birinin uygulanamayacağını tespit eder. Zira, sanıkların öldürme kasıtlarının olmadığı, bu durumda da 450. maddenin 3., 4., 5. bendinin uygulanamayacağı savunulur[1868]. Netice olarak, işkence sonucunda ölüm neticesinin meydana geldiği durumlarda, md. 448'in uygulanacağı tespit edilir. YCGK'nın vardığı bu sonuç doktrin tarafından da paylaşılmıştır[1869].

ÜZÜLMEZ, İşkence, s. 183 vd.

[1868] Detaylı değerlendirme için bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 186-189.

[1869] Bkz. **ÖNDER,** Özel Hükümler, s. 224; **ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 425; **ÜZÜLMEZ,**

Bizim görüşümüze gelince, ETCK bakımından öldürme amacı olmaksızın gerçekleştirilen bir işkence fiili sonucunda mağdurun ölmesi durumunda ETCK md. 450'deki ağırlatıcı sebeplerin uygulanamayacağı muhakkaktır. Fakat bunun için, failin ölüm neticesini istememiş ya da en azından gerçekleşmesine razı olmamış/neticeyi göze almamış olması gerekir.

Söz konusu olayda, faillerin olası kastının dahi olmadığı söylenebilir mi? Maddî olayda dikkati çekmek istediğimiz bazı noktalar var. Maktüllere on gün boyunca ağır dozda işkence yapılmıştır. Özellikle Mehmet, 7.7.1980 tarihinde ağır yaralanacak şekilde dövülmüş ve bu haline rağmen işkencelere devam edilmiştir. 9.7.1980 gecesini 10.7.1980 sabahına bağlayan saatlerde bu kişiler yine ağır şekilde dövülmüşler ve kusana kadar bulamacı yemeye zorlanmışlardır. Alttan önlü-arkalı ve üstten çıkarmalarına rağmen işkenceye devam edilmiştir. Kendilerinden geçmelerine ve ayıltılamamalarına rağmen, doktorun sabah yedide gitmesine izin verilmiştir. Ancak bir saat daha bu halde tutulduktan sonra sanık Gazi'nin aklına tıbbî yardım almak gelmiştir. Ama korkudan ötürü, perişan haldeki maktüller tam teşkilatli bir hastaneye götürülmemiş, alay revirine kaldırılmışlardır. Bu noktadan sonra ve '*birer-ikişer saat ara ile'* ve *sırasıyla* ölmüşlerdir. Yani, ilk mağdurun ölümü ile revire kaldırılma arasında bir-iki saat olduğu gibi; ilk mağdurun ölümüyle son mağdurun ölümü arasında dahi en az iki-dört saat vardır. Fakat ilk ölüme rağmen, maktüller hala ve yine de başka bir hastaneye kaldırılmamışlardır. Ölecekleri artık açıkça öngörülmesine rağmen revirde tutulmuşlardır. İşte bu noktada, hiç değilse sonradan ölen maktüller bakımından dahi sanıkların, özellikle de Gazi'nin, meydana gelmesi muhtemel ölüm neticesini hiçbir şekilde istemediği, ölümün gerçekleşmesini göze alıp buna razı dahi olmadığı, maktüllerin öleceğini bilseydi artık bu şekilde davranmayacağı savunulabilir mi? Sanıklar, nedensellik bağını kendileri başlatmış; fakat önlemekle yükümlü oldukları zararlı neticenin önüne geçmek yerine hareketsiz kalmışlardır. Öte yandan, göz göre göre gerçekleşen neticeyi engellemek için gerekli olanı yapmaya tenezzül etmemişlerdir. Hiç değilse, ikinci ve üçüncü maktül

---

İşkence, s. 183, 189.

bakımından eklenen kastın[1870] söz konusu olup olası kast düzeyinde bir kusurluluğun varlığı kanaatimizce mutlaktır. Şayet, bu koşullarda dahi sanıkların olası kastının olduğu söylenemeyecekse, bir kimsenin işkence sonucunda gerçekleşen ölümü göze almış sayılabilmesi için daha ne yapması gerekecektir? Yargıtay kararında ve doktrinde işin bu yönünün tartışmaya dahi değer görülmemesi ilginçtir.

Ağırlatıcı sebeplerden ikincisi, ETCK md. 456'ya yapılan yollama gereği, mağdurun yaralanmış olmasıdır. Fakat bu gönderme, sadece TCK md. 456'nın ikinci ve üçüncü fıkrasında yer alan nitelikli müessir fiil durumları için söz konusudur[1871]. Zaten, aksinin kabûlü hâlinde TCK md. 456/b.1 veya 4'e göre uygulanacak azamî cezanın TCK md. 243/2'ye göre yarı oranında arttırılması durumunda bile, sonuç ceza bir buçuk yılı aşmayacak ve dolayısıyla, ağırlatıcı sebebin uygulanması sonucunda hükmolunacak ceza, TCK md. 243'ün birinci fıkrasındaki temel cezadan dahi az olacaktır[1872]!

Nitekim Yargıtay'a göre, sanığın, müdahili suçunu ikrar etmesi için nezarete alıp saçlarından tutup duvara vurmak suretiyle etkili eylemde bulunması TCK md. 243/1'deki işkence suçunu oluşturur. Söz konusu hükmün ikinci fıkrası ancak eylemin TCK md. 452 ve 456/3'te yazılı sonuçları doğurması durumunda uygulanabilir[1873].

Her iki ağırlatıcı sebep bakımından TCK'nın ilgili maddelerine yapılan yollama sadece cezayı tâyin bakımındandı. Bu nedenle, neticenin TCK md. 243/2'deki boyuta ulaştığı durumlarda, işkencenin görev sırasında işlenmiş

[1870] Kavram için bkz. **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA,** Ceza Genel, s. 600 vd; **CENTEL,** Ceza Genel, s. 348-349; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 322; **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 253-254.

[1871] Bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 48; **ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 426; **NUHOĞLU,** s. 578; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 202; **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** İşkence, s. 197; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 191. '*Sanığın, müdahili suçunu ikrar etmesi için nezarete alıp, saçlarından tutup, duvara vurmak suretiyle etkili eylemde bulunmasının TCK.nın 243/1. madde ile fıkrasındaki işkence suçunu oluşturucağı, anılan yasa maddesinin 2. fıkrasının ancak eylemin TCK.nın 452. ve 456/3. maddelerinde yazılı sonuçları doğurması halinde uygulanabileceği…*', Y. 8.CD. 20.2.1986, 6399/1151, bkz. **PARLAR/DEMİREL,** s. 838. Bu uygulamayla aksi görüşte **SAVAŞ/ MOLLAMAHMUTOĞLU,** 2. Cilt, s. 2508 (yazarlara göre, TCK md. 243'ün ikinci fıkrasında böyle bir ayırım yapılmış değildir).

[1872] Bkz. **NUHOĞLU,** s. 579.

olmasından bahisle bir de ayrıca TCK md. 251 veya 281 uygulanamazdı, zira memuriyet, zaten işkence suçunun unsurudur[1874].

II. 5237 sayılı TCK Bakımından

A. İşkence Suçunun Yaptırımı ve Temel Cezanın Belirlenmesi

YTCK bakımından temel ceza üç yıldan on iki yıla kadar hapis (md. 94/1); md. 94/2'deki hallerde sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis; fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi hâlinde (md. 94/3) on yıldan on beş yıla kadar hapistir. YTCK md. 95/1'de belirtilen hallerde, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, yarı oranında arttırılır; YTCK md. 95/2'deki hallerde ise 94. maddeye göre belirlenen ceza, bir kat arttırılır. İşkence fiillerinin vücutta kemik kırılmasına neden olması hâlinde, kırığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur (md. 95/3) ve işkence sonucunda ölüm meydana gelmişse, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.

Görüldüğü gibi, suçun basit hali bakımından cezanın tayininde hakime oldukça geniş bir takdir hakkı tanınmıştır[1875]. Doğal olarak, '*Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza*'ya hükmolunacaktır (md. 3/1). Elbette, cezanın belirlenmesinde aslolan, ***kusurun*** derecesidir; bu husus izahtan varestedir. Cezanın belirlenmesinde hakimin dikkate alacağı kriterler YTCK md. 61'de detaylı olarak belirlenmiştir. Buna göre, hâkim, somut olayda; suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki, göz

---

[1873] Y.8 CD 20.2.1986 6399/1151, YKD Ekim 1986, s. 1566.

[1874] Bkz. **ERMAN/ÖZEK,** Kamu İdaresi, no. 426; **NUHOĞLU,** s. 579; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 202; **MALKOÇ,** 2. Cilt, s. 1987; **PARLAR/DEMİREL,** s. 807; **ÇETİN,** s. 1074; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 182-183. Bir görüşe göreyse, işkence sonucunda gerçekleşen ölümü, basit bir 'müessir fiilden telef nefs' saymak, kanunkoyucunun gerçek amacına uygun düşmeyeceğinden, böyle bir durumda TCK md. 245 de ayrıca uygulanmalıdır (bkz. **EREM,** Özel Hükümler, s. 426). Yine Erem'e göre, TCK md. 251 de ayrıca uygulanmalıydı, bkz. **EREM,** Şerh, s. 1393.

[1875] Bir görüşe göre burada alt sınırla üst sınır arasında hakime tanınan takdir yetkisi '*sakıncalı bir şekilde geniş*' tutulmuştur, bkz. **ÖZBEK/DOĞAN,** TCK İzmir Şerhi, s. 571.

önünde bulundurarak, işlenen suçun kanunî tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirleyecektir[1876].

Bu kriterler açısından üzerinde durmak istediğimiz, cezanın belirlenmesinde failin güttüğü amaç ve saiki kriter sayan YTCK md. 61/1-g hükmüdür.

YTCK md. 94 veya 95'te, işkence suçunun adlî amaçla (ör. sanığa suçunu söyletmek) işlenmiş olmasına, cezanın arttırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak yer verilmemiştir. Oysa, karşılaştırmalı hukuka dair açıklamalarımızdan anlaşıldığı üzere[1877], dar ve teknik anlamda işkence suçu, adlî amaca bağlı saiklerle (özel kastla) işlenen bir suçtur. İşkencenin genel bir suç tipi olduğu Fransa'da da, fiilin işlenmesinde böyle bir saikle hareket edilmiş olması, cezanın arttırılmasını gerektirmektedir (Fr. CK md. 222-3/g). Ancak YTCK açısından, failin bu saiki ancak md. 61 çerçevesinde temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecektir.

Bu hükme ilişkin vurgulamak istediğimiz ikinci bir husus, failin 'başkasının hayatını kurtarmak, terörist örgütü çökertmek, tehlikeyi önlemek, devleti korumak' gibi 'iyi amaçlarla' işkenceye başvurmuş olmasının, bu bent kapsamında fail lehine değerlendirilerek temel cezayı en alt sınırdan belirlemek için bir dayanak oluşturmaması gereğidir. Çünkü böyle bir gerekçe, işkenceye bir yerde hoşgörüyle ya da en azından anlayışla yaklaşmak anlamına gelir. Kamu görevlisinin 'iyi niyet' ya da 'masumane amacına' (!) değinerek cezayı sırf bu sebeple en alt sınırdan tayin etmek, adliyenin kamu görevlilerine vereceği çok tehlikeli bir mesaj olur.

Cezanın belirlenip bireyselleştirilmesinde önemli diğer bir düzenleme, takdirî indirim nedenlerini düzenleyen YTCK md. 62 hükmüdür. Buna göre, '*Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların beşte birine kadarı indirilir.*

[1876] Bu kıstaslar hk. bilgi için bkz. **ÖZBEK/DOĞAN,** s. 572 vd.
[1877] Bkz. yukarıda Üçüncü Bölüm, § 3 altında aktarılanlar.

(2) Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir'.

Bu hüküm açısından da hemen yukarıda belirttiğimiz hususu tekrar etmek isteriz. Sanığın işkenceyi 'iyi bir amaçla' ya da 'devlet için (!)' yaptığı iddiası, md. 62'nin uygulanmasını gerektirmemelidir. Keza, kamu görevlisinin tecrübesizliği, bilgisizliği gibi gerekçelerle de indirime gidilmemelidir. Keza, kamu görevlisi, görevi gereği vatandaşa karşı tarafsız ve soğukkanlı olmalıdır. Çeşitli sebeplerle buna uymayıp işkenceye başvuran kamu görevlisinin 'tecrübesizliği' sebebiyle bu hatayı yaptığını söyleyip takdiri indirim sebebini uygulamak uygun bir yaklaşım olamaz.

Öte yandan, işkence suçunu işleyen failler, ceza yaptırımı dışında bazı güvenlik tedbirleriyle de karşılaşabilirler.

İşkence suçunu işleyen kamu görevlisi, sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden, seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasî hakları kullanmaktan, velayet hakkından; vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan; vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasî parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan, bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tâbi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten, yoksun bırakılacaktır (YTCK md. 53/1). YTCK açısından, burada bir güvenlik tedbiri söz konusudur[1878].

YTCK sistemine göre, normalde yoksunluk, mahkumun işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar söz konusudur (md. 53/2). Fakat YTCK md. 53/5 gereği '*Birinci fıkrada sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis*

cezasına mahkûmiyet hâlinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir'. YTCK md. 94'teki işkence suçu da, kamu görevliliği kötüye kullanılarak işlenmiş olacağından, bu fıkra uygulama alanı bulacaktır. Her şeye rağmen, yoksunluk sürekli değildir[1879].

Bu başlık altında değineceğimiz diğer bir husus, işkence suçundan ötürü verilen cezaların para cezasına (ya da kısa süreli hapis cezasına seçenek diğer yaptırımlardan birine) çevrilebilme ya da ertelenebilmesi ihtimalidir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, 2.1.2003 tarih ve 4778 sayılı Kanunla (RG 11.1.2003), işkence suçundan dolayı verilen cezaların, para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilemeyeceği ve ertelenemeyeceği öngörülmüştü. YTCK bakımından, md. 5'deki '*Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır*' hükmü gereği, özel kanunla getirilen bu düzenlemenin durumu nedir?

Bir kere, 5252 s. *Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun*a 11.5.2005 t. ve 5349 s.K.la eklenen Geçici md. 1'e göre, 4778 s.K'nın söz konusu hükümleri, '*ilgili kanunlarda değişiklik yapılıncaya ve en geç 31 Aralık 2006 tarihine kadar uygulanır*'. Yani en geç 1 Ocak 2007'de, işkence suçları bakımından da YTCK'da erteleme ve tedbire çevirmeye ilişkin öngörülen genel rejim geçerli olacaktır.

Ancak YTCK'da işkence bakımından öngörülen cezaların niteliği sebebiyle büyük ölçüde yine de aynı sonuç doğacaktır. Zira, basit işkence suçunun cezası üç yıldan on iki yıla kadar hapistir. Alt sınırı itibariyle dahi, bu cezanın para cezasına çevrilmesi mümkün değildir. Çünkü YTCK md. 50'ye göre, ancak kısa süreli hapis cezası, adlî para cezasına çevrilebilecektir; kısa süreli hapis cezası ise bir yıl ve daha az süreli hapis cezasını ifade etmektedir (md. 49/2)

[1878] Bkz. **ÖZBEK/BACAKSIZ,** TCK İzmir Şerhi, s. 536; **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 630 vd.

Ertelemeye gelince, YTCK md. 51'e göre en fazla iki yıllık cezalar ertelenebilmektedir. Bu açıdan, alt sınırdan ceza verilse ve YTCK md. 62'deki takdiri hafifletici sebep (azami oranı 1/6'dır) uygulansa bile, işkence suçundan verilen ceza, erteleme limitlerinin dışında kalmaktadır. Ancak suçun teşebbüs durumunda kalması durumunda, artık ertelenmesi söz konusu olabilecektir.

B. Cezanın Arttırılmasını Gerektiren Nitelikli Haller

YTCK'da cezanın arttırılmasını gerektiren on beş tane nitelikli hale (aslında on beş bentte fiilen yirmi ayrı yer duruma) yer verilmiştir. Ağır neticelerin ortaya çıkması durumunda başka maddelere atıf yapan ETCK'dan farklı olarak, YTCK bu ihtimalleri farklı bir maddede özel olarak düzenlemiştir[1880].

YTCK md. 94/2'ye göre suçun, çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı, avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla işlenmesi hâlinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

YTCK md. 94/3'e göreyse '*Fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi hâlinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur*.'

YTCK md. 95/1'e göre işkence fiilleri mağdurun; duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına, konuşmasında sürekli zorluğa, yüzünde sabit ize, yaşamını tehlikeye sokan bir duruma, gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, yarı oranında artırılır.

[1879] İşkence suçunu işleyenler bakımından kamu hizmetlerinden sürekli mahrumiyetin söz konusu olması gerektiği hk. bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 219; mahrumiyetin uzun süreli olmasının adil ve faydalı olmadığı konusunda aksi görüş için bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 24.
[1880] Bu metodun yerindeliği hk. bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 220.

YTCK md. 95/2'ye göreyse işkence fiilleri mağdurun; iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine, duyularından veya organlarından birinin işlevini yitirmesine, konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına, yüzünün sürekli değişikliğine, gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, bir kat artırılır.

YTCK md. 95/3'e göre '*işkence fiillerinin vücutta kemik kırılmasına neden olması hâlinde, kırığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur*'; md. 95/4'e göre de '*işkence sonucunda ölüm meydana gelmişse, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur*'.

Görüldüğü gibi, YTCK md. 95'te işkence suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış hallerine yer verilmiştir. Bu bakımdan, söz konusu nitelikli hallerin uygulama alanı bulabilmesi, YTCK md. 23 hükmü gereği, failin bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesine bağlıdır. Bunun için de, gerçekleşen ağır neticenin objektif olarak öngörülebilir olması gerekir[1881].

1. Suçun çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı işlenmesi

YTCK md. 94/2-a'da tek bent altında aslında üç ayrı nitelikli hale yer verilmiştir: a) suçun 'çocuk'a karşı; b) beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı; veya c) gebe kadına karşı işlenmesi.

'Çocuk' deyiminden anlaşılması gereken, suçun maddi unsurunu oluşturan hareketin gerçekleştirildiği sırada mağdurun on sekiz yaşını doldurmamış olmasıdır (YTCK m. 6/b).

'*Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişi*'ye karşı işlenen işkencenin nitelikli hal sayılmasının altında yatan düşünce,

[1881] Bkz. **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 211; **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 278; **ÖZGENÇ,** TCK Gazi

suçun işlenmesindeki kolaylıktır. Aslında kasten öldürme ya da yaralama suçları bakımından öngörülmüş bu nitelikli halden anlaşılması gereken, uyku hali, bilinçsizlik, narkoz, alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında bulunma gibi durumlardır.

Ancak işkence suç tipi söz konusu olunca, bu durumların (ör. işkence görenin bilinçsiz, narkoz altında olması) nitelikli hal sayılması tartışılabilir. Fakat işkencenin nitelikli hallerine yer verilirken, yaralamanın netice sebebiyle ağırlaşmış hallerinin aynen alınması bu duruma yol açmaktadır.

Belki işkence suç tipi bakımından, akıl zayıflığı ya da aşırı güçsüzlük, çelimsizlik gibi haller sebebiyle faillere karşı koyma imkanı olmayan mağdurlar açısından söz konusu nitelikli hal uygulanarak anlamlı bir sonuca varılabilir[1882].

Mağdurun kendisini savunamayacak duruma girmesinde kusurlu olması, nitelikli halin uygulanması bakımından önem taşımaz. Fakat herhalde salt mağdurun kadın olması, başlı başına bir savunmasızlık durumu sayılmaz.

Gebelik bakımından, suçun maddi unsurunu oluşturan hareketin gerçekleştirildiği sırada mağdurun gebe olması ve bu durumun da fail tarafından en azından anlaşılabilir olması gerekir. YTCK md. 82/1-f'de kasten öldürme suçunun '*gebe olduğu bilinen kadına karşı*' işlenmesi aranmışken, md. 94/2-a'da '*gebe kadına karşı*' denilmiştir. Ancak, YTCK md. 23 gereği bu neticenin en azından öngörülebilir olması gerekecektir. Bunun için de failin, mağdurun gebeliğini bilmesi ya da bilebilmesinin gerekmesi aranacaktır. Buna karşılık, kasten öldürme suçu bakımından, maddede açıkça bu durumun fail tarafından '*bilinmesi*' arandığı için, mağdurun gebe olduğu konusunda failin olası kastla hareket ettiği durumlarda bu nitelikli hal uygulama alanı bulmazken, işkence suçu bakımından olası kast da yeterli olacaktır. Gebeliğin hangi aşamada olduğu nitelikli halin uygulanması bakımından önem taşımaz. Suçun teşebbüs aşamasında kalması durumunda da nitelikli halin

---

Şerhi, s. 340 vd.

[1882] Nitekim Soyaslan'a göre beden bakımından kendisini savunamayacak durumda olanlardan kast, ihtiyar ve sakatlar; ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olanlardan kast ise, akıl hastaları ve aklen zayıf olanlardır, bkz. **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 154.

uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz. Çocuğun sağ veya ölü doğmuş olması da nitelikli halin uygulanması bakımından göz önünde bulundurulmaz.

2. Suçun avukata ya da kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla işlenmesi

5237 sayılı YTCK uygulamasında kimlerin '*kamu görevlisi*' sayılacağı YTCK m. 6'da belirtilmiş olup, bu tanım yalnızca suçun failinin değil, aynı zamanda mağdurunun kamu görevlisi olduğu durumlarda da geçerlidir. Suçun, mağdurun yerine getirdiği bir kamu görevi nedeniyle işlenmesi arandığından, kamu görevinin kötüye kullanılması nedeniyle işlenen suçta bu nitelikli hal uygulama alanı bulmayacağı gibi[1883], bu durum haksız tahrik (YTCK m. 29) nedeniyle cezanın indirilmesi sonucuna da yol açabilir.

3. Fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi

YTCK md. 105/1'de '*bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi*'nin cezalandırılacağına yer verilmektedir. Söz konusu suç tipi ETCK md. 421'deki '*söz atma ve sarkıntılık*' suçlarının karşılığıdır. Cinsel taciz, md. 102'deki cinsel saldırı (ETCK'daki ırza geçme-ırza tasaddi) boyutuna ulaşmamakla birlikte, cinsel yönden kişiyi rahatsız edici davranışları cezalandırarak cinsel özgürlüğün daha geniş bir çerçevede korunmasına olanak sağlamaktadır[1884]. Cinsel tacizin faili ve mağduru erkek veya kadın herhangi bir kişi olabilir.

Hangi tür davranışların 'taciz' sayılacağı konusunda kanunda bir açıklık yoktur; fakat md. 102'nin gerekçesinde kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleşen, cinsel yönden '*ahlak temizliğine aykırı olarak*' mağduru rahatsız eden hareketler cinsel taciz olarak tanımlanmıştır[1885]. Bir görüşe göre cinsel taciz, '*mağdurun vücut dokunulmazlığını bozmayan, kişinin cinsel dürtülerini tahrik eden, cinsel ilişki arzusu uyandıran söz,*

[1883] **ÖNDER,** Şahıslara, s. 25; **EREM/TOROSLU**, s. 342; aksi görüşte **DÖNMEZER,** Kişilere, no. 47bis; **ERMAN/ÖZEK**, Kişilere, no. 49.
[1884] Bkz. **AYDIN, Öykü Didem**, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, HPD, Sayı 2, Sonbahar 2004, s. 152.
[1885] Gerekçede yer verilen bu ifadenin eleştirisi için bkz. **SEVÜK YOKUŞ**, **Handan**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, TBB Dergisi, Sayı 57, 2005, s. 272 vd.

hareket ve davranışlardır'[1886]. Taciz, söz, yazı veya herhangi bir davranışla gerçekleştirilmiş olabilir[1887]. Bununla birlikte cinsel amaçlı olarak başkasını rahatsız edici hareketin, vücut dokunulmazlığını ihlal etmemiş olması gerekir. Aksi takdirde, cinsel saldırı söz konusu olacağı için, YTCK md. 102 (ve hatta mağdurun yaşına göre md. 103'teki çocukların cinsel istismarı) ile işkence suçu arasında gerçek içtima ilişkisi doğacaktır.

Söz konusu nitelikli hal şu yönden eleştirilmiştir: cinsel taciz, cinsel dokulmazlığa karşı işlenen fiillerin en hafifidir. Bu nedenle, bileşik suç kapsamında bu kadar ağır cezalandırılması doğru değildir. Örneğin, bir kamu görevlisi gün boyunca gözaltındaki şüpheliye gelip geçtikçe bir cop vursa, asgari üç yıl; bu hareketler mağdurun yaşamını tehlikeye sokarsa asgari dört buçuk yıl ceza alacaktır (md. 95/1). Fakat işkence fiilini söz atma niteliğinde tacizlerle gerçekleştirirse cezası asgari on yıl olacaktır. Oysa, işkence suçu, tacizden daha ağır bir fiil olan cinsel saldırı suretiyle gerçekleştirilse gerçek içtima uygulanacaktır. Bu durumda, işkencenin cezası asgari üç yıl, cinsel saldırının cezası ise asgari iki yıl olduğundan, toplam ceza beş yılda kalabilecektir. Bu nedenle, söz konusu orantısız durumun YTCK md. 3'e aykırı olduğu öne sürülmektedir[1888].

4. Fiilin, mağdurun duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına neden olması

'Duyu', görme, işitme, duyma, dokunma, tat alma gibi dış dünyadaki etkileri algılama yeteneğidir[1889]. Organ ise, belirli duyguların içinde geliştiği veya belirli hareketlerin yapılmasına yarayan anatomik ve fizyolojik bütüne verilen addır[1890]. Özellikle bazı algılama işlevlerinin çift organlar tarafından yerine getirilmesi (örneğin göz ve kulak) durumunda, bu organlardan birisi zayıflamış olmasına

[1886] Bkz. **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 154.
[1887] Bkz. **YOKUŞ SEVÜK**, s. 274.
[1888] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** HA 5, s. 242-243.
[1889] Bkz. **DÖNMEZER,** Kişilere, no. 97; **EREM/ TOROSLU**, s. 407; **ERMAN/ÖZEK**, Kişilere, no. 118; **ÖNDER,** Şahıslara, s. 106; **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 155.
[1890] Bkz. **DÖNMEZER,** Kişilere, no. 97; **ERMAN/ÖZEK,** Kişilere, no. 118; **ÖNDER,** Şahıslara, s. 106.

rağmen, diğer organ aynı işlevi yerine getirebilir. Böyle bir durumda, çift organlardan birisinin dahi zayıflamış olması, nitelikli halin uygulanmasını gerektirir[1891]. Nitelikli halin uygulanması bakımından, zayıflık vücudun dış organlarında meydana getirilmiş olabileceği gibi, iç organlarda da meydana getirilmiş olabilir.

Duyu veya organın '*zayıflaması*', bunların işlevlerini yerine getirmede güçlüğü ve azalmayı ifade etmektedir[1892]. Ancak söz konusu zayıflığın '*sürekli*' olması da gerekir. Bu nedenle yapılan bir tedaviyle zayıflık ortadan kaldırılabiliyorsa, bu nitelikli hal uygulanmaz[1893].

Zayıflığın sürekliliğinin tıbbi açıdan kesin bir biçimde ortaya konulmuş olmasına gerek yoktur; tedavinin güç veya uzun zaman alması durumunda da zayıflık *sürekli* sayılmalıdır[1894]. Buna karşılık zayıflığın protez, takma diş gibi yapay cihazlarla giderilmiş olması, nitelikli halin uygulanmasına engel değildir[1895].

Öğretide tartışılan bir konu, dişlerin kırılması durumunda bu nitelikli halin uygulanıp uygulanmayacağıdır. Kanaatimizce dişler de organ sayıldığı için, bunların kırılması, çiğneme işlevinde bir zorluğa yol açmışsa, ancak bu takdirde zayıflık sayılarak nitelikli halin uygulanması yoluna gidilebilir[1896]. Bu nedenle her somut olayın özelliğine göre dişlerdeki kırılmanın çiğneme işlevi üzerindeki etkisini göz önünde bulundurarak bir sonuca varmak daha yerinde olur.

5. Fiilin, mağdurun konuşmasında sürekli zorluğa yol açması

'*Konuşmada zorluk*' konuşma yeteneğinin olumsuz yönde değişikliğe uğramasıdır[1897]. Örneğin akıcı konuşamamak, kekelemek buraya girer[1898]. Keza,

---

[1891] Bkz. **ERMAN/ÖZEK**, Kişilere, no. 118.
[1892] Bkz. **ÖNDER,** Şahıslara, s. 106; **EREM/TOROSLU**, s. 408; **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 155.
[1893] Bkz. **ERMAN/ÖZEK**, Kişilere, no. 118.
[1894] Bkz. **ÖNDER,** Şahıslara, s. 106; **EREM/TOROSLU**, s. 408 vd.
[1895] Bkz. **DÖNMEZER,** Kişilere, no. 97; **ERMAN/ÖZEK**, Kişilere, no. 118.
[1896] Bkz **DÖNMEZER,** Kişilere, no. 97; **ERMAN/ÖZEK**, Kişilere, no. 118. Önder'e göre sıra dişler arasında bir dişin kırılması veya kökünden çıkması, çiğneme fonksiyonuna bir zarar getirmemekle birlikte, kırılan dişin seyrek dişler arasında yer alması zaafiyete yol açabilir (**ÖNDER,** Şahıslara, s. 107).
[1897] Bkz. **ERMAN/ÖZEK**, Kişilere, no. 119.

sinirsel tahribata yol açılarak yüz kaslarında yol açılan değişiklik sebebiyle (ör. ağzın çarpılması) konuşma fonksiyonun güçlükle yerine getirilmesi de bu kapsamdadır. Ancak buradaki zorluk ile, konuşma yeteneğinin tamamen ortadan kalkması (YTCK m. 95/2 c) birbirine karıştırılmamalıdır. YTCK md. 95/1-b'deki 'zorluk' durumunda, kişi bu yeteneğinden tümüyle mahrum kalmış değildir.

