

**T.C
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI**

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ İLKELERİ İŞİĞİNDA
İŞKENCE YASAĞI VE
TÜRKİYE'DEKİ UYGULAMASI**

Yüksek Lisans Tezi

**Burcu Aykar
068259102**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Sevgi Gül AKYILMAZ**

Ankara-2010

ONAY SAYFASI

Burcu AYKAR tarafından hazırlanan "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İlkeleri Işığında İşkence Yasağı Ve Türkiye'deki Uygulaması" başlıklı bu çalışma, 28.01.2010 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda (oybirliği) ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Kamu Hukuku Ana Bilim Dalında Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.



Prof. Dr. S. Gül AKYILMAZ



Prof. Dr. İlyas DOĞAN



Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

ÖNSÖZ

Bu çalışmamızda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin üçüncü maddesi kapsamında yer alan İşkence Yasağı'nı incelememizin sebebi, işkencenin aslında uzun zamandan beri pozitif hukuk kurallarıyla yasaklanmasına rağmen bu hükümlere pek fazla riayet edilmemesinden dolayı insanların maruz kaldığı mağduriyetin küçümsenemeyecek boyutta olmasındandır. Çalışmamız boyunca işkencenin tanımından başlayarak ilgili uluslar arası düzenlemeler, anayasal düzenlemeler, Türk Ceza Kanunu düzenlemeleri, Ceza Muhakemesi Kanunu düzenlemelerine yer vererek işkence yasağı hakkında bilgiler verilecektir.

Çalışmamızın ilk bölümünde "İşkence Kavramı, İşkencenin Amacı, Tarihçesi ve Uluslararası Belgelerdeki Yeri" ele alınacaktır. Çalışmamızın ikinci bölümü ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde işkence yasağına ayrılmıştır. Çünkü Sözleşmenin getirdiği kurallar ve bu çerçevede mahkemenin tespit ettiği ilkelerin, bugün için Avrupa kamu düzeninin temel standartlarını belirlediği kabul edilmektedir. Sözleşmede tanınan hakların kapsamı, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin insan hakları konusunda gözetmekle yükümlü olduğu asgari müşterehi yansıtmaktadır.

Nihayet, çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde, Türk Ceza Hukukundaki işkence suçuna yer verilmiştir. Suç tipi incelenirken, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu esas alınmıştır.

Bu ilkeler çerçevesinde yürütülen çalışmanın sonuç bölümünde, ana metinde ortaya konulan ilke ve değerlendirilmelerden varılan sonuçlar ve bu doğrultuda, TCK'daki hükmün doğru bir şekilde uygulanabilmesi için dikkate alınması gereken hususlara yer verilmeye çalışılmıştır. Çalışmamızda yararlanılan eserler Kaynakça'da listelenmiştir.

İÇİNDEKİLER

| | |
|-------------------|-------------------------|
| | <u>Sayfa No:</u> |
| ÖNSÖZ | i |
| İÇİNDEKİLER | ii |
| KISALTMALAR | vi |
| GİRİŞ | 1 |

BİRİNCİ BÖLÜM

TARİHSEL GELİŞİMİ İÇERİSİNDE İŞKENCE KAVRAMI, İŞKENCENİN ULUSLARARASI BELGELERDEKİ YERİ

| | |
|---|----|
| I. GENEL OLARAK İŞKENCE KAVRAMI | 4 |
| II. İŞKENCENİN TARİHİ GELİŞİMİ | 8 |
| III. İŞKENCENİN ÇEŞİTLİ ULUSLARARASI BELGELERDEKİ YERİ VE BU ALANDAKİ KURULUŞLAR | 13 |
| A. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi..... | 14 |
| B. Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi | 15 |
| C. İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı Veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi | 16 |
| D. İşkencenin ve İnsanlık Dışı Veya Onur Kırıcı Muamele Ve Cezanın Önlenmesi İçin Avrupa Sözleşmesi | 17 |
| E. İnsancıl Hukuk ve Uluslararası Ceza Hukukuna Yönelik Belgeler..... | 18 |
| 1. Cenevre Sözleşmeleri | 18 |
| 2. Savaş Hukukuna İlişkin Belgeler..... | 20 |
| 3. Uluslararası Kızıl Haç Komitesi | 20 |
| 4. Uluslararası Ceza Divanı | 21 |

| | |
|---|-----------|
| F. Uluslararası Örgütler Bünyesindeki Belgeler | 22 |
| 1. BM İstanbul Protokolü | 22 |
| 2. BM İşkence Özel Raportörü | 23 |
| 3. Avrupa Konseyi Belgeleri | 26 |
| 4. Avrupa Birliği'ne Yönelik Belgeler | 27 |
| 5. Avrupa Güvenlik Ve İşbirliği Teşkilatı Belgeleri..... | 30 |
| 6. Amerika Kıtasına Yönelik Belgeler | 31 |
| 7. Afrika Kıtasına Yönelik Araçlar..... | 35 |
| 8. Arap Ve İslam Dünyasına Yönelik Belgeler | 36 |

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE İŞKENCE YASAĞI

| | |
|--|-----------|
| I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ..... | 38 |
| II. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN ÜÇÜNCÜ MADDESİ..... | 42 |
| A. Üçüncü Madde Hakkında Genel Bilgi..... | 42 |
| B. Üçüncü Maddede Yer Alan Bazı Kavram ve Unsurlar..... | 47 |
| 1. İşkence Kavramı | 48 |
| 2. İnsanlık Dışı Muamele Veya Ceza Kavramı | 50 |
| 3. Küçük Düşürücü Muamele Veya Ceza Kavramı..... | 52 |
| IV. MADDENİN UYGULANABİLİRLİK KRİTERLERİ..... | 56 |
| V. ÜÇÜNCÜ MADDE YÖNÜNDEN BAZI ÖNEMLİ HUSUSLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ | 60 |
| A. Hapis Cezasının İnfazında İşkence Yasağı Uygulaması | 61 |
| B. Ölüm Cezası ve İşkence Yasağı Uygulaması..... | 70 |
| C. Bedensel Cezalar ve İşkence Yasağı Uygulaması | 75 |

| | |
|--|----|
| D. Kolluk Faaliyetleri ve İşkence Uygulaması | 77 |
| E. Suçluların İadesi, Sınır Dışı Edilmesi ve İşkence Yasağı Uygulaması..... | 82 |
| F. Ülkeye Kabul Ve İşkence Yasağı Uygulaması | 91 |
| G. Zorla Tedavi, Açlık Grevi, Zorla Besleme, Sosyal/Ekonomik Koşullar ve İşkence Yasağı | 91 |
| H. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye Hakkında Verdiği Somut İhlal Karar Örnekleri | 97 |

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞKENCE YASAĞI'NIN TÜRKİYEDEKİ UYGULAMASI

| | |
|--|-----|
| I. İŞKENCE SUÇUNUN MEVZUATTAKİ YERİ | 101 |
| A. Türk Ceza Hukuku'nda İşkence Suçu | 101 |
| B. Türk Ceza Hukuku'nda İşkencenin Tarihsel Süreçte Düzenlenişi..... | 104 |
| C. Türk Ceza Kanunu'nda Eziyet Suçu..... | 106 |
| D. Eziyet Suçunun Benzer Suçlardan Farkı | 107 |
| E. İşkence Suçunun Benzer Suçlardan Farkı..... | 109 |
| II. YTCK MD. 94 İLE KORUNAN HUKUKİ YARAR | 111 |
| III. SUÇUN FAİL VE MAĞDURU | 115 |
| IV. SUÇUN KANUNİ UNSURU | 118 |
| V. SUÇUN MADDİ UNSURU | 118 |
| VII. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU | 128 |
| A. Görevin İfası..... | 129 |
| B. Meşru Savunma Hali..... | 130 |
| C. Zorunluluk Hali | 130 |

| | |
|---|-----|
| D. Hakkın Kullanılması Hali | 131 |
| VIII. SUÇUN MANEVİ UNSURU | 132 |
| VI. İŞKENCE SUÇUNUN DELİL YASAKLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ | 133 |
| A. Yasak İfade Alma Ve Sorgu Usulleri | 134 |
| 1. Kötü Davranma | 136 |
| 2. İlaç Verme..... | 137 |
| 3. Aldatma..... | 138 |
| 4. Cebir ve Tehdit..... | 138 |
| 5. Kanuna Aykırı Vaad Elde Etme | 139 |
| B. Yasak İfade ve Sorgu Yöntemleri Ve İşkence..... | 139 |
| IX. SUÇUN BAZI GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ | 141 |
| A. Teşebbüs..... | 141 |
| B. İştirak..... | 142 |
| C. İşkence Suçunda İçtima | 144 |
| D.Ceza Kanunu Açısından İşkence Suçunun Yaptırımı..... | 146 |
| X. ÜLKEMİZDE İŞKENCENİN ÖNLENMESİ İÇİN ALINAN TEDBİRLER..... | 150 |
| A. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği Çerçevesinde Alınan Tedbirler..... | 150 |
| B.CMK 148/4 Çerçevesinde Alınan Tedbirler | 153 |
| SONUÇ | 156 |
| KAYNAKLAR | 159 |
| ÖZET..... | 170 |
| ABSTRACT | 171 |

KISALTMALAR

| | | |
|-------|---|--|
| AİHS | : | Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi |
| AİHM | : | Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi |
| İHEB | : | İnsan Hakları Evrensel Bildirisi |
| BM | : | Birleşmiş Milletler |
| RG | : | Resmi Gazete |
| UCD | : | Uluslararası Ceza Divanı |
| md | : | madde |
| s. | : | sayfa |
| AGİT | : | Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı |
| TBMM | : | Türkiye Büyük Millet Meclisi |
| ABD | : | Amerika Birleşik Devletleri |
| YTCK | : | 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu |
| CMK | : | 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu |
| ETCK | : | 765 sayılı Türk Ceza Kanunu |
| bkz | : | bakınız |
| TÜBA | : | Türkiye Bilimler Akademisi |
| İÜHF | : | İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| DEÜHF | : | Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| AÜSBF | : | Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi |
| AB | : | Avrupa Birliği |
| TBB | : | Türkiye Barolar Birliği |
| vd | : | ve devamı |

GİRİŞ

İşkence yasağı, yaşama hakkı gibi uluslararası hukukun üstün temel ilkelerinden birisidir. İşkence yasağı insanın fiziksel ve zihinsel vücut bütünlüğünü korumayı amaçlayarak bireyin işkence ve kötü muamele biçimlerinden uzak yaşayabilme hakkına dayanmaktadır. Günümüzde yaşanan gelişmeler sonucu bütün dünya devletleri işkenceyi yasaklamışlardır. Ancak işkence yasak olmasına rağmen günümüzde üstü örtülü ve gayri meşru bir olgu olarak devam etmektedir.

Bu çerçevede ülkemizin bir parçası olduğu Avrupa Konseyi'nin siyasi ahlakının görünümündeki ortak Avrupa kamu düzenine temel oluşturan insan haklarına dayalı çoğulcu demokratik düzen, İnsan Hakları Sözleşmesi'ne de yansımıştır. İşkenceyi yasaklayan Sözleşmenin denetim organlarınc, vakalarda nasıl uygulandığı ve yorumlandığı araştırılmaya değerdir.

İkinci Dünya Savaşından sonra Batı Avrupa, modern yaşamın farklı yönlerini düzenlemeye ve bu konuda eşgüdümü sağlamaya yönelik uluslararası mekanizmalar yaratan ilk bölge olmuştur. Bu çerçevede bir İnsan Hakları Şartı düşüncesi 1948'te Lahey'de Avrupa'nın birliğini sağlamaya yönelik olarak toplanan Avrupa Kongresinde ortaya koyulmuştur. Kongrenin aldığı kararlarda böyle bir şartın hazırlanması ve buna riyeti denetlemeye yönelik bir de mahkemenin kurulması gerekliliğine yer verilmiştir.

Avrupa Birliği işleyişine hakim olacak ana ilkeleri belirleyecek bildiri de, bu kuruluşa üye olacak devletlerin hazırlanacak bir insan hakları şartındaki temel ilkeleri kabul etmek ve bunların uygulanmasını gözetmeye hazır olmak zorunda olduğundan bahsedilmiştir. Bu ana fikrin Londra'da 1949'da imzalanan Avrupa Konseyi Statüsü üçüncü maddesinde yer aldığı ve buna göre Konsey üyesi her devletin yetki alanı dahilindeki kimselerin hak ve özgürlüklerinden yararlanmasını sağlamak zorunda olduğu görülmektedir.

Statünün giriş bölümü ve ilk maddesine göre Avrupa Konseyinin ana amaçları arasında bu hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi yer almaktadır. Bu amacı gerçekleştirmeye yönelik olarak Konseyin faaliyetleri arasında sözleşmenin kabulü, insan hakları konusunda bilgi dağıtımı, araştırma projelerinin desteklenmesi, temel hak ve özgürlüklere uyulmasını gözetecek kurumların tesis edilmesi yer almıştır.

İlgili amacı gerçekleştirmeye yönelik gelişmeler arasında en eski, köklü ve önemlilerinden birisi, AİHS olmuştur. Sözleşme Avrupa Konseyi tarafından Roma'da imzaya açılmış ve 03.09.1953'te yürürlüğe girmiştir. Sözleşme dünya çapında insan hakları standartlarının belirlenmesinde temel referanslardan birisi haline gelmiştir.

AİHS, insan hakları alanında Avrupa Devletleri için müşterek standartları tespit etmektedir. Saptanan bu standartlar taraf devletler için bağlayıcı hukuk kuralı haline gelmektedir. Çünkü 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 ihdas etmektedir. Sözleşme devletle birey arasında bir ilişki meydana getirmektedir. Artık birey uluslararası hukukun öznesi haline gelmekte ve devletten uyulmasını talep edebileceği haklara sahip olmaktadır.

AİHS'nin İnsan Hakları Evrensel Bildirisinden esaslı farkı, bir sözleşme olması ve bağlayıcılık taşımasıdır. Bu sözleşme ile tanınan hakların gerçekleşmesini sağlamak amacıyla uluslararası bir denetim mekanizması kurulmuştur. Türkiye 1987 yılında AİHM'e kişisel başvuruyu kabul etmiştir. Artık Türkiye'de yaşayan herkes madde 35'teki şartlara uyarak Türkiye'yi AİHM önünde dava edebilecektir.

AİHS'nin kabulünden sonra 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. “Avrupa Birliğine Uyum Yasaları” adı altında Türkiye açısından 1999’dan beri anayasada ve birçok temel kanunda yapılan değişikliklerin büyük ölçüde Mahkeme içtihatlarından yararlanılarak gerçekleştirildiğini söylemek mümkündür.

Çalışmamızda AIHS’nin işkenceyi ele alan üçüncü maddesi üzerinde durulacaktır. Söz konusu hükme göre, “Hiç kimse, işkence, gayri insani ya da küçük düşürücü muameleye ya da cezaya tabi tutulamaz.” Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin belirttiği gibi 3’üncü madde demokratik toplumların en temel değerlerinden birini içermektedir. Sözleşmenin 3’üncü maddesi ile konulan yasaklar, kişinin vücut bütünlüğü ve insanlık onurunu korumaya yönelik, en temel hakları ilgilendirmektedir. Hükümün en temel amacı, bireyin beden bütünlüğünü ve kişilik onurunu mutlak surette korumaktır.

Kişinin mutlak olan işkence görmeme hakkının sözleşmeci devletler tarafından ihlal edilip edilmediğini denetleyen İHAM’nin işkence yasağı konusunda geliştirdiği içtihat ülkemiz için de hayati önem taşımaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TARİHSEL GELİŞİMİ İÇERİSİNDE İŞKENCE KAVRAMI, İŞKENCENİN ULUSLARARASI BELGELERDEKİ YERİ

I. GENEL OLARAK İŞKENCE KAVRAMI

İşkence olgusunun tarih, siyaset, sosyoloji, bilim felsefesi, tıp, psikoloji ve hukuk alanları ile doğrudan ilişkili olması neticesinde, işkence kavramının tanımlanmasının kolay olmadığı açıktır. Ancak hukuki yaklaşım işkence kavramını konu ederken kavramın bağlantılarını algılamakta ve kavramı bu boyutuyla ele almaktadır.

İşkence kavramı ulusal ve uluslararası hukukta farklı anlamlara sahiptir. Uluslararası hukuk ve insan hakları belgelerindeki işkence kavramı, genellikle daha geniş kapsamlıdır. Fakat bununla birlikte, uluslararası hukukta dahi işkencenin anlamı, kavramı barındıran belgenin içeriği ve hedefine göre değişmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin üçüncü maddesindeki "işkence, insanlık dışı ya da küçük düşürücü ceza veya muamele" yasağı, Sözleşmenin amaçsal biçimde yorumlanmasına bağlı olarak sağladığı dolaylı koruma sebebiyle, başlangıçta işkence yasağı çerçevesinde değerlendirilmesi akla gelemeyecek birçok türden davranışı kapsamaktadır.

İşkence, Farsça kökenli bir sözcük olup, anlam itibariyle "bir kimseye maddi ya da manevi olarak yapılan aşırı eziyet"¹ ya da "herhangi bir amaçla bir kimseye maddi acı verici tutum ve davranışta bulunmayı"² ifade eder. Böylece geniş anlamda işkence, basit olarak, eziyet yapma, acı veya ıstırap vermektir.³

¹ Bkz. **Türkçe Sözlük**, Türk Dil Kurumu Yayını, Ankara 1982, s. 423.

² Alia YILMAZ, **Uluslararası Ceza Hukuku El Kitabı**, 2. Bası, Beta, İstanbul 2001, s. 100.

³ Deniz Erol ER, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Hukukumuzda Sanık Hakları**, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 171.

Türk Hukuk Sözlüğü'ndeki tanıma bakılacak olursa, 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".⁴

İşkencenin cezalandırma ile oldukça ilişkili olduğu görülmektedir. Birey olarak işkence mağduru karşılaştığı fiziksel veya zihinsel acı bakımından her ikisine de aynı veya farklı tepkiler verebilmektedir. Neticede her iki halde de bir maruz kalma durumu söz konusudur. Öte yandan işkencenin sanık veya tanıklardan bilgi ya da itiraf elde etme olgusuyla ilgili olduğu açıkça görülebilir. Adli işkencenin başlıca amacı, sanıktan ikrar elde edebilmektir. Gerçekten, vicdani delil sistemini kabul eden modern ceza yargılaması hukukunda bile ikrar, ispat gücü bakımından kendisine yargı organlarınca büyük önem atfedilen bir delil türüdür.⁵

Özellikle de devletin şahsiyetine ve güvenliğine karşı işlenmiş suçların soruşturulmasında ilgili yetkililerin faillere "kendi adaletlerini " uyguladıkları bilinen bir gerçektir. Böylece, kendisini "adaleti yerine getirme" misyonuyla görevli gören bazı memurlar, suçluluğuna inandıkları kişilerin beraat edebileceği ya da az ceza alabileceğini düşünerek, işkenceyi kendileri bakımından kullanmaya yetkili oldukları bir hak olarak görebilmektedirler.⁶

Bu amaçla işkencenin uygulanması için, mağdurların bir suç işlenmiş ya da bunu planlıyor olmaları da gerekmez, iktidara göre farklı bir siyasi ya da dini kanaat taşımaları yeterlidir; zaten bu durum, başlı başına hükümetin

⁴ **Türk Hukuk Lügatı**, Ankara 1944, s. 174-175.

⁵ a.Hasan İsmet BIYIKLI, "İkrar ve Ceza Muhakemesi Sorunları", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt:48, Sayı:11-12, 1974, s. 672, 681 vd.

b.Cumhur ŞAHİN, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, Ankara 1994, s. 20-21.

c.Kayıhan İÇEL, **Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları**, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998, s. 121.

d. İlyas ŞAHİN, **Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama Ve Gözaltına Alma**, Ankara 2003, s. 291 vd.

⁶ Yaşar ÇOR, "Yargıtay'ın İşkence Ve Kötü Muameleye Bakış Açısı", **Polis Dergisi**, Cumhuriyet'in 80. Yılına Armağan, 2003, Yıl 9, Sayı 36, s. 450.

otoritesi bakımından tehlike teşkil etmektedir. Bu şekilde toplum suskunlaştırılmakta ve otorite karşısında boyun eğmeye ve teslim olmaya razı bir toplum amaçlanmaktadır.⁷

İşkencenin bilgi ya da itiraf elde etmek gibi gayelerden oluşan bir amaçsallık unsurunun varlığını arayan günümüz yasal tanımlaması yeterli değildir. Zira işkencenin nedenleri çok ve çeşitli olabileceği gibi, işkence bazen devletin menfaatlerine yaramadığı halde boşu boşuna da yapılabilir. İşkencenin temel nedenleri arasında intikam hırsı, iktidar ifadesi, nefret psikolojisi, toplumun işkenceyi hoş görmesi ve sadistlik gibi psikolojik bozukluklar yer alabilir. İşkencenin hem fiziksel ve hem de zihinsel acıya yol açabileceği tartışmasızdır. Bunun dışında gelişen bilim ve teknoloji ile beraber psikolojik işkence biçimlerinin doğduğu görülmelidir.

Genel, soyut ve hukuki ilkelere dayalı bir tanım ortaya koymak gerekirse, bir kere işkence yasağı ile korunan hukuki menfaat insan haysiyetinin dokunulmazlığı olup, bir hukuk devletinde en üst değer sayılması gereken bu hakkın başka toplumsal değerlerle kıyaslanmasına girilerek feda edilmesi düşünülemez.

İşkenceyi savunanların suçluluğu ortadan kaldırmak için buna başvurmanın bazen gerekli olduğuna dair düşünceleri tamamen yanlıştır. Toplum ve onun adına devlet, suçlulukla mücadele için yetkili mercilere bazı görevler ve yetkiler vermiştir. Bu hususta ilk müdahale yetkisi kolluktur. Kolluktan 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. Hukuk devleti sınırları içinde, Anayasaya, kanunlara ve ahlak kurallarına uygun olacak biçimde, insan hakları ihlallerine yol açmadan, kendilerine tanınan yetkilere tecavüz etmeden ifa edilecek bir

⁷ Okan AKHAN, *İşkence ve İnsan Hakları, İnsan Haklarının Gelişimi*, TÜBA Bilimsel Toplantılar Serileri: 9, Ankara 2001, s. 43.

görevdir. Bu sınırlar dahilinde suçluya karşı koymak mümkün olmuyorsa, devletin ve onun koyduğu kuralların emrettiği, daha ileri gitmemektir. Kolluğun ve suçlulukla mücadele eden diğer tüm kurumların görevi ve yetkisi bu sınırdadır. 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.⁸

İşkenceye karşı öne sürülebilecek birçok değişik argüman daha vardır. İşkenceye maruz bırakılan insanların her zaman suçlu olduğu ve önemli bilgilere sahip olduğu doğru değildir. Toplumun baskın çıkarı bahanesiyle acıya maruz bırakılan birçok kimse boş yere mağdur olmaktadır.⁹

Yirmi birinci Yüzyıl ceza muhakemesi hukukunda, masumların işkence sonucu cezalandırılmasından ise suçların cezasız kalmasını yeğlemek gerekecektir.¹⁰ 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.¹¹

⁸ a.ŞAHİN, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s.187.

b. ŞAHİN, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda, s.346.

c. İlhan ÜZÜLMEZ, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Ankara 2003, s.128.

d. Cumhur ŞAHİN, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara 2005, s.451.

⁹ a.Okan CİHAN, “Suç Teşkil Eden Sorgu Yöntemleri”, **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl 5, İstanbul 1971, s. 82.

b. Nevzat TOROSLU, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4. Baskı, Ankara 2003, s.129.

¹⁰ Timur DEMİRBAŞ, “2003 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, s. 348.

¹¹ a. ÜZÜLMEZ, age, s. 13;

b.Süheyl DONAY, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, İstanbul 1982, s.111 vd.

II. İŞKENCENİN TARİHİ GELİŞİMİ

İşkence insanlık tarihi boyunca var olmuştur. Gerçekten, işkence uygulaması belirli bir siyasi sistem, rejim, kültür, din veya coğrafi bölgeye mahsus bir olgu değildir. Maalesef, bu uygulamaya her zaman başvurulmuştur. Ancak, teknik anlamda işkenceden bahsedebilmek için bir devlet düzeninin varlığı şarttır. İşkence, yüzyıllar boyu iktidar ilişkilerinin bir parçası olma özelliğini taşımıştır.¹²

İşkence hemen hemen bütün eski kabile ve ırklar arasında cezalandırma aracı olarak kullanılmıştır. Savaş esirleri çoğu zaman tanrılara kurban edilirdi. İdam cezasını bile korkunç işkencelerle uygulamak, bitmeyen öç duygusunun görünümüydü. Eski Yunan ve Roma'da köleler hukuki kişiliğe sahip bulunmadığından onlara işkence yapılması mümkündü. Roma'da özgür bir insan her ne kadar zorla itiraf elde etmek için işkenceden geçirilmiyorsa da hainlikle suçlandığı takdirde işkence kaçınılmazdı. Eski Atina'da, ikrar elde etmek amacıyla kölelere ve yabancılara işkence uygulanmaktaydı¹³. Bir de, bir şeyin gerçek veya kişinin dürüst olup olmadığını test etmek için yapılan, geniş anlamda işkence mevcuttu.¹⁴

Neticede Ortaçağ'da, işkence uygulaması resmi ve sistematik bir nitelik kazanmıştır¹⁵. 13. yüzyılın sonuna doğru, sorgulama aracı olarak işkence İtalya'da çok yaygınlaşmış, giderek diğer ülkelere yayılmış ve 17. Yüzyıla gelindiğinde, işkenceyi yargılama sürecinin bir parçası olarak benimsemeyen Kıta Avrupası ülkesi kalmamıştır.¹⁶ Engizisyon döneminin başlamasıyla birlikte işkence ceza muhakemesinin en etkin aracı haline gelmiştir. Bu

¹² a. Bülent TANÖR, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, BDS Yayınları, İstanbul 1990, s. 40.

b. Abdulvahap DARENDELİ, "İnsan Hakları Açısından İşkence Yasağı ve İşkencenin Önlenmesi", **Adalet Dergisi**, Yıl 90, Sayı 1, Ekim 1999, s.55.

¹³ Ayşe NUHOĞLU, **İşkence Yasağı ve İşkence Suçu**, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayın No.8, İstanbul 1999, s.538.

¹⁴ ÜZÜLMEZ, age, s.22.

¹⁵ Metin FEYZİOĞLU, **Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat**, Ankara 2002, s.44.

¹⁶ R. Murat ÖNOK, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, Ankara 2006, s. 45.

dönemde özellikle İspanya’da dinsizlere karşı uygulanan işkence yöntemleri Avrupa’da büyük ün yapmıştır.¹⁷ Ortaçağdaki gelişmelere ilişkin ilk resmi belge 1215 yılında derebeyler ve ruhani liderlerin İngiltere Kralına kabul ettirdikleri Magna Charta’dır. Bu belgede işkence ve kötü muamele ile ilgili olarak, cezaların işlenen suça uygun olacağı, kişinin yaşamına engel olacak kadar ağır olamayacağı, müsaderenin kaldırılacağı, kimsenin eşitlerinin kararı olmaksızın ve bir kurala dayanmaksızın özgürlüğünden ve mülkünden yoksun bırakılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak bu ülkede bile, adli bir yöntem olarak işkenceye başvurulduğu bilinmektedir.

Aydınlanma Çağı düşünürlerinin etkisiyle insan hakları konusunda büyük bir hassasiyet doğmuştur. Bu fikirlerden etkilenen çeşitli bildirimlerde insan onuruna saygı gösterilmesi gerektiğine yer verilmiş, devlete bu doğrultuda görev yüklenmiştir. Bu gelişmenin sonucu kanunlarda görülmüş ve amacı kamunun korunması için suç teşkil eden vakıayı kamu adına maddi ispat vasıtasıyla mutlaka açığa çıkarmak ve faili cezalandırmak olan tahkik sistemi,¹⁸ yerini itham sistemine bırakmıştır. İtham sistemine geçilmesiyle birlikte, o döneme kadar hukuki ve kuramsal bir nitelik taşıyıp tahkik sistemiyle özdeşleşmiş olan¹⁹ işkence yasaklanmaya başlanmış ve 19. Yüzyılın ortalarına kadar tamamen yasaklanmıştır.²⁰ Tahkik sisteminin ortadan kalkmasıyla yargılamada “süje” sıfatına kavuşan sanık,²¹ bununla beraber önemli haklarla ²²donatılmış, işkence uygulaması bir usul yöntemi olmaktan çıkmıştır.²³

¹⁷ ÖNOK, Uluslararası, s. 45.

¹⁸ Mehmet Emin ARTUK, , Ahmet GÖKCEN, A. Caner YENİDÜNYA, **Ceza Özel**, 6. Bası, Ankara 2005, s.9.

¹⁹ Timur DEMİRBAŞ, **Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması**, DEÜHF Yayınları, İzmir 1996, s. 36 vd.

²⁰ Timur DEMİRBAŞ, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, DEÜHF Yayınları, İzmir 1992, s.16.

²¹ a.Feridun YENİSEY, **Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku-Hazırlık Soruşturması ve Polis**, İstanbul 1987, s.58

b. TOROSLU, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s.120.

c. Oğuz ŞİMŞEK, “Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması” (Yayımlanmış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üni. Sos. Bil. Enstitüsü, İzmir 1999, s.163-164.

²² a.Öztekın TOSUN, Nevzat GÜRELLİ, **Heyecan Göstergesi ile Yalanın Bulunması ve Ceza Hukuku**, İÜHF, Cilt: xxx, Sayı:3-4, İstanbul 1965’ten ayrı bası, s.41

1789 Fransız ihtilalinden sonra ilan edilen Vatandaşlık ve İnsan Hakları Bildirgesi insan hakları alanındaki gelişmeye yeni bir boyut katmıştır. Bildirge işkence ve kötü muameleyi yasaklamaktadır. Kanunsuz emrin yasak olduğu, tutuklamanın ancak yasada öngörülen kurallara ve biçimlere göre gerçekleştirilebileceği, suçların yasalarla tanımlanmış olması gerekliliği gibi ilkeler işkence ve kötü muameleleri önlemeye yöneliktir.

Bu gelişmelerin sonucunda son ilerleme, işkencenin suç haline getirilmesi olmuştur. Bu konuda ilk adımı 14.4.1851 tarihli Prusya Ceza Kanununun 319. maddesindeki “zorla ifade alma suçu” oluşturmuştur²⁴. Bu tarihten sonra işkence yasağı artık uluslararası sözleşmelerde yer almaya başlamıştır.

Uluslar arası alanda bu konudaki ilk hüküm, 10.12. 1948 tarihinde BM Genel Kurulunca kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi md. 5’te yer almış ve işkence, gayri insani, aşağılayıcı ve zalimane muamele ve cezalar yasaklanmıştır.

Gerek İslamiyet öncesi Türk devletlerinde, gerekse İslamiyeti benimsemiş sonraki Türk devletlerinde ve bu arada Osmanlı Devleti’nde işkencenin hukuki olarak bulunmadığı söylenebilir.²⁵

Özellikle Osmanlı Devleti’nde işkenceye yer verilmemiş olmasının başlıca sebebi, İslam Hukukunun ikrah yoluyla alınan itirafı geçersiz saymasıdır.²⁶ Buna karşın, İslam Hukuku uygulaması bakımından kanuni

b.DONAY, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları, s.142.

c. Bahri ÖZTÜRK, Mustafa Ruhan ERDEM, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Baskı, Ankara 2006, s. 307

²³ DEMİRBAŞ, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında, s.46.

²⁴ ÜZÜLMEZ, age, s.36.

²⁵ Sulhi DÖNMEZER, Sahir ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt: 1, Onikinci Baskı, İstanbul 1997, no. 185.

²⁶ a.DEMİRBAŞ, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında, s.48;

b.ÜZÜLMEZ, age, s. 41.

delil sisteminin geçerli olmasına bağlı olarak, sanıklardan ikrar elde etmek için işkenceye başvurulduğu da bilinmektedir.²⁷

İslam dininde işkencenin yasak olduğu hususunda Ahzap Suresinde bulunan bir ayet örnek gösterilir. Erkek müminlerde işlemedikleri bir günah yüzünden eza edenler muhakkak yalan ve apaçık bir günah işlemişlerdir. Yine peygamberin bir hadisinde işkence yapılmaması istenmiştir. Buna rağmen İslam ceza hukukunda işkence bir sorgulama metodu olarak kesin bir şekilde reddedilmemiştir. Yine suçluluğu kanıtlanmış bir kişiye verilecek cezanın da birçok halde işkenceden farksız olmadığı bilinmektedir. Kuran'daki işkence yasağına rağmen, 1839 tarihli Gülhane Hattı Hümayunu, 1840 tarihli Ceza Kanunu ve 1851 tarihli Kanun-ı Cedid'de kişi dokunulmazlığı hakkı ayrıca vurgulanmıştır. 15 Ocak 1848 tarihli Eyalet Meclisleri Talimatnamesi'nde 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 öngörülme suretiyle işkence ve eziyet yasağı hukuki neticesiyle birlikte açıkça yer almıştır.²⁸

1876 yılında ilk yazılı Anayasa olan Kanun-i Esasi'de angarya ve işkence yasaklanmaktadır. Kanun önünde eşitlik, kişi güvenliği gibi haklar anayasal düzenlemeye konu edilmektedir.

1924 Anayasası'nın 73. maddesinde işkence, eziyet, müsadere ve angarya yasaklanmıştır. 1961 Anayasası'nın 14. maddesine göre "Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme haklarına ve kişi hürriyetine sahiptir. Kişi dokunulmazlığı ve hürriyeti, kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça kayıtlanamaz. Kimseye eziyet ve işkence yapılamaz. İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza konulamaz."

²⁷ ÖNOK, Uluslararası, s. 49.

²⁸ a. Tekin AKILLIOĞLU, **İnsan Hakları I**, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 17, Ankara 1995, s. 127;
b. NUHOĞLU, age, s. 547.

1982 Anayasası'nın 17. maddesinde bu kurala kesin bir dille değinilmiştir²⁹. 1982 Anayasası'nda da "Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz." hükümleri yer almaktadır.

Avrupa'da işkencenin kurumsallaştığı ve sistematik olarak uygulandığı dönemlerde bile hiçbir Türk Devletinde işkenceye bir sorgu ya da ceza yöntemi olarak, en azından hukuken yer verilmemiştir.³⁰

Sonuç olarak, artık günümüz ceza muhakemesi hukuklarında, "her ne pahasına olursa olsun" gerçeğin ortaya çıkarılması kabul gören bir ilke olmaktan çıkmış, ceza kovuşturmasında insan onurunun korunması mutlak bir değer haline gelmiştir.³¹ Her ne kadar sanığın maddi gerçeğin araştırılıp ortaya çıkarılmasına, bazı tedbirlere katlanmak suretiyle katkıda bulunmak yükümlülüğü varsa da, sanık hiçbir zaman muhakeme objesi durumuna düşürülemez.³²

İşkencenin muhtemelen dünyanın her ülkesinde suç sayılmasına ve işkenceyi yasaklayan ve cezalandıran yüzlerce uluslararası belgenin varlığına rağmen, 21. Yüzyılda dahi bu korkunç uygulamanın önüne geçilebilmiş değildir.

²⁹ NUHOĞLU, age, s. 548.

³⁰ a .DEMİRBAŞ, Türk Ceza Hukukunda İşkence, s. 17-18;

b .ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, Ceza Özel, s. 13.

³¹ a .ŞAHİN, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 67-68;

b. Nurullah KUNTER, Feridun YENİSEY, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İkinci Kitap, Onikinci Bası, İstanbul 2003, no. 49.

c. FEYZİOĞLU, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, s. 65;

d. ÖZTÜRK, ERDEM, Uygulamalı Ceza Muhakemesi, s. 61.

³² İzzet ÖZGENÇ, Cumhuriyet ŞAHİN, "İşkence Suçu", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:4, Sayı1-2, Ankara 2003, s. 182.

İşkencenin günümüzde tüm dünyada yasaklanmasının temelinde İnsan Hakları Hukukunun gelişmesi etken olmuştur. Bu hukuk dalı ise gelişimini Uluslararası ve Ulusal üstü belgelerle bunlara ilişkin koruma mekanizmaları ve bölgesel/evrensel organların oluşumu ile somutlaştırmış bulunmaktadır. Bu sebeple işkence yasağı teknik anlamda esas olarak 1950'lerden sonra evrensel koruma sürecine girmiştir.

III. İŞKENCENİN ÇEŞİTLİ ULUSLARARASI BELGELERDEKİ YERİ VE BU ALANDAKİ KURULUŞLAR

Yirminci Yüzyılın ilk yarısında insanlık tarihinin en kanlı çatışmalarına tanıklık eden dünya, özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra yepyeni bir insan hakları dönemine girmiştir. Yaşanan bu savaştan sonra insan haklarının içeriği bakımından evrensel modeller ortaya çıkmaya başlamıştır. Birleşmiş Milletler Örgütü ve Avrupa Konseyi üyesi olan devletler, bu modellere uyma yükümlülüğünü üstlenmişlerdir. Resmi ve gayri resmi uluslararası örgüt ve kuruluşlar da bu uyumu denetlemektedirler.³³

Çağımızda, demokrasinin ulusal egemenlik ve insan hakları olmak üzere iki yönü olup, insan hakları egemenliği sınırlamakta ve bütün hukuk sistemi buna göre kurulmaktadır. Uluslararası insan hakları kuralları, devletlerin egemenliklerine ve ulusal yetki alanlarına sınırlamalar getirebilmektedir. Çünkü artık bu yeni demokrasi düzeninde hiçbir devlet, ülkesindeki insan hakları ihlallerinin bir iç sorun olduğunu öne sürememektedir. Niteliğine ve amacına bağlı olarak, yeni hukuk düzeninde hakları ihlal ettiği ölçüde bireyler de süje olarak yer almaktadır ki³⁴, uluslararası hukuk açısından bu durum kayda değer ve önemli bir gelişmedir.

³³ Sulhi DÖNMEZER, “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

³⁴ a.Turgut TARHANLI, “Birleşmiş Milletler Örgütü ve İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin Başlıca Usuller”, **İnsan Hakları**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000, s. 432;

Günümüzde, işkence yasağının emredici nitelikte bir uluslararası hukuk kuralı haline geldiği kabul edilmektedir. Buna göre işkence yasağı, genel uluslararası hukukun buyruk bir kuralıdır ve egemen devletlerin bile bunun aksine hiç bir kural öngörmeleri ve uygulamaları mümkün değildir.

Aynı zamanda, işkence yasağının, “genel uluslararası hukuk” normu niteliği kazandığı; diğer bir deyişle bu yasağın uluslararası hukukun yazılı olmayan bir kuralını oluşturduğu söylenmektedir. Açık bir antlaşma hükmü mevcut olmasa bile, devletlerarası ilişkilerde işkence yasağı bir teamül kuralı veya bir genel hukuk ilkesi niteliğiyle uygulama alanı bulacaktır.

A. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

BM Genel Kurulunun 10.12.1948 tarihli kararıyla kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (İHEB), insan haklarının temel kaynaklarından. Bildirinin beşinci maddesine göre, “Hiç kimse işkenceye veya zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılamaz.”³⁵

Sözün özü, Bildirge tek başına hukuken bağlayıcı olmasa bile, insan hakları alanında yeni bir dönüm noktası teşkil eden ve hayati önemi yadsınamaz temel bir insan hakları kaynağıdır.³⁶

b.Mesut GÜLMEZ, “Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması”, TBB Yayınları, Ankara 2004, s. 22.

³⁵ Osman DOĞRU, **İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı**, Beta Yayınları, İstanbul 1998, s. 2.

³⁶ Münici KAPANİ, **İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları**, Bilgi Yayınevi, 3. Basım, İstanbul 1996,s. 25 vd,

B. Kişisel Ve Siyasal Haklar Sözleşmesi

Sözleşmenin gayesi, İHEB’de yer alan hakları daha somut ve etraflı bir şekilde düzenlemek³⁷ ve denetim güvencesine kavuşturmasıdır. Taraf devletler, Sözleşme aracılığıyla hiçbir temele dayalı ayırım yapmaksızın, yargı yetkilerine tabi tüm kişilere sözleşmede öngörülen hakları tanıyıp güvence altına almayı ve ulusal hukuklarını sözleşme gerekleriyle uyumlu hale getirmeyi üstlenmiştir.³⁸

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 deneyle tabi tutulamaz.”

Sözleşmenin 28. maddesiyle bir İnsan Hakları Komitesi kurulması öngörülmüştür. Amacı taraf devletlerin sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlüklere saygı gösterilip gösterilmediğini denetlemektir. Komitenin aldığı kararlar “görüş” adını alır ve ilgili devlet ile başvurucuya iletilir. Bu görüşte ihlali ya da doğurduğu sonuçları ortadan kaldırmak için ilgili devletin uygun önlemleri alması önerilir. Komitenin görevi taraflar arasında uzlaşma sağlamaya yönelik olup, kararları da genel gözlem veya tavsiye adını alıp, bunların bağlayıcı ya da icrai bir niteliği yoktur.³⁹

³⁷ KAPANI, age, s. 32.

³⁸ Semih GEMALMAZ, **Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı**, 2. Baskı, Kavram Yayınları, İstanbul 1994, s. 2.

³⁹ ÖNOK, Uluslararası, s. 69.

C. İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi

BM Genel Kurulunun 10.12.1984 tarihli ve 39/46 sayılı kararıyla kabul edilip 26.06.1987’de yürürlüğe girmiş, Türkiye tarafından da 10.08.1988 tarihli RG’de yayımlanarak yürürlüğe konmuştur.

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 kuşkulanan 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 işlediği kimseye fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı ve ıstırap veren herhangi bir fiildir. Taraf devletler, Sözleşme ile bir takım sorumluluklar ve yükümlülükler üstlenmişlerdir. Buna göre, genel olarak işkence ve diğer türden yasak davranışları önlemek için devletler, etkili yasal, yönetsel, yargısal ve diğer türden önlemler alacaklardır (md. 2)⁴⁰.

Sözleşmenin 16. maddesinde işkence derecesine varmayan diğer zalimane, gayri insani veya küçültücü muamele veya ceza gibi fiillerin işlenmesinin de önleneyeceği öngörülmüştür. Böylece işkence ile diğer yasak türden davranışlar arasında nitelikten ziyade bir ağırlık farkı olduğu ortaya konmuştur.⁴¹

1984 BM Sözleşmesinin 17 vd. maddeleriyle işkence yasağı ihlallerini takip etmekle görevli bir Komitenin kurulması öngörülmüş, bu Komite 1988

⁴⁰ Eralp ÖZGEN, “İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Antlaşması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 2, 1998, s. 221 vd.

⁴¹ ÖNOK, Uluslararası, s. 72.

yılında oluşturulmuştur. Amaç, taraf devletlerin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlamak ve bu konuda gerekli denetim ve izleme işlevlerini sürdürmektir.⁴² İşkenceye Karşı Komitenin görevi 1984 BM İşkence Sözleşmesi'ne uyulmasını denetlemek, Sözleşmenin ihlal edildiğini iddia eden bireylerin şikayet başvurularını kabul etmek ve işkence uygulamalarına ilişkin re'sen soruşturmaya girişmektir.⁴³

D. İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele ve Cezanın Önlenmesi İçin Avrupa Sözleşmesi

Bu Sözleşme, insan hakları hususunda Birleşmiş Milletlerce kabul edilen belgeleri daha ileri boyuttaki düzenlemelerle bölgesel düzeyde gerçekleştirmeye çalışan Avrupa Konseyi'nin çabalarının sonucudur⁴⁴. 1987 Sözleşmesi, işkence konusunda yeni maddi normlar getirmemekte, bunun yerine yargısal nitelik taşımayan, önleyici bir yöntem izleyerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki işkence yasağına işlerlik kazandırmayı amaçlamaktadır.⁴⁵ Sözleşmenin temelindeki fikir, kişilerin hürriyetinden mahrum tutulduğu yerlerdeki ortamı ve fiziki koşulları işkence yapılmasının imkansız hale geleceği ve denetimin olağan bir faaliyet olacağı aşamaya getirmektir.

Komitenin amacı ve nihai hedefi yargısal olmayan ve önleyici nitelikli araçlarla AİHS'deki işkence yasağını kuvvetlendirmektir. Komitenin rolü devletleri kınayıp kamuoyu önünde mahkum etmekten ziyade, hürriyetinden mahrum bırakılmış kişilere yönelik kötü muamelenin önlenmesinde onlara yardımcı olmaktır. İşkencenin Önlenmesi Komitesi, Avrupa Konseyi'nin insan haklarını koruma sistemini tamamlamaktadır. Ayrıca Komite, cezaevlerinin

⁴² TARHANLI, age, s. 423.

⁴³ ÖNOK, Uluslararası, s. 77.

⁴⁴ DEMİRBAŞ, Türk Ceza Hukukunda İşkence, s. 21.

⁴⁵ Ali PITIRLI, "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

denetimi bakımından ulusal kontrol sistemlerinin gelişmesine de ön ayak teşkil etmiştir.

E. İnsancıl Hukuk ve Uluslararası Ceza Hukukuna Yönelik Belgeler

İnsancıl hukuk, "savaş ve silahlı çatışma durumlarının etkilerini sınırlandırmak amacıyla insanlara yapılması gerekli olan asgari davranış ve yardıma dair kurallar bütünü"nü içeren hukuk dalı, olarak tanımlanmaktadır⁴⁶.

Silahlı çatışma, iki ya da daha çok devletin ya da bir devlet içindeki belirli silahlı grupların, karşıt savlarını kuvvet kullanmak suretiyle birbirlerine kabul ettirmeye çalıştıkları durumdur.⁴⁷ Bu alanda insancıl hukuk kurallarının ana gayesi, savaş döneminde kullanılacak savaş araçlarına birtakım sınırlamalar getirerek yıkım, ölüm ve ezayı aza indirmektir. Özellikle silahlı çatışma içinde yer almayan kimseleri çatışmaların olumsuz etkilerinden korumak suretiyle, insanlığın ayakta kalmasını sağlayabilecek temel bazı prensipler korunmuş olacaktır.

1. Cenevre Sözleşmeleri

Uluslararası nitelikli silahlı çatışmalarda uygulama alanı bulan 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin hükümlerine 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 nerede bulunurlarsa bulunsunlar ve ne zaman olursa olsun vücut bütünlüklerine, onurlarına karşı her türlü saldırı,

⁴⁶ Ayşe Nur TÜTÜNCÜ, **İnsancıl Hukuka Giriş**, İstanbul 2006, s. 1.

⁴⁷ a.Hüseyin PAZARCI, **Uluslararası Hukuk Dersleri IV. Kitap**, Turhan Kitabevi, Ankara 2000, s. 138.
b.Gökçen ALPKAYA, **Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi**, Ankara 2002, s.115.

işkence ve kötü muameleyle tabi tutulmama hakkına sahiptirler.⁴⁸ Yine, her dört Cenevre Sözleşmesinde de, işkence bu sözleşmelerin en ağır ihlallerinden sayılmıştır.

İkinci Ek Protokolde de benzer maddelere yer verilmiştir. İkinci protokolün başlıca amaçlarından birisi 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 fıkraya hükmüyle, buna aykırı düşecek belirli davranış türleri yasaklanmıştır.⁴⁹

Silahlı çatışmalar esnasında özellikle koruma altına alınmış olan diğer bir kategori, sivillerdir. Bu konu kamuoyunun en hassas olduğu noktalardan biri olmakla birlikte, esasen savaşın yürütülmesiyle hiçbir ilgisi olmayan bazı masum kişilerin saldırgan davranış ve tutumlardan korunmaya çalışılması, uluslararası siyasi ve hukuki platformda destek gören bir konudur.

Bu çerçevedeki en önemli sözleşmeler, 1949 tarihli Savaş Sırasında Sivillerin Korunmasına dair Cenevre Sözleşmesi ile buradaki kuralları tamamlayan ve geliştiren 1977 tarihli Ek Birinci Protokoldür.⁵⁰ Buradaki düzenlemeler, silahlı çatışmalar sırasında sivillerin insanca muamele görme hakkı çerçevesinde yapılmıştır.

Sözleşmeye göre sivillerin kişiliğine, onuruna saygı gösterilecek, bu kişiler şiddet konusu yapılmayacak, kadınların ırzına geçilmesi, fuhuşa zorlanması da dahil olmak üzere bütün utanç verici hareketten korunmaları sağlanacaktır.⁵¹ Çalışmamız açısından en önemlisi, her türlü işkence, bedensel ceza ve sakatlama açıkça yasaklanmaktadır.

⁴⁸ PAZARCI, age, s. 185.

⁴⁹ PAZARCI, age, s. 188-190-193.

⁵⁰ PAZARCI, age, s. 243.

⁵¹ PAZARCI, age, s. 245.

Söz konusu fiilleri suç olarak işleyen kimselerin devlet ile organik ya da fonksiyonel bir bağlantısı olması gerekip gerekmediği; başka bir deyişle, işkence suçunun failinin mutlaka kamu görevlileri ya da resmi sıfatla hareket eden kimseler mi yoksa herhangi bir kimse mi olabileceği sorununa gelince, uluslararası insancıl hukuk açısından böyle bir ayırımın gözetilmediği, dolayısıyla, şahsi sıfatla hareket eden özel kişilerin dahi bu fiili işleyebileceği öne sürülmüştür.

2. Savaş Hukukuna İlişkin Belgeler

Savaş durumunda gereksiz acının ika edilmesini yasaklayan bazı uluslararası sözleşmelerin dolaylı olarak işkence yasağının uygulanmasına yönelik olduğu görülmektedir. Bu sözleşmeler kronolojik sıraya göre, 1907 tarihli Lahey Sözleşmeleri, 1972 tarihli Bakteriyolojik Silahlara Dair Sözleşme, 1980 tarihli Geleneksel Silahlar Sözleşmesi ve buna ek protokoller ve 1993 tarihli Kimyasal Silahlar Antlaşması'dır. İnsanlığa karşı bazı savaş araçlarının kullanılmasını önlemeye yönelik bu düzenlemeler, insan onurunu korumayı amaç gütmektedir.

3. Uluslararası Kızıl Haç Komitesi

Silahlı çatışmalar sırasında uluslararası insancıl hukukla olan uyumu denetlemek bakımından en önemli görevi bu kuruluş üstlenmiş ve yerine getirmiştir. Kızıl Haç'a bu sorumluluk ve görevi Cenevre Sözleşmeleri yüklemiştir.⁵² Komitenin görevi, uluslararası olan veya olmayan silahlı çatışmalar halinde uygulama bulan insancıl hukuk kurallarına uymayı teşvik etmektir.

⁵² ÖNOK, Uluslararası, s.109.

Komitenin yetkilerine gelince, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine taraf devletler, Komite delegelerinin, savaş esiri kamplarına, yabancı sivillerin esir tutulduğu her türlü yerlere yapacakları ziyaretleri kabul etmek zorundadırlar. Bilindiği gibi, çatışma ortamlarında esir tutulan kişilerin bulunduğu bu tür yerler, işkence ve benzeri kötü muamelenin yaşanma olasılığının çok yüksek olduğu yerlerdir.

4. Uluslararası Ceza Divanı

Uluslararası Ceza Divanı, uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren en ağır suçlardan sanık kimseleri cezai açıdan yargılamakla görevli bir uluslararası yargı organıdır. Divan, Hollanda'nın Lahey kentinde merkezi bulunan, sürekli yapıda, uluslararası tüzel kişiliğe sahip, BM ile özel bir ilişkisi bulunan, fakat ondan bağımsız bir evrensel mahkemedir.⁵³

Konferansta çekimser oy kullanan Türkiye, Statü'ye taraf değildir; fakat bu yöndeki çalışmalar da Hükümet tarafından sürdürülmektedir. Nitekim 6 Ekim 2004 tarihinde, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Genel Kurulu'nda konuşma yapan Başbakan Recep Tayyip Erdoğan, Türkiye'nin yakın bir gelecekte UCD'ye taraf olacağını ilan etmiştir. Bu amaçla, Anayasanın 38. maddesindeki iadeye dair hükmün değiştirildiği ve yeni TCK'nın md. 18 hükmünün Statüye taraf olma ihtimalini dikkate alarak hazırlandığı görülmektedir.

UCD kendisinden önce kurulmuş diğer uluslararası yargı organlarından farklı bir yapıya haizdir.⁵⁴ Uluslararası Ceza Divanı ceza yargılaması yapmakta ve gerçek kişileri hedef almaktadır. Kendisinden önce

⁵³ R. Murat ÖNOK, "Avrupa Birliği, Amerika Birleşik Devletleri ve Uluslararası Ceza Divanı", **Hukuk ve Adalet**, Yıl 1, Sayı 3, Temmuz-Eylül 2004, s. 221

⁵⁴ ÖNOK, Avrupa Birliği, s. 222.

kurulan diğer uluslararası ceza mahkemelerinden başlıca farkı ise ad hoc olmaması, yani sürekli yapıya sahip olması ve bu bakımdan sadece belirli coğrafi alanda, belirli dönemde ve belirli kişilerce gerçekleştirilen davranışları yargılamakla sınırlı bir görevinin bulunmamasıdır.

UCD Statüsüne göre işkence, insanlığa karşı bir suç olup mahkemenin yargı yetkisi içine girmektedir. Bu durumda, sivil nüfusa karşı yöneltilmiş yaygın ve sistematik saldırının bir parçası olarak işlenen işkence fiilleri mahkeme tarafından yargılanabilecektir.

F. Uluslararası Örgütler Bünyesindeki Belgeler

1. BM İstanbul Protokolü

Farklı amacı ve uygulamadaki önemi sebebiyle kısaca belirtilmesi gereken diğer bir belge, resmi bir BM belgesi olan İstanbul Protokolü'dür. Protokolde yer alan esaslar 20.4.2000'de BM İnsan Hakları Komisyonu ve 4.12.2000'de BM Genel Kurulu nezdinde oylanarak oybirliğiyle benimsenmiştir.⁵⁵ Yakın tarihli AİHM içtihatlarında da bu belgeye atıf yapılmaktadır. İstanbul Protokolü, işkence ve kötü muamele iddialarının doğruluğunu değerlendirmek ve mahkeme ve diğer adli makamlara rapor etme noktasında yöntemler ortaya koyan ilk uluslararası rehberdir. Bu protokol, işkence izlerinin ve belirtilerinin nasıl tanımlanırsa mahkemede delil olarak kabul edileceğine dair uluslararası standart ve usulleri içermektedir. İstanbul Protokolü bağlayıcı bir doküman değildir. Fakat uluslararası hukuk, hükümetleri, işkence ve kötü muamele olaylarını etkili, hemen ve tarafsız bir şekilde araştırma ve belgeleme yükümlülüğü altına sokmaktadır. İstanbul Protokolü bu amaçla kullanılabilecek yararlı bir araçtır.⁵⁶

⁵⁵ Şebnem Korur FİNCANCI, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı", **Sempozyum**, Ankara 2004, s. 161.

⁵⁶ M. Bedri ERYILMAZ, "İstanbul Protokolü Çerçevesinde İşkencenin Soruşturulması Ve

Bu belge işkencenin önlenmesine değil, yaşanmış ihlallerin ortaya çıkarılmasına ve bununla birlikte etkin biçimde soruşturulmasına hizmet etmek amacıyla oluşturulmuştur. İstanbul Protokolü bir yandan BM tarafından işkenceyi önlemek amacıyla hazırlanıp yürürlüğe konan sözleşmelerin hayata geçmesinin, diğer yandan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin somut olarak uygulanmasının kılavuz kitapçığı olarak görülmektedir. Bu yönüyle İstanbul Protokolü güçlü bir teamül hukuku ilkeler demeti olma yolundadır.⁵⁷

İşkence iddialarının daha hızlı, daha tarafsız, daha bilimsel olarak soruşturulup, mahkemede ispatlanarak suçluların cezalandırılmasına, dolayısıyla Uluslararası sorun olan işkencenin, yeryüzünden kaldırılmasına katkıda bulunmak amacı ile oluşturulan İstanbul Protokolü "Birleşmiş Milletler Otopsi Protokolü" benzeri bir Protokol'dür.⁵⁸

2. BM İşkence Özel Raportörü

BM İnsan Hakları Komitesinin bir alt organını teşkil eden BM İşkence Özel Raportörü, BM İnsan Hakları Komisyonunun 1985/33 sayılı kararıyla kurulan, dünya çapındaki işkence uygulamalarını izlemek ve İnsan Hakları Komisyonu ya da BM Genel Sekreterine rapor etmek amacı taşıyan tek kişilik bağımsız bir uzmandan oluşan bir organdır. Atanma amacı, işkence konusunda güvenilir ve gerçek bilgi toplanabilmesidir.⁵⁹ Bu sayede raportör, bireylerin fiziksel ve zihinsel bütünlük haklarının korunmasına da katkı sağlayacak en önemli yetkili sıfatına haizdir.

Belgelenmesi", editör İlyas Doğan, **İşkencenin Önlenmesi Ve İstanbul Protokolü**, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2009, s. 101.

⁵⁷ İlyas DOĞAN, Abdülkadir AKIL, Gülden ÇAMURCUOĞLU, "Uluslararası Hukukun Değişim Süreci Ve İstanbul Protokolünün Uygulamadaki Anlamı", editör İlyas Doğan, **İşkencenin Önlenmesi Ve İstanbul Protokolü**, s.27.

⁵⁸ KAYA, Mehmet, "İşkencenin Belgelenmesine Dair İstanbul Protokolü", (Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üni. Sos. Bil. Enstitüsü, Ankara 2008, s. 77.

⁵⁹ M. Refik KORKUSUZ, **Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlükler**, Özenk Matbaacılık San. Ve Tic. Ltd. Şti., İstanbul 1998, s. 72.

Raportör, 1984 BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesini onaylamış olmayan BM üyesi devletler bakımından da yetkili kılınmıştır.⁶⁰ Raportörün çalışma usulü alenidir ve tespitleri devletler üzerinde baskı oluşturabilmektedir. Raporunda incelemeleri sonucundaki gözlemleri, ulaştığı sonuçlar ve tavsiyeleri yer almaktadır.⁶¹ Buna rağmen kararı hukuken bağlayıcı değildir ve bunları uygulama veya uygulatma yetkisi de söz konusu değildir.

Özel Raportör ülke ziyaretleri yaparken, ilgili ülkeden şu güvenceleri alır: ülkede serbestçe dolaşma; tüm cezaevleri, nezarethaneler ve diğer sorgu merkezlerinde serbestçe inceleme yapma; ilgili yerel ve merkezi hükümet yetkilileri ile serbestçe temasa geçme; hükümet dışı örgütler, özel kuruluşlar ve medya temsilcileri ile doğrudan temasa geçebilme; Özel Raportörün yetkisi içerisinde, tanıklar ve özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerle güven içinde ve denetimsiz bir şekilde görüşebilme; yetkisi içindeki tüm dökümanlara tam ulaşabilme; Özel raportörle temasa geçen resmi ya da sivil hiç kimsenin sıkıntı, ceza ya da yargılanma gibi bir tehditle karşı karşıya kalmayacağı yönünde güvence sağlanır.⁶²

Kararları ve tavsiyeleri hukuken bağlayıcı olmasa da BM İşkence Raportörünün insan hakları ihlalleriyle mücadelede başarılı ve aktif bir rol aldığı söylenebilir. Özellikle, yetkili olmadığı bir uygulamayı uluslararası kamuoyuna kabul ettirmede başarılı olmuştur. Söz konusu başarı, işkence ve benzeri uygulamaların yapıldığına ilişkin bir ihbar aldığı zaman, ilgili kişi adına, ihlalcı devlet nezdinde “acil eylem”, yani müdahalede bulunma yetkisini fiilen kabul ettirmiş olmasıdır. Ayrıca, özel raportörün ihlalde bulunduğu iddia edilen devlete değerlendirme mektubu göndermesi ve ilgili devlet hükümetinin kabul etmesi halinde, ihlallerin yaşandığı iddia edilen

⁶⁰ Timur DEMİRBAŞ, **İnfaz Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 402.

⁶¹ GÜLMEZ, age, s.422.

⁶² Abdurrahman EREN, “Birleşmiş Milletler Sisteminde İşkence Yasağı Ve Koruma Mekanizmaları”, editör İlyas Doğan, **İşkencenin Önlenmesi Ve İstanbul Protokolü**, , Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2009, s. 151.

ülkeyi ziyaret etmesi gibi faaliyetleri de mevcuttur. Bu tür uygulanan yöntemlerin birçok yaşamı kurtardığı, somut ihlallerin önüne geçtiği ve ağır ihlallerin çözülmesine katkıda bulunduğu için faydalı olduğu söylenmektedir.⁶³

Özel Raportör Türkiye hakkında açıklamalarda bulunduğu 2000 tarihli raporunda, göz altılarda işkence ve kayıplar hakkında mektuplar aldığını ve bunlar hakkında yeterli soruşturmaların yapılmadığı yönünde birçok mektup aldığını ifade etmiştir. Özellikle 16 Şubat 1999 tarihinde Abdullah Öcalan'ın yakalanmasından sonra Hükümete acil bir çağrı mektubu göndererek işkence ve kötü muamele konusunda hatırlatmada bulunulmuş, Hükümet 26 Şubat 1999 tarihli cevabında herhangi bir işkencenin söz konusu olmadığını ifade etmiştir. Özel Raportör bu raporunda Türkiye'ye ilişkin olarak, avukat yardımı almadan kimsenin gözaltına alınmasının önüne geçecek yasal değişikliklerin yapılması önerisinde bulunmuştur. Hükümet Türkiye'de yaşanan gelişmeler hakkında bilgi vermek üzere, Özel Raportöre 27 Ekim 2007 ve 27 Ocak 2008 tarihlerinde özel raportör göndermiştir. Raportör tavsiyelerin yerine getirilmesi amacıyla detaylı bilgi gönderilmesinden memnuniyeti bildirmiştir. Özel Raportör yapmış olduğu tavsiyelerin yerine getirilmesine ilişkin gelişmeler hakkında raporunda tek tek açıklamalarda bulunmuştur. Bu açıklamalar arasında hükümet dışı örgütlerden alınan bilgilere dayanarak, Türkiye'de Adli Tıp Kurumu'nun Adalet Bakanlığı'na bağlı olmasının bağımsızlığını etkilediği ve bu kurumdan istenen raporların geç gelmesinin adil yargılama hakkını etkilediği bilgisine yer verilmektedir. Ayrıca doktor incelemesi sırasında resmi görevlilerin içerde bulunması uygulamasının yaygın olduğu ve inceleme raporlarının yetersiz ve yüzeysel olduğundan ve mahkemelerin nadiren bağımsız raporları kabul edilebilir gördüğünden şikayet edilmektedir. Hükümet verdiği cevapta, Adli Tıp Kurumu'nun çağdaş ülkelerde olduğu gibi

⁶³ GÜLMEZ, age, s. 432.

benzer bir örgütlenmeye haiz olduğu, Kurumun bağımsız ve tarafsız bir yapıda olduğunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarıyla da doğrulandığı bildirilmiştir.⁶⁴

3. Avrupa Konseyi Belgeleri

Avrupa Konseyi bünyesinde değerlendirilen diğer önemli bir husus, polislerin uyması gereken kurallardır. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi 8.5.1979 tarihinde “ Polis Hakkındaki Bildiri “yi kabul etmiştir⁶⁵. Bildirinin ilgili 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 vurgulanmıştır.⁶⁶

Avrupa Konseyi bakımından diğer bir koruma aracı, Avrupa Konseyi Statüsünün sekizinci maddesidir. Buna maddeye göre, insan haklarını ağır bir şekilde ihlal eden ve ülkesinde sistematik olarak işkence ve benzeri muamele yapılan bir devletin Avrupa Konseyi'ndeki üyeliği askıya alınabilecektir.⁶⁷

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin İnsan Hakları ve Terörle Mücadeleye Dair Rehber İlkeler adlı kararında, terörle mücadelede işkencenin mutlak surette yasak olduğu; hiçbir şart altında, kişinin yakalanması, sorgulanması, tutuklanması ve tutulması sırasında işkence, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele veya cezaya başvurulamayacağı belirlenmiştir.⁶⁸

⁶⁴ EREN, agm, s. 153.

⁶⁵ M. Semih GEMALMAZ, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda İşkencenin Önlenmesi**, Amaç Yayıncılık, İstanbul 1990, s. 190.

⁶⁶ GEMALMAZ, **Ulusalüstü İnsan Hakları**, s. 192.

⁶⁷ Safa REİSOĞLU, **Uluslararası Boyutuyla İnsan Hakları**, Beta Yayınları, İstanbul 2001, s. 57.

⁶⁸ Yüksel METİN, “Terörle Mücadele ve İnsan Hakları”, **HPD**, Sayı 7, Temmuz 2006, s. 124.

4. Avrupa Birliği'ne Yönelik Belgeler

AB üyesi devletler, vatandaşlarının temel haklarını ihlal etmeleri durumunda hem ulusal hem de topluluk düzeyinde sorumlu tutulabileceklerdir. Bu kapsamda Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının özelliği, Avrupa Birliği tarihinde ilk kez medeni, ekonomik, siyasi ve sosyal haklar öngören tek bir metin ortaya koymuş olmasıdır. Birliğe üye olan tüm devlet vatandaşlarını kapsayan geniş bir haklar alanı tanınmıştır.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, bu anlamda temel hakları daha anlaşılır bir şekilde ortaya çıkarma ve temel haklara daha özel bir yer verme imkanı sağlamaktadır.⁶⁹ Temel hakların sistemli bir şekilde belirlenmesinin, Avrupa temel haklar kültürünü derleyeceği, hukuk güvenliğine katkıda bulunacağı, gelişmekte olan Avrupa hukuku düzeninin temel normlarına daha fazla demokratik bir ivme kazandıracak savunulmaktadır.⁷⁰

Şartın amacı, AB kurumlarının insan hak ve hürriyetlerine saygı duymasını sağlamak, temel hakları güvence altına almak ve etkin bir şekilde korumaktır. Avrupa Birliği'nin yetkilerini kullanırken temel hakları her zaman göz önünde bulundurmasıdır. Şartın önsözünde de vurgulanan amaç, Avrupa halklarının aralarında yakın bir birlik ve beraberlik sağlamak için ortak değerlere dayalı barışçıl bir gelecek yolundaki kararlılığı ortaya koymaktır.

Şartın İkinci maddesinin 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 ortaya koyulmuştur.

⁶⁹ Yüksel METİN, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı", **AÜSBFD**, Cilt:57, Sayı:4, Ekim-Aralık 2002, s. 36.

⁷⁰ METİN, Avrupa Birliği, s. 39.

Çalışmamızı yakından ilgilendiren hüküm ise, “işkence ve insanlık dışı veya küçük düşürücü ceza veya muamele yasağı” başlığını taşıyan dördüncü maddedir. Maddede, AİHS'nin üçüncü madde hükmü aynen vurgulanmıştır. Söz konusu hüküm ile anılan türden davranışlar kesin bir şekilde yasaklanmıştır. Bunun yanında, AİHS md.15'te yer alan ve işkence yasağı bakımından hiç bir muafiyet, istisna öngörülemeyeceğine dair bir hüküm, yani işkence yasağının mutlak koruma altında olduğu yönündeki hüküm Şartta yer almamaktadır.⁷¹

AİHS md. 15'te yer alan hüküm benzeri bir düzenlemenin söz konusu Şartta yer verilmemiş olması işkence yasağının mutlak doğası itibariyle herhangi bir şekilde kısıtlayabilecek bir halin varlığının kabul edilmemesini, hakkın özüne dokunmama ilkesi ile sağlayacaktır.

Şartın 52. maddesinin üçüncü bendine göre Şartın, AİHS'de tanınmış bulunan ve tekabül eden hakları öngörmesi halinde bunların anlam ve amacı AİHS'de öngörüldüğü şekilde olacaktır.⁷² Yine aynı maddeye göre Şarttaki hiç bir hüküm, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de dahil olmak üzere, AB'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde yer alan hakları sınırlayıcı ya da olumsuz yönde etkileyici şekilde yorumlanamayacaktır.

Bu hükümlerden çıkacak başlıca netice, işkence ve benzeri muamele yasağının mutlak ve istisna kabul etmez olduğunun Şartça da geçerli olacağıdır. Çünkü md. 52 ve 53'ten çıkan sonuç, Şart ile sağlanan koruma düzeyinin hiç bir şekilde AİHS ile sağlanmış olan korumadan daha düşük olamayacağı ve Şart ile ortaya koyulmuş sınırlandırma hükümlerinin hiç bir surette Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde öngörülenlerden daha geniş

⁷¹ Mustafa Ruhan ERDEM, **Avrupa Birliği Hukuku'nun Üye Devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkileri**, Ankara 2004, s. 50

⁷² Ayhan DÖNER, **Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı**, Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 963-964.

kapsamlı etkide bulunamayacağıdır⁷³. Mutlak haklar açısından konuya bakıldığında işkence yasağını da içeren mutlak haklar genel uluslararası hukukun amir hükümleri olarak “Jus cogens” normu teşkil ederler. Bir mutlak hak çekinceye konu olamaz ve mutlak haklar ile diğer haklar arasında olası bir çatışma hali ortaya çıktığında daima mutlak haklara üstünlük tanınmalıdır. Başka bir deyişle bir mutlak hak böyle bir etiketi taşımayan diğer haklara üstün olmalıdır.

Sonuçta Şart ile işkence, insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele veya ceza yasağına, uygulamada doğabilecek ve Strazburg organlarının içtihatlarından yararlanılarak öngörölmüş ilgili sorunlara ilişkin özel düzenlemelere yer verilmek suretiyle değinilmiş ve bu konuda Avrupa Birliğı bünyesindeki mevzuat boşluğu böylece giderilmiştir.

Avrupa Birliğı bünyesinde insan hakları ile temel hürriyetlerin geliştirilmesi amacıyla yürürlüğü konan diğer önemli bir kaynak tüzüklerdir. Bu amaç çerçevesinde çalışmamızı da ilgilendiren ilgili tüzük hükümlerine göre, işkence veya kötü muameleyi önlemek üzere, kişilerin hürriyetinden mahrum tutulduğu yerlerdeki koşulları iyileştirmeye yönelik çabalar mutlak surette desteklenecek ve işkence mağdurlarının rehabilitasyonları sağlanacaktır.

AB'nin faaliyetlerinin merkezinde insan haklarına saygı ilkesinin yer aldığını söylemek mümkündür. AB Kurucu Antlaşmasının çeşitli maddeleri ve Avrupa Topluluğı Kurucu Antlaşmasının çeşitli maddelerinde belirtildiğı üzere, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi amacı ilgili kurumun önde gelen gayelerindedir. Bunun açık göstergesi, Orta ve Doğı Avrupa ülkelerinin AB'ye uyumu sürecinde karşılamaları gereken koşulların belirlendiğı ve Kopenhag Kriterleri diye adlandırılan ilkeler arasında insan haklarına saygının kesin bir dille vurgulanmış olmasıdır.

⁷³ Ayhan DÖNER, *İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Koruması ve Avrupa Sistemi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 128-129.

5. Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı Belgeleri

Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı'nın bazı belgeleri insan hakları hukukunun "yumuşak yasaları" sayılmaktadır. AGİT'in hazırladığı metinler uluslararası hukuk anlamında sözleşme teşkil etmezler.⁷⁴ Bu husus AGİT'in oluşturduğu çeşitli metinlerde yer alan ifadelerden ve kullanılan kavramlardan açıkça saptanabilmektedir. Fakat bu işlemler siyasi bakımdan büyük öneme haizdirler ve bazı hukuki sonuçlar da doğururlar.⁷⁵

İşkence yasağı bu belgelerden birçoğunda yer almıştır. 1989 tarihli Viyana Belgesi bunlardan biridir. Burada, 1957 tarihli Mahpusların Islahı için Asgari Standart Kurallara ve BM tarafından çıkarılan Yasaların Uygulanmasından Sorumlu Kişilerin Davranış Kurallarına saygı gösterme yükümüne yer verilmiş, 1987 tarihli BM İşkence Sözleşmesine taraf olma çağrısı yapılmıştır. Bununla birlikte tutulan veya hapsedilenlere insanca, insan onurunun gerektirdiği saygıya uygun nitelikte davranma zorunluluğu vurgulanmıştır. Katılan devletler işkence ve benzeri fena muameleyi yasaklayacak ve bunları önlemeye yönelik tüm gerekli tedbirleri alacaklardır.⁷⁶

İşkence yasağına mutlak olarak değinen ilk metin ise 1990 tarihli Kopenhag Belgesi olmuştur. Bu belgede Viyana Belgesindeki vaatler tekrarlanmıştır ve 1984 tarihli BM İşkence Sözleşmesine taraf olunması ve bununla kurulan "İşkenceye Karşı Komitenin" yetkisinin tanınması konusunda çağrıda bulunulmuştur. Ayrıca hiç bir istisnai durumun işkenceyi yasal hale

⁷⁴ Gökçen ALPKAYA, AGİT Sürecinden AGİT'e İnsan Hakları, Kavram Yayınları, İstanbul 1996, s. 51

⁷⁵ AKILLIOĞLU, age, s. 280.

⁷⁶ a.ALPKAYA, AGİT Sürecinden AGİT'e, s. 66;
b.DÖNER, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Koruması, s. 108.

getirmek için öne sürülemeyeceği belirtilmiştir. Türkiye de bu belgeyi imzalamıştır.

Bu konuda diğer bir belge, 21 Kasım 1990 tarihli Yeni Bir Avrupa İçin Paris Şartıdır. Fakat bu Şartta 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.⁷⁷

Üzerinde durulması gereken diğer bir metin 1991 tarihli Moskova Belgesidir. Bu belgede, işkencenin önlenmesi yolunda alınabilecek önlemlere en ince ayrıntısıyla değinilmiştir. Tutuklanan ya da tutulan kişilerin haklarına, bunların sınırlarına, sorgu yöntem ve yasaklarına vurgu yapılmıştır. Ayrıca, işkence ve benzeri davranışların vukuu halinde ilgililere yararlandırılması gereken başvuru yolları ortaya koyulmuştur. Moskova Belgesinde daha soyut birtakım ilkeler de göze çarpmaktadır. Bunlardan birisi insan hakları sorunlarıyla ilgilenmenin devletlerin içişlerine karışma kapsamına girmediğinin ilk defa belirtilmesidir.⁷⁸ Bu anlayış uluslararası hukuka hakim olan anlayışa uygundur.⁷⁹ Diğer önemli bir ilke, sert çekirdekli hakların askıya alınamayacağına belirtilmiş olmasıdır.⁸⁰ Bu da uluslararası hukuka hakim olan anlayışa uygun olan bir görüştür.

6. Amerika Kıtasına Yönelik Belgeler

Amerikan İnsan Hakları Ve Ödevleri Bildirisine duyulan saygıyı artırmak için Amerikan İnsan Hakları Komisyonu kurulmuştur. Bu komisyonun yapabileceği bazı faaliyetlere örnek vermek gerekirse bireysel vaka hakkında

⁷⁷ a. ALPKAYA, AGİT Sürecinden AGİT'e, s. 67;
b. DÖNER, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Koruması, s. 110.

⁷⁸ a. KORKUSUZ, age, s. 159;
b. DÖNER, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Koruması, s.110.

⁷⁹ Melda SUR, **Uluslararası Hukukun Esasları**, DEÜ Yayını, İzmir 2000, s. 116.

⁸⁰ KORKUSUZ, age, s. 160.

rapor hazırlayıp sonuçlar çıkarmak, devletlerin önerilen tedbir ve tavsiyeleri 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 sayılabilir. Bu konumuyla Komisyon hem siyasal hem de yarı-yargısal yetkilere sahip bir organdır.⁸¹

Komisyonun Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi ile ilişkisine değinilecek olursa kendisine yapılan bireysel başvuruları karara bağlanmak üzere Mahkemeye sevk edebilme yetkisi bulunmaktadır. Komisyon, İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesinin ihlaline ilişkin kendisine yapılan bir başvuruyu öncelikli olarak kabul edilebilirlik şartları açısından incelemeye tabi tutar. Başvuru gerekli koşulları taşıyorsa Komisyon, dostça bir çözüme ulaşabilmeleri amacıyla kendisini tarafların hizmetine sunar. Dostça çözüme yönelik faaliyetlerden sonuç alınamazsa Komisyon, ilgili devlete gönderilmek üzere, işin esasına yönelik bir rapor yayınlayıp Sözleşmenin ihlal edilip edilmediğine dair vardığı sonuçları ve tavsiyelerini bildirir. İlgili devlet üç ay içinde belirtilen tavsiyelerin gereğini yerine getirmelidir. Fakat bu üç aylık süre içinde bile gerek ilgili devlet gerekse Komisyon, şikayet edilen devletin Mahkeme yetkisini tanımış olması kaydıyla, olayı Mahkemeye intikal ettirebilme yetkisine de haizdir.

İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesinin beşinci maddesinde işkence ve benzeri uygulamalar altı bent halinde yasaklanmış olarak düzenlenmiştir. Madde başlığı “insancıl muamele hakkı”dır. İlk bentte, her kişinin zihinsel, fiziksel ve ahlaki bütünlüğüne saygı görme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. İkinci bentte işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele yasağına işaret edilmiş, hürriyetinden mahrum bırakılmış kişilerin insan saygınlığının gerektirdiği şekilde muamele görme hakkından bahsedilmiştir. Diğer bentlerde ise, doğrudan kişi dokunulmazlığını ve

⁸¹ Ö. İbrahim KABOĞLU, **Özgürlükler Hukuku**, 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2002, s.246.

işkence yasağının ele almayan, fakat bu açıdan sorun doğurabilecek hususlar düzenlenmiştir. Yedinci maddede de, kişi güvenliği hakkından bahsedilmek suretiyle bedensel bütünlük hakkı üzerinde durulmuştur.

Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi ise, önüne getirilen davaları kesin çözüme bağlayan yargısal bir organ niteliğindedir.⁸² Aynı zamanda istişari fonksiyonu da mevcuttur. Mahkeme, yargı yetkisini kabul etmiş devletler hakkında yapılan bireysel başvuruları inceleme yetkisini haizdir. Buna karşılık, devletlerarası başvuru yöntemine başvurabilmek için, ilgili devletlerin her birinin Mahkemenin yetkisini ayrıca ve açıkça tanımış olması gerekmektedir.⁸³

Bir başvurunun kabul edilebilir olması, yetkiye ilişkin hususlar yanında bazı şartların varlığını gerektirmektedir. Bu şartlar, devletten kaynaklanan bir ihlalin varlığı, iç hukuk yollarının tüketilmiş olması, başvurunun iç hukuk merciinin nihai kararından itibaren altı ay içinde veya iç hukuk yollarının tüketilememesi durumunda makul bir süre içinde yapılmış olması, aynı unsurları taşıyan olayın Komisyon ya da başka bir uluslararası merci tarafından incelenmiş ya da incelemekte olmaması, başvurunun şekli birtakım unsurları içermesi, başvurunun ilk bakışta ortaya bir ihlali koyar görünmesi ve Komisyona yapılan başvurunun yeterli sonuç vermemesidir.

Mahkeme, esasa ilişkin olarak oy çokluğuyla ihlal konusu vaka hakkında hukuken bağlayıcı karar alabilecektir. Kararda davalı devlete, zarar gören tarafın ihlal edilen hak ve özgürlüklerinden faydalanabilmesini sağlamak için hangi önlemleri alması gerektiği gösterilir ve ayrıca tazminata da hükmedilebilir.

⁸² KAPANİ, age, s.69.

⁸³ a. AKILLIOĞLU, age, s. 419;

b. DÖNER, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Koruması, s.131.

Mahkemenin bağlayıcı yetkisi oldukça önemlidir. Mahkemenin icrai karar alma yetkisi bulunmaktadır. Bu kararı taraf devlet yerine getirmek zorundadır. İhlalin ne surette giderileceği de kararda gösterilebilir ve bunun infazını yerine getirmek mecburidir.

Amerikan Devletleri Örgütü tarafından hazırlanan “İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkında Amerikan Devletleri Arası Sözleşme” hükümleri ile, her devlet işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamelelerin önüne geçmek için yetki alanı içinde mevcut olan tüm tedbirleri alma yükümlülüğü altına girmiştir.

İşkencenin tanımı ve kapsamı bu sözleşmenin ikinci maddesinde belirlenmiştir. İlgili hükme göre ceza soruşturması, kişiyi korkutma, cezalandırma, tedbir aracı olarak veya diğer herhangi bir saikle; kişiye fiziksel veya zihinsel acı veren herhangi bir fiilin kasten işlenmesi, işkencedir. Ayrıca, fiziksel acı veya zihinsel ıstıraba yol açmasa dahi, mağdurun kişiliğini silmeye ve onun fiziksel ya da zihinsel yeteneklerini azaltmaya yönelik yöntemlerin kullanımı da işkence kavramı içerisine girmektedir.⁸⁴

Sözleşme ile devletler bazı yükümlülükleri üstlenmiştir. Bu yükümlülükler işkenceyi ulusal mevzuat tarafından ağır bir şekilde cezalandırılan bir suç haline getirmek, kamu görevlilerinin işkence teşkil edecek her türlü fiilden men edilmesini sağlamak, işkence mağdurlarının şikayetlerinin adil bir şekilde incelenmesini sağlamak, işkence mağdurlarına hakkaniyete uygun bir tazminat sağlamak, işkenceyle elde edilen ifadelerin sadece işkence faillerine karşı delil olarak kullanılabileceğini mevzuatlarında düzenlemek ve işkence faillerini iade etmektir.

⁸⁴ İşkencenin kapsamını, fiziksel acı veya zihinsel ıstıraba yol açmayan bazı yöntemleri de içerecek şekilde genişleten bu tanımın teknolojik ve bilimsel gelişmeleri uygun düştüğü için aynı konulu BM Sözleşmesine göre daha yerinde olduğu öne sürülmüştür.

7. Afrika Kıtasına Yönelik Araçlar

“Afrika İnsan Ve Halklarının Hakları Şartı”nın beşinci maddesinde doğrudan, diğer birtakım maddelerinde ise dolaylı olarak, işkence ve benzeri kötü muamele yasağına yer verilmiştir. Buna göre, kişi dokunulmazlığından ve kişi güvenliğinden bahsedilmek suretiyle dolaylı bir koruma sağlanmıştır. İnsan varlığında saklı olan haysiyete saygı duyulması gerektiği vurgulandıktan sonra işkence, zalimane, insanlık dışı ya da küçük düşürücü ceza ve muamele yasağına yer verilmiştir.

Şartın ilgili hükmüne göre, “İnsan ve Halkların Haklarına Dair Afrika Komisyonu” adı verilecek bu organın asıl hedefi ve gayesi insan ve halkların haklarını korumak ve geliştirmek olacaktır.⁸⁵ Bu amaçla araştırmalar yapmak, yayınlar yapmak, insan haklarıyla ilgilenen ulusal ve bölgesel düzeyde oluşturulmuş kuruluşlarla işbirliği yapmak ve onları bu alanda teşvik edici faaliyetlerde bulunmak, insan hakları eğitimini gerçekleştirmek gibi insan haklarını öğretici ve geliştirici faaliyetlerde rol almak adı geçen Komisyonunun en önemli görevlerindedir. Bu görüş, düşünce ve bildirici nitelikteki işlevi dışında, Komisyonun yarı yargısal fonksiyonları da bulunmaktadır.

İnsan ve Halkların Haklarına Dair Afrika Komisyonunun hukuken bağlayıcı karar alma ve tazminata hükmetme yetkisi yoktur. Bunun yanında Komisyon yargısal bir merci de değildir. Bu durumuyla, gerek AİHM’den gerekse Amerikan İnsan Hakları Mahkemesinden çok daha etkisiz bir konuma haizdir. Çünkü AİHM tazminata hükmedebilirken, Amerikan sisteminde Mahkemenin hukuken bağlayıcı karar verebilmesi mümkündür. Afrika sistemindeki Komisyon, sadece yol gösterici ve iştisari nitelikte tavsiyelerde ve telkinlerde bulunabilecek, önlemler konusunda tespitlerde bulunarak ihtiyati tedbirler önerebilecek, tarafları dostça çözüm yoluna sevk

⁸⁵ ÖNOK, Uluslararası, s.149.

edebilecektir. Bundan da bir sonuç elde edilemezse konuya ilişkin olarak rapor hazırlayabilecektir⁸⁶. Ancak bu hazırlanan raporun dahi hiç bir hukuki bağlayıcılığı yoktur⁸⁷.

Afrika İnsan ve Halklarının Hakları Mahkemesinin ise hem yargısal hem de istişari yetkisi vardır. Mahkeme huzurunda açılacak davaların sadece Afrika İnsan ve Halkların Şartına değil, davalı devletin taraf olduğu her hangi bir uluslararası antlaşmaya dayanması mümkündür. Yine aynı şekilde Mahkeme, ilgili devletin taraf olduğu her hangi bir insan hakları belgesini kendisine bir hukuk kuralı olarak dikkate alabilecektir. Bu açıdan, BM Örgütü bünyesinde akdedilen, bütün sözleşmeler bakımından söz konusu Mahkeme denetleyici bir işleve sahip olabilecektir.

8. Arap Ve İslam Dünyasına Yönelik Belgeler

“2004 tarihli İnsan Haklarına Dair Arap Şartına” bakarsak, işkence yasağına bu şartta da yer verilmiştir. İlgili hükme göre, hiç kimse fiziksel ya da psikolojik işkenceye veyahut zalimane, insanlık dışı, küçük düşürücü ya da terzil edici muameleye tabi tutulamaz. Her taraf devlet yargı yetkisindeki her bireyi bu tür uygulamalardan korumalı ve bunları önlemeye yönelik etkin tedbirler almalıdır. Bu tür davranışların işlenmesi ya da bunlara katılmak, kanun tarafından suç olarak cezalandırılmalı ve zamanaşımına tabi tutulmamalıdır. Ayrıca, her taraf devlet işkence mağduruna kendi hukuk sistemi uyarınca giderim sağlamalıdır.⁸⁸

İnsan Hakları Evrensel İslam Beyannamesi ise daha dini motifli ve soyut, tanınan hakların sadece ana çerçevesinin çizildiği bir metindir. Ayrıca, her hangi bir denetim mekanizması da öngörülmemiştir. Bu beyannamenin ilgili hükmüne göre hiç kimse zihinde ya da vücutta, işkenceye tabi

⁸⁶ Mehmet GEMALMAZ, “Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 9, Sayı 1, 1989, s.21 vd.

⁸⁷ DÖNER, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Koruması, s.134.

⁸⁸ ÖNOK, Uluslararası, s.154.

tutulmayacak, küçük düşürülemez. Hiç kimse, kendisinin ya da bir yakının ya da değer verdiği herhangi birisinin zarara uğratılacağıyla tehdit edilemeyecektir. Hiç kimseye suç işlediği zorla ikrar ettirilemeyecek⁸⁹ ve hiç kimse çıkarlarına aykırı bir eyleme rıza göstermeye zorlanamayacaktır.

⁸⁹ Şeriat'a göre zorla elde edilen itiraf geçerli değildir.

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE İŞKENCE YASAĞI

I.AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

Avrupa'nın birliğini sağlamaya yönelik olarak Bir İnsan Hakları Şartı fikri ilk olarak Mayıs 1948'te Lahey'de toplanan Avrupa Kongresinde öne sürülmüştür. Kongrenin aldığı kararlardan birçoğunda şöyle bir Şartın hazırlanması ve buna uyumu kontrol etmeye yönelik bir de mahkemenin kurulması zorunluluğuna yer verilmiştir.

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” Avrupa Konseyi tarafından 4.11.1950 tarihinde Roma'da imzalanmış ve 1953'te yürürlüğe girmiştir. Türkiye açısından ise Sözleşme 6366 sayılı onay kanunu ile yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, dünya çapında insan hakları standartlarının belirlenmesinde önemli bir yere sahiptir.⁹⁰

İkinci Dünya Savaşında yaşanan yoğun insan hakları ihlalleri neticesinde, savaş sonrası döneme insan hakları, hukukun üstünlüğü ve siyasi demokrasi ilkelerinin yerleşmesi sağlanmak istenmiştir. Bu nedenden ötürü ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan ziyade öncelikli olarak siyasi ve medeni hakların korunmasına yönelme gereği duyulmuştur. Bunun yanında, Sözleşme metninin hazırlandığı süreçte birçok devletin ekonomik ve sosyal hakları uygulamaya geçirecek konumda olmamaları bu tutuma destek sağlayacak bir gerekçe teşkil etmiştir. Bu nedenle, Sözleşmede öncelikli olarak klasik haklara yer verilmiş, diğer haklar ise zamanla ve oluşturulan ek protokoller aracılığıyla güvence altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, insan haklarını korumaya yönelik etkin mekanizmalar öngörmüş

⁹⁰ ÖNOK, Uluslararası, s.158.

bulunan en eski Sözleşmedir. Aynı zamanda en gelişmiş ve en zengin içtihat arşivine sahip bir uluslararası bir belgedir. Sözleşme, insan hak ve hürriyetleri alanında Avrupa devletleri için asgari ortak standartları belirlemektedir. Belirlenmiş olan bu standartlar Sözleşmeye taraf bulunan devletler için bağlayıcı hukuk kuralı haline gelmektedir. 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 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, tek taraflı hukuken bağlayıcı kurallar ihdas etmektedir. Sözleşme, devletle birey arasında bir hukuki ilişki doğurmaktadır.⁹¹ Bireyler, uluslararası hukukun öznesi haline gelmekte ve devletten yerine getirilmesini isteyebileceği ve talep edebileceği birtakım haklara sahip olmaktadır.⁹² Ayrıca sözleşme temin ettiği hak ve özgürlüklere ilişkin yargısal bir denetim mekanizması kurduğu ve sağlanan güvenceleri teminat altına alan bir yaptırım mekanizmasına sahip olduğu için önemlidir. Sözleşme insan haklarının korunmasını ulusal düzeyden uluslararası düzeye taşımış ve bireyleri özgürlüklerinin korunması açısından uluslararası hukukta hak sujesi yapmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin önemi bazı özgün özelliklerinde kendini göstermektedir. Sözleşme bireyi uluslararası hukukta hak sahibi yapmıştır. Sözleşme bireye haklarını çiğneyen devlete karşı sözleşmenin denetim organlarına bireysel olarak başvurabilme yolunu açmıştır. Sözleşme bu hakkın kullanılmasını bireyin iç hukuk yollarını tüketmiş olması koşuluna bağlamıştır.

Sözleşme ortak güvence olarak da bilinen devlet başvurusu ile devletlerin sözleşme denetim organlarına başvuru hakkını da düzenlemektedir. Böylece sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklere her sözleşmecî devlet hem uymakla yükümlüdür hem de diğer

⁹¹ ÖNOK, Uluslararası, s.159.

⁹² DÖNER, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Koruması, s. 32 vd

Sözleşmeci devletlerin Sözleşmenin yetki ve uygulama alanı içinde Sözleşmeye saygılı olup olmadığını denetleyebilmektedir. Sözleşme imzacı devletlerin çekince koyma hakkını da sınırlamaktadır. Sözleşme genel nitelikte çekince konulamayacağını, ancak sınırlı olarak çekince konulabileceğini belirtmektedir.

Sözleşme imzalandıktan sonra çıkarılan ek protokollerle sürekli geliştirilmekte ve güncellenmektedir. Sözleşmeye ek 11 numaralı protokol öncesinde İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na esasen devletler başvurabiliyordu. Bireylerin de komisyona başvurabilmesi bireysel başvuruya yönelik olarak ilgili devletin Komisyonun yetkisini kabul etmiş olması halinde mümkündü. 11 no.lu protokol ile yapılan düzenlemeden sonra İnsan Hakları Avrupa Komisyonu kaldırılmıştır. İlgili devletin Mahkemenin zorunlu yargı yetkisini kabul etmiş olması şartı da aranmadığından bütün başvuruları doğrudan AİHM'e yapılabilmesi sağlanmıştır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi 1 Haziran 2006 tarihinde, Avrupa Konseyi bünyesinde 13.05.2004 tarihinde imzaya açılan ve Türkiye tarafından 06.10.2004 tarihinde imzalanan " İnsan Hakları Ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmenin Oluşturduğu Denetim Mekanizmasının Değiştirilmesine İlişkin 14 no.lu Protokol"ü onaylanmasına dair 5512 sayılı kanunu kabul etmiştir. 5512 sayılı kanun, 06.06.2006 tarihli ve 26190 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 14 no.lu Protokol ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin iş yükünün sürekli artması karşısında, uzun dönemde denetim sisteminin etkinliğinin sağlanması ve geliştirilmesi hedeflenmektedir.⁹³

AİHM, taraf devletlerin AİHS'den ve buna ilişkin Protokollerden doğan yükümlülüklerine uymalarını sağlamak amacıyla oluşturulmuş, devamlı olarak görev yapan bir yargı organıdır. AİHM önüne gelen başvuruları incelemek

⁹³ http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/pages/news_archive.asp, son erişim tarihi, 28.06.2009.