Konuşma yeteneğinde ortaya çıkan güçlüğün nedeni önemli değildir; konuşma organında veya konuşma merkezinde meydana gelen bir bozukluk sonucu oluşabilir; önemli olan bunun devamlı olmasıdır[1899]. Zorluk az çok uzun bir süre devam ederse bu koşul gerçekleşmiş sayılmalıdır.

6. Fiilin, mağdurun yüzünde sabit ize yol açması

'*Yüz',* alından çene ucuna ve bir kulaktan diğerine kadar olan (kulak dahil) başın ön kısmıdır[1900].

'Sabit iz', yüzün doğal görünüşünü etkileyen her türlü değişikliktir. Yüzde bırakılan iz, uzaktan bile görülebiliyor ve belli bir dikkat sarf etmeksizin fark ediliyorsa, yüzün doğal görünüşü etkilenmiş sayılır[1901]. Yüzde meydana getirilen izin gizlenebilmesi veya estetik ameliyatla giderilebilmesi nitelikli halin uygulanmasına engel değildir[1902]. Önemli olan bunun '*sabit*' olmasıdır; bu nedenle iz '*olağan*' bir tedaviyle (ör. yüz egzersizleri) ortadan kaldırılabiliyorsa, nitelikli hal uygulanmaz[1903].

7. Fiilin, mağdurun yaşamını tehlikeye sokan bir duruma yol açması

YTCK md. 95/1-d'de belirtilen '*Yaşamı tehlikeye sokan durum*', işkence fiilinin yakın bir ölüm neticesini meydana getirebilecek olması anlamına gelir.

[1898] Bkz. **ÖNDER,** Şahıslara, s. 108.
[1899] Bkz. **ÖNDER,** Şahıslara, s. 108; **EREM/TOROSLU**, s. 410.
[1900] Bkz. **DÖNMEZER,** Kişilere, no. 99; **ERMAN/ÖZEK**, Kişilere, no. 120; **ÖNDER,** Şahıslara, s. 109; **EREM/TOROSLU**, s. 411; **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 156.
[1901] Bkz. **DÖNMEZER,** Kişilere, no. 100; **ÖNDER,** Şahıslara, s. 109. Soyaslan'ın deyişiyle, yüzde meydana gelen iz 'ilk bakışta göze çarpıyorsa', sabit iz vardır, bkz. **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 156.
[1902] Bkz. **ÖNDER,** Şahıslara, s. 109; **ERMAN/ÖZEK**, Kişilere, no. 120; **EREM/TOROSLU**, s. 411.

Burada tehlike yeterli olup bunun fiilen gerçekleşmemiş olması gerekir; aksi takdirde zaten failin YTCK md. 95/4'e göre cezalandırılması yoluna gidilir.

Tehlikenin süresi veya bunun bir hastalıktan ileri gelmiş olması önemli değildir; bir an için dahi olsa mağdurun yaşamını tehlikeye sokan bir durumun gerçekleşmiş olması yeterlidir[1904].

Mağdurun karşı karşıya kaldığı yaşam tehlikesini ortadan kaldırmak için sözgelimi bacağının kesilmiş olması durumunda *organın işlevini yitirmesi* söz konusu olacağı için YTCK m. 95/1-d'nin değil, 95/2-b'nin uygulanması yoluna gidilir[1905].

8. Fiilin, gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına neden olması (YTCK md. 95/1-e)

YTCK md. 95/1-e'deki nitelikli halin uygulanabilmesi için işkence fiili sonucunda çocuğun canlı olarak doğmuş olması şarttır. Çocuğun ne zaman '*vaktinden önce*' doğmuş sayılacağı, normal gebelik süresine göre belirlenir. Buna karşılık, bir kez doğmuş olan çocuğun yaşama yeteneğine sahip olup olmaması veyahut doğduktan sonra uzun veya kısa bir süre yaşamış olması önemli değildir[1906]. Vaktinden önce canlı olarak doğan çocuk, anneye karşı işlenen işkence fiili sebebiyle ölecek olursa, insan öldürme suçu ancak '*yaşayan bir kişiye'* karşı işlenebileceğinden, ayrıca kasten veya taksirle öldürme suçundan faile ceza verilemeyeceğini belirtelim[1907].

Buna karşılık çocuk zaten ölü doğmuşsa, aşağıda ele alacağımız çocuğun düşürülmesi nitelikli hali uygulama alanı bulur.

[1903] Bkz. **ERMAN/ÖZEK**, Kişilere, no. 120.
[1904] Bkz. **DÖNMEZER,** Kişilere, no. 103; **ÖNDER,** Şahıslara, s. 110; **EREM/TOROSLU**, s. 414; **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 157.
[1905] Bkz. **ÖNDER,** Şahıslara, s. 111.
[1906] Kıyaslayınız **DÖNMEZER,** Kişilere, no. 104 (yazara göre çocuğun yaşama yeteneğine sahip olarak doğmuş bulunması gerekir).
[1907] Aksi görüşte **ÖNDER,** Şahıslara, s. 111 vd. (yazar bu durumda failin taksirle adam öldürme suçundan da ayrıca cezalandırılacağını belirtmektedir).

Nitelikli hal, ancak failin kadının gebe olduğunu bilmesi koşuluyla uygulanabilir[1908].

9. Fiilin, mağdurun iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine neden olması

'*Hastalık*', akıl veya beden işlevlerinin yerine getirilmesinde bozukluğa yol açan her türlü patolojik durumdur[1909]. Sağlığı bozucu hareket, her zaman hastalık ortaya çıkarmayabilir. Bunun ne zaman '*iyileşmez*' nitelik taşıdığı ise, suçun işlendiği sıradaki tıbbi olanaklara göre belirlenir. Hastalığın iyileşmeyeceğinin '*kesin*' olarak belirlenmiş olmasına gerek yoktur; iyileşmeyeceğinin '*mümkün*' bulunması yeterlidir[1910]. Bu bakımdan, ortaya çıkan teknolojik gelişmelere bağlı olarak, yargılama henüz devam etmekteyken mağdurun tedavi edilmesinin olanaklı hale gelmesi, nitelikli halin uygulanmasına engel değildir.

Nitelikli halin uygulanması mağdurun 'iyileşemez' olduğu durumlar için öngörüldüğünden, algılama yeteneğindeki bozulma geçici ise suçun basit hali, sürekli ise nitelikli hali oluşur[1911].

Bentteki bir diğer nitelikli hal de, fiilin, mağdurun '*bitkisel hayata girmesine neden olması*'dır. '*Bitkisel hayat*' deyimi, '*beyin ölümü*'nden farklıdır. Aradaki fark, bitkisel hayata giren kişilerin iyileşerek normale dönebilmesidir. Buna karşılık işkence, mağdurda beyin işlevlerinin geri dönülmez biçimde ortadan kalkması sonucuna yol açmış ise, burada tıbbî anlamda ölüm söz konusudur. Böyle bir ihtimalde, kişi çeşitli destek birimleri sayesinde yapay olarak canlı tutuluyor olsa bile, artık bu takdirde işkence sonucu '*ölüm*' meydana gelmiş sayılacağı için YTCK md. 95/4'ün uygulanması yoluna gidilir.

[1908] Bkz. **DÖNMEZER,** Kişilere, no. 104; **ÖNDER,** Şahıslara, s. 112; aksi görüşte **ERMAN/ÖZEK**, Kişilere, no. 124; **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 158.
[1909] Bkz. **ERMAN/ÖZEK**, Kişilere, no. 121.
[1910] Bkz. **EREM/TOROSLU**, s. 413. Soyaslan'a göre, iyileşme ihtimali 'çok uzak' olmalıdır, bkz. **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 157.
[1911] Bkz. **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 157.

10. Fiilin, mağdurun duyularından veya organlarından birinin işlevini yitirmesine neden olması (YTCK md. 95/2-b)

Duyu ve *organ* kavramlarına yukarıda değinmiştik. '*Duyunun işlevini yitirmesi'* görme, işitme, duyma, dokunma, tat alma gibi dış dünyadaki etkileri algılama yeteneğinin tamamen yok olmasıdır[1912].

Organın ne zaman *işlevini yitirmiş* ve ne zaman *zayıflamış* olduğu, tıbbi bir konudur[1913]. *Organın işlevini yitirmesi*, organın vücuttan ayrılmış olması veya ayrılmamakla birlikte işlevini hiç veya ileri derecede yerine getiremez duruma gelmesidir[1914].

Göz, kulak gibi çift organların her biri başlı başına organ sayıldığı için bunlardan yalnızca birisinin işlevini yitirmesi veya iş göremez hale gelmesi durumunda da bu bendin uygulanması gerekir[1915]. Dalak, safra kesesi gibi vücuttan ayrılması durumunda bir başka organ tarafından işlevi yerine getirilen bir organ söz

---

[1912] Bkz. **ERMAN/ÖZEK**, Kişiler, no. 127.

[1913] '*İnsan vücudundaki bir parçanın uzuv (organ) sayılıp sayılmaması salt tıbbi ve dolayısıyla bilirkişi tarafından çözülecek bilimsel (uzmanlık) sorunudur. Buna karşılık bir uzvun kaybı salt hukuki; zaafa uğraması ise, yine salt tıbbi bir sorundur. Esasen T.C. Yasasının 456/2. madde ve fıkrasında, yaralanan uzvun zaafından söz edilmiş, bir başka deyişle bütünüyle alınmış bir organın işlevlerini vücudun öbür organlarının yerine getirerek tüm vücudun değil, yaralanan organın zaafa uğrayıp uğramadığı gözetilmiştir*' (Y.4.CD 20.4.1992 2772/2857, YKD Nisan 1994, s. 613; Y.4.CD 18.11.1992 6476/7165, YKD Kasım 1993, s. 1732).

[1914] Bkz. **DÖNMEZER,** Kişilere, no. 106; **ERMAN/ÖZEK**, Kişilere, no. 127; **ÖNDER,** Şahıslara, s. 115; **EREM/TOROSLU**, s. 417.

[1915] Bkz. **DÖNMEZER,** Kişilere, no. 106; **ERMAN/ÖZEK**, Kişilere, no. 127; **ÖNDER,** Şahıslara, s. 108; aksi görüşte **EREM/TOROSLU**, s. 409 vd; **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 155 (fakat yazar, 'el veya ayak' bakımından sadece birinin kaybını, nitelikli hakin uygulanması için yeterli görmektedir). Yargıtay'a göre '*bir gözün görme yeteneğinin ziyaa uğraması, o gözün fizyolojik fonksiyonunu yapamaz hale gelmesidir. İki gözün birlikte görme işlevini yerine getirmesi, gözler teker teker uzuv sayılmasına engel değildir. Gözlerden her biri anatomik yönden uzuv olup başlı başına görme fonksiyonu bulunmaktadır. Bu itibarla gözlerden birinin fonksiyonunu tamamen kaybetmesi uzuv tatili, fizyolojik görevlerinin zaafa uğraması ise uzun zaafı niteliğindedir. Somut olayda sanık (O)nun tutması, sanık (Y)nin de taşla vurması sonucu katılanın sol göz görmesinin tashihsiz 0,5 metreden, tashihli olarak da 2 metreden parmak sayma derecesine düştüğü, arızasının uzuv tatili niteliğinde olup tedaviyle düzeltilmesinin olanaklı olmadığı anlaşıldığından mevcut durumun uzuv zaafı niteliğinde olduğuna ilişkin itirazın reddine karar verilmelidir*' (YCGK 2.11.1999 4-183/250, **KABAN, Mater/ AŞANER, Halim /GÜVEN, Özcan /YALVAÇ**, **Gürsel**, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (Eylül 1996-Temmuz 2001), Ankara 2001, no. 293). '*Oluşa, Adli Tıp Raporu içeriğine göre, etkili eyleme maruz kalan müdahilin sol kulağında (total) işitme kaybının tesbit edildiği böylece, başlı başına bir organ olan sol kulağın işe yaramaz bir hale geldiği ve bu nedenle sanığın eyleminin TCK.nun 456/3. maddesine uyduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirir*' (Y.4.CD 27.12.1989 7507/8241, YKD Şubat 1991, s. 285).

konusu olduğunda da bu nitelikli hal uygulanır[1916].

11. Fiilin, mağdurun konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına neden olması

Konuşma yeteneğinin kaybı, hangi nedenle olursa olsun, mağdurun anlaşılabilir biçimde konuşma olanağından yoksun kalmasıdır[1917]. Kekemelik durumu, konuşma yeteneğinin kaybı sayılmaz[1918]. Bu durumda konuşmada sürekli zorluktan söz edileceğini (md. 95/1-b) yukarıda belirtmiştik. Konuşma yeteneğinin kaybında mağdur ya hiç ses çıkaramamakta veya çıkarsa bile bunlar bir düşünceyi başkasına aktarabilme özelliğinden yoksun bulunmakta (anlamsız kalmakta) iken; sürekli zorluk durumunda, güçlükle de olsa çıkarılan seslerin bir *konuşma* olarak nitelendirilmesi mümkün olabilmekte, bunlar anlam sağladığı için iletişim amacını yerine getirebilmektedir[1919].

Çocuk yapma yeteneğinin kaybolması bakımından mağdurun yaşı veya cinsiyeti önemli değildir[1920]; önemli olan mağdurun suçtan önce bu yeteneğe sahip olmasıdır[1921]. Mağdur, kadın olup da tüp bebek yoluyla çocuk sahibi olabilecekse, kanaatimizce yine de nitelikli hal uygulanmalıdır, çünkü mağdure doğal-fizyolojik yönden bu yeteneğini yitirmiştir[1922]. Benzer şekilde, mağdur erkek olup cinsel ilişkiye girmesini sağlayabilecek ölçüde ereksiyona geçebilme kabiliyetini yitirmişse, bent uygulanmalıdır. Spermini vermek suretiyle bebek sahibi olabilmesi, nitelikli halin uygulanmasına engel sayılmamalıdır. Bu yeteneğin '*kaybedildiğinden*' söz edebilmek için işkence fiilinin işlendiği sıradaki tıbbi verilere göre sürekli bir olanaksızlık mevcut olmalıdır.

[1916] Bkz. **ERMAN/ÖZEK**, Kişilere, no. 127; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 440, dn. 262.
[1917] Bkz. **ERMAN/ÖZEK**, Kişilere, no. 127; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 440.
[1918] Bkz. **ÖNDER,** Şahıslara, s. 115; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 440.
[1919] Bkz. **ERMAN/ÖZEK**, Kişilere, no. 128; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 440-441.
[1920] Bkz. **ÖNDER,** Şahıslara, s. 115; **EREM/TOROSLU**, s. 416; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 441.
[1921] Bkz. **ERMAN/ÖZEK**, Kişilere, no. 129; **ÖNDER,** Şahıslara, s. 115; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 441.
[1922] Bkz. **ERMAN/ÖZEK**, Kişilere, no. 129, aksi yönde **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 441.

Belirtelim ki, failin kastı mağdurun çocuk yapma yeteneğini ortadan kaldırmaya yönelikse veyahut fail, öngörebildiği bu neticeyi göze almış sayılabiliyorsa (ör. failin, ısrarla mağdurun hayalarına vurması durumunda), artık YTCK md. 101'deki kısırlaştırma suçu ayrıca oluşacaktır.

12. Fiilin, mağdurun yüzünün sürekli değişikliğine neden olması

Yüz kavramına yukarıda değinmişik. Bunun *sürekli değişikliği* ile anlatılmak istenen, mağdurun yüzünün denge ve uyumunu bozan ve diğer insanların, yüzün aldığı bu yeni biçimi yadırgamaları sonucuna yol açan her türlü durumdur[1923]. Örneğin kulakların kopması, burnun yarılması, suratın tanınmayacak derecede yanması gibi. Bu değişikliğin estetik ameliyat ile giderilmesi, nitelikli halin uygulanmasına engel olmaz[1924].

Yüzün sürekli değişikliğini sabit izden ayırt eden husus, yüzün doğal görünümüne etkinin yoğunluğu bakımındandır[1925].

13. Fiilin, gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine neden olması

Çocuğun *düşmesi* ile *erken doğması* arasındaki farklılık, çocuğun canlı doğmuş olup olmamasına göre belirlenir. Erken doğumda çocuk canlı doğmakta ve doğumdan sonra da yaşamakta iken, düşme durumunda çocuk ölü doğmaktadır[1926]. Fail, mağdurun gebe olduğunu bilmelidir[1927]. Ancak çocuğun düşmesi bakımından failin kusuru en fazla bilinçli taksir düzeyinde olmalıdır. Şayet, failin bu neticeyi istediği ya da göze aldığı söylenebiliyorsa YTCK md. 99'daki 'çocuk düşürtme'

[1923] Bkz. **ERMAN/ÖZEK**, Kişilere, no. 130; **ÖNDER,** Şahıslara, s. 116; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 441; karşılaştırınız **DÖNMEZER,** Kişilere, no. 197 (yazara göre çehrede sürekli değişiklik, mağduru önceden tanıyanların onu gördükleri zaman tanımakta duraksamaları biçiminde ortaya çıkan bir durumu ifade etmektedir, aynı yönde **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 157).
[1924] Bkz. **DÖNMEZER,** Kişilere, no. 107; **ÖNDER,** Şahıslara, s. 116; **EREM/TOROSLU**, s. 412; **TEZCAN/ERDEM**, Ceza Özel, s. 441.
[1925] Bkz. **TEZCAN/ERDEM**, Ceza Özel, s. 441.
[1926] Bkz. **TEZCAN/ERDEM**, Ceza Özel, s. 441-442.
[1927] Bkz. **DÖNMEZER,** Kişilere, no. 108;**ÖNDER,** Şahıslara, s. 116; **EREM/TOROSLU**, s. 416; **TEZCAN/ERDEM**, Ceza Özel, s. 442.

suçundan ayrıca ceza verilir[1928].

14. İşkence fiillerinin vücutta kemik kırılmasına neden olması

Kemik kırılması nedeniyle cezada yapılacak artırma açısından kırılmanın '*kırığın hayat fonksiyonlarındaki etkisi*' göz önünde bulundurulur. Bu bakımdan, mağdurun yaşamını normal bir insan gibi sürdürüp sürdüremediği, günlük işlerini yapıp yapamadığı, ne kadar zaman içinde eski yaşamına dönebileceğine bakılmalıdır[1929]. Ancak, etki minimal bile olsa, nitelikli halin uygulanmasından kaçınılamaz.

Bu nitelikli hali açıklamakta güçlük çekiyoruz. Bir kere, vücutta iki yüz altı tane kemik vardır. Hatta üç yüz kadar kemikle doğan insanoğlunda bu kemiklerden bazıları daha sonra birleşmektedir. Sadece elde yirmi altı adet kemik vardır. Bu bakımdan, bu kemiklerin bazılarının hayat fonksiyonlarına etkisi gerçekten çok azdır. Fakat buna rağmen, eldeki yirmi altı kemikten biri kırılırsa, cezanın alt sınırı bir anda üç yıldan sekiz yıla çıkmaktadır! Oysa işkence suçu sebebiyle kişinin yaşamı tehlikeye girerse, yani ölümü yakın bir ihtimal haline gelirse, cezanın alt sınırı dört buçuk yıl olacaktır! Fakat aynı ihtimalde, kemik kırılması bakımından üst sınır on beş yıl, yaşamsal tehlike bakımından on sekiz yıl olacaktır! Bu somut örneklerden görüldüğü gibi, cezalar arasında oran olmadığı gibi; her türlü 'kemik kırılması'nın da alt sınırı bu kadar ağırlaştırması adil gözükmemektedir.

15. İşkence sonucunda ölüm meydana gelmesi

ETCK md. 243/2 bakımından yapılan açıklamaları tekrarlamayacağız. Ancak YTCK md. 95/4 bakımından, failin ölümden sorumlu tutulması için, meydana gelen ölüm neticesi bakımından en azından taksirle hareket etmiş olması aranacaktır (YTCK md. 23). Bu açıdan, işkence fiili sonucunda ölümün meydana gelebileceği, en azından öngörülebilir olmalıdır. Buna karşılık, ölüm halinde, failin kastı bu neticeyi

[1928] Bkz. bu yönde YİBK 4.12.1935, E. 120, K. 19, aktaran: **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 158.

de kapsar; diğer bir deyişle, fail, ölüm neticesini bilir ve ister (kast) ya da en azından göze alırsa (YTCK md. 21/2 - olası kast), kasten (adam) öldürmenin nitelikli hali mevcuttur. Böyle bir ihtimalde, YTCK md. 82/1-b'deki 'canavarca hisle veya eziyet çektirerek' kasten öldürme suçu oluşur[1930].

Belirtelim ki, kasıtlı olmayan bir netice bakımından ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının öngörülmesi, en başta kusur ilkesi olmak üzere bir çok temel ilkeye aykırıdır[1931].

§ 1O. YARGILAMA USULÜ

ETCK döneminde, memur suçu olması itibariyle işkence suçu hakkında hazırlık soruşturmasının yapılabilmesi, 4483 sayılı *Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun*a göre, 'soruşturma izni' alınmasına bağlıydı. Fakat, AB Uyum Yasaları çerçevesinde 2.1.2003 t. ve 4778 s.K. ile 4483 s.K'nın 2. maddesine eklenen fıkra ile, işkence (ETCK md 243) ve kötü muamele (ETCK md. 245) suçları, 4483 s.K'nın uygulama alanı dışında bırakılmıştır. Bunun anlamı, bundan böyle işkence suçlarının hazırlık soruşturmasının doğrudan doğruya ilgili cumhuriyet savcılığı tarafından başlatılıp yürütülecek olmasıydı.

Aslında bu değişiklikten önce de, işkence suçunun failleri bakımından özel memur yargılama usulünün uygulanmaması gerekiyordu. Zira, 4483 s.K md. 2/2'ye göre, '*görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır*'. Bilindiği gibi,

---

[1929] Bkz. **SOYASLAN,** Ceza Özel, 5. Baskı, s. 158.

[1930] YTCK'daki madde gerekçesine göre, öldürme suçunun canavarca hisle işlenmesi, '*Kişinin acıma hissi olmaksızın bir başkasını öldürmesi hâlinde…..söz konusudur. Canavarca hisle öldürmenin arz ettiği özellik, öldürmenin vahşi bir yöntemle gerçekleştirilmesidir. Kişinin yakılarak, uyurken kulağının içine kızgın yağ dökülerek ya da vücudu parçalanarak öldürülmesi, buna örnek olarak gösterilebilir'. Eziyet çektirilerek öldürmede ise 'kişi hemen değil, belli bir süreç içinde acı çektirilerek öldürülmektedir. Örneğin kişiye gözleri çıkarılarak, kulağı ve sair organları kesilerek acı çektirilmekte ve sonuçta öldürülmektedir'*.

[1931] Aynı yönde **TOROSLU/ERSOY**, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, s. 16; aksi görüşte **YURTCAN**, YTCK, s. 202.

CMUK md. 154/4'e göre '*Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliyeye müteallik görev veya işlerde suistimal veyahut ihmal ve terahileri görülen devlet memurları ile Cumhuriyet Savcılığının şifahi veya yazılın talep ve emirlerini yapmakta suistimal veya terahileri görülen zabıta âmir ve memurları hakkında Savcılıkça doğrudan doğruya takibatta bulunulur*' denmektedir. Bu bakımdan, 4483 sayılı Yasa, ancak memurların idarî görevlerinden doğan suçlar için uygulanabilmektedir[1932]. Zabıta mensubunca işlenen işkence eylemi de, 'adli görev' sebebiyle meydana gelmiş olacağından, memur yargılamasının özel usullerine tâbi olması zaten mümkün değildi[1933]. Jandarmanın adlî kolluk olarak görev yaptığı durumlarda da sonuç aynı olmaktaydı[1934].

Ancak uygulamada, işkence niteliğindeki fiillerin ETCK md. 245 çerçevesinde değerlendirilip 4483 s.K. kapsamına alındığı da olabilmekteydi. Oysa 4778 s.K. ile, ETCK md. 245 de 4483 s. K'nın kapsamı dışında bırakılmıştır.

1 Haziran 2005'ten sonraki durumu bakarsak, tablo adlî kolluk bakımından değişmemiştir. Bir kere, YTCK md. 94 veya md. 256'da yer alan suçlar bakımından 4483 s.K'nın uygulanmayacağına dair açık bir hüküm yoktur. Fakat eski CMUK md. 154/4'ün karşılığı olan yeni CMK md. 161/5'e göre '*Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır. Vali ve kaymakamlar hakkında 2.12.1999*

[1932] Bkz. ör. polis memurlarının işlenen bir suçun soruşturulması sırasında gerçekleştirdikleri suçların adlî görev sırasında işlenmiş sayılacağı ve bu nedenle haklarında genel hükümler uyarınca soruşturma yapılacağına dair YCGK 28.9.1999, 225/215; YCGK 23.3.1999, 36/50; bkz. yine sanıkların TCK md. 243 uyarınca cezalandırılmaları için ek iddianame ile açılan davada, '*üvey oğlunu tabanca ile yaralamak suçundan sanık olan dosyamızın müdahiline emniyette suçunu söylemesi ve suçta kullandığı tabancasını teslim etmesi için, sanıklarca darp ve hakarette bulunulduğu iddia edilmektedir. / İhbar üzerine suçluları yakalamak ve suç delillerini araştırmak adli görevdir/ ..... İddia edilen efrada suimuamele suçundan dolayı sanıklar hakkında genel hükümlere göre tahkikat yapılmalıdır.*' şeklindeki YCGK 1.4.1997, 73/79 t. ve sayılı Karar (aktaran: **ÇETİN,** s. 513-517).

[1933] Bkz. **ÖZGENÇ/ŞAHİN,** İşkence, s. 202; **ÇETİN,** s. 503 vd; **MALKOÇ,** s. 1989; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 394.

[1934] Zaten 2803 sayılı ve 10.3.1983 tarihli 'Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun 15.

*tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri, **(Ek cümle: 25.5.2005 t. ve 5353 s.K.)** en üst dereceli kolluk amirleri hakkında ise, hâkimlerin görevlerinden dolayı tâbi oldukları yargılama usulü uygulanır.*'

Bu durumda, kolluk görevlilerinin durumunda değişiklik yoktur. Ancak, bir istisna 'en üst dereceli kolluk amirleri' bakımından getirilmiştir. Fakat 'en üst' dereceden bahsedildiğine göre, Emniyet Genel Müdürlüğü bakımından bunun kapsamına sadece Emniyet Genel Müdürü girecektir.

Buna karşılık, artık her kamu görevlisi işkence suçunun faili olabileceğinden ve adliyeyle ilgili olmayan işleri yürütenler bakımından CMK md. 161/5 uygulanamayacağından, adlî görev görmeyen diğer herhangi bir kamu görevlisinin görev sebebiyle işlediği işkence suçları bakımından 4483 s.K'nın hükümleri uygulanacaktır.

Öte yandan eski CMUK 154/5'e göre, '*zabıta âmirleri hakkında hâkimlerin görevlerinden dolayı tâbi oldukları muhakeme usulü*'nün uygulanması gerekmekteydi. Failin hâkim ya da savcı olması durumunda ise, ceza kovuşturmasının hazırlık safhasının yürütülmesi, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu md. 82 vd'nda özel olarak düzenlendiği için, zaten bu özel hükümler uygulanacaktı. Bu durumda, failin kolluk amiri, savcı ya da hakim olması durumunda, bunlar hakkında kovuşturmaya başlanabilmesi Adalet Bakanı'nın iznine tâbi olacaktı[1935]. Bu durum, 1 Haziran 2005'ten sonra da 'en üst dereceli kolluk amirleri', hakim ve savcılar bakımından devam edecektir. Zabıta amirleri bakımından öngörülmüş olan bu istisna, bir izin prosedüründen kurtulmaya çalışılırken diğer bir izin prosedürüne geçilmesi açısından eleştirilmekteydi[1936]. Sayıları çok sınırlı da olsa, CMK md. 161/5'in aynı özel korumayı belirli kimseler için sağlamaya devam etmesi yönünden de aynı görüş öne sürülebilir.

---

maddesinin (e) bendinde CMUK md. 154 ve 2802 s.K. md. 82 ayrıca atıf da yapılmıştır.
[1935] Bkz. **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 195.
[1936] Bkz. **ÖZEN,** s. 156.

Fakat belirtelim ki, CMUK döneminde ‘zabıta amirleri’ kavramı ilçe emniyet müdürlerini kapsayacak kadar geniş anlaşılırken; CMK’daki sınırlayıcı ifade sayesinde, her bir teşkilatın genel müdürü ya da eşdeğer konumdaki (teşkilatın zirvesindeki) kişi dışındaki adlî kolluk amirleri hakkında CMK md. 161/5 uyarınca Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılacaktır.

Öte yandan, failin hakim veya savcı ya da en üst dereceli kolluk amirlerinden olması durumunda, Hâkimler Kanununun uygulanacağını belirtmiştik. Hâkim ve savcıların, işkence suçunu işlemelerini tasavvur dahi edemediğimizden bu ihtimali genel olarak aktarmakla yetiniyoruz.