üzere üç hakimli komiteler, yedi yargıçlı daireler ve on yedi yargıçlı bir Büyük Daire şeklinde toplanır. Mahkemenin daireleri belirli bir süre için komiteleri oluşturur. Mahkemenin toplantı yeri Strasbourg'tur.⁹⁴ Mahkemenin yargı yetkisi, sözleşme ve protokollerin yorumu ve uygulamasına ilişkin tüm konuları kapsar. Mahkemenin yargı yetkisinin olup olmadığı hakkında karar verme yetkisi Mahkemeye aittir. Komiteler yapılacak olan kişisel başvuruları "kabul edilebilirlik" yönünden incelemek üzere Daireler tarafından oluşturulur. Oluşturulacak komite sayısını AİHM'in başkanı belirler. Komiteler üç yargıçtan meydana gelir. Komiteler yapılan bir kişisel başvurunun daha fazla incelemeye gereksinime duyulmaksızın karar verilebilmesi halinde "kabul edilemezliğine" veya "kayıttan düşürülmesine" oy birliğiyle karar verilebilir. Komitenin kararları kesindir. Komitenin kabul edilebilir bulduğu başvuru bir daireye gönderilir ve bu daire başvuruyu hem kabul edilebilirlik açısından hem de işin esası bakımından inceler.

Türkiye, 1987 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine kişisel başvuruyu kabul etmiştir. Türkiye'de yaşayan her birey, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 35'teki şartlara uyarak⁹⁵ Türkiye'yi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde dava edebilecektir. Türkiye açısından da, 1999'dan beri Avrupa Birliği'ne Uyum Yasaları çerçevesinde Anayasa'da ve birçok temel kanunda yapılan değişikliklerin geniş ölçüde Mahkeme içtihatlarından yararlanarak ortaya koyulduğunu söylemek mümkündür.

⁹⁴ Mehmet Zelkifli YILDIRIM, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İctihatlarına Göre İşkence Yasağı"(Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üni. Sos. Bil. Enstitüsü, Ankara 2004, s. 17.

⁹⁵ a.Melda SUR, "Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na Kişisel Başvuru", **İzmir Barosu Dergisi**, Nisan 1993 Sayı 2, s. 74-84;
b.Süheyl BATUM, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye**, Kavram Yayınları, İstanbul 1996, s. 28 vd.

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN ÜÇÜNCÜ MADDESİ

A. Üçüncü Madde Hakkında Genel Bilgi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin işkenceyi konu edinen düzenlemesi üçüncü maddededir. İlgili hükme göre, “Hiç kimse, işkence, gayri insani ya da küçük düşürücü muameleye ya da cezaya tabi tutulamaz”. İşkenceye veya benzeri muameleye tabi olmama, her insan için vazgeçilemez ve mutlak olarak korunması gereken bir haktır. Çünkü her insanın kendi vücudu ve dokunulmazlığı üzerindeki haklar kendiliğinden mevcut olup, hiç bir kimse ve bu arada devlet tarafından tanınmış değildir. Bu nedenden dolayı, bu hak ve hürriyetlere devlet ve bireyin kendisi de dahil olmak üzere hiç kimse müdahale edemez.⁹⁶

Madde, yaşam hakkının hemen ardından gelmekte ve kişinin fizik bütünlüğünün ve onurunun korunmasını amaçlamaktadır. Pek çok kararında Mahkeme üçüncü maddede düzenlenen hak için “Avrupa Konseyini oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden biri” nitelemesinde bulunarak önemine işaret etmektedir. Bu hak Sözleşme ile amaçlanan ve başlangıç kısmında belirtilen Avrupa “ortak malvarlığı” alanının önemli bir yanını oluşturmaktadır.⁹⁷

Üçüncü madde ile koruma altına alınan haklar mutlaklardır. Üçüncü maddenin uygulanabilmesi için herhangi bir önkoşula veya şarta gerek yoktur. Bu sebeple, devletin içinde bulunduğu koşullar ve ihlale yol açacak nitelikteki birtakım uygulamalar veya bunun da ötesinde mağdurun söz konusu maddenin ihlaline yol açmasına sebebiyet verebilecek nitelikteki davranışları, üçüncü maddenin ihlalinin hiçbir surette haklı gerekçe olarak gösteremez, failin ve pozitif koruma yükümlülüğüne haiz devletin

⁹⁶ AKILLIOĞLU, age, s. 38.
Ömer ANAYURT, “İnsan Hakları Bölge Koruma Sistemlerinde İşkence Ve Kötü Muamele Yasağı”, editör İlyas Doğan, **İşkencenin Önlenmesi Ve İstanbul Protokolü**, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2009, s.214.

sorumluluğunu kaldıramaz ve azaltamaz. Kısaca söylenebilir ki, bu madde, Sözleşmenin sert çekirdeğinin bir parçasıdır,⁹⁸ yani üçüncü madde her zaman, her koşulda, herkese uygulanabilir niteliğe haiz bir maddedir.⁹⁹ Mahkemeye göre taraf devletler terörle, organize suçlulukla, insanlık aleyhine işlenen suçlarla mücadelede her ne kadar haklı, meşru ve savunulabilir nedenleri olsa da; mağdurun davranışları, hal ve hareketleri, işlediği ya da isnat edilen eylem ne kadar ağır olsa da üçüncü maddede yazılı yasakların uygulanmasına veya askıya alınmasına ya da belirli sınırlamalara tabi tutulmasına imkan vermez. Şu halde temeli bilimsel, rasyonel “ama”lar bile olsa taraf devlete üçüncü maddeyi sınırlama veya askıya alma yetki ve gerekçesi sunmamaktadır.¹⁰⁰

Üçüncü maddenin mutlak niteliği, bunun haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına elverişli olmaması sonucunu doğurur. Bu nedenle mağdurun failin kişiliğine ağır hakaretler içeren sözler sarf etmesi veya başkaca tahriklerde bulunması failin işkence ve kötü muamele eylemini maruz kılmaz. Aksi takdirde hakkın mutlaklığının anlamı ortadan kalkar. Nitekim AİHM, Atalay/Türkiye davasında işkence ve kötü muamele yasağının mutlaklığının mağdurun tutumundan bağımsız olduğunu ifade ettikten sonra mağdurun haksız tahrikini dikkate alarak polis memurlarının cezasında indirimine gidilmesini, bireylerin işkence ve kötü muameleden korunmasına ilişkin AİHS standardını karşılamaktan uzak bir yaklaşım olduğunun altını çizmiştir. Mahkemeye göre tahrik hiçbir zaman AİHS'nin üçüncü maddesine aykırı olarak bireylere kötü muamele uygulamasını haklı çıkarmaz.¹⁰¹

İşkence yasağı, Avrupalı devletlerin ortak kamu düzeni standartlarını ortaya koyan temel unsurlardan biridir. İşkenceye uğramama hakkının insan kişiliğinin ve bütünlüğünün ayrılmaz ve asla vazgeçilemez bir parçasını

⁹⁸ Pertev BİLGİN, “Sert Çekirdekli Temel Haklar”, **İnsan Hakları Sempozyumu**, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayın No. 1, İstanbul 1995, s. 101 vd.

⁹⁹ KABOĞLU, age, s. 270-271.

¹⁰⁰ Ömer ANAYURT, agm, s. 215.

¹⁰¹ Ömer ANAYURT, agm, s. 217.

oluşturduğu söylenebilir ve yine üçüncü madde uluslararası hukukta da genel kabul gören emredici nitelikte bir normdur.¹⁰²

Dinamik bir insan hakları rejiminin söz konusu olması ve özellikle üçüncü maddenin yasaklarını kesin bir şekilde tanımlamamış olması dolayısıyla, Sözleşmenin denetim organları davadan davaya değişen olgulara dayanarak üçüncü maddenin kapsamını belirlemişlerdir.

Üçüncü madde hükmünün sadece gerçek kişileri kapsamı altına almış olduğu açıktır. İlgili maddenin ana gayesi beden bütünlüğünü ve kişi onurunu mutlak suretle hiçbir istisnai uygulamaya yer vermeden korumaktır. Bu nedenle mağdurun rızasının olup olmaması maddenin ihlal edilmesi bakımından göz önünde bulundurulması gerekli olan bir unsur değildir. Diğer bir ifadeyle mağdurun rızasıyla işlenen davranışlar ve yaşanan ihlaller dahi üçüncü maddesindeki yasağın kapsamına içerisine girebilmektedir. Özellikle, ulusal hukukumuzdaki genel prensiplere göre de mağdurun dahi üzerinde tam tasarruf ehliyetine sahip olmadığı haklar bakımından rızanın hukuka uygunluğu sağlayıcı bir etkisi olmayacaktır.¹⁰³

Sözleşmenin üçüncü madde hükmü, niteliği gereği devletlere sadece negatif bir yükümlülük, yani işkence etme yasağını yüklemekle ve bu konuda önemli sorumluluklar yüklemekle kalmamaktadır. Aynı zamanda taraf devletlere pozitif bir davranış yükümlülüğü de getirmektedir. Aslında madde metninde açıkça yer almayan bu yükümlülük, Strasbourg organlarının içtihadıyla oluşmuş ve ortaya konmuştur. Bu madde hükmüne göre, devletler aynı zamanda mevcut yetki alanları altında bulunan hiç kimsenin bu tür bir muameleye ve haysiyet kırıcı davranışlara maruz kalmamasını sağlamak, üçüncü maddeye aykırı muameleleri önleyecek ve cezalandıracak mevzuat hükümlerini oluşturmak, engelleyemedikleri ihlalleri ise etkin bir şekilde

¹⁰² H.Burak GEMALMAZ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması*, İstanbul 2005, s. 18.

¹⁰³ Sulhi DÖNMEZER, Sahir ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt II, 11. Basım, Beta A.Ş., İstanbul 1997, s. 62 vd.

gerekli kurum ve teşkilatı kullanarak kovuşturmakla mükelleftirler.¹⁰⁴ Bu kapsamda her devlet ilgili mevzuatını işkence ve kötü muamele fiillerinin işlenebilme ihtimalini en aza indirgeyici nitelikte gözden geçirerek düzenlemeli ve bu eylemlere karşı maddi ve usuli koruma tedbirlerini oluşturarak etkin ve aynı zamanda istikrarlı yöntemlerle mücadelede ciddi yükümlülükler üstlenmelidir. Sözleşme denetim organları verdikleri birçok kararla devlete yüklenen bu görevi teyit etmiştir. Devlete yüklenen olumlu yükümlülükler olmasaydı, devletin işkenceyi yasaklaması veya işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ve cezaların yasaklayıcı genel hukuk kuralları yoluyla önlenmesi, temel önemine rağmen, pratikte uygulanamazdı ve devlet görevlilerinin bireylerin haklarını istismar etmeleri durumunda bundan dolayı sorumlu tutulmaları da söz konusu olmayacaktı.

Devlet, organları aracılığıyla hiç kimseyi maddede sayılan durumlardan birine tabi tutmamalıdır. Maddede öngörülen ihlallere dayanak oluşturan davranışlara kendi organları sebebiyet vermemelidir. Devlet, yargı yetkisi kapsamındaki herhangi bir kimsenin maddede sayılan ihlallerden birinin mağduru olmaması için gerekli önlemleri almalı ve kalıcı yönde adımlar atmalı, bu çerçevede bireyleri diğer kişilerin bu tür eylemlerinden korumak için uygun önlemleri almalı; bu eylemleri caydırıcı, etkili ceza hükümlerine mevzuatında geniş yer vermelidir.¹⁰⁵

Devlet, üçüncü madde hükmüne paralel olarak oluşturduğu mevzuat hükümlerinin ihlal edilmesini önlemeli ve ceza kovuşturmasını etkin şekilde organize etmelidir. Gerekli soruşturma ve kovuşturma aşamalarından sonra uygulanması gereken yaptırımların infazını sağlayan işlerlik kazanmış bir mekanizmayı kurmalıdır. Üçüncü maddeye aykırı eylemler neticesinde meydana gelen olayları etkin bir şekilde araştırmalıdır. Buradaki, devletin soruşturma yükümlülüğü farklı alanlardaki yargılamaları da içine alacak şekilde geniş yorumlamak çalışmamızın amacına uygun olacaktır.

¹⁰⁴ ÖNOK, Uluslararası, s.163.

¹⁰⁵ ÖNOK, Uluslararası, s.164.

Mahkemeye göre işkence ve kötü muamelelerin soruşturulmasının iki amacı vardır: Birincisi işkence ve kötü muamelelerin faillerinin tespit edilerek gerekli cezai yaptırımların işletilmesinin sağlanması, diğeriye gerekiyorsa mağduriyetin bireysel sonuçlarının tazminat vs. yolla giderimidir.¹⁰⁶ Mağdura sadece tazminatın ödenmesi ama failin cezasız kalması etkili bir soruşturma anlamına gelmez. Bu çerçevede, ceza hukuku alanındaki soruşturma ve kovuşturmanın yanında, idare hukuku alanındaki idari soruşturmalar ve idari yargı kapsamındaki davalar, medeni hukuk alanındaki haksız fiil sorumluluğuna dayalı davalar da, bu kapsam içerisinde değerlendirilmelidir.¹⁰⁷

Üçüncü madde kapsamındaki sorumluluğun gereğine uygun olacak şekilde, etkin bir soruşturma birtakım koşulları taşımaktadır.¹⁰⁸ Bu koşullara kısaca değinmek gerekirse, soruşturma makamına şikayette bulunulması ya da şikayet bulunulmasa bile, işkence veya kötü muamelenin işlendiğine dair yeterince açık belirtilerin bulunması durumunda, derhal soruşturmaya başlanması, araştırma ve soruşturma organlarının olaya karışan herhangi bir kimseden bağımsız olması gerekmektedir. Bağımsızlıktan kasıt sadece hiyerarşik bir bağlantının olmaması değil, soruşturmacıların uygulamada da bağımsız olmasının gerekliliğidir. Soruşturmanın gerek kanunda gerekse uygulamada etkin olması gerekip davalı devlet mercilerinin icrai ya da ihmali hareketleri tarafından soruşturma engellenmemelidir. Soruşturmanın makul bir özen ve hızla yapılması ve aynı zamanda soruşturmanın şeffaf ve kamunun denetimi ve ilgililerin katılımına açık olması gerekmektedir. Maddenin ihlaline yol açan sorumluları ortaya çıkarabilmek için, soruşturma veya sonuçları üzerinde yeterli ölçüde kamu denetimi olmalıdır. Daha da önemlisi her ne şart altında olursa olsun şikayetçinin soruşturma sürecine etkin bir şekilde katılabilmesi sağlanmalıdır. Bu konu aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ilgili hükmü uyarınca adil yargılanma hakkının

¹⁰⁶ Ömer ANAYURT, agm, s. 274.

¹⁰⁷ Osman DOĞRU, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı**, Ankara 2006, s.166.

¹⁰⁸ DOĞRU, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence, s.170 vd.

da bir gereğidir. Pratik açıdan önemli ve de gerekli olan husus, Devletin bu yükümlülüklerin gereklerine uygun davranmasıdır. Bu konuda üçüncü madde kapsamında olup da iç hukukumuza yansıyan temel hak ve hürriyetlerin korunmasında devlete yüklenen bu yükümün olumlu sonuç vermesi gerekliliği olmazsa olmaz değildir. Devlet, araçlarını ve imkanlarını sonuna kadar kullanarak bu konuda elinden geleni yapmakla mükelleftir. Bunun sonucunda yine de olumsuz netice alınmış, yani devletin üzerine düşeni yapmasına rağmen bir ihlal engellenememişse ya da etkin soruşturma sürdürülmesine rağmen sorumlular ortaya çıkarılamamışsa, devleti sorumlu tutmak bu aşamadan sonra mümkün olmayacaktır. Başka bir deyişle devlete yüklenen pozitif sorumluluk sonuç değil, amaç ve bu amaç doğrultusunda verilen mücadele sorumluluğudur.¹⁰⁹ Öte yandan üçüncü madde sadece vuku bulmuş ihlalleri değil, vuku bulma ihtimali olan ihlalleri de önleyici ve yasaklayıcı bir fonksiyona sahiptir.

B. Üçüncü Maddede Yer Alan Bazı Kavram ve Unsurlar

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin üçüncü maddesinde üç türde düzenlenmiş ihlale yer verilmiştir. Bu madde kapsamında düzenlenmiş başlıca ihlal türleri işkence, insanlık dışı muamele ve küçültücü muameledir. Maddede işkence, insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele kavramlarının soyut olarak sayılmasıyla yetinildiği ve bunların içeriğinin tespitinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihadına bırakılmış olduğu görülmektedir. Sözleşmenin üçüncü maddesinde yer alan işkence, insanlık dışı muamele ve küçültücü muamele veya ceza yasağının Sözleşmede kısa ve yalın ifade edilmiş olması dolayısıyla Avrupa hukuk sisteminden karmaşık tanımlamalar belirmiş ve üç yasak fiil arasında önemli ayrımlar ortaya koyulmuştur. Her şeyden önce ister işkence olsun, ister insanlık dışı muamele ya da ceza

¹⁰⁹ Feyyaz GÖLCÜKLÜ, **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.

olsun, bir kötü muamele fiilinin üçüncü madde kapsamına girmesi için asgari şiddet düzeyine erişmesi gerekmektedir.

Bir hukuk kavramı olarak işkencenin kendisine has bir hukuksal çerçevesi bulunmaktadır. Ancak AİHS'ni hazırlayanların hem işkence hem de insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele terimlerini kullanmaktaki amaçları ikisi arasında kesin bir ayırım yapabilmektir.¹¹⁰ Diğer taraftan işkencenin hemen ardından insanlık dışı muamele, insanlık dışı ceza gibi kavramları peşi sıra saymanın Sözleşmenin yapımcıları açısından özel bir önemi vardır: Amaç işkenceden daha yaygın olarak da kullanılan ve çok defa doğurduğu sonuç yönünden ondan pek farklı olmayan, deyim yerindeyse işkenceye nazaran tepki boyutu ve yankıları bakımından albenisi daha düşük ciddi nitelikteki kötü muamelelere özel olarak dikkatleri çekmektir.

1. İşkence Kavramı

Üçüncü maddede yer alan kavramların anlamlarını incelemek çalışma konusu bakımından isabetli olacaktır. İşkence nitelik ve nicelik itibarıyla en ağır ihlal türlerinden birini teşkil etmektedir. BM Genel Kurulunun 1975 tarihli bildirisinde işkence şu şekilde tanımlanmaya çalışılmıştır: "İşkence; acımasız, insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele ya da cezanın kasıtlı ve ağırlaşmış bir şeklidir." Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından da işkenceyi, evrensel boyutta değerlendiren söz konusu tanım çerçevesinde anlamak gerekmektedir.

İşkence üç temel unsurdan meydana gelmektedir. Bu unsurlar; çekilen acının yoğunluğu, kast, kendine özgü bir amacın varlığıdır. En temel belirleyici unsur, çekilen acının yoğunluğudur. Bunun yanında çekilen acının yeterince kuvvetli ve yoğun olması kaydıyla, zihinsel acıya yol açılmasının da

¹¹⁰ Ömer ANAYURT, agm, s. 227.

işkence sayılan türden ihlale yol açabileceği, bu bakımdan fiziksel zararın şart olmadığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında da vurgulanmıştır. Avrupa hukuk sistemi işkence olarak sınıflandırılmak için otomatik bir şekilde yeterli şiddette sayılabilecek fiillerin bir listesini ortaya koymaktan kaçınmaktadır. Mahkeme yasak fiillerin göz önüne alınmasında kendisine bir esneklik hakkı tanımakta, Sözleşmeyi günümüz koşulları ışığında yorumlamaktadır.

İşkence konusunda Strasbourg organlarının ilk kararı, İnsan Hakları Avrupa Komisyonunun 5 Kasım 1969 tarihli Yunanistan kararıdır. İnsan Hakları Avrupa Komisyonu 1967 yılında başlayan Albaylar Cuntası döneminde özgürlüğünden yoksun bırakılan bazı kişilere yaptığı iddia edilen kötü muameleleri incelemiş; falaka, elektrik verme, kaba dayak, sahte infaz, darp veya ölümlerle tehdit gibi birçok kötü muamelenin varlığını saptamış ve bunları işkence olarak nitelendirmiştir.¹¹¹

Sonuç olarak denilebilir ki; işkence, zalimane ve şiddetli maddi veya manevi acıya neden olan bir amaçla bir kişiye kasıtlı olarak ika edilen fiil ya da ihmali davranıştır. Mahkeme bugüne kadar yirmi yedi işkence nitelemesinde bulunmuştur. Bunların önemli bir kısmı gözaltında gerçekleşmiştir. Ancak tedavi kurumlarında, cezaevlerinde, toplumsal olaylarda aşırı güç kullanımında, yakalama esnasında da başvuru yöntemlerinin fiziksel ve ruhsal acı ağırlığı nedeniyle işkence olarak nitelendirilmesi söz konusudur.¹¹²

Mahkemenin işkence konusunda tespit ettiği Türkiye ile ilgili ilk karar 12 Aralık 1996 tarihli Aksoy- Türkiye kararıdır. PKK'ya yardım, yataklık ve üyelik suçlarından Mardin Kızıltepe ilçesinde gözaltına alınan ve Mardin Emniyet Müdürlüğü'nde 14 gün kadar gözaltında tutulan Zeki Aksoy'un, gözaltında Filistin askısına tabi tutulduğu, başka bir deyişle, çırılçıplak

¹¹¹ DOĞRU, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence, s. 18.

¹¹² Ömer ANAYURT, agm, s. 231.

soyularak, elleri arkadan bağı bir biçimde kollarından asıldığı tespit edildiğini hatırlatan Mahkemeye göre bu muamele ancak kasıtlı olarak yapılabilir. Bunu yapmak için belirli bir hazırlık sürecine ve güç kullanmaya gerek vardır. Bunun başvuruçudan bir ikrar veya bilgi elde etmek için yapıldığı anlaşılmaktadır. Yapıldığı zaman ağır acı vermiş olmasının yanı sıra, tıbbi belgeler bunun her iki kolda bir süre devam eden felce yol açtığını göstermektedir. Mahkeme bu muamelenin, ancak işkence olarak nitelenebilecek ağır ve zalimce bir muamele olduğunu kabul etmektedir.¹¹³

Mahkemenin işkence konusunda vardığı karar Türkiye ile ilgili 25 Eylül 1997 tarihli Aydın-Türkiye kararıdır. Babası ve yengesi ile birlikte jandarmalar tarafından gözaltına alınıp Deril ilçe jandarma merkezine götürülen 17 yaşındaki genç kızın, çıplak soyularak dövülmesi, bir tekerleğin içine oturtularak döndürülmesi ve üzerine tazyikli su sıkılması ve ardından tecavüz edilmesi ile ilgilidir. Mahkeme bu iddiaları kabul etmiştir. Nitekim Mahkemeye göre tecavüz, kötü muamelenin çok ağır ve iğrenç biçimi olarak kabul edilmelidir. Bundan başka tecavüz, diğer fiziksel ve psikolojik şiddet biçimlerinde olduğu gibi, mağdurda zaman içinde kolaylıkla geçmeyen derin psikolojik izler bırakır. Başvurucu ayrıca, kendisinde hem duygusal olarak aşağılanmışlık ve hem de fiziksel olarak korunmasızlık duygusu bırakmış olması gereken, zorla cinsel ilişkinin fiziksel acısını da yaşamıştır.¹¹⁴

2. İnsanlık Dışı Muamele Veya Ceza Kavramı

İnsanlık dışı muamele, somut olayda halin haklı göstermediği ve ciddi zihinsel ya da fiziksel acıya kasten yol açan muameleleri ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu kavram, işkenceden farklı olarak, ıstıraba yol açma amacı ya da belirli bir spesifik amacın varlığı aranmaz. İnsanlık dışı muamele işkence için aranan şiddet eşiğini geçmemiş fiillerin içine yerleşebildiği bir

¹¹³ DOĞRU, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence, s. 23.

¹¹⁴ DOĞRU, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence, s. 24.

kategoridir, ayrıca insanlık dışı sayılacak kadar yeterince şiddetli olmayan bir muamelenin küçültücü olup olmadığını belirlemede yine bir referans noktası olarak kullanılır.

Türkiye'nin Doğu ve Güneydoğu bölgelerinde güvenlik güçleri tarafından köylerin boşaltılması sırasında evlerin ve malların tahrip edilme tarzı, başvuruçuların mülkiyet ve aile yaşamlarına bir müdahale oluşturmasının yanında bir de insanlık dışı muamele oluşturmuştur. Mahkeme konuyla ilgili ilk iki kararında mülkün tahribinin Sözleşmenin üçüncü maddesine aykırı bir kötü muamele oluşturup oluşturmadığını incelemeyi gerekli görmemiş, ancak Haziran 1994'te Diyarbakır'ın Kulp ilçesine bağlı İslamköy'deki köy boşaltma olayı ile ilgili 24.04.1998 tarihli Selçuk ve Asker kararında konuyu bir de bu yönden ele almıştır.¹¹⁵ Mahkeme o tarihte bayan Selçuk'un 54 ve bay Asker'in 60 yaşında olduklarını ve bütün yaşamlarını İslamköy'de geçirdiklerini hatırlatır. Başvuruçuların evleri ile mallarının büyük bir kısmı güvenlik güçleri tarafından tahrip edilmiş, geçim araçlarından yoksun bırakılarak köyü terk etmeye zorlanmışlardır. Bu olayın tasarlanmış olduğu ve başvuruçuların duygularına saygı gösterilmeksizin, hoyratça gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır. Başvuruçular hazırlıksız yakalanmış ve bir kenara çekilip evlerinin yanmasını seyretmek zorunda kalmışlardır. Bay ve bayan Asker'in güvenliğini sağlamak için yeterli önlem alınmamıştır. Başvuruçuların evlerinin tahrip edilme tarzı ve içinde buldukları durum göz önünde tutulduğunda güvenlik güçlerinin bu eylemleri Sözleşmenin 3. maddesi anlamında insanlık dışı muamele olarak nitelendirilebilecek kadar yeterli ağırlıkta bir üzüntü vermiş olmalıdır. Mahkemeye göre söz konusu eylemler, başvuruçuları cezalandırma niyeti ile yapılmamış ve fakat evlerin teröristler tarafından kullanılmasını engellemek veya başkalarının cesaretini kırmak için yapılmış olsa bile, bu durum kötü muamelede bulunmak için haklı bir sebep oluşturmaz. Sonuç olarak

¹¹⁵ DOĞRU, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence, s. 158.

Mahkeme olayın özel şartları içinde bu davada Sözleşme'nin 3.maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.

3. Küçük Düşürücü Muamele Veya Ceza Kavramı

Küçük düşürücü muamele kavramı şahsı diğer kişiler karşısında büyük ölçüde utandıran, rezil eden ya da şahsı idaresi veya bilinci hilafına davranmaya zorlayan; onda korku, acizlik ve değersizlik duygusu uyandırıp onurunu zedeleyen her türlü muameledir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin birçok kararında belirtildiği üzere bir davranışın üçüncü madde kapsamında küçük düşürücü olup olmadığını değerlendirirken Mahkeme, bunun temel gayesinin bireyi küçük düşürmek ve alçaltmak olup olmadığı ve sonuçları bakımından, bu davranış ve ihlal türünün, mağdurun kişiliğini ve manevi bütünlüğünü üçüncü maddeyle uyumlu olmayan bir şekilde olumsuz yönde etkileyip etkilemediğini göz önünde bulunduracaktır. Failde böyle bir saikin bulunmaması, tek başına maddenin ihlal edildiği sonucuna varmayı kesin olarak engellemez. Bu konuda mahkemenin vermiş olduğu önemli kararlardan bir tanesi 12 Mayıs 2005 tarihli Öcalan-Türkiye kararıdır.¹¹⁶ Mahkeme Büyük Dairesi Öcalan kararında başvurucunun tek başına tutulduğu İmralı Cezaevinde tutulma koşullarını ve izolasyonunun Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olmadığına karar vermiştir. Mahkemeye göre mevcut olayda başvurucunun tutulmasının Türk makamlarına istisnai nitelikte zorluklar çıkardığı doğrudur. Büyük ve silahlı ayrılıkçı bir hareketin lideri olan başvurucu, Türkiye'de ülkeye karşı en tehlikeli terörist olarak görülmektedir. Kendisini destekleyenlerin cezaevinden kaçmasına yardım etmek isteyebilecekleri de makul bir karinedir. Bu şartlarda Türk makamlarının başvurucuyu tutmak için olağan dışı güvenlik önlemleri almayı gerekli görmeleri anlaşılabilir bir durumdur. Başvurucunun

¹¹⁶ DOĞRU, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence, s. 107.

cezaevindeki odası hiç kuşkusuz, eleştirilemeyecek bir standartta döşenmiştir. Mahkeme elindeki fotoğraflara ve 2 Eylül 2001 ile 14 Eylül 2001 tarihleri arasında Türkiye'ye yaptığı ziyaretlerle başvurunun kaldığı cezaevini de ziyaret eden İşkenceye Karşı Komite temsilcilerinin tespitlerine göre başvurunun işgal ettiği odanın bir hükümlüyü barındıracak kadar büyük olduğunu ve bir yatak, masa, koltuk ve kitaplık bulunduğunu kaydeder. Ayrıca odanın havalandırması, yıkanma ve tuvalet imkanları ile iç avluya bakan bir penceresi vardır. Başvurunun çok titiz ve düzenli olarak sağlık gözetimi altında tutulduğu anlaşılmaktadır. Mahkeme bu şartların Sözleşme'nin üçüncü maddesi bakımından mesele doğurmadığını düşünmektedir.¹¹⁷ Mahkeme ayrıca başvurunun duysal izolasyon altında tutulan veya hücreye kapatılmış bir kişi olarak görülemeyeceğini düşünmektedir. Başvurunun elinin altında kitapları, gazeteleri ve radyosu bulunmaktadır. Televizyon izleme veya telefonla görüşme imkanı yoktur. Ancak başvuru mektup vasıtasıyla dış dünyayla iletişim kurabilmektedir. Her gün bir doktoru ve her hafta bir kez avukatlarını ve aile üyelerini görebilmektedir. Büyük Daire, televizyon izleme ve aile üyeleriyle telefonla görüşme gibi, Türkiye'de yüksek güvenlik altındaki hükümlülere sağlanan imkanların başvurucuya da sağlanmasını, kendisini kısmi sosyal izolasyonunun uzun süredeki etkileri hafifletebileceği yönündeki İşkenceyi Önleme Komitesini tavsiyelerine katılmakla birlikte, başvurunun tutulduğu İmralı Cezaevindeki genel koşulların Sözleşme'nin 3.maddesi anlamında insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele oluşturması için gerekli asgari ağırlık düzeyine ulaşmadığı şeklindeki Dairenin görüşünü paylaşmaktadır. Sonuç olarak bu yönden bu madde ihlal edilmemiştir.¹¹⁸

Özetle küçültücü muamele veya ceza yeterince şiddetli maddi veya manevi acıya yol açıp da; kişiye saygısızlık göstererek ya da kişinin insanlık onurunu azaltarak kişiyi utanca boğmak veya alçaltmak, yahut kişinin ahlaki

¹¹⁷ DOĞRU, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence, s. 108.

¹¹⁸ DOĞRU, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence, s. 108.

veya maddi direncini kırmaya elverişli aşağılık duygusu, keder veya korku duygularını tahrik etmektir.

Bazı bölgesel ve uluslararası sözleşmelerin yasaklı fiilleri tanımlamış olmasına karşın üçüncü madde işkence, insanlık dışı ya da küçültücü muamele veya cezaya herhangi bir tanımsal özellik yüklememektedir. Bu nedenle belirtilen ihlal biçimlerinin tanımsal yanlarını belirlemek için Avrupa İnsan Hakları hukukunun uygulamasından aslında doktrine dayalı karmaşık ve kapsamlı bir içtihat hukuku doğmuştur. Mahkemenin üçüncü madde kapsamındaki uygulamaları, objektif kriterler üzerine değil de en azından ilk bakışta birbiriyle uzlaşmaları zor görülen kararlara yol açacak olan ve her bir davanın özgün olaylarına göre çeşitlenen subjektif faktörlerin etkileri üzerine temellenmektedir.

Üçüncü madde kapsamında değerlendirilen ihlal türlerinden olan bu üç kavram arasındaki fark büyük ölçüde derece ve ağırlık farkına dayanmaktadır. Bu kavramlar arasında nitelik değil, nicelik ve yoğunluk farkı bulunmaktadır.¹¹⁹Çünkü bu üç kavram, en hafifi olan küçük düşürücü muameleden, en ağırı olan işkenceye varacak şekilde, basamaklı olarak değerlendirme altına alınmıştır. Bu yüzden işkence ile yasaklanmış diğer ihlal türündeki davranışları ayırt etme, bir mevzuat kuralı ya da evrensel boyutta hukuk ilkesiyle halledilecek bir husus değildir. Bu konu tamamen hakim in yapacağı değerlendirmelerin doğrultusunda çözüme kavuşacak husustur.

Üçüncü maddenin ihlaline yol açabilecek muamelelerin, kural olarak kasten işlenmiş olması gerekmektedir. Her ne kadar işkence ve benzeri kötü muamelenin amacı uygulamada ve yaşanan birtakım vakalarda sanıktan itiraf elde etmek olsa da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından faili

¹¹⁹ a.Nur CENTEL, “Adli Tıp Bilimleri ve İnsan Hakları”, **Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 4, Sayı 1-2, Erzurum 2000, s.8;
b.Durmuş TEZCAN, Ruhan ERDEM, Oğuz SANCAKDAR, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, 2. Baskı, Ankara 2004, s.249.

cezalandırmak gibi başka amaçlar da güdülmüş olabilir.¹²⁰ Bu bakımdan, davranışı nitelendirirken failin özel ve spesifik amacına değil, davranışın yapısına ve bu muamelenin mağdur üzerindeki neticelerine, doğurduğu etkilere bakılması gerekmektedir.

Bununla birlikte işlediği bir suç nedeniyle bireye uygulanan ceza ve müeyyideler zaten işin doğası ve yapısı gereği bir bakıma haysiyet ve onur kırıcı veya kişiye sıkıntı verici nitelikte olduğundan, maddeye aykırılık teşkil edemez. Fakat cezanın infazı ve infaz koşulları bakımından maddeye aykırılık söz konusu olabilir¹²¹. İşkencenin insanlık dışı muameleden ayrı olarak değerlendirilmesi ve en ağır türden birtakım ihlalleri vurgulamak üzere kullanılması belirli bir saike dayanır. Buna göre işkence, oldukça ağır ve acımasızca acı çekilmesine yol açan kasti davranışları ön plana çıkarmak için öngörölmüş ihlal türünden özel bir kavramdır. Bir bakıma işkencenin ayırt edici özelliği, çekilen acının ve yaşanan eziyetin yoğunluğundan kaynaklanmaktadır. Üçüncü madde açısından ihlal türünden davranışların mutlaka maddi kuvvet içermesi veya fiziki yönden acı vermesi gerekmez, manevi ıstırap ve duyulan yoğun acı da bu kapsamda değerlendirilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında acı ya da ezanın yoğunluğu kıstasında ısrarcı bir tavır sergilenmişse de, Mahkemenin yakın tarihli bazı kararlarında, bu hususun gerçekleşen ihlalin niteliğini belirlemede dikkate alınıp üzerinde durulacak kıstaslardan sadece biri olduğu ifade edilmiştir.

Yaşanan birçok ihlal türünde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi organları insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele gibi kavramlar arasında ayrıma gitmeyi gerekli görmeyip, sözleşmenin üçüncü maddesinin ihlaline hükmederken her iki ihlal türüne yönelik olan kavramları birlikte değerlendirip, kullanmaktadır. İnceleme konusu ceza veya muamele bu üç türden ihlale

¹²⁰ TEZCAN, ERDEM, SANCAKDAR, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında, s.248.

¹²¹ CENTEL, Adli Tıp Bilimleri ve İnsan Hakları, s.9.

yönelik nitelendirmeden hangisine uygun düşerse düşsün, sonuçta üçüncü maddeye aykırılık teşkil etmiş olacaktır. Bu konudaki ayırım mağdur lehine hükmedilecek olan tazminatın tayini ve tespiti, daha da önemlisi ihlalcı devletin saygınlığı bakımından önem arz edecektir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md. 41’de tazminatın adil olması gerekliliğinden bahsedilerek, karara bağlanacak tazminat miktarı da işlenen ihlalin ağırlığı ile orantılı ve tatmin edici nitelikte olması gerekecektir.

IV. MADDENİN UYGULANABİLİRLİK KRİTERLERİ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre, üçüncü maddenin himayesinden yararlanabilmek için dava konusu ihlalin belli bir ağırlıkta, belirli bir düzeyde olması gerekir. Maddede yer alan kademeli olarak her üç kavram bakımından da bu asgari eşik ve ağırlık düzeyi aranır.¹²²

Üçüncü madde kapsamında değerlendirilmesi gereken ihlallerin ağırlığının tespitinde durumun tüm özellikleri, muamelenin niteliği ve gerçekleştiği ortam, süresi, mağdur üzerindeki fiziksel veya zihinsel etkileri, mağdurun cinsiyeti ve yaşı, sağlık durumu, sonraki süregelen etkileri gibi tüm hususlar dikkate alınır.

Yaşanan vakalarda, ihtilaf konusu davranışlara maruz kalan mağdurların sübjektif algılamaları da büyük bir öneme sahiptir. Olması gereken ve objektif olarak yapılan nitelendirmeler sonucunda maddeye aykırı olarak değerlendirilebilecek bir muamelenin, sadece mağdurun çok yüksek dayanma gücü veya ahlak anlayışı itibariyle vurdumduymazlığı, aldırmaazlığı sebebiyle üzerinde orta halli bir insandan daha az etki doğurursa, bu durum davranışı maddeye aykırı olmaktan kurtarmaz. Bu bakımdan kişiyi çıplak

¹²² ÖNOK, Uluslararası, s.175.

soyup gezdirmek gibi bir muamele tarzında ortalama bir insanın telakkilerine, ahlak anlayışına ve yaşam tecrübelerine göre küçük düşürücü olarak değerlendirilebiliyorsa, mağdurun bu yaşanan ihlalden fazla bir rahatsızlık ve utanç duymamış olması, maddenin ihlal edilmiş olmasını engellemez.¹²³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de, muamele veya cezanın mağdur üzerindeki etkisini objektif biçimde değerlendirme amacı içerisinde olduğu görülmektedir.

Üçüncü maddenin himayesinden yararlanabilmek için belli bir ağırlığın ve asgari eşiğin aranması, istenmeyen ve bunun yanında yasa dışı türden her muamelenin üçüncü maddenin uygulanmasını gerektirmeyeceğini ortaya çıkarmaktadır. Bireye, ahlakın ve hukukun yasakladığı şekilde acı ve sıkıntı veren, bunun da ötesinde suç teşkil eden her durum direkt olarak üçüncü madde kapsamında değerlendirilemez.¹²⁴ Mahkeme üçüncü maddeye ilişkin asgari yoğunluk eşiğini iç hukukun nitelermeleri ve algılamalarıyla veya failin algılamalarıyla değil kendi özerk yorum yöntemiyle belirlemektedir. Dolayısıyla hangi durum, dönem ve nerede olursa olsun iç hukuk bakımından eylem suç sayılmış olsa da bu davranış üçüncü madde bakımından aranan asgari eşiğe ulaşmamış olarak değerlendirilebilir. Zaten her türlü kaba kuvvet, her türlü ceza insanlık dışı muamele veya ceza kategorisinde değerlendirilirse o zaman çok küçük çaplı ihlallerden dolayı Mahkemenin meşgul edilmesi ortaya çıkar ki, bu durum Mahkemenin başlangıçta asgari yoğunluk ölçütü testine yer vermesinin anlamını ortadan kaldırması sonucunu doğurur. Madde hükmünün mutlak, yani istisna ve muafiyete yer vermeyen doğası, her türlü kötü muameleleri değil yalnızca belirli bir ağırlık taşıyan bu nitelikteki muamelelerin kapsam içine alınmasını zorunlu kılmaktadır.¹²⁵

¹²³ a. TEZCAN, ERDEM, SANCAKDAR, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında, s. 247-248
b. REİSOĞLU, age, s. 45.

¹²⁴ Selçuk BÖK, **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

¹²⁵ Ömer ANAYURT, agm , s. 224.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına göre, Sözleşmenin üçüncü maddesi, insan haysiyetinin ve manevi bütünlüğünün korunmasını amaçlayan ve devlet tarafından bu durumun garanti altına alınmasını sağlayacak şekilde ülke kapsamındaki herkes bakımından zorunlu kılan bir etkiye sahiptir. Bu nedenden dolayı devlet pozitif bir yükümlülüğe sahiptir. Devlet kendi yetki alanı içindeki hiç kimsenin maddede sayılan türden bir muameleye ve ihlale tabi tutulmamasını güvence altına almalıdır. Çünkü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1. maddesine göre, sözleşmeye taraf devlet yaşamın her alanında şiddeti önleme ve bunu etkin şekilde hayata geçirme yükümlülüğü altındadır.

Devletin sadece maddede yazılı türden ihlallerin yaşanmamasını sağlayabilmek şeklindeki olumsuz edim yükümlülüğünün yanında, bu ihlallerin işlenmesini engellemek konusunda pozitif yükümlülüğü de vardır.¹²⁶

Devlet adına hareket etmeyen kimselerce ortaya çıkarılan davranışlardan veya devlete ait olmayan kurumlarda meydana gelecek vakalardan da devlet, bunu bilmesi veya bilmesi gerekiyor olması kaydıyla, sorumluluk altına girebilecektir. Yaşanan ihlalin neticesinde devletle organik herhangi bir bağlantısı olmayan kimse tarafından vakanın işlenmiş olması durumunda, devletin ortaya çıkan mağduriyeti ve ihlali bilmemesi ve bilmesinin beklenememesi durumunda, yani iyi niyet ve hakkaniyet çerçevesinde hareket etmiş olması durumunda ancak sorumluluk ortadan kalkabilecektir.¹²⁷ Bu durumda, devlet bu muameleyi önlemek için imkanı dahilindeki tüm araçları seferber etmiş olmalıdır.

Özel kişilerin neden olduğu bir kötü muamele riski ortaya çıktığında, her devletin bunu cezalandırmaya yönelik hukuki tedbirler alması gerektiği gibi, bu türden ihlallere maruz kalmasını önlemeye yönelik pratik ve yararlı önlemleri de alması gerekecektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin

¹²⁶ TEZCAN, ERDEM, SANCAKDAR, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında, s. 247.

¹²⁷ TEZCAN, ERDEM, SANCAKDAR, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında,,s. 247.

yerleşmiş içtihadına göre, davalı devletin ihlalden dolayı sorumluluk altına girebilmesi için, yapılan isnatlar kesin olarak ispat edilmiş olmalıdır.

Üçüncü maddenin uygulanmasında ispat yükümlülüğü esas itibariyle başvuran kişiye düşmekle beraber, dava dosyasında mevcut bulunan bilgi ve belgelerin Mahkeme tarafından bir bütün olarak değerlendirilip sonuca varılması yerleşmiş bir ilkedir. Başka bir ifadeyle herkesin iddiasını ispata mecbur olması mahkeme bakımından da geçerli bir genel hukuk ilkesi olsa da, ispat yükünün taraflardan özellikle birine yüklenmesi hususunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi oldukça alışılmışın dışında bir anlayış ortaya koymaktadır. Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir muamele iddiası uygun delillerde kanıtlanmalıdır. Mahkeme iddiaların doğruluğunu araştırıp ortaya koyarken, tarafların kendisine sunduğu ve re'sen elde ettiği bütün materyallere dayanır ve delilleri takdir eder. Kanıtlama yükümlülüğünün taraflar arasında dağıldığı görülmektedir. Mahkeme'nin iddiaların kanıtlanmasında kullandığı ölçüt makul şüphe bulunmaması kanıtlama standardıdır. Ancak mahkeme bu kanıtlamaya yeterince sağlam, kesin ve birbiriyle uyumlu çıkarsamaların ve olay hakkında aynı ölçüde çürütülememiş varsayımların bir arada bulunmasıyla varılabileceğini kabul etmektedir. Bu konuda mahkemece verilen 21 Aralık 2004 tarihli Talat Tepe kararına bakılacak olursa; başvurusunun gözaltında kötü muamele gördüğü iddiasını uygun dayanaklarla ortaya koyamadığı ve 3. maddenin ihlal edildiğinin kanıtlanamadığı sonucuna varmıştır.¹²⁸ Bu davada başvuru bir yandan dövme, elektrik şoku verme, soğuk suya sokma öte yandan göz bağlama, hakaret edilme ve çırılçıplak soyma ve yiyecek vermeme şeklinde kötü muamele görmekten şikayetçi olmuştur. Bununla birlikte olaydaki bazı unsurlar, başvurusunun Bitlis Emniyet Müdürlüğü'nde gözaltında tutulurken Sözleşme'nin 3. maddesi ile yasaklanmış olan muameleye uğrayıp uğramadığı konusunda şüpheler uyandırmaktadır. Mahkeme başvurusunun 20 Temmuz 1995 tarihli sağlık raporunda ayrıntı bulunmadığının farkındadır.

¹²⁸ DOĞRU, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence, s. 10.

Ayrıca mahkeme bu raporda varılan sonucu sorgulamaya götürecektir ve kendi iddialarını kanıtlayıcı ağırlığa sahip bir materyal sunmadığını kaydetmektedir. Yine Mahkeme başvuruçunun işkence gördüğü iddialarıyla tutarlı tek delilin 15 Ağustos 1995 tarihli sağlık raporu olduğunu gözlemlemektedir. Fakat Mahkeme bu raporun standart sağlık raporuna benzemediğini, raporda sağlık kuruluşunun adının bulunmadığını, doktorun diploma numarasının bulunmadığını tespit etmektedir. Bunun yanında Mahkeme başvuruçunun bu sağlık raporunun herhangi bir ulusal makama sunmamış olmasını ve bu rapordan savcıya ve sorgu yargıcına söz etmemiş olmasını çarpıcı bulmaktadır. Gerçekten de başvuruçunun işkence iddialarına temel oluşturacak ve ulusal hukukta bir giderim elde etmesine imkan yaratacak tek delili ulusal makamlara sunmaması gariptir. Sonuç olarak önündeki delil Mahkeme'nin makul şüphe bulunmayacak şekilde başvuruçunun kötü muameleye tabi tutulduğu sonucuna varmasına imkan vermediğinden, Mahkeme Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğinin kanıtlanamadığını ortaya koymaktadır.