Bilindiği gibi, yargıçlar ve savcılar 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu’na tâbidir. Söz konusu kanunun 82. maddesine göre, ‘*hakim ve savcıların görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçları ..... nedeniyle, haklarında inceleme ve soruşturma yapılması Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır*’. Adalet Bakanı, soruşturmayı adalet müfettişleri ya da onlarla aynı yetkileri haiz olacak ve soruşturulandan daha kıdemli bir hakim veya savcı eliyle yürütebilir (md. 82/son). Soruşturma evrakı tamamlandıktan sonra Bakanlık Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne gönderilir. Genel Müdürlüğün yaptığı inceleme sonucunda oluşturduğu ‘düşünce yazısı’ üzerine, kovuşturma yapılmasına gerek olup olmadığına Bakanlık karar verecektir. Gerek görülmesi durumunda, evrak ilgili adlî mercîe (yerine göre, ilgilinin yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi veya Ankara Cumhuriyet Savcılığı, md. 89/1) tevdi olunacak; aksi takdirde, işlemden kaldırılacaktır (md. 87). İlgili savcı, beş gün içinde iddianamesini düzenleyerek, evrakı son soruşturmanın açılmasına veya açılmasına yer olmadığına dair karar verilmek üzere, ağır ceza mahkemesine verecektir (md. 89/2). Son soruşturma açma kararı verilirse, yerine göre, Yargıtay’ın görevli ceza dairesinde ya da sanığın yargı çevresi içinde bulunduğu ağır ceza mahkemesinde son soruşturma yürütülür (md. 90). Elbette ki, ağır cezayı gerektiren suçüstü hâli söz konusu olursa, hazırlık soruşturması genel hükümlere göre yapılacaktır (md. 94).

Yine ETCK döneminde, 30.7.2003 tarih ve 4963 sayılı Kanunla (RG 7.8.2003) CMUK'a eklenen Ek md. 7'ye göre, TCK md. 243 ve 245 kapsamına giren suçları işleyenler hakkında yapılacak soruşturma ve kovuşturmalar acele işlerden sayılmış, bunların 'öncelikle ve ivedilikle' ele alınması öngörülmüştür. Maddeye göre '*Bu suçlarla ilgili davalarda duruşmalara zorunluluk olmadıkça otuz günden fazla ara verilemez, bu davalara adlî tatilde de bakılır*'.

Yeni CMK md. 190/1'deki '*Duruşmaya, ara verilmeksizin devam edilerek hüküm verilir. Ancak, zorunlu hâllerde davanın makul sürede sonuçlandırılmasını olanaklı kılacak surette duruşmaya ara verilebilir*' hükmü karşısında, yeni uygulama açısından böyle özel bir hükme yer verilmiş olmamasının olumsuz etki doğurmayacağını düşünüyoruz. Adli tatil bakımındansa, prosedür CMK md. 331'deki genel hükme bağlıdır. Bununla birlikte, ikinci fıkradaki '*Soruşturma ile tutuklu işlere ilişkin kovuşturmaların ve ivedi sayılacak diğer hususların tatil süresi içinde ne suretle yerine getirileceği, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir*' hükmü gereğince söz konusu kurulun işkence davalarını ivedi işlerden sayarak bazı hızlandırılmış usullere tabi tutması mümkündür.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren yeni ceza hukuku sistemimizde, işkence suçunun ceza muhakemesi bakımından doğurduğu bazı sonuçlar mevcuttur.

CMK sistemine göre, koruma tedbirlerinin uygulanabilirliği açısından işkence suçu şüphelisi/sanıkları açısından bazı özel durumlar vardır. Bir kere, tutuklama nedenlerini düzenleyen CMK md. 100'ün üçüncü fıkrasının a bendi ile, YTCK md. 94-95'teki işkence suçunun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeninin var sayılabileceği düzenlenmiştir. Öte yandan, işkence suçu bakımından adlî kontrol kurumuna başvurulamayacaktır; çünkü cezanın üst sınırı CMK md. 109/1'de öngörülen azamî limitin üstündedir. Yine CMK md. 135'de yer alan '*İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması*' açısından işkence suçu, md. 135/6'da tedbirin uygulanabileceği suç tiplerini belirten katalogda yer

almaktadır.

Nihayet, YTCK md. 18/3 gereği *'Kişinin, talep eden devlete geri verilmesi hâlinde ırkı, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî görüşleri nedeniyle kovuşturulacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence ve kötü muameleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebepleri varsa, talep kabul edilmez*'. Böylece, başta AİHS'nin üçüncü maddesine ilişkin içtihatlarla olmak üzere, çeşitli belgelerde kabul edilmiş olan söz konusu iade yasağı, ulusal ceza hukukumuz bakımından kanunlaştırılmıştır.

YTCK md. 94-95'te yer alan işkence suçunu kovuşturmak açısından yetkili mahkeme, 5235 sayılı *Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri hakkında Kanun* md. 12, 14 gereği, ağır ceza mahkemesi olacaktır.

Son olarak, işkence suçunun yargılama usulü hakkında değinmek istediğimiz bir düzenleme YTCK md. 13 hükmüdür. Maddenin birinci fıkrasının c bendi gereği, işkence suçunun '*vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenmesi hâlinde, Türk kanunları uygulanır*'. Yani, işkence suçu korunma (gerçeklik) ilkesi kapsamına alınmıştır[1937].

5237 sayılı YTCK'nın ilk şekline göre: '*(1) Aşağıdaki suçların, vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenmesi hâlinde, Türk kanunları uygulanır:*

a) İkinci Kitap, Birinci Kısım altında yer alan suçlar.

b) İkinci Kitap, Dördüncü Kısım altındaki Üçüncü, Dördüncü, Beşinci, Altıncı, Yedinci ve Sekizinci Bölümlerde yer alan suçlar.

c) İşkence (madde 94, 95).

d) Çevrenin kasten kirletilmesi (madde 181).

e) Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190).

[1937] Bkz. **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 151-153; **DONAY/KAŞIKÇI,** s. 15; **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 217 vd.

f) Parada sahtecilik (madde 197), para ve kıymetli damgaları imale yarayan araçların üretimi ve ticareti (madde 200), mühürde sahtecilik (madde 202).

g) Fuhuş (madde 227).

h) Rüşvet (madde 252).

i) Deniz, demiryolu veya havayolu ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması (madde 223, fıkra 2, 3) ya da bu araçlara karşı işlenen zarar verme (madde 152) suçları.

(2) Birinci fıkranın (a) ve (b) bentlerinde yazılı suçlar dolayısıyla yabancı bir ülkede mahkûmiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile, Adalet Bakanının talebi üzerine Türkiye'de yargılama yapılır', denilmişti.

Buna göre, aralarında md. 94-95'te yer verilen işkence suçunun da bulunduğu bazı suçlar açısından kanunumuz 'evrensellik ilkesi'ne göre[1938] yargı yetkisini Türk makamlarına tanımıştı. Bunun için de, eski TCK md. 6'dakinin aksine, failin Türkiye'de bulunması gibi bir şarta bile gerek görülmemişti. Bu şekilde, uluslararası hukukta tartışmalı olan 'sınırlandırılmamış evrensellik ilkesi'ne yer verilmişti[1939].

İşkence gibi eylemler bakımından evrensel yetkinin faydaları ortadadır. Şöyle ki, insan haklarının sürekli ve/veya sistematik ya da geniş çaplı ihlalleri, bir çok kez işlendikleri ülkede yargılama konusu yapılamamaktadır. Bunun sebebi, diktatör rejimin hala iktidarda olması, demokratik düzene geçiş yapılmış olsa da eski haksızlıkları yargılamanın sosyal kırılmaya yol açacağı gerçeği karşısında buna cesaret edilememesi olabilir[1940]. Öte yandan, uluslararası örf ve adet hukuku uyarınca işkence suçu bakımından evrensellik yetkisinin kabul gördüğü belirtilmektedir[1941].

Türkiye'nin birçok suç konusunda duyarlılığını vurgulaması bakımından önemli olan bu madde sayesinde artık dünyanın herhangi bir yerinde yukarıda

---

[1938] Evrensellik ilkesi, ülke dışında işlenen suçların, suçun işlendiği yere, failin ve mağdurun vatandaşlığına bakılmaksızın kovuşturulmasına izin veren yargılama ilkesidir, bkz. **TURHAN, Faruk,** Türk Ceza Kanunu'nun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK, HPD, Sayı 4, Ağustos 2005, s. 202 ('**TURHAN**, Evrensellik'); **DÖNMEZER/ ERMAN,** Cilt: III, no. 2221 vd.; **ÖNDER,** Ceza Hukuku Dersleri, s. 122 vd.; **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK,** Ceza Genel, no. 48; **CENTEL,** Ceza Genel, s. 103; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA,** Ceza Genel, s. 329; **ERSOY,** s. 46; **DEMİRBAŞ,** Ceza Genel, s. 157-158; **HAKERİ,** Ceza Hukuku, s. 57-58.

[1939] Bkz. **TURHAN,** Uluslararası Suçlar, s. 11. Böyle bir yetkinin uluslararası hukuka uygun olup olmadığı hk. tartışmalar için bkz. **TURHAN,** Evrensellik, s. 208 vd.

[1940] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 28.

belirtilen suçlardan birinin işlenmesi halinde C. Başsavcılıklarından birine yapılacak bir başvuru ile Türkiye'de soruşturma açılabilecekti.

Ancak hükmün ilk haliyle, bazen delil toplama yönünden bazen de birçok ülke ile olan ilişkilerimizde sorun yaratacak bir görünüme sahip olduğu açıktı. Örneğin, Irak'ta Amerikan ve İngiliz askerlerince esirlere yapılan muamelelere ilişkin ihbarlarda bulunulması durumunda olacağı gibi.

YTCK'ya ilk etapta konulan bu hükmün yaratacağı sorunlar konusunda, benzer düzenlemeye 1993'ten itibaren mevzuatında yer veren, hatta 1999'da bu yetkinin kapsamını daha da genişleten Belçika'nın yaşadığı deneyime bakmak yeterlidir. Gerçekten bu ülke, 2002 yılında Uluslararası Adalet Divanının Kongo-Belçika davasında verdiği karar nedeniyle 2003 yılında mevzuatında büyük değişikliklere gitmek zorunda kalmıştır.

14.2.2002 tarihinde Uluslararası Adalet Divanının Kongo-Belçika davasında[1942] verdiği kararda, eski bir devlet bakanının (fakat varılan sonuç tüm üst düzey devlet görevlileri açısından geçerlidir), görev süresi sırasında ancak 'şahsi sıfat' ile işlediği fiillerden ötürü bir diğer devletin yargı organlarınca yargılanabileceği sonucuna varılmıştır.

Buna göre, bakan, görev süresi boyunca hem resmi hem de şahsî sıfatla işlediği fiillerden ötürü yargısal bağışıklıktan yararlanır. Görev süresi sona erdikten sonra ise, görev süresinden sonra ve önce işlediği fiiller ile, görev süresi boyunca 'özel sıfatla (*in a private capacity*)' işlediği fiillerden ötürü yargılanabilecektir. Demek ki, bir bakan göreviyle bağlantılı olarak işlenen bir uluslararası suçtan dolayı, görev süresi dolduktan sonra bile bağışıklıktan yararlanacaktır[1943]. Yani bu durumda

---

[1941] Bkz. **AZARKAN,** s. 37-38; **BAŞAK,** Uluslararası Suçlar, s. 145.

[1942] Uluslararası Adalet Divanı, *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium),* 14.2.2002. Davaya yol açan olaylar için bkz. **AKSAR, Yusuf,** Uluslararası Adalet Divanı'nın *Belçika Tutuklama Kararı Davası (*Belgian Arrest Warrant Case) (14 Şubat 2002) ve Uluslararası Ceza Hukuku, AÜHFD, Cilt 52, Sayı 4, 2003, s. 131-133 vd.

[1943] Bkz. **SPİNEDİ, Marina,** State Responsibility v. Individual Responsibility for International Crimes: *Tertium Non Datur*?, European Journal of International Law, Vol. 13, No. 4, 2002, s. 896;

bile, ilgili kimsenin uluslararası hukuktan doğan imtiyazları devam eder ve bunlardan ancak vatandaşı olduğu devlet vazgeçebilir[1944]. Bu yorum, uluslararası hukukun güncel gelişmelerine ters düşmektedir[1945]; ancak mahkemenin görüşünün başka bir şekilde anlaşılması mümkün gözükmemektedir[1946].

Yani UAD, uluslararası suçlar bakımından devlet organlarının fonksiyonel bir bağışıklık ya da sorumsuzluktan yararlanamayacakları yönünde gelişen anlayışı reddederek, faillerin uluslararası ceza hukukunca tanınan ülke dışı yetki kurallarına (ve bu arada evrensellik ilkesine) uygun olarak bir diğer ülkede yargılanabilmelerini, failin vatandaşı olduğu devletin iradesine bağlı kılmıştır[1947]. Bu nedenle, ulusal kanundaki evrensellik ilkesine dayanarak ülkede bulunan yabancı bir devletin ajanı konumundaki faili yargılamak, devletinin bağışıklıktan feragat etmesi durumunda mümkündür.

Yani, dünyanın herhangi bir yerinde bir işkence suçunun faili olduğu iddia edilen bir kimse hakkında Türk savcılarına ihbarda bulunmakla, Türk adalet sisteminin bu işin peşine düşmesi gerekecekti. Bunun için de, fail Türkiye'de değilse, ilgili ülkeden iadesini istemek söz konusu olabilecekti. Şayet bu şahıs, uluslararası hukuk uyarınca bağışıklıklara sahip bir kimseyse, vatandaşı bulunduğu devletin bundan feragat etmesi de ayrıca lazım olacaktı!

Evrensellik ilkesine yer veren Almanya'da bir sorun yaşanmamasının nedeni, Belçika'nın aksine, başlangıçtan itibaren bu yetkinin uygulamasına ilişkin olarak Alman Ceza Muhakemesi Kanunundaki Federal Savcının bu suçları kovuşturup

---

GAETA, Paola, *Ratione Materiae* Immunities of Former Heads of State and International Crimes: The *Hissène Habré* Case, Journal of International Criminal Justice, Vol. 1, 2003, s. 189 ('**GAETA**, Immunities'). Burada vurgulanacak husus, UAD'nin görev süresi dolmuş eski üst düzey devlet görevlilerinin de yabancı mahkemelerin yargı yetkisinden muaf olduklarını savunmuş olmasıdır, bkz. **AKSAR,** *Belçika Tutuklama Kararı Davası,* s. 136.

[1944] Bu durumda dahi, ilgili devletin uluslararası sorumluluğuna gidilebileceği unutulmamalıdır, bkz. **SPİNEDİ,** s. 899.

[1945] Bkz. **SPİNEDİ,** s. 896; **GAETA,** Immunities, s. 190; **AKSAR,** *Belçika Tutuklama Kararı Davası,* s. 133; **ÖNOK, R. Murat,** Türkiye'ye Yönelik Dış Destekli Terör Eylemleri Sebebiyle Yabancı Devlet veya Organlarına Karşı Hukuki Girişimler, HPD, Sayı 4, Ağustos 2005, s. 232 ('**ÖNOK**, Terör').

[1946] Bkz. **AKSAR,** *Belçika Tutuklama Kararı Davası,* s. 133; **SPİNEDİ,** s. 896.

kovuşturmama yönünden sahip olduğu mutlak takdir yetkisinden (StPO § 153f) kaynaklanmaktadır[1948]. Oysa, bizim CMK'mızda savcılara aynı yetki tanınmış değildir, Türk ceza muhakemesi sisteminde aslolan 'koğuşturma mecburiyeti' ilkesidir[1949].

O halde, YTCK md. 13'teki suçların '*kamu davasını açmada takdir yetkisi*'ni öngören CMK md. 171 kapsamına dahil edilmemesi nedeniyle Belçika'nın yaşadığı olumsuz deneyimi ve yukarıdaki garip durumları bizim de yaşama ihtimalimiz söz konusu olacaktı. Zira, yabancı devlet adamları hakkında yapılacak şikayetler yüzünden başta ABD ve İsrail olmak üzere pek çok devletle ilişkilerimizin bozulması tehlikesiyle yüz yüze gelme ve Belçika gibi, mevzuatımızı oluşacak baskılarla kısa zamanda değiştirmek zorunda kalma ihtimalimiz bulunmaktaydı. Bu ise, ülkemizin saygınlığına zarar verecekti.

Sonuç olarak bu madde, devletin uluslararası güvenliğine ilişkin suçlara ilişkin mutlak yetkisini ifade eden gerçeklik prensibiyle uluslararası sözleşmelerden doğan ikincil bir yetki olan evrensel yetki prensibini birbirine karıştırmış, böylece Türkiye'nin uluslararası ilişkilerinde sorunlar çıkarma riskini doğurmuştu.

Bu sakıncaların sonradan farkına varan yasakoyucu, 29.6.2005 t. ve 5377 s. *Türk Ceza Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına dair Kanun*[1950] ile, YTCK md. 13/1-b'de sayılan suçlar dışında[1951] kalanlar bakımından Türkiye'de yargılama yapılabilmesini Adalet Bakanı'nın talebine bağlamıştır. Bu şekilde, yaşanması muhtemel bu sorunlar gerçekleşmeden önce, bu konuda düzeltmeye gidilmiştir.

Fakat bizim düşüncemize göre en doğrusu, ya YTCK md. 13/1-a ve md. 13/1-

---

[1947] Bkz. **ÖNOK,** Terör, s. 237.
[1948] Bkz. **TURHAN,** Uluslararası Suçlar, s. 12.
[1949] Savcıya bu konuda takdir yetkisi tanınarak sorunun aşılabileceğine dair bkz. **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 218.
[1950] Kanun gerekçesinde, kuralın mevcut halinin '*politik bir sorun ortaya çıkarabilecek bir mahiyet*' taşıdığı kabul edilmiştir, bkz. TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 901, s. 2 (aktaran **ÖZGENÇ,** TCK Gazi Şerhi, s. 148).
[1951] Fakat YTCK md. 13/1-b'de sayılan suçlardan 'Yabancı Devletlerle Olan İlişkilere Karşı Suçlar' istisnanın müstesnasıdır; yani, bunlar da Adalet Bakanı'nın talebi üzerine yargılanabilecektir.

b dışında sayılan suçları diğer yargılama ilkelerinde biri kapsamında ele almak[1952] ya da, en azından m. 13/1(b) ayrık olmak üzere, *yabancılar tarafından işlenen* bu tür suçlarda şikayetin işleme konulabilmesi için Adalet Bakanının talebinin aranması ve de, eski 765 s. TCK md. 6'da olduğu üzere, ayrıca şüphelinin Türkiye'de bulunması koşulunun getirilmesi olurdu[1953].

Şayet bu yönde değişikliğe gidilirse, işkence suçu açısından 1984 BM Sözleşmesi uyarınca devletler, *ülkelerinde bulunan* işkence suçu faillerini evrensellik ilkesine göre kovuşturabilmek için gerekli düzenlemeleri yapmakla yükümlü olduklarından[1954], YTCK md. 13 hükmünü söz konusu hukukî dayanak ile izah etmek mümkün olur.

§ 11. İŞKENCENİN ÖNLENMESİ AMACIYLA ALINAN ÖNLEMLER

Uzun yıllardır Avrupa Birliğiyle bütünleşme çabaları içerisinde olan Türkiye'nin sıklıkla karşısına çıkarılan engellerden biri, 'işkence sorunu'dur. Ne yazık ki bu konuda Türkiye'nin diğer devletler nezdindeki itibarı pek iyi gözükmemektedir. Bunun başlıca sebebi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi üçüncü maddesinden ötürü yaşadığımız bir çok mahkumiyet[1955], 1984 BM Sözleşmesiyle kurulan İşkenceye Karşı Komitenin hazırladığı ve 12-13 Kasım 1990 tarihinde ele aldığı rapor, Avrupa Sözleşmesiyle kurulan İşkenceyi Önleme Komitesinin özellikle

---

[1952] Farklı önerileri için bkz. **TURHAN,** Evrensellik, s. 211; **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 218.

[1953] Bkz. aynı yönde **TURHAN,** Evrensellik, s. 211. Özbek'e göre de 5377 s.K. ile yapılan değişiklik '*yanlışlığı daha da yanlış hale getirmiştir*', bkz. **ÖZBEK,** TCK İzmir Şerhi, s. 218.

[1954] Bkz. **TURHAN,** Evrensellik, s. 207.

[1955] Türkiye'nin 'işkence' açısından sıkıntılı durumunu ortaya koyan çalışmalar için bkz. **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 169 vd, özellikle 253 vd; **TEZCAN,** Kişisel Başvuruların, s. 10-44; **ÜNAL, Şeref**; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Aydın-Türkiye Davasına İlişkin 25/09/1997 Tarihli Kararı, Yargıtay Dergisi, Cilt 24 Sayı 1-2, Ocak-Nisan 1998, s. 208-212; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 363 vd.; **AKHAN,** s. 44 vd; **BALKIZ,** s. 106 vd; **ÇOR,** s. 461. Yukarıda çeşitli vesilelerle belirtildiği gibi, Türkiye'ye ilişkin bazı davalarda işkencenin idari pratik oluşturduğuna, buna resmi müsamaha gösterildiğine dair kararlar verilmiştir. Hatta iç başvuru yollarının tüketilmesi şartının aranmasının gereksiz olduğuna dair kararların da varlığına değinmiştik (bkz. **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 272). 12 Nisan 2002 itibariyle Türkiye, yirmi yedi davada üçüncü maddenin ihlâlinden mahkûm olmuştur (detaylı bilgi için bkz. **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 172 vd.). Daha önce belirttiğimiz gibi, 18.12.1996 tarihli Aksoy davası sonucunda bir devlet ilk defa işkenceden mahkum edilmiş; maalesef bir çok aynı yönde karar da (Aydın/Türkiye, 25.9.1997; Tekin/Türkiye, 9.6.1998; İlhan/Türkiye, 27.6.2000; Salman/Türkiye, 27.6.2000; Dikme/Türkiye, 11.7.2000; Akkoç/Türkiye, 10.10.2000…) bunu takip etmiştir, bkz. **OWEY/WHITE,** s. 63, özellikle dn. 27

15.12.1992 ve 6.12.1996 tarihlerinde açıkladığı raporlar[1956], Avrupa Birliğinin ilerleme raporları, Avrupa Parlamentosu üyelerince hazırlanan raporlar, uluslararası hükûmet dışı örgütlerin Türkiye hakkında ağır ifadeler içeren raporları, TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonunun oluşturduğu dokuz ciltlik rapor gibi belgelerin[1957] ortaya koyduğu, Türkiye'de işkencenin halen yer yer uygulandığı gerçeğidir.

Bu karar ve belgeler Türkiye'yi uluslararası alanda zor durumda bırakmakta, siyasî yönden sürekli devletimizin aleyhine kullanılmaktadır. Hele Türk yargısının işkenceyle mücadele konusunda üzerine düşeni pek yapmadığına dair kaygılar[1958] büyük sıkıntı yaratmaktadır.

[1956] Bkz. ayrıca İÖK'nin Ekim 1997 tarihli ziyaretine ilişkin, Türkiye'nin Şubat 1999'da onay vermesi üzerine yayımlanan raporu ve İOK'nin 27 Şubat-3 Mart 1999 tarihleri arasında gerçekleştirdiği ziyarete ilişkin olarak Türk Hükûmetine yazdığı ve 4 Mayıs 1999 tarihli basın açıklamasına ek olarak açıkladığı mektup (bkz. **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 192, dipnot 328).

[1957] Örnekler için bkz. **BALKIZ,** s. 106 vd; **ALİEFENDİOĞLU,** Hukuk Kurultayı 2004, s. 371.

[1958] Bkz. **GEMALMAZ,** Yargıtay'ın…, s. 11-13; **CENTEL,** İnsan Hakları, s. 11; **TOROSLU,** Hukuka Aykırı…, s. 56; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 365, dn. 19; **CALHOUN,** s. 129. Maalesef bu tezi destekleyen bazı somut olgular yaşanmıştır. Örneğin, emniyet görevlileri bakımından, 1.1.1995-30.6.2003 tarihleri arasında, 765 s. TCK md 243'e göre hakkında adlî soruşturma açılan 1047 personelden sadece 76'sının hüküm giydiği, idarî ceza alanın ise beş kişiden ibaret olduğu belirtilmektedir, bkz. **ARSLAN, Feyzullah,** Emniyet Teşkilatında İnsan Hakları Konusunda Yapılan İyileştirme Çalışmaları (AİHM Kararları da Gözönüne Alınarak), Polis Dergisi, Cumhuriyet'in 80. Yılına Armağan, Temmuz-Ağustos-Eylül 2003, Yıl 9, Sayı 36, s. 608). Yine, İstanbul Ağır Ceza Mahkemelerinin 1998-2000 dönemindeki faaliyetini kapsayan bir çalışmaya göre, bu dönemde TCK md. 243'ten sonuçlanan seksen bir davadan çıkan sonuç şudur: altmış üç beraat, yedi mahkumiyet, yedi görevsizlik, iki birleştirme, iki erteleme. Mahkumiyet kararlarının büyük çoğunluğu da ertelenmiştir (aktaran **ALİEFENDİOĞLU,** Hukuk Kurultayı 2004, s. 369-370). Şayet, kamu davası açmak için yeterli süphenin varlığı, yani 'sanığın mahkûm olması ihtimâlinin beraat etmesi ihtimâlinden daha kuvvetli' olmasının arandığı ve suç işlediği iddia edilen memurlar hakkında adli kovuşturma başlatmanın pratik zorlukları düşünülürse, ortadaki bilançonun sorunlu olduğu ortaya çıkacaktır. Yine, işkenceye uğradığı iddiasıyla savcılıklara başvuran vatandaşlarımız hakkında, 'iki günde iyileşir' ya da 'iş gücünden alıkoymaz' gibi değerlendirmelerle varılan takipsizlik kararlarının AİHM nezdinde mahkumiyetimizle neticelendiği bilinmektedir (bkz. **TEZCAN,** Adlî Kolluk, s. 185). Basından yansıyan bazı örnekler ise şöyledir (aktaran **ALİEFENDİOĞLU,** Hukuk Kurultayı 2004, s. 371-372): '*1980 yılında gözaltına alınan öğretmenin, işkence sonucu ölümü olayında, 'işkencecilere talimat vermek, yer tedarik etmek, ve göz yummak suretiyle' suça katılan iki asker hakkında açılan davada, 22 yıl sonra verilen ikişer yıl, birer aylık kesinleşen mahkumiyet hükmü, bu kez de, hükümlülere tebligat yapılamaması nedeniyle infaz edilememekte*'dir (Milliyet, 13.7.2003); yakın tarihli bir başka olayda, sekiz polis, 1991 yılında bir üniversite öğrencisini işkenceyle öldürdükleri savıyla yargılanmaktadır. Valiliğin soruşturma izni vermemesi nedeniyle polisler hakkında önce dava açılamamış, Valilik kararının İdare Mahkemesi tarafından iptali üzerine 1998'de on polis hakkında işkenceyle adam öldürmek suçundan açılan dava sonucunda bu polislerden dördü, dört yıl beş ay hapse mahkum edilirken dört polis beraat etmiş, emekli olan iki polis bulunamamıştır. Kararın Yargıtayca bozulması üzerine sekiz polis hakkındaki yenilenen davada, bu kez de sanıklara yapılan tebligatların bir türlü Mahkemeye ulaştırılamaması nedeniyle dava uzatılmaktadır, (bkz. Milliyet, 17.12.2003; http://www.ntvmsnbc.com/news/298828.asp, son erişim 7.12.2004). Yine Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı tarafından yayımlanan 2004 yılına ait insan hakları ihlal iddialarına dair

Mutlulukla ifade edebiliriz ki, Türkiye son yıllarda bu sorunu kökünden kazımak için siyasî iradesini kararlılıkla göstermiş ve bu konuda çok olumlu adımlar atmıştır. 1992 yılındaki CMUK değişikliklerinden başlayarak bugüne kadar geçen süreçte, işkence suçunu düzenleyen yasal hükümler de dahil olmak üzere[1959], işkenceyle mücadeleyi amaçlayan bir çok yasal değişiklik yapmıştır[1960].

Örneğin, 1.10.1998 tarihli Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulan *Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği* hükümleriyle, Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesinin polis karakollarına ilişkin önerileri büyük ölçüde uygulamaya geçirilmiştir[1961]. Aynı tespit, 1 Haziran 2005 tarih ve 25832 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe konulan yeni yönetmelik için de geçerlidir. Yönetmelikle, 5271 s. CMK md. 147 vd.ndaki ifade ve sorgunun tarzına, md. 149 vd.ndaki savunma hakkına ilişkin hükümlerle sanığa AİHS gereklerine uygun şekilde tanınan haklar somutlaştırılmıştır.

Gerçekten, yeni yönetmeliğin md. 6/4 hükmüne göre '*Yakalanan kişiye, suç ayrımı gözetilmeksizin yakalama sebebi ve hakkındaki iddialar ile susma ve müdafiden yararlanma, yakalanmaya itiraz etme hakları ile diğer kanunî hakları ve itiraz hakkını nasıl kullanacağı, herhâlde yazılı, bunun hemen mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhâl bildirilir*'. Burada suç ayrımı gözetilmeksizin bu hakkın

---

raporda, şikayetlerde ilk sırayı işkence ve kötü muamele iddiaları almıştır.

[1959] Özellikle 26.8.1999 t. ve 4449 s.K. ile 765 s. TCK md. 243'te yapılan ve suçun mağduru olabilecek kimseler kategorisini 1984 BM İşkence Sözleşmesi'ne uyum sağlayacak şekilde genişleten düzenleme (bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 32 vd; **TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel, s. 198) kayda değer bir gelişmeydi.

[1960] Burada bazı örneklerini vereceğimiz yasal değişikliklerin dışında, insan haklarını güvence altına almak için devlet bünyesinde kurulan birimler için bkz. **KABOĞLU,** s. 139-155; İçişleri Bakanlığı'nca yürütülen çalışmalar için bkz. **PITIRLI, Ali,** Uluslararası ve Ulusal Hukukta İşkenceyi Yasaklayan Düzenlemeler ve İçişleri Bakanlığı, Türk İdare Dergisi, Yıl 68, Sayı 411, Haziran 1996, s. 14 vd.

[1961] Bkz. **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 268; **REİSOĞLU,** s. 53. Söz konusu öneriler için bkz. **ŞAHİN,** Yakalama, s. 2374, dn. 179; yönetmelik hakkında genel bir değerlendirme için bkz. **KOCA, Mahmut,** 'Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği' Hakkında Genel Bir Değerlendirme, AÜEHFD, Cilt: III, Sayı: 1, Erzincan 1999, s. 61 vd; **KALAMAN, Nizamettin,** Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğine Genel Bir Bakış, Adalet Dergisi, Yıl: 91, Sayı: 3, Nisan 2000, s. 38 vd.

tanınması önemlidir[1962]. Aynı maddenin 6. fıkrasına göre '*Yakalamadan ve gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin emirden, yakalananın bir yakınına veya belirlediği bir kişiye Cumhuriyet savcısının emriyle gecikmeksizin haber verilir*'. Bu hakkın kullanılması da, soruşturmayı tehlikeye sokmama gibi bir kayda tabi tutulmamıştır. Bilindiği üzere, 3.10.2001 tarih ve 4709 s.K ile değişik Anayasa md. 19/6 ile ilk defa, istisnasız olarak, kişinin yakalandığının yakınlarına derhal bildirilmesi öngörülmüştü.

Yönetmeliğin altıncı maddesinin yedinci fıkrasına göre, yakalama işlemi bir tutanağa bağlanacak ve yakalanan kişiye, haklarının yazılı olarak bildirildiği ve kendisi tarafından da bu hususun anlaşıldığını belirten bir formun imzalı bir örneği verilecektir. Yakalanan kişinin durumundan savcı derhal haberdar edilecektir.

Yakalanan kişinin yakınlarına veya belirlediği bir kişiye yakalandığı, gözaltına alındığı veya gözaltı süresinin uzatıldığını haber verme hakkı, sekizinci maddede ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Yukarıda çeşitli vesilelerle önemine değindiğimiz sağlık kontrolü uygulaması da dokuzuncu maddede düzenlenmiştir. Buna göre '*Yakalanan kişinin gözaltına alınacak olması veya zor kullanılarak yakalanması hâllerinde hekim kontrolünden geçirilerek yakalanma anındaki sağlık durumu belirlenir*' (f. 1); '*Gözaltına alınan kişinin herhangi bir nedenle yerinin değiştirilmesi, gözaltı süresinin uzatılması, serbest bırakılması veya adlî mercilere sevk edilmesi işlemlerinden önce de sağlık durumu hekim raporu ile tespit edilir*' (f. 2). '*Gözaltına alınanlardan herhangi bir nedenle sağlık durumu bozulanlar ile sağlık durumundan şüphe edilenler, derhâl hekim kontrolünden geçirilerek gerekiyorsa tedavileri yaptırılır. Bu durumdaki kişilerden kronik bir rahatsızlığı olanların, istekleri hâlinde varsa kendi hekimi nezaretinde resmî hekim tarafından muayene ve tedavi edilmeleri sağlanır'* (f. 3);

[1962] Daha önce de, PVSK md. 6'da, yakalama sırasında kişiye, 'suç ayrımı gözetilmeksizin' yakalama sebebi ve hakkındaki iddialar ile susma ve müdafiden yararlanma haklarının bildirileceği öngörülmüştü. Böylece, Anayasa md. 19/4'te toplu suçlar bakımından öngörülen, 'hakim huzuruna çıkarılıncaya kadar' yakalama sebepleri ve hakkındaki iddiaların bildirilmesinin geciktirilebilmesi imkânı, uygulamada ortadan kalkmıştı. Bunun önemi için bkz. Türkiye'de İnsan Hakları, s. 79-80; **KESKİN S.,** s. 175-176; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 172 vd.

'*Gözaltına alınan kişinin ifadesini alan veya soruşturmayı yürüten kolluk görevlisi ile bu kişiyi tıbbî muayeneye götüren kolluk görevlisinin farklı olması zorunludur. Ancak personel yetersizliği nedeniyle farklı kolluk görevlisinin bulunmaması hâlinde bu durum belgelendirilir* (f. 4)'. Maddenin dokuzuncu fıkrasına göre '*Hekim muayene esnasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 94 üncü maddesinde belirtilen işkence, 95 inci maddesinde belirtilen neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence ve 96 ncı maddesinde belirtilen eziyet suçlarının işlendiği yolunda herhangi bir bulguya rastlaması hâlinde, keyfiyeti derhâl Cumhuriyet savcısına bildirir*'. AİHM içtihatlarında öngörülen 'özel ortamda muayene' edilme hususu ise onuncu fıkrada düzenlenmiştir: '*Hekim ile muayene edilen şahsın yalnız kalmaları, muayenenin hekim hasta ilişkisi çerçevesinde yapılması esastır. Ancak, hekim kişisel güvenlik endişesini ileri sürerek muayenenin kolluk görevlisinin gözetiminde yapılmasını isteyebilir. Bu istek belgelendirilerek yerine getirilir. Bu durumda gözaltına alınan kişinin talebi hâlinde müdafiî de muayene sırasında gecikmeye neden olmamak kaydıyla hazır bulunabilir*'. Böylece, artık sadece hekimin isteğine bağlı olarak muayenenin gizliliği ilkesine istisna getirilebilecektir.

Yönetmelik md. 10b'ye göre gözaltındaki kişi '*Kendisine zarar verebilecek kemer, kravat, ip, kesici ve delici alet gibi nesnelerden arındırılır*'. Böylece, kişinin kendisine zarar verme ihtimali asgariye indirilmekte; devletin, kontrolü altındaki şahsın sağlık ve güvenliğini gözetme konusundaki pozitif yükümlülüğünü yerine getirilmektedir.

Yönetmelik md. 11'de nezarethane koşulları modern bir hukuk devletine yakışır şekilde düzenlenmiş; md. 12'de ise nezarethaneye alınanların kaydına ait defterde bulunması gereken bilgiler çok detaylı olarak düzenlenmiştir. Böylece, AİHM nezdinde bir çok davada yaşadığımız resmî kayıtlara dair sıkıntılı durumlar tekrarlanmayacaktır.

Yönetmelik md. 15'te yakalama ve gözaltı işlemlerine karşı hâkime başvurma hakkı, md. 16'da ise gecikmeksizin hakim önüne çıkarılma hakkı, AİHS

md. 5'e uygun olarak düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 18. maddesinde ise, yeniden yakalama yasağı düzenlenerek, azamî gözaltı sürelerini aşmaya yönelik mükerrir yakalamaların önüne geçilmiştir.

Yönetmeliğin 20. maddesine göre '*Şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafiîn yardımından yararlanabilir; kanunî temsilcisi varsa, o da şüpheliye veya sanığa müdafi seçebilir*'. Böylece, müdafi hakkı soruşturmanın ilk andan itibaren mevcuttur. Zaten, 19.7.2003 tarih ve 25173 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4928 s.K'nun 19. maddesi ile, 3842 s.K'nun 31. maddesi yürürlükten kaldırılmış, böylece DGM'lerde de şüphelinin müdafiden hazırlık soruşturmasının her anında yararlanma hakkı, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda tartışmasız olarak tanınmıştı[1963]. Zaten 8.5.2004 tarihinde değiştirilen An. md. 143 aracılığıyla hemen ardından DGM'lerin tümüyle kaldırılmasıyla, Türk ceza yargılaması sistemindeki ikili uygulama tarihe kavuşmuştu.

Yirminci maddenin üçüncü fıkrasına göre '*Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında müdafiîn, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukukî yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz*'; dördüncü fıkraya göre '*Şüpheli veya sanık, müdafi seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, talebi hâlinde baro tarafından bir müdafi görevlendirilir*'. Öte yandan, CMK md. 150 uyarınca sınırları genişletilmiş olan zorunlu müdafilik sistemine[1964] uygun düzenlemeler de müteakip fıkralarda

[1963] Gerçekten de, gözaltındakilerin ailelerine ve avukata derhal ulaşabilmelerini sağlayarak, dış dünyayla tüm bağlantıların kesildiği '*incommunicado*' tutulmaya son vermek, işkencenin önlenmesi bakımından çok önemlidir. Zira, özgürlüğünden mahrum bırakılan kimsenin dış dünyayla ilişkisi kesilip tümüyle devlet yetkililerinin kontrolüne bırakıldığı ve hele herhangi bir adlî denetimin de icra edilmediği zaman, işkence görme tehlikesinin en üst düzeye ulaştığı bilinmektedir. Bkz. Türkiye'de İşkence, s. 11, 32 vd, 79; önceki uygulamaya yönelik eleştiri ve tavsiyeler için bkz. **KUNTER/YENİSEY,** Birinci Kitap, no. 30.9; **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 56; **CENTEL/ZAFER,** s. 154 vd, 252 vd; **ÇOR,** s. 451; bkz. ayrıca **NUHOĞLU,** s. 583; **SARIHAN, Şenal,** İşkencenin Önlenmesi ve Savunma Hakkı, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, Cilt XVI, Sayı: 141, Mart 1992, s. 29; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 203-204.

[1964] Gerçekten, şüpheli veya sanık onsekiz yaşını doldurmamış ya da sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malûl olur ve bir müdafiî de bulunmazsa talebi aranmaksızın bir müdafi

getirilmiştir. Böylece, müdafi ‘hakkı’ yeni muhakeme sistemimizde neredeyse müdafi ‘zorunluluğu’ konumuna gelmiştir. Bu gelişmenin işkence iddialarının önüne geçmek bakımından önemi ortadadır.

Yine yönetmeliğin 23. maddesinde, şüphelinin ifadesinin alınmasında kendisine yüklenen suçun anlatılacağı; müdafi seçme hakkının bulunduğu ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, müdafiîn ifade sırasında hazır bulunabileceği, müdafi seçecek durumda olmadığı ve bir müdafi yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafi görevlendirileceği, yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir. Keza 24. maddede, ifade almada yasak yöntemler CMK md. 148’e koşut biçimde düzenlenmiştir.

Yönetmeliğin 25. maddesinde de, nezarethane ve ifade alma odasının taşıması gereken fizikî koşullar modern esaslara uygun olarak düzenlenmiştir. Rahat bir çalışma ortamında bulunan kolluk görevlilerinin psikolojik olarak da daha rahat davranacağı; hukuka riayet eğilimlerinin artacağı bilinmektedir. Nezarethane ve ifade alma odalarının denetimi ise 26. maddede düzenlenmiştir.

Çok önemli gördüğümüz bir düzenleme, 27. maddede yer almaktadır. Buna göre ‘*Suçluluğu bir yargı hükmüne bağlanana kadar kişinin masumiyeti esastır ve soruşturma evresi gizlidir. Bu nedenle, soruşturma evresinde gözaltındaki bir kişinin "suçlu" olarak kamuoyuna duyurulmasına, basın önüne çıkartılmasına, kişilerin basınla sorulu cevaplı görüştürülmelerine, görüntülerinin alınmasına, teşhir edilmelerine sebebiyet verilmez ve soruşturma evrakı hiçbir şekilde yayımlanamaz*’. Şüphelinin lekelenmeme hakkını ve toplum nezdinde küçük düşürülmesi engellemek bakımından bu hüküm önemlidir.

görevlendirilir. Yine, üst sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada şüpheli veya sanığın talebi aranmaksızın bir müdafi görevlendirilir.

Yönetmeliğin 28. maddesinde yer alan ‘yer gösterme işlemi’ne dair hüküm de, daha sonra yönetmelik düzeyinde düzenlenmiş, fakat fiilî bir uygulama olarak gelişmiş olan ‘tatbikat’ usulünü en azından bir düzene kavuşturmaktadır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 250. maddesinin birinci fıkrası kapsamına giren suçlar haricinde, bu işlemin kolluk âmirleri tarafından yaptırılamaması; yer gösterme işleminin, soruşturmanın gizliliği ilkesine uygun olarak yerine getirilmesi ve, ‘soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla’ da olsa, müdafiin yer gösterme işlemi sırasında hazır bulunabilmesi yerinde düzenlemelerdir.

Türkiye açısından uzun süre sorun arz eden ‘gözaltı süreleri’ de yeni CMK ve YGİY’de, AİHM içtihatlarıyla belirlenen dört günlük azamî gözaltı süreleriyle[1965] uyumlu şekilde düzenlenmiştir. Bilindiği üzere bu konuda, Anayasa’nın 19. maddesinin beşinci fıkrasında[1966] göz altı süreleri, normal suçlarda kırk sekiz saat, toplu olarak işlenen suçlarda dört gün olarak belirlenmiş; buna bağlı olarak CMUK’ta yapılan değişiklikle[1967], bu süreler Anayasa’da öngörülen azamî sürelerin de altında olarak, normal suçlarda yirmi dört saat, toplu suçlarda dört günü aşmamak üzere belirlenmişti.

İşte, 5271 s. CMK md. 91/1’e göre ‘*Yukarıdaki maddeye göre yakalanan kişi, Cumhuriyet Savcılığınca bırakılmazsa, soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınmasına karar verilebilir.* (Değişik tümce 25.5.2005- 5353/8 md.) *Gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yirmidört saati geçemez.* (Ek tümce 25.5.2005 – 5353/8 md.) *Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre oniki saatten fazla olamaz*’. YGİY md. 13/3’te belirtildiği üzere ‘*5271*

[1965] Brogan ve diğerleri/Birleşik Krallık, 29.11.1988, Series A, No. 145, paragraf 55 ve 62 (bkz. **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 194). Her ne kadar Strazburg organları her durum için geçerli somut bir azamî sınırı açıkça belirlemeyip her somut olayın şartlarına göre değerlendirme yapsalar da, dört günü aşan süreleri Sözleşmeye aykırı bulmuşlardır, bkz. **ERYILMAZ,** Arrest…, s. 235. AİHM, dört günü aşan gözaltı sürelerini işkencenin izlerini yok etmeye yönelik olarak elverişli olarak değerlendirmektedir, bkz. **TEZCAN,** Adlî Kolluk, s. 184, dn. 11, **BAŞAK,** AİHM…, s. 61; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 236-237. Gerçekten, şüphelilerin dış dünyayla temaslarının kesilmesi suretiyle gözaltında tutuldukları süre arttıkça, kötü muameleye uğrama ihtimalinin de arttığı açıktır, bkz. **CALHOUN,** s. 126.

[1966] 3.10.2001 t. ve 4709 sayılı Kanunla değişik.

sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 250 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan suçlara bakmakla görevli olan ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giriyorsa bu süre kırksekiz saattir'.

CMK md. 91/3 ve md. 251/5 uyarınca düzenlenen Yönetmelik md. 14'e göre: '*Toplu olarak işlenen suçlarda, delillerin toplanmasında güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle Cumhuriyet savcısı gözaltı süresini her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir. Gözaltı süresinin uzatılması emri, gözaltına alınana derhâl tebliğ edilir. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden mahrum bırakılamaz.*

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 250 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan suçlara bakmakla görevli olan ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlardan; Anayasanın 120 nci maddesi gereğince olağanüstü hâl ilân edilen bölgelerde yakalanan kişiler hakkında, aynı Kanununun 91 inci maddesinin bir ve üçüncü fıkralarında dört gün olarak belirlenen süre, Cumhuriyet savcısının talebi ve hâkim kararı ile yedi güne kadar uzatılabilir. Hâkim karar vermeden önce yakalanan ve gözaltına alınan kişiyi dinler'.

Demek ki, sadece olağanüstü hâl ilân edilen bölgelerde yakalanan kişiler hakkında bu süre yedi güne kadar uzatılabilecektir. Fakat burada, uzatma 'hakim kararı ile' olacağından, kişi yine de dört günün ötesinde hakim güvencesinden yoksun kalmayacaktır.

İşkenceyi önlemek açısından çok önemli bir düzenleme, CMK md. 148/4'deki '*Müdafi hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz*'hükmüdür. Bu önemlidir, çünkü elde ettiği ikrarın duruşmada delil olarak kullanılamayacağını bilen kolluk, artık bu amaçla zora başvurma gereği duymayacaktır[1968]. Öte yandan, CMK. Md. 147/1-h hükmü ile, işkence iddialarının

[1967] 6.2.2002 t. ve 4744 sayılı Kanun.

[1968] **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 58; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 369. Hatta, işkenceyi önlemek için

önüne geçmek için ifade alma işleminin işitsel ve/veya görsel araçlarla kayda alınması[1969] yönündeki öneri de gerçekleştirilmiştir.

CMK md. 164 ve 1.6.2005 tarih ve 25832 sayılı RG'de yayımlanan 'Adlî Kolluk Yönetmeliği' ile kurulması öngörülen adlî kolluk teşkilatının işler kılınabilmesi de polis eylemleri üzerinde etkin ve adil bir denetim yaratacağından, işkence vakalarının önüne geçilmesini sağlayabilecektir[1970]. Öte yandan işinde uzman bir görevli de, sanığı değil, delilleri konuşturacaktır. Ancak tabii sadece kurumun adını koymak yetmez. Polis teşkilatı içinde uzmanlaşmış ve sırf adlî işlerle uğraşan, nispeten özerk bir birime işlerlik kazandırılıp kazandırılamayacağını zaman gösterecektir.

Özetle, 1.6.2005'te yürürlüğe giren CMK ve YGİY ile, normatif olarak elden gelen hemen her şey yapılmıştır. Uygulamada yaşanabilecek olası yozlaşmalar ve daha da önemlisi, personel ve maddî kaynak sıkıntılarının bu kazanımları bozmaması ümidimizdir.

Türk Ceza Hukukunun kökünden değiştiği 1 Haziran 2005 tarihinin hemen öncesine gidersek, kısa dönem içerisinde yapılan diğer birtakım değişiklikler de göze çarpmaktadır.

Bu konudaki bir düzenleme, Devlet Memurları Kanununda yapılan değişiklikle, devletin tazminatlardan ötürü sorumlu personele rücu edebilmesinin

---

uygulamada yerleşmiş olan polisin ifade alma uygulamasını ortadan kaldırmak gerektiği yönünde bkz. **BIYIKLI,** İkrar…, s. 695-696; **SARIHAN,** s. 30. Gerçekten, polisin ifade alma yoluyla gerçeği öğreneceğine inandığı, bu yöndeki başarısızlığa tahammülünün olmadığı ve elde edeceği her ikrarı polisin kendi başarısı olarak değerlendirdiği, bu sebeple de namuslu olmayan kişiler nazarıyla baktığı kişilere karşı olan tutumunun eleştirilmesinin de çok önemli görmediği hk. bkz. **SOKOLLU-AKINCI,** s. 159. İşkenceyi ahlaki olarak meşrulaştıran polis psikolojisi hk. ayrıca bkz. **ERYILMAZ,** Arrest…, s. 205.

[1969] Bkz. **ŞAHİN,** Sanığın Sorgulanması, s. 74; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 367-368; **CALHOUN,** s. 129.

[1970] Bkz. **BIYIKLI,** İkrar…, s. 697; **ÖZGEN,** s. 227; **EREM,** İşkence, s. 200 vd; **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 57; **CİHAN/ YENİSEY,** s. 173; **NUHOĞLU,** s. 584; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 369-370; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 205.

öngörülmüş olmasıdır[1971]. Ciddî uygulama sorunları getirmekle beraber[1972], bu düzenleme en azından siyasî bir iyiniyetin göstergesidir.

Keza, 2.1.2003 tarih ve 4778 sayılı Kanunla (RG 11.1.2003), işkence suçundan dolayı verilen cezaların para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilemeyeceği ve ertelenemeyeceğinin öngörüldüğü[1973]; aynı kanuna göre, işkence yaptığı iddia edilen memura karşı, Cumhuriyet Savcısının doğrudan dava açabileceğinin de düzenlendiğini daha önce aktarmıştık. Yukarıda açıkladığımız gibi[1974], bu değişiklikler somut bir gelişme teşkil etmiş olmasa da, siyasî kararlılığın bir göstergesidir ve bu sebeple de adlî mercilere verilen önemli bir mesajdır.

[1971] 26.3.2002 t. ve 4748 s.K'la değişik devlet Memurları Kanunu md. 13/2. Konuyla ilgili hüküm şöyledir: *'Kişilerin uğradıkları zararlar: Madde 13 – (Değişik: 12/5/1982 - 2670/6 md.) (Değişik birinci fıkra 6/6/1990-3657/1 md.) Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.*

(Ek: 26/3/2002-4748/3 md.) İşkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlar sonucunda devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.

12 nci maddeyle bu maddede belirtilen zararların nevi, miktarlarının tespiti, takibi, amirlerin sorumlulukları ve yapılacak işlemlerle ilgili diğer hususlar Başbakanlıkça düzenlenecek yönetmelikle belirlenir.'

[1972] Doktrinde, bu yasal düzenlemenin siyasî bir mesaj teşkil etme amacında olmakla birlikte, uygulanabilirliğinin düşük olduğu öne sürülmüştür, bkz. **SANCAR,** s. 158. Şöyle ki, AİHM nezdinde mahkumiyet kararı çıkması için, esas itibariyle failin değil, Sözleşmeci devlette vuku bulan ihlal vakasının saptanması yeterlidir (**SANCAR,** s. 160; **ÖZEN,** s. 155). Ancak, ulusal düzeyde rücuun işletilebilmesi için, somut failin belirlenmesi gerekmektedir. Oysa, işkence olaylarının bir çoğunda fiili ve hukuksal nedenlerle fail belirlenememekte, kesinleşmiş mahkumiyet sayısı sınırlı kalmaktadır (**SANCAR,** s. 161). İster soruşturma için idare tarafından izin verilmemiş olması (ki bu sakıncanın 2.1.2003 t.li kanun ile giderilmesine çaba harcanmıştır), ister savcı tarafından takipsizlik kararı verilmiş olması, ister mahkemenin beraat kararı vermesi (ki bu sakıncanın önüne geçmek için yazar tarafından önerilen, AİHM'nin kesinleşmiş mahkumiyet kararının bir yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil etmesi önerisi (age, s. 164) hayata geçirilmiştir) isterse davanın zamanaşımına uğraması sebebiyle olsun, kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı mevcut olmamaktadır. Bu bakımdan, yazara göre iç hukuk yollarının tüketildiği bir çok durumda, devlet AİHM tarafından tazminat ödemeye mahkum edilse bile, rücu edecek bir sorumlu bulmak mümkün olmayacaktır (age, s. 167). Öte yandan, rücu konusundaki hakkın sadece 'saklı tutulması' ve bir mecburiyet getirilmemesi de yazarca eleştirilmiştir (s. 168, bkz. ayrıca **AKYILMAZ,** s. 410-411). Keza diğer bir görüşe göre de rücûun kapsamının sadece üçüncü maddeyle sınırlı tutulması ve yargılama giderlerinin de kapsama alınmaması sebebiyle, söz konusu düzenleme bir 'geriye gidişi' ifade etmektedir, bkz. **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR,** s. 155.

[1973] 2.1.2003 t. ve 4778 sayılı Kanun.

[1974] Bkz. Üçüncü Bölüm, § 10 altında aktarılanlar.

Ölüm cezası konusunda da, Türkiye'nin önce 26.6.2003'te AİHS'ye Ek 6. Protokole, Ekim 2005'te de Ek 13. Protokole taraf olması; 3.10.2001 tarihinde An. md. 38'i değiştirip savaş, pek yakın savaş tehdidi ve terörist eylemler haricinde ölüm cezasını kaldırması, ardından 15.7.2003 tarihli kanunla TCK'da yer alan ölüm cezalarını terör eylemleri bakımından da kaldırması; nihayet 8.5.2004 tarihli kanunla savaş zamanında dahi ölüm cezasını yasaklaması, kayda değer bir gelişmedir.

Yine, 24.7.2003 tarih ve 25178 sayılı RG'de yayımlanan 2003/5930 sayılı '*Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı ile Programın Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Karar*' ile, siyasi kriterler başlığı altında, işkence ve kötü muamelenin önlenmesi konusundaki ulusal program açıklığa kavuşturulmuştur[1975].

Bu normatif düzenlemeler dışında, Türkiye'nin yürüttüğü hayatî bir proje de, 1984 tarihli BM Sözleşmesi md. 10'da öngörülen[1976] eğitim çalışmalarıdır. Elbette, bu konuda en önemli nokta, polisin eğitimidir. Bu çerçevede, 1.6.2005'te yürürlüğe

---

[1975] '*Hükümet, işkence ve kötü muamele olaylarını önlemeye ve sıfır hoşgörü göstermeye kararlıdır. Adaletin biran önce tecelli etmesi için yürürlüğe konmuş olan yasal ve idari önlemler titizlikle uygulanacaktır. Hukuk ve ceza alanlarındaki değişiklikler dahil, yapılması öngörülen tüm yasal ve idari düzenlemelerde işkence ve kötü muameleye karşı hassasiyet gösterilecektir. Düzenlemelerin uygulanmasında özellikle AİHS'nin 3. maddesi ile Avrupa İşkencenin ve İnsanlıkdışı veya Onurkırıcı Ceza ve Muamelenin Önlenmesi Komitesi tavsiyeleri dikkate alınacaktır. İzleme, denetim ve rapor etme mekanizmalarının çalışmalarına ağırlık verilecektir. Bu amaca yönelik olarak,*

- *İşkence ve kötü muamele iddialarının derhal ve titizlikle soruşturulması ve ihlallerin faillerinin süratle cezalandırılmaları sağlanacak,*
- *Yakalanan, gözaltına alınan veya tutuklananların avukatlarıyla görüşme ve yakınlarına haber verme haklarına ilişkin yasal hükümler titizlikle uygulanacak,*
- *Modern soruşturma teknikleri ve insan hakları ile kötü muamele ihlallerini önlemeye yönelik tıbbi muayene sistemi etkili bir şekilde uygulanacak,*
- *Kanun uygulayıcılarının insan hakları eğitimi yoğunlaştırılacak ve yaygınlaştırılacak,*
- *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinde yeralan düzenlemelerin uygulanmasının etkin biçimde denetlenmesi ve ihlali görülenler hakkında derhal yasal işlem yapılması sağlanacak,*
- *İşkence ya da gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle AİHM kararları sonucunda ödenen tazminatların sorumlu personele rücu edilmesi konusundaki mekanizma etkin biçimde işletilecek,*
- *Yakalama, gözaltı, tutukluluk sırasındaki haklar ve bu hakların ihlali durumunda başvurulabilecek şikayet yolları konusunda kamuoyu bilinçlendirilecektir.'*

[1976] '*1. Her Taraf devlet, işkencenin yasaklanmasına dair eğitim ve bilginin kanun uygulayıcı personel, sivil veya askeri, tıbbi personel, kamu görevlileri ve herhangi bir şekilde tutuklanan, nezarete alınan veya hapsedilen (cezaevine konulan) herhangi bir şahsın tutuklanması, sorgulanması veya muamelesiyle ilgilenebilecek diğer şahısların eğitim programına dahil edilmesini sağlayacaktır'*.

giren YGİY md. 30'a göre '*Bu Yönetmelikle kolluk kuvvetine verilen görevleri yerine getiren personelin eğitim görmüş olması gerekir*'. Personelin nasıl eğitileceği ise, 31. maddede detaylı olarak düzenlenmektedir[1977].

Bu çabalar kapsamında, Polis Koleji, Polis Meslek Yüksekokulları ve Polis Akademisinde ceza hukuku ve insan hakları dersleri verilmekte; hizmet içi eğitim kapsamında bilimsel toplantılar ve kurslar düzenlenmekte; personel yurt dışında yüksek lisans eğitimine gönderilmekte; mevzuat değişiklikleri ve uygulamasını gösteren kitapçıklar tüm ilgili birimlere dağıtılmakta; nezarethane koşulları, özellikle güneydoğuda geliştirilmekte; 1.9.1998 tarihli genelge ile, organize suçlar ve terör suçları ve Cumhuriyet Savcılarıyla kolluk amirlerinin gerekli gördüğü diğer durumlarda, ifadeler vidyo kaydına alınmakta; İnsan Hakları ve Yurtdışı İlişkiler Şube Müdürlüğü, Gözaltı İzleme Birimleri, İnsan Hakları İl ve İlçe Kurulları[1978] gibi organlarla da sürekli bir denetim gerçekleştirilmektedir[1979].

Keza, Türkiye çapında görev yapan hâkim ve savcılar da, akademisyenlerin katıldığı eğitim seminerleri aracılığıyla insan hakları konusunda bilgilendirilmektedir. Yine, yukarıda değinilen 2003 Ulusal Programı'nda '*Yargı mensupları ve kolluk kuvvetleri başta olmak üzere, kamu görevlilerinin insan hakları konusunda sürmekte olan eğitim programları yaygınlaştırılacak ve özellikle AİHS ve*

[1977] *'Personelin eğitimi Madde 31 – Eğitime, tecrübeli, suçluluk psikolojisinden anlayan, sabırlı, soğukkanlı, kavrama kabiliyeti yüksek, tercihan psiko-teknik testten geçirilmiş personel katılabilir.*

Eğitim süresi ve müfredatı Adalet Bakanlığının görüşü alınarak ilgisine göre Jandarma Genel Komutanı veya Emniyet Genel Müdürü veya Gümrük Müsteşarı ya da Sahil Güvenlik Komutanının onayı ile belirlenir.

Adalet Bakanlığı temsilcileri de ilgili personelin eğitimine katılabilir.

Eğitimi başarı ile bitiren personele, ilgisine göre şekli ve ebadı Jandarma Genel Komutanlığı veya Emniyet Genel Müdürlüğü veya Gümrük Müsteşarlığı ya da Sahil Güvenlik Komutanlığının eğitim birimlerince belirlenen sertifika verilir.

Eğitimde başarı gösteremeyen personel hakkında Hizmet İçi Eğitim Yönergelerinin ilgili hükümleri uygulanır.

Tekerrür ve tazeleme gibi özel eğitimlere iştirak ettirilen personele ayrıca sertifika verilmez.'