V. ÜÇÜNCÜ MADDE YÖNÜNDEN BAZI ÖNEMLİ HUSUSLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi üçüncü madde içerisine girmesi muhtemel davranışların değerlendirilmesinde, kural olarak kendisini ulusal makamların yerine koymamakla birlikte, ulusal yargılama makamlarının yapmış oldukları değerlendirmeleriyle de hiçbir surette bağlı değildir¹²⁹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ulusal mahkemenin yerine geçerek ilk derece mahkemesiymiş gibi kendi değerlendirmelerini ikame etmesi mümkün değildir; fakat ulusal mahkemenin elde ettiği bulgulardan çıkardığı sonuçlardan farklı değerlendirmelerde bulunması olanak dahilindedir.

¹²⁹ BÖK, age, s.33.

Mahkemeye göre, işkence türü ihlaller artık idari pratik kazanmış hale gelmiş veya buna karşı resmi hoşgörü gösterilmekte ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md. 35 uyarınca mahkemeye yapılacak başvuruların kabul edilebilirlik aşamasında iç hukuk yollarının tüketilmesi şartı kesinlikle aranmaz. Neticede özellikle delillerin değerlendirilmesi ve kötü muamelelerin meşruiyeti noktalarında uzun süren karmaşık bir yargısal süreç sonunda Komisyon, fiillerin tekrarı ve resmi hoşgörü unsurlarını sabit görerek kötü muameleleri idari pratik düzeyinde sabit görmüştür.

A. Hapis Cezasının İnfazında İşkence Yasağı Uygulaması

Hükümlü adı verilen birey en değerli varlığı olan hürriyetinden mahrum bırakılmış olsa da, onun her şeyden önce bir insan ve dolayısıyla devlet ve diğer bireylerce saygı gösterilmesi gereken birtakım haklara sahip olduğu unutulmamalı, hükümlünün insan onuru devlet tarafından korunmalıdır. Bu nedenle özgürlüğünden mahrum bırakılmış kişilerin barındırıldığı koşullar asgari düzeyde hayat şartlarına ve bunun yanında onur, haysiyet gereklerine uymalıdır.¹³⁰ Birey hükümlü olmanın zorunluluğu içerisinde barındırdığı acı düzeyini aşan ölçüde ıstırap ve güçlüğü maruz kalmasına meydan verecek şekilde infaz koşullarına kesinlikle tabi tutulmamalıdır. Hükümlü olmanın ötesinde insan olmanın fiili gereksinimleri dikkate alınarak, gerekli tıbbi yardım da sağlamak suretiyle, hükümlünün sağlığı ve iyiliği en iyi şartlar altında temin edilmelidir.

Devletin gözetimi altında bulunan bireylerin sağlığında meydana gelen bozulmalar veya bedenlerinde meydana gelen herhangi bir yaralanmanın sebebini makul bir şekilde izah etmek ve bundan dolayı devletin sorumluluğunun mümkün olamayacağını ikna edici bir şekilde açıklamak, davalı devlete düşen bir ispat külfeti niteliğindedir. Taraf devletin bu

¹³⁰ İzzet ÖZGENÇ, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara 2005, s. 596 vd.

açıklamayı yerine getirememesi veya izah edememesi durumunda sorumluluğu söz konusu olacaktır. Mahkeme özgürlüğünden yoksun bırakılan kimselerin lehine ispat açısından da bir kolaylık getirmekte ve adeta burada bir suçluluk karinesi oluşturmaktadır. Eğer devlet başvuruçunun maruz kaldığını ileri sürdüğü yaraların nedeni konusunda inandırıcı, makul açıklamalar getiremezse kendinden kaynaklandığı yönünde karine devreye girmiş olur.¹³¹

Hürriyeti bağlayıcı cezaların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin üçüncü maddesiyle bağlantısına gelince her şeyden önce hapis cezasının hiçbir surette maddeye aykırılık teşkil etmeyeceği son derece tabii bir neticedir. Çünkü en son çare olarak da olsa, müeyyide olarak hürriyeti bağlayıcı cezanın uygulanması insan onuruna aykırılık teşkil etmez.¹³²

Yetkili bir mahkemenin hükmetmiş olduğu hapis cezasının süresi ne olursa olsun üçüncü madde açısından değerlendirme konusu yapılamaz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına göre, ulusal merciler kendi ceza sistemlerinin tayin ve tespitinde çok geniş takdir hakkına sahiptirler. Bu açıdan, aynı suç için bir devletin diğer devletlerden farklı olarak çok daha ağır bir müeyyideye mevzuatında yer vermiş olması, tek başına Sözleşmenin üçüncü maddesine aykırılık iddiasına dayanarak olarak öne sürülemez. Müebbet hapis cezası da öngörülen müeyyide açısından yasallık arz etmektedir. Aynı zamanda bu cezanın insan onuruna aykırılık teşkil etmemesi için, hükümlüye kişiliğini ortaya koyma ve geliştirme olanağının tanınması gerekmektedir. Hükümlü veya herhangi bir şekilde tutulan kişilerin özgürlüğünü tekrar talep edebilme yolunun başından itibaren saklı tutulması ve bu olanağın yasal mevzuat çerçevesinde kullanabilme hakkının tanınması gerekmektedir.

¹³¹ Ömer ANAYURT, agm, s. 236.

¹³² Feridun YENİSEY, **İnfaz Hukukunun İnsan Hakları Yönü, İnfaz Hukukunun Sorunları**, Ankara 2001, s. 237

Hükümlünün kişisel durumu nedeniyle cezasının infaz edilmesinin Sözleşmeye aykırı olacağı yönünde iddiada bulunulması düşünülemez. Uygulamada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başvurusunun yaşı veya sağlık durumu sebebiyle cezanın yerine getirilmesinin maddeye aykırılık teşkil edeceğine dayanan iddiaları reddetmiştir. Yalnızca hastalığı veya yaş durumuna bağlı özel birtakım sebeplere dayanarak bir kimsenin üçüncü maddeye dayanarak serbest bırakılmasını talep etmesi mümkün değildir. Böyle bir kişinin özel durumu göz önünde bulundurulmak suretiyle ona gerekli tıbbi yardımı ve desteği sunmak devletin görevidir. Yaşlılık nedeni ile salıverilmemeye ilgili olarak Mahkeme, 7 Haziran 2001 tarihli Papon kararında, üç damardan by-pass ameliyatı geçirmiş olan, 90 yaşın üzerinde bulunan, insanlığa karşı suça yardım ve yataklıktan 10 yıllık hapis cezasını cezaevinin 12 metre karelik tek kişilik odasında çekmekte olan ve cezasının kaldırılması için Cumhurbaşkanı'na yaptığı başvuruları doktor raporlarına dayanılarak reddedilen başvurusunun durumunu incelemiştir. Mahkeme, Avrupa Konseyine üye ülkelerde cezanın infazı için üst yaş sınırı bulunmadığını, başvurusunun sağlık durumunun iyi olduğuna dair doktor raporlarını, başvurusunun serbest kalmış olsaydı yaşayacağı kalitede bir yaşamı cezaevinde yaşamamasına rağmen ulusal makamların kendisinin sağlığı ve yaşı için her türlü şeyi yaptıklarını, ailesi ve avukatıyla düzenli olarak görüştüğünü göz önünde tutarak, başvurusunun durumunun 3. madde kapsamına giren ağırlık düzeyinde olmadığı gerekçesiyle başvuruyu açıkça temelsiz bulmuş ve kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir.¹³³

Öte yandan devletin bütün imkanlarını sunmasına rağmen, kişiye yönelik cezanın infazına devam edilmesi sağlık durumu ya da özel koşulu sebebiyle cezanın caydırıcı ve ıslah edici amacını aşacak şekilde ve üçüncü madde bünyesinde değerlendirilecek ağırlıkta bir acı ya da sıkıntı çekmesine,

¹³³ DOĞRU, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence, s. 97.

aynı zamanda küçük düşürülmesine yol açacak noktaya gelmesi durumunda, artık infazda ısrar edilmesi maddeye aykırılık teşkil edebilecektir.¹³⁴

Küçüklerin ceza ehliyetinin bulunduğu kabul edilerek mahkum edilmesi de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırılık teşkil etmez. Suçu işlediği sırada küçük yaşta olan kişinin süresiz hapis cezasına mahkum edilmesini Mahkeme maddeye aykırı bulunmamıştır. Fiili işlediği zaman ve yargılama sırasında küçük yaşta olan çocuk açısından, cezai sorumluluğun bu kadar düşük bir yaş sınırına indirgenmesinin tek başına maddeye aykırılık teşkil etmeyeceğini kabul etmekle beraber, bundan doğacak sorunları engellemenin ilgili devlete düştüğü Mahkeme tarafından benimsenmektedir. Mahkeme T.-Birleşik Krallık kararında ve V.-Birleşik Krallık kararında 3. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Bu iki karara konu olan olay, başvuru henüz 10 yaşındayken 12 Şubat 1993'te gerçekleşmiştir. Bu iki başvuru çocuk o gün okuldan kaçmışlar, bir alışveriş bölgesinden iki yaşında bir çocuğu kaçırmışlar ve iki mil kadar uzağa götürerek ağır surette dövmüşler ve üzerinden trenin geçmesi için demir yoluna bırakarak ölüme sebebiyet vermişlerdir. Şubat ayında tutulan bu çocuklar hakkındaki dava, büyüklerin yargılandığı tek yargıçlı ve 12 jüri üyesinin bulunduğu mahkemedeki formalitelerle başlamış, yargılama üç hafta sürmüş ve jüri başvuruları adam kaçıрма ve adam öldürme suçlarından suçlu bulmuştur. Yargıç yasa gereği süresi belirsiz hapis cezası vermiş, asgari 8 yıl tutulmasını önermiş ancak İçişleri Bakanlığı 15 yıl tutulmalarına karar vermiştir. Ancak bu ceza süresi Temyiz Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Mahkeme asgari ceza sorumluluğu yaşı konusunda fiili işlediği sırada 10 yaşında bulunan bir çocuğa ceza sorumluluğu yüklenmesinin kendiliğinden Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal edip etmeyeceği sorununu incelemiştir. Mahkeme bu incelemeyi yaparken içtihatlarında yerleşik hale gelmiş olan bir prensibi göz önünde tutmuştur. Buna göre Sözleşme yaşayan bir belge olduğundan, belirli bir tedbirin sözleşme hükümlerinden birine göre kabul

¹³⁴ ÖNOK, Uluslararası, s.193.

edilebilir bir tedbir olup olmadığı belirlenirken, Avrupa Konseyine üye devletlerarasında geçerli olan standartları dikkate almak gerekir. Bu bağlamda mahkeme henüz Avrupa da her ülkenin benimsediği ortak bir asgari ceza sorumluluk yaşı bulunmadığı gözlemlemektedir. Ayrıca konuyla ilgili uluslararası metinlerde ve belgelerde açık bir eğilim tespit edilememektedir. Mahkeme başvurucuya ceza sorumluluğunun yüklenmesini kendiliğinden Sözleşme'nin 3. maddesini ihlaline yol açmadığı sonucuna varmaktadır.¹³⁵

Diğer yandan somut bir olay açısından küçüğün yargılmasının yetişkinlere mahsus bir mahkemede ve kamuya açık bir şekilde yapılmasının, bireyin üzerinde yarattığı manevi baskı ve duyduğu acı karşısında üçüncü maddeye aykırılık oluşturduğunu ayrıca değerlendirme altına almıştır. Mahkeme bu konudaki şikayeti reddederken başvurucular hakkındaki ceza yargılmasını devlet yetkililerin, kendilerini utandırma veya ıstırap verme amacıyla yapmadıklarını kabul etmektedir.¹³⁶ Aslında dava mahkemesi yargılama usulü, sanıkların yaşının küçüklüğü dikkate alınarak yetişkin bir kimsenin duruşmasındaki sertliği hafifletmek için özel tedbirler almıştır. Yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, belirsiz süreli hapis cezasına mahkumiyet de tek başına üçüncü maddeye aykırılık teşkil etmemektedir. Bu olayda her ne kadar başvuruculara yeni asgari süre bildirilmemişse de halen suça karşılık ve caydırıcılık amacıyla tutulmakta olduğu varsayılabilir. Yeni bir asgari ceza süresi belirleninceye kadar başvurucunun yatacağı hapisliğin cezalandırma uzunluğu konusunda bir sonuca varmak mümkün değildir. Başvurucu mahkum olduğu tarihten Mahkemenin dosyayı incelediği tarihe kadar 6 yıldır hapis yatmaktadır. Başvurucunun yaşı, tutulma koşulları gibi olayın bütün şartlarını dikkate alan mahkeme bu uzunlukta cezalandırıcı bir sürecin insanlık dışı ve aşağılayıcı bir muamele oluşturmadığını düşünmektedir. Son olarak mahkeme küçük yaştaki bir çocukla ilgili olarak, asgari ceza süresini haksız yere ve ısrarlı bir şekilde belirlememenin ve

¹³⁵ DOĞRU, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence, s. 137.

¹³⁶ DOĞRU, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence, s. 138.

hapsedilen kişiyi uzun yıllar geleceği konusunda belirsizlik içinde bırakmanın Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından sorun doğurmayacağına, asgari süre belirlenmeden geçen sürenin kısalığı nedeni ile 3. maddeyi ihlal etmeyeceğine karar vermiştir.¹³⁷

Bir ceza müeyyidesi olarak hapis cezasına hükmedilmesi, insan hakları bakımından sorun ortaya çıkarmazken; cezaların infazı duruma göre üçüncü maddeye aykırılığı ortaya çıkarabilecektir. Özellikle tecrit uygulaması bu konuda ciddi problemleri beraberinde getirmektedir. İnfaz hukuku açısından sürekli önem arz eden sorunlardan biri de, özel tehlikelilik yarattığı düşünülen bazı mahkumların devlet tarafından sıkı güvenlik önlemleri altında tutulmasıdır. Bu önlemlerden biri de, mahkumun hücrede tek başına tecrit edilmesidir.¹³⁸ Bir güvenlik tedbiri olarak uygulanan tecrit, tehlikeli faillerden toplumun korunması amacıyla öngörülen yöntemlerden biridir.

Mahkemenin cezaların infazı konusunda vardığı sonuca bakılacak olursa, maddenin ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesinde özel birtakım koşullara, önlemin sertliğine, süresine, mağdur üzerindeki etkisine ve amacına bakılması gerekliliği üzerinde durmuştur. Tam bir tecrit, aynı zamanda sosyal tecridi de içeriyorsa bu durum kişiliğin yok olmasına yol açabileceği gibi hiç bir güvenlik tedbiri amacıyla bağdaşmayan insanlık dışı bir muamele teşkil etmesi kaçınılmaz bir sonuç olacaktır.

Durumun haklı gösterdiği ve zaman bakımından sınırlı tecrit uygulaması, adaletin selameti, güvenlik ve disiplin gerekçesiyle maruz görülebilir. Örneğin Öcalan kararında Mahkeme, başvurucunun İmralı'da tek başına tutulmasını, güvenlik gerekçelerinin bunu gerektirmesi ve Öcalan'ın tam anlamıyla tek başına tecrit edilmiş olmaması; kitap, radyo, gazeteye sahip olması, avukat ve doktorla periyodik olarak görüşme fırsatına sahip olması gibi nedenlerle üçüncü maddeye aykırı görmemiştir. Bu karar Türkiye

¹³⁷ DOĞRU, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence, s. 140.

¹³⁸ DEMİRBAŞ, İnfaz Hukuku, s. 455 vd.

için manevi açıdan oldukça isabetli ve objektif bir örnek karar teşkil etmektedir.

Nitekim bu bağlamda 08.04.2004 tarihli, Sadak/Türkiye kararında Mahkeme, başvuruçuların on bir gün boyunca dışarıdan hiç kimseyle görüştürülmemiş olmalarına ilişkin izolasyon iddiasını, dışarıyla temas imkanından bu süre içerisinde mahrum bırakılmanın tam bir izolasyon anlamına gelmeyeceğini, zira bu süre içinde diğer gözaltındakilerle ve görevlilerle temas imkanının bulunduğunu, bu durumun tek başına üçüncü madde kapsamına giren bir insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele niteliği taşıyamayacağı gerekçesiyle reddetmiştir.¹³⁹

Devletin gözetimi altında bulunan kişilerin sağlık koşullarına elverişli bir ortamda tutulmaları, bu bireylerin insan olmasından kaynaklanan temel bir hak olduğu kabul edilmektedir.¹⁴⁰ Bilindiği gibi hapisane koşulları sayısız davanın konusunu oluşturmuştur. Mahkeme 3. maddede öngörülen yasağa uyulması için devletin tüm mahpuslarının insanlık onuruna saygı ile bağdaşır koşullar altında tutulmalarının zorunlu olduğunu ifade eder. Buna göre gözaltı veya cezaevine konmanın yol açacağı normal acı ve üzüntü bir ihlal oluşturmaz. Ancak bu tedbiri yerine getirme biçimlerinin ilgili kişiyi gözaltına almada geçerli olan kaçınılmaz acıyı aşan bir yoğunluğa erişmemesi gerekir ve mahkumiyetin gerektirdiği uygulamalar bağlamında mahkumun sağlık ve sıhhatinin yeterliliği için, özellikle de idare tarafından gerekli tıbbi bakımın temin edilmesi gerekir. Bu bağlamda cezaevi koşullarının aşırı kötü oluşu bir insanlık onuru ile bağdaşmazlığa dönüşebilir.¹⁴¹ Mahkemenin üçüncü madde açısından yaklaşımı ekonomik veya benzeri yerel faktörlerin bu alanda herhangi bir özür teşkil etmeyeceğidir. O halde aşırı kalabalık, dış dünya ile temasların yeterli derecede sağlanamaması, tüm mahkumlar için açık hava egzersizlerinin sunulamaması, temizlik standartlarının bulunmaması, banyo

¹³⁹ Ömer ANAYURT, agm, s. 245.

¹⁴⁰ ŞAHİN, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda, s.218.

¹⁴¹ DOĞAN, AKIL, ÇAMURCUOĞLU, agm, s. 44.

imkanlarından gerektiği gibi yararlanamaması, tıbbi tedavi malzeme veya dış sağlığı ürünlerinin bulunmaması gibi hususların üçüncü madde ihlaliyle sonuçlanması şaşırtıcı bulunmamalıdır. 19.04.2001 tarihli Pers/Yunanistan kararında bir mahkumun en az iki ay süreyle havalandırma penceresi olmayan, zaman zaman tahammül edilemeyecek derecede sıcak olan; tuvalete aynı hücreyi paylaştığı mahkumun önünden gitmek ve diğer mahkum tuvaleti kullanırken de onu seyretmek durumunda bırakılan koşulların mahkumun onurunu kırdığı, kendisinde aşağılık duygusu oluşturduğunu, muhtemelen de fiziksel ve ruhsal direncini kırdığını kaydederek, cezaevinin tecrit kısmında maruz bırakıldığı koşulları üçüncü madde ihlali olarak değerlendirmiştir.¹⁴²

Bunun yanında, hapisane üniforması giyme mecburiyeti veya mahkumların kelepçelenerek taşınması ve bu durumun kamu önünde yaşanması Sözleşme açısından üçüncü maddeye aykırılık teşkil etmeyecektir. Yine uyuşturucu madde kontrolü yapabilmek için mahkumlardan üre örneğinin alınması üçüncü maddenin ihlaline yol açacak şekilde bir ağırlık düzeyine ulaşabileceği ihtimalini ortaya koymaz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına göre, özgürlüğünden mahrum bırakılmış bireye karşı şiddete başvurulmuş olması, kendi tutumundan kaynaklanan sebeplerle hasıl olmuşsa artık maddenin ihlalinden bahsedilemez.¹⁴³ Cezaevi düzenini sağlamak için başvurulmuş birtakım zorlayıcı tedbirler, gereken düzeyi aşmadığı müddetçe maddenin ihlaline yol açmaz.¹⁴⁴ Bu konuda Mahkeme, ilke olarak soyularak üst aranmasının cezaevi güvenliğinin sağlanması veya düzen bozukluğu yahut suç işlenmesinin önlenmesi bağlamında zaman zaman gerekebileceğini kabul etmiş, ancak bu uygulamanın kendi özel durumlarına göre gelişigüzel gerçekleştirilmesi durumunda üçüncü maddenin yasaklamış olduğu küçük düşürücü muamele

¹⁴² Ömer ANAYURT, agm, s. 247.

¹⁴³ Sakık ve diğerleri/Türkiye, 10.10.2000

¹⁴⁴ TEZCAN, ERDEM, SANCAKDAR, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında, s.248.

kapsamında değerlendirilebileceğini ortaya koymuştur.¹⁴⁵ Diğer taraftan özgürlüğünden mahrum bırakılan bireylerin rızası hilafına ve hiçbir rasyonel zorlayıcı neden olmaksızın saçlarının kazınması önemli bir husustur. Mahkemenin bu konudaki yaklaşımını 11.12.2003 tarihli Yankov/Bulgaristan kararında görmekteyiz. Hücre cezasına çarptırılan Yankov'un, buraya konulmadan önce saçları kazınır. Mahkemeye göre herhangi bir onur kırıcı ya da aşağılama niyeti taşımasa da ortada herhangi bir zorlayıcı meşru neden bulunmaksızın bir mahkumun saçlarının kazınması kişiyi küçültücü, onurunu çiğneyici bir uygulamadır. Böyle bir niyetin varlığı ortaya konulmasa da herhangi bir haklı neden olmaksızın böyle bir uygulamaya gidilmesi başlı başına onur kırıcı muamele oluşturur.¹⁴⁶

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarından çıkan bir başka sonuç ise, hapisanede mevcut olan koşulların üçüncü maddeye aykırılık teşkil ettiğinin tespiti için bu koşulların hükümlülerin sağlığını olumsuz yönde etkilediğine dair tıbbi raporların ibrazının bakılan davalarda aranmakta olmasıdır. Bu raporlar, hem söz konusu koşullarla sağlığın bozulması arasındaki illiyet bağıntısını ortaya çıkarması hem de bu koşulların hükümlülerin kişiliğine olumsuz yönde etki edip, ciddi anlamda fiziksel ve zihinsel acıya yol açabileceğini kanıtlar nitelikte olması gerekmektedir.

İnfaz koşulları bakımından devletin yerine getirmesi gereken önemli bir yükümlülük de, infaz süresi boyunca hükümlülere gerekli tıbbi desteği sağlamaktır. Hasta kimselerin infaz için cezaevine gönderilmesi mümkün ise de, hapisanelerde bulunan hükümlülere uygun sağlık hizmetleri sunma yükümlülüğü kabul edilmiştir. Bu nedenle gerekli tıbbi tedavi ve olanaklar hapisanede sağlanamıyorsa hükümlünün geçici olarak salıverilmesi ve bunun akabinde gerekli sağlık hizmetini görmesi sağlanmalıdır.

¹⁴⁵ Ömer ANAYURT, agm, s. 253.

¹⁴⁶ Ömer ANAYURT, agm, s. 256.

İnsan hakları ihlallerinin yaşandığına yönelik iddiaların her zaman yoğun olarak gündeme geldiği yerler olarak, cezaevi ve tutukevlerinin denetimi gerçekleştirecek spesifik bir organın kurulması gerektiği doktrinde öne sürülmekte ve savunulmaktadır. Türkiye’de böyle bir işlevi yerine getirmek üzere, 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 değerlendirmek, incelemelerde bulunmak, bilgi almak ve tespitlerini rapor halinde hazırlayıp yetkili ve konu ile alakalı mercilere sunmak amacını taşıyarak kurulan İzleme Kurulları kurulmuştur.¹⁴⁷ Görüldüğü gibi kanunun ilgili maddesinden de anlaşılacağı gibi oluşturulan bu organın yetkisi rapor hazırlamak ve belirlemiş olduğu aksaklıkları ve önemli sorunları ilgili adli ve idari mercilere iletmekle sınırlıdır.

B. Ölüm Cezası ve İşkence Yasağı Uygulaması

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin yaşam hakkı ile ilgili ikinci maddesindeki düzenlemeye dikkat edilecek olursa ölüm cezası ile cezalandırıldığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infazı dışında, hiç kimse öldürülemez hükmü yer almaktadır. Buradan ölüm cezasının Sözleşmeye aykırılık teşkil etmeyeceği çıkarılabilir.¹⁴⁸ Ölüm cezasını, savaş ve yakın savaş tehdidi durumları gibi istisnai durumlar dışında yasaklayan Sözleşme’ye Ek 6. Protokol ve aynı cezayı bu kez hiçbir istisnaya yer vermeksizin yasaklayan Ek 13. Protokol yürürlüğe girmiş olsa da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ikinci maddesindeki açık hüküm karşısında, ölüm cezasına hükmedebilmesi, halen Sözleşme bakımından mümkün gözükmemektedir. Belirtilen Protokollerle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ikinci maddesindeki ölüm cezasına hükmedilmesine olanak veren hükmün zımnen ilga edildiğini söylemek

¹⁴⁷ DEMİRBAŞ, İnfaz Hukuku, s.407-408.

¹⁴⁸ Feridun TURHAN, “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.

güçtür. Çünkü Protokollere taraf olan devletler bakımından Protokol hükümleri sonraki hüküm olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ikinci maddesindeki önceki hükmün öncelik sonralık kuralı gereği yerini alacaktır. Yine de ikinci maddedeki hüküm varlığını sürdürmektedir. Aksi takdirde, ilgili devletler ayrı bir Protokol hazırlayıp bunu yürürlüğe koymak yerine, daha pratik bir yol izleyerek doğrudan söz konusu ikinci maddeyi değiştirme yoluna giderlerdi.¹⁴⁹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Öcalan davasında ölüm cezası konusundaki son gelişmeler doğrultusunda verdiği kararında, Sözleşmenin bir bütün olarak değerlendirilmek zorunda olduğu, üçüncü madde hükmünün, ikinci maddeye uyumlu olarak yorumlanması gerekliliği üzerinde durmuştur.¹⁵⁰ Ölüm cezası Avrupa çapında yasaklanmış olsa bile, Sözleşmenin ikinci maddesinde buna uygulanma olanağı tanındığına göre, üçüncü maddeyi ölüm cezasını yasaklar şekilde yorumlamanın mümkün olmadığı, böyle bir anlayışın benimsenmesinin ikinci maddenin açık anlatımını hiçe saymak olacağına karar vermiştir. Bu durumda, Mahkemeye göre öncelikle saptanması gereken husus, Sözleşmeye taraf devletlerin ölüm cezası konusundaki yerleşmiş uygulamalarının ikinci maddedeki istisnayı ilga etmek yönünde bir anlaşma teşkil edip etmediğidir. Mahkemeye Sözleşmeyi mümkün olduğu ölçüde uluslararası kamu hukuku ile bağdaşacak şekilde yorumlamak gerekliliği üzerinde vurgu yapmak istemiştir. Mahkemeye göre, bu alandaki gelişmeler doğrultusunda, devletlerin Sözleşmenin ikinci maddesindeki barış zamanında ölüm cezasına olanak tanıyan düzenlemeyi, uygulamaları aracılığıyla anlaşarak ortadan kaldırmış oldukları ihtimal dışı bırakılamaz. Bu çerçevede, ölüm cezasının uygulanmasının üçüncü maddeye aykırı, insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele olduğu da tartışılabilir hale gelmiştir. Mahkeme için, bu nokta üzerinde kesin bir sonuca varmanın pratik açıdan da bir önemi yoktur. Çünkü söz konusu davada ikinci

¹⁴⁹ Durmuş TEZCAN, “Ölüm Cezası Gerektiren Suçlarda Suçluların Geri Verilmesi Sorunu”, **AÜSBFD**, Cilt 38 Ocak-Aralık 1983 No. 1-4, Ankara 1984, s.164-165

¹⁵⁰ ÖNOK, Uluslararası, s. 204.

maddenin ölüm cezasının uygulanmasına hala olanak tanıdığı yorumu yapılırsa bile, zaten adil olmayan bir yargılama sonucunda hükmedilen ölüm cezasının infazı, bu yönüyle başlı başına Sözleşmeye aykırı olacaktır.

Öcalan davasında ölüm cezasının başlı başına üçüncü maddeye aykırılık teşkil edebilmesinin mümkün olduğu tespit edilmiştir.¹⁵¹ Bu konuda mahkeme sınırlarını kesin olarak belirlemekten de kaçınmıştır. Çünkü Öcalan'ın Türkiye tarafından yapılan yargılamasının adil olmadığından bahisle (!), zaten bu yönüyle üçüncü maddenin ihlal edilmiş olduğuna gerekçe oluşturduğuna, diğer hususların ise ayrıca değerlendirme altına alınmasına gerek olmadığına karar vermiştir. Sonuçta Mahkemenin bu husustaki tavrından ölüm cezasının Sözleşme sistemine uygun olduğunu söylemenin Protokollere taraf olan devletler açısından çok zor olduğu görülmektedir. Mahkemece ölüm cezanın uygulanmasının, her durumda üçüncü madde açısından çok ciddi sorumluluklara yol açacağı ima edilmeye çalışılmıştır.

Ölüm cezasının belirli şekilde infazı veya hükmediliş sebebi, Sözleşmenin üçüncü maddesindeki yasağı ihlal edebilir. Bu nedenle ölüm cezasının infaz süreci, hükümlünün kişisel durumu, işlenen suçla ölüm cezası arasındaki hakkaniyetten yoksun orantısızlık, yanlı olarak yürütülmüş bir yargılama sonucunda hükmolunan mahkumiyet ve infaz öncesinde hükümlünün geçirdiği psikolojik evreye bağlı sebeplerle üçüncü maddenin koruma altına aldığı alana tecavüz edildiği ileri sürülebilir.

Öcalan kararına bakılırsa Mahkeme ölüm cezasının infaz edilmesinin geriye dönüşü mümkün olmayan bir durum yarattığından dolayı böyle bir cezaya ancak bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından bakılabileceğini belirtmektedir. Böyle bir davada Mahkemeye göre hem ilk derece hem de temyiz aşamasında en katı adil yargılama ilkelerine uyulmalıdır. Bu koşullara

¹⁵¹ ÖNOK, Uluslararası, s. 205.

uyulması durumunda, keyfi bir şekilde kişilerin yaşam haklarından yoksun bırakılabilmeleri önlenabilir. Doğru ve adil yargılanmayan bir kimsenin ölüm cezasına mahkum edilmesinin ikinci maddeye aykırı olacağı ve yine aynı şekilde bir kimseyi adil olmayan bir yargılama sonucunda ölüm cezasına mahkum etmenin, bireyi cezasının infaz edileceği korkusuna haksız yere maruz bırakmak anlamına geleceği, bir ölüm cezası hükmünden kaynaklanan korku ve yaşanan belirsizliğin, hükmün infaz edileceği yönünde gerçek bir ihtimalin var olduğu durumlarda, önemli ölçüde ıstıraba yol açacağı karara gerekçe olarak gösterilmektedir.¹⁵² Bu ihlale ağırlık kazandıran en önemli sebebin ise hükme yol açan işlemlerin adil olmayışı hususu olduğu Mahkemece vurgulanmıştır.

Ölüm cezasının Sözleşmeye taraf devletlerce reddedilmiş olması dikkate alınırca, bu şartlar altında ölüm cezasına hükmedilmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hem ikinci maddesi hem de üçüncü maddesi ihlaline yol açacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Öcalan'a ait davada ölüm cezasının infaz edilme ihtimalinin bulunduğunu ve bu durumun gerçek bir risk teşkil ettiğine kanaat getirmiştir. Oysaki 09.08.2002 tarih ve 4771 sayılı Kanunla, barış zamanında ölüm cezası TBMM tarafından kaldırılmıştı. Hükümet, Mahkemeye yönelik 2002 tarihli mektubunda, Yargıtay'ın 22 Kasım 1999 tarihli kesin kararından sonra Öcalan'ın ölüm cezasının infaz edilmesinin artık mümkün olmadığını beyan etmiştir. Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi de, 2002 tarihli kararıyla, başvuranın ölüm cezasını diğer bir müeyyide türü olan müebbet ağır hapis cezasına çevirmiştir. Milliyetçi Hareket Partisi'nin 4771 sayılı Kanununun ölüm cezasını kaldıran hükümlerinin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı iptale yönelik başvuru da, Anayasa Mahkemesi tarafından 2002'de reddedilmiştir. Türk milletinin de manevi yönden yaşadığı bu sancılı süreçte, binlerce insanın ölümüne neden olan Abdullah Öcalan'ın ölüm cezasının infazının gerçekleşmeyeceğine yönelik gösterilen tutum ve beyanlar Mahkeme'yi

¹⁵² DOĞRU, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence, s. 117.

tatmin etmeye yeterli olmamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu süreçten sonra infaz riski ortadan kalkmışsa da, bu aşamalardan önce mevcut olan infaz riski ve bu riskin üç yıl boyunca sürmüş olmasını, üçüncü maddenin ihlali bakımından yeterli bir asgari eşik olarak görmüştür.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre her ne kadar TBMM 1984'ten beri hiçbir ölüm cezasının infazına yönelik olarak onay kararı vermemiş olsa da infaz riskinin yüksek olduğuna kanaat getirmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre Abdullah Öcalan, Türkiye'nin en çok aradığı kimsedir, giriştiği şiddet ve terör faaliyetleri neticesinde binlerce kişinin ölümüne sebep olan kişidir. Mahkemeye göre hakkında ölüm cezasına hükmedilmiş bir kimse olarak durumunun eşsizliği, tutuklu kaldığı süre içerisinde sıkı tecrit koşullarına tabi tutulmasından bellidir. Başvurucunun önemli konumu, Türk Ceza Kanunundaki en ağır suçlardan mahkum edilmiş olması ve idam edilmesi konusundaki Türkiye'deki genel siyasi tartışmalara bakılırsa, cezanın infaz edilme riskinin gerçek olduğundan şüphe edilmeyecektir. Bu bakımdan, Mahkeme'ye göre Öcalan'ın mahkumiyet 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.¹⁵³ Bu konuda asıl ilginç olan husus ise başka bir olayda Avrupa İnsan Hakları Komitesi'nin 05.09.1994 tarihli Çınar/Türkiye kararında Türkiye'nin 1984'ten beri ölüm cezasını uygulamadığı ve bu nedenle Türkiye açısından ölüm koridoru sendromunun olmadığı sonucuna varmasıdır.

¹⁵³ ÖNOK, Uluslararası, s. 207.

C. Bedensel Cezalar ve İşkence Yasağı Uygulaması

Bedensel ceza adli ve idari bir suçun yaptırımını olarak, yetkili kişiler tarafından uygulanmasına belirli usul ve esaslar çerçevesinde karar verilen yasal bir şiddet türü olarak bilinmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin genel tutumuna bakarsak, bireyin üzerinde etki bırakan ve maddede aranan asgari eşik düzeyine varan tüm bedeni cezalardan dolayı, ister özel kurum ve kişilerce isterse resmi kurumlarca yerine getirilsin, devleti bu vakalardan sorumlu tutma yoluna gidildiğini görürüz.¹⁵⁴ Bu konuda, ebeveynlerin onayının olup olmaması da Mahkeme açısından bir öneme haiz değildir. Bireyin yasal temsilcisi konumundaki ebeveynler tarafından uygulanan bedensel ceza ve yaptırımlar hakkında da devletin sorumluluğu olacağı söylenebilir. Devlet, tedip hakkının kullanılması kapsamında değerlendirilemeyecek ve özellikle yaralama düzeyine varan davranışları tüm imkanlarını seferber ederek önlemekle yükümlüdür. Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesinden doğan ve taraf devletlere pozitif yükümlülük ve sorumluluklar getiren anlayışın hakim olduğu görülmektedir. Bu sebepten dolayı, maddede aranan asgari düzeyin altında kalmayan kötü muamelelerden dolayı, devletin bunların önüne geçmek ya da cezalandırmak için birtakım koruyucu ve yeterli tedbirleri almaması durumunda sorumluluğu doğabilecektir.

Mahkemenin bedensel cezayla ilgili verdiği ilk karar, Tyrer kararıdır.¹⁵⁵ Bu karara konu olan olayda, Birleşik Krallık'ın bir unsuru olan Man Adasında yaşayan 15 yaşındaki başvuru okul arkadaşını yaralamaktan yargılanmış ve yerel mahkeme tarafından üç kez sopa ile vurulma cezasına mahkum edilmiştir. Bu cezaya katlanabileceği doktor raporuyla tespit edilmiştir. Temyiz mahkemesinin bu kararı onadığı gün, çocuk karakola alınmış, babasının ve doktorun huzurunda, iki polis tarafından kollarından tutularak masaya

¹⁵⁴ ÖNOK, Uluslararası, s. 212.

¹⁵⁵ DOĞRU, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence, s. 140.

eğdirilmiş, pantolonu ve külotu sıyrılmış, bir diğer polis uzunluğu ve kalınlığı kararname ile belirlenmiş olan sopayı üç kez başvurucunun kaba etine vurmuştur. Ciltte meydana gelen iz on gün kadar sürmüştür. Britanya'da 1948 yılında, Kuzey İrlanda'da 1968 yılında kaldırılmış olan bedensel cezanın Man Adasında uygulanması konusu adanın yasama organı tarafından ele alınmış, ancak adada bulunan 45 bin seçmenden 30 bini, adaya gelen holiganları caydırıcı nitelikte olduğu ve kamu düzeninin korunması için gerekli olduğu düşüncesiyle bu cezanın sürdürülmesi yönünde imza verdiğinden ceza kaldırılmamıştır.

Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla önüne gelen bu davada Mahkeme, önce çekilen acının düzeyi yönünden konuyu ele almış ve verilen acıyı işkence veya insanlık dışı ceza düzeyinde görmemiş, ama aşağılayıcı ceza olarak nitelendirmiştir.¹⁵⁶ Daha sonra Mahkeme, bu cezayı meşrulaştırmaya çalışan savunmaları reddetmiştir. Mahkeme'ye göre bir cezanın etkili bir unsur olması ve suçların kontrol altına alınmasına yardımcı olması veya buna inanılması, o cezanın aşağılayıcılık niteliğini ortadan kaldırmaz. Sözleşmenin 3. maddesine aykırı olan cezaların caydırıcılık etkisi ne olursa olsun, bu tür cezalar uygulanamaz; bu yargısal bedensel cezanın aleni olmayan bir şekilde infaz edilmiş olması, cezanın aşağılayıcılık kategorisine girmesini engellemez; bir cezanın aşağılayıcı bir ceza sayılabilmesi için, mağdurun başkalarının gözünde olmasa bile kendi gözünde aşağılanmış olması yeterlidir. Mahkeme'ye göre bu cezanın özelliği, bir insanın diğer bir insana fiziksel şiddet kullanmasıdır. Dahası bu olayda bedensel ceza, kanunla düzenlendiği, yargısal makamlar tarafından karar verildiği ve Devletin polisi tarafından yerine getirildiği için kurumsallaştırılmış bir şiddettir.

¹⁵⁶ DOĞRU, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence, s. 130.

Bedensel ceza birçok farklı ceza veya muamele biçimini içerebilir. Yakın zamanlarda bu konu 11 Temmuz 2000 tarihli Jabari/Türkiye davasında yeniden incelenmiştir. Bu vakada bayan Jabari, Türkiye'den İran'a sınır dışı edilmesi halinde zina suçunun cezası olarak kadınlara uygulanan cezai müeyyidelerin kendisine de uygulanacağını ve bu durumda gerçek bir işkence tehlikesi ile karşılaşacağını iddia etmiştir. Bayan Jabari başvurusuna gerekçe olarak, zina suçu için İran'da kadınlara halen recm cezası uygulandığını ve kendisinin de taşlanma ihtimaliyle karşı karşıya bulunduğunu arz etmiştir. Mahkeme hem geri gönderme anında hem de sınır dışı edilen ülkede o ülkenin hukukunda "hukuki" addedilen bir müeyyidenin uygulanması anında, bir devletin üçüncü maddeye aykırı fiillerden bireyleri korumak görevinin bulunduğunu hatırlatarak; bu olayda bayan Jabari'nin İran'a gönderilmesiyle karşılaşacağı cezanın niteliğini göz önüne almış ve bayan Jabari'nin üçüncü maddeye aykırı muamelenin gerçek bir tehlikesi ile karşı karşıya olduğunu karara bağlamıştır.

D. Kolluk Faaliyetleri ve İşkence Uygulaması

Yakalama işleminin gerçekleştirilmesi veya kaçmanın önlenmesi için devlet görevlilerinin olayın mutlaka gerekli kıldığı düzeyi aşmayan bir kuvvet kullanımı sonucunda neden oldukları ve kasten işlenmeyen, görevin ifası kapsamındaki yaralama ve öldürmeler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesindeki açık hükmü karşısında Sözleşme'ye uygundur.¹⁵⁷ Bu konudaki hukuka uygunluk sebebi, üçüncü madde açısından da geçerli sayılmalıdır. Başvurucunun maruz kaldığı yaralanmanın gözüne alınırken direnmesi nedeniyle yasal bir zor kullanmanın neticesinde ortaya çıktığı yönündeki makul ve mantıklı bir savunmanın varlığı durumunda, devletin

¹⁵⁷ a. TEZCAN, ERDEM, SANCAKDAR, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında, s.216 vd.
b. A. Feyyaz GÖLCÜKLÜ, A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara2002, s.164 vd.
c. İlyas DOĞAN, "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.228.

sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Üçüncü maddeye dayalı ihlal iddialarının yoğun alanlarından birisi kişinin yakalanmasından itibaren başlayıp gözaltından çıktığı ana kadarki süreçte gerçekleşmektedir. Kişiler yakalanması sırasında işkence ve kötü muamelelere maruz kalabilirler. Eğer kolluk görevlileri yakalamak amacıyla orantısız biçimde şiddet kullanma yoluna gitmiş ve bireyler de bu nedenle yaralanmışlarsa duruma göre işkence veya kötü muamele ortaya çıkabilecektir. Örneğin Mahkeme 27.06.2000 tarihli İlhan/Türkiye kararında, başvuruçunun jandarma tarafından yakalanması sırasında kafasına G3 dipçigiyle vurulmuş olmasını, tekme ve yumruklamalarla ağır dayak uygulanmasını ve uzun süre tıbbi tedaviden yoksun bırakılması ve bunun sonucu kişinin kısmi fonksiyon kaybına uğramasını yakalamada herhangi bir gereği bulunmayan hareketler bağlamında ve işkence olarak değerlendirmiştir.¹⁵⁸

Bununla birlikte gözaltında veya devletin gözetimi altında bulunan kimselere yönelik kötü muamele niteliğindeki davranışlar bakımından da, eylemin üçüncü maddeyi ihlal etmesi için asgari bir eşik düzeyine varmış olması gereği göz önünde bulundurulacaktır. Mahkeme içtihatlarına göre kolluk görevlilerinin bir kimseyi yakalarken veya gözaltına alırken, yasa dışı gösteriyi dağıtırken, şiddet olaylarını önlerken kullanabileceği yasal şiddet eşiğini aşmışsa yani orantısız güç kullanmak suretiyle kişilerin vücut bütünlüğüne yönelik hareketlerde bulunmuşlarsa bu güç kullanımı duruma göre işkence veya kötü muamele durumları ortaya çıkartabilir. Bunun için de güç kullanımında zorunluluk, elverişlilik ve orantılılık öğelerinin varlığı aranmaktadır. Şayet bu unsurlardan birisi yoksa mahkeme kullanılan gücü üçüncü maddenin ihlali olarak değerlendirmektedir.¹⁵⁹

Gözaltı işlemi sırasında tartışmalara yol açan diğer bir konu, şüpheli kimsenin kelepçeleme meselesidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre yakalanan bir kimsenin gereksiz yere kelepçelenmemiş olması, önlemin

¹⁵⁸ Ömer ANAYURT, agm, s. 237.

¹⁵⁹ Ömer ANAYURT, agm, s. 214.

yasada belirtilen usul çerçevesinde hukuka uygun bir yakalama ve tutuklama işlemi sonucunda uygulanmış olması ve durumun gerektirdiği şekilde makul olarak gerekli sayılabilecek düzeyi aşan şekilde kuvvet kullanılmamış olması şartıyla, üçüncü maddenin ihlaline yol açmayacaktır. Bireyin kaçmasını ya da kendisine veya başkalarına zarar vermesini önlemek amacıyla bu yola başvurulması mümkündür.¹⁶⁰ Abdullah Öcalan kararında, bu ve benzer amaçlarla kişinin gözlerinin bantlanması üçüncü maddeye aykırı olmadığı, bu sırada kişinin sorgulanmaması ve işlemin onu küçük düşürme amacıyla yapılmaması da dikkate alınarak üçüncü maddenin ihlaline yol açacak bir vakanın yaşanmadığı tespit edilmiştir. AİHM Öcalan Türkiye kararında başvurucunun Kenya'dan Türkiye'ye olan uçak yolculuğu boyunca gözünün bağlı tutulmasını, başvuru sahibinin güvenlik gücü mensuplarını tanımasını önlemek amacıyla alınan bir önlem olduğu tespitini yapmaktadır. Mahkeme böyle bir önlemin aynı zamanda başvuru sahibini kaçmaya çalışmaktan ya da kendisini veya başkasını yaralamaktan alıkoyacağını kabul etmektedir. Buna karşılık Ahmet Özkan ve diğerleri davasında olduğu gibi gözaltı sırasında gözlerin bağlı tutulması 3. madde ihlali sayılmıştır. Buna göre “ Gözaltında bulunan şahısların gözlerini bağlamak suretiyle, günler sürecektir uzun zaman diliminde kişileri yapay olarak görme duyularından mahrum bırakmak, diğer kötü muamelelerle birleştiğinde, bu şahısları güçlü psikolojik ve fiziksel bir baskı altına sokar.”¹⁶¹

Mahkeme'nin gözaltında işkence sonucuna vardığı kararlardan bir tanesi, Elçi ve Diğerleri kararıdır.¹⁶² Bu karara konu olan olay, bir PKK itirafçısının beyanı üzerine, PKK üyeleriyle müvekkilliği arasına kuryelik yaptıkları kuşkusuyla 15 Kasım 1993 ile 7 Aralık 1993 tarihleri arasında Diyarbakır'da gözaltına alınan ve hepsi avukat olan başvurucuların 7 gün ile 25 gün arasında değişen sürelerle gözaltında tutuldukları dönemde kötü

¹⁶⁰ Öcalan/Türkiye, Başvuru No: 46221/99, Karar Tarihi:12.05.2005, Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi, C.III, Sayı 11, s. 343.

¹⁶¹ Ahmet Özkan ve diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 21689/93, Karar Tarihi:06.04.2004, Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi, C.IV, Sayı 13, s. 61.

¹⁶² DOĞRU, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence, s. 27.

muamele görmüş oldukları yönünde bir iddiadan ibarettir. Mahkeme, Diyarbakır İl Jandarma Komutanlığı'nda dört avukata yapılan muameleyi işkence olarak nitelendirmiş, diğer beş avukata yapılan muameleyi ise insanlık dışı muamele olarak nitelendirmiştir. Mahkeme bu sonuca varırken, başvuruçuların soğuk, karanlık ve rutubetli ve kalabalık bir ortamda, yüzleştirme ve sorgulama, en kritik zamanlarda gözleri bağlanma gibi tutulma koşullarını da dikkate almıştır.

Buna karşılık, 1 Mart 2001 tarihli Hüseyin-Devrim Berktaş/Türkiye kararında babanın balkondan düşüp yaralanan oğlunu hastaneye götürme yönündeki dayatmalarına rağmen, kolluk kuvvetlerinin olayı aydınlatmak amacıyla kendisini karakola götürmesi sonucunda babanın içinde bulunduğu korku ve manevi çöküntünün üçüncü madde bakımından aranan asgari eşik düzeyine varmadığı; polislerin takip ettiği yasal yöntemin de adli olayın aydınlatılması bakımından olağan bir yol olduğu belirtilmiştir.¹⁶³

Şüphelilerin ifade verme veya gözaltı süreci sırasında maruz kaldıkları yaralanmaların gerekçesi, ilgili resmi makamlar tarafında makul, anlaşılabilir ve ikna edici bir şekilde ortaya koyulamazsa ve bu yaralanmaların devlet adına görev yapan kimselerin davranışlarından kaynaklanmadığı ispat edilemezse, üçüncü maddenin ihlal edildiğine hükmedilebilir.¹⁶⁴ Gerçekten de, gözaltında ve devletin sorumluluğu altında iken, bir kimsenin hayatı ya da vücut bütünlüğü konusunda meydana gelebilecek her türlü olumsuzluğun görevlilerin bilgisi ve sorumluluğu altında olduğu karene olarak kabul edilmektedir.¹⁶⁵

Bir başvuruçunun gözaltında veya devlet sorumluluğu altında iken maddeye aykırı türden kötü muameleye maruz kaldığına ilişkin iddiasının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde yerinde görülmesi için, Devletin

¹⁶³ TEZCAN, ERDEM, SANCAKDAR, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında, s. 249.

¹⁶⁴ TEZCAN, ERDEM, SANCAKDAR, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında, s. 274

¹⁶⁵ DOĞAN, Gözaltında Yaşama Hakkına Saygı, s. 226

kontrolü altındayken maruz kaldığı yaralanmaları delilleriyle ortaya koyması, iddialarının ortaya koyulan bu delillerle tutarlı ve uyumlu olması ve bu duruma devlet görevlileri veya onlarla işbirliği içerisinde bulunan özel kişilerin sebebiyet verdiği dair kanıtları da yasal çerçevede Mahkeme önünde ibraz etmesi gereklidir. Bunun yanında kötü muamelenin faili olduğu iddiasıyla ulusal mahkemece yargılanan kişinin ilgili suçtan dolayı beraat etmiş olması veyahut savcılık tarafından hakkında takipsizlik kararı verilmiş olması devletin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde sorumlu tutulmasını engellemez ve bu durum Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ni bağlamaz. Her ne kadar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ulusal mahkeme kararlarının yerindeliğini denetleyen bir temyiz makamı olmasa da, ulusal mercilerin vaka hakkındaki hukuki nitelendirilmesi ya da fiili vakıaların değerlendirilmesi sonucunda vardığı sonuçlarla da hiçbir surette bağlı değildir.

Yakalama ve gözaltı sırasındaki kötü muamele iddiaları konusunda, 01.10.1998 tarihli RG'de yayımlanıp yürürlüğe giren "Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği"nin 10. maddesinde ilk defa öngörülen ve 01.06.2005'te yürürlüğe giren yeni yönetmeliğin 9. maddesinde yer alan "sağlık kontrolü" uygulaması bu konuda yaşanan sorunlar açısından çözüm getirci nitelikte olan yararlı bir düzenlemedir. Bu düzenleme hem birey bakımından hem de devlet tarafından iki yönlü bir koruma sağlamaktadır. Bir taraftan işkenceye maruz kaldığını iddia eden vatandaşlara bu hususu resmi belgelerle ispat etme ve ortaya çıkarma olanağı sağlanırken, diğer yandan da bizzat devlet, kötü niyetli olarak isnat edilen asılsız işkence iddialarından korunmuş olmaktadır. Bu düzenlemenin başarılı bir şekilde uygulanabilmesi için hekim incelemesinin, konusunda uzman kişilere, her türlü baskıdan uzak ve bilimsel bir ortamda yaptırılmasının devletçe sağlanması gerekmektedir.¹⁶⁶ Aksi halde göstermelik ya da sadece düzenlemek amaçlı, bilimsel nitelik arz etmeyen eksik raporlarla ne maddi gerçeğe ulaşmak ne de Avrupa İnsan

¹⁶⁶ ŞAHİN, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda, s. 328.

Hakları Mahkemesi önünde Türkiye'yi mahkumiyetten kurtarmak mümkün olabilecektir.¹⁶⁷

Gözaltında bulunan şüphelilerin işkence iddialarının önüne geçmek ve sorunları henüz doğmadan bertaraf etmek açısından, modern teknolojinin sunduğu hizmetlerden de faydalanmak gerekir. Bu tarz sorunların önüne geçebilmek için gözaltında bulunan şahsın ifadesinin görsel-işitsel olarak kaydedilmesi, şahsın kötü niyetli olarak kendine zarar vermesini engellemek için gözaltı odasının kamerayla veya düzenli olarak takip ve denetiminin yapılması, gözaltı işlemlerinin tümüyle kayıt altına alınması ve yapılan tüm işlemlerin şeffaf olmasının sağlanmasını gerektiren önlemlerin alınması gerekmektedir.

E. Suçluların İadesi, Sınır Dışı Edilmesi ve İşkence Yasağı Uygulaması

Ulusal hukuka ya da uluslararası anlaşmalara aykırı olarak bir şüpheli ya da hükümlüyü ilgili devlete iade etmek, üçüncü madde açısından bir denetimi devreye sokmayı gerektirmez. Çünkü iade hukukunun doğru uygulanmasını denetlemek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin inceleme alanında ve yetkisinde değildir. Ancak çeşitli sebeplerle iade edildikleri ülkede zulme maruz kalma ya da kötü muameleyle karşılaşma olasılığı bulunan kimselerin durumu üçüncü maddenin ihlali açısından tereddütlere yol açabilecek nitelikte bir husustur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu konudaki genel anlayışına bakacak olursak¹⁶⁸ her şeyden önce, bir kimsenin Sözleşmeye taraf olmayan bir üçüncü devlete gönderilmesi durumunda, artık uyuşmazlığın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yetki alanına girmeyeceğini kabul etmek mantıklı bir yorum olmayacaktır. Çünkü bu üçüncü devlette Sözleşmeye aykırı muameleyle karşılaşma riski varsa, bunu önceden önlemek, iade kararı vererek bu duruma zemin hazırlayan devletin

¹⁶⁷ CENTEL, Adli Tıp Bilimleri ve İnsan Hakları, s.16 vd.

¹⁶⁸ ÖNOK, Uluslararası, s. 224.

yükümlülüğüdür ve bu bakımdan da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, gönderen devletin, yani Sözleşmeye taraf bir devletin davranışını değerlendirmektedir. Bu tutum da gayet tabidir. Yani iade veya sınır dışı edilmek istenen kimsenin gönderilmesi düşünüldüğü ülkede Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı bir muameleye maruz kalma riskinin olduğunu gösteren ciddi sebep ve emareler varsa, bu kimseyi iade ya da sınır dışı etmek suretiyle bu riske maruz kalmasına yol açan ilgili Sözleşmeciler taraf devletin sorumluluğu üçüncü maddenin denetimi açısından söz konusu olur.

Kabul edilmesi gereken diğer bir husus ise, iade veya sınır dışı etme halinde işkence, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muameleyle karşılaşma riskinin kesin surette ve sadece devlet otoritelerinden kaynaklanıyor olması gerekmediğidir. Devlet içinde fiilen etkin konumda bulunan grupların ve bununla birlikte özel kişilerin bile böyle bir tehdidi doğuruyor olması maddenin ihlalinde göz önünde bulundurulabilecek bir gerçekliktir. Çünkü sözleşmeciler taraf devlet, kötü muamele ve işkence niteliğindeki davranışlar kimden hasıl olacak olursa olsun, insan hak ve hürriyetleri ihlallerinin dolaylı olarak da olsa sorumlusu olmama yükümlülüğü altındadır.

İade ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin üçüncü maddesi arasındaki ilişki, Soering davasında ele alınmıştır.¹⁶⁹ Bir Alman vatandaşı olan Jens Soering on sekiz yaşındayken ABD'de kız arkadaşıyla iştirak halinde anne ve babasını öldürmekle sorumlu tutulmuştur. Soering, İngiltere'de başka bir suçtan dolayı ele geçirilmiş ve ABD'nin devreye girmesi üzerine söz konusu ülkeye iade edilmek üzere gerekli işlemlere başlanmıştır. Suçun işlendiği Virginia Eyaleti'nde suçun müeyyidesi ölüm cezasıydı¹⁷⁰. Yerleşik uygulamaya bakıldığında ise hüküm infaz edilene kadar altı-sekiz yıl kadar bir sürenin geçmesi gerekmektedir. Eğer iade gerçekleşirse, Soering hem idam cezasıyla hem de ölüm koridoru sendromuyla yüz yüze

¹⁶⁹ Mehmet Semih GEMALMAZ, "Bir İnsan Hakkı İhlali", **Ölüm Bekleyişi Olgusu**, MHB, Yıl 10, Sayı 1-2;1990, s. 98 vd.

¹⁷⁰ GEMALMAZ, Bir İnsan Hakkı İhlali, s. 98 vd.

kalacaktı¹⁷¹. Komisyonun da müdahalesiyle iade işlemleri askıya alınmıştır. Yapılan yargılamada da, bu koşullar içerisinde gerçekleşecek bir iade işleminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin üçüncü maddesine aykırı düşeceği hüküm altına alınmıştır.¹⁷²

Diğer bir somut olayda, 02.05.1997 tarihli D/Birleşik Krallık kararında, Strasbourg Organları bir AIDS hastasının hastalığının en kritik sürecine ilişkin tedavisi sürmekte iken tedavi olanaklarından yeterince yararlanamayacağı bilinen St Kiss adasına gönderilmesine ilişkin sınır dışı kararını Sözleşmenin üçüncü maddesine aykırı olarak değerlendirmiştir. Burada Mahkeme esasen bireyin gönderilecek ülkede maruz kalacağı işkence ve kötü muameleler bağlamında Sözleşmenin üçüncü maddesinin uygulamasının sınırlanamayacağını, böyle bir sınırlamanın üçüncü maddenin önemini ve korumanın mutlaklığını azaltacağını, işte bu tür durumlar açısından da maddenin korumasından yararlanılabileceğinin altını çizmiştir. Mahkeme muhtemeldir ki, sadece üçüncü madde ihlaline maruz kalabilme riski içerisindeki kişilerin gönderilmesini değil, işkence ve kötü muamele ile karşılaşma durumları olmasa da gönderilecek yerde insani duyguların kabul edemeyeceği durumlarla karşı karşıya kalabilmeleri riskini de bu kavramlar içerisinde değerlendirilmektedir.¹⁷³

Bireyin işkence veya kötü muameleyle karşılaşma olasılığının bulunduğu durumlarda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaptığı gibi, üçüncü maddeyle korunan hukuki yarar ile suçun kovuşturulabilmesi için iadeyle amaçlanan yarar arasındaki menfaat gözetiminde ve çıkarlar çatışmasında, kişi bütünlüğüne ait değeri üstün görmesi insan hakları bakımından en doğru şekilde kabul edilebilir çözüm tarzı olur.

¹⁷¹ GÖLCÜKLÜ, GÖZÜBÜYÜK, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s. 200-201.

¹⁷² GEMALMAZ, Bir İnsan Hakkı İhlali, s. 106

¹⁷³ Ömer ANAYURT, agm, s. 263.

Ulusal mevzuatımız açısından bakıldığında ise, 01.06.2005'te yürürlüğe giren Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 18. maddesinin 3. fıkrasında "kişinin, talep eden devlete geri verilmesi halinde ırkı, dini, vatandaşlığı belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi görüşleri nedeniyle kovuşturulacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence ve kötü muameleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebepleri varsa, talep kabul edilmez" hükmü getirilmek suretiyle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarından çıkan kural mevzuatımız açısından da yasal hale getirilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin üçüncü maddesinin içeriğinde barındırdığı başka bir amaç, mültecinin gittiği ülkede bu maddede tanımlanan insanlık dışı ve küçük düşürücü muameleye maruz kalma ihtimalini de kapsar. Bu durumda oluşabilecek ihtimal dahilindeki ihlalleri önlemek Sözleşmeye taraf olan devlete ait bir yükümlülüktür. Çünkü kendi iradesi ile ortaya çıkardığı bir davranışın sonucunda devlet, bir kişiyi doğrudan bu tür muameleye maruz bırakıp, mağdur etmektedir. Bu ilkeler, mültecilerin durumu açısından da aynı şekilde geçerlidir.

Bir Sözleşmeci devletin bir kimseyi sınır dışı etmesinin Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından bir sorun doğurabileceği ve bu kimsenin sınır dışı edilecek olması durumunda o ülkede Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir muameleye maruz kalacağına dair gerçek bir risk¹⁷⁴ ile karşılaşacağına inanmak için maddi sebepler gösterilmesi halinde, devletin Sözleşme gereğince sorumluluğunun doğabileceği Mahkemenin yerleşik içtihadı haline gelmiştir. Bu şartlarda Sözleşme'nin 3. maddesinin söz konusu kişiyi o ülkeye göndermeme yükümlülüğü yüklediği söylenebilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarından sonuçlar çıkaracak olursak, Mahkemece bakılan ve sonuca ulaşılan davalarda tespit edilen bazı ortak bulgular ve özellikler karşımıza çıkmaktadır. Öncelikli

¹⁷⁴ DOĞRU, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence, s. 120.

olarak, üçüncü maddenin ihlalden bahsedebilmek için ve taraf devleti bu doğrultuda sorumlu tutabilmek için kötü muameleyle karşılaşma konusunda soyut bir ihtimalin varlığı yetmez, ilgili kişiye yönelik olarak gerçekleşmiş somut bir riskin varlığı da aranır.¹⁷⁵

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin üçüncü maddesine aykırı muamele riskinin var olup olmadığına karar verirken Mahkeme, durumu kendisine sunulan tüm ispat vasıtaları aracılığıyla ve gerekli gördüğü takdirde bu konuda resen elde edilen belgeler doğrultusunda belirleyecektir. İlgili taraf devletin kararı değerlendirilirken, sınır dışı etme zamanında bilinen ya da objektif olarak bilinmesi gereken hususların birlikte göz önünde bulundurulacağı tabidir.

Devleti sorumlu tutabilmek açısından önemli olan husus, başvuruçunun gönderildiği ülkede kötü muameleyle karşılaşma riski altında olduğunun öngörülebilir olmasıdır. Üçüncü maddeyi ihlal edebileceği iddia edilen bir iade veya sınır dışı işlemi henüz gerçekleştirilmiş olmadan önce vaka Mahkeme önüne ihtilaf olarak gelecek olursa, gerçek bir riskin var olup olmadığı, artık Mahkemenin olayı değerlendirdiği zamandaki koşullara göre takdir edilecektir. İade veya sınır dışı etme işlemini gerçekleştirmekten kaçınmak için haklı ve makul bir neden olduğunu düşünmeyen iyi niyetli bir devlete, daha sonra ortaya çıkan kötü muamele niteliğindeki davranışları isnat etmek mümkün değildir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına bakacak olursak, gerçek riskin muhakkak surette yüksek bir gerçekleşme olasılığı olmadığı anlaşılmaktadır. Soering davasını ele alırsak, Mahkemeye göre başvuruçunun ölüm cezasına mahkum edilmesinin muhakkak olmadığı, hatta ihtimal dahilinde bile görülmediği anlaşılmaktadır.¹⁷⁶ Tüm bu şartlara rağmen

¹⁷⁵ ÖNOK, Uluslararası, s. 234.

¹⁷⁶ GEMALMAZ, Bir İnsan Hakkı İhlali, s. 97 vd.

ortadaki risk, Sözleşmenin üçüncü maddesi açısından ihlale yol açacak kadar ciddi bulunmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında 1984 tarihli BM Sözleşmesinin 3. maddesinden esinlenilmiştir. Buna göre, kişinin işkenceye maruz kalma tehlikesi altında bulunduğuna ikna olmak için esaslı temeller varsa, kişi sınır dışı edilemez. Mahkeme, esaslı temeller bulunması kriterini korumuşken; 1984 Sözleşmesindeki “tehlike” kavramı yerine “gerçek risk” kavramını benimsemiştir. Bu konuda, 1984 Sözleşmesine göre bir farklılık yaratılmak istenmiştir. Kullanılan kavramları birbiriyle kıyaslayacak olursak, “risk” kavramının “tehlike”ye göre daha soyut ve genel bir kavram olduğunu anlaşılabilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, gerçek dışı olmamak şartıyla, sadece tehlike teşkil etmeyen, daha küçük boyuttaki riskleri de dikkate almak istemiştir. Üçüncü maddenin ihlali, telafisi mümkün olmayan, geri dönüşü olmayacak zararlara yol açar, işkence şeklindeki muameleler, hayat boyu taşınacak izler bırakabilir. Bu bakımdan önleyici denetim, son derece önemlidir. Bunu etkin bir şekilde gerçekleştirebilmek içinse gerçek risk kavramının geniş olarak yorumlanması ve ele alınması gerekmektedir. Böylece, kişinin kötü muameleye maruz kalma ihtimalinin gerçekten var olduğu hususunda Mahkemede kanaat oluşturmaya yetecek somut delillerin gösterilmesi durumunda, artık gerçek riskin varlığı kabul edilmelidir. Bu durumda da, ilgili Sözleşmeye taraf devletin bu işlemi gerçekleştirmedeki çıkarları ile bireyin uğraması muhtemel zararları arasında bir değer tartımına gidilmeksizin, sadece başvurunun maruz kalabileceği muamelenin ağırlığı konusunda bir değerlendirmeye başvurarak olası bir iade veya sınır dışı etme işleminin üçüncü maddeye aykırı olup olmayacağı sonucuna varılacaktır. Diğer bir ifadeyle, gerçek riskin varlığı bir kez tespit edildikten sonra, dikkate alınacak husus bu riskin gerçekleşmesi durumunda başvurunun maruz kalacağı muamelenin üçüncü maddedeki asgari eşik düzeyine ulaşmış olmasıdır.

Her koşulda göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus, başvurusunun kendisine karşı yönelmiş olan özel bir riskin bulunduğunu ispat etmesidir. Çünkü başvuru, kendi durumunun gönderileceği devlette bulunan diğer kişilere göre daha riskli olduğunu özel olarak ispat etmedikçe, insan hakları bakımından söz konusu devletteki sadece genel bir hassas durumun varlığı, maddenin korumasından yaralanmasını sağlamayacaktır.¹⁷⁷ Bu konuyla ilgili olarak geçici istikrarsızlığın bir sonucu olarak kötü muamele görülebileceğine dair sadece bir ihtimalin bulunduğu ülkeye gönderme, kendiliğinden Sözleşme'nin üçüncü maddesini ihlal etmez. Mahkeme 26 Nisan 2005 tarihli Müslim kararında, Türkmen kökenli Irak vatandaşı başvurusunun Türkiye'den Irak'a geri çevrilmesi halinde 3. maddenin ihlal edilmeyeceğine karar vermiştir. Başvuru Ağustos 1998'de, Baas Partisinin güçlü yerel önderlerinden olan ve Saddam Hüseyin ile bağlantısı bulunan bir kişiyle girdiği kavgada silahla yaralanmış, daha sonra Irak gizli servisi tarafından aranmaya başlanmış ve Türkiye'ye kaçmıştır. Başvuru BMMYK ile Türkiye'den mültecilik statüsü istemiştir. Başvuru, kardeşinin ve yeğeninin öldürüldüğünü, etnik kökeni nedeniyle Irak'a geri gönderilmesi halinde yaşamının tehlikeye gireceğini savunmuş, ancak kendisine mülteci statüsü verilmemiştir. BMMYK ile Bilecik Valiliği, başvurusunun 1961 tarihli Sözleşme'deki ırk, din, milliyet, belli bir sosyal gruba mensubiyet ve siyasal düşünce gibi sebeplerden biriyle Irak'ta zulme uğrayacağını göstermediği sonucuna varmışlardır. Ancak başvurucuya Şubat 2000'de "geçici mülteci statüsü" verilmiştir. Saddam Hüseyin yönetiminin sona ermesinin ardından başvuru, yetkili makamlara yaptığı başvurunun yeniden ele alınmasını istemiştir. Başvuru, özellikle Arap, Kürt ve Türkmen aşiretlerinin çatışma içinde olduğu, kendisinin doğduğu bölgede bir hukuk sisteminin ve yönetimin bulunmaması nedeniyle, durumun Türkmenler için daha da zorlaştığını savunmuştur. Türk makamları tarafından başvurucuya 1 Mayıs 2005 tarihine kadar geçerli oturma izni verilmiş olup, başvuru hakkında resmen bir geri çevirme kararı bulunmamaktadır. Mahkeme hükümet dışı örgütlerin ve

¹⁷⁷ TEZCAN, ERDEM, SANCAKDAR, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında, s. 250.

uluslararası kuruluşların raporlarına dayanarak, başvurunun gönderilme riski altında bulunduğu Kuzey Irak'ta güvenlik sorununun devam ettiğini, ancak başvurunun geçmişine ve Irak'taki genel durumuna ilişkin sunulan delillerden, başvurunun durumunun Türkmen azınlığa mensup olanların durumundan daha kötü olmadığını tespit etmiştir. Mahkeme'ye göre geçici istikrarsızlığın bir sonucu olarak kötü muamele görülebileceğine dair sadece bir ihtimalin bulunduğu ülkeye gönderme, kendiliğinden Sözleşmenin 3. maddesinin ihlaline yol açmayacaktır.¹⁷⁸

Kötü muameleye maruz kalma yönünde gerçek bir riskin varlığını kabul etmek için bulunması gereken esaslı ve önemli sebeplerin üzerinde durmak gerekir. Bu konuda, söz konusu riskin varlığının sadece ihtimal ve varsayımlarla değil, kanıtlanmış maddi ve gerçekçi ispat araçlarıyla desteklenmesi aranacaktır. Esaslı sebepleri ortaya koymada, ilgili kişinin geldiği ülkede önceden maruz kalmış olduğu kötü muameleler önemli bir kıstas oluşturabilir. Bir kez bu tür davranış ve kötü muamelelere maruz kalmış kimsenin tekrar aynı muameleyle uğraması kuvvetle muhtemeldir. Çünkü bu durumda bu kişinin ilgili devlet veya devlet güçleri tarafından muhalif bir kişi olarak telakki edildiği gerçeği ile karşı karşıya kalınacaktır. Ayrıca belirtmek gerekirse, daha önce yaşanmış olan ihlaller de tek başına yeterli bir kıstas oluşturmaz. Çünkü Sözleşmeye taraf ülkedeki şartlar zamanla değişmiş olabilir. Bir dönemde başvuru için tehlike arz eden durumlar artık ortadan kalkmış olabilir. Gerçek bir riskin varlığını kabul etmek için bulunması gereken diğer önemli bir sebep sınır dışı edilecek ülkedeki genel koşullardır. Söz konusu yerde, işkence ve fena muamele bir idari pratik halini almışsa, ve bu tür onur ve haysiyet kırıcı davranışlar günlük hayatın olağan bir parçası haline gelmişse, o ülkede bulunacak her şahıs açısından bir gerçek riskin mevcut olduğu söylenebilecektir. Yine gerçek riskin varlığına kriter teşkil edecek diğer önemli bir husus, orijin ülkesine dönüş yapan mültecilerin genel olarak kötü muameleyle, onur kırıcı ve insan haysiyetiyle

¹⁷⁸ DOĞRU, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence, s. 123.

bağdaşmayan davranış biçimleriyle karşılaşmalarıdır. Bu durumda, gerçek bir riskin varlığından söz edilebilmesi gerekir. Aynı zamanda var olan durumların çeşitli belgelerle kanıtlanması son derece önemlidir. İspat koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin her somut olayın tüm özelliklerini nazara almak suretiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tespit edecektir.

İade ve sınır dışı etme olaylarında yargılama usulü ve ispat sorunu bakımından her şeyden önce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 34. maddesine göre mağdur sıfatına haiz olmalı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurabilmek için ilgili birey hakkında infazı mecburi bir iade ya da sınır dışı etme kararı verilmiş olmalıdır.¹⁷⁹ Haklarında bu yönde bir hüküm verilmiş bulunan kişiler ivedi bir tehlikeyle karşı karşıya olmaktadır. Çünkü bu karara karşı başvurdukları yollar sonuç vermezse ve karar bir şekilde yerine getirilirse telafisi ve geri dönüşü mümkün olmayan zararlara uğrama riski ortaya çıkmaktadır. Bu aşamada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuran kişinin yürütmeyi durdurma kararı aldırma hakkı bulunmadığı gibi; başvurunun yapılması da işlemin icrasını kendiliğinden durdurmamaktadır.¹⁸⁰ Mahkeme, taraf devleti bağlayıcı bu yönde bir tedbir kararı almaz. Bu sorun Mahkeme ve ilgili devlet arasında mutabakatla çözülmektedir. Mahkeme, ilgili devletten dava sonuçlanıncaya kadar işlemleri durdurmasını istemekte; ilgili devlet de bu talebe riayet etmektedir. Aslında bu talebe uyma zorunluluğu yoksa da, üçüncü maddenin ihlaline yol açmak ve AIHM'nin otoritesine saygı göstermek için bu tür isteklere genelde uyulmaktadır.¹⁸¹

¹⁷⁹ ÖNOK, Uluslararası, s. 242.

¹⁸⁰ TEZCAN, ERDEM, SANCAKDAR, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında, s. 165 vd.

¹⁸¹ TEZCAN, ERDEM, SANCAKDAR, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında, s. 168 vd.

F. Ülkeye Kabul ve İşkence Yasağı Uygulaması

Bir devletin ülkesine bazı kişilerin alınmaması da bazen Sözleşmenin üçüncü maddesine aykırılık teşkil edebilecektir. Bu konudaki en önemli davalardan birisi de Doğu Afrika Asyalıları davasıdır.¹⁸² Davanın konusu, 1968 yılına kadar İngiliz vatandaşlığına da sahip olan bazı Afrika ülkesi vatandaşlarının, o yılda çıkarılan özel bir kanun sonucu Birleşik Krallık'a giriş hakkının sınırlandırılmasıdır. Başvurucular, bu düzenlemenin ayrımcılık yasağına aykırı olduğunu ve bu nedenle de aynı zamanda küçük düşürücü muamele teşkil ettiğini iddia etmişlerdir. Mahkeme, istemi incelemeyi yerinde bulmuştur, çünkü ırka dayalı bu tür ayrımlar belirli kişi gruplarını diğer kişilerden farklı tutmayı amaçladığından, bir bakıma kişi haysiyetine de dokunur olduğu şeklinde değerlendirmede bulunmuştur. Fakat, benzer bir vakanın bugün yaşanması halinde, buna taraf devletler bakımından sorun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4. Protokoldeki "hiç bir devletin kendi vatandaşlarını ülkeye girmekten alıkoymayacağı"na dair kural çerçevesinde çözümlenecektir.

G. Zorla Tedavi, Açlık Grevi, Zorla Besleme, Sosyal/Ekonomik Koşullar ve İşkence Yasağı

Açlık grevleri olgusu, ceza infaz kurumlarında hükümlüler tarafından gösterilen bir karşı çıkış ve kullanılan bir baskı yöntemi olarak son yıllarda gündeme gelmiş ve Türkiye'de de çok sayıda kişinin hayatına mal olmuştur.¹⁸³ Açlık grevleri, belirli bir amaca ulaşmak, bir hareketi protesto etmek ya da bir görüşe yandaş bulmak için, kamuoyu oluşturmak düşüncesiyle kişinin tek başına veya grup şeklinde, yemek yemeyi durdurarak veya sıvı almayarak aç kalma eylemidir¹⁸⁴ şeklinde tanımlanabilir.

¹⁸² GEMALMAZ, Yaşam Hakkı, s. 217-218.

¹⁸³ Ahmet TAŞKIN, *Türkiye'de ve Dünyada Açlık Grevleri*, Ankara 2005, s. 66 vd.

¹⁸⁴ Metin FEYZİOĞLU, "Açlık Grevi", *AÜHFD*, C. 43, Sayı 1-4, 1994, s. 157

Açlık grevlerine başvurarak hedeflenen gaye kendi hayatına son vermek olmadığı için, bu eylemleri intihar eyleminden ayırt etmek gerekir. Fakat, esas amacı gerçekleştirebilmek için ihtimal dahilinde olan ölüm neticesi de göze alınmaktadır.¹⁸⁵ Gerçekten, açlık grevcilerinin asıl amacı hayatlarına son vermek değildir. Tam tersi, kendileri ya da uğruna eylemi sürdürdükleri kişiler için daha iyi koşullar elde edebilmektir. Bu ülkü ve amaç uğruna, gerekirse kendi hayatlarını feda etmeye razıdırlar.

Tıp hukuku açısından önemli bir sorun teşkil eden diğer bir konu, bu eylem ve grevlere başvuran kimselere zorunlu tıbbi müdahalede bulunulup bulunulamayacağıdır. Bilindiği gibi tıbbi müdahaleler bir kimsenin bedensel bütünlüğüne zarar verdiği için ceza hukuku bakımından yaralama suç tipine uygun düşmekte; tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi ise, mağdurun bu müdahaleye rızasına bağlı olmaktadır. Kişinin rızasına aykırı olarak yapılan müdahalelerin ise, insan onuruna ve haysiyetine uygunluğu tartışılır hale gelmektedir. Bir görüşe göre, açlık eylemleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ulusal anayasalarda bir hak olarak tanınan düşünceyi açıklama özgürlüğünün yansımasıdır¹⁸⁶ ve bu duruma saygı gösterilmelidir. Kişilerin kendi özgür iradeleriyle yaptığı bu seçime saygı göstermek gerekir, çünkü kişilerin bu şekilde davranmasını veya tepki vermesini yasal olarak engelleyecek herhangi bir hukuk kuralı yoktur.¹⁸⁷

Başka bir görüşe göre ise bu eylemlere müdahalede bulunarak kişilerin sağlık durumlarını koruma ve yaşamını kurtarma, üçüncü kişi lehine meşru müdafaa¹⁸⁸ ya da ıztırar hukuka uygunluk sebebi teşkil edecektir. Ulusal ceza hukuku alanında öne sürülebilecek bu hukuka uygunluk sebeplerinin, açlık grevlerine zorunlu olarak müdahalede bulunmanın Avrupa İnsan Hakları

¹⁸⁵ Faruk EREM, **Adalet Psikolojisi**, 7. Bası, Ankara 1977, s. 376

¹⁸⁶ Doğan SOYASLAN, “Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu”, **Yargıtay Dergisi**, Temmuz 1990, s. 272

¹⁸⁷ Hakan HAKERİ, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, Ankara 2003, s. 154-155.

¹⁸⁸ FEYZİOĞLU, Açlık Grevi, s. 166-167

Sözleşmesi'nin 3. maddesine aykırı düştüğü savunulursa pratikte de bir önemi kalmayacaktır. Adli tabiplere göreyse, açlık grevine başvuran hükümlünün bu yöndeki tercih ve iradesine saygı gösterilmesi ve sağlık durumu kötüleşse, hatta kişi ölüm tehlikesiyle burun buruna gelse dahi, rızası dışında tıbbi müdahalede bulunulmaması gerekir. Zorunlu tıbbi müdahaleyi savunan aksi görüşe göre ise, hükümlülerin açlık grevlerine başvurmaları çoğu zaman baskı altında tutulan bir iradenin ürünüdür. Zaten Anayasalarda kişilere tanınmış olan kendi geleceğini belirleme hakkı, kişinin maddi ve manevi değerlerini koruyup geliştirmesi için tanınmıştır. Yaşamın dokunulmazlığı ilkesi gereği, kişiye kendi yaşamını sona erdirebilme ve bu yönde karar verebilme hak ve yetkisi tanınmış değildir. Devlete baskı ve şantaj yapmak için bu yöntemle başvurulmasının, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelip hukuken korunamayacağı da öne sürülmektedir.

Bütün bu değerlendirmeler içerisinde en sağlam argüman kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına karşı olarak ağır basan bir kamusal yükümlülüğün varlığıdır. Devletin kendi gözetim ve denetimi altında bulunan hükümlülerin hayat ve sağlıklarını koruma altına alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu nedenle, devletin müdahalede bulunup, kişiyi zorla tedavi etmek ve yaşatmak yönünde sorumluluğu vardır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md. 2'deki yaşama hakkı yönünden, devletin yaşamı risk 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.¹⁸⁹ Konuya ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına bakılacak olursa, Strazburg organları dolaylı yoldan da olsa, zorla beslemenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md. 3'teki işkence, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele yasaklarına aykırı olduğu iddialarının gerekçe olarak gösterildiği başvuruları kabul etmemiştir. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu da bir başka vakada bir hükümlünün zorla beslenmesinin insanlık dışı ve onur kırıcı muamele teşkil

¹⁸⁹ TEZCAN, ERDEM, SANCAKDAR, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında, s. 208,209.

ettiği iddiası karşısında, söz konusu Komisyon devletin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi uyarınca mahpusların yaşam hakkını garanti altına alma sorumluluğunun bulunduğunu, tıbbi müdahaleyle oluşacak üçüncü maddeye aykırılık teşkil eden her hangi bir ihlal iddiasından öncelikli olduğunu vurgulamıştır. 24 Eylül 1992 tarihli Herczegfalvy – Avusturya kararında Mahkeme, akıl hastası hükümlünün açlık grevi yapması üzerine yatağa bağlanarak zorla beslenmesini, tedavisel gereklilik oluşturan bir tedbirin insanlık dışı muamele sayılamayacağı gerekçesiyle, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.¹⁹⁰

Zorla beslenme tarzı bir muamelenin tek başına Sözleşme'ye uygun olup olmadığı konusunda bugüne kadar Strazburg organları çok açık ve net bir tavır takınmış değildir. Fakat Mahkemenin konuya yaklaşımı doğrultusunda, Strazburg organlarının zorla beslenmenin hukuka aykırı olduğu yönünde bir kanaat noktasından hareket etmedikleri anlaşılabilir. Bu doğrultuda yeni Türk Ceza Kanunu ve Cezaların Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile açlık grevcilerine zorunlu müdahale yolu kanunen öngörülmüştür. Aynı zamanda 2005'te yürürlüğe giren 5275 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 hayati tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhal hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbi araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır."¹⁹¹

¹⁹⁰ DOĞRU, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence, s. 94.

¹⁹¹ Maddenin geri kalan kısmı 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 halinde, beslenmelerine kurum hekimince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanır.

YTCK md. 298/3 hükmüne göre ise, “Beslenmenin engellenmesi nedeniyle kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden biri veya ölüm meydana gelmiş ise, ayrıca kasten yaralama veya kasten öldürme suçlarına ilişkin hükümlere göre cezaya hükmolünür”. Yeni kanundaki düzenlemeye göre, ölümün meydana gelmesi durumunda artık netice sebebiyle ağırlaşmış bir suçun varlığı kabul edilip cezanın kanunda öngörülen şekilde artırılması yoluna gidilmeyecek; bunun yerine md. 298/2’deki “beslenmeyi engelleme” suçu ile “kasten öldürme” ya da “kasten yaralama” suçlarından olaya uygun düşenin cezası gerçek içtima kurallarına göre toplanarak hüküm altına alınacaktır.

Günümüz koşullarını da ilgilendiren ve çalışmamızda yer almasını istediğimiz diğer bir husus ise; insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele kavramlarının sosyal ve ekonomik koşullarla birlikte değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusudur. Devletin vatandaşına sunduğu ve vatandaşın da içinde yaşamak zorunda bulunduğu ekonomik, sosyal ve kültürel ortamın, üçüncü madde açısından bir değerlendirme konusu yapılabileceği akla gelmektedir. Bu nedenle, sosyal güvencelerden, iş olanaklarından, sağlık yardımından, asgari bir yaşam standardından yoksun olan kimse, kendisinin içinde bulunduğu durumun Sözleşmenin üçüncü maddesi anlamında küçük düşürücü, onur kırıcı ya da insanlık dışı olduğunu iddia edebilir mi?

Doktrinde de belirtildiği gibi, insan onurunun bir hukuk devletindeki en üst hukuksal değer olduğundan yola çıkılırsa insanın ekonomik yaşam

-
- (3) Yukarıda belirtilen haller dışında, bir sağlık sorunu olup da muayene ve tedavi reddeden hükümlülerin sağlık veya hayatlarının ciddi tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumunda bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı halinde de ikinci fıkra hükümleri uygulanır.
 - (4) Bu madde de öngörülen tedbirler, kurum hekiminin tavsiye ve yönetimi altında uygulanır. Ancak, kurum hekiminin zamanında müdahale edememesi veya gecikmesi hükümlü için hayati 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”.

koşulları altında basit bir obje olarak alçaltılması ya da bu şekilde bir yaşam sürmeye zorlanması insan onurunun dolayısıyla Sözleşmenin üçüncü maddesinin ihlali anlamına geldiği öne sürülmüştür.¹⁹² Bu tartışma götürür husus uygulamada somut bir vaka olarak, bugüne kadar doktrinde ve mahkeme içtihatlarında sorun olarak 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.

Mahkemenin gelenekselleşen yaklaşımına göre türlü kötü muameleleri mülhaza etmede kendisine tanıdığı esneklik, zamanla üçüncü maddenin kapsamının genişletilmesi imkanını sağlamaktadır. Mülkiyete verilen zarar nedeniyle uygulamada yaşanan ihlaller nedeniyle güvenlik güçlerinin Güneydoğu Anadolu Bölgesi'nde kasıtlı olarak vatandaşların özel mülkiyetlerine zarar verdiğini iddia eden başvurular Mahkeme önüne geldiğinde, Mahkemenin davaları incelemesi bu bağlamda gerçekleşmiştir. Böyle bir iddianın dile getirildiği davalardan birisi olan 16.11.2000 tarihli Bilgin/Türkiye davasında Mahkeme başvurucunun konutunun ve mülkünün tahrip edildiğine değinmekte ve kötü muamelenin başvurucuyu maişetinden ve barınağından yoksun bırakması nedeniyle başvurucunun yoksulluk içerisine düştüğü gerçeğine işaret etmektedir.¹⁹³ Sonuç olarak Mahkeme maddi kayıpların başvurucuyu derinden etkilediğine karar vermiş ve maddi kayba sebebiyet veren fiillerin kötü muamele oluşturacak ölçüde yeterli acıya sebebiyet verdiğini mülhaza etmiştir.

¹⁹² ŞİMŞEK, agm, s. 225.

¹⁹³ Bilgin/Türkiye, 16.11.2000.

H. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye Hakkında Verdiği Somut İhlal Karar Örnekleri

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye hakkında baktığı 27.02.2001 tarihli ÇİÇEK/TÜRKİYE davasında, başvurunun çocukları ve torunu muğlak şartlar altında kaybolmuştur.¹⁹⁴ Başvurucunun iddiasına göre bu kişiler, gözaltına alındıktan sonra kaybolmuş ve resmi makamlar tarafından öldürülmüştür. Ayrıca başvurunun tüm ısrar ve başvurularına rağmen hükümet yetkilileri kendisine bu konuda destek olmamış ve adli makamlarca da gerekli soruşturma yapılmamıştır. Bu bakımdan kendisine karşı insanlık dışı ve onur kırıcı muamelede bulunduğu iddiası Mahkemeye sunulmuştur. Başvurucuya göre, oğullarının sadece kaybolması olayı dahi üçüncü maddenin ihlaline neden olmaktadır. Vazgeçilemez adli güvencelerin söz konusu olamayacağı bir ortam ve koşullarda kaybolmak, onları derin psikolojik bir buhran ve işkence niteliğinde bir baskıyla yüz yüze bırakmıştır. Başvurucuya göre kaybolan yakınlarının tutuldukları yatılı okulda kötü muamele gördükleri kendisine bir şekilde ulaşmıştır. Bu ihbar titiz bir şekilde değerlendirilmelidir, çünkü bölgede pek fena muamele ve insanların kaybolması sıkça rastlanılan bir durumdur. Bir bakıma resmi olarak hoş görülen bir idari pratik sonucu çocuklarının ortadan kaybolması, başvurunun göre üçüncü maddenin ihlali anlamına gelmektedir. Ayrıca, yetkili mercilerin konuyu aydınlatacak herhangi bir açıklamada bulunamaması ve uygun bir soruşturmanın da adli makamlarca yapılmamış olması da, üçüncü maddenin ihlalini doğurur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, üçüncü maddenin uygulanmasında, Sözleşme organlarının yerleşmiş içtihadı, makul şüphenin de ötesinde kesinlik düzeyine varan bir ispat vasıtasına gereksinim

¹⁹⁴ DOĞRU, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence, s. 163.

olduğudur. Kişinin kaybolması hususunda hiçbir bilgi bulunmuyorsa, kişinin ölü veya sağ olduğu veya üçüncü maddeyi ihlal edici fena muameleye maruz kalıp kalmadığı sadece asılsız bir iddiadan ibaret olabilir. Başvurucu, ne çocuklarının kötü muameleye uğradığına ne de idari pratik olan bir uygulamaya maruz kaldığına ilişkin deliller ve iddialarına dayanak oluşturacak ispat vasıtaları sunamamıştır. Sonuç olarak, bu yönden üçüncü maddenin ihlaline hükmedebilecek bir kanıt ve iddiayı somut olarak ispat edecek asgari eşik düzeyini aşmış belirti bulunmamaktadır.¹⁹⁵

Başvurucunun kendisine karşı insanlık dışı muamele yapıldığı iddiasına gelince, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi konuyu farklı bir yaklaşımla ele almıştır. Mahkemeye göre, başvurucu ve kızı, savcıya ve jandarma komutanına defalarca başvurmuşlardır. Başvurucuların şahsi iddialarına göre, söz konusu şahıslar jandarma denetimindeki yatılı okulda gözaltındayken kaybolmuşlardır. Buna rağmen her iki merci de söz konusu şikayetleri ciddiye almamıştır. Başvurucu altı yıl boyunca oğlundan herhangi bir haber alamamıştır. Oğullarının ölmüş olduğu korkusuyla yaşamış ve hiç olmazsa cesetlerinin teslim edilmesi yönünde taleplerde bulunmuşlardır. Başvurucunun uzun bir süre boyunca yaşamış olduğu belirsizlik, şüphe ve kaygı, başvurucuda asgari eşik düzeyini aşan ciddi zihinsel sıkıntı ve dehşete yol açmıştır. Bu durumları dikkate alan mahkeme başvurucu bakımından üçüncü maddenin bir şekilde ihlal edilmiş bulunduğu kanısına varmıştır.¹⁹⁶

8 Ocak 2004 tarihli Çolak ve Filizer kararına konu alan olayda, 28 ve 29 Nisan 1995 tarihlerinde İstanbul Terörle Mücadele Şubesi'nde göz altına alınan ve gözaltında yoğun işkence gördüklerini ve 2 Mayıs'ta ifadelerini imzaladıklarını iddia eden başvurucular Abdullah Çolak ve Ömer Filizer'i 5

¹⁹⁵ Fakat, kişilerin resmi kayıt tutulmadan yakalanmış olması ve bu suretle temel adli güvencelerden mahrum bırakılmaları, bu madde bakımından olmasa da AIHS md. 5 (kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı) açısından incelemeye değer bir durumdur.

¹⁹⁶ 25 Mayıs 1998 tarihli Kurt/Türkiye kararında da çok benzer olaylar ışığında, aynı gerekçelerle aynı sonuçlara varılmıştır (bkz. Hakan ERGÜL, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması**, Yargı Yayınevi, Ankara 2003, s. 120).

Mayısta muayene eden doktor raporunda darp ve cebir izine rastlanmadığına dair bir rapor verilmiş, ancak 18 Mayıs ve 22 Mayıs tarihlerinde cezaevinde yeniden doktora muayene olduklarında yara bere izlerini belirten raporlar tanzim edilmiş, fakat polisler hakkında açılan dava delil yetersizliğinden beraatle sonuçlanmıştır.¹⁹⁷

Yine 8 Nisan 2004 tarihli Sadak/Türkiye kararı ve 27 Mayıs 2004 tarihli Yurttaş-Türkiye kararına konu olan olaylarda, DEP Milletvekili başvurucular gözaltına alındıkları 1 Temmuz 1994 tarihinden itibaren 11 gün boyunca, dış dünyadan kimseyle görüştürülmeden ve ilk 5 gün sorgulanmadan gözaltında tutulmuş olmaları nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Mahkeme bir kimseyi uzun süre gözaltında tamamıyla izolasyon içinde tutmanın Sözleşme'nin 3. maddesine aykırılık oluşturabileceğini kabul etmiş; fakat olayda başvurucuların tamamıyla duyuşal izolasyon ve bütünüyle sosyal izolasyon içinde tutulmadıklarını, dış dünyayla temas kurmamakla birlikte gözaltında tutulma sırasında diğer tutulanlarla ve görevlilerle temasları olduğunu, bu kadar uzun bir sürenin başvurucuların kişiliği üzerinde bir etkisi bulunmadığını belirtmiş ve sonuç olarak başvurucuların tutulma koşullarının Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında insanlık dışı veya aşağılayıcı bir muamele oluşturması için gerekli olan ağırlık düzeyine ulaşmadığı sonucuna varmıştır.¹⁹⁸

10 Kasım 2005 tarihli Tekin Yıldız- Türkiye kararında başvurucu, 2000'li yılların başında ortaya çıkan F tipi cezaevlerini protesto amacıyla girişilen yaygın açlık grevlerine katılan mahkumlardan birisidir. Tekin Yıldız hakkında Wernicke-Korsakoff hastalığı teşhisi Adli Tıp Kurumu tarafından 11 Temmuz 2001 tarihinde konmuştur. Bu teşhisin neticesinde tutulu kişi cezaevi koşullarına dayanamayacak ölçüde hasta kabul edilmekte ve serbest

¹⁹⁷ DOĞRU, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence, s. 36.