[1978] 2.11.2000 tarihli RG'de yayımlanan 'İnsan Hakları Kurullarının Görev, Kuruluş ve Çalışmaları Esasları Hakkında Yönetmelik.

[1979] Bkz. **ARSLAN,** s. 608-611.

AİHM içtihadı ile AB hukuku alanlarında bilinçlendirecek eğitim programları Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği ile işbirliği içinde geliştirilecektir', denilmiştir[1980].

Bunların yanında, bizzat halkın da hakları konusunda bilinçlendirilmesi çok önemlidir. Çünkü varlığından haberdar olunmayan bir hakkın kullanılabilmesi düşünülemez[1981]. Bu açıdan, insan haklarına gerçek ve sürekli bir saygıyı sağlamanın yolunun doğru bir insan hakları eğitimden geçtiği görüşüne[1982] aynen katılıyoruz.

Zira, uluslararası belgelerde öngörülen koruma mekanizmalarının büyük çoğunluğu, ancak insan haklarının ihlal edilmesinden, yani iş işten geçtikten sonra ve cezalandırma amacıyla devreye girmektedir. Oysa esas amaç, insan haklarını sonradan ve geçmişe yönelik olarak değil, önceden ve geleceğe yönelik olarak korumak olmalıdır[1983]. Bu da, işkence sorununun her şeyden önce toplumsal ilişkilerden kaynaklanan bir mesele olduğunu kabul etmekten geçer. Diğer bir deyişle, 'işkenceci'ler de bu toplumun üyesidirler ve onları belirli şekilde davranmaya sevk eden saikler de toplumsal ilişki ve etkilerden güç almaktadır[1984].

Bu nedenle, işkencenin geleceğini yasalar değil, sivil toplum ve onun sosyal projesi, bir arada yaşama olgusunu kavrayışı, 'diğerleri' ya da 'karşıt'ları anlayabilme ve onlarla kendini ilişkilendirebilme ve dünyayı farklı açılardan algılayanlara hoşgörü gösterebilme yeteneği belirleyecektir. Demek ki, işkenceyi önlemenin yolu yasalardan değil, insanların beyninden geçer[1985].

[1980] Eğitim tedbirlerinin önemi hk. bkz. **DEMİRBAŞ,** İşkence, s. 56-57; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 368-369.

[1981] Türk uygulamasında, sanığa tanınan haklardan bazılarının kullanılma oranları hk. bkz. **ERYILMAZ,** Arrest…, s. 187, 194, 200.

[1982] Bkz. **GÜLMEZ,** s. 18. Benzer yönde görüş, BM KSHUS ile kurulan İnsan Hakları Komitesinin 3.4.1992 tarih ve 20 (44) sayılı genel yorumunda da öne sürülmüştür, bkz. **GEMALMAZ,** Yaşam Hakkı…, s. 246-247. Bir görüşe göre, Türkiye'nin insan hakları alanında yaşadığı sorunların sebebi her şeyden önce eğitsel ve kültürel olup Osmanlı Devleti'nden beri süregelen ve bireysel değerlere nazaran kömüniter-kolektif değerlere öncelik tanıyan yerleşik siyasî anlayışa bağlıdır, bkz. **ÖZBUDUN,** s. 25.

[1983] Bkz. **GÜLMEZ,** s. 18; benzer anlamda **AKHAN,** s. 45.

[1984] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 6.

SONUÇ

1. İşkence kavramı, yeryüzündeki hemen her insanın zihninde bir çağrışım uyandırabilecek kadar 'bilinen' bir kavram olmasına rağmen, hukukî bir terim olarak içeriği tartışmalıdır. Teknik anlamda işkence kavramı, günlük dildeki 'acı, eziyet, ısdırap verme' gibi anlamlardan çok daha dar ve spesifik (belirli/özel) bir içeriğe sahiptir. Öte yandan, hukukî anlamda işkence kavramı, ulusal ve uluslararası hukukta farklı kapsamlara sahiptir. Gerçekten, uluslararası hukuk ve insan hakları belgelerindeki işkence kavramı genellikle daha geniştir ve günlük dildeki kullanımıyla işkence nosyonuna daha yakındır. Bununla birlikte, uluslararası hukukta dahi işkencenin anlamı, kavramı öngören belgenin genel içeriği ve hedefine göre değişmektedir.

Bununla birlikte, bize göre teknik/dar anlamda işkencenin uluslararası hukuktaki anlamını tarihî-sosyolojik perspektifiyle birleştirdiğimizde, şu tanım yapılabilir: 'İşkence, kamu otoritesini kullanan bir görevli veya onun nüfuzu veya hoşgörüsünün himayesi altında hareket eden bir şahıs tarafından, mağduru adlî kovuşturmayla ilgili olarak belirli bir şekilde davranmaya zorlamak ya da işlediği veyahut işlediğinden süphe edilen bir fiil sebebiyle cezalandırmak saikiyle işlenip kişide fiziksel ya da psikolojik olarak yoğun acı veya ıstırap doğurarak ya da diğer herhangi bir şekilde insan onuruna doğrudan ve ağır bir saldırı teşkil ederek onun manevî bütünlük ve özerkliğine zarar vermeye yönelik her türlü kasıtlı hareket'tir.

2. İşkence, geçmişten günümüze kadar başlıca iki amaçla kullanılmıştır: a) siyasî bir baskı aracı olarak, ideolojik açıdan karşıt görüştekileri cezalandırmak, korkutmak, sindirmek için; ve b) adlî amaçla, suçluların cezalandırılması ya da suçla ilgili bilgilere ulaşılması için.

[1985] Bkz. **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ,** s. 5.

Hukukî statüsü itibariyle işkence uygulaması, tarihî olarak üç ana dönem geçirmiştir: bunun serbestçe uygulandığı dönem, yasaklandığı dönem ve son olarak cezalandırıldığı dönem. Günümüzde, siyasî rejim olarak demokrasiyi benimseyen ve ceza muhakemesi hukuklarında, 'her ne pahasına olursa olsun' gerçeğin ortaya çıkarılmasını kabûl gören bir ilke olmaktan çıkarıp ceza kovuşturmasında insan onurunun korunmasını mutlak bir değer hâline getiren devletler açısından, işkencenin her türü suçtur. Fakat bugün bile, otoriter rejimlerde sistematik olarak, demokratik rejimlerdeyse 'münferit uygulamalar' olarak işkencenin varlığı devam edebilmektedir.

3. Günümüzde, her ne kadar hangi kuralların uluslararası hukukta *jus cogens* nitelikte olduğuna somut bir yanıt vermek pek mümkün olmasa da, işkence yasağının emredici nitelikte bir uluslararası hukuk kuralı hâline geldiği kabûl edilmektedir. Buna göre işkence yasağı, genel uluslararası hukukun buyruk bir kuralıdır ve egemen devletlerin bile bunun aksine hiç bir kural öngörmeleri mümkün değildir. Keza, bu yasakla çatışan herhangi bir antlaşma kuralı da batıl (*null and void*) olur. Ayrıca, *jus cogens* niteliği gereğince işkence yasağı, bu konuda hiçbir antlaşmaya taraf olmayan bir devleti de bağlar. Nitekim, *jus cogens* kuralların bir örf ve adet kuralı olarak bütün devletleri bağladığı söylenebilecektir.

İşkence yasağının bu niteliğinden bazı sonuçlar çıkarmak mümkündür. Özellikle son yıllarda gelişen uluslararası terör saldırıları karşısında bazı devletlerin oldukça otoriter kanunlar çıkarmak eğiliminde oldukları bilinmektedir. Söz konusu kanunlarda, başta kişi güvenliği ve adil yargılanma hakkı olmak üzere, bazı temel haklar önemli ölçüde kısıtlanmaktadır. İşkence yasağı açısından durumu ele alırsak, *jus cogens* kuralı devletlerin uluslararası alanda sözleşme yapma serbestilerinin bir sınırını teşkil eder, bu bakımdan ulusal düzenlemelere bir etkisi olmaz. Fakat, terör konusunda yapılacak ulusalararası antlaşmalarda, terör zanlıları bakımından öngörülecek özel tedbirlerin asgari insan hakları standartlarına uygun olması gerekecektir. Özellikle, ele geçirilen zanlıların hukukî denetimden yoksun olarak, idarî bir kararla ve dış dünyayla iletişim kurma hakkına sahip olmaksızın uzun süre

gözaltında tutulmalarına (‘*incommunicado detention’)* imkan veren uluslararası antlaşmaların yapılması durumunda, bunların batıl sayılması sonucunun doğduğunu kabul etmek gerekecektir. Çünkü bu tür bir muamelenin işkence veya insanlık dışı muamele yasağının kapsamına girdiği kabul edilmelidir. Ayrıca, terör zanlılarına evrensel insan hakları standartlarına aykırı muamele yapılmasını öngören ulusal düzenlemelere sahip olan devletler ile terör konusunda yapılacak işbirliği antlaşmalarında bu hususa dikkat etmek gerekecektir. Terör zanlılarının bu tür ülkelere iade edilmesi AİHS’ye aykırılık oluşturabilecektir.

4. Özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra hazırlanan uluslararası belgelerde mutlak bir dille yasaklanan işkencenin, devletlerin bireysel çabalarıyla önlenemeyeceği anlaşılmıştır. Çünkü, çoğu zaman ihlâlci diğer devleti karşısına almak istemeyen devletler, ya olup bitenleri görmezden gelmekte ya da bu fırsatı politik amaçlarla kullanıp, insan haklarını koruma kisvesi altında başka devletlerin içişlerine ve hayati çıkarlarına karışmaktaydılar[1986]. Bu gerçeğe tepki olarak, uluslararası mevzuatta getirilen en önemli yenilik, işkenceyi önleme ve cezalandırma yönünde devletler arası koruma mekanizmalarının kurulması olmuştur. Resmi ve gayri resmi uluslararası örgüt ve kuruluşlar da bu uyumu denetlemektedir. Bu işlevi görecek uluslararası sistemlerin kurulması hayatî önem taşımaktadır. Çünkü işkenceyi yasaklamaya yönelik yüz binlerce kural olsa bile, denetim ve yaptırımdan yoksun soyut kuralların bir işe yaramadığı tarihî tecrübelerle sabittir. İkinci Dünya Savaşından sonra peş peşe ortaya çıkan uluslararası koruma mekanizmaları, insan haklarını koruma gerekçesine dayalı bir müdahalenin ne zaman ve ne şekilde gerekli olacağını, artık bağımsız bir şekilde, hukuki gerekçeler doğrultusunda, objektif olarak tespit edeceklerdir. Bu yetki, gerek devletleri gerekse insan haklarını korumaya yarayacaktır. Çünkü uluslararası denetim organları, devletlerden ve bunlara bağlı siyasal çıkarlardan arınmış olduklarından, sadece hukuk adına hareket edeceklerdir.

Her bir belgede, farklı türden ve bağlayıcılıkta yöntemler getirilmiştir. Genelde de, bunlar belli ölçüde başarıyı sağlamıştır. Özellikle 1987 tarihli

[1986] Bkz. **INGELSE,** s. 310; **KRİSCH,** s. 714.

‘İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele ve Cezanın Önlenmesi İçin Avrupa Sözleşmesi’ ile kurulan İşkenceyi Önleme Komitesinin çalışmaları başarılı olmuş; Komitenin önerdiği bir çok husus ilgili devletler tarafından uygulamaya konmuştur.

5. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin üçüncü maddesinde işkence yasağı düzenlenmiştir. Uluslararası hukuktaki yerleşmiş anlayışa uygun olarak, işkenceye veya benzerî muameleye tâbi olmamanın her insan için dokunulmaz, doğal hukuk uyarınca kendiliğinden mevcut, devletin dahi müdahale edemeyeceği mutlak bir hak olduğu, AİHM içtihatlarıyla ortaya konmuştur. Maddenin devreye girebilmesi için herhangi bir önkoşul ya da şarta gerek olmadığı gibi, uygulama alanı bakımından herhangi bir istisnaya da yer verilmiş değildir. Zira mahkemenin belirttiği üzere, bu maddedeki yasak ‘*Avrupa Konseyini oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden*’ ve Avrupalı devletlerin ortak kamu düzeni standartlarını belirleyen temel unsurlardan biridir.

Mahkemenin içtihadıyla ortaya koyduğu iki temel ilke sayesinde, işkence yasağının uygulama alanı bir haylı geniş tutulmuştur. Bu ilkelerden ilki, Sözleşmenin üçüncü madde hükmünün niteliği itibariyle devletlere sadece negatif (olumsuz) bir yükümlülük, yani işkence etme yasağını yüklemekle kalmayıp aynı zamanda pozitif (olumlu – aktif) bir davranış yükümlülüğü de yaratmasıdır. Buna göre, devletler yetki alanlarında bulunan hiç kimsenin bu tür bir muameleye maruz kalmamasını sağlamak, üçüncü maddeye aykırı muameleleri önleyecek ve cezalandıracak yasaları çıkarmak, önleyemedikleri ihlâlleri ise etkin olarak koğuşturmakla mükelleftirler. İkinci ilke, yorum metodu olarak ‘*evolütif* ve *progresif*’ dediğimiz, geliştirici ve ileri götürücü bir yöntemin benimsenmiş olmasıdır. İşte, bu iki ilke sayesinde, sözleşmede açıkça öngörülmemiş bazı haklar da mevcut maddelerin amaçsal olarak yorumlanması suretiyle, dolaylı olarak korunmaktadır. Bu şekilde, ilk etapta maddenin koruması kapsamına girmesi belki de düşünülemeyecek bir çok husus, inceleme konusu yapılabilmiştir.

6. Türk Ceza Hukukunda işkence suçu, 1.6.2005'te yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 94. maddesinde tanımlanmıştır. İşkence teşkil eden fiillerin bağımsız bir suç tipi çerçevesinde cezalandırılması doğrudur. Çünkü, işkence suçunun maddî unsurunu oluşturan hareketlerin çoğu zaman başka suç tiplerini oluşturduğu doğru olsa da, işkence suçu, manevî unsurunun karakterize ettiği farklı niteliği itibariyle daha vahim bir ihlâl kategorisidir. 5237 s. TCK'da suçun oluşumu için özel kastın aranmaması durumu değiştirmez. Çünkü bu sefer de, işkence suçunun bağımsız olarak düzenlenmesini, bu eylemlerin ihlal ettiği hukukî yararın bağımsızlığında aramak gerekir. Gerçekten, yaralama, öldürme gibi fiiller mağdurun sırf beden bütünlüğüne ya da yaşam hakkına, hakaret gibi fiiller şerefine, cinsel saldırı gibi fiiller cinsel özgürlüğüne dokunmaktadır. Oysa işkence, bizzat insan varlığının temeli olan insan onuruna saldırı teşkil etmektedir. Bu bakımdan, işkence teşkil eden bir fiilin haksızlık içeriği, maddî unsuru oluşturan hareketlerin tekabül edebileceği diğer suç tiplerine göre daha fazladır; işkence suçuyla korunan hukukî yarar kategorisi de daha geniş ve haklar hiyerarşisinde önceliklidir. Nitekim, 5237 s. TCK'nın esas aldığı anlaşılan 1995 tarihli İspanyol CK'sında işkence ve benzeri suçların bağımsız bir bölümde ele alınması, işkence suçlarıyla korunan hukukî yarar olan 'manevî bütünlük'ün (İsp. *integridad moral*) özerk bir değer olarak görülmesidir. Bu nedenle işlenen fiilin bu yararı ihlal etmesi yeterli olup öldürme, yaralama, hürriyetinden yoksun kılma gibi başka neticelere yol açması gerekmez.

7. 765 sayılı TCK'daki işkence suçu, ancak spesifik (belirli) şartlar ve çerçeve dahilinde işlenebilmekteydi. Buna göre işkence suçu, devletin adlî işlemler vesilesiyle ve memurları aracılığıyla kamu gücünü kullanıp buna muhatap olan vatandaşın güçsüz, korumasız bir konumda olduğu durumlarda, bu işlemlerin niteliğine bağlı bazı amaçları gerçekleştirmek için, yine sadece belirli kişilerce işlenebilen bir suçtu. Teknik bir analizle, faili ve mağduru mahsus ve ancak kanunda öngörülen saiklerle işlenebilen bir suçtu.

2001 ve 2003 tarihli TCK Tasarıları işkenceyi bu teknik anlamından sıyırıp, genel bir suç tipi haline getirmek istemiştir. Bu tasarılara göre işkence, faili özgü

olmayan ve spesifik bir amaçla işlenmesi gerekmeyen; yani herkesin, her koşulda, diğer herkese karşı işleyebildiği bir suç tipi olacaktır. 1994 tarihli Fransız Ceza Kanunundan örnek alınan bu model bizim başarılı bulmamakla birlikte sonuçta kendi içinde tutarlı ve kabul edilebilir olarak değerlendirdiğimiz bir anlayıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ise, işkence suçunun tarihi gelişimi ve mantığı açısından en az kabul edilebilir alternatifi sunmaktadır. İşkenceyi hem kamu görevlisi suçu sayıp hem de onu karakterize eden özelliklerden (özel kast / eylemin ağırlığı) tümüyle soyutlayarak genelleştirmek, uygun bir çözüm değildir. Örneğin, mesaiye kalmak istemeyen fakülte görevlisine olumsuz sicil vereceği imasında bulunarak onun haksız yere bir saat fazladan çalışmasına yol açan amir işkence suçunu mu işlemiş olacaktır? YTCK açısından buna hayır demenin yolu – ki doğrusu budur- işkence suçunun tarihsel ve karşılaştırmalı hukuktaki ruhu ile yapısına uygun bir yorum yapmaktır. Ne var ki, YTCK bakımından aynı örnekte, görevli olan şahıs aç halde, evde çocukları yalnız beklerken saatlerce mesaiye tutulsa, artık eylemin asgarî bir düzeye de varması sebebiyle, işkence suçu oluşmuştur demek gerekecektir ki, bu da maalesef bu suç tipinin yapısına uygun düşmeyen bir yargıdır.

8. Karşılaştırmalı hukukta işkence nitelikli fiiller özel bir suç tipi altında düzenlenmektedir. Bu ülkelerde, suç tipinin kanun sistematiği içindeki yeri farklıdır. Buna göre, suç tipi, devlet idaresine karşı suçlar, kişiye karşı işlenen suçlar, kişi özgürlüğüne/özerkliğine karşı işlenen suçlar, adliyeye karşı suçlar arasında genellikle düzenlenmektedir.

Karşılaştırmalı hukukta suçun faili olabilecek kimselere bakılırsa, genel olarak özgü faillik sisteminin benimsendiği görülür. Gerçekten de, bir çok kanuna göre bu suçun faili ancak ‘kamu görevlisi’ (memur) ya da kamusal yetkiyi haiz kimse olabilir. Mağdur bakımından ise, ülkelerin büyük çoğunda herkes işkence suçunun mağduru olabilmektedir.

Suçun maddî unsuru bakımından, genelde ‘fiziksel ya da bedensel ağır acı ya

da eza veren hareketler' çerçevesinde tanımlar geliştirilmiştir. Buna karşılık, genel olarak 'işkence'den bahseden ya da 1984 BM Sözleşmesindeki tanımı benimseyen kanunlar da mevcuttur. Nihayet, suçun maddî unsurunu farklı kıstaslara göre tanımlayan bazı ülkeler de mevcuttur (ör. İsp. CK md. 174, Sırp CK md. 348, Meksika CK md. 225-12, Paraguay CK md. 309, Peru CK md. 321).

Suçun manevî unsuru açısından ise, genelde özel kast aranmaktadır.

O hâlde, 5237 s. TCK md. 94'teki düzenleme, karşılaştırmalı hukuktaki genel eğilime uymamaktadır. En modern ceza kanunu olarak gösterilen İspanyol Ceza Kanunu esas alınmış olmakla birlikte, ne yazık ki söz konusu kanun sisteminden de önemli sapmalar olmuştur. Bir kere, YTCK md. 94'ün maddî unsurunun aynen alınmaya çalışıldığı İsp. CK. 174. maddesinde, özel kasta tabi olan ve kamu görevlisi tarafından işlenebilen dar/teknik anlamdaki adlî işkence suçu düzenlenmektedir. İsp. CK'sında bundan sonradır ki, md. 175'te yine sadece kamu görevlileri tarafından işlenebilen, fakat genel kasta tabi, md. 174'e girmeyen fiilleri kapsamına almayı hedefleyen tamamlayıcı bir işkence suç tipi daha düzenlenmiştir.

Öte yandan, İsp. CK md. 174'teki işkence suç tipinin koruduğu esas yarar, bölüm başlığından da anlaşılacağı üzere 'manevî bütünlük'tür. Maddî unsurda da buna yer verilmiştir. Belki de bunun yerine ikame edilen 'insan onuruna aykırılık' kavramına ise, gereksiz bir fonksiyon yüklenmiştir.

Nihayet, İsp. CK md. 464'te 'adaletin engellenmesi ve mesleki sadakatsizlik' başlığı altında, cebir ya da tehdit (korkutma) ile bir muhakemedeki müşteki, taraf ya da sanık, avukat, savcı, bilirkişi, tercüman ya da tanığı doğrudan ya da dolaylı olarak yargılamadaki davranışlarını değiştirmesi için etkilemeye kalkışma suçu ayrıca düzenlenmiştir. Bizde bu hükmün karşılığı yoktur.

9. İşkence suçuyla bağlantılı bir düzenleme, YTCK md. 96'daki 'Eziyet Suçu'dur. Anayasamızın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında, Anayasanın mantığı

gereği soyut olarak ifade edilen eziyet yasağı, hiçbir şekilde somutlaştırılmadan, bir suç tipi olarak YTCK'ya monte edilmiştir. 5237 s. TCK md. 96'daki suç tipinin 1995 tarihli İspanyol Ceza Kanunu md. 173'ten esinlendiği anlaşılmaktadır. Fakat, İspanyol CK'sının söz konusu hükmü İspanyol Yargıtayı tarafından 'belirsiz' bulunduğu gibi, doktrine göre de yanlış bir yasa yapma tekniği örneğidir.

İşkence suçundan farklı bir nokta olarak, eziyet suçunun faili herhangi bir kimse olabilmektedir. Buna karşılık, kamu görevlisinin görevi gereği işlediği ve mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine ya da aşağılanmasına yol açacak hareketlerin işkence suçu kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir. Kanun koyucunun bu suçu işkence suçunun sade vatandaş tarafından işlenilen hali olarak gördüğü anlaşılmaktadır. Buna karşılık, teorik olarak eziyet suçunun bir kamu görevlisi tarafından da işlenebilmesi aslında mümkündür. Eziyet genel bir suç tipi olduğuna göre, kamu görevlisi de bunu işleyebilir. Bu durumda, karşılaşılan sorun şudur: bir kamu görevlisi söz konusu olduğunda fiilin işkence mi eziyet mi teşkil ettiği nasıl ayırt edilecektir? Kanaatimizce *uygulamada*, bir kamu görevlisinin eziyet olarak değerlendirilebilecek hemen her hareketi, YTCK md. 94'taki işkence suçu kapsamında ele alınabilecektir. Eğer bu şekilde bir yorum yapılırsa, işkence, kamu görevlileri bakımından özel hüküm teşkil edecektir ve uygulama önceliğine sahip olacaktır. Fakat öte yandan, böyle muğlak bir düzenlemenin varlığı uygulamada şöyle bir sonuç da doğurabilir: mahkemeler bir çok durumda aslında işkence teşkil edebilecek bir hareketi ağır cezalardan kaçınmak amacıyla YTCK md. 96 kapsamında değerlendirme yönüne gidebilir. Böylece eski kanun döneminde ETCK md. 243 yerine mümkün mertebe ETCK md. 245'ten hüküm kurma eğilimi, yeni dönemde bu şekilde kolaylaştırılmış olacaktır.

İspanyol Yargıtayının vardığı sonuca göre, suç tipinin uygulama kapsamı, küçük düşürmenin kayda değer ve uzun süreli bir devamlılığa (belirli sürekliliğe) sahip olduğu ve bu davranışa eşlik eden suçların nitelikli halleri de dikkate alındıktan sonra tespit edilecek cezanın bu eylemin ağırlığını karşılayamadığı hallerle sınırlı kalacaktır. Buna karşılık, eylemin ağırlığı, özellikle '*mağdura verilen acının kasten ve insanlık dışı şekilde arttırılması*' şeklinde bir genel ağırlatıcı sebeple

karşılanabilirse, bu nitelikli hale başvurulmalıdır. O halde, söz konusu içtihat ile İspanyol Yargıtayı, md. 173'ün uygulama alanını fiilen sıfıra indirgemiştir. Türk Ceza Hukuku açısından, eziyet suç tipinin İspanyol CK'sına nazaran uygulanabilirliğini arttıran tek unsur, bizde İsp. CK md. 22'dekine benzer türden genel bir nitelikli halin öngörülmemiş olmasıdır. Fakat bu durumda dahi, suçların içtimaı ilkeleri gereği, eylemin ayrıca eziyet suç tipi çerçevesinde cezalandırılabilirliği tartışmalı olacaktır. Bu çelişkili sonuçtan kurtulmanın yolu, İspanyol doktrininde de savunulan şu kıstası uygulamaktır: şayet eziyet teşkil eden davranışlar süreci kapsamında işlenmiş olan geleneksel suç tipleri, söz konusu davranışların 'insan onuruna' aykırılık kapsamını zaten karşılıyorsa (ör. YTCK md. 82/1-b), eziyetten ötürü ayrıca hüküm kurmamak gerekir. Buna karşılık, ilgili suç tipi, eziyet teşkil eden davranışın insan onuruna saldırı boyutu itibariyle haiz olduğu haksızlık içeriğini karşılamıyor, manevi bütünlüğe yönelik saldırı karşılıksız kalmış oluyorsa, md. 96'dan ayrıca ceza verilmelidir.

10. Gerek 765 s. TCK md. 243'te gerekse 5237 s. TCK md. 94'te düzenlenen işkence suçunda birden çok hukukî yarar korunmaktadır. Gerçekten, bu suçla bir yandan kişi dokunulmazlığı, bir yandan adliye, bir yandan da kamu yönetiminde disiplin korunmaktadır. Öte yandan, işkence suçu ile, bağımsız bir değer olarak kabul edilmesi gereken 'insan onuru'nun da korunduğu söylenmelidir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda işkence suçu 'Kişilere Karşı Suçlar' arasında düzenlenmekle, kişi dokunulmazlığı esas alınmıştır. Buna karşılık, failin kamu görevlisi olması öngörülmek suretiyle devlet disiplinine (kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişine) dair menfaatler de göz önüne alınmıştır. Ayrıca gerekçeye göre, adliye de korunmaktadır. Belirtelim ki, maddeyle korunan hukukî yarar açıklanırken gerekçede, işkence ve eziyet suçlarının bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmesini gereklı kılan, 'insan onuru'nu cezaî açıdan özerk bir hukukî değer olarak koruma gereğine hiç yer verilmemiş olması, önemli bir anlayış eksikliğidir. Öte yandan, YTCK sistematiği ve düzenlemesi göz önüne alındığında, korunan hukukî yarar olarak 'adliye'yi özellikle belirtmenin de anlamı yoktur. Çünkü YTCK

bakımından her kamu görevlisinin suçun faili olabileceği ve manevî unsurun da genel kasttan ibaret olduğu düşünülürse, adlî amaçla işlenmeyen fiillerin de YTCK md. 94 kapsamına girebileceği ortaya çıkar.

11. İşkence, özgü suç niteliğindedir. Sadece kamu görevlileri (eski TCK bakımından 'memurlar') suçun faili olabilirler. 5237 s. TCK'da 'memur' terimi terk edilip 'kamu görevlisi' deyişi tercih edilmiştir. Fakat, md. 6/1-c'deki tanıma rağmen, bu kavramla neyin kast edildiği açık değildir. ETCK döneminde, memuru belirlemeye yarayan 'kamu görevi' kavramını açıklamada çeşitli kıstaslar önerilmişti. *Erman*'dan esinlenerek Yargıtay'ın da benimsemiş gözüktüğü anlayışın çıkış noktası, ifa edilen görevin amacı, fonksiyonun niteliğiydi. Buna göre, devletin yerine getirmek zorunda olduğu aslî görevleri yapanlar kamu görevlisidir. YTCK'da, bunun esas alınmak istendiği söylenebilir.

Ancak, YTCK'nın madde metnine ve gerekçeye bakarsak, buradan çıkarılacak objektif anlamın, amaçlanandan daha geniş bir kapsama sahip olduğu söylenebilir. Bir kere, gerekçede 'kamusal faaliyet' kavramı açıklanırken '***Bilindiği üzere**, kamusal faaliyet….*' denilmek suretiyle bir tanım yapılmaktadır. Biz idare hukuku kitaplarında 'kamusal faaliyet' şeklinde bir terime rastlayamadık! Sadece, bazı durumlarda 'kamu hizmeti' deyimi 'faaliyet, iş, uğraş' anlamında kullanılmaktadır. Bu durumda, ortaya bir çelişki çıkmaktadır. Kamusal faaliyetin (ki böyle bir 'terim' yok) tanımı yapılırken 'bilindiği' gibi denildiğine göre, bilinebilecek tek tanım idare hukukundan kaynaklanabilir. Fakat, YTCK md. 6/1-c'deki kamu görevlisi ya da kamusal faaliyet kavramıyla idare hukukundaki zaten bağdaşmamaktadır. YTCK'daki kamu görevlisi kavramı, idare hukukundan daha geniştir, çünkü devletle istihdam ilişkisi aranmamıştır.