¹⁹⁸ DOĞRU, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence, s. 109.

bırakılmaktadır. Ayrıca hastalığın seyrini saptamak amacıyla düzenli tıbbi muayene yapılmaktadır. Ancak 21 Kasım 2003'te Tekin Yıldız yeniden yasadışı faaliyetlerine başladığı şüphesiyle cezaevine konur. Fakat daha sonra bu şüphe yersiz çıkar ve Tekin Yıldız 27 Temmuz 2004'te serbest kalır. Tekin Yıldız serbest bırakılmadan önce Mahkeme'ye mevcut hastalığı ile cezasını çekmenin ya da cezaevine konmasının 3. maddeye aykırı olduğu yönünde bir başvuru yapmıştır. Mahkeme 6-13 Kasım 2003 tarihlerinde üç yargıç ve konunun uzmanı üç doktordan oluşan bir komite ile Türkiye'de keşif incelemesi yapmış ve bu çerçevede 50'ye yakın benzer durumdaki mahkumu muayene etmiş ve cezaevi koşullarını incelemiştir. Doktorlar komitesi muayene sonucunda Tekin Yıldız'da Wernicke-Korsakoff hastalığının sürdüğünü, bu nedenle hastalığının cezaevi koşulları ile bağdaşmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme bu teşhise dayanarak Tekin Yıldız'ın yeniden cezaevine konmasının 3. maddeyi ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Mahkeme bu kararında Sözleşmenin tutulu bir kişinin sağlık nedeniyle serbest bırakılmasını gerektiren bir genel yükümlülük içermese de, Türkiye'de olduğu gibi Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerde, tutulu kişinin klinik tablosu, onun tutulma koşullarına uyumu konusunda 3. madde bakımından dikkate alınan durumlardan birisidir. Kısacası, belirli bir durumda, yaşamını doğrudan ilgilendiren bir patolojiye yakalanan veya durumu cezaevi koşulları ile sürekli olarak bir bağdaşmazlık gösteren kişinin tutulu olması 3. madde bakımından sorun oluşturabilir.¹⁹⁹

¹⁹⁹ DOĞRU, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence, s. 99.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞKENCE YASAĞI'NIN TÜRKİYEDEKİ UYGULAMASI

I. İŞKENCE SUÇUNUN MEVZUATTAKİ YERİ

A. Türk Ceza Hukuku'nda İşkence Suçu

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmının üçüncü bölümü "İşkence ve Eziyet" suçlarına ayrılmıştır. Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 94. madde ve devamındaki hükümleri Anayasamızın 17. maddesinde düzenlenen kişi dokunulmazlığı hakkı ile işkence ve eziyet yasağının yaptırımını teşkil etmektedir.

Bu düzenlemeler taraf devlet sıfatıyla sorumluluklarını üstlendiğimiz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin üçüncü maddesindeki işkence yasağının ve yine işkenceye ilişkin olarak 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 Sözleşmesiyle düzenlenen ve kabullendiğimiz uluslararası belgelerin de bir gereğidir.²⁰⁰ Öte yandan uluslararası ceza mahkemelerinin kurucu belgelerindeki tanımlara bakarsak işkence suçu, ulusal ceza hukuklarına göre bir yönüyle daha geniş, başka bir yönüyle ise daha dar kapsamlı olmaktadır. Şöyle ki, adli amacın aranmaması bakımından uluslararası ceza mahkemelerinin yargı yetkisi dahilindeki işkence suçu, uluslararası insan hakları belgelerindeki kavramlara yaklaşmaktadır. Fakat madde bakımından yargı yetkisinin niteliği itibarıyla, uluslararası ceza yargısının ele aldığı işkence suçu, ancak soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçlarıyla

²⁰⁰ ÖNOK, Uluslararası, s. 273..

bağlantılı olarak ele alınabilmekte ve bu nedenle belirli bağlamlarda işlenebilmektedir. Diğer taraftan uluslararası insancıl hukukta işkence suçunun failinin herhangi bir kimse olabileceği yönündeki anlayış da, suç tipinin kapsamını genişleten önemli bir faktördür.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen bu hüküm ayrıca eski CMUK md. 135/a, yeni CMK md. 148'da ifade olunan yasak sorgu yöntemlerine başvurmanın da cezai yaptırımını teşkil etmektedir.²⁰¹ Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 94. maddesinde işkence yasağı şu şekilde düzenlenmiştir:

- (1) Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.
- (2) Suçun;
 - a) Çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı,
 - b) Avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla, İşlenmesi halinde, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.
- (3) Fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi halinde, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.
- (4) Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır.
- (5) Bu suçun ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz.”

“Madde 95 (Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış işkence) “

- (1) İşkence fiilleri, mağdurun;

²⁰¹ a.Sulhi DÖNMEZER, **Özel Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul 1984, s. 130.

b.Ayhan ÖNDER, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bası, İstanbul 1994, s. 221.

c.Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 2. Bası, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir 2003, s. 191

- 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 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 halinde, kırığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

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

Madde gerekçesine göre işkence suçu ile korunan değer, karma bir nitelik taşımaktadır.²⁰² 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 elemnin etkisiyle gerçek dışı bazı açıklama ve

²⁰² <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc>, son erişim tarihi: 07.07.2009.

kabullenmelerde bulunabilir. Bu nedenle belli bir suça ilişkin ikrar veya sair delil elde etmek için başvurulmuş işkence gerçeğinin ortaya çıkarılmasına ve adaletin gerçekleşmesine engel olucu bir etki de doğurabilir. Böylece işkencenin ayrı bir suç olarak ceza yaptırımına altına alınması, ceza muhakemesinin maddi gerçeğinin ortaya çıkarılmasına yönelik amacının gerçekleştirilmesine de hizmet eder.

B. Türk Ceza Hukuku'nda İşkencenin Tarihsel Süreçte Düzenlenişi

Türk Ceza Hukuku'nda tarihsel süreç içerisinde 1840 tarihli Kanun-ı Cezası ve 1851 tarihli Kanun-ı Cedid'de kişi dokunulmazlığı hakkı üzerinde durulmuştur. İşkence suçuna dair ilk özel düzenleme ise 1858 tarihli Ceza Kanunname-ı Hümayununun 103. maddesinde yer almıştır. 1875 tarihli Fermanı Adalet'te de eziyet yasağına yer verilmiştir.²⁰³ Yürürlükten kalkan eski Türk Ceza 243. maddesinde 1999 yılında esaslı bir değişiklik yapılmıştır. 4449 sayılı Kanunla, mağdur olabilecek kimseler kategorisi çoğaltılmış ve suçun manevi unsurunun içeriği genişletilmiş, suçun cezası da daha da artırılarak modern bir düzenleme getirilmiştir.²⁰⁴ Buna bağlı olarak, ETCK md. 243 ve 1984 tarihli BM Sözleşmesinin ilkeleri ışığında işkence suçunun tanımlanması şu şekilde yapılmıştır: Bir 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 bir nedenle kişi üzerinde uygulanan fiziki veya manevi nitelikte, şiddetli acı ve ıstırap veren her türlü harekettir.²⁰⁵

Eski Türk Ceza Kanunu değiştirmek ve bununla da kalmayarak yeni bir kanun yürürlüğe koymak amacıyla yapılan çalışmalar çerçevesinde çeşitli

²⁰³ GEMALMAZ, Ulusalüstü İnsan Hakları, s.37.

²⁰⁴ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, Ceza Özel, s. 475.

²⁰⁵ ÜZÜLMEZ, age, s. 9

yıllarda kanun tasarıları oluşturulmuş ve bu tasarılar da işkence suçuna yönelik farklı düzenleme tekliflerine yer verilmiştir. Eski Türk Ceza Kanunu'nda işkence suçu, sadece belirli şartlar çerçevesinde işlenebilmekteydi. Buna göre işkence suçu, devletin adli işlemler aracılığıyla ve adli görevliler vasıtasıyla kamu gücünü tek taraflı olarak kullanıp buna muhatap olan vatandaşın daha savunmasız olduğu durumlarda, bu işlemlerin niteliğine bağlı bazı amaçlara ulaşma adına ve sadece belirli kişilerce işlenebilen özgü bir suçtu. Diğer bir ifadeyle faili ve mağduru özgü olan ve ancak kanunda öngörülen özel amaçlar ve saiklerle işlenebilen bir suçtu.²⁰⁶

Hukuki manada işkence suçu, birey ile devlet arasında yaşanan ve devletin tek taraflı olarak baskın bir güce dayanarak hareket ettiği ilişkiyle bağlantılı bir suçtur. Bu nedenle uluslararası belgelerde işkenceyi önlemek amacıyla geliştirilen sistemler çoğu zaman devlet eliyle hürriyetinden yoksun bırakılmış ve bu suçun mağduru olabilecek kimseler üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Yeni yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu'nda ise işkence suçu özgü bir suçtur, sadece kamu görevlisi tarafından işlenebilecektir.²⁰⁷ Ama eski ceza kanunundan farklı olarak yeni Türk Ceza Kanununda hareketin özel bir saikle yapılması gerekmemektedir; herhangi bir kamu görevlisi herhangi bir sebep, amaç veya saikle bu suçun faili olabilecektir. Böylece işkenceye özelliğini veren ve bu suçun ancak belirli şartlar ve belirli amaçlar uğruna işlenebilmesini izah eden mantık da çürümüş olmaktadır. YTCK bakımından işkence ile karşılaştırılması gereken suç tipleri eziyet (md. 96), kasten yaralama suçu (md.86) ve zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın açılması suçu (md. 256) dur.

²⁰⁶ ÖNOK, Uluslararası, s. 280.

²⁰⁷ Hakan HAKERİ, "Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu", editör İlyas Doğan, **İşkencenin Önlenmesi Ve İstanbul Protokolü**, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2009 s.344.

C. Türk Ceza Kanunu'nda Eziyet Suçu

1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren YTCK'nın md. 96 hükmü eziyet suçunu düzenlemiştir. Hüküm 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 halinde, kişi hakkında üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

Eziyet suçuyla korunan hukuki yarar, insan onuru ile kişinin vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığı, bunun yanında bireyin maddi ve manevi bütünlüğüdür.²⁰⁸ Eziyet suçunun işkence suçundan farklı olan yanı suçun faili herhangi bir kimse olabilmektedir. Yani bu suç faili bakımından özgü bir suç değildir. Buna karşılık, kamu görevlisinin bu sıfatının gereği olarak işlediği ve mağdurun bedensel ve ruhsal yönden acı çekmesine ya da maddi ve manevi bütünlüğü itibariyle aşağılanmasına neden olan muamelelerin işkence suçu kapsamına alınması gerekecektir.²⁰⁹ İşkence suçu ile eziyet suçu arasındaki en temel ayırım bu noktadadır.²¹⁰

Eziyet suçunun mağduru olabilecek kimseler bakımından ise herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Ancak bu suçun belirli kişilere karşı, örneğin çocuk, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak

²⁰⁸ Doğan SOYASLAN, *Ceza Hukuk Özel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara 2005, s. 159.

²⁰⁹ Ersan ŞEN, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt I, İstanbul 2006, s. 342

²¹⁰ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, *Ceza Özel*, s. 8.

durumda bulunan kişi, gebe kadın, üstsoy veya altsoy, babalık veya analık veyahut eşe karşı işlenmesi durumunda bu suçun nitelikli halleri olarak ceza yaptırımında göz önünde bulundurulacaktır. Yeni Türk Ceza Kanunu'nun madde gerekçesine göre eziyet teşkil eden davranışlar bir anda değil, sistematik ve sürekli bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler. Zaten bu suçu yaralama suçundan ayıran temel nokta da sistematik bir biçimde işlenmesidir. Sade vatandaş açısından, YTCK md. 86'daki yaralama suçu ile eziyet suçunu ayırt eden unsur, davranışların gerçekleştirilmesindeki bu sistematik unsurdur.²¹¹ Vücut bütünlüğünü ve dokunulmazlığını ihlal eden hareketlerin ani bir biçimde gerçekleştirilmesi halinde ise yaralama suçundaki tipiklik unsuru ve suçun maddi unsuru gerçekleşmiş olacaktır.

D. Eziyet Suçunun Benzer Suçlardan Farkı

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 232. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen Aynı Konutta Yaşayanların Birbirine Kötü Muamelesi suç tipi ile aile içi şiddet hareketleri önlenmek istenmiştir. Avrupa Konseyi'nin çalışmalarına dayanarak aile içi kötü muameleler üçe ayrılabilir: fiziksel kötü muameleler, psişik kötü muameleler ve cinsel kötü muameleler. YTCK md. 232/1, her üç kategoriyi de kapsayabilecek nitelikte bir maddedir. YTCK md. 232/1'de düzenlenen bu suçun en temel amacı, aile içinde birlikte yaşayan kimselerin insan onurunu, şerefini ve özgürlüklerini korumaktır.²¹² Bu suçun sübut etmesi için fail ile mağdurun aynı konutta yaşayan kimseler olması gerekmektedir. Bu nedenle maddenin devreye girebilmesi için konut sayılan bir yerde yaşamın birlikte sürdürülmesi yeterlidir. Bu anlamda akrabalık ilişkisi gerekmez. Yaşamın birlikte sürdürülmesi için bir süre sınırı konulamazsa da, birlikte oturma iradesi mevcut olmalıdır; tesadüfi nitelikteki birliktelikler bu madde kapsamında değerlendirilmez.²¹³ YTCK md. 232/1'deki suçun manevi

²¹¹ SOYASLAN, Ceza Hukuk Özel Hükümler, s. 159.

²¹² SOYASLAN, Ceza Hukuk Özel Hükümler, s. 159.

²¹³ Süheyl DONAY, Mahmut KAŞIKÇI, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, İstanbul 2004, s. 301.

unsuru genel kasttan ibarettir.²¹⁴ Eziyet suçu ile YTCK md. 232/1'i ayırt etmek açısından, eziyet suçu bakımından sistematik olma ve süreklilik unsuru belirleyici husustur ve kastın bu unsurlara yönelmiş olması gerekmektedir. Diğer taraftan eziyet genel bir suç tipidir, YTCK md. 232/1 açısından ise fail ile mağdur arasında bulunması gereken ilişki kanunda açıkça belirlenmiştir. Ayrıca md. 232/1'deki suçun oluşması için yaralanma gibi bir neticenin hasıl olması gerekmez. Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçünün ötesinde bir vücut bütünlüğüne ihlale yönelik fiil vuku bulmuşsa, artık kasten yaralama suçundan dolayı cezaya hükmedilmesi gerekmektedir.

Bir başka suç tipi olan ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 232. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen Disiplin Yetkisinin Kötüye Kullanılması suçu ile korunmak istenen hukuki yararın başkasının idaresi altında bulunan veya bakıp gözetmek, büyütme, okutmak, korumak veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olunan kişinin hayatı, maddi ve manevi bütünlüğü olduğu söylene de,²¹⁵ YTCK sistematüğinde ailenin korunması ön plandadır.²¹⁶ Bununlar birlikte, suçun sadece aile bireyleri arasında işlenebilecek türden bir suç tipi olmadığı da belirtilmelidir.²¹⁷ YTCK md. 232/2'deki bu suçun maddi unsuru, disiplin yetkisinin kötüye kullanılmasıdır. Terbiye yetkisinin kullanılması amacıyla yapılan davranış ve muamelelerin mağdura maddi ya da manevi zarar vermesi ya da böyle bir tehlikeye yol açmasıyla bu suç tamamlanır.²¹⁸

Bu suçun manevi unsuru genel kasttan ibaret²¹⁹ olmakla birlikte, kişinin kullandığı eğitici ve aynı zamanda cezalandırıcı araç ile kişinin üzerinde disiplin yetkisinden doğan terbiye hakkını kullanmayı amaçlamış olması

²¹⁴ SOYASLAN, Ceza Hukuk Özel Hükümler, s. 159.

²¹⁵ SOYASLAN, Ceza Hukuk Özel Hükümler, s. 159.

²¹⁶ Çetin ARSLAN, Bahattin AZİZAĞAOĞLU, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara 2004, s. 964.

²¹⁷ ŞEN, age, s. 344.

²¹⁸ SOYASLAN, Ceza Hukuk Özel Hükümler, s. 159.

²¹⁹ Sahir ERMAN, Çetin ÖZEK, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, İstanbul 1994, s. 315.

gerekir. Fakat yapılan muamele kişiye maddi ya da manevi yönden acı vermek için gerçekleştirilmişse artık duruma göre yaralama ya da eziyet suçundan dolayı sorumlu tutmak gerekecektir.

E. İşkence Suçunun Benzer Suçlardan Farkı

Yeni Türk Ceza Kanunu açısından hem maddi ve manevi unsur, hem de mağdur açısından, kasten yaralama ile işkence suçu arasındaki farklılık ortadan kalkmıştır. Fail bakımından ise, her kamu görevlisi işkence suçunun faili olabilmektedir. YTCK md. 94'teki işkence suçunun manevi unsuru bakımından genel kastın yeterli görülmesinin uygulamadaki sakıncası, işkence ile yaralama suçunu birbirinden ayırmada hissedilecektir. YTCK bakımından her kamu görevlisi işkence suçunun faili olabileceği ve suçun manevi unsuru yönünden de özel kast aranmayacağı için, bu suçla "yaralama" suçunu ayırt etmek güçleşecektir. Yeni Türk Ceza Kanununun 256. maddesinde ise zor kullanma yetkisine haiz olan kamu görevlisinin, görevini yaptığı esnada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçüyü aşacak şekilde kuvvet kullanması halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır. Sonuçta, işkencenin sistematik olması bu suçun zorunlu bir unsuru olmadığından dolayı ve suçun belirleyici temel unsurları bakımından işkence ile kasten yaralama suçunu birbirinden ayıran hiçbir fark kalmadığından, bu suç tiplerinin bilimsel yönden birbirinden ayırmak büyük sıkıntılar yaşatacaktır. Söz konusu ayırım, uygulamada Yargıtay'ın yerleşik fiili kıstaslarıyla belirlenecektir.²²⁰ Öğretide bu ayırımın rahat yapılabilmesi bakımından kanunda olmasa bile, özel kastın aranması gerektiği de ileri sürülmektedir. Aksi takdirde, çok ağır vakalar dışında failerin işkence yerine yaralama suçu nedeniyle cezalandırılacak olmaları, işkence ile mücadelenin zayıflamasına yol açacaktır.²²¹

²²⁰ ÖNOK, Uluslararası, s.348.

²²¹ Hakan HAKERİ, Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, s. 364.

İşkence ile eziyet suç tipi karşılaştırıldığında, işkence suçunun maddi unsurunu oluşturan hususların sayıldığı, buna karşılık eziyet suçunda bu sayım yapılmaksızın, sadece “eziyet çekmeye yol açacak davranışlar” dan bahsedildiğini görmekteyiz. Bununla beraber eziyet suçuna ilişkin 96. maddenin gerekçesinde, maddi unsuru oluşturan hareketler olarak algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesi hali dışında işkence suçunun suç tipinde sayılmış olan hareketlerin belirlendiğini görmekteyiz. Bu farklılığın nedeni açık değildir ve haklı bir nedeni de görülmemektedir. Eziyette de belirlilik sağlamak bakımından, maddi unsuru oluşturan hareketlerin belirlenmesi gerekirdi. Algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesi ise eziyet olarak kabul edilmemiştir. Belirli bir ağırlığa ulaşmak ve insan onuruna saldırı niteliği taşımak kaydıyla algılama veya irade yeteneğini etkileyecek hareketler işkence suçunu oluşturabilecekse de, hiçbir zaman eziyet suçunu oluşturmayacaktır.²²² Ancak belirtmek gerekir ki, eziyet suçunun gerekçesinde eziyetin “kişinin psikolojisi ve ruh sağlığı üzerindeki tahrip edici etkilerinin olması”ndan bahsedilmektedir. Bu yönüyle de, eziyet suçunun da algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine yol açabileceği anlaşılmaktadır. Sonuç olarak, kanun metninde yer almayan ve gerekçede yapılan bu açıklamalar, hem suç tipi açısından belirlilik ilkesinin gereklerini karşılamamakta, hem de karışıklıklara yol açmaktadır. İki suç tipi arasındaki asıl fark, suçun faili noktasındadır. Eziyet suçu özgü bir suç değildir, herkes tarafından işlenebilir. Mağdur bakımından ise iki suç arasında fark yoktur. Manevi unsur açısından her iki suçta da kast aranmaktadır ve suçun oluşumu için belli bir saikin bulunması gerekmemektedir.²²³ Maddi unsurların da esas itibarıyla aynı olduğu kabul edildiğinde, iki madde arasındaki farkın suçun faili olduğu anlaşılmaktadır.²²⁴

²²² Hakan HAKERİ, Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu, s. 365.

²²³ Hakan HAKERİ, Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu, s. 365.

²²⁴ Hakan HAKERİ, Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu, s.367.

II. YTCK MD. 94 İLE KORUNAN HUKUKİ YARAR

YTCK ise işkence ve eziyet suçlarını, “Kişilere Karşı Suçlar” arasında, “hayata karşı suçlar” ile “vücut dokunulmazlığına karşı suçlar”dan sonra düzenlemekle kişi dokunulmazlığını esas almıştır.²²⁵ Özgü bir suç olarak failin kamu görevlisi olması öngörülme suretiyle devletin otoritesine ve işleyişine dair menfaatler de göz önünde bulundurulmuştur. Aynı zamanda madde gerekçesine göre, adliye de korunmaktadır. Sonuçta gerek eski gerekse yeni Türk Ceza Kanunu bakımından suç tipi düzenlenirken birden çok hukuki yarar korunmaktadır; ama öncelik sırası yeni ve eski kanunda farklılık arz etmektedir. Eski kanun döneminde ikincil olarak göz önünde bulundurulmuş kişi bütünlüğü, YTCK’da ilk planda ele alınmıştır.

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” kamu görevlisinin işkence suçunun faili olacağı belirtilmiştir. Bu suçun maddi unsuru oluşturabilecek seçimlik hareketlerin ortak noktası, bu hareketlerin insan onuruyla ve haysiyetiyle bağdaşmayan bir niteliğe haiz olmasıdır. Bir başka açıdan denebilir ki; işkence suçu ile Anayasamızın gerek başlangıç bölümünde ve gerekse 17. maddesinde temel bir değer olarak vurgulanan insan haysiyeti ve onuru cezai açıdan da koruma altına alınmış ve aykırılık ciddi bir biçimde yaptırıma bağlanmıştır.

Anayasa Mahkemesine göre insan onuru kavramı ile anlaşılması gereken husus, “...insanın ne durumda ve hangi şartlar altında olursa olsun, sadece insan olmasının gerektirdiği değer tanınmasını ve sayılmasını ifade etmektedir. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki ondan aşağı düşünce ve davranış biçimi ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkartmaktadır”. Türk Anayasası’nda insan onuru kavramı bir temel hak olarak açık bir şekilde

²²⁵ a. SOYASLAN, Ceza Hukuk Özel Hükümler, s. 151.

b. ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, Ceza Özel, s. 16.

koruma altına alınmış olmasının yanı sıra Anayasanın başlangıç bölümünde yer verilen “onurlu bir yaşam sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hakkı” ile Anayasa’nın 13. maddesinde 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 laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz” hükmü sayesinde, insan onurunun Türk anayasal hukuk düzeninde de öncelikli bir konuma sahip olduğu görülmektedir.²²⁶

Yeni Türk Ceza Kanununun sistematığına bakıldığında işkence suç tipi açısından öncelikli olarak korunan hukuki yarar kişi bütünlüğü ve vücut dokunulmazlığıdır. Eski kanununun 243. maddesinde ise bu suç tipi devlet idaresi aleyhinde işlenen cürümler başlığı altında düzenlenmiş olmakla birlikte, sonuçta kişilerin maddi ve manevi bütünlüğüne yapılan saldırılar da yaptırım altına alındığı için, kişi dokunulmazlığını ikincil olarak korunmaktaydı.²²⁷ İşkence suçunun maddi unsurunu teşkil eden fiil ve davranışlar çoğu zaman bireylerin maddi ve manevi bütünlüğüne karşı ağır saldırılar oluşturmaktadır. İşkence suçuyla korunmak istenen en temel hukuki yarar en başta An. md. 17 ile koruma altına alınan “kişinin dokunulmazlığı ile maddi ve manevi varlığı”dır. Bununla bağlantılı olarak Anayasadaki işkence yasağı da, 17. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Beden bütünlüğünün yaşam süreci içerisinde rahat etmesi, maddi ya da manevi bir acıya maruz bırakılmaması gerekir ki, başta yaşama hakkı olmak üzere diğer temel hakların tüm güvenceleriyle birlikte kullanılabilmesi mümkün olsun. Bu

²²⁶ a. Mustafa Ruhan ERDEM, **Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, Ankara 2001, s. 240.

b. Veli Özer ÖZBEK, **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı**, Cilt 1,2. Ankara 2005, s. 65.

²²⁷ a. NUHOĞLU, age, s. 554-555;

b. ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, **Ceza Özel**, s. 476.

suç ile korunan kişi bütünlüğü, onun sadece maddi varlığını değil, aynı zamanda manevi varlığını da kapsamına almaktadır.²²⁸

Yeni Türk Ceza Kanunu'nda işkence suçu kişilere karşı suçlar bölümünde düzenlenmiştir ve madde gerekçesine göre bu suç tipiyle adliye de korunmaktadır. İşkence suçu ile bazı kamu alanındaki hukuki yararların korunduğu doğrudur. Adli alandaki fonksiyonların kurallara ve adalete uygun bir biçimde yürütülmesi için bazı davranışlar ve fiiller kanunda suç olarak yaptırım altına alınmıştır. Bu düzenlemedeki amaç yargı faaliyetinin tarafsız, hızlı ve isabetli bir şekilde yerine getirilmesinde toplumun sahip olduğu menfaatleri korumaktır.²²⁹ Tanıklardan farklı olarak, sanıktan adalet mercileri ile işbirliği içerisinde bulunması, gerçeğin ortaya çıkarılmasında devlet makamlarına yardımcı olması ve kendi aleyhine yürütülen soruşturma ve kovuşturma faaliyetlerine aktif olarak katılması beklenemez.²³⁰ Bu nedenle, suç şüphesi altında bulunan kişinin soruşturma ve kovuşturma evreleri boyunca, işlediği iddia edilen suçla ilgili olarak olayı aydınlatmaya yönelik sorulara cevap vermeye veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaması esastır ve bu husus hem Anayasa'da hem de kanunda güvence altına alınmıştır. Buna aykırı olacak şekilde sanıktan zor kullanmak yöntemiyle alınacak ifade ve ikrarlar masumiyet karinesini de ihlal edecektir.²³¹ Buna mukabil suç şüphesi altında bulunan kişinin veya sanığın kimliğine ilişkin sorulan sorularda ise, susma hakkının bulunmadığı, pozitif hukukumuzda ve Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda vurgulanmıştır.²³² Özetle, masumiyet karinesinin koruma altına almış olduğu susma hakkı, devletin üst makam ve mercilerine karşı bireyin saygınlık, onur ve manevi dokunulmazlığını korumaktadır.

²²⁸ NUHOĞLU, age, s. 555.

²²⁹ Çetin ÖZEK, **Adliye Karşı Suçların Hukuki Konusu**, İÜFM, Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan, Cilt: LV, 1997/3 s. 26.

²³⁰ Ali Hakan EVİK, "Susma Hakkı", **Güncel Hukuk**, Sayı 12, Aralık 2004, s. 48.

²³¹ Sulhi DÖNMEZER, **Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler**, Prof. Dr. Nurullah KUNTER'e Armağan, İstanbul 1998, s. 69.

²³² ÖZTÜRK, ERDEM, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi**, s. 307.

İşkence suçunun özellikle adli soruşturma ve kovuşturma evresinde çeşitli amaçlarla, özellikle de bir kimseye suçunu söyletmek üzere işlendiği kabul edilecek olursa bu davranışın adliye ne denli zarar verebileceği ortaya çıkacaktır. İşkence yöntemiyle elde edilen deliller aracılığıyla adaletin hakkaniyete aykırı bir şekilde hedefinden sapması anlamına geleceğinden işkence, ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçeğe ulaşma amacına tamamen ters düşen sonuçlara yol açabilecektir. İşkence ile elde edilen deliller maddi gerçeği yansıtabilme, yargılamanın mevzuata uygun olarak yapılmasını ifade etmenin bir telaffuzu olan şekli adalet anlayışını ortadan kaldırmış olacağından, adalet yine de gereği gibi tecelli etmemiş olacaktır. Diğer taraftan, işkence yasağı ile devletin birtakım hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillere dayanarak yargılama sürecine olumsuz yönde etki etmesi önlenerek, Sözleşmeyle koruma altına alınan adil yargılama hakkı da korunmaktadır.²³³ Her şeyden önce işkence yasağı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenmiş ve koruma altına alınmış olan adil yargılama hakkının gereği gibi gerçekleşmesi açısından önemli bir fonksiyon teşkil etmektedir. Bilindiği gibi adil yargılama hakkı hukuk devleti anlayışının bölünmez ve tartışma götürmez bir parçası olup Avrupa ortak anayasal düzenin temel bir değeridir.²³⁴ Ulusal hukukta adil yargılama hakkının sanığa tanıdığı güvenceler arasında ise, susma hakkı ve kendini veya yakınlarının suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanmama hakkı bulunmaktadır. Bu sayede adliye yönelik bazı hukuki yararlar da korunma altına alınmaktadır.

İşkence suçunun yaptırım altına alındığı 94. maddede mağdurun algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine neden olan bazı davranışların da bu suçun maddi unsurunu oluşturabilecek nitelikte olduğu kabul edilirse, hile, aldatma, zorlama ya da iradeyi sakatlayan her türlü yöntemi kullanmak suretiyle yasak sorgu yöntemlerine başvurma yasağının bu suç ile yaptırım

²³³ a. DEMİRBAŞ, Türk Ceza Hukukunda İşkence, s. 29
b. NUHOĞLU, age, s. 551.

²³⁴ TEZCAN, ERDEM, SANCAKDAR, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında, s. 303.

altına alınmak ve böylece bir bakıma adil yargılanma ilkesinin de güvence altına alınmak istendiği görülmektedir.

İşkence suçu niteliği itibariyle özgü bir suçtur, faili ancak kamu görevlisi olabilmektedir. Belirtilen suç tipiyle korunmak istenen kamusal hukuki yararlarından biri de, kamu görevlilerinin yasaklanmış belirli davranışları gerçekleştirmesinin önüne geçmek, bu sayede de kamusal alandaki disiplini ve otoriteyi hem de idareye duyulan güveni koruyarak devletin ulvi çıkarlarını korumaktır. İşkence suçunun faili olabilecek kimseler sadece tahkike yetkili memur olmayıp herhangi bir kamu görevlisi de olabileceğinden, suçla koruma altına alınmak istenen kamu menfaatine yönelik değerlerin kapsamı genişlemiştir. İşkence suçunun uluslararası mevzuattaki yeri ve tarihsel gelişimi de, kamu idaresinin korunmasına öncelik veren eski Türk Ceza Kanunundaki anlayışı destekler niteliktedir.²³⁵ Netice itibariyle işkenceyi kamu görevlisi tarafından işlenebilen özgü bir suç olarak tanımlayan yeni Türk Ceza Kanunu'nun bu hüküm ile kamu idare ve otoritesini, bunun yanında devletin saygınlığını korumayı amaçladığı inkar edilemez bir gerçekliktir.

III. SUÇUN FAİL VE MAĞDURU

İşkence suçu, faili mahsus yani özgü bir suç niteliğindedir. Bilindiği üzere özgü suçlar, failinin ancak kanunda belirtilmiş olan belirli sıfat ya da niteliklere sahip kimselerin işleyebileceği ve ihlal edebileceği suçlardır.²³⁶ 94. maddenin 4. fıkrasında yer verilen “Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır” hükmüyle, cezalandırma açısından genel iştirak kurallarından farklı bir kural öngörülmüştür. Bu hüküm sebebiyle, aslında “fail” sıfatını taşıyamayacak olan şerikler, yani yardım eden sıfatıyla suça iştirak eden kişiler de kanunda öngörülen cezanın tümünden sorumlu tutulacaklardır.

²³⁵ NUHOĞLU, age, s. 535-536.

²³⁶ a.İzzet ÖZGENÇ, Cumhuriyet ŞAHİN, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2001, s. 95-96.
b.Hakan HAKERİ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Ankara 2005, s. 90.

Yeni Türk Ceza Kanununda memur kavramı yerine kamu görevlisi kavramı tercih edilmiştir. Bu kanununun 6. maddesine göre kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir şekilde sürekli veya geçici olarak katılan kişi ifadesinin anlaşılacağı belirtilmiştir. Madde gerekçesine göre kişinin kamu görevlisi sayılabilmesi için aranacak en temel ölçüt, gördüğü işin kamusal faaliyet alanında olması gerektiğidir. Bir bakıma memur kavramını da içeriğine alan kamu görevlisi terimi, memur kavramından daha geniş bir özellik arz etmektedir.²³⁷ Bu açıdan belirleyici unsur, işin bir kamusal faaliyet alanında olmasıdır, yani Anayasa ve kanunlarda belirtilmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yerine getirilmesidir.

Madde gerekçesine bakacak olursak, kamusal faaliyet; Anayasa ve kanunlarda düzenlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yerine getirilmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya herhangi bir maddi karşılık alıp almamalarının ve yürütülen bu faaliyetin sürekli, süreli veya geçici nitelikte olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Mesleklerinin icrası kapsamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususu tartışma götürmeyecektir. Aynı şekilde bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık gibi faaliyetlerin icrası sırasında da kişi kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler, özellikle bir suç vakasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay ve erleri de, kamu görevlisidirler. Fakat kamusal bir faaliyetin yürütülmesi amacıyla yapılan ihaleye katılan özel hukuk kişileri kamu görevlisi olarak telakki edilemez. Kanunun gerekçesinde idare hukuku alanındaki kamu hizmeti kavramının geniş anlamda ele alındığı; buna karşılık kamu görevlisi kavramının ise dar anlamda değerlendirildiği görülmektedir. İdare hukuku alanında geniş anlamda kamu görevlisi kavramı, kamu kesiminde özel hukuk rejimine tabi olarak görev yapanlar kişileri de

²³⁷ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, Ceza Özel, s. 484.

kapsar.²³⁸ Yeni ceza kanunu bakımından, kamusal faaliyeti yerine getiren kişinin devletle herhangi bir organik bağ içinde olması da aranmamaktadır. Halbuki, ister dar anlamda ister geniş anlamda ele alınsın, bir kimsenin kamu görevlisi olması için kamu kesimindeki bir örgüte bağlı olarak çalışması gerekir.²³⁹ Bundan çıkan sonuç ise; kamu görevlisi kavramının idare hukukundakinden farklı yönde değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Eski kanundaki düzenlemenin aksine, yeni kanunda failin herhangi bir kamu görevlisi tarafından işlenebilmesi mümkündür.²⁴⁰ Bu nedenle, eski kanunda sadece tahkike yetkili memurlar tarafından işlenebilmesi sebebiyle “özel memur suçu” olan işkence, artık her kamu görevlisi tarafından işlenebilen genel memur suçu haline gelmiştir. Kamu görevlisinin teşvikiyle suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda, azmettirme ya da yardım etme söz konusu olacaktır ve gerek kamu görevlisi gerekse özel kişi işkence suçundan dolayı cezalandırılacaktır. Yasada yer alan açık hüküm gereği özel kişi de kamu görevlisi gibi cezalandırılacaktır. Bununla beraber, kamu görevlisinin bu suçun faili olabilmesi için eylemi görevi nedeniyle işlemesi gerekir. İşlenen fiil ile görev arasında nedensel ilişki yoksa örneğin kamu görevlisi intikam için görevi sırasında bir kişiye acı çektirirse işkence suçunun faili olamaz. Böylece kamu görevlisi, görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak değil de, sıfatı kötüye kullanarak işkence niteliğindeki fiilleri gerçekleştirdiği takdirde, işkence suçundan değil, eziyet suçundan dolayı sorumlu tutulabilecektir.²⁴¹

Yeni ceza kanununa göre işkence suçunun mağduru herhangi bir kimse olabilmektedir. Buna karşılık, YTCK md. 94/2 gereği, belirli kimselerin mağdur olması durumunda cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli haller uygulanacaktır. İlgili maddeye göre işkence suçunun, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye, gebe kadına ya da görevi dolayısıyla avukata veya diğer kamu görevlisine karşı işlenmesi durumunda nitelikli hal uygulanacak ve cezada artırım yoluna gidilecektir.

²³⁸ Bahtiyar AKYILMAZ, **İdare Hukuku**, Konya 2003, s. 368.

²³⁹ Metin GÜNDAY, **İdare Hukuku**, 5. Baskı, Ankara, 2002, s. 503-504.

²⁴⁰ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, Ceza Özel, s. 18.

²⁴¹ Hakan HAKERİ, Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, s. 344.

Suçun mağdurunun birden fazla kişi olması halinde, diğer unsurlar da gerçekleşmişse, soykırım suçu söz konusu olabilir.²⁴²

IV. SUÇUN KANUNİ UNSURU

Suçun kanuni unsuru ise; bir davranış türünün ceza kanunlarında bir suç tipi olarak gösterilmiş olmasıdır. Şayet, işlenen bir davranış ceza kanunlarında daha önceden suç olarak tanımlanmış olan bir tanıma uygun düşerse de eylemin tipikliği oluşur²⁴³. İşkence suçu bakımından tipikliğin gerçekleşebilmesi için eylemi işleyen kimsenin bir kamu görevlisi olması ve bu tipik davranışı görevi sebebiyle işlemesi; bu davranışın insan onuruna aykırı olması ve mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine ya da aşağılanmasına yol açması gerekir. Ayrıca tipikliğin kapsamına manevi unsurları da alacak olursak, bu davranış kasıtlı olmalıdır.

V. SUÇUN MADDİ UNSURU

Suçun maddi unsuru kavramından anlaşılması gereken ise; ceza hukukunda hareket, netice ve hareketle netice arasında bulunması gereken neden-sonuç ilişkisini ifade eden nedensellik bağından oluşan bütündür²⁴⁴. Hem eski hem de yeni ceza kanunumuz açısından işkence suçu, seçimlik hareketli bir suç görünümündedir.²⁴⁵ Suç aynı zamanda sırf hareket suçudur. Hareketin yapılmasıyla netice de gerçekleşmektedir.²⁴⁶ Her iki kanunda da, madde metninde öngörülen birden fazla hareketin herhangi birisinin fiilen yapılması durumunda suç işlenmiş sayılmaktadır. Aynı zamanda her iki kanun bakımından işkence suçunun hem icrai hem de ihmali hareketle

²⁴² Hakan HAKERİ, Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, s. 346.

²⁴³ Timur DEMİRBAŞ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 186.

²⁴⁴ DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel. s. 188.

²⁴⁵ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, Ceza Özel, s. 21.

²⁴⁶ Hakan HAKERİ, Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, s. 346.

işlenebilmesi mümkündür. Yerinde bir düzenleme ise YTCK md. 94/5'te görülmektedir. Bu maddeye göre “Bu suçun ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek ceza da bu nedenle indirim yapılmaz” şeklinde düzenlenmiştir. Kasten öldürme ve yaralama suçlarının ihmali şeklinde indirim söz konusuysen bu suçun ihmali olarak işlenmesi durumunda indirim kanunda öngörülmemiştir. İşkenceyi doğrudan yapan failin belirlenemediği hallerde, en azından işkence failinin bulunduğu yerde ve anda görev yapan amirler ile ifade alma ile görevli ve durumdan haberdar olan memurların, doğrudan işkence yapmamış olsalar bile, garantör olmalarına rağmen işkenceyi engellememeleri nedeniyle cezalandırılmaları mümkün olabilecektir. Böylece bu hüküm, ispat yönünden bir kolaylık sağlayacaktır. Mağdur, örneğin bir karakolda, gözleri kapalı olarak kendisine işkence yapanları teşhis edemese bile, karakolda o anda ifade ile görevli olanlar ile karakol amiri, hareket olanağı hususu da göz önünde bulundurulmak kaydıyla, ihmallerinden ötürü sorumlu tutulabilecektir.²⁴⁷

Hem eski hem de yeni ceza kanunu bakımından işkence teşkil eden hareketler, bir kimseye maddi veya manevi yönden ağır şekilde acı ya da sıkıntı veren davranışlar,²⁴⁸ olarak nitelendirilmelidir. İşkence niteliğindeki fiillerin mutlaka beden bütünlüğüne etki yapan, maddi nitelikte zarar verici hareketler olması gerekmez, beden bütünlüğüne doğrudan veya dolaylı etki yapmamakla birlikte, akıl ve ruh sağlığını olumsuz yönde etkileyen hareketler de bu kapsamdadır.²⁴⁹ Bireyin kendisi dışında diğer yakınlarına yönelik hareketler ile maruz kaldığı manevi etki de, YTCK md. 94 anlamında işkence teşkil edebilir.²⁵⁰ Hatta kişi üzerinde doğrudan müdahalede bulunmaksızın, oluşturulan ortam vasıtasıyla dolaylı olarak da işkence suçu işlenebilir. Bu duruma aşırı sıcak veya soğuk ortamda tutmak örnek teşkil edebilir.²⁵¹

²⁴⁷ Hakan HAKERİ, Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, s. 349.

²⁴⁸ DEMİRBAŞ, Türk Ceza Hukukunda İşkence, s. 37.

²⁴⁹ ÜZÜLMEZ, age, s. 99.

²⁵⁰ ÜZÜLMEZ, age, s. 106.

²⁵¹ Hakan HAKERİ, Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, s. 347.

Yeni ceza kanununun 94. maddesindeki tanıma dayanarak, işkence suçunun maddi unsurunu oluşturmaya elverişli seçimlik hareketlerin ortak noktasının insan onuruyla bağdaşmayan bir nitelik arz ettiği görülmektedir. İnsan haysiyetinin dokunulmazlığı, insanın çeşitli amaçlar için bir araca çevrilmesini engeller.²⁵² İnsan onuruyla bağdaşmazlık işkence suçu bakımından belirleyici kriter olmaktadır. İnsan onuru, insanın ne durumda ve hangi koşullar altında olursa olsun, salt insan olmasının kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını ifade eder.²⁵³ Her somut olay bakımından insan onurunun ihlal edilip edilmediği, kişinin araç haline getirilme veya irade özerkliğine sahip çıkılıp çıkılmadığı gibi unsurlar dikkate alınarak araştırılabilir.²⁵⁴ İnsan onuruyla bağdaşmama, kanuni tanıma bir somut nitelik kazandırmamaktadır. İşkencenin maddi unsurunu oluşturmaya elverişli türden bir hareketin vuku bulup bulmadığını belirleyebilmek için hareketin objektif yapısının değerlendirilmesi gerekecektir. Hareket objektif olarak işkence olarak tanımlanabilecek bir davranış ise, insan onuruna aykırı olacaktır.

Kanunumuz işkence dışında zalimane veya gayri insani muamele gibi kavramlara yer vermemiştir. Böylece işkencenin daha ağır nitelikli, buna karşılık bu seviyeye varmayan hareketlerin ise işkence dışındaki zalimane vs. hareketler olacağı şeklinde bir ayırım yapmaksızın, doğrudan insan onuruyla bağdaşmayacak surette bedensel ve ruhsal dokunulmazlığı, bireyin algılama ve irade yeteneğini etkileyen her davranış işkence sayılmıştır.²⁵⁵

Mağdurun bedensel yönden acı çekmesine yol açmak ve beden bütünlüğünü önemsiz olmayan biçimde bozmaya yönelik her türlü hareket işkence suçu kapsamındadır. Mağdurun vücuduyla doğrudan temas edildiği durumlarda, özellikle vurma, darbe indirme gibi fiillerde bu koşul genellikle gerçekleşmiş olmaktadır. Bunun yanında, dış etkenler sebebiyle bedensel

²⁵² ŞAHİN, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 71.

²⁵³ Hakan HAKERİ, Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, s. 353.

²⁵⁴ ŞAHİN, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 71.

²⁵⁵ Hakan HAKERİ, Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, s. 353.

bütünlüğe verilen rahatsızlıklar da bu kapsamda görülebilir. Bedensel yönden acı çekilmesine yol açacak hareketin bizzat mağdura yaptırılması da bu suçun oluşumuna vücut verebilecektir. Yargıtay 5. Ceza Dairesi 18.01.1984 tarih, 3617/30 sayılı kararında kasten müessir fiil suçu yönünden, mağdurun ırzına geçilmek istenmesi üzerine saldırıdan kurtulmak için balkondan aşağı atlayarak yaralanmasının bu suçu oluşturduğunu belirtmiştir. İşkence açısından da, mağdurun kendine zarar verici hareketlere zorlanması durumunda varılacak sonuç aynıdır. Yani işkence suçundan bu duruma neden olan faili sorumlu tutmak gerekecektir.