Oysa bir çok konuda esas alındığı anlaşılan İsp. CK.'sının 'kamu görevlisi' tanımına ilişkin md. 24/2 hükmünde '*açık kanun hükmüyle ya da seçim veyahut yetkili mercîin ataması yoluyla kamusal **işlevlerin** icrasına katılan herkes, kamu görevlisi sayılır*' denmiştir. Yani kamusal faaliyet değil, 'işlev'den bahsedilmiştir.

İşlevsel anlamda idare ise, kamu idaresinin, ona ait faaliyetlerin sadece bir kısmını oluşturmaktadır. Bu bakımdan, idari fonksiyonun amacı kamu yararının gerçekleşmesidir ve bu, *sürekli* bir devlet işlevidir, bu açıdan bunu yerine getiren görevliler de *süreklidir*. Yani, idare hukukuna yapılan atıf ile fiilen kast olunan kapsam, birbiriyle çelişmektedir.

İdare hukukunda, kamuya yönelik bir faaliyet ('kamusal faaliyet') örgütlenirken yapılan ayrım 'kamu hizmeti-kamuya yararlı hizmet' ayrımıdır. Bir hizmetin kamuya yönelik olması, kamu hizmeti sayılması için yeterli değildir, örneğin, taksi işletmek kamuya yönelik olsa da, devletin yakın gözetimi altında yürütülmediğinden kamuya yararlı bir faaliyet olmakla beraber kamu hizmeti değildir. Oysa YTCK'da, '*kamusal faaliyetin yürütülmesine…..herhangi bir surette…..katılma*' yeterli görülmüştür. O halde, buradan çıkan lafzî anlam, idare hukuku açısından 'kamuya yönelik/kamuya yararlı' her hizmeti sağlayanın kamu görevlisi olabileceğidir. Fakat bu durumda YTCK'ya göre, taksici, belediye otobüsü şoförü, dolmuş şoförü, özel hastanedeki hemşire, özel Kur'an kursundaki öğretmen, iskelelerdeki gazete bayii işletenine kadar yelpaze genişleyebilecektir!

Bu karmaşık durum karşısında şöyle düşünmekteyiz: Tıpkı ETCK md. 279'da olduğu gibi, kullanılan kavramların idare hukukundaki olağan anlamından bağımsız olarak, ceza hukuku ihtiyaçlarına göre otonom bir şekilde anlamlandırılması gerekir. Bu mantıkla hareket edilirse, YTCK md. 6/1-c kapsamındaki kamu görevlisi, kamu görevi ifa edenler dışında, sadece *kamu hizmeti* ifa edenleri kapsamaktadır. Buna karşılık, *kamuya yararlı* bir faaliyetin yürütümüne katılanlar, bu kapsamda değildir. Bu yorum tarzı benimsenirse, hem kanunun ruhuna sadık kalınmış olacak hem de ETCK döneminde, kamu hizmetiyle görevli kimselerin de bu suçun faili olabilmesi gerektiği yönündeki eleştiriler karşılanmış olacaktır. Buradan çıkan sonuç, eski TCK döneminde kamu hizmeti gördüğü için memur sayılmayan bir çok görevlinin artık kamu görevlisi sayılacağıdır. Zaten gerekçede de buna işaret edilmiştir.

Nihayet, 5237 sayılı TCK bakımından herhangi bir kamu görevlisi suçun faili

olabilir. Fakat, kamu görevlisinin ancak *görevi gereği* işlediği fiiller bu çerçevede değerlendirilebilir. Gerekçede, işkencenin '*kamu görevinin sağladığı* ***nüfuz*** *kötüye kullanılmak suretiyle*' işlenebileceği belirtilmiştir. Bu görüşe göre, sıfatın kötüye kullanılarak işkence niteliğindeki fiillerin gerçekleştirilmesi durumunda, olsa olsa md. 96'daki eziyet suçundan mahkumiyet söz konusu olabilecektir. Biz, 'sıfatın kötüye kullanılması – nüfuzun kötüye kullanılması' şeklindeki ayrımı gereksiz gördüğümüzü belirtmeliyiz. Çünkü, işkencenin özgü suç olması ile onu karakterize eden özel kast arasında sıkı bir bağ vardır. Yeni TCK'da ise özel kast unsuru arındırılmış; fakat özgü suç olma durumu sürdürülmüştür. Durum böyle olunca, artık fail kamu görevlisi olduktan sonra, görevle bağlantıyı (sıfatın kötüye kullanılmasını) aramak yeterli olmalıdır; nüfuzun da kötüye kullanılmış olmasına gerek olmamalıdır.

12. YTCK md. 94 bakımından tipikliğin gerçekleşebilmesi için, eylemi işleyen kimsenin bir kamu görevlisi olması ve eylemi görevi sebebiyle işlemesi; bu eylemin insan onuruna aykırı olması ve davranışın, mağdurun (i) bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine veya (ii) algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine veya (iii) aşağılanmasına yol açması gerekir. Öte yandan, tipikliğin kapsamına sübjektif unsurların da dahil olduğunu kabul edersek, bu eylem kasıtlı olmalıdır.

13. 5237 sayılı TCK bakımından işkence, seçimlik hareketli, neticesi harekete bitişik bir zarar suçudur. Gerek icrai gerekse ihmali hareketle işlenebilmesi mümkündür. Burada ihmalî bir sorumluluk söz konusu olduğu için, failin *neticeyi önleme hukuksal yükümlülüğü* altında ('garantör') olması gerekir. Burada önem kazanan nokta, kimlerin hukuksal yükümlülük altında olduğudur. Neticeyi önleme yönünde maddî imkan sahibi olan amirlerin bu kapsamda olduğu şüphesizdir. Ancak aynı rütbe-derecede bulunan, yani hiyerarşik olarak eşit konumda bulunanların bu yönde bir hukukî yükümlülüğü mevcut mudur? İspanyol yargısal içtihatlarında buna olumlu cevap verilmiştir. Biz de bu görüşteyiz. Zira, devletin güvenlik birim ve kuvvetlerinin (ve bu arada infaz kurumu görevlilerinin) yetki alanlarında bulunanlara karşı işlenen şiddet hareketlerini önleme yönünde hukukî yükümlülüğü vardır.

Yine gerekçede '*kişilere işkence yapıldığını* ***öngörmesine*** *rağmen'* müdahale etmemekten bahsedilmiştir. Burada '*öngörmesine rağmen*' denildiğine göre, acaba amirin işkence yapıldığını 'bilmesi' ayrıca aranmayacak, taksir yeterli mi görülecektir? Kanaatimizce, aynı gerekçede amirin işkenceye '*zımnen rıza göstermiş*' olmasından bahsedildiğine göre, onun öngördüğü neticeyi kabullenmiş olması da aranacaktır. Bu da, en azından olası kast düzeyinde bir kusurun varlığını gerektirir.

14. İşkence nitelikli hareketlerin 'insan onuruna aykırı' olması gereklidir. Bir kere, insan onurunu mutlak olarak tanımlamak mümkün değildir. Fakat, nelerin insan onuruna aykırı olduğunu tespit etmek mümkündür (negatif tanımlama). Bunu yaparken yararlanılabilecek en faydalı kriter, '*obje formülü*' olarak ifade edilen, '*insanın insan olması sebebiyle sahip olduğu ve devletten önce de geçerli olan özünün, öz değerinin, süje niteliğinin hiçe sayılması, kamusal tasarrufların ve işlemlerin basit bir objesi olarak alçaltılması*' kriteridir. Neticede, insan onurunu negatif olarak tanımlama çabaları doğrultusunda hangi görüş kabul edilirse edilsin, her insan onuruna aykırı davranış işkence olmamakta; fakat her işkence, insan onuruna aykırı olmaktadır. Bu sebeple, işkence suçunun maddî unsurunu 'insan onuruyla bağdaşmama' kıstasıyla sınırlamak pratikte pek fayda sağlamayacaktır. Bu durum, işkence suçunun kendine has yapısında kaynaklanmaktadır. Bize göre, ancak belirli bir ağırlık düzeyine varan davranışları hukuken işkence olarak tanımlayabilmek mümkün olacaktır. Buna bağlı olarak da, hukuka aykırı, hatta suç teşkil eden bir çok ihlal, suç tipinin kapsamına girmeyecektir. İşte bu durumda, asgarî ağırlık düzeyine vardığı için işkence suç tipine uygun düşen ('tipik') bir eylemin, zaten insan onuruna uygun olması mümkün değildir. Diğer bir deyişle, 'insan onuruyla bağdaşmama', bir somutluk-spesifiklik sağlamamaktadır. Çünkü, işkencenin maddî unsurunu oluşturmaya elverişli türden bir hareketin bulunup bulunmadığı, hareketin objektif yapısına göre değerlendirilecektir. Nesnel olarak işkence olarak tanımlanabilecek bir eylem ise, zaten insan onuruna aykırı olacaktır.

15. Suçun maddî unsurunu oluşturabilecek seçimlik hareketler olarak 'bedensel veya ruhsal yönden acı çekme'ye, 'algılama veya irade yeteneğinin

etkilenmesine', 'aşağılanmasına' yol açacak davranışları gerçekleştirmekten bahsedilmiştir. Bu noktada da mehaz İspanyol Ceza Kanunundan sapmalar mevcuttur. Şöyle ki, İspanyol doktrinindeki baskın görüşe göre, işkence suçu ile zarar verilen hukukî yarar, mağdurun 'sağlığı' ve 'manevî bütünlüğü'dür. Buna göre, 'sağlık' kavramı fiziksel bütünlük yanında zaten psişik ve psikolojik yönü kapsamaktadır. Bu yönden, '*bedensel veya ruhsal yönden acı çekme*' kavramı yerine her ikisini kapsayan 'sağlığı etkileme' gibi bir kavram kullanılabilirdi. Manevi bütünlüğün zarar görmesi ise, mutlaka psişik ya da zihinsel niteliklerde bir eksikliği gerektirmemektedir. Diğer bir deyişle manevî bütünlük, hem beden hem de psişik sağlığı kapsayan 'fiziksel bütünlük'ten farklı bir gerçekliktir. Buna göre, manevî bütünlük kişinin ruhsal yönüyle ilgilidir ve bir kimsenin küçük düşürülmesi ya terzil edilmesini yasaklar. Kaynak kanundan farklı olarak bizim kanunumuzda *'bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesi*'nden bahsedilmekle, bedensel etki doğuran hareketler dar anlamda 'fiziksel bütünlük' içinde ele alınmış; ruhsal yönden acı çekmeye yol açacak hareketler ise, psişik ya da psikolojik sağlığın bozulmasına yol açan farklı kategoride davranışlar olarak değerlendirilmiştir. Bunun dışında, kaynak kanundaki temel kavram olan 'manevî bütünlük'e ise ayrı ve otonom bir yer verilmemiştir.

16. YTCK md. 94'te, çekilen bedensel ya da ruhsal acının 'ağır' olması aranmamıştır. Oysa, BM Genel Kurulunun 9 Aralık 1975 tarihli Bildirisi, 1984 BM İşkence Sözleşmesi md. 1 hükmü, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin içtihatları, Uluslararası Ceza Divanını kuran Roma Statüsü md. 7/2-e hükmü ve AİHM içtihatlarına göre, ağır acı ve ezaya yol açan hareketler işkencedir. Çünkü, işkence, insanın fiziksel ve zihinsel bütünlüğüne ve insan olmaktan kaynaklanan onuruna karşı işlenen ihlallerden sadece en ağır kategoriyi ifade eder. İşkencenin insanlık dışı muameleden ayrı tutulması ve en ağır türden bazı ihlalleri işaret etmek üzere kullanılması belirli bir amaca dayanır.

Mukayeseli hukukta özel olarak işkence suçuna yer veren devletlere bakacak olursak, herhangi bir tanım yapmayan bir kaçı dışında büyük çoğunluğu 'ağır' acı

veya ezadan bahsetmiştir. Bize en yakın düzenleme İspanyol CK'sında mevcuttur. İsp. CK. md. 174'te eylemin ağırlığına suçun tanımında yer verilmemiştir. Fakat İsp. CK md. 173-177 arasında yer alan ve işkence nitelikli fiilleri düzenleyen suç tipleri bakımından, eylemin ağırlığı yine de önemli rol oynamaktadır. Çünkü, bizdeki eziyet suç tipini karşılayan İsp. CK. md. 173 ve kamu görevlilerinin geniş anlamda işkencesi suçunu düzenleyen md. 175 bakımından saldırının ağırlığı, suçun unsuru; teknik/dar/adlî anlamda işkenceyi düzenleyen md. 174'te ise suçun basit haliyle nitelikli halini ayırt eden bir kıstastır. Hatta, tüm bu suç tipleri bakımından yargısal içtihatlarda, saldırının belirli bir yoğunluğa varmaması durumunda suç tipi oluşmamakta ve bunun yerine md. 617'deki kabahat niteliğindeki hafif yaralama, kötü muamele gibi diğer çeşitli suç tipleri söz konusu olmaktadır.

Bizim kanunumuz metninde ağırlık kriterinden bahsedilmiş olmasa da, tıpkı esas alındığı anlaşılan İsp. CK'sı uygulamasında olduğu gibi, eylemin asgarî bir ağırlık düzeyine varması aranmalıdır. Fakat, eylemin 'ağır acı ya da ezaya' yol açmasından kasıt, eylemin işkence olarak nitelendirilebilmesini haklı kılan asgarî bir ağırlık/vahamet düzeyine varmasıdır. Yoksa, elbette ki 'maddî acı' duyulmuş olması ve bunun 'çok fazla' olması gerektiğini iddia etmiyoruz. Bu açıdan söz konusu kıstas, eylemin objektif yapısının haksızlık içeriğiyle, sosyal kötülüğüyle ilgilidir. Elbette, fiziksel ve hatta zihinsel acıya yol açmayan bazı davranışlar da suçun maddî unsurunu oluşturabilir. Fakat bu durumda bile, eylemin ağırlığı belirleyicidir. Bu noktada, işkenceyi 'insan onuruna aykırılık'la sınırlama yerine, eylemin objektif niteliği ile değerlendirmeyi uygun gördüğümüzü de tekrarlayalım.

Burada önemli olan, söz konusu hareketin objektif niteliğidir. Diğer bir deyişle, değerlendirilecek olan, yapılmış hareketin işkence suçunun maddî unsurunu oluşturmaya elverişli tür ve ağırlıkta bir hareket olup olmadığının soyut olarak takdir edilmesidir. Belki insanın irade özerkliğini yok eden davranışlar açısından bu kıstas eleştirilebilir; çünkü bu durumlarda kişinin herhangi türden bir eza duymaması mümkündür. Fakat burada da, insan onuruna saldırı teşkil eden hareketin ağırlığına dikkat edilecektir. Objektif olarak belirli bir ağırlığa ulaşmış hareketlerin mağdurun

dayanıklılığı gibi sebeplerle ağır bir neticeye yol açmamış olması; hatta, 'rafine' yöntemler kullanılmak suretiyle hiç bir fiziksel etki bırakmaması suçun oluşmadığı anlamına gelemez. Bu sebeple, Yargıtayımızın karakoldaki bazı darp olaylarında fiili işkence olarak nitelendirmemesinde esas eleştirilmesi gereken nokta, izlenen mantıktır. Zira, aslında her darbın işkence teşkil etmeyeceği doğrudur. Ama fiili değerlendirirken, yol açtığı neticeye göre *a posteriori* bir değerlendirme yapmak yanlıştır; fiilin yapıldığı ana ve objektif niteliğine göre sonuca varmak gerekir.

17. Madde gerekçesine bakılırsa, ancak sistematik bir şekilde *ve* belirli bir süreç içerisinde işlenip süreklilik arz eden fiiller işkence oluşturabilecektir. Oysa, sistematik ve/veya süreklilik arz etmeyen eylemler de pek ala işkence teşkil edebilir. Bir kimsenin göz kapağı üzerinde sigara söndürülmesi ya da siyasal ayrımcılık nedenle cinsel organının kesilmesi veyahut sinirlenen polislerin gösterici üzerine bir anda çullanarak hep beraber tekmelemeleri ya da mağdurenin ırzına geçilmesi işkence teşkil edemez mi? Yani sanığın ırzına geçen polis, bunu 'sistematik' biçimde yapmazsa ya da 'belli bir süreç içine yaymazsa' işkence olmayacak mıdır!Sistematik olma unsurunun işkenceyi tipik olarak karakterize eden bir çağrışım, hatta olgu olduğu doğrudur. Fakat, her işkencenin sistematik olduğu, diğer bir deyişle sistematik olmayan bir hareketin işkence nitelikli olamayacağını söylemek bize doğru gelmemektedir. Öte yandan, metinde yer almayan, fakat suçun unsuru olarak lanse edilen bir hususun gerekçede yer alması da ayrı bir çelişkidir.

Bize göre önemli olan, eylemin amacı ve objektif yapısı dikkate alınmak suretiyle, işkence olarak nitelendirilmeyi haklı kılacak asgarî ağırlık düzeyine varıp varmadığını tespit etmektir. Yoksa sistematik olma kriteri, eylemi işkence olarak nitelendirmede yardımcı olabilecek önemli bir araç olmakla birlikte, suç tipinin *conditio sine qua non*'u değildir. Yine eylemin sürekliliği de, AİHM içtihatlarına göre dikkate alınması gereken bir çok kriterden sadece biridir; yoksa suçun vazgeçilmez bir unsuru değil.

18. Önemli bir sorun, CMK md. 148 ile işkence suçu arasındaki ilişkidir. Diğer bir deyişle, yasak sorgu usullerine başvurulması, aynı zamanda işkence suçunun da oluşmasına yol açar mı? Bu soruya olumlu cevap veren görüşlere kesinlikle katılmıyoruz. Zaten bu görüşte olanlar, genelde Alman doktrinine dayanmaktadır. Oysa, Alm. CK § 343, hukukî yarar olarak adliyeyi korumakta ve 'zorla ifade alma'yı suç olarak düzenlemektedir; bu bakımdan kapsamı bizdeki ETCK md. 243'ten farklıdır. Kaldı ki, Alman doktrininde bile yasak sorgu yöntemlerini düzenleyen StPO §136a yönelik bir ihlalin StGB § 343'teki suçu oluşturmaya tek başına yeterli olmadığı belirtilmektedir.

Yasak sorgu usullerini işkence kapsamında görmek için, yine eylemin ağırlığına, insan onuruna saldırının düzeyine bakılmalıdır; diğer bir deyişle, fiilin sahip olduğu haksızlık içeriğinin işkence suç tipi içerisinde değerlendirilmeyi haklı kılıyor olması gerekir. Bu değerlendirme, algılama ya da irade yeteneğinin etkilenmesine yol açan davranışlar bakımından da geçerlidir. Burada da, şahsın manevî bütünlüğüne, yani ruhsal dokunulmazlığına, iç dünyasına (kısaca haysiyetine) yapılan müdahale belirli bir ağırlık boyutuna ulaşmış olmalıdır.

Oysa, 5237 sayılı TCK ile, CMK 148'e aykırı her yöntemin işkence suçu kapsamında değerlendirilmesi arzulanmış gibi gözükmektedir. Zira, suçun maddî unsurunda, çekilen acı ya da ezanın veyahut manevî bütünlüğe ya da kişi onuruna yönelik müdahalenin ağır olması gerektiğine dair hiçbir açıklık olmadığı gibi; algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesi de suçun maddî unsurunu oluşturabilecek seçimlik hareketler arasında sayılmıştır. Elbette yasak sorgu yöntemlerinin önemli bir kısmı, insan onuruna dokunmaktadır. Ayrıca bunların hepsi, hukuka aykırıdır. Ancak, bu aykırılığın sonucu CMK'da zaten tespit edilmiştir. Oysa, tarafı olduğumuz uluslararası mevzuat ve mukayeseli hukuktaki baskın anlayışa, öte yandan işkence kavramının tarihi-siyasi anlam ve fonksiyonuna göre, insan onurunu ihlal eden böyle bir muamelenin işkence olabilmesi için, ayrıca 'asgarî bir ağırlık boyuta' ulaşması gerekir. Yoksa, 'algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesi' gibi, hafif uykusuzluk ya da alışılmış olan çay, sigara tüketiminden yoksunluk gibi

hallerde dahi söz konusu olan bir netice, işkence suçuna yol açmamalıdır. Nitekim, mehaz İspanyol CK'sında yasak sorgu yöntemlerini kapsamak üzere, ayrıca md. 464 hükmü mevcuttur.

19. Genel olarak, işkence suçu bakımından hiçbir hukuka uygunluk nedeninin varlığı düşünülemez. Bu husus, 1984 BM Sözleşmesi md. 2'de, KSHUS md. 4/2 ve AİHS md. 3'ün sınırlanamayacağını öngören md. 15'te de vurgulanmıştır. Zaten, YTCK'da yer alan hukuka uygunluk sebeplerinin nitelikleri itibariyle de işkence suçuna uygulanabilirlikleri pek yoktur. Buna karşılık, yakın zamanda, özellikle Almanya'daki tartışmalarda, zorunluluk durumu tartışma yaratmıştır. Acaba, toplumu büyük tehlikelerden korumak amacıyla ya da bir kimsenin hayatını kurtarmak için işkence veyahut benzerî nitelikli sorgu usullerine başvurulamaz mı? Bizce hayır! Hatta işkence düzeyine varmayan kötü muameler bakımından da aynı görüş geçerlidir. Çünkü, insan onurunun işkence gibi ekstrem ihlaller dışındaki durumlarda da mutlak bir koruma getirdiği söylenebilir.

Bu konuda öne sürdüğümüz ilk argüman, zorunluluk halinden bahsedebilmek için gereken koşullardan birisinin 'korunma hareketi ile tehlike arasında oran olması'; diğer bir deyişle, korunmak istenen hak ya da değerin, feda edilen değere en az eşit olmasıdır (YTCK md. 25/2). Oysa, işkence yasağıyla korunan insan haysiyeti, bir çok anayasada ve uluslararası belgelerde ortaya konduğu üzere, en üst değerdir. Yani, bir haklar hiyerarşisi çizilecek olursa, temel norm olarak en tepede insan haysiyeti yer alacaktır. Bu bakımdan, insan haysiyetinin çekirdeğinin (ve herhangi bir temel hakkın özünün), değerler tartımına tabi tutularak yarışan diğer bir hukukî yarara feda edilmesi de düşünülemez.

Öte yandan, insan onurunun diğer bir insanın onurunu korumak için sınırlandırılacağı görüşünü de katılmıyoruz. Bu görüşe göre, şüphelinin insan onurunu koruma gerekçesiyle mağdurunki feda edilmemelidir. Buradaki mantık kurgusu birkaç yönden hatalıdır. Her şeyden önce, bir hukuka uygunluk sebebi olarak işkenceyi kabul edecek olursak mağdur bakımından korumak istediğimiz yararın da

insan onuru olması gerekir (oranlılık ilkesi). Oysa, suçların büyük çoğunluğunda ihlal edilen hukukî yarar insan onuru değildir. Öte yandan, ele geçirdiğiniz kişi, adı üzerine, sadece bir şüphelidir. Hiçbir şüphelinin alnında suçu ve suçluluğu yazmamaktadır. Şüphe üzerine ele geçirilen kişinin gerçekten önlenmek istenen suçla alakalı olduğu kesin olarak bilinmemektedir. Bilinse bile konuşacağı, konuşşa bile doğruyu söyleyeceği, ya da konuşup doğruyu söylese bile bunun işe yarayıp yaramayacağı bilinmemektedir. İşte bu sebeple, bir şüphe uğruna, bir şüphelinin insan onuruna kesin olarak ve peşinen darbe indirmek, bizce oranlılık ilkesine uygun değildir.

20. YTCK md. 94'teki işkence suçunun manevî unsuru genel kasttan ibarettir. YTCK'daki bu düzenlemenin en büyük pratik sakıncası, işkence ile md. 86'daki yaralama suçunu birbirinden ayırt etmede kendini gösterecektir.

Kanaatimizce, bu düzenlemenin iki sonucu olabilecektir: ya Yargıtay, kanunda açıkça öngörülmemesine rağmen işkence bakımından özel kastı arayacaktır. Elbette, Yargıtay'ın böyle bir yorum yapması '*contra legem*' olur; fakat eski TCK döneminde, kanunda öngörülmemesine rağmen 'hürriyeti tahdit' ve 'konut dokunulmazlığının ihlali' gibi suçlar bakımından özel kastın arandığı unutulmamalıdır.

Olası ikinci sonuç ise, hele eski TCK dönemindeki uygulama göz önüne alındığında, bundan böyle çok dramatik vakalar dışında hiç kimsenin işkence suçundan mahkum edilmemesi, işkence teşkil eden bir çok fiilin ya yaralama ya da eziyet suçu çerçevesinde cezalandırılmasıdır (nitekim md. 96'daki suçun faili herkes ve bu arada bir kamu görevlisi olabilir; diğer bir deyişle 'vatandaş bakımından eziyet = kamu görevlisi bakımından işkence' denklemini Yargıtay kurmayabilir).

21. İşkence suçuna teşebbüs mümkündür. Ayrık bir durum olarak manevî cebir (tehdit) yoluyla gerçekleştirilen işkence bakımından (ör. mağdura nasıl defalarca ırzına geçilip sonra vahşice katledileceğinin anlatılması) teşebbüsün

mümkün olmadığı söylenebilir. Algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine yol açacak hareketler bakımından da hareketin buna objektif olarak elverişli olması yeterlidir. Fakat, hareketin objektif elverişliliğine rağmen, herhangi bir sebeple algılama ya da irade yeteneği üzerinde bir etki meydana getirilmemişse, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir. İşkence, bir zarar suçu olduğuna göre, bu durumda algılama veya irade yeteneğini etkilemeye yönelik hareket bu neticeyi doğuramamışsa, fiilin teşebbüs aşamasında kaldığı söylenebilir. Zira, tipik neticenin gerçekleşmesi, korunan hukukî yararın etkilenmesine bağlıdır. Bunun için maddî bir netice doğması gerekmese de, korunan hukukî yarar olan 'manevî bütünlük'ün zarar görmesi gerekecektir. Mağdurun aşağılanmasına yol açabilecek hareketin yapılması bakımından da teşebbüs düşünülebilir. Ancak burada da ayrık bir durum vardır: kişinin aşağılayıcı hareketin yapılacağı ortamda bulundurulması, böyle bir bağlama sokulması zaten aşağılayıcı olabilir (ör. tüy ve katranla kaplanmak istenen kişinin bu amaçla soyulması). Ya da, mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine yönelik hareketin yarıda kalması durumunda, yapılan hareketler başlı başına aşağılayıcı olabilir (örneğin, Filistin askısına asılmak üzere soyulan mağdurun bağırarak üçüncü kişilerin dikkatini çekmesi sonucunda kurtulması durumu gibi). Bu durumlarda da suç tamamlanmıştır.

22. YTCK bakımından işkence suçunun faili, ancak ilgili kamu görevlisi olabilecektir. Fakat, md. 94/4'te ilginç bir düzenleme vardır: '*Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır*'. Bu kuralı, YTCK md. 40/2 ile birlikte değerlendirdiğimizde, işkence suçuna iştirak eden herkes suçun faili gibi tam ceza alacaktır. Bu hükümle özel sıfatı taşımayan kimsenin de suçun faili olabileceği öngörülmüş değildir. Çünkü bu yorum kabul edilecek olursa, işkence özgü bir suç değildir ve birinci fıkradaki 'kamu görevlisi' ibaresinin bir anlamı yoktur. Bize göre, özel sıfatı taşımayan kimselerin eylemi tipik değildir; çünkü bunlar, maddî unsurlardan biri olan 'kamu görevlisi olma' sıfatını haiz değildir. Bu kişilerin sorumluluğu ancak bağlılık kuralı sayesinde ve azmettirme ya da yardım etme şeklinde olabilecektir. Bu bakımdan, hükmün anlamı fail sıfatını taşımayan 'sivil' şeriklerin de cezalandırma bakımından müşterek fail gibi, kanunda suç için

öngörülen cezanın tam karşılığına çarptırılacaklarıdır.

23. İşkence suçları bakımından YTCK md. 13'ün ilk halinde 'sınırlandırılmamış evrensellik' ilkesine yer verilmesi, ciddî uygulama zorlukları ve politik sıkıntılara yol açabilecek nitelikteydi. 5377 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik bu yönden yerindedir. Fakat, yargılama yapılabilmesi için, failin Türkiye'de bulunmasının da ayrıca aranması, yerinde olurdu.

24. Son yıllarda, Avrupa Birliğine Uyum Yasaları çerçevesinde insan hakları konulu bir çok olumlu değişiklik yapılmıştır. Gerçi bunların bir kısmı gereksiz ya da işlevsizdir. Öte yandan, normatif değişikliklerin uygulamaya yansıyabilmesi için gerekli altyapı hazırlıkları tamamlanmadığı için, mevzuat değişikliklerinin uygulamaya ne ölçüde yansıdığını, ancak zaman gösterecektir. Çünkü, önemli olan, yasaları değiştirmek değil, bütün bir ceza koğuşturma sistemindeki anlayışı, sanıktan delile gitme yaklaşımını, temelden değiştirmektir[1987]. Fakat, Türkiye'nin attığı bu adımlar bile, Avrupa trenini yakalama yönünde başlı başına esaslı bir gelişmenin ve meyvelerini vermekte olan bir zihniyet değişiminin göstergesidir.