Mağdurun ruhsal yönden acı çekmesine neden olmak ise, psikolojik şiddet kapsamında değerlendirilebilecek hareketleri ifade eder. Söz ya da fiili davranışlar aracılığıyla mağdurun psikolojisini doğrudan etkilemek suretiyle onun akıl ve ruh sağlığına olumsuz etki eden davranışlar söz konusudur. İşkence suçunu tanımlayan YTCK md. 94'teki düzenlemede, suçun maddi unsurunu oluşturabilecek seçimlik hareketlerden biri olarak mağdurun algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesi hususuna yer verilmiş olmasıdır. Kişinin korku, uyku bozukluğu gibi psikolojik durumunda ortaya çıkan her türlü olumsuz etkilenme, akli veya ruhsal yetilerde meydana gelen her türlü bozukluk hali bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bir başka deyişle mağdurun sinir sisteminde olumsuz değişikliğe yol açan her türlü davranış bu kapsamdadır.²⁵⁶ Bu konuyla ilgili olarak Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 2006/1809 Esas, 2006/8537 Karar sayılı, 24.11.2006 tarihinde vermiş olduğu kararında, YTCK md. 94 hükmü gereğince işkence yapma suçundan sanıklar Hacı Musa Deveci ve Mehmet Hatipoğlu'nun yapılan yargılamaları sonucunda beraatlerine dair İzmir 7. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 13.10.2004 gün ve 79 Esas, 363 Karar sayılı hükmün bozulmasına karar vermiştir. Somut olayda İzmir Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Psikiyatri Anabilim Dalı Başkanlığı'nın 04.08.2004 günlü yazısı içeriğinden, müşteki Neşe Bilgen'in 1996 ve 2001 yılları arasında dokuz kez "Majör Depresyon" tanısı ile

²⁵⁶ Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM, R. Murat ÖNOK, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 4. Baskı, Ankara 2006, s. 183.

muayene ve tedavi edildiği, tam olarak tıbbi şifa bulamamış, rahatsızlığının nüks etmiş olması nedeniyle de üç kez Manisa Ruh ve Sinir Hastalıkları Hastanesine sevk edildiğinin anlaşılması karşısında; Manisa Ruh Ve Sinir Hastalıkları Hastanesinden müştekiye ait tedavi kaydı olup olmadığı araştırılarak varsa kayıt ve raporların getirilip bundan sonra dava konusu dosyanın Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'na gönderilerek müştekide tanısı konulan “Majör Depresyon”a ilişkin bulguların kişide meydana getireceği rahatsızlıkların sonucu olarak beyanına olan itibar konusunda eksik incelemeden dolayı yerel mahkemenin kararı bozmayı gerektirmiştir.

Kanun metninde geçen algılama yeteneğinin etkilenmesi ifadesinden kasıt, mağdurun psikolojik ve sinirsel sisteminde meydana gelen olumsuz değişiklik sebebiyle bireyin dış dünyadaki verileri doğru bir şekilde algılayabilme yeteneğini kaybetmesidir. İrade yeteneği ise, insanın kendi davranışlarını yönlendirebilme kabiliyetidir.²⁵⁷ Bir başka ifadeyle, bir kimsenin özerk iradesiyle ne şekilde davranacağını belirleyebilme özgürlüğüdür. Kişinin olayları algılamasına ve bu algılama çerçevesinde tepkiler geliştirmesine engel olan; bireyin düşünme ve düşüncelerine göre hareket edebilme imkanını sınırlayan ve davranışlarına yön verme kabiliyetine son veren davranışlar,²⁵⁸ bu seçimlik hareket kapsamındadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre aşağılayıcı muamele, şahsı diğer kişiler karşısında küçük düşüren, rezil eden ya da şahsı iradesi ya da isteği dışında davranmaya zorlayan; kişide korku, acizlik ve değersizlik duygusu uyandırıp onurunu zedeleyen her türlü muameledir. Yani kişinin başkaları önünde küçük düşmesine veya kendi isteği ve özerk iradesine aykırı davranmasına yol açan davranışlardır.²⁵⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında olduğu gibi bireyin aşağılanmasına yol

²⁵⁷ ÖZGENÇ, ŞAHİN, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 238.

²⁵⁸ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, Ceza Özel, s. 22.

²⁵⁹ Naz ÇAVUŞOĞLU, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine**, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları Özel Dizi, Ankara 1994,s. 12.

açacak davranışlar, isteme yeteneğine aykırı, rızası dışında muamelelere tabi tutulması gibi nedenlere dayanmaktadır. Bu sayede kişinin aşağılanmasına ve manevi bütünlüğünün ihlaline yol açılmasına, kişinin iradesine aykırı, istem, fikir, düşünce ya da hislerini yok etmeye, değiştirmeye yönelik olan muamelelere tabi tutulmasına neden olmaktadır.

Eski ceza kanununun 243. maddesi uygulaması döneminde haysiyet kırıcı muameleyi tanımlayan Yargıtay'a göre bu hareketler, bir kimsenin namus, itibar, onur veya şöhretine saldırı niteliğindeki, kişiyi aşağılamak, değerinden ve niteliğinden daha aşağı seviyeye indirmek, hor görmek suretiyle manevi acı doğuran davranışlardır.²⁶⁰

Yeni Ceza Kanununun 94. maddesinde mağdurun insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine ve aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştirmekten bahsedilmiştir. Dikkat edilirse çekilen bedensel ya da ruhsal acının ağır olması şartı açıkça aranmamıştır. Strazburg organlarının yerleşmiş içtihadında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin üçüncü maddesine aykırılıktan bahsedebilmek için bunun asgari bir ağırlık düzeyine varması gerektiği istikrarlı olarak somut vakalara yönelik davalarda vurgulanmaktadır. İşkence suç tipinin en temel amacı en ağır türden bazı ihlalleri somut olarak nitelendirmek ve özel olarak cezalandırmaktır. Bu yüzden maddi veya manevi boyutta bir müdahalenin işkence olarak nitelendirilmeyi haklı kılan bir boyuta varıp varmadığı her somut olayda ayrıca araştırılmalıdır. YTCK bakımından da, işkence kavramına dahil edilmesi istenen bir davranışın da belirli bir boyuta ulaşmış olması aranmalıdır. Bu konuda önemli olan değerlendirilmesi yapılacak hareketlerin işkence suçunun maddi unsuruna vücut verecek tür ve ağırlıkta olup olmadığının soyut olarak takdir edilmesidir. Ceza hukuku bakımından hafif düzeyde kalan muameleler ve fiiller söz konusu ise, bu tür davranışlar

²⁶⁰ SOYASLAN, Ceza Hukuk Özel Hükümler, s. 633.

bu duruma neden olan ilgili kamu görevlisinin disipliner sorumluluğunu gerektirecektir.

Ağır acı veya ıstırap kıstasına karşı çıkan görüşe göre²⁶¹, işkencede esas alınması gereken ve ceza hukuku açısından da korunması gereken hukuki yarar kişi onuru ile manevi bütünlüğü ve bunun zedelenemezliğidir. Buna göre işkencenin kabul edilemezliğinin en önemli sebebi, bu vasıta ile sorgulanan mağdurun iradesinin kırılmak istenmesidir. Kişi iradesine, haysiyetine saygı gösteriliyor ve sanıklara susma hakkı tanınıyorsa, bu irade devlet gücünün kullanımıyla sınırlandırılmamalıdır²⁶². Diğer taraftan işkence suçu ile bireysel yararların korunduğunu savunan görüşe göreyse işkenceden söz edebilmek için onun belirli bir dereceye ulaşmış olması gerektiği kabul edilmektedir.²⁶³

Yeni Türk Ceza Kanunu açısından işkence suçunun mağduru herkes olabileceğinden, sanık ile devlet ekseninde susma hakkı ve irade özerkliğine dayandırılan bu kıstas birçok somut olay bakımından uygulama alanı bulmayacaktır. Ayrıca işkence suç tipini sadece adliyeye yönelik faaliyetlerle ilişkilendirmek, susma hakkı gibi unsurları temel dayanak yapacak şekilde gerekçe göstermek mümkün değildir. Aslolan davranışın objektif yapısıdır. Bundan dolayı objektif olarak belirli bir ağırlığa haiz hareketlerin mağdurun dayanma gücünün yüksek olması gibi nedenlerle ağır bir neticeye yol açmamış olması, hiç bir fiziksel etki bırakmaması suçun oluşmadığı anlamına gelmez²⁶⁴. Aksi halde, yargı organlarımızın taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelere aykırı bir uygulama yarattıkları anlamına gelecektir.

Sonuç olarak ağırlık kıstasının uygulanması yargıcın takdirine kalmış olan bir husustur. Davranışın objektif yapısını değerlendirecek olan hakim, mağdurun yaşı, sağlık durumu, cinsiyeti gibi subjektif unsurları da yardımcı

²⁶¹ ÜZÜLMEZ, age, s. 112.

²⁶² ÜZÜLMEZ, age, s. 112.

²⁶³ NUHOĞLU, age, s. 555.

²⁶⁴ DEMİRBAŞ, 2003 Türk Ceza Kanunu Tasarısının, s. 351.

kıstas olarak ele alacaktır. Yargılama konusu davranışın maddi unsurunu teşkil eden hareketlerin cezai yaptırımını teşkil eden suç tiplerine göre değerlendirilmesi cezalandırmadaki amacı sağlıyorsa, söz konusu yaptırım uygulanmalıdır. Fakat davranışın ağırlığı, insan onuruna yönelik saldırının özel olarak dikkate alınmasını ve incelenmesini gerekli kılıyorsa, o zaman YTCK md. 94 çerçevesinde hüküm kurulması gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ışığında işkence, insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele arasında ağırlık ve yoğunluk farkı vardır; bunlardan en ağır ihlal türü işkence, en hafif ihlal türü ise küçük düşürücü muameledir. Yeni ceza kanunumuzda işkence suçu kapsamında mağdurun aşağılanmasına yol açacak davranışlar da sayılmış olduğuna göre, işkence ile aşağılayıcı muamele arasında kalan zalimane muamele kategorisi de madde kapsamında değerlendirilmelidir.

Türkiye'nin tarafı olduğu ve Anayasa'nın 90. maddesi gereği, ulusal mevzuatımıza nazaran öncelikle uygulanması gereken bir bağlayıcılığa haiz olan 1984 tarihli BM Sözleşmesi'ne göre, işkence ile diğer zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da ceza teşkil eden davranışlar birbirinden farklıdır. Söz konusu Sözleşmeye göre, işkence derecesine varmayan davranışlar, zalimane veya insanlık dışı ya da haysiyet kırıcı sayılabilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de içtihatlarında bu farklı davranışlar arasındaki ağırlık ve nicelik farkını vurgulamıştır.

İhlale yol açabilecek nitelikteki bir davranış ister mağdurun bedensel ya da ruhsal yönden acı çekmesine, ister algılama veya irade özerkliğinin etkilenmesine, isterse aşağılanmasına yol açan bir davranış olsun, bu ihlalin işkence suç tipi kapsamında değerlendirilebilmesi için belirli bir ağırlık düzeyine ulaşması, davranışın haksızlık içeriğinin işkence suç tipi içerisinde değerlendirilmeyi haklı kılıyor olması gerekir. İhlalin ağırlık düzeyiyle ilgili olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 15.10.2002 tarihli, 2002/8-191 Esas, 2002/362 Karar sayılı hükmünde Yerel Mahkemenin direnme kararı isabetli

bulunmamaktadır.²⁶⁵ İnceleme konusu somut olayda 21.05.1997 günü saat 24.00 sıralarında Asayiş Şube Müdürlüğüne, Devlet hastanesi önündeki telefon kulübelerinden telefon edilmiş ve isimleri Abdulvahap ile Recai olan şahısların oto hırsızları oldukları, oto çalmak için şehre geldikleri, yanlarında beyaz gömleli bir kişinin daha bulunduğu telefonla ihbar edilmiştir. Bunun üzerine, Mersin İli'ne nohut satmak için gelen katılanlar Abdulvahap ve Recai, saat 00.40 civarında şüpheli olarak yakalanarak, Asayiş şubesi hırsızlık büro amirliğine götürülmüşlerdir. Başkomiser sanık Soner'in gözetiminde yapılan sorgulamada her iki katılana sinkafı küfürler ve hakaretler edilerek, araba hırsızlığı şüphelisi olarak getirildikleri belirtilerek, gösterdikleri sürücü belgesindeki şahsı tanıyıp tanımadıkları sorulmuş, tanımadıkları yanıtı üzerine de; her iki katılan nezarethaneye alınıp, çırıl çıplak soyulduktan sonra, ranza üzerine yatırılarak, elleri ve ayakları sağlam bir şekilde bağlanıp, elektrik verilmiş, ısrarla suç ortakları olduklarını belirttikleri üçüncü kişinin adresi ve kimliği sorulmuş, tanımadıkları yanıtları üzerine elektrik verilmeye devam edilip, testisleri sıkılmıştır. Daha sonra her iki katılan 10 dakika kadar hareket ettirilip, elleri ve yüzleri yıkandıktan sonra bir hücreye kapatılmış, 2 saat kadar hücrede kalan katılanlar hücreden çıkarılarak izlerin yok edilmesi için yaralarına merhem sürülmüş, 22.05.1997 günlü C. Savcılığı'ndan iki gün gözetim izni istenip, 1 gün gözetim izni verilmesi üzerine her iki katılanın ifade sahibi sıfatıyla 23.05.1997 tarihinde beyanları saptanarak, adli tabibe sevk edilmişler, muayene için doktora götürülürken görevli polis memurları tarafından tehdit edilmişler ve muayene esnasında katılanların yanlarında bulunmuşlardır. Görevli doktor herhangi bir muayene yapmadan, katılanların beyanına dayanıp darp ve cebir izine rastlanılmadığına ilişkin 23.05.1997 tarihli raporu düzenlemiş, aynı gün serbest bırakılmışlardır. Serbest bırakılmaları üzerine C. Savcılığına ihbarda bulunarak, doktora sevkini istemişler, yapılan muayeneleri sonucu düzenlenen raporda, Recai'nin vücudunda; ingunial bölgede solda scrotum cilt birleşme bölgesinde 1x1 cm.lik rengi koyulaşmış, ciltten kabarık, zemini

²⁶⁵ Mk:@MSITStore:\Anapc\kazanci\ibb\contests.chm::cgk-2002-8-191.htm son erişim:08.07.2009

kırmızı cilt lezyonunun, diğer katılanın ise, her iki scapula üzerinde, her iki hemitoraksta lactoral özellikli muhtelif ebatlarda kızarıklıklar, alt dudak sağ köşede 2 cm çapında morluk, sağ gözde 0,5 cm.lik ekimoz bulunduğu saptanarak, mevcut lezyonların her iki katılanın iş ve gücüne engel olmayacağı belirtilmiş, katılanlar yargılama aşamasında başkomiser Soner ve polis memuru İbrahim'i kendilerine işkence yapan kişiler olarak teşhis etmişler, gönderilen görev yazılarında da sanık polisler ile doktorun suç tarihinde görevli oldukları anlaşılmıştır. Bu bilgi ve belgeler ışığında somut olay değerlendirildiğinde sanıkların bir ihbar üzerine gözaltına aldıkları her iki katılana suçlarını söyletmek amacıyla çırıl çıplak soyup, elektrik verip, testislerini sıkıp etkili eylemde buldukları ve hakaret ettikleri konusunda kuşku mevcut değildir. Demokratik bir hukuk devletinde, delil elde etme, soruşturmanın temel amacı ve kolluğun görevi olmakla birlikte, bu amaç ve görev insan hakları ihlallerini meşrulaştırıcı ve hukuka aykırı davranmanın bir mazereti olamaz. Her iki sanık hukuka aykırı bir şekilde itiraf ve kanıt elde etmek için katılanlara işkence etmişlerdir. Sanıklara isnat edilen eylemler mağdur adedince TCY'nin 243/1 maddesindeki suçu oluşturmakta olup, maddedeki sanık sıfatını dar yorumlayıp, yapılan insanlık dışı uygulamaları, basit bir eylem olarak kabul edip, TCY'nin 245/1 maddesi kapsamında değerlendiren Yerel Mahkemenin direnme kararının bozulmasına karar verilmiştir.²⁶⁶

Bireyin manevi yönden bütünlüğüne, yani ruhsal dokunulmazlığına, haysiyet ve onuruna yapılan müdahalenin de belirli bir ağırlık boyutuna ulaşmış olması gerekmektedir. İşkence suçunu düzenleyen madde gerekçesine göre işkence teşkil eden fiiller gerçekte kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyan fiillerdir. Bu suçun oluşumunda söz konusu fiiller ani olarak değil, sistematik bir biçimde, belli bir süreç içinde gerçekleşmektedirler. İşkencenin en önemli özelliği, kişinin psikolojisi, manevi bütünlüğü, ruh sağlığı, algılama ve irade kabiliyeti üzerinde tahrip edici

²⁶⁶ Mk:@MSITStore:\\Anapc\\kazanci\\ibb\\contests.chm:./cgk-2002-8-191.htm son erişim:08.07.2009.

etkilerinin olmasıdır. Niteliği gereği bazı hareketler tekrarlanmasa bile, sistematik bir uygulama özelliği taşırlar.²⁶⁷ Aynı zamanda, aynı nitelik arz eden hareketlerin tekrarlanması da zorunlu değildir. Birbirinden farklı olan hareketler kendi içinde sistematik bir bütünlük oluşturuyorsa yine işkencenin varlığı kabul edilecektir.²⁶⁸ Asıl özellik arz eden durum, davranışın objektif yapısı değerlendirilip şayet işkence olarak nitelendirilmeyi gerektirecek bir ağırlık düzeyinde olup olmadığını belirlemektir. Yoksa sistematik olma unsuru, davranışı işkence olarak nitelendirmede göz önünde bulundurulması gereken önemli bir vasıta olmakla birlikte, suç tipinin vazgeçilemez ve tek belirleyici kriteri de değildir. Aynı şekilde davranışın sürekliliği de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre suçun tespitinde dikkate alınması gereken çok sayıda kriterden sadece biridir.

VII. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Yeni ceza kanununun 24 ve devamı maddelerinde, hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu etkileyen haller, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler başlığı altında ele alınmıştır.²⁶⁹ İşkence suçu açısından herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı düşünülemez.²⁷⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin üçüncü maddesinin sınırlanamayacağı sözleşmenin 15. maddesinde vurgulanmıştır. Ulusal bir tehdit ve tehlike halinde dahi işkence yasağı sınırlanamaz. Anayasamızın 17. maddesi de işkenceyi yasaklamakla birlikte istisnasına da yer vermemiştir.

İşkenceye veya benzeri muameleye tabi olmama, her insan için dokunulmaz ve mutlak bir haktır. Hakkın var olması ve kullanılabilmesi için herhangi bir önkoşula gerek olmadığı gibi, bu hakkın herhangi bir istisnası da yoktur. Olağanüstü durumlarda bile ortadan kaldırılamaz. İşkence suçu

²⁶⁷ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, Ceza Özel, s. 21.

²⁶⁸ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, Ceza Özel, s. 20-21.

²⁶⁹ ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu, s. 250-251.

²⁷⁰ NUHOĞLU, age, s. 575.

bakımından hiçbir hukuka uygunluk sebebi bulunmamaktadır.²⁷¹ Devletin içinde bulunduğu ve ihlale yol açan koşullar gereği ya da mağdurun kışkırtıcı hareketleri hiçbir şekilde işkenceyi haklı gösteremez. İşkence nitelikli bir davranışın gerçekleştirilmesini öngören bir kanun hükmü mevcut olmadığı gibi, Anayasanın 17. maddesi çerçevesinde böyle bir hükmün mevzuata yerleştirilmesi de mümkün değildir. Şimdi hukuka uygunluk nedenlerini işkence yasağı açısından tek tek irdeleyelim:

A. Görevin İfası

Yakalama, kişi özgürlüğünü kısıtlayan bir koruma tedbiridir ve bu tedbirin uygulanmasında diğer koruma tedbirleri için ortak bir özellik olan “orantılılık” ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır. Kişinin özgürlüğünün kısıtlanması bakımından elde edilmesi umulan yarar ile koruma tedbirinin uygulanması ile kişiye verilen zarar arasında uygun bir orantı bulunmalıdır.²⁷² Bu temel ilke, yakalama sırasında başvurulacak diğer tedbirler açısından da geçerlidir. Bu orantı her somut olayda ayrıca gözetilmelidir. Yakalama, kişinin hareket özgürlüğünden yoksun bırakılıp denetim altına alınmasıyla gerçekleşir.²⁷³ Yakalama işlemi sırasında, özgürlük herhangi bir şekilde kısıtlanabilir. Bu esnada, ilgili mevzuat gereğince polisin zor ve silah kullanma yetkisi de bulunmaktadır. Yakalama işleminde amacı aşacak şekilde gerekli olanın ötesinde zor kullanılması kabul edilemez.

Ulusal hukukumuzda astın sorumsuzluğu bazı durumlarda söz konusu olsa da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları doğrultusunda, işkence suçu bakımından yetkili merciin emrini yerine getirmek cezai sorumluluğu ortadan kaldırmayacaktır. Bu durumun istisnaları, ceza hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde kusursuz yanılma ya da cebirdir. Fakat işkence suçu

²⁷¹ Hakan HAKERİ, Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu, s. 358.

²⁷² YENİSEY, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 102.

²⁷³ Nur CENTEL, **Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Tutuklama ve Yakalama**, İstanbul 1992, s. 189.

bakımından yanılmadan bahsetmek pek mümkün değildir. Cebir açısından ise, ancak ast konumundaki failin iradesini etkisiz kılarak onu araç konumuna getiren bir durumun varlığı halinde kusurluluğun ortadan kalktığı kabul edilebilecektir. Maddi veya manevi cebir durumunda fail, cebri kullananın iradesine tabi kılınıp, kendi iradesini bitirerek, cebri kullananın talimatı doğrultusunda davranmaya mecbur kılınmıştır.

B. Meşru Savunma Hali

Meşru savunma, bir kişinin kendisini ya da üçüncü bir kişiyi haksız bir saldırıdan korumak amacıyla saldırgana karşı gerçekleştirdiği zorunlu ve oranlı savunma hareketidir.²⁷⁴ Yeni ceza kanununun 25. maddesinde düzenlenen meşru savunma halinin, yapısı itibariyle işkence niteliğindeki bir davranışın uygulanmasını hukuka uygun hale getirebileceği kabul edilemez. Bu anlamda işkence meşru bir savunma aracı olamayacaktır. Bireyin en temel hakkı olan ve insan onuruna zarar veren bir davranışın meşru savunma çerçevesinde koruma altına alınması düşünülemez. Diğer bir ifadeyle ikincil derecede bir hakkı korumak için, birincil derecede bir haktan vazgeçilemeyecektir.

C. Zorunluluk Hali

Yeni ceza kanununun 25. maddesinin 2. fıkrasına 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”. Zorunluluk halini gerekçe

²⁷⁴ DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel, s. 257.

göstererek işkenceyi yasal hale getirmek mümkün değildir. Bununla birlikte işkence düzeyine varmayan kötü muameleler için de aynı durum söz konusudur. Zorunluluk halinin oluşması için koruma hareketi ile tehlike arasında oran olması yani korunmak istenen değer, feda edilen değere en az eşit olması gerekmektedir.²⁷⁵

İnsan onuru, devlet öncesi ve pozitif bir haktır, bu niteliğiyle de Anayasa koyucuyu bile bağlamaktadır. Kanunlarda ve hatta anayasalarla bile ihlal edilmesi mümkün olmayan bir hukuksal değerdir. İnsan onuru, devletin yasallığını belirleyen bir ölçüttür ve kendisini hukuk devleti olarak kabul eden bir devlet, tüm faaliyetlerinde insan onuruna saygı göstermek ve bu üstün değeri korumakla yükümlüdür.²⁷⁶ Bu açıdan insan onuru, kamusal amaçlar için insanın basit bir obje haline düşürülemeyeceği bir özgürlük alanının kişi lehine teminat altına alınmasıyla korunmuş olur.²⁷⁷

D. Hakkın Kullanılması Hali

Yeni Türk Ceza kanununun 26. maddesine göre hakkını kullanan kimseye ceza verilmez. İşkence suçu açısından ise hakkın icrası söz konusu değildir. Çünkü işkence yapmayı bir hak olarak tanıyan yasal bir düzenleme yoktur. İşkence suçunu düzenleyen YTCK md. 94'e göre kişinin rızası hukuka uygunluk sebebinin uygulanmasını sağlamaz. YTCK md. 26/2'deki açık hükme göre, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez. Hukuk düzenimiz kişiyi sadece üçüncü kişileri karşı değil, aynı zamanda kendisine karşıda korumaktadır. Nitekim YTCK md. 94 ile bir hukuki yarar devlet idaresinin güvenilirliğini korumaya yönelik

²⁷⁵ Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, A. Caner YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Bası, Ankara 2006, s. 670-671.

²⁷⁶ ŞİMŞEK, age, s. 47.

²⁷⁷ ŞİMŞEK, age, s. 105.

olduğundan, mağdurun bu yönde göstereceği rıza hukuka uygun olmayacaktır.

VIII. SUÇUN MANEVİ UNSURU

İşkence suçu YTCK bakımından²⁷⁸ genel kastla işlenebilmektedir. Kast anlam olarak, failin yaptığı hareketi ve bundan doğacak neticeleri bilip istemesi olduğuna göre, işkence suçunda genel kastın kapsamı da, failin, yaptığı hareketin insan onuruyla bağdaşmaz nitelikte olduğunu bilmesi ve bu hareketin, mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine ya da algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine ya da aşağılanmasına yol açacağını bilmesi ve bu hususu istemesidir. Bu suçun oluşumu için olası kast da yeterlidir; yani failin, mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesi ya da algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesi ya da aşağılanmasının mümkün olduğunu öngörmesine rağmen, olası neticeyi göz önüne alarak hareketini gerçekleştirmesi yeterlidir. Bu durumda suçun müeyyidesi olarak uygulanacak cezada indirimde gidilecektir.

Eski ceza kanunumuz bakımından işkence suçunun varlığı için özel kast aranmaktaydı. Bu nedenle suçun oluşabilmesi için genel kastın yanı sıra başkaca manevi unsurların gerçekleşmesi de aranmaktaydı.²⁷⁹ 4449 sayılı kanunla 1999 yılında yapılan değişikliğe kadar, özel kastı oluşturan saik yalnızca mağdura cürümlerini söyletmek olabilirken, söz konusu kanunla yapılan değişiklikle, failin “suçunu söyletmek”, “olayları bildirmesini engellemek”, “şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek”, “şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle” veya “diğer herhangi bir sebeple”, ibaresine yer verilmek suretiyle, sanığın herhangi bir saikle hareket etmesinin suçu oluşturacağı öngörülmüştür. Bir soruşturma kapsamında veya

²⁷⁸ SOYASLAN, Ceza Hukuk Özel Hükümler, s. 153.

²⁷⁹ İlhan Üzülmez, “765 Sayılı Eski Türk Ceza Kanununda İşkence Ve Benzeri Kötü Muamelelerde Bulunma Suçu”, editör İlyas Doğan, **İşkencenin Önlenmesi Ve İstanbul Protokolü**, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2009, s.336.

korkutmak, cezalandırmak, ayrımcılık yapmak gibi saiklerle de bu suç işlenebilir. Örneğin devlet okulu müdürünün kış boyunca her hafta çocukları soğukta ve ayakta bekletmesi durumunda sistematik olan ve görev nedeniyle gerçekleştirilen ve çocukların acı çekmesine neden olan bu eylem işkence suçunu oluşturabilecektir. Halbuki klasik işkence suçunda, failin adli işleme bağlı amacını gerçekleştirmek amacıyla hareket etmesi aranmaktaydı.²⁸⁰ Fail esasen işkence yapmak suretiyle mağduru öldürmek istemiş veya en azından ölümünü göze almışsa, kasten öldürme suçu söz konusu olur.²⁸¹

VI. İŞKENCE SUÇUNUN DELİL YASAKLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bir hukuk devletinin en önemli sorumluluklarından biri, suçlulukla mücadele etmektir. Toplum halinde yaşamanın vazgeçilmez unsuru olan güvenliği ve sosyal düzeni gerçekleştirememiş olan devlete, hukuk devleti denmez.²⁸² Suçlulukla mücadelede devletin başvurabileceği yöntemlerin sınırını gösteren en önemli dayanaklardan birisi delil yasaklarıdır. 1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren 5271 sayılı "Ceza Muhakemesi Kanunu"nda, ifade alma işlemi sırasında sanığın özgür iradesini ortadan kaldırmaya veya azaltmaya yönelik yasak ifade alma ve sorgu usulleri örnekleyici kabilden sayılmıştır. Hukuk devletinin gereklerine uygun bir ceza muhakemesinde delil elde edilmesi ve değerlendirilmesi işlemlerine getirilen sınırlamalara delil yasakları denmektedir.²⁸³ Ceza muhakemesinde ispat faaliyetini yerine getirmek için kullanılacak araçların hukuka uygun yoldan, delil yasaklarını ihlal edilmeksizin elde edilmiş olması gerekir.²⁸⁴ Ceza Muhakemesi Kanununun 148. maddesinde yer verilen şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır kuralı, anayasal koruma altına alınmış hukuk devleti,

²⁸⁰ Hakan HAKERİ, Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, s. 355.

²⁸¹ Hakan HAKERİ, Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, s.358.

²⁸² ÖZTÜRK, ERDEM, Uygulamalı Ceza Muhakemesi, s. 155 vd.

²⁸³ Bahri ÖZTÜRK, "CMUK Reformu ve Delil Yasakları", **SÜHFD**, Cilt: 4, Sayı: 1-2, 1994, s. 39.

²⁸⁴ ÖZTÜRK, ERDEM, Uygulamalı Ceza Muhakemesi, s. 436-437.

insan haysiyetinin dokunulmazlığı, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, masumiyet karinesi ve hiç kimsenin kendini veya yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamayacağı ilkelerinin bir tezahürünü teşkil etmektedir.²⁸⁵ Delil yasaklarının ve yasak ifade alma, sorgu yöntemlerinin kanunda düzenlenmesinin amacı, ceza muhakemesinde mutlak bir değer olan insan onurunu korumaktır.²⁸⁶

A.YASAK İFADE ALMA VE SORGU USULLERİ

Yasak ifade alma ve sorgu yöntemleriyle korunmak istenen hukuki yarar, sanığın iradi olarak karar verebilme ve davranabilme özgürlüğüdür.²⁸⁷ Sanığın savunma hakkı bu şekilde korunarak ceza muhakemesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ilgili maddesinde koruma altına alınmış ve benimsenmiş olan adil yargılanma ilkesinin gerçekleşebilmesi sağlanmaktadır. Yasak sorgu ve ifade alma yöntemleri, kişiye hem bedensel hem de ruhsal yönden zarar vererek, iradesini zayıflatan, onu söylemek istemediği şeyleri söylemeye zorlayan yöntemlerdir.²⁸⁸ Sanık konuşup konuşmama ve hangi açıklamaları yapacağına serbestçe oluşan iradesi çerçevesinde karar vermelidir.

Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 148. maddesinde yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile alınmış olsa da delil olarak değerlendirilemez hususu hüküm altına alınmıştır. Şüpheli ya da sanığın hukuka aykırı bir şekilde ifadesi alınmış veya sorgusu yapılmış ise, bu şekilde alınan ifade ve sorgu yoluyla elde edilen deliller kullanılamayacaktır. Çünkü CMK m. 148'de yasak mutlak bir biçimde hüküm altına alınmıştır. Ulusal mevzuatta yer alan bu

²⁸⁵ ŞAHİN, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 169-170.

²⁸⁶ ŞAHİN, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 174-175.

²⁸⁷ Cumhuriyet ŞAHİN, Sorgu Müessesesine İlişkin Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Değişikliklerinin Genel Bir Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Halil CİN'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995, s. 91.

²⁸⁸ SOKOLLU, R. Füsün AKINCI, **Polis-Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi-Polis Alt Kültürü ve İnsan Hakları**, İstanbul 1986, s.162.

düzenlemelerle 1984 tarihli BM Sözleşmesi ile üstlendiğimiz yükümlülükler yerine getirilmiş olmaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 170. maddesinde iddianamenin sonuç kısmında, şüphelinin sadece aleyhine olan hususlar değil, lehine olan hususlar da ileri sürülür şeklinde hüküm yer almaktadır. Şüphelinin aleyhine kullanılacak bir delilin hukuka aykırı şekilde elde edilmiş olması, şüphelinin lehine olduğundan, bu durumun iddianamede yer alması gerekmektedir. Bu yöndeki delillerin gösterilmemesi, iddianamenin iadesi sebebini teşkil etmektedir.²⁸⁹

İfade alma ve sorguda yasak usuller konusunda 5271 sayılı kanundaki düzenleme şu şekildedir:

- “(1) Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılmaz.
- (2) Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez.
- (3) Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez.
- (4) Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hakim 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”.

Sonuç olarak hem eski hem de yeni ceza muhakemesi kanunumuzda sanığın beyanının özgür iradesine dayanacağı kuralı konmakta, bu kurala aykırılık halinde ise, özgür iradeye dayanmayan beyanın hiçbir surette ceza

²⁸⁹ ÖZTÜRK, ERDEM, Uygulamalı Ceza Muhakemesi, s. 445, 448.

muhakemesinde delil aracı olarak kullanılamayacağı belirtilmektedir.²⁹⁰ Yasak ifade alma ve sorgu yöntemleri ifade veren kişiyi, hem bedensel hem de psikolojik açıdan etkileyip, iradesini zayıflatan veya ortadan kaldıran yöntemlerdir ve bu şekilde elde edilen beyanların kullanılmasına izin verilmez.

1. Kötü Davranma

Kötü davranma, bedensel cebir ve işkence dışında kalan her türlü hukuk dışı muameledir.²⁹¹ Diğer bir ifadeyle, ifade alanın ifade sırasında sanığın veya şüphelinin özgür iradesi ile ifade vermesini önleyici nitelikte, vücut dokunulmazlığına ve beden bütünlüğüne yönelik her türlü saldırıyı kapsayan doğrudan veya dolaylı fiziki muameledir. Her kötü davranma işkence değildir. Çünkü işkence nicelik itibarıyla daha yoğundur.²⁹² Bu konuya örnek olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 22.03.1976 tarihli, 1976/8-100 Esas, 1976/133 Karar sayılı hükmünü ele alabiliriz. Somut olayda sanık polis memurunun, hırsızlık suçunun sanıkları müdahil ve arkadaşlarını karakola celbederek çırılçıplak soyduktan sonra üzerine de soğuk su döküp copla dövdüğü ve vücutlarının muhtelif yerlerini yanan sigara ile yakıp dağıldığı, müdahil ve arkadaşlarının açıklamaları, tanık R. İşgöre'nin davanın tüm aşamalarındaki sanığı suçlar nitelikteki tanıklığı, müdahil ve arkadaşlarının dövülmek ve vücutları sigarayla yakılmak suretiyle müessir fiile maruz kalmış oldukları maddi olayı tespit ve tevsik eden tabip raporu ve fotoğraflar gibi delillerden anlaşılmıştır. Yargıtay kararına göre TCK.nın 243/1. maddesi, memurun bir suçtan sanık olanlara suçlarını söyletmek için işkence yapmasını yahut zalimane ve gayri insani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvurmasını tecrim etmiştir. TCK.nun 243 ve 245. maddelerindeki suç sayılan fiiller, nitelikleri itibarıyla birbirinden

²⁹⁰ Bahri ÖZTÜRK, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller, Yasak Kanıtlar**, Ankara 1995, s. 20-21.

²⁹¹ ÖZTÜRK, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, s. 25.

²⁹² SOKOLLU-AKINCI, **Polis Alt Kültürü ve İnsan Hakları**, s. 164.

tamamen farklıdır. Görevi icabı sanık, hırsızlıktan sanık olan müdahili ve arkadaşını karakol nezarethanesine sokarak hazırlık tahkikatı sırasında suçlarını söylemek için elbiselerinden tamamen tecrit ettikten sonra üzerlerine soğuk su dökülerek copla dövmesi, kışlarına cop sokmaya yeltenmesi ve vücutlarının göbek nahiyesi de dahil sigara ateşiyle yakılarak dağlanması şeklindeki dava konusu eylemlerinin 243. maddedeki işkence, zalimane muamele veya haysiyet kırıcı birer eylem niteliğinde olduğu izahıtan varestedir. Bu fiilleri TCK'nın 245. maddesindeki bir kimseye kötü muamele veya cismen eza yahut darp ve cerh şeklinde kabul ve nitelemeye imkan yoktur. Sonuç olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulu dosya ve deliller itibarıyla TCK'nın 243/1. maddesindeki suç şeklinde nitelendirmede bulunan Yerel Mahkemenin direnme kararında kanuna aykırı bir cihet görmemiştir.²⁹³

2. İlaç Verme

İlaç verme, sanığın fiziki veya ruhi yönden durumunu etkileyerek, direncini kırarak ve istemediği halde onu konuşmaya yöneltecek her türlü ilacın herhangi bir şekilde verilmesidir. Başka bir açıdan, ifadesi alınana, aslında uyarıcı olan kafein maddesi içeren kahveden bir miktar verilmesi, güçlendirici ve zindeleştirici ilaçlar verilmesi mümkündür.²⁹⁴ Yorma ise, sanığın dinlenme ihtiyacının yüksek düzeyde olduğu ve bu durumun kişinin iradi karar verme kabiliyetini etkileyebilecek düzeye ulaştığı hallerde söz konusudur. İhlal ancak kişinin iradi karar verme ve davranma özgürlüğünü ciddi biçimde tehlikeye sokacak seviyede kişiyi yorgun hale getirmekle oluşacaktır. Kişiyi uzun süre aç ve susuz bırakarak, saatlerce ifade altına almak ve sorgulamak bu ihlale neden olabilecek somut vakalardır. İfade almadan önce sanığın zaten yorgun olduğu, ifade alanın da bundan faydalandığı durumlarda da yasağın ihlal edilmiş olduğu, haklı olarak savunulmaktadır.²⁹⁵

²⁹³ Mk:@MSITStore:\\Anapc\\kazanci\\ibb\\contests.chm::/cgk-1976-8-100.htm son erişim:08.07.2009

²⁹⁴ ŞAHİN, Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 458.

²⁹⁵ ŞAHİN, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 199.

3. Aldatma

Aldatma, gerçekte var olmayan olguları var gibi göstererek sanığın belli konudaki iradesinin özgür bir şekilde oluşmasını engellemektir.²⁹⁶ Bu sayede şüpheli ya da sanığın içinde bulunduğu hukuki veya fiili durum hakkında yanlış yönlendirilmesi sonucunda hatalı bir kanaat edinmesine yol açılmakta, bu da ifadesi veya sorgusu alınan bireyin irade özerkliğini zayıflatmaktadır.

4. Cebir ve Tehdit

Cebir, fiille ilgili bir beyan ya da istenilen içerikte bir bilgi elde etmek amacıyla başvurulmuş bir zorlama yöntemidir. Yeni ceza muhakemesi kanununda eski kanundan farklı olarak tehdit unsuruna da yer verilmiştir. Tehdit, sanığın ya da şüphelinin hiç ya da belirli şekilde ifade vermediği takdirde, kendisine veya bir yakınına kötülük yapılacağına yönelik beyan içerir. Öne sürülen kötülüğün gerçekte mevcut olması şart değildir, bunun iradeye etki etmiş olması ihlalin gerçekleşmesi için yeterlidir.²⁹⁷ Bu konuda Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 12.10.1998 tarihli, 1998/10667 Esas, 1998/12819 Karar sayılı hükmüne yer vermek gerekir. Söz konusu kararda Terörle Mücadele Şubesi Görevlileri olan sanıkların mağdurlar hakkında başlattıkları soruşturmada, gözaltı sürecinde sorgulanırlarken suçları söyletmek için hakaret, tehdit, göz bağlamak, yüksek volümlü marş dinletmek, çırılçıplak soymak, elektrik akımı vermek, basınçlı su sıkmak, ıslak battaniyeye sarmak, beden gücünün dayanamayacağı sabit hareketlere zorlamak, erkeklerin hayalarını sıkmak, kızlara cinsel taciz, makatlarından cop sokmak, fiziki cebir ve yekdiğerine yapılan işkenceyi seyrettirmek şeklinde sonuç almaya yönelik eylemlerde buldukları, mağdurların samimi

²⁹⁶ ÖZTÜRK, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, s. 26.

²⁹⁷ ŞAHİN, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda, s. 360.

iddiaları ve bu iddiaları doğrulayan doktor raporlarından anlaşılmakta olduğu, belirlenen olgu ve bulgular çerçevesinde sübutun kabulü zorunlu iken, inandırıcı olmayan ve dosya içeriği ile bağdaşmayan yetersiz gerekçelerle sanıkların beraatine karar verilmiş olduğu gerekçesiyle Yerel Mahkeme kararı bozulmuştur.²⁹⁸

5. Kanuna Aykırı Vaad Elde Etme

Kanuna aykırı yarar menfaat vaad etme, somut olayda yerine getirilmesi mümkün olmayan ve kişisel ya da olaya ilişkin herhangi bir konuda iyileştirme sağlanacağına dair söz vermektir.²⁹⁹ Yarar, ilgilinin ifade vermesini etkilemeye uygun kolaylıklar;³⁰⁰ vaad ise, ifade alan veya sorgulayan makamın ifadesi alınan veya sorgulanana verdiği bağlayıcı sözdür. Vaad edilen yararın kanuna aykırı hale gelmesi ise, yerine getirileceği söylenen hususun kanun tarafından öngörülmemesi, yani yasal olmaması veya vaad edilen şeyi gerçekleştirmenin, somut olay bakımından hiçbir şekilde mümkün olmamasıdır.³⁰¹ Bunun yanında failin kişiliğine bağlı olarak uygulanan erteleme, para cezasına çevirme ya da hükmedilecek olan cezanın alt ve üst sınır arasında tayin edilmesi gibi hakimin takdir yetkisi dahilindeki hususların hakim tarafından itiraf ya da bilgi verme karşılığında sanığa vaad edilmesi de yasak kapsamında değerlendirilmelidir.

B. Yasak İfade ve Sorgu Yöntemleri ve İşkence

Her ifade alma veya sorgulama işleminde, devletin iradesinin sanığın iradesi üzerindeki zorlayıcı etkisi görülür. Sanık, ceza muhakemesinde süje

²⁹⁸ Mk:@MSITStore:\\Anapc\kazanci\ibb\contests.chm::/8cd-1998-10667.htm son erişim:08.07.2009

²⁹⁹ KAYMAZ, Seydi, Yasak Sorgu Yöntemi Olarak 'Kanuna Aykırı Menfaat Vaad Etmek', **İBD**, Cilt: 71, Sayı 3, Eylül 1997, s. 524.

³⁰⁰ ŞAHİN, Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 471.

³⁰¹ ŞAHİN, Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 471.

sıfatına sahip olmasının ötesinde muhakemenin kendisine karşı yürütülmesine katlanmak, kanun çerçevesinde kişi özgürlüğü ya da bedensel bütünlüğüne yönelik yapılan müdahalelere razı olmak zorundadır.³⁰² Bu nedenden dolayı, ifade alma ve sorgulama yöntemlerinin içeriği yorucu, üzücü, kaygı ve stres doğurucu nitelik arz etmedikçe, kişinin irade özgürlüğünü bozmadıkça³⁰³ ve yaşanan bu süreç kişinin fiziki ve manevi bütünlüğünü bozmaya yönelik olarak bilinçli ve sistematik biçimde uygulanmadıkça, işkence ve benzeri zalimane veya insanlık dışı muamele teşkil etmez.³⁰⁴

İşkence, insanın fiziksel ve zihinsel bütünlüğüne ve insanlık onuruna karşı gerçekleştirilen ihlallerden en ağır olanını ifade eder. Buna göre, işkence, çok ağır ve acımasızca acı ve ızdırap çekilmesine yol açan kasti muameleleri ifade etmek için kullanılan özel bir kavramdır. İşkencenin diğer ihlal türlerinden ayırt edici özelliği, çekilen acı ister fiziksel ister zihinsel olsun, yoğunluk şiddetidir. İşkenceyi bir suç tipi olarak düzenleyen devletlerden çoğunluğunun mevzuatında ve bunun yanında uluslararası belgelerde ağır acı ve ezadan bahsedilmiştir.

İşkence yasağının en temel amacı ceza muhakemesi hukukunun usulüne uygun şekilde yerine getirilmesini sağlamak değildir. İşkence suçuyla korunan hukuki yarar ile delil yasaklarıyla ulaşılmak istenen amaç örtüşmektedir. Delil yasaklarının ceza muhakemesi kanununda düzenlenmesinin amacı sadece işkenceyi önlemek değildir. Sanığın insan olarak onurunu korumak ve ceza muhakemesinde maddi gerçeği araştırmak uğruna obje haline getirilmesini engellemektir.³⁰⁵ İşkence suçu ise, insani nitelikten uzak, belirli ağırlık eşiğine ulaşmış davranışları cezalandırmak için öngörülen bir kavramdır.

³⁰² Erol CİHAN, **50. Yılda Ceza Muhakemesi Süjesi Olarak Sanığın Durumu ve Sorgusu**, İÜHFİM, Cilt: I, Sayılar: 1-4, İstanbul 1984, s. 139.

³⁰³ DEMİRBAŞ, *Türk Ceza Hukukunda İşkence*, s. 41

³⁰⁴ SOYASLAN, *Ceza Hukuk Özel Hükümler*, s. 633.

³⁰⁵ ÖZTÜRK, *Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları*, s. 21.

Nitekim irade kabiliyetini etkileyen ya da fiziksel ya da zihinsel sıkıntı yaratan her davranışın işkence suçunun tezahürü olarak kabul edersek, çok daha ağır ihlaller için öngörülmüş olan bu kavramın değeri ortadan kalkar. Bu yüzden yasak ifade alma ve sorgu yöntemlerine başvurma durumunda, mağdurun karşılaştığı saldırının ağırlığı bu nitelendirmeyi gerekli kılmadıkça; diğer bir ifadeyle insan onuruna karşı gösterilen saldırı ya da verilen zihinsel veya fiziksel acı ya da eza ağır olmadıkça, işkence suçundan söz edilemeyecektir.

IX. SUÇUN BAZI GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. Teşebbüs

Teşebbüs, bir suçun elverişli hareketlerle icrasına başlandıktan sonra, failin elinde olmayan sebeplerden dolayı icra hareketlerinin tamamlanamaması ya da neticenin gerçekleşmemesidir.³⁰⁶ Mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesi sonucunu doğurmaya elverişli bir harekete kalkışılması, fakat bunun icra edilememesi veya neticenin gerçekleşmemesi durumunda teşebbüs söz konusu olacaktır. Bu suçta teşebbüse somut olarak mahpusu dövmeye hazırlanan gardiyanın son anda diğer kurum görevlileri tarafından engellenmesi örnek gösterilebilir.³⁰⁷

Tehdit yoluyla yapılacak işkencede teşebbüsün mümkün olmadığı söylenebilir. Örneğin mağdura nasıl defalarca ırzına geçilip sonra vahşice katledileceğinin anlatılması halinde bunların söylenmesiyle suç tamamlanmış olur.³⁰⁸ Mağdurun aşağılanmasına yol açacak hareketler bakımından da teorik olarak teşebbüs mümkün olmakla beraber, bu hareketlerin çoğunluğu zaten tek başına aşağılayıcı olabilir. Örneğin, tüy ve katranla kaplanmak

³⁰⁶ DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel, s. 379.