Söz konusu değişiklikleri sağlayan yasaların, Avrupa'nın baskısıyla ve kamuoyunun dikkatine gereği gibi sunulmadan, alelacele kabul edilmiş olması da, sonucu değiştirmemektedir. Çünkü, işkenceyle mücadeleyi amaçlayan ve mevzuatımızı uluslararası insan hakları standartlarıyla uyumlu hâle getirmeye çalışan bu değişiklikler, insan haklarını geliştirmeye yönelik diğer yasalar gibi; 'Avrupa'nın istediğini' değil; aslında, Türk halkına, hak ettiğini vermektedir. Bu sebeple de, insan haklarını güçlendirmeyi amaçlayan yasal değişikliklerin gerekçesine bakılmaksızın, onlara sahip çıkılmalıdır[1988]. Zira, Türkiye'de doğmuş olmak bir kara yazgı

[1987] Benzer yönde **KAİSER,** s. 7; **ERMAN,** Sentez Raporu, s. 77; **NUHOĞLU,** s. 583-584; **ŞAHİN,** Yakalama, s. 365; **DOĞAN,** s. 231. Sanığın insan onurunun korunması ve onun süje niteliğine saygı gösterilmesinin, sanıktan delile değil, delilden sanığa ulaşılması ilkesinin temelinde bulunduğu belirtilmektedir, bkz. **ŞİMŞEK,** s. 166.

[1988] Doktrinde haklı olarak belirtildiği gibi, insan hakları bilincini toplumun ruhuna yerleştirmedikçe, işkenceyi ve diğer insan hakları ihlâllerini önlemeye yönelik yapılanlar kadük kalmaya mahkumdur, bkz. **CENTEL,** İnsan Hakları, s. 18; **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 209.

değildir[1989] ve hiç bir Türk, Avrupalı vatandaşlardan daha az insan hakkına layık, yani 'daha az insan' değildir.

25. Görünen o ki, YTCK'daki işkence tanımı olabildiğince kapsayıcı tutulmak istenmiştir. Herhalde, YTCK'daki bu 'geniş' düzenlemenin amacı işkenceyle mücadelede etkinlik sağlamaktır. Maksat, Türkiye'nin uluslararası sözleşmelerle üstlendiği, işkenceyi önleme ve etkin cezalandırma yükümlülüğünü yerine getirmektir. Fakat bu hedefe ulaşılmak istenirken çok önemli bir husus gözden kaçırılmıştır. Bu da, taraf olduğumuz sözleşmelerle üstlendiğimiz yükümlülükleri yerine getirmiş sayılmak için, bu belgelerde yasaklanmış olan her davranışı ceza hukuku anlamında işkence suçu kapsamında saymanın gerekli olmadığıdır. Zaten, başta AİHS olmak üzere uluslararası hukukta yasaklanan geniş anlamdaki işkence ile ulusal ceza hukuklarındaki dar/teknik anlamdaki işkence suçu aynı şey değildir. Gerekli olan, bu davranışların hukuk düzenimizde yasaklanması ve önüne geçilmesi yolunda preventif (önleyici) önlemlerin alınması ve buna rağmen işlenmeleri durumunda ise, cezalandırıcı (represif) tedbirlere başvurulmasıdır[1990]. Örneğin, AİHS'ye göre, mahkumlara gerekli sağlık hizmetini sunmama, tümüyle tecrit etme, bireyleri kötü muamele görme riski altında oldukları ülkelere sınırdışı etme gibi fiiller de Sözleşmeye aykırılık oluşturmaktadır. Bu durumda, örneğin bu koşullar altında bir yabancıyı, vatandaşı olduğu devlete iade eden Bakanlar Kurulu üyelerini TCK'ya göre işkence suçundan mı yargılayacağız? Nitekim, 1984 tarihli BM Sözleşmesi md. 2/1'de, '*Sözleşme'ye taraf devlet, yetkisi altındaki ülkelerde işkence olaylarını önlemek için etkili kanuni, idari, adli veya başka tedbirleri alacaktır*' denmek suretiyle, bu takdir hakkına işaret edilmiştir.

26. İşkenceye bu kadar geniş bir uygulama alanı tanımakla, kanunkoyucunun arzu ettiği sonucun tam aksinin doğması daha olasıdır. Bir kere, işkence kavramının değeri azaltılmıştır. Gerçekten de, herhangi bir kamu görevlisi tarafından işlenen, 'insan onuruna aykırı' her acı verici hareketi işkence sayarak, bu kavramın tarihi ve siyasi anlamı yok olmakta; kavram, günlük konuşma dilindeki anlamına

[1989] Bkz. **ERMAN,** Sentez Raporu, s. 76.
[1990] Bkz. **TURHAN,** Uluslararası Suçlar, s. 11.

düşürülmektedir. Bu şekilde nitelendirilmeyi hak etmeyecek bir çok eylemin (ör. suç ortaklarını itiraf etme karşılığında hukuka aykırı menfaat vaad etme) işkence çerçevesinde ele alınması gündeme gelecektir. Oysa, işkence 'bu kadar basit', 'bu kadar masumane', bu kadar 'hafif' bir kavram değildir. Ayrıca, 'işkenceci (işkence suçu mahkumu') olarak lekelenmek de bu kadar ucuz olmamalıdır. Yani, işkence suçuna yüklenen hukuk politikası anlamını ve özel koruma kapsamı zayıflatılmış olacaktır[1991]. Öte yandan, işkence suçunun kapsamı da belirsizleşmektedir, ki bunun sonucu maddenin uygulanamaz hale gelip devre dışı kalmasıdır. Yine, öngörülen cezalar ağır olduğu için, uygulamada çok büyük olasılıkla işkenceye mahkum etmekten kaçınmak için alternatif çözümler aranacaktır. YTCK md. 96'nın varlığı ve işkence suçu açısından özel kastın aranmaması da buna uygundur.

27. Neticede, bizim önerilerimiz ve özellikle asgarî ağırlık kriteri dikkate alınırsa, hem kimse haksız yere 'işkence'den mahkum olmayacak hem de yargı, ağır sonuçlardan kaçınmak için '*contra legem*' alternatifler aramak zorunda kalmayacaktır. Fakat, nihayetinde bir gerçek değişmeyecektir: YTCK md. 94'teki düzenleme, o korkunç suç olan ve olması gereken 'işkence' değildir.

[1991] Bkz. aynı yönde **NUHOĞLU,** s. 530-531; **SPİRAKOS, Dimitris**, Folter als Problem des Strafrechts, Diss., Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris 1990, s. 200 (zikreden: **ÜZÜLMEZ,** İşkence, s. 12, dn. 45).

YARARLANILAN ESERLER

- 1987 Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, Ankara 1987.
- **ACALE SÁNCHEZ**, **Maria**, Consecuencias prácticas de la definición de los delitos de mera actividad como delitos sin resultado natural (www.unifr.ch/derechopenal/anuario/03/Acale.pdf, son erişim 20.9.2005).
- **ADDO, K. Michael/ GRIEF, Nicholas**, Does Article 3 of The European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?, European Journal of International Law, Volume 9, No. 3, 1998.
- **AKAL, Cemal Bali**, İspanya'da Açlık Grevinin Doğurduğu Sorunlar, Argumentum, Yıl 2, Sayı 19.
- **AKBULUT, İlhan,** İnsan Hakları, Yargıtay Dergisi, Cilt 78, Sayı 3, Temmuz 2002.
- **AKÇAM, Taner,** İşkenceyi Durdurun, Ayrıntı Yayınevi, İstanbul 1991.
- **AKHAN, Okan,** İşkence ve İnsan Hakları, İnsan Haklarının Gelişimi, TÜBA Bilimsel Toplantılar Serileri: 9, Ankara 2001.
- **AKILLIOĞLU, Tekin,** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 'Erkan Eğmez-Kıbrıs' Kararı, Polis Dergisi, Cumhuriyet'in 80. Yılına Armağan, Temmuz-Ağustos-Eylül 2003, Yıl 9, Sayı 36 ('**AKILLIOĞLU,** Eğmez Kararı').
- **AKILLIOĞLU, Tekin,** İnsan Hakları I, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:17, Ankara 1995 ('**AKILLIOĞLU,** İnsan Hakları').
- **AKSAR, Yusuf,** Uluslararası Adalet Divanı'nın *Belçika Tutuklama Kararı Davası (*Belgian Arrest Warrant Case) (14 Şubat 2002) ve Uluslararası Ceza Hukuku, AÜHFD, Cilt 52, Sayı 4, 2003.

- **AKTAN, C. Coşkun** (Editör), Haklar ve Özgürlükler Antolojisi, Hak İşçi Sendikaları Konfederasyonu, Ankara 2000.
- **AKYILMAZ, Bahtiyar,** İdare Hukuku, Konya 2003.
- **ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz,** Devletin Çirkin Yüzü: İşkence, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, Cilt 2 (İnsan Hakları).
- **ALLEWELDT, Ralf**, Protection Against Expulsion Under Article 3 of the European Convention on Human Rights, European Journal of International Law, Volume 4, No. 3, 1993.
- **ALPKAYA, Gökçen,** Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, Turhan Kitabevi, Ankara 2002 (**'ALPKAYA,** EYUCM').
- **ALPKAYA, Gökçen**, AGİK Sürecinden AGİT'e İnsan Hakları, Kavram Yayınları, İstanbul 1996 ('**ALPKAYA,** AGİT').
- Ankara Barosu Dergisi, Avrupa İnsan Hakları Divanı Kararları, Aksoy Türkiye Davası, Yıl 54, Sayı 2, 1997.
- **ARINIR, Turgut**, AB İnsan Hakları Şartı Taslağı Komisyon Başkanlığına Sunuldu, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 74, Sayı 4, Aralık 2000.
- **ARSLAN, Çetin/ AZİZAĞAOĞLU, Bahattin,** Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004.
- **ARSLAN, Feyzullah,** Emniyet Teşkilatında İnsan Hakları Konusunda Yapılan İyileştirme Çalışmaları (AİHM Kararları da Gözönüne Alınarak), Polis Dergisi, Cumhuriyet'in 80. Yılına Armağan, Temmuz-Ağustos-Eylül 2003, Yıl 9, Sayı 36.
- **ARTUK, Mehmet Emin / ÇINAR, Ali Rıza**, Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap – Makaleler, Görüşler, Raporlar (editör: Teoman Ergül), TBB Yayınları: 71, Ankara 2004.
- **ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A. Caner,** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2003 ('**ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA,** Ceza Özel').
- **ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA**, **A. Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Ankara 2002 ('**ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA**, Ceza Genel').

- **ARTUK, Emin**, Ceza Hukukunda Soruşturmacının Yasadışı Davranışlarının Yaptırımı, Argumentum, Sayı 2, Eylül 1990.
- **ATEŞ EKŞİ, Canan,** Uluslararası Ceza Mahkemesinin İnsanlığa Karşı Suçlar Üzerindeki Yargı Yetkisi, Ankara 2004.
- **AVCI, Mustafa**, TCK, Tasarılar ve 2004 TCK Tasarısı'nın Genel Olarak Değerlendirilmesi, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap – Makaleler, Görüşler, Raporlar (editör: Teoman Ergül), TBB Yayınları: 71, Ankara 2004.
- **AYDIN, Öykü Didem**, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, HPD Sonbahar 2004.
- **AZARKAN, Ezeli,** Nuremberg'ten La Haye'ye: Uluslararası Ceza Mahkemeleri, İstanbul 2003.
- **BALKIZ, Neval Oğan**, Uluslararası Belgelerdeki İşkence Kavramının Pratikte Yarattığı Sorunlar ve Türkiye'de İşkence Sorununa Hukuksal Bir Yaklaşım Denemesi- Öneriler, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 59, Sayı 2001/4.
- **BANK, Roland,** International Efforts to Combat Torture and Inhuman Treatment: Have the New Mechanisms Improved Protection?, European Journal of International Law, Volume 8, No. 4, 1997.
- **BANTEKAS, Ilias/ NASH, Susan/ MACKAREL, Mark,** International Criminal Law, Cavendish Publishing Ltd, London-Sydney 2001.
- **BAŞAK, Cengiz**, Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar, Ankara 2003 ('**BAŞAK**, Uluslararası Suçlar').
- **BAŞAK, Cengiz,** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Gözaltında İnsan Hakları İhlalleri, AÜHFD, Cilt 51, Sayı 4, 2002 ('**BAŞAK**, AİHM…').
- **BAŞER, Mert/ YENİDÜNYA, A. Caner**, Türk Ceza ve Ceza Usul Hukuku Kapsamında Yasak Sorgu Yöntemleri, Sanığın Yasak Sorgu Yöntemlerine Karşı Bir Korunma Yolu: "İşkence ve Kötü Muamele Yapmak Suçu", İzmir Barosu Dergisi, Yıl 61, Sayı 4, Ekim 1996.
- **BAŞLAR, Kemal,** Uluslararası Hukukta 'Erga Omnes' Kavramı, MHB, Yıl: 22, Sayı: 2, 2002.
- **BAYRAKTAR, Köksal,** İşkenceyi Önlemenin Yolları, Prof. Dr. Bülent Davran'a Armağan, İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayınları, İstanbul 1998.

- **BECCARİA**, **Cesare** (çev. Muhittin Göklü), Suçlar ve Cezalar yahut Beşeriyetin Mecellesi, İstanbul 1950.
- **BEDDARD, Ralph,** Human Rights and Europe, Third Edition, Cambridge University Press, 1995.
- **BERGER, Vincent**, Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, 3. édition, Sirey, Paris 1991.
- **BEŞE, Ertan,** Terörizm, Avrupa Birliği ve İnsan Hakları, Ankara 2002.
- **BIYIKLI, Hasan İsmet,** İkrar ve Ceza Muhakemesi Sorunları, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 48, Sayı: 11-12, 1974 ('**BIYIKLI**, İkrar…').
- **BİLGEN, Pertev**, Sert Çekirdekli Temel Haklar, İnsan Hakları Sempozyumu, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayın No.1, İstanbul 1995.
- Birleşmiş Milletler ve İnsan Hakları, Birleşmiş Milletler Türk Derneği Yayınları: 4, Ankara 1979.
- **BÖK, Selçuk**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle Koruma Altına Alınan Başlıca İnsan Hakları, İnsan Hakları ve Yargı (Sorunlar ve Çözümler), T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 1998.
- **BROCKMAN, Bea**, Food refusal in prisoners: a communication or a method of self-killing? The role of the psychiatrist and resulting ethical challenges, Journal of Medical Ethics, Vol. 25/6, December 1999.
- **CALHOUN, Robert K.,** Confessions and the Right to Counsel: Reflections on Recent Changes in Turkish Criminal Procedure, Ceza Hukuku Reformu, Yayınlayan: Umut Vakfı, İstanbul 2001.
- **CASSESE, Antonio**, Can the Notion of Inhuman and Degrading Treatment be Applied to Socio-Economic Conditions?, European Journal Of International Law, Vol. 2, No. 2, 1991.
- **CENGİZ, O. Kemal**, İşkence Ahlaka Karşı, Antalya Barosu Dergisi, Yıl 12, Sayı 39, Ocak 2001 ('**CENGİZ**, İşkence').
- **CENGİZ, O. Kemal**, Uygulamacılar İçin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Başvuru Rehberi, İzmir Barosu CMUK Komisyonu Yayını, Gen. 2. Bası, İzmir 2001 ('**CENGİZ**, Rehber').

- **CENTEL, Nur,** Türk Ceza Hukukuna Giriş, 2. Baskı, İstanbul 2002 (‘**CENTEL**, Ceza Genel’).
- **CENTEL, Nur**, Adli Tıp Bilimleri ve İnsan Hakları, Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4 Sayı 1-2, Erzurum 2000 (‘**CENTEL**, İnsan Hakları’).
- **CENTEL, Nur,** Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, İstanbul 1992 (‘**CENTEL**, Tutuklama ve Yakalama’).
- **CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide,** Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2003.
- **CİHAN, Erol / YENİSEY, Feridun,** Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1996.
- **CİHAN, Erol,** 50. Yılda Ceza Muhakemesi Süjesi Olarak Sanığın Durumu ve Sorgusu, İÜHFM, Cilt: L, Sayılar: 1-4, İstanbul 1984 (‘**CİHAN**, Sanığın Durumu’).
- **CİHAN, Erol**, Suç Teşkil Eden Sorgu Yöntemleri, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 5, İstanbul 1971 (‘**CİHAN**, Suç…’).
- **CİHAN, Erol,** Ceza Muhakemesi Hukukunda İkaz, İhtar, Hukuka Aykırı Vaad ile Telkin Kavramları, İÜHFM, Cilt: XXXV, Sayı: 1-4, İstanbul 1970 (‘**CİHAN**, Ceza Muhakemesi Hukukunda…’).
- **CİHAN, Erol,** Narkoanaliz, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 5, 1969 (‘**CİHAN,** Narkoanaliz’).
- **CLAYTON, Richard / TOMLİNSON, Hugh,** The Law of Human Rights, Vol. 1, Oxford University Press, 2000.
- Codice Penale spiegato Articolo per Articolo, IX. Edizione, Edizioni Giuridiche Simone, Napoli, 2004.
- **COHEN-JONATHAN, Gérard,** Le Comité européen pour la prévention de la torture et la Déclaration Publique relative à la Turquie, Revue Générale de Droit İnternational Public, 1993/2.
- **COLOMER, D’Amaso Ruiz-Jarabo,** La Proteccion de los Derechos de los Ciudadanos Europeos – Jurisprudencia Reciente del Tribunal de Justicia, in: Les nouveaux Droits de l’Homme en Europe, Bruylant, Bruxelles 1999.
- **CRAIG, Paul/ de BÚRCA, Gráinne,** EU Law – Text, Cases and Materials, Third Edition, Oxford University Press, 2003.

- **ÇAKMUT**, **Özlem Yenerer**, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003.
- **ÇAVUŞOĞLU, Naz**, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları Özel Dizi No. 1, Ankara 1994.
- **ÇETİN, Erol,** Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur – Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları, 2. Baskı, Ankara 2003.
- **ÇOR, Yaşar,** Yargıtayın İşkence ve Kötü Muameleye Bakış Açısı, Polis Dergisi, Cumhuriyet'in 80. Yılına Armağan, Temmuz-Ağustos-Eylül 2003, Yıl 9, Sayı 36.
- **DARENDELİ, Abdulvahap**, İnsan Hakları Açısından İşkence Yasağı ve İşkencenin Önlenmesi, Adalet Dergisi, Yıl 90, Sayı 1, Ekim 1999.
- **DEL VECCHİO, Giorgio** (çev. Yetkin, Suut Kemal), Hukuk Felsefesi Dersleri, İstanbul Maarif Matbaası, 1940.
- **DEMİRBAŞ**, **Timur,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2005.
- **DEMİRBAŞ, Timur,** 2003 Türk Ceza Kanunu Tasarı'sının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, Cilt 2 (İnsan Hakları) ('**DEMİRBAŞ,** Hukuk Kurultayı 2004').
- **DEMİRBAŞ, Timur,** İnfaz Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003 ('**DEMİRBAŞ,** İnfaz Hukuku').
- **DEMİRBAŞ, Timur**, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, DEÜHF Yayınları No.71, İzmir 1996 ('**DEMİRBAŞ,** İfade').
- **DEMİRBAŞ, Timur**, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, DEÜHF Yayınları No.23, Ankara 1992 ('**DEMİRBAŞ,** İşkence').
- **DENK, Erdem,** Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda *Jus Cogens* Kurallar, AÜSBFD, Cilt: 56, Sayı: 2, Nisan-Haziran 2001.
- **DOĞAN, İlyas,** Gözaltında Yaşama Hakkına Saygı ve İşkencenin Önlenmesinde Hekimin Rolü ve Sorumluluğu, Polis Dergisi, Cumhuriyet'in 80. Yılına Armağan, Temmuz-Ağustos-Eylül 2003, Yıl 9, Sayı 36.
- **DOĞRU, Osman**, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi (1960-1994), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1999 ('**DOĞRU,** Kararlar').

- **DOĞRU, Osman**, İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı, Beta Yayınları, İstanbul 1998 (‘**DOĞRU,** Mevzuat’).
- **DONAY, Süheyl/ KAŞIKÇI**, **Mahmut,** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul 2004.
- **DÖNER, Ayhan,** Avrupa Birliği/Topluluğu Hukuk Düzeninde İnsan Hakları: Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan (yayına hazırlayan: Akın, Murat Yusuf/Caner, Oğuz); İstanbul 2003 (‘**DÖNER**, Temel Haklar Şartı’).
- **DÖNER, Ayhan,** İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003 (‘**DÖNER,** Uluslararası Alanda Koruma’).
- **DÖNMEZER, Sulhi,** Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Nurullah KUNTER’E Armağan, İstanbul 1998 (‘**DÖNMEZER**, Suçsuzluk Karinesi’).
- **DÖNMEZER, Sulhi,** Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Onbeşinci Bası, İstanbul 1998 (‘**DÖNMEZER**, Kişilere’).
- **DÖNMEZER, Sulhi**, İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi, Dünyadaki ve Türkiye’deki Durumu, İnsan Hakları ve Yargı (Sorunlar ve Çözümler), T.C.Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 1998 (‘**DÖNMEZER**, İnsan…’).
- **DÖNMEZER, Sulhi,** Özel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1984 (‘**DÖNMEZER**, Özel Ceza’).
- **DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir,** Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Cilt: I, Onikinci Bası, İstanbul 1997 (‘**DÖNMEZER/ERMAN**, Cilt: I’).
- **DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II, 11. Basım, Beta AŞ, İstanbul 1997 (‘**DÖNMEZER/ERMAN**, Cilt: II’).
- **DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir,** Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Cilt: III, Onbirinci Bası, İstanbul 1994.
- **ER, Deniz Erol,** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Hukukumuzda Sanık Hakları, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.
- **ERDEM, Mustafa Ruhan,** Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Ankara 2001.

- **ERDOĞAN, Yüksel/ BEYAZTAŞ YÜCEL, Fatma,** Ceza Yargılaması Hukukunda Susma Hakkı, İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 67, Sayı: 1, Ocak 2002.
- **EREM, Faruk,** Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Cilt: II, Ankara 1993 ('**EREM**, Şerh').
- **EREM, Faruk,** Susma Hakkı, YD, Cilt: 18, Sayı: 3, Temmuz 1992 ('**EREM**, Susma Hakkı').
- **EREM, Faruk**, İşkence, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 1988, Sayı 2 ('**EREM**, İşkence').
- **EREM, Faruk,** Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt: III, Üçüncü Baskı, Ankara 1985 ('**EREM**, Özel Hükümler').
- **EREM, Faruk**, Adalet Psikolojisi, 7. Bası, Ankara 1977 ('**EREM**, Adalet Psikolojisi').
- **EREM, Faruk / TOROSLU, Nevzat**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 1999.
- **ERGÜL, Ergin,** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, Yargı Yayınevi, Ankara 2003.
- **ERMAN, Barış,** Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.
- **ERMAN, Sahir,** Sentez Raporu, Prof. Dr. Nurullah KUNTER'e Armağan, İstanbul 1998 ('**ERMAN**, Sentez Raporu').
- **ERMAN, Sahir / ÖZEK**, **Çetin**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994 ('**ERMAN/ÖZEK**, Kişilere').
- **ERMAN, Sahir/ ÖZEK, Çetin,** Ceza Hukuku Özel Bölüm – Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1992 ('**ERMAN/ÖZEK**, Kamu İdaresi').
- **ERMAN, Sahir**, Sahtekârlık Suçları, Ticarî Ceza Hukuku-III, Beşinci Bası, İstanbul 1987 ('**ERMAN,** Sahtekârlık').
- **ERMİŞ, Münip**, İfade ve Örgütlenme Özgürlüğü Açısından Tasarı, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar (editör: ERGÜL, Teoman), Ankara 2004.
- **ERSOY, Yüksel,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002.

- **ERYILMAZ, Bedri,** Yeni Yakalama, Gözaltı ve İfade Alma Yönetmeliğine Getirilen Eleştirilere Bir Eleştiri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 1999/2, Yıl: 12.
- **ERYILMAZ, M. Bedri,** Arrest and Detention Powers in English and Turkish Law and Practice in the Light of the European Convention on Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague- Netherlands, 1999, s. 127 (‘**ERYILMAZ**, Arrest…’).
- European Union Annual Report on Human Rights 2000, Council of the European Union 11317/00.
- **EVANS, Malcolm/ MORGAN, Rod,** The European Convention for the Prevention of Torture: 1992-1997, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 46, July 1997 (‘**EVANS/MORGAN**, ECPT 1992-1997’).
- **EVANS, Malcolm/ MORGAN, Rod,** The European Torture Committee: Membership Issues, European Journal of International Law, Volume 5, No. 2, 1994
- **EVANS, Malcolm/ MORGAN, Rod,** The European Convention for The Prevention of Torture: Operational Practice, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 41, July 1992 (‘**EVANS/MORGAN,** Operational Practice’)
- **FESSLER, D.M.T**, The implications of starvation induced psychological changes for the ethical treatment of hunger strikers, Journal of Medical Ethics, Vol. 29/4, August 2003.
- **FEYZİOĞLU, Metin,** Terbiye ve İnzibat Vasıtalarını Kötüye Kullanma ve Aile Bireylerine Karşı Fena Muamelede Bulunma Suçları, AÜHFD, Cilt 50, Sayı 1, 2001 (‘**FEYZİOĞLU**, Aile Bireylerine…’).
- **FEYZİOĞLU**, **Metin**, Açlık Grevi, AÜHFD, C. 43, Sayı 1-4, YIL? (‘**FEYZİOĞLU**, Açlık Grevi’).
- **FEYZİOĞLU, Metin,** Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 1996 (‘**FEYZİOĞLU**, Tanıklık’).
- **FİNCANCI, Şebnem Korur,** İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı (Sempozyum), Ankara 2004.

- **GAETA, Paola,** May Necessity Be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists?, Journal of International Criminal Justice, Vol. 2, 2004 (‘**GAETA,** Necessity’).
- **GAETA, Paola,** *Ratione Materiae* Immunities of Former Heads of State and International Crimes: The *Hissène Habré* Case, Journal of International Criminal Justice, Vol. 1, 2003 (‘**GAETA**, Immunities’).
- **GARLİCKİ, Lech,** The Right to Physical Integrity under the European Convention on Human Rights, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı (Sempozyum), Ankara 2004.
- **GASSER, Hans-Peter,** Right to Life and Prohibition of Torture and Other Forms of Ill-Treatment in International Human Rights and Humanitarian Law, İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk Bağlamında İşkence Yasağı ve Yaşam Hakkı, İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yayını: 10, İzmir 1997.
- **GEMALMAZ, Mehmet Semih,** İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002 (‘**GEMALMAZ**, Belgeler’)
- **GEMALMAZ, Mehmet Semih,** Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002 (‘**GEMALMAZ**, Yaşam Hakkı…’).
- **GEMALMAZ, M. Semih,** Konu Hakkında Genel Değerlendirme, İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk Bağlamında İşkence Yasağı ve Yaşam Hakkı, İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yayını: 10, İzmir 1997.
- **GEMALMAZ, Mehmet Semih,** Yargıtay’ın İşkence Suçuna Bakış Açısı, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, Cilt: XIX, Sayı: 181, Temmuz 1995 (‘**GEMALMAZ**, Yargıtay’ın…).
- **GEMALMAZ, M. Semih**, Latin Amerika’da İnsan Hakları, 3. Baskı, Kavram Yayınları, İstanbul 1994 (‘**GEMALMAZ,** Latin Amerika’da İnsan Hakları’).
- **GEMALMAZ, Semih**, Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, 2. Baskı, Kavram Yayınları, İstanbul 1994 (‘**GEMALMAZ,** İşkence Yasağı’).
- **GEMALMAZ, M. Semih**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda İşkencenin Önlenmesi, Amaç Yayıncılık, İstanbul 1990 (‘**GEMALMAZ,** İşkencenin Önlenmesi’).

- **GEMALMAZ, Mehmet Semih,** Bir İnsan Hakkı İhlali: Ölüm Bekleyişi Olgusu, MHB, Yıl 10, Sayı 1-2, 1990 (‘**GEMALMAZ,** Ölüm Bekleyişi Olgusu’).
- **GEMALMAZ, Mehmet**, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 9, Sayı 1, 1989 (‘**GEMALMAZ,** Afrika Komisyonu’).
- **GIBSON, S. John**, Dictionary of International Human Rights Law, The Scarecrow Press, Inc., Lanham, Md.,&London 1996.
- **GİFFARD, Camille** (çev. Cengiz O. Kemal)**,** İşkencenin Rapor Edilmesi El Kitabı, Essex Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi, İzmir 2001.
- **GİNTHER, Konrad**, The European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, European Journal Of International Law, Vol. 2, No. 1, 1991.
- **GİRİTLİ, İsmet/ BİLGEN, Pertev/ AKGÜNER, Tayfun**, İdare Hukuku, İstanbul 2001.
- **GOMIEN, Donna/ HARRIS, David/ ZWAAK, Leo,** Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter, Council of Europe Publishing, Germany 1996.
- **GÖÇER, Mahmut,** Uluslararası Hukuk ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002.
- **GÖLCÜKLÜ, Feyyaz**, Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk Bağlamında İşkence Yasağı ve Yaşam Hakkı, İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yayını: 10, İzmir 1997 (‘**GÖLCÜKLÜ,** Yaşam’).
- **GÖLCÜKLÜ, Feyyaz,** Ceza Davasında Şahıs Hürriyeti (Muvakkat Yakalama, Tevkif), Ankara 1958 (‘**GÖLCÜKLÜ**, Şahıs…’).
- **GÖLCÜKLÜ, Feyyaz,** Sanığın Sorgusu ve Sevk Tarzı, AÜSBFD, Cilt: X, Sayı: 2, Haziran 1955 (‘**GÖLCÜKLÜ**, Sanığın’).
- **GÖLCÜKLÜ, A. Feyyaz/ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.
- **GÖREN, Zafer,** Temel Hak Genel Teorisi, Ankara 1995.
- **GÖZLER, Kemal,** İdare Hukuku, Cilt II, Bursa 2003.