³⁰⁷ ÖNOK, Uluslararası, s. 477.

³⁰⁸ Hakan HAKERİ, Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, s. 361.

istenen kişinin bu amaçla soyulması gibi. Keza mağdurun acı çekmesine yönelik hareketler yarıda kalmış olsa bile, o ana kadar yapılan hareketler aşağılama oluşturabilir.³⁰⁹

B. İştirak

İştirak, bir kimse tarafından işlenebilmesi mümkün olan bir suçun, birden fazla kimsenin önceden işbirliği yapmaları suretiyle gerçekleştirilmesidir.³¹⁰ İşkence özgü bir suçtur.³¹¹ Yeni Türk Ceza Kanununun 40. maddesinin 2. fıkrasındaki bağlılık kuralı gereğince, özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabileceğinden, bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ancak azmettiren veya yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulabilir. İşkence suçunun faili ise ancak bir kamu görevlisi olabilecektir. Fakat işkence suçunun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır kuralı gereğince işkence suçuna iştirak eden herkes, suçun faili gibi tam ceza alacaktır.

Yeni ceza kanununa göre bu suçun ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz hükmü sayesinde, işkence faillerinin tespit edilemediği olaylarda, bireye işkence yapıldığını öngörmesine rağmen bu konuda gerekli tedbiri almamak suretiyle işkence yapılmasına olanak sağlayan amir durumundaki kamu görevlisinin sorumlu tutulması mümkün olabilecektir.

Uygulamada görülebilen somut bir durum ise işkence mağduru olan kimseyi inceleyen doktorun işkence belirtilerine rastlamasına rağmen, çeşitli sebeplerle bunu raporunda göstermemesi veya işkence gören kişiyi muayene etmeden rapor düzenlemesidir. Bu durumda, işkence suçuna iştirak söz konusu olmaz. Çünkü ceza hukukunun genel ilkelerine göre tamamlanmış

³⁰⁹ Hakan HAKERİ, Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, s. 362.

³¹⁰ DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel, s. 413.

³¹¹ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel, s. 453.

suça iştirak edilemeyecektir. Bu hususta Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 15.10.2002 tarih, 2002/8-191 Esas, 2002/362 Karar sayılı hükmü örnek teşkil etmektedir. Kararın gerekçesinde adliyeye sevklerinden önce tıbbi rapor alınmak üzere kamu görevlileri tarafından getirilen kişileri onların yanında ve gerekli tıbbi muayeneden geçirilmeden beyana dayalı geliş güzel rapor düzenleyen hekimlerin eyleminin görevi ihmal suçunu oluşturduğu belirtilmiştir. Yerel Mahkeme direnme kararında sanık doktor Suat'ın mağdurların yaralı olmasına rağmen darp ve cebir izine rastlanmadığına dair rapor düzenlemişse de sanığın mağdurun beyanına inanıp rapor düzenlediği ve sanıkta suç kastının bulunmadığı kabul edilmiştir. Yerel Mahkemenin direnme kararını isabetli görmeyen Yargıtay Ceza Genel Kurulu, kararında sanık Suat Tekin hakkında sübut yönünde yapılan incelemede gözaltında iken salıverilen kişilerin bağımsız ve kapsamlı bir muayeneden geçirilmesi, gözaltındaki insanlara karşı işkence edilmesine karşı önemli bir koruma sağladığı gibi, aynı zamanda asılsız işkence iddialarına yönelik bir önlem de oluşturmakta olduğu belirtilmiştir.³¹² Bu nedenle bu muayeneler, polis olmaksızın yapılmalı ve muayene raporunda yalnız tespit edilen tıbbi bulgular değil, muayene edilenin yaralarının nasıl meydana geldiğine ilişkin ifadeleri ile tespitlerin birbiriyle tutarlı olup olmadığına ilişkin tabip görüşü de yer almalıdır. Gelişigüzel yapılan bir muayene veya beyan üzerine düzenlenen raporun, bu korumanın etkinliği ve güvenilirliğini zayıflatacağı hususu üzerinde durulmuştur. TCY'nın 203. maddesinde düzenlenen görevi ihmal suçu, ceza uygulamasında memur sayılan kimsenin, yapmaya zorunlu olduğu bir işi yapmaması yahut yasa ve tüzüklerde yapılması öngörüldüğü biçimde yerine getirilmemesi veya belirli ve uygun bir sürede yapılması zorunlu olan bir hizmet veya hareketi geciktirmesi ile oluşur. İnceleme konusu olayda doktor olan sanığın bu şekilde ilgili yasa ve yönetmelik hükümlerine aykırı bir biçimde görevlilerin yanında katılanları muayene etmeden, sözlü beyanlarına dayanarak rapor düzenlemesi görevi ihmal suçu oluşturduğundan direnme kararının bozulmasına karar verilmiştir.

³¹² Mk:@MSITStore:\\Anapc\kazanci\ibb\contests.chm://cgk-2002-8-191.htm son erişim:08.07.2009

İşkence yapılması yönünde bir emrin yerine getirilmesi durumunda, emir veren de icra eden de sorumluluktan kurtulamayacak; emri veren azmettiren, yerine getiren de fail sıfatıyla suçun karşılığı olan tam cezayı alacaktır.

C. İşkence Suçunda İçtima

Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça birleşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz. Yeni ceza kanununun 95. maddesinde işkence suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine yer verilmiştir. Bu haller netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama ile aynıdır. Bu sebeple, yaralama nitelikli davranışlarla işlenen çoğu işkence suçu bileşik suç kurallarına göre cezalandırılacaktır. YTCK bakımından işkence, cinsel taciz şeklinde gerçekleşmişse bu durum işkence suçunun nitelikli halinin oluşmasına neden olduğundan bileşik suç yani mürekkep suç söz konusu olacaktır ve fail sadece işkence suçundan sorumlu olacaktır.³¹³

Yeni ceza kanununun 43. maddesine 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. Bu 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.”

³¹³ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, Ceza Özel, s. 26.

İster aynı kişiye karşı farklı zamanlarda olsun, isterse birden fazla farklı kişiye karşı olsun, işkence suçu bakımından zincirleme suç hükümleri uygulanamaz. Fail mağdur sayısınca cezalandırılacaktır. Aynı kişiye karşı işlenen işkence suçunun işlemleri niteliğindeki hareketler ise farklı zamanlarda olsa bile tek bir işkence suçu söz konusu olur. Ancak zaman ve mekan farklılığının yeni bir suç kastını ortaya koyduğu hallede artık yeni bir işkence suçundan bahsetmek gerekir.³¹⁴ Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 26.04.2006 tarih, 2005/2802 Esas, 2006/3712 Karar sayılı hükmünde yasadışı örgüt üyesi olmak suçundan gözaltına alınan, mütakiben de sevk edildiklerinde verilen doktor raporlarında gözaltında buldukları sırada mağdurlara işkence yapıldığının kanıtlanmasına göre, mağdurların sorgularına katılan ve polis memuru olan sanıkların hangisinin hangi mağdura yönelik eylemde bulduklarının ayrı ayrı ve açıkça belirlenerek atılı suçtan mahkumiyetleri gerektiği hususu üzerinde durulmuştur.³¹⁵

Kanunda belirtilen hareketler seçimlik niteliktedir. Bu nedenle, örneğin mağdurun hem acı çekmesine hem de aşağılanmasına yol açacak hareketlerin yapılması durumunda iki ayrı işkence suçu değil, tek bir işkence suçu söz konusu olur. Aynı şekilde suçun sistematik ve sürekli olması gerektiğinden, bu sistematiklik ve sürekliliği sağlayan hareketler de ayrı ayrı birden fazla işkence suçuna değil, tek bir işkence suçuna vücut verir.³¹⁶

YTCK md. 44'e göre işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olan kişi, fikri içtima kuralları gereğince bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır. YTCK açısından yaralama suçunun basit haline tekabül eden davranışlarla işkence suçunun işlenmesi durumunda, faile sadece işkenceden dolayı hüküm kurmak gerekecektir. Aynı şekilde tehdit aracılığıyla işkence suçunun işlenmesi durumunda da, fikri

³¹⁴ Hakan HAKERİ, Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, s. 363.

³¹⁵ Mk:@MSITStore:\\Anape\kazanci\ibb\contests.chm::/8cd-2005-2802.htm son erişim:08.07.2009

³¹⁶ Hakan HAKERİ, Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, s. 364.

içtima yoluyla sorunu çözümlmek ve faili sadece işkence suçundan dolayı sorumlu tutmak gerekecektir.³¹⁷

D. Ceza Kanunu Açısından İşkence Suçunun Yaptırımı

Suçun basit şekli bakımından cezanın tayini ve tespitinde hakime oldukça geniş bir takdir yetkisi verilmiştir. Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı cezaya hükmolunacağı kanunda belirtilmiştir. Cezanın belirlenmesinde önemli olan husus kusurun derecesidir. Cezanın belirlenmesinde hakimin dikkate alacağı unsurlar ceza kanunumuzun 61. maddesinde detaylı olarak belirlenmiştir. Bu maddeye göre, hakimin somut vaka bakımından, suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araç ve vasıtaları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önemini, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı ve derecesini, failin güttüğü amaç ve saiki göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirlemesi gerekecektir.

İşkence suçunu işleyen failer, ceza yaptırımını yanında bazı güvenlik tedbirleriyle de sorumlu tutulabilecektir. Yeni ceza kanununun 53. maddesine göre işkence suçunu işleyen kamu görevlisi, sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden, seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan; velayet hakkından; vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan; vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan; bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra yerine getirmekten, yoksun bırakılacaktır.³¹⁸

³¹⁷ TEZCAN, ERDEM, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 203.

³¹⁸ ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu, s. 630 vd.

Nitelikli olmayan işkence suçunun cezası üç yıldan on iki yıla kadar haptir. Bu cezanın para cezasına çevrilmesi mümkün değildir. Çünkü ceza kanunundaki düzenlemeye göre, ancak kısa süreli hapis cezası adli para cezasına çevrilebilecektir; kısa süreli hapis cezası ise bir yıl ve daha az süreli hapis cezasını ifade etmektedir.

Suçun ertelenebilirlik açısından incelenmesine gelince, kanundaki açık hüküm gereği en fazla iki yıllık cezalar ertelenebilmektedir. Bu suç bakımından hakim tarafından alt sınırdan ceza verilse ve takdiri hafifletici sebepler uygulansa dahi, işkence suçundan verilen ceza, erteleme limitlerinin dışında kalmaktadır. Ancak suçun teşebbüs halinde kalması durumunda, artık ertelenmesi kanundaki şartlara göre söz konusu olabilecektir.

İşkence suçunun, çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı, avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla işlenmesi halinde, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Yine fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi halinde, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Kanuna 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 işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına neden olmuşsa, verilecek olan ceza, yarı oranında artırılır. Yine kanunda aynı maddeye göre işkence fiilleri mağdurun iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine, duyularından veya organlarından birinin işlevini tamamen yitirmesine, konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına, yüzünün sürekli değişikliğine, gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine neden olmuşsa, verilecek olan ceza, bir kat artırılır.

İşkence fiillerinin vücutta kemik kırılmasına neden olması halinde, kırığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre sekiz yıldan on beş yıla kadar

hapis cezasına hükmolunur ve son olarak işkence sonucunda ölüm meydana gelmişse, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.

Kanunda kullanılan bazı deyimlerden anlaşılması gereken hususlar üzerinde durmak gerekirse, kanundaki çocuk deyiminden anlaşılması gereken, suçun maddi unsurunu oluşturan hareketin gerçekleştirildiği esnada mağdurun on sekiz yaşını doldurmamış olmasıdır. Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenen işkencenin suçun nitelikli hali olarak kabul edilmesi altında yatan gerçeklik ise suçun işlenmesindeki kolaylık ve failin ahlaki kötülüğüdür.³¹⁹

Suçun gebe kadına karşı işlenmesi durumunda suçun maddi unsurunu oluşturan hareketin gerçekleştirildiği sırada mağdurun gebe olması ve bu durumun da suçu işleyen kişi tarafından en azından anlaşılabilir olması gerekir. Bir başka ifade ise, duyu veya organın zayıflamasıdır. Bu kavram ile belirtmek istenen duyu ve organın işlevlerini yerine getirmede güçlük ve azalmadır.³²⁰ Ancak söz konusu zayıflığın sürekli nitelikte olması da gerekir. Bu sebeple uygulanan basit bir tedaviyle zayıflık kolaylıkla ortadan kaldırılabiliyorsa, bu nitelikli hal uygulanmaz. Zayıflığın süreklilik arz etmesinin tıbbi açıdan kesin bir biçimde ortaya konulmuş olmasına gerek yoktur; tedavinin güç veya uzun zaman alması durumunda da zayıflık sürekli sayılmalıdır.³²¹

Yaşamı tehlikeye sokan durum ise, işkence fiilinin yakın bir ölüm neticesini meydana getirebilecek olması anlamına gelir. Burada tehlike yeterli olup bunun fiilen gerçekleşmemiş olması gerekir. 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.

³¹⁹ Nevzat TOROSLU, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara 2005, s. 31.

³²⁰ SOYASLAN, *Ceza Hukuk Özel Hükümler*, s. 155.

³²¹ TOROSLU, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, s. 49.

Hastalık, akıl veya beden fonksiyonlarının yerine getirilmesinde bozukluğa yol açan her türlü patolojik durumu ifade etmektedir. Sağlığı bozucu hareket, her zaman hastalık meydana getirmez. Sağlık bozukluğunun iyileşmez nitelik taşıyıp taşımadığı ise, suçun işlendiği sıradaki tıbbi olanaklara göre belirlenir.³²² Hastalığın iyileşmeyeceğinin kesin olarak belirlenmiş olmasına gerek yoktur; iyileşmeyeceğinin mümkün bulunması yeterlidir. Zamanla ortaya çıkan teknolojik gelişmelere bağlı olarak, yargılama henüz devam etmekteyken mağdurun tedavi edilmesinin mümkün hale gelmesi, neticesi sebebiyle ağırlaşmış halin uygulanmasına engel değildir.

Fiilin, mağdurun duyularından veya organlarından birinin işlevini yitirmesine neden olması halinde ise, vücuttaki çift organların her biri başlı başına organ sayıldığı için bunlardan yalnızca birisinin işlevini yitirmesi veya iş göremez hale gelmesi halinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış halin uygulanması gerekir.

Konuşma yeteneğinin kaybı ise, hangi nedenden kaynaklanırsa kaynaklansın, mağdurun anlaşılabilir biçimde konuşma olanağından mahrum kalmasıdır.³²³ Çocuk yapma yeteneğinin kaybolması bakımından ise mağdurun yaşı veya cinsiyeti önemli değildir;³²⁴ önemli olan mağdurun suçtan önce çocuk yapma yeteneğine sahip olmasıdır.³²⁵ Ancak çocuğun düşmesi bakımından failin kusuru en fazla bilinçli taksir düzeyine varmalıdır. Eğer failin bu neticeyi istediği ya da göze aldığı söylenebiliyorsa kanunda ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmiş çocuk düşürtme suçundan ayrıca ceza verilir.

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,

³²² TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre, s. 159.

³²³ TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 50.

³²⁴ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre, s. 162.

³²⁵ TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 53.

günlük işlerini yapıp yapamadığı, ne kadar zaman içinde eski yaşamına dönebileceğine yönelik kriterlere göre karar verilmelidir.³²⁶

Failin ölüm neticesinden sorumlu tutulması için, meydana gelen ölüm neticesi bakımından en azından taksirle hareket etmiş olması gerekecektir. İşkence fiili sonucunda ölümün meydana gelebileceği fail tarafından en azından öngörülebilir olmalıdır.³²⁷ Buna karşılık, failin kastı bu neticeyi de kapsar; yani fail ölüm neticesini bilir ve ister ya da en azından göze alırsa kasten öldürme suçunun nitelikli hali oluşur. Bu durumda canavarca hisle veya eziyet çektirerek kasten öldürme suçunun nitelikli halinden hüküm tesis edilmesi gerekir.

XI. ÜLKEMİZDE İŞKENCENİN ÖNLENMESİ İÇİN ALINAN TEDBİRLER

A. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği Çerçevesinde Alınan Tedbirler

Uzun süredir Avrupa Birliğiyle uyum çalışmaları içerisinde olan Türkiye'nin önüne çıkan en büyük engellerden biri, işkence sorunudur. Bu konuda Türkiye'nin diğer devletler karşısındaki imajının iyi olduğu söylenemez. Bunun başlıca sebebi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi üçüncü maddesine aykırılıktan dolayı verilen mahkumiyet kararlarının, 1984 BM Sözleşmesiyle kurulan İşkenceye Karşı Komitenin hazırladığı raporların, Avrupa Sözleşmesiyle kurulan İşkenceyi Önleme Komitesinin açıkladığı raporların, Avrupa Birliği ilerleme raporlarının, Avrupa Parlamentosu üyelerince hazırlanan raporların Türkiye'de işkencenin halen uygulandığı yönünde olmasıdır. Bu karar ve belgeler Türkiye'yi uluslararası alanda zor durumda bırakmakta ve her fırsatta bu durum kullanılmaktadır.

³²⁶ SOYASLAN, Ceza Hukuk Özel Hükümler, s. 158.

³²⁷ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, Ceza Özel, s. 29.

Türkiye son yıllarda bu sorunu aşmak için siyasi iradesini kararlılıkla ortaya koymuş, işkenceye sıfır tolerans sloganı altında, bu konuda çok olumlu adımlar atmıştır. Gerek ceza kanunu gerekse ceza muhakemeleri kanununda yapılan değişikliklerinden başlayarak bu güne kadar geçen sürede, işkence suçunu düzenleyen diğer yasal hükümleri de kapsayan çok çeşitli değişiklikler yapılmıştır. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği hükümleriyle, Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesinin polis karakollarına ilişkin önerileri büyük ölçüde uygulamaya yansımıştır. Bu yöndeki yeni düzenlemelerle ifade ve sorgunun tarzına³²⁸ ve savunma hakkına yönelik hükümlerle,³²⁹ sanığa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gereklerine uygun şekilde tanınan haklar somutlaştırılmıştır.

1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren yeni yönetmeliğe göre yakalanan kişiye, suç ayrımı gözetilmeksizin yakalama sebebi ve hakkındaki iddialar ile susma ve müdafiden yararlanma, yakalanmaya itiraz etme hakları ile diğer kanuni hakları ve itiraz hakkını nasıl kullanacağı, herhalde yazılı, bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal bildirilir. Suç ayrımı gözetilmeksizin bu hakkın tanınmış olması oldukça isabetlidir. Yakalamadan ve gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin emirden, yakalananın bir yakınına veya belirlediği bir kişiye Cumhuriyet savcısının emriyle gecikmeksizin haber verilir.

Yakalanan kişinin gözaltına alınacak olması veya zor kullanılarak yakalanması hallerinde hekim kontrolünden geçirilerek yakalanma anındaki sağlık durumu belirlenir; bunun yanında gözaltına alınan kişinin herhangi bir nedenle yerinin değiştirilmesi, gözaltı süresinin uzatılmasına karar verilmesi, serbest bırakılması veya adli 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, derhal hekim kontrolünden geçirilerek gerekiyorsa tedavileri yaptırılır. Bu

³²⁸ ÖZTÜRK, ERDEM, Uygulamalı Ceza Muhakemesi, s. 397 vd.

³²⁹ ÖZTÜRK, ERDEM, Uygulamalı Ceza Muhakemesi, s. 306 vd.

durumda olan kişilerden kronik bir rahatsızlığı olanların, kendi istekleri halinde varsa kendi hekimi nezaretinde, yoksa resmi hekim tarafından muayene ve tedavi edilmeleri sağlanır. Gözaltına alınan kişinin ifadesini alan veya soruşturmayı yürüten kolluk görevlisi ile bu kişiyi tıbbi muayeneye götüren kolluk görevlisinin farklı olması zorunludur. Ancak personel yetersizliği nedeniyle farklı kolluk görevlisinin bulunmaması halinde bu durum bir tutanakla belgelendirilir. Hekimin muayene esnasında işkence, neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence ve eziyet suçlarından herhangi birinin işlendiği yolunda bir bulguya ulaşması halinde, bu durumu vakit geçirmeksizin Cumhuriyet savcısına bildirmesi gerekir. Yine aynı yönetmeliğe göre kişi kendisine zarar verebilecek kemer, kravat, kesici ve delici alet gibi nesnelere uzak tutulur. Böylece, kişinin kendisine zarar verme ihtimali azaltılarak, devlet gözetimi altındaki şahsın sağlık ve güvenliğini koruma hususundaki pozitif yükümlülüğü yerine getirilmektedir.

Yönetmelikte nezarethane koşulları modern bir hukuk devletine yakışır şekilde düzenlenmiş; nezarethaneye alınanların kaydına ait defterde bulunması gereken bilgiler en ince ayrıntısına kadar belirlenmiştir. Böylece, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde birçok davada sorun olan resmi kayıtlara ilişkin aksamalar tekrarlanmayacaktır. Yönetmelikte yakalama ve gözaltı işlemleri konusunda AİHS md. 5'e uygun düzenlemeler göze çarpmaktadır.

Şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafinin yardımından yararlanabilir; kanuni temsilcisi varsa, o da şüpheliye veya sanığa müdafii seçebilir. Böylece, müdafii hakkı soruşturmanın ilk anından itibaren tanınan yasal bir haktır. Yine yönetmelik hükmüne göre, soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında müdafii, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz ve yine aynı yönetmeliğe göre şüpheli veya sanık, müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, talebi halinde baro tarafından

bir müdafî görevlendirilir. Ayrıca zorunlu müdafîlik sistemine³³⁰ uygun düzenlemeler de müteakip fıkralarda getirilmiştir. Bu düzenlemelerin işkence iddialarının önüne geçebilmek adına hayati öneme sahip olduğu aşîkardır.

Yönetmeliğin ilgili maddesinde, şüphelinin ifadesinin alınmasında kendisine yüklenen suçun anlatılacağı; müdafî seçme hakkının bulunduğu, müdafîin ifade sırasında hazır bulunabileceği, müdafî seçecek durumda olmadığı ve bir müdafî yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirileceği, yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu şeklindeki düzenlemelere vurgu yapılmıştır. Nezarethane ve ifade alma odasının taşınması gereken fiziki koşullar modern hukuk düzeninin esaslarına uygun olarak düzenlenmiştir. Nezarethane ve ifade alma odalarının denetimine de ilgili yönetmelikte kapsamlı bir şekilde yer verilmiştir.

Yönetmelikte bulunan en önemli düzenlemelerden birisi de suçluluğu bir yargı hükmüne bağlanana kadar kişinin masumiyet karinesinden yararlanacağı ve soruşturma evresinin gizli olduğu yönündeki düzenlemedir. Soruşturma evresinde gözaltındaki bir kişinin suçlu olarak kamuoyuna duyurulmasına, basın önüne çıkarılmasına, görüntülerinin alınmasına izin verilemez ve soruşturma evrakı hiçbir şekilde yayımlanamaz. Şüphelinin lekelenmeme hakkını ilgilendiren bu önemli hükmün uygulamada birçok açıdan pratik faydası bulunmaktadır.

B. CMK 148/4 Çerçevesinde Alınan Tedbirler

İşkenceyi önlemek açısından çok önemli bir düzenleme, CMK md. 148/4'te düzenlenmiştir. Bu hükme göre; müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hakim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz şeklindedir. Diğer bir

³³⁰ ÖZTÜRK, ERDEM, Uygulamalı Ceza Muhakemesi, s. 314-315.

ifadeyle, kollukta alınan ifadenin hükme esas alınabilmesi için, işlem sırasında müdafinin işleme nezaret etmesi gerekir ya da hazır bulunmamışsa, ifade sahibinin daha sonra aynı ifadesini hakim veya mahkeme önünde tekrarlaması gerekecektir. İnsan hakları ihlalleriyle mücadele boyutu açısından, özellikle işkence yasağı bakımından bu hüküm oldukça faydalıdır ve ifade alma sırasında kamu yararı ön plandadır. İşkence iddialarının önüne geçmek için ifade alma işleminin işitsel veya görsel araçlarla kayda alınması yönünde akademik öneriler de bulunmaktadır. Eski ceza muhakemesi kanunu döneminde fiilen kolluğun egemenliğine terk edilmiş olan hazırlık soruşturması yeni yürürlüğe giren kanun düzenlemeleri ile tekrar savcının mutlak yetkisi altına alınmaya çalışılmıştır. Bu da işkenceyi önlemek açısından önemli bir gelişmedir.

Son yıllarda uygulamaya olumlu etkisi olacağı düşünülen ve normatif olarak elden gelen hemen her şey bu konuda yapılmıştır. Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesinin son üç yıla ait raporlarında da, işkence ve kötü muameleyle etkin bir biçimde mücadele edebilmek için gerekli mevzuat değişikliklerinin sağlandığı, artık meselenin, uygulamacıların bu doğrultuda hareket etmesini sağlamak olduğu vurgulanmıştır. Bu normatif düzenlemeler dışında, Türkiye'nin yürüttüğü diğer bir proje bu yönde verilen eğitim çalışmalarınıdır. Bu konuda en önemli nokta, polisin eğitimidir.³³¹ Bu çabalar kapsamında, Polis Koleji, Polis Meslek Yüksekokulları ve Polis Akademisinde ceza hukuku ve insan hakları dersleri verilmekte, hizmet içi eğitim ve kurslar düzenlenmekte, personel yurt dışında yüksek lisans eğitimine gönderilmektedir.

Türkiye çapında görev yapan hakim ve savcılar da, akademisyenlerin katıldığı eğitim seminerleri vasıtasıyla insan hakları konusunda bilgilendirilmektedir. Yine, yargı mensupları ve kolluk kuvvetleri başta olmak üzere, kamu görevlilerine yönelik insan hakları konusunda verilen eğitim

³³¹ ŞAHİN, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 74.

programları yaygınlaştırılacak ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı ile AB hukuku alanlarındaki eğitim programları Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği ile işbirliği içinde geliştirilecektir.³³²

Bununla birlikte, halkın da hakları konusunda bilinçlendirilmesi çok önemlidir. Çünkü varlığından haberdar olunmayan bir hakkın kullanılabilmesi düşünülemez.³³³ Uluslararası belgelerde düzenlenen koruma mekanizmalarının büyük çoğunluğu ancak insan haklarının ihlal edilmesinden sonra ve cezalandırma amacıyla devreye girmektedir. Asıl amaç, insan haklarını geçmişe yönelik olarak değil, geleceğe yönelik olarak korumak olmalıdır³³⁴. İşkence sorununun her şeyden önce toplumsal ilişkilerden kaynaklanan bir sorun olduğunu kabul etmek gerekir. Bu nedenle, işkenceyi önlemenin yolu yasalardan ziyade daha çok insanların beyninden geçer.

³³² DEMİRBAŞ, Türk Ceza Hukukunda İşkence, s. 56-57.

³³³ ŞAHİN, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 74.

³³⁴ GÜLMEZ, age, s. 18.

SONUÇ

Günümüzde, demokrasiyi benimseyen ve ceza muhakemesi hukuklarında maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını kabul gören bir ilke olmaktan çıkarıp ceza kovuşturmasında insan onurunun korunmasını mutlak bir değer haline getiren devletler açısından işkencenin her türü suçtur. Gerçekten, günümüzde işkence yasağının kişiler bakımından mutlak ve dokunulmaz bir hak, devletler açısından da emredici nitelikte bir uluslararası hukuk kuralı haline geldiği kabul edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin üçüncü maddesi, bu maddeden hiçbir sapma ya da indirim yapılamayacağını hükme bağlayan aynı Sözleşmenin 15. maddesiyle birlikte okunduğu takdirde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin işkence, insanlık dışı veya küçültücü muamele ya da ceza konusunda mutlak bir yasaklama getirdiği görülebilir.

Bir devletin anayasal sisteminde insan onurunu en üstün değer olarak kabul etmesi de, hukuken zorunlu değildir. Kamu düzeni gibi soyut bir yararı üstün tutarak insan onurunu ikinci plana atan devletler mevcuttur. Bu yönde bir tercih, devletin siyasal yapısına bağlıdır. Bu tutum, devletin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere aykırı bir duruma yol açarsa, bu yönden sorumluluk doğar.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin üçüncü maddesinde işkence yasağı düzenlenmiştir. Uluslararası hukuktaki yerleşmiş anlayışına uygun olarak, işkenceye veya benzeri muameleye tabi olmamanın her insan için dokunulmaz, 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.

Bazı bölgesel ve uluslararası sözleşmelerin işkence ve diğer kötü muamele fiillerini tanımlamış olmasına karşın üçüncü madde işkence,

insanlık dışı ya da küçültücü muamele veya cezaya herhangi bir tanımsal belirlilik yüklememekte olup, belirtilen ihlal biçimlerinin tanımsal yanlarını Avrupa İnsan Hakları Hukukunun uygulamasından çıkarmak gereklidir.

İşkence fiili olsun, insanlık dışı muamele ya da ceza olsun veyahut küçültücü muamele veya ceza olsun; bir kötü muamele fiilinin üçüncü madde kapsamına girmesi için asgari şiddet düzeyine erişmesi gerekir. Bu şiddetin eşik düzeyine girişinin takdiri görecelidir ve Mahkeme olayın özelliklerine göre bunun için muamelenin süresi, muamelenin maddi birtakım etkileri, muamelenin manevi etkileri, mağdurun cinsiyeti, yaşı, ve sağlık durumu gibi ölçütleri esas almaktadır.

Mahkeme ve Komisyon etkili koruma ilkesini geliştirerek ve AİHS'ni yaşayan bir belge şeklinde mülhaza ederek olumlu yönde ve gerektiğinde mağdur lehine kullanmak üzere kendilerine daima çok önemli bir takdir hakkı tanımışlardır. Mahkeme ve Komisyon insan hakları hukukuna ilişkin değerlerin durağan kalmayacağını ve önceleri ihlal olarak değerlendirilmeyen muamelelerin daha sonra ihlal olarak değerlendirilebileceğini ortaya koymuştur. Yani Mahkeme önceden oluşan içtihadı ile bağlı değildir ve kararlarını yeniden takdir edebilecektir.

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 maddi unsurunu oluşturan davranışların çoğu zaman başka suç tiplerini oluşturduğu doğru olsa da, işkence suçunun bağımsız olarak düzenlenmesini, bu davranışların ihlal ettiği hukuki yararın bağımsızlığında aramak gerekir. İşkenceyse, insan varlığının temeli olan insan onuruna saldırı teşkil etmektedir. İşkence nitelikli davranışların insan onuruna aykırı olması gereklidir. İşkencenin maddi unsurunu oluşturmaya elverişli türden bir davranışın bulunup bulunmadığı, hareketin objektif

yapısına göre değerlendirilmelidir. Nesnel olarak işkence olarak tanımlanabilecek bir davranış ise, zaten insan onuruna aykırı olacaktır.

Ceza muhakemesine ait herhangi bir üstün amaç gerekçesiyle işkence veya kötü muameleyi mazur göstermeye çalışmak, yüzyıllar önce işkence olgusunu doğuran anlayışı, yani yerleşik düzeni korumak amacıyla devlet otoritesi adına hareket ederek işkenceye başvuranların meşru zeminde hareket ettiği görüşünü hortlatmak anlamına gelir. Böylece, zamanla toplumda öyle bir sosyal anlayış yerleşir ki, insan onurunun sınırlandırılabilmesi görüşü gittikçe güç kazanır. Bunun sonucu ise, ihlallerin meşruluk kazanması olur.

Son yıllarda, Avrupa Birliğine Uyum Yasaları çerçevesinde insan hakları alanında birçok olumlu değişiklik yapılmıştır. 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 hale getirmeye çalışan bu değişiklikler, insan haklarını geliştirmeye yönelik diğer yasalar gibi, "Avrupa'nın istediğini" değil, aslında Türk halkına hak ettiğini vermektedir. Bu sebeple, insan haklarını güçlendirmeyi amaçlayan yasal değişikliklerin gerekçesine bakılmaksızın, onlara sahip çıkılmalıdır.

KAYNAKLAR

AKHAN, Okan, İşkence ve İnsan Hakları, İnsan Haklarının Gelişimi, TÜBA Bilimsel Toplantılar Serileri: 9, Ankara 2001.

ALPKAYA, Gökçen, Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ankara 2002.

ALPKAYA, Gökçen, AGİT Sürecinden AGİT'e İnsan Hakları, Kavram Yayınları, İstanbul 1996.

AKILLIOĞLU, Tekin, İnsan Hakları, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No:17, Ankara 1995.

ANAYURT, Ömer "İnsan Hakları Bölge Koruma Sistemlerinde İşkence Ve Kötü Muamele Yasağı", editör İlyas Doğan, İşkencenin Önlenmesi Ve İstanbul Protokolü, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2009.

AKYILMAZ, Bahtiyar, İdare Hukuku, Konya 2003.

ARSLAN, Çetin/AZİZAĞAOĞLU, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004.

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Özel, 6. Bası, Ankara 2005.

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2006.

BATUM, Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Kavram Yayınları, İstanbul 1996.

BIYIKLI, Hasan İsmet, İkrar ve Ceza Muhakemesi Sorunları, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:48, Sayı:11-12, 1974.

BİLGİN, Pertev, Sert Çekirdekli Temel Haklar, İnsan Hakları Sempozyumu, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayın No. 1, İstanbul 1995.

BÖK, Selçuk, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle Koruma Altına Alınan Başlıca İnsan Hakları, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 1998.

CENTEL, Nur, Adli Tıp Bilimleri ve İnsan Hakları, Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1-2, Erzurum 2000.

CENTEL, Nur, Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Tutuklama ve Yakalama, İstanbul 1992.

CİHAN, Erol, Suç Teşkil Eden Sorgu Yöntemleri, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 5, İstanbul 1971.

CİHAN, Erol, 50. Yılda Ceza Muhakemesi Süjesi Olarak Sanığın Durumu ve Sorgusu, İÜHFM, Cilt: I, Sayılar: 1-4, İstanbul 1984.

CİHAN, Okan, "Suç Teşkil Eden Sorgu Yöntemleri", Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 5, İstanbul 1971

ÇAVUŞOĞLU, Naz, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak Ve Hürriyetler Üzerine, AÜİBF İnsan Hakları merkezi Yayınları Özel Dizi No:1, Ankara 1994.

ÇOR, Yaşar, Yargıtay'ın İşkence Ve Kötü Muameleye Bakış Açısı, Polis Dergisi, Cumhuriyet'in 80. Yılına Armağan,2003, Yıl 9, Sayı 36.

DARENDELİ, Abdulvahap, İnsan Hakları Açısından İşkence Yasağı ve İşkencenin Önlenmesi, Adalet Dergisi Yıl 90, Sayı 1, Ekim 1999.

DEMİRBAŞ, Timur, 2003 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004.

DEMİRBAŞ, Timur, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, DEÜHF Yayınları, İzmir 1996.

DEMİRBAŞ, Timur, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Ankara 1992.

DEMİRBAŞ, Timur, İnfaz Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.

DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2005.

DOĞAN, İlyas, Gözaltında Yaşama Hakkına Saygı ve İşkencenin Önlenmesinde Hekimin Rolü ve Sorumluluğu, Polis Dergisi, Cumhuriyetin 80. Yılına Armağan, Sayı 36, Temmuz-Ağustos-Eylül 2003.

DOĞAN, İlyas/ AKIL, Abdülkadir/ ÇAMURCUOĞLU, Gülden, "Uluslararası Hukukun Değişim Süreci Ve İstanbul Protokolünün Uygulamadaki Anlamı", editör İlyas Doğan, İşkencenin Önlenmesi Ve İstanbul Protokolü, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2009.

DOĞRU, Osman, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, Ankara 2006.

DOĞRU, Osman, İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı, Beta Yayınları, İstanbul 1998.

DONAY, Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul, 1982.

DONAY, Süheyil/ KAŞIKÇI, Mahmut, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul 2004.

DÖNER, Ayhan, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003.

DÖNER, Ayhan, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Koruması ve Avrupa Sistemi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: 1, Onikinci Baskı, İstanbul 1997.

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, Sulhi, Özel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1984.

DÖNMEZER, Sulhi, Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Nurullah KUNTER'e Armağan, İstanbul 1998.

ER, Deniz Erol, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Hukukumuzda Sanık Hakları, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.

EREN, Abdurrahman, "Birleşmiş Milletler Sisteminde İşkence Yasağı Ve Koruma Mekanizmaları", editör İlyas Doğan, İşkencenin Önlenmesi Ve İstanbul Protokolü, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2009.

ERDEM, Mustafa Ruhan, Avrupa Birliği Hukuku'nun Üye Devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkileri, Ankara 2004.

ERDEM, Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Ankara 2001.

EREM, Faruk, Adalet Psikolojisi, 7. Bası, Ankara 1977.

ERGÜL, Ergin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, Yargı Yayınevi, Ankara 2003.

ERMAN, Sahir/ÖZEK, Çetin, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994.

ERYILMAZ, M. Bedri, "İstanbul Protokolü Çerçevesinde İşkencenin Soruşturulması Ve Belgelenmesi", editör İlyas Doğan, İşkencenin Önlenmesi Ve İstanbul Protokolü, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2009.

EVİK, Ali Hakan, Susma Hakkı, Güncel Hukuk, Sayı 12, Aralık 2004.

FEYZİOĞLU, Metin, Açlık Grevi, AÜHFD, c. 43, Sayı 1-4, 1994.

FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002.

FİNCANCI, Şebnem Korur, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı (Sempozyum), Ankara 2004.

GEMALMAZ, H.Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması, İstanbul 2005.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Yaşam Hakkı Ve İşkence Yasağı, Amaç Yayınları, İstanbul, Mayıs 1990.

GEMALMAZ, Semih, Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, 2. Baskı, Kavram Yayınları, İstanbul 1994.

GEMALMAZ, Mehmet, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 9, Sayı 1, 1989.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, Bir İnsan Hakkı İhlali: Ölüm Bekleyişi Olgusu, MHB, Yıl 10, Sayı 1-2;1990.

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, A.Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.

GÜLMEZ, Mesut, Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması, TBB Yayınları, Ankara 2004,

GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku,5. Baskı, Ankara, 2002.

HAKERİ, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003.

HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2005.

HAKERİ, Hakan, “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, editör İlyas Doğan, İşkencenin Önlenmesi Ve İstanbul Protokolü, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2009.

İÇEL, Kayıhan, Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul 1998.

KABOĞLU, Ö. İbrahim, Özgürlükler Hukuku, 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2002.

KAPANİ, Münci, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, Bilgi Yayınevi, 3. Basım, İstanbul 1996.

KAYMAZ, Seydi, Yasak Sorgu Yöntemi Olarak ‘Kanuna Aykırı Menfaat Vaad Etmek’, İBD, Cilt: 71, Sayı 3, Eylül 1997.

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, İkinci Kitap, Onikinci Bası, İstanbul 2003.

METİN, Yüksel, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, AÜSBFD, Cilt:57, Sayı:4, Ekim-Aralık 2002.

METİN, Yüksel, Terörle Mücadele ve İnsan Hakları, HPD, Sayı 7, Temmuz 2006.

NUHOĞLU, Ayşe, İşkence Yasağı ve İşkence Suçu, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayın No.8, İstanbul 1999.

ÖNDER, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 1994.

ÖNOK, R. Murat, Avrupa Birliği, Amerika Birleşik Devletleri ve Uluslararası Ceza Divanı, Hukuk ve Adalet, Yıl 1, Sayı 3, Temmuz-Eylül 2004.

ÖNOK, R. Murat, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Ankara 2006.

ÖZBEK, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt 1,2. Ankara 2005.

ÖZEK, Çetin, Adliyeye Karşı Suçların Hukuki Konusu, İÜFM, Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan, 1997.

ÖZGEN, Eralp, İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması, Türkiye Barolar birliği Dergisi, Sayı 2, 1998.

ÖZGENÇ, İzzet/ŞAHİN, Cumhuriyet, İşkence Suçu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:4, Sayı1-2, Ankara 2003.

ÖZGENÇ, İzzet/ŞAHİN, Cumhuriyet, Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2001.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005.

ÖZTÜRK, Bahri /ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku,9. Baskı, Ankara 2006.

ÖZTÜRK, Bahri, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller, Yasak Kanıtlar, Ankara 1995.

ÖZTÜRK, Bahri, "CMUK Reformu ve Delil Yasakları", SÜHFD, Cilt: 4, Sayı: 1-2, 1994.

PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri IV. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara 2000.

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.

REİSOĞLU, Safa, Uluslararası Boyutuyla İnsan Hakları, Beta Yayınları, İstanbul 2001.

SOKOLLU-AKINCI, R. Füsun, Polis-Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi-Polis Alt Kültürü ve İnsan Hakları, İstanbul 1986.

SOYASLAN, Doğan, Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu, Yargıtay Dergisi, Temmuz 1990.

SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuk Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara 2005.

SUR, Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, DEÜ Yayını, İzmir 2000.

SUR, Melda, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na Kişisel Başvuru, İzmir Barosu Dergisi, Nisan 1993.

ŞAHİN, Cumhur, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994.

ŞAHİN, Cumhur, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005.

ŞAHİN, Cumhur, Sorgu Müessesesine İlişkin Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Değişikliklerinin Genel Bir Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Halil CİN'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995.

ŞAHİN, İlyas, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma, Ankara 2003.

ŞEN, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt I, İstanbul 2006.

ŞİMŞEK, Oğuz, Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması (Yayınlanmış Doktora Tezi) Dokuz Eylül Üniversitesi Sos. Bil. Ens., İzmir 1999.

TANÖR, Bülent, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, BDS Yayınları, İstanbul 1990.

TARHANLI, Turgut, Birleşmiş Milletler Örgütü ve İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin Başlıca Usuller, İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000.

TAŞKIN, Ahmet, Türkiye'de ve Dünyada Açlık Grevleri, Ankara 2005.

TEZCAN, Durmuş, Ölüm Cezasını Gerektiren Suçlarda Suçluların Geri Verilmesi Sorunu, AÜSBF Dergisi, Cilt 38, No:1-4, Ankara 1984.

TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ SANCAKDAR, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. Baskı, Ankara 2004.

TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2. Bası, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir 2003.

TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2006.

TOROSLU, Nevzat, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2003.

TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2005.

TOSUN, Öztekin/ GÜRELLİ, Nevzat, Heyecan Göstergesi ile Yalanın Bulunması ve Ceza Hukuku, İÜHFİM, Cilt: xxx, Sayı:3-4, İstanbul 1965'ten ayrı bası.

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.

TÜTÜNCÜ, Ayşe Nur, İnsancıl Hukuka Giriş, İstanbul 2006.

ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Ankara 2003.

ÜZÜLMEZ, İlhan, "765 Sayılı Eski Türk Ceza Kanununda İşkence Ve Benzeri Kötü Muamelelerde Bulunma Suçu", editör İlyas Doğan, İşkencenin Önlenmesi Ve İstanbul Protokolü, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2009.

YENİSEY, Feridun, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku-Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul 1987.

YENİSEY, Feridun; İnfaz Hukukunun İnsan Hakları Yönü, İnfaz Hukukunun Sorunları, Ankara 2001.

YILDIRIM, Mehmet Zelkifli, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İçtihatlarına Göre İşkence Yasağı (Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üni. Sos. Bil. Enstitüsü, Ankara 2004.

YILMAZ, Alia, Uluslararası Ceza Hukuku El Kitabı, 2. Bası, Beta, İstanbul 2001.

Diğer Erişim Adresleri

http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/pages/news_archive.asp, son erişim tarihi, 28.06.2009.

<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc>, son erişim tarihi: 07.07.2009.

Mk:@MSITStore:\\Anapc\kazanci\ibb\contests.chm::/cgk-2002-8-191.htm son erişim:08.07.2009

ÖZET

İşkence ve kötü muamele konusunda, uluslararası insan hakları belgelerinde birtakım unsurlar belirlenmiştir. Bu unsurlar aşağılatıcı muamele, insanlık dışı muamele, haysiyet kırıcı muamele, aşağılayıcı ceza, insanlık dışı ceza gibi kavramlardır. Bu kavramların ayırımını yapmak kolay olmamakla birlikte uluslararası kuruluşların önüne gelen somut olaylarda ortaya koydukları kriterler ulusal hukuktaki uygulamalar açısından son derece önemlidir. Somut vakalarda ulusal mahkemeler işkence hususunda karar verirken AİHM'nin içtihatlarını göz ardı etmemelidirler.

Başlangıçta cezalandırma yöntemi veya ispat aracı olarak kullanılan işkence, tarihsel süreç içerisinde mutlak bir yasak olarak bir çok uluslararası belgede yer almıştır. Fakat işkence yasağının, uluslararası belgeler ve uluslararası mevzuatta yer alması, uygulamada yaşanan işkence olaylarının önlenmesine yetmemiştir.

Bu çalışmayla amaçlanan, tarafı olduğumuz temel insan hakları belgelerinden biri olan, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'yle temel çerçevesi belirlenen işkence yasağını önlemeye yönelik girişimlere az da olsa katkıda bulunabilmektir.

Anahtar Sözcükler:

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
2. İşkence
3. Etkin soruşturma
4. İnsan hakları
5. Uluslararası belge

ABSTRACT

In supra national human right acts, some concepts such as degrading, inhuman or cruel act or punishment, are provided with respect to torture. Even though, these concepts are not as violent as torture, they are evaluated as torture. Although, it is not easy to separate these concepts from each other, decisions of Court of Europe on Human Rights (COE) shall be very useful and helpful for national judges.

Torture, having been used as a penalising method or evidentiary tool at the beginning, has become the subject-matter of many international documents as an absolute law during the historical process. However, existence of torture prohibition within the international documents and national legislation could not suffice to prevent torture events in practise.

We wished to make some contribution to fighting against torture by the thesis.

Key Words:

1. European Court of Human Rights
2. Torture
3. Effective investigation
4. Human rights
5. International documents