- **GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref,** Yönetim Hukuku, 19. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Ekim 2003.
- **GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut,** İdare Hukuku, Cilt 1, Genel Esaslar, 2. Bası, Ankara 2001.
- **GÜLMEZ, Mesut,** Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması, TBB Yayınları, Ankara 2004.
- **GÜNAY, Erhan**, Uygulamalı – Yenileştirilmiş – İçtihatlı – Genelgeli – Notlu-Türk İnfaz Hukuku, Dördüncü Baskı, Ankara 2002.
- **GÜNDAY, Metin,** İdare Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2002.
- **GÜNTHER, Klaus,** Ceza İnfaz Hukukunun İnsan İmgesi, İnfaz Hukukunun Sorunları, Ankara 2001.
- **GÜRİZ, Adnan,** Hukuk Felsefesi, 5. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 1999.
- **HAKERİ, Hakan,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2005 (‘**HAKERİ**, Ceza Hukuku’).
- **HAKERİ, Hakan**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri, Ankara 2003 (‘**HAKERİ**, İhmal’).
- **HAKERİ, Hakan,** Alman Federal Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Işığında Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Kollektif Hakaret, Prof. Dr. Sahir ERMAN’a Armağan, İÜHF Eğ., Öğr.ve Yrd. Vakfı Yayını No: 8, İstanbul 1999.
- **HARRIS DJ/ O’BOYLE M/ WARBRICK, C**, Law of the European Convention on Human Rights, Butterworths, London-Dublin-Edinburgh 1995.
- **HİLGENDORF, Eric** (çev. Bahar Erbil), Hukuk Devletinde İşkence, KhukA, Yıl: 8, Mart 2005.
- Human Rights in International Law, Council of Europe Press, Germany 1992.
- **İÇEL, Kayıhan/ SOKULLU-AKINCI, Füsun/ ÖZGENÇ, İzzet/ SÖZÜER, Adem/ MAHMUTOĞLU, F. Selami/ ÜNVER, Yener**, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, İkinci Bası, İstanbul 2000 (‘**İÇEL**, Suç Teorisi’).
- **İÇEL, Kayıhan/ SOKULLU-AKINCI, Füsun/ ÖZGENÇ, İzzet/ SÖZÜER, Adem/ MAHMUTOĞLU, F. Selami/ ÜNVER, Yener,** İçel Yaptırım Teorisi, 3. Kitap, İstanbul 2000 (‘**İÇEL**, Yaptırım Teorisi’).

- **İÇEL, Kayıhan / DONAY, Süheyl,** Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, 1. Kitap, Üçüncü Bası, İstanbul 1999.
- **İÇEL, Kayıhan,** Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998 ('**İÇEL**, Sorgulamada…').
- **INGELSE, Chris**, The Committee Against Torture: One Step Forward, One Step Back, Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 18, No. 3, 2000.
- İnsan Hakları Hukuku'nda İşkence Yasağı, İzmir Barosu İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yayını: 5, İzmir 1996.
- İnsan Hakları Kararlar Derlemesi cilt 1, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1998.
- İnsan Hakları Kararlar Derlemesi cilt 2, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1998.
- İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi için El Kılavuzu (İstanbul Protokolü), TİHV Yayınları 24, İstanbul 2001.
- **İZVEREN, Âdil,** Hukuk Felsefesi, 2. Baskı, DEÜHF Yayınları No: 45, Ankara 1994.
- **JACOBS, G. Francis/ WHITE, C. A. Robin**, The European Convention on Human Rights, 2nd edition, Clarendon Press, Oxford 1996.
- **JANIS, W. Mark/ KAY, S. Richard/ BRADLEY, W. Anthony**, European Human Rights Law-Text and Materials, Clarendon Press, Oxford, Basım tarihi yok.
- **KABAN, Mater/ AŞANER, Halim/ GÜVEN, Özcan/ YALVAÇ, Gürsel**, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (Eylül 1996-Temmuz 2001), Ankara 2001.
- **KABOĞLU, Ö. İbrahim,** Özgürlükler Hukuku, 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2002.
- **KAİSER, Günther,** Detention in Europe and the European Committee for the Prevention of Torture, European Journal of Crime, Criminal Law and Justice, 1995/1.
- **KAMAY, Behçet Tahsin,** Yalancıyı Bilen Makine (*Polygraph*), İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: XXXVI, Sayı: 4-5-6, 1962.
- **KAPANİ, Münci,** İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, Bilgi Yayınevi, 3. Basım, İstanbul 1996.

- **KAYMAZ, Seydi,** Yasak Sorgu Yöntemi Olarak 'Aldatma', YD, Cilt: 24, Sayı: 1-2, Ocak-Nisan 1998 ('**KAYMAZ**, Aldatma').
- **KAYMAZ, Seydi,** Yasak Sorgu Yöntemi Olarak 'Kanuna Aykırı Menfaat Vaat Etmek', İBD, Cilt 71, Sayı 3, Eylül 1997 ('**KAYMAZ**, Kanuna Aykırı Menfaat…').
- **KENNY, A. Mary/ SILOVE, M. Derrick/ STEEL, Zachary**, Legal and ethical implications of medically enforced feeding of detained asylum seekers on hunger strike, MJA, Vol. 180, March 2004.
- **KESKİN, O. Kadri,** İşkence, Adalet Dergisi, Yıl: 76, Sayı: 3, Mayıs-Haziran 1985.
- **KESKİN, Serap,** Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, İstanbul 1997.
- **KRİSCH, Nico,** ZaöRV (Heidelberg Journal of International Law), Vol. 58/3, 1998.
- **KOCA, Mahmut,** Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı, AÜEHFD, Cilt: IV, Sayı: 1-2, Erzincan 2000 ('**KOCA**, Hukuka Aykırı Deliller').
- **KORKUSUZ, M. Refik,** Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlükler, Özrenk Matbaacılık San. ve Tic. Ltd. Şti, İstanbul 1998.
- **KUNTER, Nurullah/ YENİSEY, Feridun,** Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap, Onikinci Bası, İstanbul 2002 ('**KUNTER/ YENİSEY,** Birinci Kitap')
- **KUNTER, Nurullah/ YENİSEY, Feridun,** Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Kitap, Onikinci Bası, İstanbul 2003 ('**KUNTER/YENİSEY,** İkinci Kitap')
- **LACKNER, Karl/ KÜHL, Kristian**, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, München 2001.
- **LAMBERT, Pierre,** Extradition et expulsion d'étrangers dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, in: Les nouveaux Droits de l'Homme en Europe, Bruylant, Bruxelles 1999.

- **LAURSEN, Andreas,** Israel's Supreme Court and International Human Rights Law: The Judgement on 'Moderate Physical Pressure', NJIL, Vol. 69: 413–447, 2000.
- **LAWSON, Edward**, Encyclopedia of Human Rights, 2nd ed, Taylor&Francis, 1996.
- **LECLERC, Stéphane/ AKANDJİ-KOMBÉ, Jean François/ REDOR, Marie-Joëlle (éditeurs),** L'Union européenne et les droits fondamentaux, Bruylant, Bruxelles 1999.
- **MALKOÇ, İsmail,** Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Cilt, Ankara 2002.
- **MAUTINO, S. Kathrin**, The Convention Against Torture and Other Forms of Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment, Journal of Immigrant Health, Vol. 2 No. 4, 2000.
- Medical and Ethical Aspects of Hunger Strikes in Custody and the Issue of Torture, Extract from the publication "Maltreatment and Torture", in the series Research in Legal Medicine - Volume 19 / Rechtsmedizinische Forschungsergebnisse - Band 19. M. Oehmichen, ed., Verlag Schmidt-Römhild, Lübeck, 1998.
- **MERCONE M.**, Diritto Processuale Penale, XIII. Edizione, Edizione Giuridiche Simone, Napoli, 2005.
- **MERON, Theodor,** Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law, Clarendon Press, Oxford 1989.
- **METİN, Yüksel,** Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, AÜSBFD, Cilt: 57, Sayı: 4, Ekim-Aralık 2002 (Doç. Dr. Cahit Emre'ye Armağan).
- **MOLE, Nuala** (Tercüme: Avrupa Konseyi), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bakımından Mültecilerin Günümüzdeki Mevcut Durumunun Belirli Yönlerinden Kaynaklanan Problemler, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Dosyaları No.9, Ankara 1997.
- **MONTANO, J. Pedro**, La Dignidad Humana Como Bien Jurídico Tutelado por el Derecho Penal http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Montano2.pdf (son erişim: 4.10.2005).

- **MUMCU, Ahmet/ KÜZECİ, Elif,** İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri [Kavramlar, Evrensel ve Ulusal Gelişimleri, Bugünkü Durumları], 3. Baskı, Ankara 2003.
- **NİCOLAY, Claud,** The European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk Bağlamında İşkence Yasağı ve Yaşam Hakkı, İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yayını: 10, İzmir 1997.
- **NOWAK, Manfred**, İşkence, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Ceza Yasağı, İnsan Haklarının İç Hukukta Uygulanması (Hukuksal Kolokyum), AÜSBF Yayınları: 575, Ankara 1992.
- **NUHOĞLU, Ayşe**, İşkence Yasağı ve İşkence Suçu, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayın No.8, İstanbul 1999.
- Occasional Paper The African Court on Human and Peoples' Rights – Presentation, analysis and commentary: The Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights, establishing the Court, APT, Geneva 2000 ('Occasional Paper').
- **ODER, Burak,** (Tekinalp/Tekinalp) AB Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2000.
- **ODMAN, M. Tevfik,** Mülteci Hukuku, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 15, Ankara 1995.
- **OWEY, Clare/ WHITE, C.A. Robin,** Jacobs & White, The European Convention on Human Rights, Third Edition, Oxford University Press, New York, 2002.
- **ÖNDER, Ayhan,** Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992 ('**ÖNDER**, Ceza Hukuku Dersleri').
- **ÖNDER, Ayhan,** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 1994 ('**ÖNDER**, Ceza Özel').
- **ÖNDER**, **Ayhan**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994 ('**ÖNDER**, Şahıslara').
- **ÖNDÜL, Hüsnü**, İnsancıl Hukuka Giriş İnsan Haklarının Kavramsal Temelleri, İnsan Hakları Derneği Yayınları, Ankara 2000.

- **ÖNOK, R. Murat,** Türkiye'ye Yönelik Dış Destekli Terör Eylemleri Sebebiyle Yabancı Devlet veya Organlarına Karşı Hukuki Girişimler, HPD, Sayı 4, Ağustos 2005 ('**ÖNOK**, Terör').
- **ÖNOK, R. Murat,** 5237 sayılı Yeni TCK'ya Göre Uluslararası Suçlar, HA, Yıl 2, Sayı 5, Bahar 2005 ('**ÖNOK,** Uluslararası Suçlar').
- **ÖNOK, R. Murat,** Savaşın Yasaklanma ve Cezalandırılma Süreci, HPD, Sayı 2, Nisan 2005, s. 21 ('**ÖNOK**, Savaşın…').
- **ÖNOK, R. Murat,** Avrupa Birliği, Amerika Birleşik Devletleri ve Uluslararası Ceza Divanı, Hukuk ve Adalet, Yıl 1, Sayı 3, Temmuz-Eylül 2004 ('**ÖNOK**, AB-ABD-UCD').
- **ÖNOK, R. Murat,** Tarihî Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı, Turhan Kitabevi, Ankara 2003 ('**ÖNOK**, Tarihî…).
- **ÖZBUDUN, Ergun,** International Instruments for the Prevention of Torture and Turkey, RDH/HRR, January 1992, Vol. 1/No.1.
- **ÖZEK, Çetin,** Adliyeye Karşı Suçların Hukuki Konusu, İÜHFM, Prof. Dr. Türkân Rado'ya Armağan, Cilt: LV, 1997/3.
- **ÖZEN, Muharrem,** İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Bağlamında Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağına İlişkin İç Hukuktaki Düzenlemeler ve Uygulamadaki Sorunlar, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı (Sempozyum), Ankara 2004.
- **ÖZBEK, Veli Özer,** Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı- Gerekçeli-İçtihatlı), Cilt 1, 2. Baskı, Ankara 2005 ('**ÖZBEK**, TCK İzmir Şerhi').
- **ÖZGEN, Eralp**, İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 2, Yıl 1988.
- **ÖZGENÇ, İzzet,** Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005 ('**ÖZGENÇ**, TCK Gazi Şerhi').
- **ÖZGENÇ, İzzet,** Suça İştirakin Hukukî Esası ve Faillik, İstanbul 1996 ('**ÖZGENÇ,** Suça İştirak').
- **ÖZGENÇ, İzzet/ ŞAHİN, Cumhur,** İşkence Suçu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: IV, Sayı 1-2; Haziran-Aralık 2000, Ankara 2003 ('**ÖZGENÇ/ŞAHİN**, İşkence').

- **ÖZGENÇ, İzzet/ ŞAHİN, Cumhur,** Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2001 (‘**ÖZGENÇ/ŞAHİN**, Ceza Hukuku’).
- **ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖZBEK, Veli Özer,** Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004 (‘**ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK**, Ceza Muhakemesi’).
- **ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖZBEK, Veli Özer,** Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2003 (‘**ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK**, Ceza Hukuku’).
- **ÖZTÜRK, Bahri,** Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Delil Yasakları, HPD, Sayı 3, Nisan 2005 (‘**ÖZTÜRK**, YCMK’).
- **ÖZTÜRK, Bahri**, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller, Yasak Kanıtlar, Ankara 1995 (‘**ÖZTÜRK**, Delil Yasakları’).
- **ÖZTÜRK, Bahri,** CMUK Reformu ve Delil Yasakları, SÜHFD, Cilt: 4, Sayı: 1-2, 1994.
- **PARLAR, Ali/ DEMİREL, Güleç,** Açıklamalı – İçtihatlı Kişilerin Hayatına ve Beden Bütünlüğüne Karşı Suçlar, Ankara 2002.
- **PARRY, T. John,** What is Torture, Are We Doing It, And What If We Are?, University of Pittsburgh Law Review, Vol. 64:237, 2003.
- **PAZARCI, Hüseyin,** Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara 2003 (‘**PAZARCI**, Uluslararası Hukuk’).
- **PAZARCI, Hüseyin**, Uluslararası Hukuk Dersleri IV. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara 2000 (‘**PAZARCI**, IV. Kitap’).
- **PAZARCI, Hüseyin**, Uluslararası Hukuk Dersleri I. Kitap, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1997 (‘**PAZARCI,** I. Kitap’).
- **PÉREZ MACHÍO**, **Ana I.**, Concreción del Concepto Jurídico de “Mobbing”, Bien Jurídico Lesionado y Su Tutela Jurídico-Penal, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2004, núm. 06-06, p. 06:1 -06:64 (http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-06.pdf, son erişim 1.9.2005).
- **PETTİTİ, Louis-Edmond/ DECAUX, Emmanuel/ İMBERT, Pierre-Henri**, La Convention Européenne des Droits de l’Homme, Economica, Paris 1995.

- **PITIRLI, Ali,** Uluslararası ve Ulusal Hukukta İşkenceyi Yasaklayan Düzenlemeler ve İçişleri Bakanlığı, Türk İdare Dergisi, Yıl 68, Sayı 411, Haziran 1996.
- **PITIRLI, Ali,** İşkencenin ve Gayri İnsani ya da Küçültücü Ceza ve Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi ve İç Hukukumuz, Türk İdare Dergisi, Yıl 62, Sayı 386, Mart 1990 ('**PITIRLI**, Avrupa Sözleşmesi').
- **REİSOĞLU, Safa**, Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları, Beta Yayınları, İstanbul 2001.
- **ROBERTSON, David,** A Dictionary of Human Rights, Europa Publications Limited, London 1997.
- **RUDOLF, Beate,** International Decisions, AJIL, Vol. 92, 1998.
- **SABATİNİ, Giuseppe** (çev. Tosun, Öztekin), Poligraf ve Vicdan Hürriyeti, İÜHFM, Cilt: XXVIII, Sayı 2, İstanbul 1962.
- **SANCAR, Türkân Yalçın,** İşkence Yapan Kamu Personeline Rücu Sorunu, AÜSBFD, Cilt: 57, Sayı: 4, Ekim-Aralık 2002 (Doç. Dr. Cahit Emre'ye Armağan).
- **SANDS, Philippe/ MACKENZİE, Ruth/ SHANY, Yuval,** Manual on International Courts and Tribunals, Butterworths, London-Edinburgh-Dublin, 1999.
- **SANZ, Jesús Barquín**, Sobre el Delito de Grave Trato Degradante del Art. 173 CP Comentario de la Sts (2ª) 2101/2001, de 14 de Noviembre**,** Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2002, núm. 04-j04, p. j0 4:1-j04:10 (http://criminet.ugr.es/recpc/jp04/recpc04-j04.pdf, son erişim 10.9.2005).
- **SARIHAN, Şenal,** İşkencenin Önlenmesi ve Savunma Hakkı, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, Cilt XVI, Sayı: 141, Mart 1992.
- **SAVAŞ, Vural/ MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık,** Türk Ceza Kanununun Yorumu, 2. Cilt, 3. Baskı, Ankara 1999.
- **SCHABAS, A. William,** An Introduction to the International Criminal Court, Cambridge University Press, 2001.
- **SCOTT, George Ryley**, İşkencenin Tarihi, Dost Kitabevi, Ankara 2001.

- **SEVÜK YOKUŞ, Handan**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, TBB Dergisi, Say 57, 2005.
- Sığınma ve Mülteci Konularındaki Uluslararası Belgeler ve Hukuki Metinler, BM Mülteciler Yüksek Komiserliği Türkiye Temsilciliği, Ankara 1998.
- **SOKOLLU-AKINCI, R. Füsun,** Polis – Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi – Polis Alt-Kültürü ve İnsan Hakları, İstanbul 1986.
- **SOYASLAN, Doğan,** Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara 2005 ('**SOYASLAN**, Ceza Özel, 5. Baskı').
- **SOYASLAN, Doğan,** Hukuka Aykırı Deliller, AÜEHFD, Cilt: VII, Sayı: 3-4, Erzincan 2003 ('**SOYASLAN**, Hukuka Aykırı Deliller').
- **SOYASLAN, Doğan,** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2002 ('**SOYASLAN**, Ceza Özel, 4. Baskı').
- **SOYASLAN, Doğan,** Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku, Ankara 2000 ('**SOYASLAN**, Ceza Muhakemeleri').
- **SOYASLAN, Doğan**, Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu, Yargıtay Dergisi, Temmuz 1990 ('**SOYASLAN**, Açlık Grevi').
- **SÖZÜER, Adem/ ERMAN, R. Barış**, Uluslararası Ceza Divanı, İstanbul Üniversitesi Adalet Yüksekokulu 20.Yıl Armağanı, İstanbul 2000.
- **SPİNEDİ, Marina,** State Responsibility v. Individual Responsibility for International Crimes: *Tertium Non Datur*?, European Journal of International Law, Vol. 13, No. 4, 2002.
- **SUDRE, Frédéric**, Droit İnternational et Européen des Droits de l'Homme, Presses Universitaires de France, Paris 1995.
- **SUNAY, Reyhan;** İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2001.
- **SUR, Melda**, Uluslararası Hukukun Esasları, DEÜ Yayını, İzmir 2000.
- **ŞAHİN, Cumhur,** İkrar ve Savunma Hakkı, Ceza Hukuku Reformu, Yayınlayan: Umut Vakfı, İstanbul 2001 ('**ŞAHİN**, İkrar').

- **ŞAHİN, Cumhur,** Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller ve Değerlendirilmeleri Sorunu, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998 (**ŞAHİN**, Yargıtay…').
- **ŞAHİN, Cumhur,** Sorgu Müessesesine İlişkin Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Değişikliklerinin Genel Bir Değerlendirmesi, Prof. Dr. Halil CİN'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995.
- **ŞAHİN, Cumhur,** Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994 ('**ŞAHİN,** Sanığın Sorgulanması').
- **ŞAHİN, İlyas,** Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma, Ankara 2003 ('**ŞAHİN**, Yakalama').
- **ŞEN, Ersan,** Türk Ceza Hukuku İstanbul 2002 ('**ŞEN**, Ceza Hukuku').
- **ŞEN, Ersan,** Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, İstanbul 1998 ('**ŞEN**, Hukuka Aykırı').
- **ŞİMŞEK, Oğuz,** Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üni. Sos. Bil. Enstitüsü, İzmir 1999.
- **SÖZÜER, Adem/ ERMAN, R. Barış**, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağanı, İstanbul 2001.
- **TANCA, Antonio,** The Public Statement on Turkey by the European Committee for the Prevention of Torture, European Journal of International Law, Volume 4, No.1, 1993.
- **TANÖR, Bülent,** Kişi Dokunulmazlığı, İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000 ('**TANÖR,** Kişi Dokunulmazlığı').
- **TANÖR, Bülent**, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, BDS Yayınları, İstanbul 1990 ('**TANÖR**, Türkiye'nin').
- **TARHANLI, Turgut,** Birleşmiş Milletler Örgütü ve İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin Başlıca Usuller, İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000.
- **TAŞDEMİR, Kubilay/ ÖZKEPİR, Ramazan,** Son Değişikliklerle İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Adil Yayınevi, Ankara 2000.

- **TEZCAN, Durmuş**, Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı, Hukuk Kurultayı 2000, Cilt 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2000 (‘**TEZCAN**, Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı’).
- **TEZCAN, Durmuş**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Türkiye Hakkında Yapılan Kişisel Başvuruların Mahiyeti ve İrdelenmesi, Polis Dergisi, Sayı 15, 1998 (‘**TEZCAN**, Kişisel Başvuruların’).
- **TEZCAN, Durmuş,** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Adli Kolluk, Ceza Adalet Sistemi ve Polis Sempozyumu, 6-8 Mayıs 1998, Polis Akademisi, Emniyet Genel Müdürlüğü Basımevi, Ankara 1998 (‘**TEZCAN**, Adlî Kolluk’).
- **TEZCAN, Durmuş**, Uluslararası Suçları Kovuşturmada Katedilen Yol: Uluslararası Nüremberg Askeri Mahkemesi’nden Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesine, Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul 1997 (‘**TEZCAN,** EYUCM’).
- **TEZCAN, Durmuş**, Ölüm Cezasını Gerektiren Suçlarda Suçluların Geri Verilmesi Sorunu, AÜSBF Dergisi, Cilt 38, No.1-4 (Ocak-Aralık 1983), Ankara 1984 (‘**TEZCAN,** Ölüm Cezasını’).
- **TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap – Makaleler, Görüşler, Raporlar (editör: Teoman Ergül), TBB Yayınları: 71, Ankara 2004 (‘**TEZCAN/ERDEM,** Ceza Hukuku Reformu İkinci Kitap’).
- **TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan,** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2. Bası, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir 2003 (‘**TEZCAN/ERDEM,** Ceza Özel’).
- **TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ SANCAKDAR, Oğuz**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, 2. Baskı, Ankara 2004.
- **THURSTON, Robert W.;** The Rise and Fall of Judicial Torture: Why It Was Used in Early Modern Europe and the Soviet Union, Human Rights Review, July-September 2000.

- **TOROSLU, Nevzat/ ERSOY**, **Yüksel**, Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap – Makaleler, Görüşler, Raporlar (editör: Teoman Ergül), TBB Yayınları: 71, Ankara 2004.
- **TOROSLU, Nevzat,** Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2003 ('**TOROSLU**, Ceza Muhakemesi').
- **TOROSLU, Nevzat,** Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, Prof. Dr. Hâmide Topçuoğlu'na Armağan, Ankara 1995 ('**TOROSLU**, Hukuka Aykırı…').
- Torture in the Eighties, Amnesty International Report, London 1984.
- **TOSUN, Öztekin,** Narko-Analiz ve Ceza Hukuku, İÜHFM, Cilt: XXIX, Sayı: 1-2, İstanbul 1963.
- **TOSUN, Öztekin/ GÜRELLİ, Nevzat,** Heyecan Göstergesi ile Yalanın Bulunması ve Ceza Hukuku, İÜHFM, Cilt: XXX, Sayı: 3-4, İstanbul 1965'ten ayrı bası.
- **TRÖNDLE, Herbert/ FİSCHER, Thomas**, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, München 2003.
- **TURHAN, Faruk,** Türk Ceza Kanunu'nun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK, HPD, Sayı 4, Ağustos 2005, s. 202 ('**TURHAN**, Evrensellik').
- **TURHAN, Faruk,** Yeni Türk Ceza Kanunu'na göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması, HPD, Sayı 3, Nisan 2005 ('**TURHAN**, Uluslararası Suçlar')
- **TURHAN, Faruk,** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Suçluların İadesinde Ölüm Cezası ve Avrupa İnsan Hakları Divanının Soering Kararı, Yargıtay Dergisi, Cilt 24, Sayı 1-2, Ocak-Nisan 1998 ('**TURHAN**, Soering Kararı').
- Türk Ceza Kanunu Öntasarısı (İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonunda Hazırlanan Metin), Ankara 1989.
- Türk Hukuk Lügatı, Ankara 1944.
- Türkiye'de İşkence Hukuki Bir Yaklaşım, New York Barosu Uluslararası İnsan Hakları Komitesi, Belge Yayınları, İnsan Hakları Dizisi: 4, İstanbul 1991.

- **UGAR, Erdal,** Burden and standard of proof in proceedings under the European Convention, reprinted from European Law Review Human Rights Survey, Vol. 26/1, 2001.
- U.S. Department of Justice Office of Legal Counsel, MEMORANDUM FOR JAMES B. COMEY DEPUTY ATTORNEY GENERAL of 30.12.2004, (Legal Standards Applicable Under 18 U.S.C. §§ 2340-2340A).
- **ÜNAL, Şeref**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No: 89, Ankara 2001 ('**ÜNAL,** AİHS').
- **ÜNAL, Şeref**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Aksoy-Türkiye Davasına İlişkin 18 Aralık 1996 Tarihli Kararı, Yargıtay Dergisi, Cilt 23 Sayı 3, Temmuz 1997 ('**ÜNAL,** Aksoy Davası').
- **ÜZÜLMEZ, İlhan,** Yeni Türık Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu, Hukuk ve Adalet, Yıl 2, Sayı 5, Bahar 2005 ('**ÜZÜLMEZ**, HA 5').
- **ÜZÜLMEZ, İlhan,** Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Ankara 2003 ('**ÜZÜLMEZ**, İşkence').
- **van DİJK P./van HOOF G.J.H.,** Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston 1998.
- **VİCENTE MARTÍNEZ, Rosario/ BENÍTEZ JÍMENEZ**, **Maria José**, Estudio Jurídico y Criminológico del Delito de Malos Tratos en Castılla-La Mancha, Centro de Investigación en Criminología Informe nº 6 (1999) (http://www.uclm.es/criminologia/pdf/06_1999.pdf, son erişim1.9.2005).
- **WALLACE, Rebecca**, International Human Rights Text and Materials, Sweet&Maxwell, London 1997.
- **WEBER, Albrecht,** The European Charter of Fundamental Rights, German Yearbook of International Law, Vol. 43, 2000.
- **WEİSSBRODT, David,** UN Implementation of the International Prohibition against Torture and Fact-Finding in Regard to Torture, İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk Bağlamında İşkence Yasağı ve Yaşam Hakkı, İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yayını: 10, İzmir 1997.

- **WILLIAMS**, **John**, Hunger-Strikes: A Prisoner's Right or a 'Wicked Folly'?, The Howard Journal, Vol. 40, No. 3, August 2001.
- **WILLIAMS, Mark**, Survivors of Torture: Realities, Responsible Care, and Rehabilitation, Journal of Applied Psychoanalytic Studies, Vol. 3, No. 3, 2001.
- **YARSUVAT, Duygun / BAYRAKTAR, Köksal / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi,** Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap – Makaleler, Görüşler, Raporlar (editör: Teoman Ergül), TBB Yayınları: 71, Ankara 2004.
- **YAŞAR, Osman,** İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2001.
- **YENİSEY, Feridun,** İnfaz Hukukunun İnsan Hakları Yönü, İnfaz Hukukunun Sorunları, Ankara 2001 ('**YENİSEY**, İnfaz…').
- **YENİSEY, Feridun,** Ceza Muhakemesinde '*Fair Trial'* İlkesi, İstanbul Barosu CMUK Uygulama Servisi Yayınları, İstanbul 1999 ('**SCHROEDER/ YENİSEY/ PEUKERT**').
- **YENİSEY, Feridun,** Sanık Haklarının Anayasa Mahkemesi Tarafından Korunması, Anayasa Yargısı 12, Ankara 1995 ('**YENİSEY**, Sanık Haklarının').
- **YILMAZ, Alia,** Uluslararası Ceza Hukuku El Kitabı, 2. Bası, Beta, İstanbul 2001.
- Yearbook of the European Convention on Human Rights, Year XII, 1969.
- **YOKUŞ SEVÜK, Handan,** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişimi, AÜEHFD, Cilt: VII, Sayı: 3-4 (Cumhuriyetimizin 80. Kuruluş Yılına Armağan), Erzincan 2003.
- **YURTCAN, Erdener,** Ceza Yargılaması Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2005 ('**YURTCAN**, Ceza Yargılaması').
- **YURTCAN**, **Erdener**, Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu, İstanbul 2004 ('**YURTCAN**, YTCK').
- **YURTCAN, Erdener,** Yargıtay Kararlarının Işığında Hukuka Aykırı Delile Dayanma Yasağı, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998.
- **YÜCE, Turhan Tufan,** Ceza Hukuku Dersleri, Cilt: 1, Manisa 1982.
- **de ZAYAS, M. Alfred;** The Follow-Up Procedure of the UN Human Rights Committee, Review of the International Commission of Jurists, No. 47, 1991.

■ **ZÚÑİGA RODRÍGUEZ, Laura,** El Tipo Penal de Tortura en la Legislación Española, a la Luz de la Jurisprudencia Nacional e İnternacional (www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Zuniga0105.pdf, son erişim 8.8.2005).

■ **ZÜHLKE, Susanne/ PASTİLLE, Jens-Christian,** Extradition and the European Convention - *Soering* Revisited, ZaöRV, Vol. 59/3, 1999.